Número 7 – setembro/outubro/novembro 2006 – Salvador – Bahia – Brasil

DIREITO ADQUIRIDO AO REGIME DE APOSENTADORIA
(O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DAS RELAÇÕES JURÍDICAS, O DIREITO ADQUIRIDO E A EXPECTATIVA DE DIREITO)

Prof. Valmir Pontes Filho
Advogado, sócio do "Siqueira Castro Advogados", em Fortaleza. Professor de Direito Constitucional e de Hermenêutica Jurídica (UFC e UNIFOR). Mestre em Direito Constitucional pela PUC/São Paulo. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo – IBDA e da Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democratas.

O princípio da *segurança das relações jurídicas* e a obrigatória submissão de todos, governantes e governados, à lei e à jurisdição, constituem o substrato do chamado Estado Democrático de Direito. De regime democrático de governo, afinal, só se pode falar quando a ordem normativa tem origem popular, quando a vontade da lei prevalece sobre a dos administradores e, principalmente, quando o próprio organismo estatal se sujeita, tanto quanto os cidadãos comuns, às decisões judiciais. Numa democracia, dos órgãos governativos o que se espera é uma conduta exemplar, mesurosa à lei, à moralidade, à isonomia e, notadamente, aos interesses da coletividade, estes bem mais valiosos do que os do Erário.

Não é demasiado lembrar, além disso, que não pode haver progresso, notadamente social e econômico, sem permanência e estabilidade nas relações jurídicas, é dizer, que nenhum país do mundo avançou, social e tecnologicamente, sem que a liberdade e a democracia estivessem garantidas por uma ordem jurídica estável, infensa aos caprichos dos eventuais detentores do poder (que, na verdade, não passam de meros exercentes de competências juridicamente definidas).

Cabe, neste embalo, refletir sobre o verdadeiro conteúdo e alcance do instituto do **direito adquirido**, em confronto com o que se convencionou

chamar de **expectativa de direito**, já que o respeito àquele se mostra essencial à mantença da segurança jurídica. Parece imprescindível revisitar o tema, dantes enxergado sob prisma exclusivamente civilístico, para dele extrair conclusões novas, compatíveis com a sistemática do Direito Público.

Romper ou mesmo modificar, unilateralmente, seja por amor a dogmas ou concepções doutrinárias estratificadas, seja em nome de suposto "interesse público", a natureza de relações que se estabelecem, em dado tempo, por força de lei (no sentido lato da expressão), é ou não possível, desde que esse rompimento ou modificação se opere por lei nova? A resposta a essa indagação não pode ser dada, segundo nosso pensar, senão depois de considerados aspectos relevantes, que defluem do já invocado princípio da segurança das relações jurídicas[1], sem o qual sequer se pode pensar em convivência social harmônica e civilizada.

Talvez seja hora de admitir que determinadas relações jurídicas, uma vez estabelecidas (legal ou contratualmente), não podem ser objeto de ataques, de modo a atingir (alterando-as) as condições para a plena fruição futura, por uma das partes, do direito (já adquirido). Assim – a não ser que haja concordância por parte de ambos os pólos da relação – não nos parece admissível a modificação, para torná-los de atingimento mais difícil ou oneroso, dos pressupostos originariamente fixados para o exercício do direito. Este, enfim, já está outorgado, estando apenas o seu *exercício pleno* dependente de requisitos a serem cumpridos e que não podem, repita-se, ser outros senão os ditados quando do estabelecimento da dita relação jurídica.

Em dadas situações, portanto, aquilo que se imaginava ser mera **expectativa**, já é, com efeito, um **direito adquirido**, cuja mera fruição, repita-se, depende da satisfação das condições preestabelecidas.

UM NOVO REGIME DE APOSENTADORIA PARA OS SERVIDORES PÚBLICOS

Com o escopo de promover significativa alteração no sistema de previdência social até então em vigor, restou editada a Emenda Constitucional nº 20, de 1998, por via da qual vários dos dispositivos na Lei Magna de 1988 sofreram modificações e/ou acréscimos substanciais. Por via dessa Emenda se estabeleceu "regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservassem o seu equilíbrio financeiro e atuarial" (art. 40 da Constituição, já com a nova roupagem), e, de seguida, desencadeou-se processo de aprovação de diplomas legais visando à criação de "sistemas únicos de previdência" (organizado "com base em normas gerais de contabilidade e atuária, de modo a garantir seu equilíbrio financeiro a atuarial"), ao qual se deveriam vincular, obrigatoriamente, todos os servidores titulares de cargos efetivos, inclusive os das autarquias e fundações e os membros da

[1] De que são manifestações pontuais os institutos do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito.

