Número 20 – dezembro/janeiro/fevereiro 2009/2010 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1888

CONSTITUCIONALIDADE E LEGITIMIDADE DA REFORMA DA PREVIDÊNCIA (ASCENSÃO E QUEDA DE UM REGIME DE ERROS E PRIVILÉGIOS)

Luís Roberto Barroso
Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Master of Laws pela Yale Law School. Procurador do estado e advogado no Rio de Janeiro.

Introdução

Na moderna interpretação constitucional, a norma jurídica, como relato puramente abstrato, já não desfruta da supremacia de outros tempos. Há duas evidências reconhecidas pela doutrina e progressivamente admitidas pela jurisprudência: a) os fatos subjacentes e as conseqüências da interpretação sobre o mundo real não podem ser tratados com indiferença; b) o papel do intérprete não consiste apenas em revelar o que supostamente já estaria contido na norma: ele age investido de parcela de discricionariedade e dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento, deverá fazer valorações *in concreto* e escolhas fundamentadas[1].

Porque assim é, há um dever ético do intérprete de declinar a sua *pré-compreensão* a propósito da matéria que está sendo interpretada, o que significa dizer, explicitar o seu ponto de observação e os fatores que influenciam o seu modo de raciocinar[2]. Eis, portanto, os valores que figuram como parâmetros da minha argumentação:

---

[1] A propósito desses novos desenvolvimentos doutrinários, v. Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, "O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro". In: Luís Roberto Barroso (org.), *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, 2003.

[2] Sobre pré-compreensão, v. Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, 1997, p. 285 e segs.; e Konrad Hesse, *Escritos de derecho constitucional*, 1983, p. 44: "*El intérprete no puede captar el contenido da la norma desde un punto cuasi arquimédico situado fuera de la existencia histórica sino únicamente desde la concreta situación histórica en la que se*

a) O sistema previdenciário brasileiro tornou-se injusto e desigual, com abissal desequiparação entre o setor privado e o setor público. Nesse último, vigora um regime no qual os recursos do orçamento geral – e não as contribuições dos beneficiários – financiam os benefícios e cobrem o *deficit* crescente, promovendo um modelo concentrador de renda, fundado em uma solidariedade social invertida: os mais pobres financiam os mais ricos;

b) O Estado, por certo, deve respeitar direitos adquiridos onde eles existam. Porém, mais que isso, não deve ser indiferente nem prepotente em relação às expectativas legítimas das pessoas. Como conseqüência, em nome da segurança jurídica e da boa-fé, deve promover um modelo de transição racional e razoável[3].

Em suas linhas gerais, a Emenda Constitucional n° 41, de 19.12.2003, realiza adequadamente os dois objetivos. Confira-se a demonstração do argumento.

Parte I

I. Regime constitucional da Previdência Social no Brasil[4]

A Constituição de 1988 abriu um capítulo específico, dentro do Título dedicado à Ordem Social, para a *Seguridade Social* (art. 194 e segs.), nela incluindo os direitos relativos à Saúde, à Previdência Social e à Assistência Social. O presente estudo concentrar-se-á apenas na Previdência Social que, nos termos constitucionais, será de caráter contributivo e de filiação obrigatória. A Previdência Social é um seguro público que visa a cobrir um conjunto amplo de riscos sociais, dentre os quais se inclui a perda da capacidade de trabalho em razão de doença, invalidez ou idade avançada (art. 201)[5].

O sistema constitucional de previdência no Brasil comporta uma primeira grande divisão em público e privado. A previdência *privada* –

---

encuentra, cuya plasmación ha conformado sus hábitos mentales, condicionando sus conocimientos y sus pre-juicios".

[3] Em debate na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, a convite dos Deputados Luís Eduardo Greenhalg, Sigmaringa Seixas, José Eduardo Cardoso e Maurício Rands, realizado em 21 de maio de 2003, declarei textualmente: "O modelo proposto é ousado e promove justiça social. Mas deve instituir um sistema de transição menos rígido". Ao longo do processo legislativo, a PEC n° 40 foi indiscutivelmente flexibilizada.

[4] Sobre o tema, v. Marcelo Leonardo Tavares, *Previdência e assistência social – legitimação e fundamentação constitucional brasileira*, 2003. Este trabalho foi a dissertação de mestrado do autor, recentemente publicada em edição comercial, com prefácio meu. As idéias nela desenvolvidas servem de fio condutor da primeira parte desse trabalho.

[5] Assim dispõe o art. 201 e seus incisos: "A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º. (...)."

não confundir com o regime aplicável aos trabalhadores da iniciativa privada – é de natureza contratual, facultativa e complementar. Nela o Estado não participa, salvo na sua condição eventual de empregador, quando então será entidade patrocinadora, em situação análoga à de uma empresa[6]. A previdência privada ou complementar, como também é conhecida, tem sua matriz constitucional no art. 202 e é regulada por lei complementar[7]. De acordo com a disciplina em vigor, a previdência privada pode ser aberta ou fechada[8].

O sistema *público* de previdência, identificado como Previdência Social, distingue-se do privado por seu caráter institucional (não contratual), de filiação compulsória e financiamento mediante contribuições sociais e recursos orçamentários. Existem dois modelos de Previdência Social no Brasil: (i) o regime geral (RGPS), que congrega todos os *trabalhadores da iniciativa privada* (bem como outras pessoas que podem voluntariamente filiar-se), e é gerido pelo INSS, uma autarquia federal; e (ii) o regime próprio dos *servidores públicos* (RPSP), organizado por cada uma das entidades estatais – União, Estados, Distrito Federal e Municípios –, que reúne os servidores que ocupam ou ocuparam cargos públicos efetivos.

O Regime Geral da Previdência Social (RGPS) tem seu perfil constitucional traçado no art. 201 e foi regulamentado pela Lei n° 8.213, de 24.7.91. A filiação, como regra geral, é obrigatória, constituindo um dos sistemas previdenciários mais abrangentes do mundo[9]. O RGPS está estruturado na fórmula da repartição simples – custeio em regime de caixa, pelo qual não há capitalização, de modo que a arrecadação de hoje é que paga os benefícios atuais[10] – e, embora tenha caráter contributivo[11], é

---

[6] E, naturalmente, desempenhando função reguladora e fiscalizadora que, aliás, é intensa na matéria.

[7] Assim dispõe o art. 202, *caput*: "O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar." Regem correntemente a matéria a Lei Complementar n° 109, de 29.5.2001, que dispõe sobre o regime de previdência complementar, e a Lei Complementar n° 108, de 29.5.2001, que dispõe sobre a relação entre a União, os Estados, o DF e os Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas e suas respectivas entidades fechadas de previdência complementar.

[8] *A previdência pode ser mantida por entidades privadas, que serão consideradas fechadas ou abertas de acordo com a existência ou não de limitação subjetiva à participação nos respectivos planos de benefícios, nos termos dos arts. 31 e 36 da Lei Complementar n° 109, de 29.5.2001.*

[9] De fato, nele se incluem todos os trabalhadores da iniciativa privada, urbanos e rurais, assim como os servidores que não possuem vínculo efetivo com a Administração e demais pessoas que não exerçam atividade laboral reconhecida por lei, mas que optem pela vinculação facultativa.

[10] Regimes de previdência, tradicionalmente, podem ser custeados por duas formas: pelo regime de repartição e pelo regime de capitalização. No regime de capitalização, dá-se a acumulação de valores pelo trabalhador durante sua fase ativa, como uma poupança individual ou coletiva. O investimento desses recursos irá financiar os benefícios devidos no futuro. O regime de repartição simples é um sistema de custeio em regime de caixa, pelo qual a arrecadação é imediatamente carreada para pagamento de benefícios já devidos, sem que haja, necessariamente, um processo de acumulação prévia. V. Flávio Martins Rodrigues, *Fundos de pensão de servidores públicos*, 2002, p. 9 e segs.

informado pelo princípio da solidariedade[12]. O benefício é definido, mas limitado a um mínimo e a um máximo[13], e o reajuste é feito por critério estabelecido em lei, sem vinculação entre proventos e salários dos empregados em atividade.

O regime próprio de previdência dos servidores públicos pode ser instituído pelos entes da Federação[14]. O sistema é mais tipicamente ainda de repartição simples[15], passou a ser contributivo após a Emenda Constitucional n° 3, de 1993[16], e também se beneficia do princípio da solidariedade[17] – embora, no caso, em um modelo de justiça social às avessas[18]. O benefício é definido, mas em relação a ele duas

---

[11] O financiamento da Seguridade Social se dá mediante recursos orçamentários e contribuições sociais (portanto, tributos), recolhidas pelo empregador, pelo trabalhador e, em certos casos (como o da CPMF), por toda a sociedade. V. CF, art. 195.

[12] Relativamente ao RGPS, a solidariedade é implícita, sem menção expressa no texto constitucional. Mas o regime geral tem assegurado benefícios tanto em situações de contribuição insuficiente – *e.g.*: segurado que fica inválido pouco após haver ingressado no sistema – como, em certos casos, até àqueles que nunca contribuíram. Foi o que se passou, por exemplo, com a incorporação ao regime geral, em 1991, dos trabalhadores rurais, considerando-se gratuitamente o tempo desenvolvido na atividade até então.

[13] Marcelo Leonardo Tavares, *Previdência e assistência social – legitimação e fundamentação constitucional brasileira*, 2003, p. 227: "O Regime Geral é um sistema previdenciário básico, com benefícios pagos entre um patamar mínimo (quando se destinar a substituir a remuneração percebida pelo trabalhador em atividade – um salário mínimo) e máximo (que se tem mantido em torno de oito a dez salários mínimos, anualmente reajustados – art. 41, da Lei n° 8.213/91). São valores que não se destinam a suprir todas as necessidades humanas, mas sim as condições de uma existência digna".

[14] A União possui dois sistemas distintos: um para os servidores públicos civis (Lei n° 8.112/91) e um para os militares (Lei n° 6.880/80), que contribuem, no entanto, apenas para as pensões. Não havendo a instituição de um sistema próprio pelo ente da Federação, seus servidores serão protegidos pelo regime geral e considerados como empregados (Lei n° 8.213/91). A Lei n° 9.717/98 dispõe sobre as regras gerais para a organização e funcionamento dos regimes próprios da previdência social dos servidores públicos dos entes federativos.

[15] Sobre o tema, v. Paulo Modesto, "A Reforma da previdência e as peculiaridades do regime previdenciário dos agentes públicos", *Revista Brasileira de Direito Público 2*:141, p. 141-2: "O sistema (de repartição simples) funciona como uma complexa cadeia de financiamento, que enlaça gerações diferentes, segundo o princípio da *solidariedade intergeracional*. A atual geração em atividade financia os proventos da geração anterior e guarda a expectativa de ter os seus proventos financiados pelas futuras gerações. A todo rigor, no regime de repartição simples, os agentes públicos em atividade não contribuem para a própria aposentadoria ou para a correspondente pensão, mas para a solvabilidade do sistema previdenciário próprio, considerado o fato de que a contribuição individual atual não mantém qualquer correlação imediata com o correspondente benefício futuro e que financia apenas o pagamento dos benefícios previdenciários atuais do sistema".

[16] A EC n° 3/93 constitucionalizou, pela primeira vez, o conceito de que os servidores públicos devem participar do custeio de suas aposentadorias e pensões, dando nova redação ao art. 40, § 6° da Constituição, que passou a viger com a seguinte dicção: "§ 6°. As aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais serão custeadas com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores, na forma da lei". A Emenda Constitucional n° 20, de 1998, alterou a redação desse dispositivo e modificou amplamente o sistema de Previdência Social.

[17] Com a EC nº 41, de 2003, a solidariedade passou a receber referência expressa no art. 40 do texto constitucional.

[18] Como assinalado, a sociedade como um todo, através dos recursos orçamentários, financia as maiores aposentadorias e pensões, com verbas que deixam de ser carreadas às necessidades sociais mais prementes. Na conclusão severa e precisa de Marcelo Leonardo Tavares, *Previdência e assistência social – legitimação e fundamentação constitucional*

características distanciam o regime próprio do regime geral: (i) a fixação dos proventos em valor correspondente à totalidade da remuneração em atividade (art. 40, § 3°)[19] – independentemente da média do valor-base sobre o qual o servidor contribuiu ao longo de sua vida ativa; e (ii) a paridade entre os proventos e as pensões, de um lado, e a remuneração dos servidores em atividade (art. 40, § 8°)[20], do outro, em perpétua equivalência, sem qualquer contribuição suplementar para esse fim. A Emenda Constitucional n° 20, de 1998, enfrentou parte das graves distorções do sistema, mas muitas subsistiram intactas[21].

Artigo1 II. Alguns dados acerca da realidade material

Conforme já assinalado, a previdência no Brasil poderá ser privada ou pública, sendo que esta última subdivide-se em regime geral e regime próprio dos servidores públicos. Confiram-se algumas informações de fato acerca de cada uma delas:

- A previdência privada ou complementar ainda desempenha papel pouco expressivo, congregando o número reduzido de 2,2 milhões de pessoas e tendo um patrimônio de R$ 206 bilhões[22];

- O Regime Geral da Previdência Social, em dados do ano de 2002, conta com 19 milhões de beneficiários, que custam R$ 88 bilhões

---

brasileira, 2003, p. 268: "Os regimes previdenciários dos servidores públicos, intitulados de regimes próprios de previdência social, não se destinam a garantir o mínimo existencial. Em um país com profundas desigualdades como o nosso, não são justos socialmente e seus *deficits* produzem solidariedade invertida, beneficiando os mais ricos em detrimento dos mais pobres e onerando indevidamente a sociedade".

