Direito do Estado.com.br
O Direito Público da Cidadania

IDPB
Instituto de Direito Público da Bahia

R e RE | Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado

Número 1 – março/abril/maio de 2005 – Salvador – Bahia – Brasil

A REFORMA DA PREVIDÊNCIA E SUAS NORMAS DE TRANSIÇÃO[1]

Prof. Paulo Modesto.
Professor de Direito Administrativo da UFBA e CCJB. Presidente do Instituto de Direito Público da Bahia. Membro do Ministério Público. Diretor da Revista Brasileira de Direito Público. Conselheiro Técnico da Sociedade Brasileira de Direito Público. Membro do Conselho de Pesquisadores do Instituto Internacional de Estudos de Direito do Estado. Ex-Assessor Especial do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado do Brasil. Editor do site www.direitodoestado.com.br

1. INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional 41/2003 descuidou de estabelecer normas transitórias adequadas à gravidade das alterações que introduziu no regime de previdência dos titulares de cargos efetivos. Há clara ausência de disposições transitórias necessárias (lacuna normativa) e, sem embargo disso, presença de disposições transitórias insatisfatórias (lacuna axiológica). As omissões evidentes e a disciplina adotada nas normas previstas permitem a identificação de situações de iniqüidade manifesta, que reclamam temperamento e solução pela via interpretativa.

[1] Este trabalho resume um dos itens abordados no extenso artigo Reforma da Previdência e Regime Jurídico da Aposentadoria dos Titulares de Cargo Público, de minha autoria, publicado no livro MODESTO, Paulo (org). Reforma da Previdência: análise e crítica da Emenda Constitucional n. 41/2003, Minas Gerais, Ed. Fórum, 2004. O texto, embora produzido antes da decisão do Supremo Tribunal Federal de 28 de agosto de 2004, relativa à contribuição dos inativos, manteve a sua atualidade, pois as conclusões que adotava não foram afetadas por aquela decisão e diversos aspectos nele tratados ainda não foram sequer objeto de questionamento judicial.

A moderna doutrina do direito constitucional tem ressaltado a importância das disposições de transição, que disciplinam situações de passagem, ora para ressaltar a importância de ser estabelecido "modelo de transição racional e razoável"[2], ora para entender inconstitucional a modificação pelo poder reformador de normas transitórias, considerando-se o ato das disposições constitucionais transitórias "axaurível em sua aplicação mesma", "insuscetível de se perpetuar no tempo" e insuscentíveis de mudança[3]

As cláusulas temporárias, de fato, não admitem interpretação ampliativa ou extensiva. Produzidas, disciplinam situações destinadas ao exaurimento, cuja interpretação deve evitar a frustração da boa-fé de seus beneficiários e das expectativas legitimamente protegidas. É fundamental, nesta matéria, a ponderação de interesses, valores e bens jurídicos[4] e a avaliação sobre eventuais situações de ultratividade da norma revogada.

A Emenda 41/2003 adotou sistemática peculiar para as regras de transição. Por um lado, *no tocante a aquisição da aposentadoria,* estabeleceu norma de transição que afetaram diretamente o art. 8º. da Emenda Constitucional n. 20/1998, restringindo a eficácia de normas vocacionadas ao exaurimento e alcançando diretamente situações em curso (art. 2º.da Emenda 41/2003). Ainda neste campo temático, estabeleceu também regra inovadora de transição para colher servidores ativos que não desejassem optar pela situação transitória mencionada antes ou pelas regras permanentes do texto constitucional (art. 6º da Emenda 41/2003). Por outro lado, em disposição diversa, dedicada aos servidores aposentados e relativa à *instituição de contribuição previdenciária*, fixa *distinção inconstitucional* e *discriminatória* entre dois grupos de servidores inativos e pensionistas: a) grupo dos servidores inativos e pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; b) grupo dos servidores inativos e pensionistas da União (art. 4º.da Emenda).

A Emenda Constitucional n. 41/2003 também não cuida em disposição precisa sobre a situação do agente que, mantendo vínculo com o Poder Público até a data da publicação da emenda, presta novo concurso público já na vigência do novo sistema constitucional. As normas de transição, quando lhe forem mais favoráveis, podem ser invocadas?

Essas questões podem ser enfrentadas com os recursos de uma interpretação sistemática da própria Emenda Constitucional n. 41/2003. Não pretendo debater essas situações de transição com o recurso à cláusula externa

---

[2] BARROSO, Luis Roberto. Constitucionalidade e Legitimidade da Reforma da Previdência (Ascensão e Queda de um Regime de Erros e Privilégios), In: Revista Brasileira de Direito Público, n. 4, jan/mar, 2004, p. 10.

[3] ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Natureza e Eficácia das Disposições Constitucionais Transitórias, In. Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides, Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho, Org., São Paulo, Malheiros, 2001, p. 404.

[4] Sobre o tema conferir, em especial, SARMENTO, Daniel. A Ponderação de Interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2000

da proteção aos "direitos adquiridos". Em primeiro lugar, porque considero que ela não incide (não por uma interpretação literal do art. 5º, XXXVI da lei fundamental, mas em razão de argumentos sistemáticos e de ponderação de valores que reconheço como logicamente sustentáveis e politicamente convenientes num país injusto e desigual como o Brasil). Em segundo, porque muitos o farão, com melhor brilho e certamente com maior paixão.[5]