Magistratura. (art. 6º, § 2º, da EC nº 20). Os servidores públicos se viram, demais disso, submetidos a novo regime de contagem de tempo (agora de *serviço e de contribuição à previdência* e não de mais apenas de *serviço público*, como dantes) para a aposentadoria, vedando-se-lhes ainda, a contagem de "tempo ficto" (de período de férias não gozadas em dobro,v.g.).

Eis que se encaminha ao Congresso nova proposta de Emenda sobre a matéria – a da "Reforma Previdenciária" – como se uma anterior já não houvesse sido implantada a toque de cornetas neoliberais. Mas é que desta feita se quer bem mais profundamente ainda alterar o regramento constitucional, não só outra vez aumentando as exigências para aposentação (mediante a elevação do limite de idade, por exemplo), mas se estabelecendo um "teto" (e "sub-tetos") para os proventos de aposentadoria, a serem calculados proporcionalmente às contribuições efetivamente feitas pelo servidor ao sistema previdenciário, ao longo de sua vida funcional. Não bastasse, quer-se exigir dos já inativados que voltem a contribuir para a previdência, como remédio para cobrir um suposto *deficit* de suas contas, certamente pouco abaladas pelos desfalques e pela sonegação e, talvez, na pressuposição de que venham os aposentados a receber alguma retribuição espiritual ***post mortem***.

Não só esta última proposta, desnecessário dizer, carrega consigo uma inconstitucionalidade "esférica", ou seja, aquela vislumbrável sob qualquer ângulo de observação. Deseja-se, quanto ao mais, tenha a emenda a ser aprovada efeitos retroativos, desconstituinte de direitos adquiridos e atos jurídicos perfeitos (e até de coisas julgadas, se, porventura, num caso ou outro, os proventos de aposentação hajam sido fixados por sentença judicial transitada em julgado), como se as emendas constitucionais existissem desde sempre, e não doravante, como se elas estivessem no início, não a meio caminho do ordenamento jurídico.

Absurdo e desarrazoado o objetivo pretendido. Mas sequer disto – quer dizer, da prevalência do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada diante das emendas à Constituição[2] – se está a tratar, de forma aprofundada, neste artigo.

O que se deseja, realmente, é dirimir dúvidas quanto ao verdadeiro regime de aposentação dos servidores públicos em atividade, tenham ou não eles satisfeito os antigos requisitos constitucionais para a aposentadoria: teriam tais servidores, diante da próxima normatização constitucional e legal da matéria, o direito assegurado à percepção de proventos integrais e a pensões? poderiam eles aposentar-se segundo as regras vigentes anteriormente?

A resposta a tais indagações exige, sim, hábil consideração do papel das emendas constitucionais na ordem jurídico-constitucional. Aceitando a tese de que as emendas constitucionais não têm o condão de desconstituir esses direitos, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, comentando a EC nº 20,

[2] Sobre assunto, veja-se artigo escrito por este autor, em parceria com o eminente professor Carlos Ayres Britto.

chega a afirmar "... *que a pretexto de efetuar Emendas Constitucionais, o legislador ordinário -- que não recebeu mandato constituinte e cuja posição é juridicamente subalterna -- poderia, inclusive, em comportamento "de fato", não jurídico, derrocar a Constituição, por si mesmo ou tangido por algum caudilho, travestido ou não de democrata... Diante de evento de tal natureza, as medidas que fossem impostas perderiam o caráter de Emendas. Converter-se-iam, elas próprias, em novo exercício do Poder Constituinte, tal como ocorreria após revoluções ou golpes de Estado... É claro, entretanto, que nas situações desse jaez estaria rompida a ordem constitucional vigente e inaugurada outra*"[3].

É induvidoso que a ofensa aos institutos do ato jurídico perfeito, direito adquirido e da coisa julgada importa a derruição dos princípios da irretroatividade das leis e da segurança jurídica e, com eles, do próprio Estado Democrático de Direito. À lei, portanto, definitivamente não é dado retroagir para prejudicar os atos jurídicos perfeitos, os direitos adquiridos e as coisas julgadas (Constituição, art. 5º, XXXVI). De retroação só se pode cogitar em relação à lei penal, quando esta for mais benéfica ao réu (CF, art. 5º, XL).