[19] Esta a redação do art. 40, § 3°, conforme EC nº 20/98 (anteriormente à EC nº 41/2003): "§ 3º Os proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão calculados com base na remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria e, na forma da lei, corresponderão à totalidade da remuneração".

[20] Esta a redação do art. 40, § 8°, conforme EC nº 20/98 (anteriormente à EC nº 41/2003): "Observado o disposto no art. 37, XI, os proventos de aposentadoria e as pensões serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo, também estendidos aos aposentados e aos pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos 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".

[21] Algumas das principais alterações foram as seguintes: i) ênfase no tempo de contribuição em lugar do tempo de serviço; ii) reiteração do caráter contributivo do sistema e explicitação da necessidade de equilíbrio financeiro e atuarial; iii) instituição de idade mínima para a aposentadoria; iv) fim da aposentadoria especial para professor universitário e da aposentadoria com tempo reduzido para magistrados, membros do Ministério Público e do Tribunal de Contas; v) fim da aposentadoria proporcional voluntária por tempo de serviço para os novos servidores; vi) vedação da contagem de tempo ficto para servidores civis (militares conservaram o direito); vii) vedação expressa da acumulação da aposentadoria, salvo se acumuláveis os cargos em que verificadas as aposentadorias; viii) permissão de aplicação dos limites máximos do regime geral aos servidores públicos. V. Paulo Modesto, "A reforma da previdência e as peculiaridades do regime previdenciário dos agentes públicos", *Revista Brasileira de Direito Público 2*:141, p. 155-6.

[22] Guilherme Lacerda, "Reforma previdenciária e fundos de pensão". In: Jornal *O Globo*, 21.8.2003, p. 7.

(6,7% do PIB). O sistema arrecada R$ 71 bilhões, gerando um *deficit* de R$ 17 bilhões[23]. O valor médio das aposentadorias é de R$ 454[24];

- O regime próprio dos servidores públicos, também em dados do ano de 2002, congrega 3,2 milhões de inativos e pensionistas, que custam R$ 61 bilhões (4,7% do PIB). O sistema arrecada R$ 22 bilhões, gerando um *deficit* de R$ 39 bilhões. O valor médio das aposentadorias no serviço público federal é o seguinte – no Executivo: R$ 2.282; no Ministério Público: R$ 12.571; no Legislativo: R$ 7.900; no Judiciário: R$ 8.027; e a dos Militares: R$ 4.275[25].

Como natural e intuitivo, estatísticas precisam ser interpretadas com racionalidade e razoabilidade, dentro dos contextos adequados, sob pena de se produzirem distorções e percepções equivocadas. É inegável, contudo, que a diferença de regime jurídico entre os servidores públicos e os trabalhadores da iniciativa privada gera um distanciamento abissal entre as duas categorias. Sem embargo das peculiaridades da carreira no serviço público, que mereceram tratamento constitucional próprio, as especificidades existentes não fornecem fundamento razoável para a extensão e intensidade da desequiparação. A disparidade já não se pode mais sustentar, em uma fase da história da humanidade marcada pela primazia da dignidade da pessoa humana, pela centralidade dos direitos fundamentais e pela busca de justiça social.

Algumas outras informações relevantes merecem ser agregadas. De acordo com a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), o Brasil é o país que gasta o maior percentual do PIB com a previdência dos servidores públicos, se comparado com quatorze dos países mais ricos do mundo. E é também, de todos eles, o único que assegura aposentadoria correspondente ao valor recebido na atividade e pensão integral[26]. De um extremo ao outro do espectro político, predomina a crença de que o melhor modelo previdenciário deve combinar um sistema básico, estatal, em regime de repartição, com outro de natureza complementar, facultativo, em regime de capitalização[27].

---

[23] Fonte: Informações constantes do *site* do Ministério da Previdência Social: www.previdenciasocial.gov.br/reforma/verdade.htm, colhidas em 26.12.2003.
[24] Fonte: Jornal *O Globo*, 23.11.2002, p. 35.
[25] Fonte: Informações constantes do *site* do Ministério da Previdência Social: www.previdenciasocial.gov.br/reforma/verdade.htm, colhidas em 26.12.2003. V. tb. José Genoíno, "Uma reforma justa e necessária". In: *Site* PT Ceará (www.ptceara.org.br), 2.5.2003.
[26] Fonte: Jornal *Folha de São Paulo*, 20.7.2003, p. A-8. Com base em estudo desenvolvido por Vinicius Carvalho Pinheiro, especialista da OCDE, a matéria apresenta um quadro comparativo em relação aos seguintes países: Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, França, Alemanha, Grécia, Irlanda, Japão, Holanda, Portugal, Espanha, Estados Unidos. O Brasil gasta com previdência 11,5% do PIB e, especificamente com a previdência dos servidores, 4,7%.
[27] Na Exposição de Motivos que acompanhou a proposta enviada pelo governo (E.M.I. n° 29 – MPS/CCIVIL PR, de 20.4.2003), dirigida, como de praxe, ao Presidente da República, lavrou-se: "Propõe o Programa de Governo de Vossa Excelência a construção, no longo prazo, de um regime previdenciário básico público, universal, compulsório, para todos os brasileiros. O regime deve ter um caráter contributivo (...), com benefícios de aposentadoria definidos, valor do piso e teto claramente estipulados e gestão democrática quadripartite. Em complementação a este regime universal, propõe o documento citado a existência de regime complementar de caráter facultativo, destinado àqueles brasileiros que desejam obter, na aposentadoria, valores de benefício superiores ao teto geral do regime básico universal".

Em suma: no sistema previdenciário vigente no Brasil, um número reduzido de servidores públicos absorve a maior porção dos recursos com o custeio de suas aposentadorias. E isso, em grande parte dos casos, sem haverem contribuído ou havendo contribuído de maneira insuficiente. De fato, boa parte dos beneficiários do sistema migraram de empregos públicos, submetidos à legislação trabalhista e ao regime geral, para cargos públicos e para o regime próprio, em razão da instituição do regime jurídico único pela Constituição de 1988 (art. 39, *caput*, na redação original[28]) e por força do art. 243 da Lei n° 8.112, de 11.12.90[29]. De modo que, após haverem contribuído com base em um salário de referência, para perceberem proventos dentro de um limite máximo, foram aquinhoados com um novo regime, de proventos integrais e equiparação entre ativos e inativos[30].

Em sua dissertação de mestrado já citada, Marcelo Leonardo Tavares propôs um regime de repartição básico: 1) público; 2) universal – para trabalhadores, servidores, militares e segurados facultativos; 3) de garantia da dignidade humana e apoiado no valor solidariedade; 4) financiado com respaldo na clássica fórmula tríplice de custeio – Estado, trabalhadores e empresas; 5) protetor dos principais e mais graves riscos sociais – a morte, a incapacidade, a idade avançada, o desemprego involuntário e a maternidade; 6) com limites mínimo e máximo de cobertura; 7) no qual se mantenha o equilíbrio atuarial; e 8) em que o cálculo do valor dos proventos reflita a média de renda percebida pelos segurados durante a vida laboral. Além disso, a manutenção de planos privados facultativos, em regime de capitalização (*Previdência e assistência social – legitimação e fundamentação constitucional brasileira*, 2003, p. 268).

Em matéria publicada pela *Folha de São Paulo*, 20.7.2003, p. A-8, Vinícius Carvalho Pinheiro, ex-Secretário da Previdência, teve seu pensamento assim resumido: "Para Pinheiro, o sistema mais apropriado é o que combina uma parcela de aposentadoria assegurada pelo Estado mais a aposentadoria complementar, bancada com as contribuições do servidor. Ele observa que além de viabilizar os pagamentos pelo Estado, cria também um volume de recursos que pode ser usado para investimentos que impulsionem o crescimento da economia".

[28] Assim previa o dispositivo, que veio a ser revogado pela EC n° 19/98: "Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas".

[29] A Lei n° 8.112/90 dispôs sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais e previu: "Art. 243. Ficam submetidos ao regime jurídico instituído por esta Lei, na qualidade de servidores públicos, os servidores dos Poderes da União, dos ex-Territórios, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas, regidos pela Lei n° 1.711, de 28.10.52 – Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, ou pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n° 5.452, de 1.5.43, exceto os contratados por prazo determinado, cujos contratos não poderão ser prorrogados após o vencimento do prazo de prorrogação".

[30] A esse propósito, v. Paulo Modesto, "A reforma da previdência e as peculiaridades do regime previdenciário dos agentes públicos", *Revista Brasileira de Direito Público 2*:141, p. 154: "O regime atual importa também riscos para a geração futura, pois não se sabe em que medida as atuais contribuições conferirão ao longo do tempo sustentabilidade ao sistema ou o agravamento ainda mais intenso do *deficit* atual. Hoje o risco do prejuízo é maior do que o risco de algum proveito para a geração atual e para a próxima geração.

(...) É evidente que o risco foi praticamente nulo para a geração anterior, que já se encontra aposentada, proveniente em sua grande parte de empregos públicos, dispensada de contribuir para financiar o sistema com alíquotas incidentes sobre a remuneração total, pois, como empregados, estavam sujeitos apenas a *alíquotas incidentes sobre uma base de salários de referência e poderiam receber no máximo os limites do sistema geral de previdência social*. Estes foram transferidos em massa, na União, para o regime de cargo pelo inconstitucional art. 243 da Lei n° 8.112, de 1990. Para estes não houve risco, apenas ganho de uma aposentadoria integral, mutável, parametrizada nos vencimentos dos servidores ativos, além do

Seção 1.01 III. Algumas causas da crise da Previdência Social no Brasil

Na maior parte dos países do mundo, a Previdência Social enfrenta problemas decorrentes, sobretudo, do aumento da expectativa de vida da população. Em diversos deles vêm sendo colocados o debate e a deliberação política acerca da elevação da idade mínima para a aposentadoria voluntária. Este fenômeno também se manifesta no Brasil, onde a média de vida experimentou expressiva ascensão, chegando ao patamar dos setenta anos[31].

Além dos fatores de alcance mundial, há um conjunto de circunstâncias nacionais, que vão do texto constitucional a problemas gerenciais, que têm agravado a crise da Previdência Social. Alguns traduzem mudanças positivas que, no entanto, oneram o sistema previdenciário. Outros são conjunturais, como o elevado índice de informalidade no mercado de trabalho, que compromete a arrecadação para o sistema geral. A seguir se procede a um levantamento sumário das causas das dificuldades vividas pelo sistema, algumas já sanadas e outras que precisam ser enfrentadas pelo modelo novo[32]:

1. Inexistência de contribuição dos servidores civis para a aposentadoria, como regra, até o advento da Emenda Constitucional n° 3, de 1993 (embora houvesse contribuição para pensões). Ainda hoje, os militares não contribuem para a aposentadoria, mas somente para pensões e assistência médica[33];

---

legado às novas gerações de um *deficit* monumental na previdência pública dos servidores efetivos". (grifos no original).

[31] "*Tábuas Completas de Mortalidade 2002. Expectativa de vida do brasileiro ultrapassa os 70 anos.* Estimativas do IBGE para o ano de 2002 revelam que a esperança de vida do brasileiro ao nascer é de 71 anos. É a primeira vez que as projeções superam a casa dos 70 anos." Fonte: Informações constantes do *site* do IBGE: http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/01122003tabuahtml.shtm, colhidas em 5.1.2004.

[32] A sistematização que se segue beneficia-se de levantamentos feitos por outros autores, com destaque para Gilberto Guerzoni Filho, "O regime de aposentadoria e pensões dos servidores públicos e militares: diagnóstico e propostas de alteração", *Revista Brasileira de Direito Público 1*:67 e, especialmente, Paulo Modesto, "A reforma da previdência e as peculiaridades do regime previdenciário dos agentes públicos", *Revista Brasileira de Direito Público 2*:141.

[33] Mesmo após a instituição do modelo contributivo, subsistiu uma distorção: a contribuição não guarda qualquer relação direta com o benefício, uma vez que proventos e pensões não são calculados com base no que o servidor contribuiu, mas em função de sua última remuneração no cargo efetivo que ocupava. Por esta razão afirma-se, com fundamento, que o regime não é propriamente contributivo e previdenciário, mas unilateral e administrativo. V. Gilberto Guerzoni Filho, "O regime de aposentadoria e pensões dos servidores públicos e militares: diagnóstico e propostas de alteração", *Revista Brasileira de Direito Público 1*:67, p. 68-9: "O caráter administrativo do regime se evidencia quando se verifica que a aposentadoria dos servidores públicos e dos militares não tem qualquer lógica atuarial e nem pode ser analisada e compreendida utilizando-se parâmetros de um regime previdenciário (...). O que ocorre é que o valor dos proventos no setor público é fruto da política de remuneração do Estado e não das contribuições feitas ou não feitas. Um fato não tem, necessariamente, nenhuma relação com o outro".