---

[5] Trabalhos de mérito têm sido escritos no Brasil sobre a aplicação da garantia inscrita no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal às emendas constitucionais, alguns dos quais publicados na coletânea referida na primeira nota deste trabalho e nas páginas da Revista Brasileira de Direito Púbico. Impressionam pela autoridade de seus susbscritores, pela força da argumentação e pelo grande número. Embora sensível aos argumentos em favor da segurança jurídica como valor fundamental, que merece proteção ampla e abrangente na ordem jurídica, considero os valores da igualdade e da democracia relevantes o suficiente para não radicalizar na interpretação das normas que estabilizam situações jurídicas no sistema brasileiro. Escrevi sobre o tema anos atrás, empregando argumentos de natureza sistemática (em especial, o fato inconteste, percebido pela doutrina universal há longa data, segundo o qual ao ascender os escalões da ordem jurídica, das normas individuais e concretas às normas de maior hierarquia, o *processo de produção normativo torna-se progressivamente mais exigente* e as *limitações materais* impostas às normas produzidas *progressivamente menos exigentes*). Essa lógica de funcionamento do sistema jurídico seria subvertida se normas produzidas com *maior dificuldade processual* do que as leis (as emendas constitucionais) estivessem submetidas a *restrições materiais equivalentes* as aplicadas às normas legais. É manifesto, entretanto, que este argumento não autoriza que normas inferiores às emendas, normas infra-legais, produzidas com menores exigências de ordem processual, estejam imunes à cláusula dos direitos adquiridos simplesmente por não serem leis. O argumento sugerido, de natureza sistemática, perfeitamente aplicável ao sistema brasileiro, diz exatamente o contrário. Por outro lado, o fato de elementos sistemáticos indicarem que a voz "lei" no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, não se dirigir às emendas constitucionais não autoriza a compreensão de que em outras disposições, referentes a outros campos temáticos da lei fundamental, a voz "lei" também não alcance as emendas à constituição. Emprestar a compreensão do art. 5º, XXXVI, para outras disposições é subscrever *argumento analógico* (analogia), o que somente é legítimo realizar perante situações de idêntica *ratio legis* (identidade de razão). Em verdade, as críticas dirigidas contra os argumentos referidos frequentemente são de simples desqualificação, como se encerrassem simples e rasteiro exercício de interpretação literal, o que é falso. Desenvolver em MODESTO, Paulo. Reforma Administrativa e Direito Adquirido, In: Revista de Direito Administrativo (RDA), n. 211, p.79-94, jan./mar. 1998; Revista Trimestral de Direito Público (RTDP), n.18, p.165-178, 1997. Recentemente, outra linha de argumentação tem enfatizado os riscos para o princípio democrático da "maximização das cláusulas pétreas", empregando instrumental da teoria da argumentação, em especial a ponderação de valores, recentemente aplicada no Brasil para a *relativização da coisa julgada*. Neste enforque, com argumentos inovadores, conferir SARMENTO, Daniel. Direito Adquirido, emenda constitucional, democracia e a Reforma da Previdência. In: TAVARES, Marcelo (org.). A Reforma da Previdência Social: temas polêmicos e aspectos controvertidos. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004, pp.1-48, que concluiu de forma enfática: "(...) os direitos adquiridos não são, nem aqui nem em nenhum outro país do mundo inteiro, um limite para o constituinte derivado. Sujeitar as emendas à Constituição ao acatamento incondicionado de todos os direitos adquiridos no passado é, na nossa opinião, fazer pouco do direito de cada geração de construir seu próprio caminho, mas é também, e acima de tudo, eternizar no tempo um *status quo* rebelde às dimensões transformadoras que, por imperativo constitucional, devem estar presentes no direito brasileiro" (ob. cit., p. 42). Essa orientação não impede, como destaca SARMENTO, a utilização do princípio da segurança jurídica, previsto no art. 5º, caput, da Constituição, como "parâmetro material para a aferição da validade das emendas à Constituição. Mas não se tratará, aqui, de uma análise de lógica formal, pautada pela lógica do 'tudo ou nada', à moda das subsunções. Para afastar uma emenda, por ofensa à segurança jurídica, será necessário demonstrar não apenas que se trata de um atentado gravíssimo contra o núcleo essencial deste princípio, mas também que, numa argumentação jurídica aberta aos valores, esta restrição não tem como ser racionalmente

2. SERVIDORES ATIVOS EM SITUAÇÃO DE IMINENTE APOSENTADORIA

O art. 2º. da Emenda 41/2003 procurou colher todos os agentes públicos em atividade, que ainda não haviam preenchido, até a data de publicação da nova emenda constitucional, os requisitos de aposentadoria previstos no art. 8º. da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998. Revogou o dispositivo transitório da EC 20, manteve as mesmas exigências para aquisição da aposentadoria, mas impôs novas restrições ao benefício concedido, além de transferir parte da disciplina da matéria para o legislador infraconstitucional. O art. 10 da EC 41, em razão disso, para elidir dúvidas, revoga expressamente o art. 8º e 10 da Emenda Constitucional n. 20/1998.

A nova disposição transitória manteve as condições para a aquisição do direito à aposentadoria, exigindo do servidor o cumprimento cumulativo das seguintes exigências:

a) 53 (cinqüenta e três) anos de idade, se homem, e 48 (quarenta e oito anos) de idade, se mulher;

b) 05 (cinco) anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria;

c) tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data de publicação daquela Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante do item *a* (53/48 anos).

Mas a disciplina normativa da aposentadoria obtida a partir do preenchimento dos requisitos referidos é alterada substancialmente:

a) redutor de 3,5% no valor dos proventos obtidos por ano antecipado em relação aos limites de idade estabelecidos no art. 40, § 1º, III, *a* (60 anos, homem; 55 anos, mulher; ou 55 anos, homem e 50, mulher, para servidores que comprovem exclusivamente tempo de efetivo exercício em funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental), desde que as exigências sejam cumpridas até 31 de dezembro de 2005;

b) redução de 5% no valor dos proventos de inatividade obtidos segundo o mesmo critério, quando o preenchimento das exigências for cumprido a partir de 1º de janeiro de 2006;

---

justificada por uma necessidade impostergável de proteção ou promoção de algum interesse constitucional digno de tutela" (p. 43).

c) submissão das aposentadorias obtidas ao critério de revisão previsto no art. 40, § 8º, da Constituição Federal, segundo o qual é "assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, *conforme critérios estabelecidos em lei*."