Não discordando, ALEXANDRE DE MORAES, cuja lucidez no trato do tema é digna de louvor, cita CELSO BASTOS para lembrar que "*... a utilização da lei em caráter retroativo, em muitos casos, repugna porque fere situações que já se tinham por consolidadas no tempo, e esta é uma das fontes principais da segurança do homem na terra*"[4] . Sem desvio de rumo está o pensamento de IVO DANTAS[5].

Cabe, então, aplicar aqui o que antes se disse sobre o verdadeiro conteúdo e alcance do instituto do **direito adquirido**, em confronto com o que se convencionou chamar de **expectativa de direito**.

Nesta última hipótese, a da simples **expectativa**, afirma a doutrina tradicional que "*... não se compôs o ciclo constitutivo do núcleo essencial da incidência da regra jurídica, ou, noutros termos, a fatispécie abstrata, que tem aspecto declaratório, não coincide com a fatispécie concreta*"... não passando de "...*uma realidade pré-jurídica, vinculada a uma situação de fato ou de direito que ainda não atingiu sua maturidade*". Já quando se alude a **direito adquirido**, vê-se que "... *já se perfez a integração do mundo fático ao*

---

[3] "Curso de direito administrativo", 11ª ed., Malheiros, São Paulo, 1999, p.212.

[4] "Direito constitucional", Atlas, 7ª ed., p.99. Do mesmo autor a lembrança de que "... a Lei Magna prevê, expressamente, seguindo a tradição constitucional, a imutabilidade das cláusulas pétreas (art.60, § 4º, IV), ou seja, **a impossibilidade de emenda constitucional prejudicar os direitos e garantias individuais, entre eles, o direito adquirido** (art. 5º, XXXVI). Todos os aposentados e pensionistas, portanto, possuem direito adquirido, não só em relação à existência da aposentadoria, como situação jurídica já concretizada, mas também em relação aos valores e regras de atualização dos proventos recebidos, regidos pela constituição e legislação atuais**, inatacáveis por meio de proposta de emenda constitucional**... aqueles que já preencheram todos os requisitos exigidos para a aposentadoria, na vigência da Constituição e da legislação atuais, porém continuam a exercer, suas funções, têm a garantia do direito adquirido, não só, repetimos, em relação à aposentadoria,, como também que seus proventos da inatividade regular-se-ão pela legislação vigente ao tempo em que reuniram os requisitos necessários (Súmula 259 do STF) – ob. cit., ps. 100/101.

[5] "Direito adquirido, emendas constitucionais e controle da constitucionalidade", Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1997, ps. 55/62.

jurídico"[6]. O entendimento clássico, com efeito, é o de que este último vem a ser "*... a conseqüência de uma lei, por via direta ou por intermédio de um fato idôneo*", enquanto a **expectativa de direito** é "*...a faculdade jurídica abstrata ou em vias de concretizar-se, cuja perfeição está na dependência de um requisito legal ou de um fato aquisitivo específico*", residindo a diferença entre uma e outro "*... na existência, em relação a este (direito adquirido), do fato aquisitivo específico, já configurado por completo*"[7].

Não se discute, assim, que o servidor público – para aproveitar o exemplo de ALEXANDRE DE MORAES – tem direito adquirido à aposentação e à fixação dos seus proventos segundo as regras constitucionais e legais vigentes no momento satisfez ele, de modo pleno, os requisitos fixados (pela Constituição e pela lei) para a essa aposentadoria, direito esse infenso quer à lei, quer à emenda constitucional supervenientes. Induvidoso, também, que a ele é dado ter como definitivamente incorporadas ao seu patrimônio as vantagens a cuja percepção proporcional haja adquirido o direito, de acordo com o seu tempo de serviço.

A questão é outra, mais delicada: pode a nova lei (ou a nova emenda à Constituição) alterar, para torná-los de atingimento mais difícil, os requisitos dantes fixados para a concessão da aposentadoria? Ou, em outras palavras: se, por exemplo, em momento anterior, um servidor do sexo masculino podia aposentar-se, com proventos integrais, aos trinta e cinco anos de serviço público, essa condição fática pode vir a ser alterada *a posteriori*, de modo a alcançar quem ainda não satisfez esse requisito dantes estabelecido?