2. Transferência para o regime jurídico único e, conseqüentemente, para o regime previdenciário próprio dos servidores públicos, da imensa massa de empregados públicos regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), operada por força do disposto no art. 39 da Constituição de 1988 e na Lei n° 8.112/90;

3. Ausência de idade mínima para a aposentadoria voluntária, dando margem, até a Emenda Constitucional n° 20, de 1998, a uma grande quantidade de aposentadorias precoces, onerando o sistema por muito mais tempo do que seria razoável;

4. Disfunções existentes até a EC n° 20/98, como ausência de prazos mínimos de permanência no sistema próprio, bem como de prazos mínimos de contribuição, além de figuras equívocas como a contagem de "tempo ficto", a exemplo de férias e licenças computadas em dobro, período de estudos em escolas técnicas, tudo sem custeio adequado ou estudos atuariais;

5. Reconhecimento da ilegitimidade constitucional da imposição de idade máxima para a participação em concursos públicos: a orientação, respaldada pelo Supremo Tribunal Federal, que é correta e desejável, propiciou o ingresso, no regime previdenciário próprio, muito mais oneroso para o Poder Público, de pessoas que haviam contribuído tendo por base as regras do regime geral, onde não há nem integralidade de proventos nem paridade entre ativos e inativos;

6. Expressiva redução, desde 1990, do número de servidores públicos, inclusive pelas restrições à realização de novos concursos, com a conseqüente diminuição do número de contribuintes do sistema próprio[34];

7. Fatores políticos e problemas gerenciais, como a concessão de benefícios sem fonte de custeio e previsão orçamentária, deficiência nos mecanismos de controle, desvios de recursos, dentre outras vicissitudes ligadas ao estágio civilizatório do país.

A extensão e a gravidade do problema deslegitimam o discurso de que qualquer mudança afeta conquistas históricas. A história mudou. O risco de insolvência do sistema impõe a celebração de um novo pacto entre gerações, que é da essência do modelo previdenciário fundado em repartição simples. Aposentados, servidores em atividade e futuros servidores – que sairão do conjunto da sociedade – precisam redefinir a distribuição de benefícios e encargos entre gerações distintas. Do ponto de vista do moderno direito constitucional – que se reaproximou da Ética e dos valores humanitários –, há dois princípios a considerar na concepção de um novo modelo: a *dignidade da pessoa humana*, valor moral prévio à organização social e justificação dos direitos humanos, na qual se contêm as condições materiais

[34] Na União esta redução já alcança, desde 1990, 20% do quadro. Desde 2000, o número de beneficiários (compreendendo servidores aposentados e pensionistas) já ultrapassa o de servidores em atividade, o que produz drástico desequilíbrio para o sistema. V. Paulo Modesto, "A reforma da previdência e as peculiaridades do regime previdenciário dos agentes públicos", *Revista Brasileira de Direito Público 2*:141, p. 144. Na já mencionada Exposição de Motivos que acompanhou a proposta enviada pelo governo (E.M.I. n° 29 – MPS/CCIVIL PR, de 20.4.2003), registrou-se: "Em 1998, a relação entre contribuintes e beneficiários já era de praticamente um trabalhador ativo para cada inativo e pensionista. Na União, em 2002, o número de inativos chegou a 942,7 mil servidores, enquanto o número de ativos chegou a 851,4 mil".

básicas para a vida civilizada e para o desfrute da liberdade; e a *solidariedade*, que traduz o dever do Estado e da sociedade de promoverem a adequada repartição de riquezas entre todos, com base nos valores da justiça material e distributiva.

O Brasil descobriu, tardiamente, que o equilíbrio fiscal não é uma opção ideológica, mas um fundamento da economia. O endividamento progressivo paralisa a capacidade de investimento em políticas públicas e sociais relevantes e a inflação é perversa sobretudo com os mais pobres, que não se protegem nas contas remuneradas, no overnight *e nos diversos indexadores. As culpas pelo* deficit *do sistema previdenciário são, na sua maior porção, invisíveis e diluídas ao longo do tempo. Não é fácil distribuí-las adequadamente, nem haveria grande proveito em fazê-lo. É certo que os servidores públicos, chamados a pagar a maior parcela da conta que não fechou, não são os responsáveis. Em muitos casos, são vítimas. O Estado, portanto, não deve ser indiferente nem arrogante em relação às suas legítimas expectativas. É preciso fazer uma transição civilizada, ainda que dura.*

Mas há uma dificuldade adicional, no Brasil, em qualquer debate que afete o *status quo*, vale dizer, as distribuições de poder e de riqueza na sociedade. Uma certa retórica vazia, demagógica, torna-se aliada da inércia, e tudo permanece como sempre foi, mantendo-se a apropriação privada do espaço público. A criação de um país decente, fundado em pressupostos igualitários, tem de enfrentar as seduções do populismo, escudo sob o qual se protege, pelos séculos afora, a classe dominante brasileira e seus aliados no estamento burocrático. Diante de qualquer ameaça aos seus privilégios, organizam-se bravamente e fazem discurso de esquerda. Assim é porque sempre foi.

Parte II

A Reforma da Previdência resultou de Proposta de Emenda Constitucional encaminhada à Câmara dos Deputados pelo Presidente da República, acompanhada de exposição de motivos firmada pelos Ministros Ricardo Berzoini, da Previdência Social, e José Dirceu, da Casa Civil (E.M.I. n° 29 – MPS/CCIVIL-PR). Identificada como PEC nº 40/2003 na Câmara dos Deputados, teve sua tramitação iniciada em 30 de abril de 2003. Após o processo legislativo próprio, na forma constitucional (no Senado Federal tornou-se PEC nº 67/2003), foi promulgada como Emenda Constitucional n° 41, de 19.12.2003, com a seguinte ementa: “Modifica os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do § 3° do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da Emenda Constitucional n° 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências”.

A Reforma introduz um conjunto amplo de modificações no regime próprio de previdência dos servidores públicos, aproximando-o do Regime Geral da Previdência Social, aplicável aos trabalhadores da iniciativa

privada (CF, art. 201). Quanto ao regime geral, só incidentalmente referido na Reforma, inovação relevante foi a elevação do limite máximo dos benefícios para o valor de R$ 2.400. A Reforma da Previdência institui um modelo novo, válido para todos os servidores, mas ressalva direitos adquiridos e cria regras especiais de transição para quem já integrava o sistema. Confira-se, a seguir, o impacto das medidas sobre os atuais servidores ativos e inativos e sobre os futuros servidores.

v. As novas regras do modelo permanente

As principais inovações ao modelo permanente, a serem aplicadas integralmente aos futuros servidores e seletivamente aos atuais, podem ser compendiadas nos itens abaixo:

(i) **Teto para os benefícios.** Limite máximo de remuneração, subsídio, proventos e pensões dos servidores, que não poderão exceder: na União, o subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal; nos Municípios, o do Prefeito; nos Estados, o de Governador, Deputado e Desembargador, para cada Poder, respectivamente[35];

[35] CF, art. 37, XI, na redação da EC n° 41, de 2003: "A remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos". A fixação do subsídio dos Ministros do STF passa a depender de lei resultante de proposta do próprio Tribunal ao Poder Legislativo, deixando de ser de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal (v. nova redação dada ao art. 48, XV). Para assegurar efetividade imediata ao limite máximo de remuneração, a EC n° 41, de 2003, assim previu: "Art. 8°. Até que seja fixado o valor do subsídio de que trata o art. 37, XI, da Constituição Federal, será considerado, para os fins do limite fixado naquele inciso, o valor da maior remuneração atribuída por lei na data de publicação desta Emenda a Ministro do Supremo Tribunal Federal, a título de vencimento, de representação mensal e da parcela recebida em razão de tempo de serviço, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento da maior remuneração mensal de Ministro do Supremo Tribunal Federal a que se refere este artigo, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos". E o art. 9° procura dar uma improvável sobrevida ao art. 17 do ADCT, ao dispor: "Aplica-se o disposto no art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias aos vencimentos, remunerações e subsídios dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos,

(ii) **Base de cálculo dos proventos.** Proventos de aposentadoria calculados sobre as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor[36], e não mais pelo valor correspondente à totalidade da remuneração do cargo efetivo em que se der a aposentadoria;

(iii) **Fim da paridade.** Reajuste dos benefícios com base em lei[37], não mais assegurada a paridade e equivalência entre ativos e inativos;

(iv) **Pensão reduzida.** Benefício da pensão por morte integral até o limite máximo dos benefícios do regime geral, acrescida de 70% do valor excedente, não mais assegurada a totalidade do que percebia o servidor[38];

(v) **Previdência complementar.** Previsão de instituição de regime de previdência complementar, por intermédio de entidades fechadas, de natureza pública e benefícios na modalidade de contribuição definida[39], que uma vez implementada, facultará ao ente da Federação a fixação do valor de aposentadorias e pensões no limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral (CF, art. 40, §14, na redação que já vinha da EC n° 20, de 1998);

---

pensões ou outra espécie remuneratória percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza".

[36] CF, art. 40, § 3°, na redação da EC n° 41, de 2003: "§ 3°. Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidos aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, na forma da lei".

[37] CF, art. 40, § 8°, na redação da EC n° 41, de 2003: "§ 8°. É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei". Compare-se com o texto anterior, que havia sido introduzido pela EC n° 20, de 1998: "§ 8°. Observado o disposto no art. 37, XI, os proventos de aposentadoria e as pensões serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e aos pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos 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".

[38] CF, art. 40, § 7°, na redação da EC n° 41, de 2003: "§ 7°. Lei disporá sobre a concessão do benefício de pensão por morte, que será igual: I - Ao valor da totalidade dos proventos do servidor falecido, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso aposentado à data do óbito; ou II - Ao valor da totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu o falecimento, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso em atividade na data do óbito".

[39] CF, art. 40, § 15, na redação da EC n° 41, de 2003: "§ 15. O regime de previdência complementar de que trata o § 14 será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, observado o disposto no art. 202 e seus parágrafos, no que couber, por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida".

(vi) **Contribuição de inativos.** Incidência de contribuição sobre proventos e pensões que excedam o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral[40], com previsão de abono para o servidor que preenchendo os requisitos para a aposentadoria voluntária, permaneça em atividade[41];

(vii) **Unicidade de regime e gestão.** Vedação da existência de mais de um regime próprio de previdência e de mais de uma unidade gestora por entidade da Federação[42].

O novo modelo, portanto, em suas grandes linhas, combina a previdência social básica, em regime de repartição simples, com a previdência complementar, em regime de capitalização. Além disso, institui o benefício em função da contribuição, elimina a paridade entre ativos e inativos, reduz o valor das pensões superiores ao limite máximo do regime geral e permite que este seja, também, o teto de benefícios para os servidores públicos e seus dependentes. E cria a contribuição de inativos.

VI. Situação dos aposentados e dos que já haviam adquirido direito à aposentadoria quando da promulgação da EC n° 41, de 2003

A Reforma, como não poderia deixar de ser, preserva a situação já desfrutada por servidores aposentados e pensionistas, na data de sua promulgação. Mais que isso, resguarda de maneira expressa seu direito de paridade e equivalência com os servidores em atividade[43]. Impõe a eles, todavia, o dever de recolher contribuição

[40] CF, art. 40, § 18, na redação da EC n° 41, de 2003: "§ 18. Incidirá contribuição sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas pelo regime de que trata este artigo que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos." Em relação aos Estados, DF e Municípios, previu-se contribuição em alíquota não inferior ao da contribuição dos servidores federais, na nova redação do art. 149, § 1°: "Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União."

[41] CF, art. 40, § 19, na redação da EC n° 41, de 2003: "§ 19. O servidor de que trata este artigo que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no § 1º, III, *a*, e que opte por permanecer em atividade fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no § 1º, II."

[42] CF, art. 40, § 20, na redação da EC n° 41, de 2003: "§ 20. Fica vedada a existência de mais de um regime próprio de previdência social para os servidores titulares de cargos efetivos, e de mais de uma unidade gestora do respectivo regime em cada ente estatal, ressalvado o disposto no art. 142, § 3º, X."

[43] EC n° 41, de 2003, art. 7°: "Observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal, os proventos de aposentadoria dos servidores públicos titulares de cargo efetivo e as pensões dos seus dependentes pagos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em fruição na data de publicação desta Emenda, bem como os proventos de aposentadoria dos servidores e as pensões dos dependentes abrangidos pelo art.

previdenciária para o custeio do regime próprio que integram, em alíquota idêntica à estabelecida para os servidores ativos, prevendo, contudo, base de cálculo diferenciada para aposentados e pensionistas da União ou dos demais entes estatais[44]. A previsão dessa cobrança gerou amplo e acirrado debate acerca de sua constitucionalidade e legitimidade, e será objeto de exame mais à frente.

Também foram ressalvados os direitos daqueles que, já havendo preenchido as exigências para passagem à inatividade por ocasião da emenda, optaram por não fazê-lo. O mesmo em relação à pensão de seus dependentes. Proventos e pensões, portanto, serão calculados com base na legislação vigente quando da implementação do direito[45], assegurada, igualmente, a paridade e equivalência nos reajustes, nos mesmos moldes já referidos no parágrafo anterior e previstos no art. 7° da Emenda Constitucional n° 41, de 2003.

Portanto, aposentados, pensionistas e servidores que já haviam implementado as condições para passagem à inatividade não tiveram seus direitos afetados. Passaram a estar sujeitos, todavia, à incidência de contribuição previdenciária, salvo, quanto aos que optem por permanecer em atividade e preencham os requisitos previstos, que

---

3º desta Emenda, serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos 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."