Trata-se de disciplina que agravou a situação de quem estava a cumprir as exigências previstas no art. 8º. da Emenda Constitucional n. 20/1998, em especial aqueles que estavam na iminência de atender as exigências estabelecidas. Neste caso, a redução alcançaria neste primeiro momento a 24,5% no valor dos proventos, fulminando a integralidade anteriormente prometida, e fixando critério de atualização alheio ao direito à paridade. A partir de 2006, a redução no valor dos proventos poderá alcançar até o percentual 35%. Ressalte-se que a aplicação desse redutor atingirá, inclusive, professores do ensino infantil e fundamental, praticamente anulando o direito que gozam a uma aposentadoria com antecipação de cinco anos. Além disso, consistirá em redução de segundo grau, considerando o fato de ser aplicada a proventos já reduzidos pela aplicação da nova regra de cálculo estabelecida no art. 40, §3º, da Constituição, com a redação dada pela Emenda 41/2003 ("provento médio", obtido pela média aritmética das maiores bases de contribuição do agente no regime próprio e no regime geral de previdência, na forma da lei).

É manifesto que essas reduções arbitrárias no valor dos proventos nem sempre serão possíveis. Não poderão reduzir o provento, por exemplo, a valores inferiores ao salário mínimo. Não incidirão, por igual, sobre pensões obtidas em razão de falecimento de servidor em atividade, pois colhem apenas aqueles que optam pela aposentadoria voluntária antecipada, segundo as normas transitórias. Mas, sobretudo, não poderão incidir enquanto não estiver fixado de forma completa o regime de aposentadoria previsto no art. 2º da Emenda Constitucional n. 41/2003, em especial a forma de cálculo do provento e a disciplina do seu critério de atualização.

De fato, ao contrário do que dispunha o art. 8º da EC 20/1998, o art. 2º. da EC 41/2003 remete à *lei ordinária* aspectos relevantes do regime de aposentadoria dos titulares de cargo público. Esse fato tem sido pouco ressaltado: o regime de aposentadoria dos servidores civis estatutário é agora amplamente definido no patamar infraconstitucional. A Constituição Federal não é mais pauta suficiente para a concessão de aposentadoria dos titulares de cargo. Exige norma reguladora infraconstitucional em aspectos essenciais do novo regime.

Em dois aspectos da norma transitória essa *insuficiência* é manifesta: a forma do cálculo do provento e a definição do critério de atualização dos proventos. A norma transitória do art. 2º. da EC 41 assinala que o cálculo do provento da aposentadoria voluntária por ela disciplinada deve ser feita de acordo com o art. 40, §§ 3º e 17, da Constituição Federal. Por igual, a cuidar da forma de reajustamento dos benefícios, a disposição transitória é lacônica, remetendo a disciplina da matéria para o art. 40, § 8º, da Constituição Federal. Todas as disposições permanentes referidas anteriormente, no entanto, são inaplicáveis na ausência da norma infraconstitucional reguladora.

È o que se extrai das normas permanentes referidas pelo art. 2º. da EC 41/2003:

> "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.
>
> .....
>
> § 3º Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, *na forma da lei.*
>
> .....
>
> § 8º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, *conforme critérios estabelecidos em lei.*
>
> .....
>
> § 17. Todos os valores de remuneração considerados para o cálculo do benefício previsto no § 3° serão devidamente atualizados, *na forma da lei.*

A forma de cálculo do provento e os critérios para a atualização dos proventos referidos na nova disposição transitória estabelecida no art. 2º. da EC 412003 somente foram fixados, em caráter precário, pela Medida Provisória 167, de 19 de fevereiro de 2004, depois convertida na Lei 10.887, de 18 de junho de 2004 (DOU de 21/6/2004), o novo regime transitório não pode incidir, por *ausência de elementos essenciais para composição de seu regime jurídico*. Neste período que antecedeu a edição da Medida Provisória 167, ante a lacuna normativa, permaneceu inviável a concessão de aposentadorias sob a regência da nova norma transitória do art. 2º da EC 41/2003 e ultra-ativa a norma do art.8º da EC 20/1998 para todos os titulares de cargo efetivo civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios [6].

[6] Os militares não foram alcançados pela nova disciplina das aposentadorias e pensões, tendo sido alterado o próprio art. 42, §2º, da Constituição Federal pela EC41/2003. Com a nova redação, aos pensionistas dos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios aplica-se o que for fixado em lei específica do respectivo ente estatal.

A ultratividade da norma revogada não deve impressionar. No período assinalado, não havendo como deferir a concessão de aposentadorias segundo as normas do art. 2º da EC 41/2003, a norma revogada pode incidir, à semelhança do que o Supremo Tribunal Federal entendeu em relação ao teto de remuneração fixado pela EC 19/1998, considerado dependente de norma reguladora. A lacuna não pode subsistir na matéria, sob pena de iniqüidade, sendo razoável protrair no tempo os efeitos da norma revogada. A solução, tecnicamente possível, atenua também a ausência de normas adequadas de transição para agentes na iminência da aposentadoria.[7]

Pode-se discutir se a data de vigência do novo regime, na prática, deve iniciar da edição da referida medida provisória 167 ou da data de sua conversão na Lei 10.887, de 18 de junho de 2004 (DOU de 21/6/2004). Penso que o primeiro critério deve ser preferido, ainda que argumentos de peso também possam recomendar o segundo critério. Em favor do primeiro marco está o fato das medidas provisórias gozarem de "força de lei", consoante o art. 62 da lei fundamental, ainda que não sejam leis por terem os seus efeitos dependentes de ato de conversão. Fazer os seus efeitos práticos inteiramente dependentes do ato de conversão não parece ser inteligência adequada em nosso sistema constitucional. Em favor do segundo marco estaria o fato da aposentadoria reclamar marco legal estável para a sua concessão, diante da natureza mesma do direito exercido e da necessidade de determinar o regime que regerá a situação do agente por longo prazo. Encareço os dois argumentos para demonstrar que a decisão por uma ou outra solução não é simples e que oscilei entre uma e outra durante a análise do tema. Mantenho, por enquanto, a preferência pelo primeiro critério, pelas razões expostas, mas aberto a rever o entendimento a partir de uma melhor reflexão do assunto.