[44] EC n° 41, de 2003, art. 4°: "Os servidores inativos e os pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em gozo de benefícios na data de publicação desta Emenda, bem como os alcançados pelo disposto no seu art. 3º, contribuirão para o custeio do regime de que trata o art. 40 da Constituição Federal com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos. *Parágrafo único*. A contribuição previdenciária a que se refere o *caput* incidirá apenas sobre a parcela dos proventos e das pensões que supere: I - cinqüenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; II – sessenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas da União."

[45] EC n° 41, de 2003, art. 3°: "É assegurada a concessão, a qualquer tempo, de aposentadoria aos servidores públicos, bem como pensão aos seus dependentes, que, até a data de publicação desta Emenda, tenham cumprido todos os requisitos para obtenção desses benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente. § 1º O servidor de que trata este artigo que opte por permanecer em atividade tendo completado as exigências para aposentadoria voluntária e que conte com, no mínimo, vinte e cinco anos de contribuição, se mulher, ou trinta anos de contribuição, se homem, fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal. § 2º Os proventos da aposentadoria a ser concedida aos servidores públicos referidos no *caput*, em termos integrais ou proporcionais ao tempo de contribuição já exercido até a data de publicação desta Emenda, bem como as pensões de seus dependentes, serão calculados de acordo com a legislação em vigor à época em que foram atendidos os requisitos nela estabelecidos para a concessão desses benefícios ou nas condições da legislação vigente."

receberão um abono de permanência equivalente ao valor da contribuição.

VII. Regras de transição para os servidores em atividade, que ainda não haviam adquirido direito à aposentadoria

A Emenda Constitucional n° 41, de 2003, contém algumas regras específicas destinadas a reduzir o impacto das reformas sobre o conjunto de servidores mais intensamente afetado por elas: os que já estavam em atividade e são colhidos no meio do caminho, alguns já ao final de uma longa trajetória no serviço público. Das três gerações envolvidas – a dos que já estão aposentados, a dos que ainda vão ingressar no sistema e a dos que já o integram há mais ou menos tempo – é esta última a que recebe a maior quota de sacrifício, inclusive pela frustração de parte de suas expectativas. Vejam-se, a seguir, as duas principais situações específicas de transição contempladas na Reforma.

A primeira delas diz respeito aos servidores que desejem se aposentar antes de completarem a idade mínima que passou a ser exigida desde a Emenda Constitucional n° 20, de 1998, que é de 60 anos para homens e 55 para mulheres. Por ocasião da reforma previdenciária anterior, previu-se um regime especial de transição para os servidores que houvessem ingressado até a data de sua publicação (16.12.98), admitindo-se que se aposentassem aos 53 ou 48 anos, preenchido o requisito de tempo de contribuição[46]. Este regime de transição vem de ser alterado pela EC nº 41/2003, que mantém a possibilidade, mas instituiu um redutor de 5% por ano antecipado em relação à idade de referência (60 anos, homens, e 55 anos, mulheres) e determina que o cálculo de benefício seja feito pela média das contribuições, como já ocorre no regime geral de previdência social, administrado pelo INSS. Para os servidores que alcançarem o direito à aposentadoria nos anos de 2004 e 2005, o redutor será diminuído para 3,5% para cada ano de antecipação[47].

[46] O regime de transição da EC n° 20/98, para os servidores admitidos até 16.12.98, previa que poderiam se aposentar ao completar 53 anos de idade e 35 anos de contribuição (mais pedágio de 20% sobre o tempo que faltava naquela data para completar o tempo de contribuição), se homem, e aos 48 anos de idade e 30 anos de contribuição (mais pedágio), se mulher. Em ambos os casos, exigia-se cinco anos no cargo em que se daria a aposentadoria. V. EC n° 20/98, art. 8°.

[47] EC n° 41/2003, art. 2°: "Observado o disposto no art. 4º da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, é assegurado o direito de opção pela aposentadoria voluntária com proventos calculados de acordo com o art. 40, §§ 3º e 17, da Constituição Federal, àquele que tenha ingressado regularmente em cargo efetivo na Administração Pública direta, autárquica e fundacional, até a data de publicação daquela Emenda, quando o servidor, cumulativamente:

I - tiver cinqüenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher;

II - tiver cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria;

III - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e

b) 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 da alínea *a* deste inciso.

A Reforma da Previdência, como já assinalado, extingue a integralidade de proventos e a paridade entre ativos e inativos. Todavia, para aqueles que já eram servidores por ocasião da promulgação da EC n° 41/2003, ficou ressalvada a possibilidade de conservarem aquelas situações: proventos correspondentes à remuneração do cargo em que se der a aposentadoria e reajuste de proventos e pensões na mesma proporção e na mesma data em que se modificar a remuneração dos servidores em atividade. Para tanto, deverão eles preencher os seguintes requisitos: idade mínima de 60 anos, com 35 de contribuição, se homens, e de 55 anos de idade, com 30 de contribuição, se mulheres. Em ambos os casos, será preciso contar com 20 anos no serviço público, 10 anos na carreira e 5 anos no cargo[48].

Em suma: no tocante à aposentadoria com idade inferior a 60 ou 55 anos, a EC n° 41/2003 altera a regra de transição anterior, pela criação de um redutor para os que se aposentem após completar 53 ou 48 anos, conforme homem ou mulher; e em relação à integralidade dos proventos e à paridade dos reajustes, assegurou-se o direito[49], observadas as exigências de idade e tempo mínimo de permanência no serviço público, na carreira e no cargo.

---

§ 1 º O servidor de que trata este artigo que cumprir as exigências para aposentadoria na forma do *caput* terá os seus proventos de inatividade reduzidos para cada ano antecipado em relação aos limites de idade estabelecidos pelo art. 40, § 1º, III, a, e § 5º da Constituição Federal, na seguinte proporção:

I - três inteiros e cinco décimos por cento, para aquele que completar as exigências para aposentadoria na forma do *caput* até 31 de dezembro de 2005;

II - cinco por cento, para aquele que completar as exigências para aposentadoria na forma do *caput* a partir de 1º de janeiro de 2006".

[48] EC n° 41/2003, art. 6°: "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."

[49] No tocante à paridade, assegurou-se o direito à revisão dos proventos e das pensões na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos ativos, sem menção, todavia, a benefícios ou vantagens posteriormente concedidos (EC nº 41, de 2003, art. 6º, parágrafo único.

Parte III

Seção 1.02 VIII. Segurança jurídica, direito intertemporal e proteção do direito adquirido

1. Segurança jurídica e direito intertemporal

A segurança jurídica é um dos fundamentos do Estado e do Direito[50], ao lado da justiça e, mais recentemente, do bem-estar social. O princípio encontra-se positivado na Constituição brasileira de 1988, juntamente com os direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade, na dicção expressa do *caput* do art. 5°. No seu desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, a expressão segurança jurídica passou a designar um conjunto abrangente de idéias e conteúdos, que incluem a confiança nos atos do Poder Público, a previsibilidade dos comportamentos e a estabilidade das relações jurídicas. É neste último domínio que se insere a conservação de direitos em face das mudanças normativas.

Cabe ao direito intertemporal a solução do conflito de leis no tempo, que envolve a contraposição entre lei nova e lei velha[51]. O postulado básico na matéria, que comporta exceções mas tem aceitação universal, é o de que a lei nova não atinge os fatos anteriores ao início de sua vigência, nem as conseqüências dos mesmos, ainda que se produzam sob o império do direito atual[52]. É o que boa parte da doutrina denomina de princípio da *não-retroatividade* das leis[53]. Nos Estados Unidos, há na Constituição de 1787 uma vedação às leis retroativas (art. 1º, seção 9, 1: "*ex post facto* law"), cuja interpretação, todavia, é bem restrita[54]. Na América Latina, à exceção do México[55], e na Europa, a regra da não-retroatividade é de nível infraconstitucional, podendo, mesmo, ser derrogada por legislação superveniente. No Brasil, o tema constou de todas as Constituições, desde a Imperial, de 1824, excluindo-se a Carta do Estado Novo, de 1937. No texto presentemente em vigor, dispõe o inciso XXXVI do art. 5º:

> "XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

---

[50] Sobre o tema, v. Almiro do Couto e Silva, "Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de direito contemporâneo"*, Revista de Direito Público,* 84:46, 1987. V. tb. Luís Roberto Barroso, "A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo". In: *Temas de direito constitucional*, t. II, 2003.

[51] Paul Roubier, *Le droit transitoire (conflits des lois dans le temps)*, 1960, p. 3-4.
[52] Carlos Maximiliano, *Direito intertemporal*, 1946, p. 10.
[53] Paul Roubier, *Le droit transitoire*, 1960, p. 223. Sobre o tema, no direito brasileiro, v. R. Limongi França, *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*, 1982.
[54] V. Jane C. Ginsburg, *Introduction to law and legal reasoning*, 2003, p. 485 e segs.
[55] Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos, art. 14: "A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna".

É bem de ver que a regra do art. 5°, XXXVI, dirige-se, primariamente, ao legislador e, reflexamente, aos órgãos judiciários e administrativos. Seu alcance atinge, também, o constituinte *derivado*, haja vista que a não-retroação, nas hipóteses constitucionais, configura direito individual que, como tal, é protegido pelas limitações materiais do art. 60, § 4°, IV, da CF. Disso resulta que as emendas à Constituição, tanto quanto as leis infraconstitucionais, não podem malferir o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. O princípio da não-retroatividade só não condiciona o exercício do poder constituinte *originário*. A Constituição, como ato de criação ou de reconstrução do Estado[56], faz a travessia entre o poder político soberano e a nova ordem jurídica, não sofrendo limitação por parte do ordenamento constitucional anterior[57]. Como regra, todavia, a supressão de um direito adquirido somente deverá ocorrer por força de disposição expressa da nova Constituição[58].

Duas constatações podem ser extraídas dessas anotações iniciais sobre o tema: (i) ao contrário de outros países do mundo, o direito adquirido no Brasil tem proteção constitucional; (ii) como conseqüência, somente o constituinte originário pode validamente suprimi-lo. Além disso, como se verá logo a seguir, a teoria que prevalece no Brasil acerca do conteúdo e alcance do direito adquirido é a que outorga maior proteção. Por essas razões, não deve o intérprete levá-la ainda mais longe, sob pena de, em nome da segurança jurídica, criar a instabilidade. É o que ocorreria se a cada pequena alteração do *status quo* fosse necessária a convocação de uma assembléia constituinte, com todas as suas implicações políticas.

2. Direito adquirido: conteúdo e alcance

Como visto, a Constituição estabelece que a lei – e, para esse fim, também a emenda constitucional – não pode retroagir para prejudicar o direito adquirido. Cabe, portanto, qualificar o que seja o efeito retroativo vedado. O tema é envolto em polêmica, mas há um ponto inicial de consenso: se a lei pretender modificar eventos que já ocorreram e se consumaram ou

[56] M. Seabra Fagundes, *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário,* 1979, p. 3.
[57] V. *RTJ, 67*:327, RE 895, rel. Min. Djaci Falcão, *RTJ, 71*:461, RE 75.418, rel. Min. Thompson Flores, e *RTJ, 140*:1008, AI 134.271, rel. Min. Moreira Alves, *RDA, 196*:107, 1994, ADIn 248-1-RJ, rel. Min. Celso de Mello, onde se lavrou: "A supremacia jurídica das normas inscritas na Carta Federal não permite, ressalvadas as eventuais exceções proclamadas no próprio texto constitucional, que contra elas seja invocado o direito adquirido". A jurisprudência da Corte, todavia, ressalvou a proteção da coisa julgada: "A cláusula temporária e extravagante do art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta de 1988 não alcança situações jurídicas cobertas pela preclusão maior, ou seja, pelo manto da coisa julgada" (STF, *RTJ, 167*:656, 1999, RE 146.331-SP, rel. Min. Marco Aurélio).
[58] V. Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2003, p. 56. Na Constituição brasileira de 1988, há exemplo de retroatividade expressa, como o consignado no art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: "Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, *não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido* ou percepção de excesso a qualquer título".

desfazer os efeitos já produzidos de atos praticados no passado, ela estará em confronto com a Constituição e será inválida nesse particular.

A controvérsia na matéria surge a propósito de uma outra situação: a do tratamento jurídico a ser dado aos efeitos de um ato praticado sob a vigência da lei anterior, que só venham a se produzir após a edição da lei nova. Foi precisamente em torno dessa questão que se dividiu a doutrina, contrapondo dois dos principais autores que se dedicaram ao tema: o italiano Gabba e o francês Paul Roubier[59]. Para Roubier, a lei nova aplicava-se desde logo a esses efeitos, circunstância que denominou de *eficácia imediata* da lei, e não retroatividade. Gabba, por sua vez, defendia tese oposta: a de que os efeitos futuros deveriam continuar a ser regidos pela lei que disciplinou sua causa, isto é, a lei velha. Esta foi a linha de entendimento que prevaleceu no direito brasileiro e que tem chancela da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal[60].