A Medida Provisória n. 167, de 19 de fevereiro de 2004, convertida na Lei 10.887, de 18 de junho de 2004 (DOU de 21/6/2004), como referido, determina em seu art. 1º. que no cálculo dos proventos de aposentadoria dos servidores titulares de cargo efetivo de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, previsto no § 3º do art. 40 da Constituição Federal e no art. 2º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, será considerada a *média aritmética simples das maiores remunerações*, utilizadas como *base para as contribuições* do servidor aos regimes de previdência a que esteve vinculado, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência.

---

[7] Inócua e ilegal, por conseguinte, a proibição constante do art. 8° da Orientação Normativa n° 1, de 6 de janeiro de 2004 (Publicada no DOU de 7 de janeiro de 2004 e republicada no DOU de 23 de janeiro de 2004) da Secretaria de Previdência Social do Ministério da Previdência e Assistência Social do Brasil. Segundo o dispositivo referido: "É vedada a concessão de aposentadoria pelas regras estabelecidas no art. 8° da Emenda Constitucional n° 20, de 15 de dezembro de 1998, ressalvados os casos de servidores que tenham cumprido, até a data de publicação da Emenda Constitucional n° 41, 19 de dezembro de 2003, todos os requisitos para obtenção desses benefícios, com base nos critérios previstos naquele artigo."

As remunerações que servirem como base de cálculo do valor inicial dos proventos terão os seus valores atualizados mês a mês de acordo com a variação integral do índice fixado para a atualização dos salários-de-contribuição considerados no cálculo dos benefícios do regime geral de previdência social. A base de contribuição mensal considerada no cálculo não poderá ter valor inferior a um salário mínimo nem superior ao limite máximo do salário-de-contribuição, quanto aos meses em que o servidor esteve vinculado ao regime geral de previdência social. A atualização da base de contribuição mensal será feita mês a mês pelo INPC (Índice Nacional de Preços ao Consumidor), à semelhança do que ocorre no RGPS, mas não poderá resultar em provento superior ao valor da última remuneração do agente em atividade.

Segundo o art. 4º, §1º, Lei 10.887/2004, entende-se como base de contribuição o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei, os adicionais de caráter individual ou quaisquer outras vantagens, excluídas:

I – as diárias para viagens;

II – a ajuda de custo em razão de mudança de sede;

III – a indenização de transporte;

IV – o salário-família;

V – o auxílio-alimentação;

VI – o auxílio-creche;

VII – as parcelas remuneratórias pagas em decorrência de local de trabalho;

VIII - a parcela percebida em decorrência do exercício de cargo em comissão ou de função de confiança; e

IX – o abono de permanência de que tratam o § 19 do art. 40 da Constituição Federal, o § 5º do art. 2º e o § 1º do art. 3º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003.

No entanto, segundo o disposto no § 2º do mesmo artigo, o servidor ocupante de cargo efetivo poderá optar pela inclusão na base de contribuição de parcelas remuneratórias percebidas em decorrência de local de trabalho, do exercício de cargo em comissão ou de função de confiança, para efeito de cálculo do benefício a ser concedido com fundamento no art. 40 da Constituição Federal e art. 2º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, respeitado apenas a limitação do § 2º do art. 40 da Constituição Federal, vale dizer, não exceder o provento final o valor atual da última remuneração do agente. Neste caso, feita a opção do servidor por incluir na base de contribuição as parcelas referidas, a aposentadoria terá como referência valor superior à remuneração do cargo efetivo, alcançando parcialmente o que venho denominando como “remuneração do agente”.

3. Servidores ativos que prestam novos concursos públicos

A Emenda Constitucional 41/2003 não dispõe de norma expressa cuidando da situação do agente que, tendo ingressado no serviço público antes da publicação da emenda, venha posteriormente a desligar-se do cargo que ocupa e ocupar novo cargo efetivo. Neste caso, cabe perguntar: poderia este agente, no novo cargo, ser enquadrado nas normas transitórias do art. 2º. e 6º. da Emenda Constitucional n. 41/2003?

A resposta é positiva em face dos referenciais empregados pelas normas transitórias referidas. No art. 6º da EC 41/2003, por exemplo, exige-se que o agente tenha "ingressado no serviço público até a data da publicação desta Emenda". No art. 2º, de forma semelhante, assegura direito de opção "àquele que tenha ingressado regularmente em cargo efetivo na Administração Pública direta, autárquica e fundacional, até a data de publicação daquela Emenda ", isto é, antes da publicação da EC 20/1998. O agente efetivo que preste novo concurso público, na vigência da EC 41/2003, mas que tenha ingressado nos marcos temporais exigidos pelas normas transitórias da EC 41/2003, cumpriu os requisitos exigidos e faz jus, preenchidas as demais exigências, ao enquadramento na situação transitória que lhe for mais conveniente.

Esse entendimento é corroborado pela Orientação Normativa n° 1, de 6 de janeiro de 2004, da Secretaria de Previdência Social do Ministério da Previdência e Assistência Social do Brasil. [8] Em seu art. 9º, §2º. a orientação normativa dispõe:

> Art. 9° Para efeito do cumprimento dos requisitos de concessão das aposentadorias pelo regime de que trata esta Orientação Normativa, conta-se, como tempo de efetivo exercício no serviço público, o tempo de exercício de cargo efetivo, *ainda que descontínuo, na União, Estados, Distrito Federal e Municípios, incluídas suas autarquias e fundações*.
>
> (...)
>
> § 2° *Para fins de fixação da data de ingresso no serviço público,* quando o servidor tiver ocupado, sem interrupção, sucessivos cargos efetivos na Administração Pública direta, autárquica e fundacional em qualquer dos entes mencionados no caput, será considerada a data da mais remota investidura dentre as ininterruptas.

Assim, embora ingresse em novo cargo público na vigência das novas regras, poderá o servidor efetivo pleitear seu enquadramento nas normas transitórias da EC 41/2003. Exige-se apenas que tenha mantido vínculo continuado com o serviço público, em cargos efetivos, de qualquer unidade da

[8] Orientação Normativa n° 1, de 6 de janeiro de 2004 (Publicada no DOU de 7 de janeiro de 2004 e republicada no DOU de 23 de janeiro de 2004)

Federação e que a origem do vínculo respeite os marcos temporais assinalados nos arts. 2º.e 6º. da EC 41/2003.

4. SERVIDORES ATIVOS QUE DESEJAM A INTEGRALIDADE E A PARIDADE NA APOSENTADORIA

Os servidores em atividade que não atenderam aos requisitos para obtenção de aposentadoria integral e atualizada segundo o critério da paridade antes da publicação da Emenda 41/2003 e sua regulamentação ainda podem perseguir o objetivo de adquirir proventos subordinados a regime semelhante. Precisam, no entanto, atender às exigências do art. 6º. da EC 41/2003.

É o seguinte o teor do dispositivo transitório referido:

> Art. 6º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelo art. 2º desta Emenda, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até a data de publicação desta Emenda poderá aposentar-se com proventos integrais, que corresponderão à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, quando, observadas as reduções de idade e tempo de contribuição contidas no § 5º do art. 40 da Constituição Federal, vier a preencher, cumulativamente, as seguintes condições:
>
> I - sessenta anos de idade, se homem, e cinqüenta e cinco anos de idade, se mulher;
>
> II - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;
>
> III - vinte anos de efetivo exercício no serviço público; e
>
> IV - dez anos de carreira e cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria.
>
> Parágrafo único. Os proventos das aposentadorias concedidas conforme este artigo serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, na forma da lei, observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal.

A interpretação do dispositivo deve ser ajustada à multiplicidade de situações funcionais residentes no serviço público. É manifesto, por exemplo, a inaplicabilidade da exigência de contar o agente 10 anos de carreira para algumas situações. Há cargos efetivos isolados que não integram carreira. Nesta hipótese, a exigência de contar o agente dez anos de carreira deve corresponder à exigência de contar dez anos de efetivo exercício no cargo isolado, suplantando e tornando inócua a exigência de 5 anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria.

Por outro lado, durante os debates parlamentares foi amplamente enfatizado que o dispositivo não garantia o direito à "paridade plena", mas apenas uma "paridade mitigada" ou uma "paridade parcial". A polêmica surgiu em razão do dispositivo transitório do art. 6º. da EC 41/2003 não referir de forma expressa, em seu parágrafo único, que os proventos serão modificados sempre que novas vantagens sejam concedidas aos servidores em atividade, "inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei". O texto da norma transitória apenas estaria a assegurar a revisão do provento "na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, na forma da lei". A suspeita parecia confirmada pelo teor do art. 7º da EC 41/2003, que explicitamente reconheceria a "paridade plena", vale dizer, a expressa referência ao trecho omitido, ao cuidar da situação dos servidores aposentados, os pensionistas e os agentes em atividade que contassem na data de publicação da emenda os requisitos para a aposentadoria.

Não há base lógica que sustente a distinção entre "paridade plena" e "paridade parcial". O art. 6º da EC 41/2003 refere a "modificação da remuneração dos servidores em atividade" como situação deflagradora da revisão, sem qualquer ressalva material. É certo que a expressão "servidor em atividade" não denota a condição pessoal do indivíduo que titulariza em dado momento o cargo ou a função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão para o beneficiário da paridade: denota a condição do cargo ou da remuneração que corresponde ao cargo. Mas não há como admitir que a reclassificação e transformação do cargo paradigma não signifique modificação da remuneração dos servidores em atividade ou alteração na condição do cargo original, elemento suficiente para obrigar a extensão automática da nova condição ao beneficiário da paridade. Qualquer outra inteligência significaria reduzir a nada o direito à paridade ativo-inativo, prestigiar a fraude e a prática de maquinações legais dirigidas a sonegar o direito assegurado, sem ressalvas materiais, no art. 6º da EC 41/2003. No sistema vigente, não há paridade capenga, paridade parcial, paridade mitigada: ou há paridade ou há revisão pelo "valor real" do provento, mediante aplicação de índice oficial de atualização (INPC). [9]

A polêmica parlamentar sobre o tema "paridade parcial"/"paridade plena", no entanto, repercutiu na denominada PEC PARALELA, que pretende fixar novas regras para as situações de transição da EC 41/2003. É o tópico a ser desenvolvido a seguir.