---

[59] V. Gabba, *Teoria della retroattività delle leggi*, 1868; e Paul Roubier, *Le droit transitoire (conflits des lois dans le temps)*, 1960. Caio Mário sintetiza com precisão a disputa: "Na solução do problema [*do conflito intertemporal de leis*], duas escolas se defrontam. Uma, 'subjetivista', representada precipuamente por Gabba, afirma que a lei nova não pode violar direitos precedentemente adquiridos, que ele define como conseqüências de um fato idôneo a produzi-lo em virtude da lei vigente ao tempo em que se efetuou, embora o seu exercício venha se apresentar sob o império da lei nova (Gabba, 'Teoria della retroattività delle leggi', vol. I, p. 182 e segs.). O que predomina é a distinção entre o 'direito adquirido' e a 'expectativa de direito'. Outra, 'objetivista', que eu considero representada por Paul Roubier, para o qual a solução dos problemas está na distinção entre 'efeito imediato' e 'efeito retroativo'. Se a lei nova pretende aplicar-se a fatos já ocorridos (*facta praeterita*) é retroativa; se se refere aos fatos futuros (*facta futura*) não o é. A teoria se diz objetiva, porque abandona a idéia de direito adquirido, para ter em vista as situações jurídicas, proclamando que a lei que governa os efeitos de uma situação jurídica não pode, sem retroatividade, atingir os efeitos já produzidos sob a lei anterior (Paul Roubier, ob. cit., vol. I, n. 41 e segs.)" (Caio Mário da Silva Pereira, "Direito constitucional intertemporal", *RF, 304*:29, 1988, p. 31).

[60] A retroatividade pode assumir três formas: máxima, média e mínima, todas inválidas. O STF bem sistematizou a matéria em *RTJ, 143:*744-5, 1993, ADIn 493-DF, rel. Min. Moreira Alves, onde assentou o relator: "Quanto à graduação por intensidade, as espécies de retroatividade são três: a máxima, a média e a mínima. Matos Peixoto, em notável artigo – Limite Temporal da Lei – publicado na Revista Jurídica da antiga Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil (vol. IX, págs. 9 a 47), assim as caracteriza: 'Dá-se a retroatividade máxima (também chamada restitutória, porque em geral restitui as partes ao *statu quo ante*), quando a lei nova ataca a coisa julgada e os fatos consumados (transação, pagamento, prescrição). Tal é a decretal de Alexandre III que, em ódio à usura, mandou os credores restituírem os juros recebidos. À mesma categoria pertence a célebre lei francesa de 2 de novembro de 1793 (12 brumário do ano II), na parte em que anulou e mandou refazer as partilhas já julgadas, para os filhos naturais serem admitidos à herança dos pais, desde 14 de julho de 1789. A carta de 10 de novembro de 1937, artigo 95, parágrafo único, previa a aplicação da retroatividade máxima, porquanto dava ao Parlamento a atribuição de rever decisões judiciais, sem executar as passadas em julgado, que declarassem inconstitucional uma lei.

A retroatividade é média quando a lei nova atinge os efeitos pendentes de ato jurídico verificados antes dela, exemplo: uma lei que limitasse a taxa de juros e não se aplicasse aos vencidos e não pagos.

Enfim a retroatividade é mínima (também chamada temperada ou mitigada), quando a lei nova atinge apenas os efeitos dos atos anteriores produzidos após a data em que ela entra em vigor. Tal é, no direito romano, a lei de Justiniano (C. 4, 32, de usuris, 26, 2 e 27 pr.), que, corroborando disposições legislativas anteriores, reduziu a taxa de juros vencidos após a data da sua obrigatoriedade. Outro exemplo: o Decreto-Lei nº 22.626, de 7 de abril de 1933, que

Antes de prosseguir, cumpre fazer um breve desvio para deixar consignado que não foram acolhidas no direito brasileiro, à vista do status constitucional da proteção do direito adquirido, teses que têm curso em outras partes do mundo, pelas quais o direito adquirido não prevaleceria sobre as denominadas *leis de ordem pública*. Entre nós, por pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não subsiste esta exceção[61], nem tampouco a que a transmutava em "razões de Estado"[62]. Assentado, portanto, que o direito adquirido não cede diante de tais argumentos, cumpre retomar o raciocínio para precisar-lhe o conteúdo.

Como já se assinalou, é a posição de Gabba que, de longa data, baliza o tema no direito brasileiro, apontando como características do direito adquirido: 1) ter sido conseqüência de um fato idôneo para a sua produção; 2) ter-se incorporado definitivamente ao patrimônio do titular[63]. O conhecimento corrente é o de que havendo o fato necessário à aquisição de um direito ocorrido integralmente sob a vigência de uma determinada lei, mesmo que seus efeitos somente se devam produzir em um momento futuro, terão de ser respeitados na hipótese de sobrevir uma lei nova[64].

---

reduziu a taxa de juros e se aplicou, 'a partir da sua data, aos contratos existentes, inclusive aos ajuizados (art. 3°)' (págs. 22/23)".

[61] STF, *RTJ, 143:*724, 1993, ADIn 493-DF, rel. Min. Moreira Alves: "O disposto no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. Aliás, no Brasil, sendo o princípio do respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, de natureza constitucional, sem qualquer exceção a qualquer espécie de legislação ordinária, não tem sentido a afirmação de muitos – apegados ao direito de países em que o preceito é de origem meramente legal – de que as leis de ordem pública se aplicam de imediato alcançando os efeitos futuros do ato jurídico perfeito ou da coisa julgada, e isso porque, se se alteram os efeitos, é óbvio que se está introduzindo modificação na causa, o que é vedado constitucionalmente".

[62] STF, *RTJ, 164*:1145, 1998, RE 209.519-SC, rel. Min. Celso de Mello: "Leis de ordem pública – Razões de Estado – Motivos que não justificam o desrespeito estatal à Constituição – Prevalência da norma inscrita no art. 5º, XXXVI, da Constituição. (...) Razões de Estado – que muitas vezes configuram fundamentos políticos destinados a justificar, pragmaticamente, *ex parte principis*, a inaceitável adoção de medidas de caráter normativo – não podem ser invocadas para viabilizar o descumprimento da própria Constituição. As normas de ordem pública – que também se sujeitam à cláusula inscrita no art. 5º, XXXVI, da Carta Política (*RTJ* 143:724) – não podem frustrar a plena eficácia da ordem constitucional, comprometendo-a em sua integridade e desrespeitando-a em sua autoridade".

[63] V. Gabba, *Teoria della retroattività delle leggi*, 1868, p. 191: "É adquirido todo direito que: a) é conseqüência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo no qual o fato se realizou, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova a respeito do mesmo, e que b) nos termos da lei sob o império da qual se verificou o fato de onde se origina, passou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu". V., também, Carlyle Popp, A retroatividade das normas constitucionais e os efeitos da Constituição sobre os direitos adquiridos, *Paraná Judiciário, 36*, p. 13.

[64] Reynaldo Porchat, *Da retroactividade das leis civis*, 1909, p. 32: "Direitos adquiridos são consequencias de factos juridicos passados, mas consequencias ainda não realisadas, que ainda não se tornaram de todo effectivas. Direito adquirido é, pois, todo o direito fundado sobre um facto juridico que já succedeu, mas que ainda não foi feito valer" (*ipsis litteris*).

O direito adquirido pode ser melhor compreendido se extremado de duas outras categorias que lhe são vizinhas, a saber: a expectativa de direito e o direito consumado. Com base na sucessão de normas no tempo e na posição jurídica a ser desfrutada pelo indivíduo em face da lei nova, é possível ordenar estes conceitos em seqüência cronológica: em primeiro lugar, tem-se a expectativa de direito, depois o direito adquirido e, por fim, o direito consumado.

A *expectativa de direito* identifica a situação em que o fato aquisitivo do direito ainda não se completou quando sobrevém uma nova norma alterando o tratamento jurídico da matéria. Neste caso, não se produz o efeito previsto na norma, pois seu fato gerador não se aperfeiçoou. Entende-se, sem maior discrepância, que a proteção constitucional não alcança esta hipótese, embora outros princípios, no desenvolvimento doutrinário mais recente (como o da boa-fé e o da confiança), venham oferecendo algum tipo de proteção também ao titular da expectativa de direito. É possível cogitar, nessa ordem de idéias, de direito a uma transição razoável.

Na seqüência dos eventos, *direito adquirido* traduz a situação em que o fato aquisitivo aconteceu por inteiro, mas por qualquer razão ainda não se operaram os efeitos dele resultantes. Nesta hipótese, a Constituição assegura a regular produção de seus efeitos, tal como previsto na norma que regeu sua formação, nada obstante a existência da lei nova. Por fim, o *direito consumado* descreve a última das situações possíveis – quando não se vislumbra mais qualquer conflito de leis no tempo – que é aquela na qual tanto o fato aquisitivo quanto os efeitos já se produziram normalmente. Nesta hipótese, não é possível cogitar de retroação alguma[65].

De modo esquemático, é possível retratar a exposição desenvolvida na síntese abaixo:

a) *Expectativa de direito*: o fato aquisitivo teve início, mas não se completou;

b) *Direito adquirido*: o fato aquisitivo já se completou, mas o efeito previsto na norma ainda não se produziu;

c) *Direito consumado*: o fato aquisitivo já se completou e o efeito previsto na norma já se produziu integralmente.

Um exemplo singelo ilustrará os conceitos. A Emenda Constitucional n° 20, de 15.12.98, instituiu a idade mínima de 60 anos para a aposentadoria dos servidores públicos do sexo masculino. Anteriormente, bastava o tempo de serviço de 35 anos. Ignorando-se as sutilezas do regime de transição, para simplificar o exemplo, confira-se a aplicação dos conceitos. O servidor público de 55 anos, que já tivesse se aposentado pelas regras

[65] Reynaldo Porchat, *Da retroactividade das leis civis*, 1909, p. 32.

anteriores, desfrutava de um direito *consumado*, isto é, não poderia ser "desaposentado". O servidor público que tivesse 55 anos de idade e 35 de serviço quando da promulgação da emenda, mas ainda não tivesse se aposentado, tinha direito *adquirido* a aposentar-se, pois já se haviam implementado as condições de acordo com as regras anteriormente vigentes. Porém, o servidor que tivesse 45 anos de idade e 25 de serviço, e que contava se aposentar daí a 10 anos, tinha mera *expectativa* de direito, não desfrutando de proteção constitucional plena.

Cumpre fazer uma nota final sobre o que se convencionou denominar de *regime jurídico.* Nessa locução se traduz a idéia de que não há direito adquirido à permanência indefinida de uma mesma disciplina legal sobre determinada matéria. Por exemplo: ninguém poderá defender-se em uma ação de divórcio alegando que se casou em uma época em que o casamento era indissolúvel, pretendendo ter direito adquirido à permanência daquele regime jurídico. No direito constitucional e administrativo, o exemplo mais típico é o da relação entre o servidor e a entidade estatal à qual se vincula[66]. O fato de haver ingressado no serviço público sob a vigência de determinadas regras não assegura ao servidor o direito à sua imutabilidade[67]. Embora a jurisprudência seja casuística na matéria, é corrente a afirmação de que há regime jurídico – e, conseqüentemente, não há direito adquirido – quando determinada relação decorre da lei, e não de um ato de vontade das partes, a exemplo de um contrato[68].

---

[66] STF, *DJU,* 5 abr. 2002, p. 55, RE 177.072-SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence: "Servidores da Universidade de São Paulo: limite remuneratório estabelecido pelos Decretos 28.218 e 28.359, de 1988, de conformidade com o disposto no art. 8º da LC est. 535, de 29.2.88: inocorrência de ofensa à garantia constitucional do direito adquirido – que não impede a aplicação imediata de norma modificadora do regime jurídico do servidor público –, nem ao princípio da isonomia, que não serve de fundamento para concessão por decisão judicial de aumento de vencimentos de servidores públicos (Súmula 339)"; STF, *DJU,* 19 abr. 1996, RE 178.802-RS, rel. Min. Maurício Corrêa: "Os proventos da inatividade são regulados pela norma vigente ao tempo de sua aposentadoria, mas o servidor não tem direito adquirido aos critérios legais com base em que 'quantum' foi estabelecido, nem à prevalência do regime jurídico então vigente, ainda mais quando, em obediência a preceito constitucional a esse superveniente, lei nova vem disciplinar o regime jurídico e o plano de carreira dos servidores, incorporando aos vencimentos e proventos as gratificações antes recebidas 'em cascata' ou 'repique', que não são permitidas pela nova ordem constitucional". No mesmo sentido: *RTJ, 143*:293, 1993, RE 134.502-SP, rel. Min. Carlos Velloso; *RTJ, 99:*1.267-SC, 1982, RE 92.511, rel. Min. Moreira Alves; *RTJ 88:*651, 1979, RE 88.305-CE, rel. Min. Moreira Alves.

[67] O reconhecimento dessa tese, todavia, não afasta a possibilidade de aquisição de direitos mesmo na constância de relações disciplinadas por um regime jurídico, bastando para tanto que os fatos aquisitivos legalmente previstos já se tenham realizado na sua integralidade.