[9] Não há paridade parcial em contraponto à paridade plena. Sem embargo disso, a idéia de paridade plena, como vimos antes, é antes um mito do que uma realidade. O complexo sistema de remuneração do setor público permite identificar diversas vantagens atribuídas aos servidores em atividade que são incompatíveis com a situação do inativo e, por isso, inextensíveis aos proventos. Sobre o assunto, conferir o item 4.2 do texto Reforma da Previdência e Regime Jurídico da Aposentadoria dos Titulares de Cargo Público,de minha autoria, publicado no livro MODESTO, Paulo (org). Reforma da Previdência: análise e crítica da Emenda Constitucional n. 41/2003, Minas Gerais, Ed. Fórum, 2004.

5. AS NORMAS DE TRANSIÇÃO DA PEC PARALELA.

A denominada PEC PARALELA (que tramitou no Senado sob o nº 77/2003 e na Câmara adotou o nº 227/2004) consolida um amplo acordo formalizado no Senado Federal entre o governo, os servidores públicos federais e as lideranças partidárias daquela casa legislativa. A "PEC Paralela" resume acréscimos e alterações que o Senado Federal desejava fazer na PEC 67/2003, aprovada na íntegra.

Estruturada especialmente para amenizar o impacto da Emenda 41/2003, a PEC 227/2004 resume-se nas seguintes medidas:

a) altera a disciplina sobre limites de remuneração dos agentes públicos (faculta aos Estados e ao Distrito Federal a adoção de limite único, correspondente ao subsídio mensal dos Desembargadores do respectivo Tribunal de Justiça; fixa piso para o subsídio dos Governadores, que será, no mínimo, igual a 50% do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do STF; excluí da incidência do teto e subteto as parcelas de caráter indenizatório);

b) permite a aposentadoria compulsória aos 75 anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exclusivamente para professores de instituição pública de ensino superior;

c) amplia as possibilidades de adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria, abrangendo não apenas os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, mas também os portadores de deficiência e os que exerçam atividades de risco;

d) amplia a faixa de imunidade dos inativos e pensionistas portadores de doença incapacitante, assim definidos na forma da lei, para permitir que a contribuição previdenciária incida apenas sobre as parcelas de proventos de aposentadoria e de pensão que superem o dobro do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social (R$ 5017,44);

e) permite o tratamento especial e diferenciado quanto à contribuição previdenciária para as empresas que utilizam mão-de-obra intensiva, às empresas de pequeno porte ou em razão de condição estrutural ou circunstancial do mercado de trabalho;

f) determina que a lei fixe sistema especial de inclusão previdenciária, com alíquotas e carências inferiores às vigentes no RGPS, para atender a trabalhadores de baixa renda e trabalhadores sem renda própria que se dediquem exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencentes a famílias de baixa renda, garantindo-lhes acesso a benefícios de valor igual a um salário mínimo, exceto aposentadoria por tempo de contribuição;

g) assegura aos que se aposentarem nas condições determinadas pelo art. 6º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003 (35 anos de contribuição e 60 de idade, se homem, ou 30 anos de contribuição e 55 de idade, se mulher, sendo 20 anos de serviço, 10 anos na carreira e 05 anos no cargo), reajuste de proventos pela regra da 'paridade plena', nos termos do art. 7º da mesma Emenda;

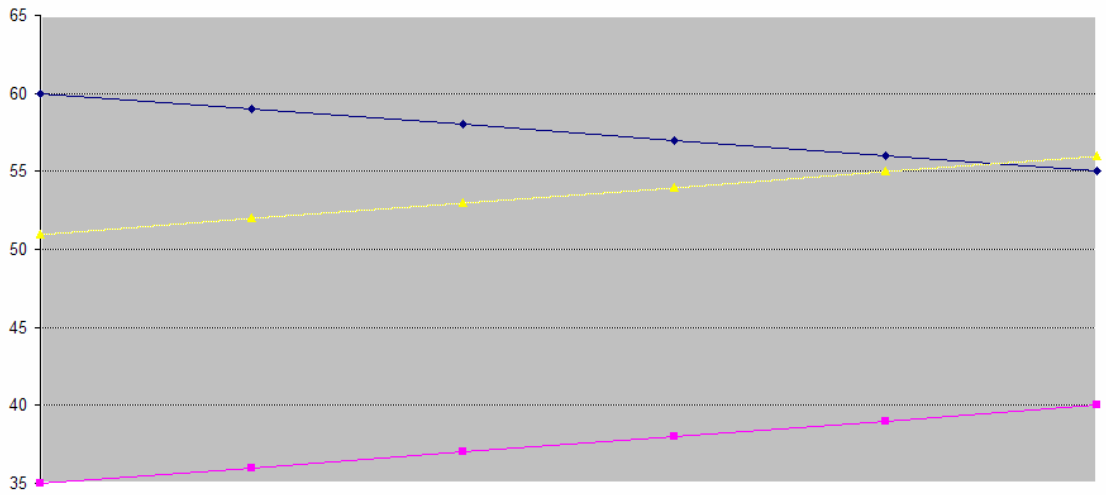
h) estabelece uma nova regra de transição, assegurando aposentadoria com proventos integrais, igualmente reajustáveis pela 'paridade plena', aos servidores que, além de terem cumprido período de contribuição de 35 anos, se homem, ou de 30 anos, se mulher, tenham integralizado 25 anos de efetivo exercício no serviço público, 15 anos de carreira e 05 anos no cargo em que se der a aposentadoria. Neste caso, os servidores ficarão aptos a subtrair um ano da idade para cada ano de contribuição em excesso aos mínimos respectivamente exigidos. No entanto, diferentemente da versão aprovada no Senado Federal (PEC 77/2003), na Câmara dos Deputados a última versão reserva a nova regra de transição apenas aos servidores que ingressaram no serviço público até 16 de dezembro de 1998 (PEC 227/2004).

Entre as medidas constantes da PEC PARALELA, em termos de disposição transitória, merece realce a norma prevista no art. 3º da Proposta, que estipula nova regra de transição, mas fixa sistemática de redução da idade mínima de aposentadoria associada ao cumprimento de tempo de contribuição superior ao estabelecido nas normas permanentes. A referida norma merece registro literal:

> "Art. 3º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal, ou pelas regras estabelecidas pelos arts. 2º e 6º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até 16 de dezembro de 1998 poderá aposentar-se com proventos integrais, desde que preencha, cumulativamente, as seguintes condições:
>
> I – trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;
>
> II – vinte e cinco anos de efetivo exercício no serviço público, quinze anos de carreira e cinco anos no cargo em que se der a aposentadoria;
>
> III – idade mínima resultante da redução, relativamente aos limites do art. 40, § 1º, inciso III, alínea *a*, da Constituição Federal, de um ano de idade para cada ano de contribuição que exceder a condição prevista no inciso I deste artigo.
>
> § 1º Para o professor que comprove tempo de efetivo exercício exclusivamente nas funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio serão reduzidos em cinco anos os requisitos a que se referem os incisos I e II deste artigo e serão considerados, para efeito de redução da idade mínima a que se refere o inciso III deste artigo, os limites decorrentes do art. 40, § 5º, da Constituição Federal.

§ 2º Aplica-se ao valor dos proventos de aposentadorias concedidas com base neste artigo o disposto no art. 7º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003."

Trata-se de fórmula inteligente que premia o servidor que iniciou a sua atividade profissional mais cedo e permaneceu mais tempo contribuindo nos sistemas de previdência social mantidos em regime de repartição simples. Assim, o servidor homem que contar 36 anos de contribuição precisará de idade mínima de 59 anos para adquirir a aposentadoria com direito à integralidade e paridade; se contar 37 anos de contribuição, a idade mínima cairá para 58 anos de idade. Mas a redução da idade de aposentadoria tem limites lógicos. Se somarmos a idade mínima exigida para alguém ingressar como contribuinte no regime geral de previdência social ou no regime próprio dos servidores efetivos (16 anos) e o tempo de contribuição necessário para reduzir, em termos relevantes, a idade mínima de aposentadoria, em dado momento, o valor da soma ultrapassará a idade mínima de aposentadoria obtida pela fórmula. Esse momento é imediatamente posterior a idade de 56 anos ou 39 anos de contribuição. Em termos concretos, se um servidor contar 40 anos como "tempo de contribuição" (excesso de 5 anos) não poderá pleitear a aposentadoria com 55 anos (60 – 5), pois contará a idade de 56 anos (40 +16). Logo, ainda que permita uma aposentadoria antecipada em relação à regra do art. 6º. da EC 41/2003, a nova proposta não permitirá o regresso à situação estabelecida pelo art. 8º. da EC 20/1008, que assegurava integralidade e paridade a agentes aposentados com 53 anos de idade. Esses limites cronológicos são mais claramente percebidos quando analisamos em termos gráficos o procedimento de redução da idade de aposentadoria. No gráfico abaixo, a linha inferior representa a elevação do tempo de contribuição; a linha intermediária representa a soma do tempo de contribuição acrescido da idade mínima para ingresso no sistema de previdência; a linha superior, por fim, representa a diminuição da idade mínima necessária para a aquisição do direito à aposentadoria integral prevista no art. 3º. da PEC PARALELA.



Algumas medidas propostas na PEC PARALELA enfrentam resistências na Câmara dos Deputados. A última versão da PEC 227/2004, relatada pelo Dep.

JOSÉ PIMENTEL (PT/CE), altera em diversas passagens a PEC Paralela original (PEC 77/2003), mas foi aprovada em primeiro turno de votação na Câmara dos Deputados em 08/07/2004. A PEC aprovada em primeiro turno, ressalvados os destaques, recebeu 375 votos favoráveis e 05 contrários, mas terá que voltar ao Senado Federal se for mantido o substitutivo nos termos apresentados pelo Relator. Na prática, isso dignifica que a matéria reclamará ainda decisão dos destaques, consolidação do projeto, votação em segundo turno na Câmara dos Deputados e, provavelmente, regresso ao Senado Federal, em razão das diversas alterações introduzidas pelo Relator.

Quadro Sinóptico – Normas Transitórias

	Regra Transitória da Emenda 20 original	*Regra Transitória do* art. 2º da EC 41/2003	*Regra Transitória do art.* 6º da EC 41/2003	PEC PARALELA (art. 3º. da PEC)
Condições de aquisição para aposentadoria	a) 48 anos de idade, mulher; 53 anos de idade, homem; a) não há tempo mínimo de permanência no serviço público; b) não exige tempo mínimo na carreira; c) 5 anos no cargo; e) 30 anos de contribuição, mulher; 35 anos de contribuição, homem + 20% do tempo faltante em 16.12.1998 f) cálculo do benefício baseado na última remuneração	a) 48 anos de idade, mulher; 53 anos de idade, homem; a) não há tempo mínimo de permanência no serviço público; b) não exige tempo mínimo na carreira; c) 5 anos no cargo; d) 48 anos, mulher; 53 anos, homem e) 30 anos de contribuição, mulher; 35 anos de contribuição, homem + 20% do tempo faltante em 16.12.1998 f) cálculo do benefício baseado na média das bases de contribuição no RGPS e no RPPS.	a) 20 anos de serviço público b) 10 anos de carreira c) 5 anos no cargo d) 55 anos de idade, mulher; 60 anos de idade, homem; e) 30 anos de contribuição, mulher; 35 anos de contribuição, homem f) cálculo baseado na última remuneração	a) 25 anos de serviço público b) 15 anos de carreira c) 5 anos no cargo; d) 55 anos, mulher; 60 anos, homem, mas reduzindo um ano desta idade mínima para cada ano adicional ao tempo exigido de contribuição; e) 30 anos de contribuição, mulher; 35 anos de contribuição, homem f) cálculo baseado na última remuneração