[68] STF, *DJU,* 13 out. 2000, RE 226.855-RS, rel. Min. Moreira Alves: "Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS. Natureza jurídica e direito adquirido. Correções monetárias decorrentes dos planos econômicos conhecidos pela denominação Bresser, Verão, Collor I (no concernente aos meses de abril e de maio de 1990) e Collor II. - O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), ao contrário do que sucede com as cadernetas de poupança, não tem natureza contratual, mas, sim, estatutária, por decorrer da Lei e por ela ser disciplinado. - Assim, é de aplicar-se a ele a firme jurisprudência desta Corte no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico. - Quanto à atualização dos saldos do FGTS relativos aos Planos Verão e Collor I (este no que diz respeito ao mês de abril de 1990), não há questão de direito adquirido a ser examinada, situando-se a matéria exclusivamente no terreno legal

Não se abre um tópico específico para o *ato jurídico perfeito*, nessa exposição doutrinária, por brevidade e simplificação. De acordo com a doutrina dominante[69] e a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal[70], o ato jurídico perfeito, juntamente com a coisa julgada, constitui um modo típico de geração de direitos adquiridos. O ato jurídico perfeito, definido pela Lei de Introdução ao Código Civil como o *já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou*, é o negócio jurídico ou ato jurídico *stricto sensu*, compreendendo as declarações unilaterais de vontade e os negócios bilaterais[71]. O contrato é o seu exemplo mais típico. Para os fins do presente estudo, seu conceito encontra-se englobado no de direito adquirido.

IX. Algumas questões controvertidas

1. CONTRIBUIÇÃO DE INATIVOS

1.1. A mudança normativa

---

infraconstitucional. - No tocante, porém, aos Planos Bresser, Collor I (quanto ao mês de maio de 1990) e Collor II, em que a decisão recorrida se fundou na existência de direito adquirido aos índices de correção que mandou observar, é de aplicar-se o princípio de que não há direito adquirido a regime jurídico. Recurso extraordinário conhecido em parte, e nela provido, para afastar da condenação as atualizações dos saldos do FGTS no tocante aos Planos Bresser, Collor I (apenas quanto à atualização no mês de maio de 1990) e Collor II".

[69] Nas palavras de Clóvis Beviláqua, *Teoria geral do direito civil*, 1976, p. 26-7: "Em rigor, tudo se reduz ao respeito assegurado aos direitos adquiridos; mas, como no ato jurídico perfeito e na coisa julgada se apresentam momentos distintos, aspectos particulares do direito adquirido, foi de vantagem, para esclarecimento da doutrina, que se destacassem esses casos particulares e deles se desse a justa noção". Sobre o tema, v. José Carlos Moreira Alves, Direito adquirido, *Fórum Administrativo, 15*:579*,* 2002, p. 582-3: "Esse conceito de direito adquirido para efeito de direito intertemporal é um conceito que se nós examinarmos mais de perto em face de outros dois – o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, nós vamos chegar à conclusão de que, na realidade, os três poderiam estar compendiados em um só, ou seja, tanto do ato jurídico perfeito quando da coisa julgada decorreriam necessariamente o direito adquirido. Conseqüentemente não haveria em rigor necessidade de valermo-nos desses outros dois conceitos. Mas a pergunta que se faz é por que isso? A resposta talvez seja uma resposta pragmática, mas eu nunca encontrei outra.

É que os conceitos de ato jurídico perfeito e coisa julgada são conceitos singelos, a respeito dos quais não há maior discussão, ao passo que o conceito de direito adquirido é um conceito bastante controvertido ou pelo menos um conceito cujo conteúdo ainda é bastante controvertido, e, conseqüentemente, dá margem a muitos problemas. Por isso mesmo é que os senhores verificam que toda vez que nós podemos lançar mão do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, ninguém vai lançar mão do direito adquirido".

[70] V. STF, *DJU,* 28 set. 1984, RE 102.216-SP, rel. Min. Moreira Alves: "Direito de preferência de locatário de imóvel vendido a terceiro. (...) Em face do parágrafo 3º do artigo 153 da Constituição, que não faz qualquer distinção em matéria de ato jurídico perfeito e de direito adquirido, é indubitável que o contrato válido entre as partes é ato jurídico perfeito, dele decorrendo, para uma ou para ambas, direitos adquiridos. Se a lei posterior cria para terceiro direito sobre o objeto do contrato e oponível a ambas as partes contratantes, não pode ela, sob pena de alcançar o ato jurídico perfeito e o direito adquirido entre as partes, ser aplicada a contratos validamente celebrados antes de sua vigência".

[71] Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*, t. V, 1971, p. 102.

A Emenda Constitucional n° 41, de 2003, ao implementar a Reforma da Previdência, enfatizou o caráter contributivo e previdenciário do sistema, prevendo a contribuição do ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas (art. 40, com a nova redação). A exigência incidirá sobre os proventos de aposentadorias e pensões do regime próprio que superem o limite máximo do regime geral, em percentual igual ao dos servidores ativos (art. 40, § 18, com a nova redação). O limite máximo dos benefícios do regime geral, como se viu, foi elevado para R$ 2.400 (EC n° 41/2003, art. 5°). A Reforma previu a incidência de contribuição, igualmente, para os que já estavam no gozo do benefício na data de sua publicação, isto é, os atuais aposentados e pensionistas. Esta a dicção do dispositivo aplicável:

> "Art. 4°. Os servidores inativos e os pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em gozo de benefícios na data de publicação desta Emenda, bem como os alcançados pelo disposto no seu art. 3°, contribuirão para o custeio do regime de que trata o art. 40 da Constituição Federal com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos"[72].

1.2. Alguns argumentos pré-jurídicos

Seria equívoco grave procurar justificar a contribuição dos inativos mediante um esforço de deslegitimação da condição por eles conquistada, à luz das regras – boas ou más, certas ou erradas – que vigoravam em matéria previdenciária. Aposentados e pensionistas não apenas não são responsáveis pelas decisões políticas e administrativas que levaram à inviabilidade do sistema, como foram vítimas, em muitos casos, de sua inconstância e de suas múltiplas disfunções. A contribuição agora instituída, portanto, não constitui uma penalidade nem um juízo atrasado e retroativo acerca das circunstâncias em que se deu a aquisição do direito aos benefícios.

De outra parte, em uma época na qual se preconiza uma reaproximação entre o Direito e a Ética e o pós-positivismo reintroduziu valores como legitimidade e justiça no discurso jurídico, assume importância a revelação de alguns fundamentos – históricos, sociais e econômicos, dentre outros – que justificam a cobrança de contribuição de inativos, diante da situação grave em que se encontra o sistema previdenciário público no Brasil.

---

[72] Apenas a base de cálculo para incidência da contribuição será diferente, como previu o parágrafo único do mesmo art. 4°: "A contribuição previdenciária a que se refere o *caput* incidirá apenas sobre a parcela dos proventos e das pensões que supere:
I - cinqüenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
II - sessenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas da União."

Confiram-se argumentos metajurídicos legitimadores da contribuição, alguns deles já referidos na Parte I deste estudo:

1. Em todos os países desenvolvidos pesquisados, os proventos da aposentadoria e as pensões são inferiores aos valores percebidos pelo servidor em atividade (em média, 25%)[73]. No Brasil, tanto os proventos como a pensão correspondem ao valor integral da última remuneração;

2. Do ponto de vista da lógica do sistema, a não cobrança de contribuição previdenciária dos servidores inativos importaria em um aumento real correspondente à alíquota de contribuição (11% por cento, atualmente) por ocasião da passagem para a inatividade, servindo como um incentivo para aposentadorias precoces[74];

3. Até a Emenda Constitucional n° 3, de 1993, o sistema não era contributivo: o servidor nada descontava ou recolhia para sua aposentadoria (embora o fizesse para as pensões). Ou seja: grande número de aposentados jamais contribuiu e os que contribuíram para o regime próprio fizeram-no por período inferior a 10 anos;

4. Grande número de aposentados sob o regime próprio dos servidores públicos ingressou no sistema por força da conversão dos seus empregos públicos (celetistas) em cargos públicos, após haverem contribuído a maior parte do tempo para o regime geral, sobre base de cálculo muito inferior à dos proventos que passaram a receber;

5. As regras vigentes, notadamente antes da EC n° 20, de 1998, permitiram aposentadorias precoces, até mesmo antes dos 50 anos, pela ausência de exigência de idade mínima, de tempo mínimo de contribuição e pela contagem ficta de tempo de serviço, fazendo com que subsistam por várias décadas às expensas do sistema.

A esses fatores somam-se outros, associados a graus variáveis de imprevisão ou a circunstâncias conjunturais, como o aumento da expectativa de vida e a redução dos quadros do serviço público. O argumento que se quer demonstrar nesse tópico é o da legitimidade e justiça de os inativos contribuírem para a solvabilidade do sistema do qual colhem os seus benefícios.

---

[73] Na Alemanha e na França, por exemplo, a aposentadoria chega a um máximo de 75% do valor da última remuneração, após 40 e 37,5 anos de serviço, respectivamente. Fonte: Pesquisa da OCDE publicada pelo jornal *Folha de São Paulo*, 20.7.2003, p. A-8; e Exposição de Motivos do Projeto de Emenda Constitucional n° 40/2003 (E.M.I. n° 29 – MPS/CCIVIL PR). Quanto às pensões, o percentual costuma ser ainda inferior: na França, 50% do valor da remuneração para a viúva e 10% para o órfão que tiver menos de 21 anos. Na Alemanha, 60% para a viúva e de 12 a 20% para o órfão. Fonte: Pesquisa OCDE, loc. cit.

[74] Em última análise, do ponto de vista fático, ficaria frustrado o disposto na CF, art. 40, § 2°: "§ 2°. Os proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão".

1.3. Constitucionalidade da cobrança de contribuição de inativos

Autores de grande merecimento têm sustentado a tese da inconstitucionalidade da cobrança de contribuição de inativos. Fundam-se eles, basicamente, na idéia do ato jurídico perfeito, representado pela aposentadoria, e do direito adquirido que dele resultaria para os inativos de não sofrerem os efeitos de qualquer mudança normativa superveniente, aí incluído o desconto nos proventos pela instituição de contribuição previdenciária[75]. Argumenta-se, ainda, que o servidor inativo teria concluído sua relação com o Poder Público, dele não se podendo exigir que contribua para a solvabilidade do sistema, pois não faz jus a qualquer benefício adicional[76].

Com o respeito devido e merecido – e a homenagem é sincera e não meramente protocolar –, não têm razão. No direito constitucional brasileiro, inexiste direito adquirido a não ser tributado; inexiste direito adquirido à permanência de determinado regime jurídico; e vigora, no particular, o princípio da solidariedade. Confira-se cada um dos argumentos.

(i) Inexistência de direito adquirido a não sofrer tributação

A contribuição previdenciária, como modalidade de contribuição para a seguridade social, tem natureza inequívoca de tributo, consoante entendimento doutrinário[77] e jurisprudencial[78]. Fora das hipóteses constitucionais de imunidade tributária, é pacífico e corrente o entendimento de que nenhum contribuinte tem o direito subjetivo de não vir a ser tributado no futuro ou de não ter sua tributação majorada. Reconhecer-se direito adquirido aos inativos de não sofrerem tributação importaria em instituir uma imunidade tributária sem previsão constitucional[79]. Naturalmente, poderá o contribuinte opor-se, eventualmente, na hipótese de inobservância das limitações constitucionais ao poder de tributar ou de outras regras e princípios constitucionais. Mas esta seria outra discussão.

Essa questão já foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de ação direta na qual se discutia a constitucionalidade de dispositivo legal que majorava a contribuição de seguridade social dos

---

[75] Michel Temer, "Inativos e direito adquirido". In: Jornal *O Globo*, 16.6.2003, p. 7.

[76] V. Paulo Modesto, "A Reforma da Previdência e as peculiaridades do regime previdenciário dos agentes públicos", *Revista Brasileira de Direito Público 2*:141, p. 156, que apenas recolhe o argumento, sem endossá-lo.

[77] Resolução nº 6 do XV Simpósio Nacional de Direito Tributário, de 1990: "À luz da Constituição de 1988, todas as contribuições sociais inseridas nos artigos 149 e 195 ostentam natureza tributária." V. também Ricardo Lobo Torres, *Curso de direito financeiro e* tributário, 2002, p. 368-369.

[78] *V.* RTJ 149*:654, RE 158.577/PE, rel. Min. Celso de Mello; e* RTJ 143*:684, RE 146.733, rel. Min. Moreira Alves.*

[79] Uma vez autorizada, por norma expressa, a cobrança de contribuição dos aposentados e pensionistas do regime próprio (EC n° 41/2003, art. 4°), deixa de se aplicar a regra do art. 195, II, que prevê a não incidência de contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral.

servidores ativos. A linha de argumentação acima foi explicitamente adotada pelo Tribunal, que afirmou não assistir ao contribuinte o direito de opor ao Poder Público pretensão visando a obstar o aumento de tributo. Embora se aplicasse a mesma lógica, a Corte não chegou a utilizar o argumento em relação à contribuição dos inativos, também discutida naquela ação, em razão de havê-la considerado inválida por outro fundamento, qual seja, a existência de regra expressa que vedava sua cobrança. Adiante se comentará este acórdão[80].

(ii) Inexistência de direito adquirido a regime jurídico

A afirmação de que o inativo não pode ser chamado a contribuir por não ser mais servidor, havendo cessado sua relação com a Administração Pública, não se afigura tecnicamente correta. Aqui é preciso fazer uma distinção. O ato da aposentadoria, sendo válido, constituirá um ato jurídico perfeito. Uma vez praticado, já não poderá ser desconstituído nem ter os seus efeitos suprimidos por ato normativo novo. Os direitos por ele constituídos ou declarados não poderão ser retirados do patrimônio jurídico do servidor. Vale dizer: ele não poderá ser "desaposentado", com a criação de uma nova exigência de tempo de serviço ou de idade; nem tampouco poderá ser retirada uma incorporação de cargo em comissão legitimamente feita por ocasião de sua passagem para a inatividade.