Direitos reconhecidos	a) assegura integralidade b) assegura paridade	a) não assegura integralidade; b) não assegura paridade c) cálculo do benefício baseado nas remunerações utilizadas como base da contribuição no RGPS e no regime próprio, na forma da lei d) critério de revisão do benefício	a) assegura integralidade b) assegura c) cálculo baseado na última remuneração d) revisão do benefício	a) assegura integralidade b) assegura paridade c) cálculo baseado na última remuneração d) revisão do benefício
Limitação do provento	Não há, salvo os limites do teto constitucional	Redução de 3,5% por ano antecipado em relação à idade mínima do regime permanente até 31.12.2005 (máximo 24,5%) e de 5% por ano antecipado a partir de 01.01.2006 (máximo 35%)	Não há, salvo os limites do teto constitucional	Não há, salvo os limites do teto constitucional
Elegíveis	Servidores que ingressarem em cargos efetivos após a publicação da nova Emenda e os demais que manifestarem opção pelas regras permanentes	Somente os servidores que ingressaram em cargos efetivos até 16.12.1998	Somente os servidores que ingressaram em cargos efetivos até a publicação da nova Emenda	Somente os servidores que ingressaram no serviço público até 16/12/1998. No projeto do Senado, a norma alcançava aos servidores que houvessem ingressado até a data da publicação da emenda resultante da PEC PARALELA

6 CONCLUSÃO

Reformar a previdência social significa alterar um pacto de gerações e redistribuir benefícios e encargos entre gerações distintas. No regime anterior à Emenda 41/2003, que assegurava indistintamente o direito à paridade e à integralidade das aposentadorias para os titulares de cargos efetivos, as gerações estavam vinculadas, formando um elo de financiamento e proteção que não pode ser simplesmente rompido, sem definição clara de responsabilidades. Por isso, a grande questão ainda não respondida pela EC 41 é o problema da transição entre os regimes de repartição e capitalização.

Segundo FLAVIO MARTINS RODRIGUES, "a maior dificuldade da passagem do regime de repartição para o regime de capitalização está no custo da transição, pois pode significar que uma determinada geração pague duas vezes pelo regime previdenciário: uma vez por força do custeio dos benefícios devidos à geração já aposentada e uma segunda vez para a acumulação com vistas a seu próprio beneficio futuro".[10]

Esse receio não parece infundado ou meramente retórico. Nos termos da EC 41/2003 os novos ocupantes de cargo efetivo, bem como os titulares de cargo efetivo empossados antes da Emenda que optarem pelo novo regime permanente de aposentadoria, deixarão de contribuir para o regime de repartição simples sobre os valores de remuneração que excedam aos limites do RGPS. Trata-se de uma ruptura no regime de *solidariedade intergeracional* que fundamenta o sistema vigente, o que sujeitará os atuais ocupantes de cargo público a responderem por alíquotas de contribuição maiores e a benefícios menores em futuro não muito distante. A dualidade de regimes permitirá, inclusive, eventual *competição* entre regimes de financiamento, com adoção de alíquotas menores no regime de capitalização e maiores no regime de repartição simples como instrumento de estímulo à migração de financiadores de um para outro regime*. A EC 41/2003 não estabeleceu alíquota mínima de contribuição no regime de capitalização, de natureza complementar, diversamente do que estabeleceu para o regime de repartição simples próprio dos titulares de cargo efetivos no âmbito da Federação.*

Tenho sustentado em diversos trabalhos que o regime de repartição simples adotado para o financiamento da previdência dos servidores titulares de cargo efetivo admite ajustes, uma vez que está fundamentado em bases publicísticas,

---

[10] *Fundos de Pensão dos Servidores Públicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 12. È equivocado também atribuir ao regime de repartição simples o papel de redistribuidor regressivo de renda. Como bem assinalam estudiosos da matéria, "Não deve prosperar a pecha imposta ao regime de repartição simples de que ele, inevitavelmente, ensejará redistribuição regressiva de renda, em prol de determinado grupo. Na verdade, não é necessariamente o instrumento de financiamento que vai determinar a regressividade ou não do sistema, mas sim, as variáveis do modelo. No caso de um sistema de capitalização, por exemplo, é possível, por meio de isenções ou subsídios para beneficiar um grupo em detrimento de outro, ensejar uma redistribuição às avessas" (FIGUEIREDO, Carlos Mauricio; MOTA, Leovegildo; NÓBREGA, Marcos; SOUZA, Ricardo. *Previdência Própria dos Municípios*: gestão, desafios e perspectivas. Recife, 2002, p. 24).

administrativas, respondendo diretamente à interferência do legislador. Várias causas de sua atual crise foram motivadas por decisões e equívocos de difícil reprodução, mas sempre por decisões do próprio Poder Público. A ruptura do regime de repartição simples, mesmo parcial, se não for adequadamente refletida, poderá sobrecarregar a atual geração de servidores ativos e tornar incerta a solvência do sistema previdenciário dos servidores públicos efetivos nos próximos anos.

A previdência social é um seguro coletivo, que reclama financiamento eqüitativo e racionalidade na sua gestão. Debatê-la com ânimo sereno, sem maniqueísmos, pode ser um passo decisivo para compreender a complexa lógica social e jurídica que a sustenta e a forma mais simples de dificultar a tomada de decisões precipitadas pelo legislador, contrárias aos valores sociais e éticos que ele mesmo proclama defender e fundamentais para construção de um efetivo Estado Democrático de Direito.

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

MODESTO, Paulo. A Reforma da Previdência e suas Normas de Transição. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 1, março, 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site **direitodoestado.com.br**

Publicação Impressa:

Publicado também na Revista Brasileira de Direito Público, v. 6, jul.set, 2004. pág. 87-104.