Mas a relação do servidor (e também do pensionista) com a Administração prossegue para diversos fins, inclusive e especialmente: (i) quanto ao direito de revisão de proventos e pensões na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade; (ii) quanto à extensão a eles de quaisquer benefícios e vantagens posteriormente concedidos 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 (CF, art. 40, § 6°).

Consoante já se consignou, o regime jurídico dos aposentados e pensionistas não é, a rigor, previdenciário, mas administrativo. Diferentemente do que se passa com os integrantes do regime geral, o valor dos proventos e

[80] *DJU*, 12 abr. 2002, ADIn n° 2.010-2-DF, rel. Min. Celso de Mello: "A contribuição de seguridade social, como qualquer outro tributo, é passível de majoração, desde que o aumento dessa exação tributária observe padrões de razoabilidade e seja estabelecido em bases moderadas. Não assiste ao contribuinte o direito de opor, ao Poder Público, pretensão que vise a obstar o aumento dos tributos – a cujo conceito se subsumem as contribuições de seguridade social (RTJ 143/684 – RTJ 149/654) –, desde que respeitadas, pelo Estado, as diretrizes constitucionais que regem, formal e materialmente, o exercício de competência impositiva.

(...) A garantia constitucional da irredutibilidade da remuneração devida aos servidores públicos em atividade não se reveste de caráter absoluto. Expõe-se, por isso mesmo, às derrogações instituídas pela própria Constituição da República, que prevê, relativamente ao subsídio e aos vencimentos "dos ocupantes de cargos e empregos públicos" (CF, art. 37, XV), a incidência de tributos, legitimando-se, desse modo, quanto aos servidores públicos ativos, a exigibilidade da contribuição de seguridade social, mesmo porque, em tema de tributação, há que se ter presente o que dispõe o art. 150, II, da Carta Política".

das pensões no regime próprio não é definido por quanto ele contribuiu nem por quanto tempo, mas por um ato do Estado que, mediante lei, unilateralmente fixa-o[81]. Daí já se haver afirmado que a aposentadoria do servidor público, no regime que vige hoje, não é uma contraprestação previdenciária, mas a continuidade da situação de ativo[82].

Se os proventos e as pensões não são reajustados, como no regime geral, para preservação do valor real (CF, art. 201, § 4°), mas são revistas em paridade com os ativos, acrescidos de benefícios e vantagens posteriores a este aplicáveis, não é possível dizer que a relação cessou. Se a relação persiste e surge a necessidade de modificar-lhe o regime jurídico de financiamento, não há direito adquirido a mantê-la perpetuamente inalterada, como já se expôs na parte teórica deste estudo[83].

(iii) O princípio da solidariedade

Uma das principais características do direito constitucional contemporâneo é a ascensão normativa dos princípios, tanto como fundamento direto de direitos, como vetor de interpretação das regras do sistema[84]. Dentre os princípios que vêm merecendo distinção na quadra mais recente está o princípio da solidariedade, cuja matriz constitucional se encontra no art. 3°, I[85]. O termo já não está mais associado apenas ao direito civil obrigacional (pelo qual alguém tem direito ou obrigação à integralidade do crédito ou da dívida), mas também, e principalmente, à idéia de justiça distributiva. Traduz-se na divisão de ônus e bônus na busca de dignidade para todos. A solidariedade ultrapassa a dimensão puramente ética da fraternidade, para tornar-se uma norma jurídica: o dever de ajudar o próximo. Conceitos importantes da atualidade, em matéria de responsabilidade civil, de desenvolvimento sustentado e de proteção ambiental fundam-se sobre este princípio, inclusive no reconhecimento de obrigações com as gerações futuras[86].

---

[81] Gilberto Guerzoni Filho, "O regime de aposentadoria e pensões dos servidores públicos e militares: diagnóstico e propostas de alteração", *Revista Brasileira de Direito Público 1*:67, p. 68-9.

[82] Idem.

[83] Há quem sustente que é precisamente a paridade entre ativos e inativos, que assegura a possibilidade de aumentos reais de proventos e pensões aos beneficiários do sistema próprio, que justifica a contribuição de inativos, distinguindo-a de um adicional de imposto de renda. Nesse sentido, v. Paulo Modesto, "A reforma da previdência e as peculiaridades do regime previdenciário dos agentes públicos", *Revista Brasileira de Direito Público 2*:141, p. 161-2.

[84] Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, 1997; J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 1998; Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional,* 1998; Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1997; Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2003 e "Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)". In: *Temas de direito constitucional*, t. II, 2003.

[85] CF, art. 3°, I: "Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;"

[86] Sobre o tema, v. Maria Celina Bodin de Moraes, "O princípio da solidariedade". In: Manoel Messias Peixinho, Isabella Franco Guerra e Firly Nascimento Filho (org.), *Os princípios da Constituição de 1988*, 2001, p. 167-190; Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 1998, p. 259; e J. F. de Castro Farias, *A origem do direito de solidariedade*, 1998.

Pois bem: o sistema de previdência social é fundado, essencialmente, na idéia de solidariedade, especialmente quando se trata do regime próprio dos servidores públicos. Em primeiro lugar, existe solidariedade entre aqueles que integram o sistema em um dado momento, como contribuintes e beneficiários contemporâneos entre si[87]. Além disso, no entanto, existe solidariedade entre as gerações, um pacto de confiança entre elas. O modelo de repartição simples constitui um regime de financiamento solidário, no qual os servidores em atividade financiam os inativos e comungam da crença de que o mesmo será feito por eles em algum lugar do futuro, pela geração seguinte[88].

À vista de tais premissas, a contribuição previdenciária de ativos e inativos não está correlacionada a benefícios próprios de uns e de outros, mas à solvabilidade do sistema. Como bem captou o Ministro Sepúlveda Pertence:

> "Assim como não aceito considerações puramente atuariais na discussão dos direitos previdenciários, também não as aceito para fundamentar o argumento básico contra a contribuição dos inativos, ou seja, a de que já cumpriram o quanto lhes competia para obter o benefício da aposentadoria.

---

[87] Veja-se, a propósito, interessante decisão do STF nessa matéria. Em ação direta de inconstitucionalidade, discutia-se a validade do art. 283 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que facultava ao servidor público que não tinha cônjuge, companheiro ou dependente, legar a pensão por morte a beneficiários de sua indicação. O pedido foi julgado procedente por unanimidade. V. *DJU*, 13 out. 2000, ADIn 240-6-RJ, rel. Min. Octávio Gallotti, que lavrou em seu voto: "Ultrapassando a ordem dos beneficiários tradicionalmente consagrados pela previdência social, mencionados no inciso V do art. 201 da Constituição, afigura-se que a Carta fluminense estaria, efetivamente, a divorciar-se do princípio da solidariedade que é inerente ao sistema previdenciário, devendo para ele confluir, tanto o regime próprio dos servidores públicos, como o destinado aos trabalhadores em geral.

Sendo obrigatório o seguro social, a contribuição das pessoas que não possuem dependentes, por diminuir a média de risco do segurador, culmina em suavizar o encargo do custeio, a cargo de todos os contribuintes. É essa solidariedade, ou comunhão participativa, que se torna comprometida, quando todos os associados passam a poder legar benefícios, por ato de vontade própria, mesmo quando não mantenham cônjuge, companheiro ou dependente".

[88] V. Flávio Martins Rodrigues, *Fundos de pensão de servidores públicos*, 2002, p. 10: [O modelo de custeio por repartição simples] pressupõe que um grupo de indivíduos mais jovens arcará com os custos da aposentadoria dos mais velhos; e os mais jovens acreditam que o mesmo será feito ao se tornarem idosos, montando-se aí o que se denominou 'pacto entre gerações', de forma que a geração anterior custeia os benefícios previdenciários da seguinte"; e Paulo Modesto, "A reforma da previdência e as peculiaridades do regime previdenciário dos agentes públicos", *Revista Brasileira de Direito Público 2*:141, p. 142: "A todo rigor, no regime de repartição simples, os agentes públicos em atividade não contribuem para a própria aposentadoria ou para a correspondente pensão, mas para a solvabilidade do sistema previdenciário próprio, considerado o fato de que a contribuição individual atual não mantém qualquer correlação imediata com o correspondente benefício futuro e que financia apenas o pagamento dos benefícios previdenciários atuais do sistema. (...) Nesse contexto, reformar a previdência significa alterar um pacto de gerações e redistribuir benefícios e encargos entre gerações distintas".

> Contribuição social é um tributo fundado na solidariedade social de todos para financiar uma atividade estatal complexa e universal, como é a Seguridade"[89].

1.4. A posição do Supremo Tribunal Federal

A posição recente do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade da incidência de contribuição previdenciária sobre os servidores inativos é bastante clara e atravessou duas fases distintas. Na primeira delas, sob a vigência da Emenda Constitucional n° 3, de 17.03.93, o STF entendia legítima a cobrança referida, com base no que dispunha o § 6º do art. 40 (com a redação dada pela EC nº 3/93), que estabelecia:

> "Art. 40. (...)
> § 6º As aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais serão custeadas com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores, na forma da lei".

Com efeito, após a EC nº 3/93, várias leis estaduais instituíram a cobrança de contribuições previdenciárias, não só sobre seus servidores ativos como também sobre os inativos. Suscitada a questão, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a expressão "servidores" – empregada pelo art. 40, § 6º, da Constituição – inclui tradicionalmente os inativos, de modo que a cobrança era válida[90]. **Note-se, portanto, que o STF não considerou que haveria um direito adquirido dos inativos à não incidência da contribuição, pois, se assim fosse, nem a emenda constitucional poderia tê-la autorizado e nem as leis estaduais poderiam tê-la instituído[91].**

---

[89] *RTJ 166:*890, ADIn 1.441-DF, rel. Min. Octavio Gallotti, voto do Min. Sepúlveda Pertence, p. 895.

[90] STF, *RTJ 166*:890, ADIn 1.441-DF, rel. Min. Octavio Gallotti: "Extensão, aos proventos dos servidores públicos inativos, da incidência de contribuição para o custeio da previdência social. Insuficiente relevância, em juízo provisório e para fins de suspensão liminar, de argüição de sua incompatibilidade com os artigos (...), todos da Constituição Federal"; *RTJ 164:*98, ADIn 1.430-BA, rel. Min. Moreira Alves: "Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido de liminar. Argüição de inconstitucionalidade de expressões e de incisos constantes da Lei (...) do Estado da Bahia. Custeio da Previdência mediante contribuição dos servidores inativos e dos pensionistas. – A fundamentação jurídica do pedido não tem a relevância necessária para a concessão da cautelar requerida. Precedente do STF (ADIn 1.441, em que se indeferiu o pedido de liminar) com relação à contribuição social para os servidores inativos da União". Ambas as decisões proferidas em sede cautelar. Curiosidade histórica: a primeira foi requerida pelo Partido dos Trabalhadores e a segunda pelo Partido Comunista do Brasil.

[91] A tese do direito adquirido foi sustentada, em ambas as ações diretas referidas na nota anterior, no voto vencido isolado do Min. Marco Aurélio, que assim argumentou: "Entendo que os direitos insculpidos na Carta Política da República não direcionam a assentar-se que, constituída uma situação jurídica diversa, deixando de haver a prestação de serviços, tem-se a possibilidade de impor-se um novo ônus, não previsto enquanto durou o período de contribuição, ou seja, a atividade. O servidor alcança com a jubilação uma certa situação jurídica definida pelas normas em vigor à data da inatividade". O argumento foi expressamente rejeitado pelos Ministros Sepúlveda Pertence (na passagem transcrita no desfecho do tópico

A Emenda Constitucional nº 20/98 alterou vários dispositivos constitucionais relevantes para o tema. Em primeiro lugar, o § 6º do art. 40 recebeu nova redação, inteiramente diversa da anterior, sem qualquer referência específica à possibilidade de cobrança de contribuição dos servidores[92]. O *caput* do art. 40 manteve o princípio contributivo do sistema previdenciário, mas fez referência apenas a "servidores titulares de cargos efetivos" (o que abrangeria apenas os servidores em atividade)[93]. Por fim, o § 12, do art. 40, passou a determinar a aplicação subsidiária do regime geral de previdência social aos servidores[94], sendo que o art. 195, II da Constituição veda a incidência de contribuição previdenciária sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo Regime Geral de Previdência Social[95].

Diante dessas modificações, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o novo texto constitucional deixou de admitir a cobrança sobre os inativos, especialmente considerando que a questão foi discutida e rejeitada nos debates parlamentares que levaram à edição da EC nº 20/98. Essa foi a principal razão pela qual a Lei federal nº 9.783/99, que instituía a contribuição sobre inativos no âmbito do serviço público federal, foi declarada inconstitucional na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.010-2-DF, Relator o Ministro Celso de Mello (*DJU*, 12 abr. 2002).

Veja-se, então, que no primeiro conjunto de decisões (ADIns 1.441 e 1.430), o Supremo Tribunal Federal entendeu não haver direito adquirido dos inativos à não incidência da contribuição. Na ADIn 2.010-2, afirmou que a modificação constitucional trazida pela EC n° 20/98 impedia a

---

anterior) e pelo Ministro Octávio Gallotti, que assim averbou: "Não se mostra relevante o apelo ao princípio da irredutibilidade do provento, que, assim como os vencimentos do servidor, não se acha imune à incidência dos tributos e das contribuições dotadas desse caráter".

[92] CF/88 (com a redação da EC nº 20/98): " Art. 40 (...)
§ 6º. Ressalvadas as aposentadorias decorrentes dos cargos acumuláveis na forma desta Constituição, é vedada a percepção de mais de uma aposentadoria à conta do regime de previdência prevista neste artigo."

[93] CF/88 (com a redação da EC nº 20/98): " 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, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo."

[94] CF/88 (com a redação da EC nº 20/98): " Art. 40 (...)
§ 12. Além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social."

[95] CF/88: "Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:
(...)
II – do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;"

cobrança[96]. Em linha de coerência com tais precedentes, a aprovação de nova emenda constitucional autorizando de forma específica a imposição de contribuição previdenciária sobre inativos torna legítima a incidência do tributo[97].

Seção 1.03 2. MUDANÇAS DAS REGRAS DE APOSENTADORIA E PENSÃO

De fora parte a questão do teto, a Emenda Constitucional n° 41, de 2003, introduziu um conjunto importante de modificações no regime próprio da previdência social dos servidores públicos, já comentadas na Parte II deste estudo. Dentre elas podem ser destacadas as seguintes:

(i) Fim da integralidade dos proventos e pensões, que deixam de corresponder à totalidade da remuneração do cargo efetivo exercido pelo servidor por ocasião da aposentadoria e passam a ser calculados com base na média da remuneração sobre a qual se deu a contribuição;

(ii) Fim da paridade: o reajuste será feito com base na lei, não mais se aplicando aos proventos e pensões a revisão na mesma proporção e na mesma data da remuneração dos servidores em atividade, nem tampouco se estendendo aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos àqueles;

(iii) Redução da pensão: o benefício será integral até o limite máximo adotado para o regime geral (R$ 2.400 a partir da EC n° 41/2003), acrescido de 70% da parcela dos proventos excedente desse limite.

A idade mínima para aposentadoria já havia sido estabelecida pela Emenda Constitucional n° 20, de 1998, que fixou-a em 60 anos para homens e 55 para mulheres. A mesma emenda previu um regime de transição no seu art. 8°, admitindo a aposentadoria aos 53 e 48 anos, respectivamente, desde que preenchidos determinados requisitos.

---

[96] Note-se que na decisão proferida nessa ADIn os Ministros, à exceção do Ministro Marco Aurélio, não se pronunciaram expressamente sobre a existência de direito adquirido dos inativos à não incidência da contribuição. Ao contrário, a maioria fez questão de registrar que a alteração do entendimento da Corte decorreu especificamente da mudança do texto constitucional. Daí se pode extrair que nova modificação, portanto, poderia vir a autorizar a incidência da contribuição. Acrescente-se, a propósito da discussão acerca de confisco, travada na ADIn 2.010-2-DF, que foi considerada inconstitucional a contribuição adicional temporária instituída pela Lei n° 9.738/99, mas não a alíquota de 11%, que continuou incidindo sobre os servidores ativos. Se não é confiscatória a alíquota cobrada dos ativos, tampouco será a sua incidência sobre os inativos.

[97] Dos Ministros que participaram das decisões anteriores, permanecem na Corte os seguintes: Sepúlveda Pertence, Carlos Mário Velloso, Celso de Mello, Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Nelson Jobim.

A pergunta que se coloca é a seguinte: qual a situação dos servidores em atividade que não preenchiam, na data da promulgação da EC n° 41/2003, as condições para se aposentarem?

Como se expôs na nota doutrinária acerca de segurança jurídica e direito intertemporal (v. Parte III, cap. 3, item 2), tais servidores possuíam apenas uma *expectativa de direito*: situação em que o ciclo aquisitivo do direito ainda não se completou no momento em que sobrevém a lei nova. Por não terem implementado as condições necessárias, não adquiriram qualquer direito. Tampouco poderiam exigir a permanência das mesmas condições que vigoravam no momento de seu ingresso no serviço público porque, como igualmente demonstrado, é pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca da inexistência de direito adquirido a determinado regime jurídico.

Este é o entendimento convencional, de longa data dominante na matéria: a expectativa de direito não tem proteção constitucional e, conseqüentemente, não gera qualquer pretensão legítima por parte de quem queira invocá-la.

Nada obstante, é possível sustentar, nessa matéria, uma posição de vanguarda, harmonizada com a democratização do Estado e da Administração Pública, no sentido de que o Poder Público, em nome da própria segurança jurídica e, também, do princípio da boa-fé, não seja indiferente às expectativas de direito nem as frustre inteiramente[98]. Como natural, expectativa não se confunde com direito adquirido, não podendo postular o mesmo grau de proteção. Com base nela, no entanto, é possível cogitar do direito a uma transição razoável, notadamente no caso de servidores que ingressaram de longa data no sistema. E isso foi feito, após ampla negociação política e diversas concessões em relação à proposta original, como documentam os atos parlamentares referentes à sua tramitação. Confira-se a demonstração dessa razoabilidade, do ponto de vista fático e doutrinário.

Em primeiro lugar, aposentados e servidores em atividade, mas com direito à aposentadoria na data da EC n° 41/2003, não foram afetados. E, em relação aos que não tinham qualquer direito adquirido, assegurou-se a faculdade de conservarem a integralidade dos proventos e a paridade, desde que preenchidos os seguintes requisitos: idade mínima de 60 anos, com 35 de contribuição, se homens (55 e 30 para mulheres), 20 anos no serviço público, 10 anos na carreira e 5 no cargo[99]. Pois bem: as condições de transição são mais favoráveis, tanto em relação à idade quanto ao tempo de contribuição, do que as que vigoram em caráter permanente na maior parte do mundo, conforme os dados apresentados na Parte I.

---

[98] Para um aprofundamento dessa perspectiva, v. Luís Roberto Barroso, "Discricionariedade administrativa, realização adequada dos fins legais e observância dos princípios constitucionais". In: *Temas de direito constitucional*, t. II, 2003.

[99] Irrazoável era o sistema anterior, em que o servidor, após haver passado a vida na iniciativa privada, contribuindo sobre um salário de referência, fazia alguns anos de final de vida no serviço público para receber proventos muitas vezes superior ao que faria jus se tivesse permanecido no regime geral.

Veja-se a outra situação. A EC n° 41/2003 manteve a possibilidade de aposentadoria aos 53 ou 48 anos, conforme homem ou mulher, para os servidores que ingressaram até 16.12.98, data de publicação da EC n° 20, de 1998. Agravou, todavia, o regime de transição, prevendo proventos com base na média de contribuições e instituindo um redutor de 3,5% para os que alcançarem o direito à aposentadoria nos anos de 2004 e 2005, e 5% a partir daí. A maior redução, portanto, poderá atingir 35% dos proventos, para quem se aposente 7 anos aquém da idade que vigora para todos desde 1998. Quanto ao fato de se haver alterado a fórmula de transição vigente, em relação aos que não haviam implementado as condições nela previstas, vale o mesmo argumento já exposto acima: **inexiste direito adquirido a regime jurídico, inclusive regime de transição.** No mérito, a simples preservação do direito à aposentadoria precoce, em uma época na qual a elevação da expectativa de vida dificulta o equilíbrio atuarial, já é uma concessão importante. Outros países do mundo sequer contemplam essa possibilidade, pelo ônus que representa para as novas gerações. E o pagamento pela média das contribuições corresponde à fórmula que já vigora no regime geral.

O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, termos aqui empregados de modo fungível, não está expresso na Constituição, mas incorporou-se à doutrina e jurisprudência nacionais com grande ímpeto. Os valores nele abrigados são os de justiça, racionalidade, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos. Na sua dimensão material, traduz-se em eqüidade, em justiça do caso concreto, em calibragem entre a norma e os fatos. E no seu sentido instrumental, funciona como um mecanismo de dosagem na aplicação de outras normas, de equilíbrio, de ponderação de valores e interesses. Nesta acepção, a idéia de razoabilidade pode ser decomposta em três elementos: (i) adequação entre meio e fim; (ii) necessidade-exigibilidade da medida; e (iii) proporcionalidade em sentido estrito[100].

A atividade estatal normalmente se dá à vista de certas circunstâncias (motivos) e destina-se a prover meios para realizar determinados fins. A razoabilidade expressa, em primeiro lugar, a *adequação* lógica, a racionalidade que deve haver entre estes motivos, meios e fins. Em segundo lugar, a *necessidade* ou *exigibilidade* da medida impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para a realização dos fins visados. Por fim, a razoabilidade deve embutir, ainda, a idéia de *proporcionalidade em sentido estrito*, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se a medida é legítima[101].

---

[100] Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação na Constituição,* 2001, p. 213 e ss.

[101] Sobre o tema da razoabilidade, há ampla produção recente na doutrina brasileira: Raquel Denize Stumm, *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro,* 1995; Suzana de Toledo Barros, *O princípio de proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais,* 1996; Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de constitucionalidade,* 1990, p. 38 e ss; Paulo Armínio Tavares Buechele, *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição,* 1999; e Luís Roberto Barroso, *Razoabilidade e isonomia no direito brasileiro*, *in* "Temas de direito constitucional, 2001", p. 153 e ss.

Aplicando-se a teoria à situação concreta. A crise do sistema de previdência pública é inegável (*motivo*); a exigência de tempo maior de permanência e a redução proporcional em caso de aposentadorias precoces são meios eficazes para a redução de despesas (*adequação*), sendo menos gravosos do que a elevação ilimitada das alíquotas, que, ademais, encontraria limite na vedação de confisco (*necessidade*); e os ônus que adviriam para os servidores na hipótese de insolvência do sistema seriam muito maiores do que a permanência mais longa ou a redução proporcional dos benefícios (proporcionalidade em sentido estrito).

Em suma: pela posição tradicional e dominante, os atuais servidores detinham apenas expectativa de direito, podendo ter seu regime jurídico alterado. Pela doutrina mais arrojada, seria exigível um regime de transição razoável, o que se afigura plenamente caracterizado na hipótese.

CONCLUSÃO

À vista de tudo o que foi exposto, é possível compendiar as idéias centrais desenvolvidas no presente estudo nas seguinte proposições objetivas:

I. O sistema previdenciário brasileiro tornou-se injusto e desigual, com abissal desequiparação entre o setor privado e o setor público. Nesse último, vigora um regime no qual os recursos do orçamento geral, e não as contribuições dos beneficiários, custeiam os benefícios diferenciados – que incluem a integralidade dos proventos e a paridade entre ativos e inativos – e cobrem o *deficit* crescente. As distorções daí resultantes geraram um modelo concentrador de renda, fundado em uma solidariedade social invertida, em que os mais pobres financiam os mais ricos.

II. A Reforma da Previdência, materializada na EC n° 41, de 2003, abre caminho para a implantação do modelo universalmente reconhecido como o melhor. Nele se combina a previdência social básica, estatal, de filiação obrigatória, em regime de repartição simples, com a previdência complementar, pública e privada, de caráter facultativo, em regime de capitalização.

III. Emenda constitucional não pode retroagir para prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. A expectativa de direito, todavia, ao contrário do direito adquirido e do direito consumado, não desfruta de proteção constitucional, de acordo com a doutrina tradicional e dominante. Em uma posição de vanguarda, é possível sustentar a tese de que geraria direito a uma transição razoável, que não frustre integralmente a expectativa existente.

IV. A contribuição de inativos é constitucional e legítima, em razão da subsistência de uma relação entre o inativo ou seus dependentes e a Administração. No ordenamento brasileiro, não existe direito adquirido à continuidade de determinado regime jurídico, nem tampouco à não incidência

de tributo aplicável a todos em igual situação. Prevalece, na matéria, o princípio da solidariedade, que reparte encargos e benefícios na medida das necessidades e possibilidades de cada um, estabelecendo um vínculo não apenas entre os que integram o sistema como beneficiários e contribuintes contemporâneos, como também entre gerações distintas.

V. A mudança das regras de aposentadoria e pensão procedida pela EC n° 41, de 2003, é igualmente constitucional e legítima, por ter resguardado a situação dos que titularizavam direitos consumados e adquiridos. Quanto aos demais, aplica-se a pacífica jurisprudência acerca da inexistência de direito adquirido, por parte dos servidores públicos, à manutenção de determinado regime jurídico, mesmo que de transição. As expectativas de direito, todavia, foram beneficiadas por um regime de transição pautado pela razoabilidade.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

BARROSO, Luís Roberto. Constitucionalidade e Legitimidade da Reforma da Previdência (Ascensão e Queda de um Regime de Erros e Privilégios). Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 20, dezembro, janeiro, fevereiro, 2009, 2010. Disponível na Internet: < http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-20-DEZEMBRO-2009-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir “x” na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A RERE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: ISSN 1981-1888
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rere@direitodoestado.com.br
4) A RERE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público, economistas e administradores. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDaReformaDoEstado

Publicação Impressa / Informações adicionais:

BARROSO, Luís Roberto. Constitucionalidade e Legitimidade da Reforma da Previdência (Ascensão e Queda de um Regime de Erros e Privilégios). Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, ano 2, n. 04, p. 9-44, jan./mar. 2004