A resposta comumente dada é positiva, pois esse servidor, uma vez não tendo ainda satisfeito esse requisito temporal para a aposentação, apenas seria portador de uma **expectativa de direito**, de um "direito a se formar" (um "ver-a-ser" jurídico). Inocorrido o fato específico previsto na norma (os trinta e cinco anos de serviço), inexistiria, conseqüentemente, o **direito adquirido** à aposentação. Imagine-se, todavia, a seguinte situação (adotado o pressuposto de que, inexistindo a aquisição do direito, as regras disciplinadoras da aposentadoria possam ser modificadas por emenda constitucional): contando 34 anos de serviço, um dado funcionário se vê surpreendido por emenda que prorroga o tempo bastante à inatividade para 40 anos (outrora 35, como visto); se uma primeira prorrogação é possível, a conseqüência lógica é a de que outras sucessivas também são juridicamente viáveis (e é exatamente o que desta feita se pretende). Eis que, completados 39 anos de serviço, uma segunda emenda cuidaria de fixar o mínimo de 45 anos de labor para a inativação. Uma terceira, por sua vez, trataria de estipular um mínimo de 50 anos de serviço até que, de emenda em emenda, uma última alteração normativa asseguraria ao servidor o direito de aposentar-se quando de sua próxima reencarnação.

Dir-se-á, possivelmente, que o argumento é absurdo, desarrazoado, ***ad***

[6] ÉRITO MACHADO, "A retroatividade da norma constitucional", Ed. Salvador, 2ª ed., p.37.

[7] LIMONGI FRANÇA, "A irretroatividade das leis e o direito adquirido", 4a. ed., RT, São Paulo, 1982, ps. 240/241.

terrorem, senão tragicômico. Mas ele serve, ao menos, para que se cogite da possibilidade – exatamente para evitar situações bizarras como esta – de existência de **direito adquirido a um dado regime de aposentação, fixados pelas normas (constitucionais e/ou legais) vigentes no exato instante em que o servidor ingressa no serviço público**. Esse entendimento – embora (ainda) não aceito pela doutrina – privilegia, a desdúvidas, a **segurança jurídica**, na medida em que dá a cada servidor a certeza de que pode projetar sua vida futura, afastando-se do cargo ou emprego público na época precisa que a lei (***lato sensu***) estipulou como suficiente para tanto. Esta certeza (e não mera "expectativa") lhe dará, além de conforto psicológico, o senso perfeito de que, uma vez cumprido aquele lapso temporal (de serviço público, de contribuição à previdência ou outro qualquer), a sua inativação não poderá ser obstaculizada pela obra do legislador infraconstitucional (é dizer, por lei ou emenda). Não se trataria, pois, de mera "aspiração" ou "desejo", mas de *direito adquirido* sim, a uma dada previsão normativo-jurídica que se incorporou ao seu patrimônio pessoal. Afinal, se o servidor fez, em dado momento, uma opção de vida profissional, é imperioso conferir-lhe, em homenagem à sua própria dignidade, a prerrogativa de traçar planos para o futuro, especialmente após a inativação almejada.

O que não pode o Poder Público é alterar, a seu talante e alvedrio – por "lei de ordem pública" ou em nome de um alegado "interesse público" (*secundário*, ou seja, da própria Administração, e às vezes meramente contingencial) – as condições previstas no sistema jurídico para a aposentação do servidor, de forma a alcançá-lo a meio caminho da inativação. Se pudesse, ferido de morte restaria um interesse público *primário*, qual o de ver-se preservada a *segurança das relações jurídicas*, inclusive e principalmente as que se estabelecem (por lei ou diretamente pela Constituição) entre a Administração e os administrados (entre estes, os servidores públicos). Incabível supor que a "ordem pública" agasalhasse tal hipótese. As modificações e alterações haveriam de surtir efeitos, assim, tão só em relação aos que viessem a ter ingresso no serviço público após a edição das novas regras, jamais retroativamente. Em socorro dessa idéia nos valemos da sempre precisa palavra de CELSO ANTÔNIO: "*Esta **segurança jurídica** coincide com uma das mais profundas aspirações do Homem: a da segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano. É a insopitável necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro; **é ela, pois, que enseja projetar e iniciar, consequentemente – e não aleatoriamente, ao mero sabor do acaso – comportamentos cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo**. Dita previsibilidade é, portanto, o que condiciona a ação humana. Esta é a normalidade das coisas*"[8]. Não se está aqui defendendo – é bom esclarecer – a tese de que haja, de modo irrestrito, direito adquirido do servidor público a um dado regime jurídico. Nada obsta, por exemplo, que a carreira a que pertença seja reestruturada, que seu horário de trabalho se modifique para atender ao interesse público ou mesmo que gratificações que perceba sejam

[8] "Curso...", 12a. ed., p.94.

modificadas ou extintas (desde que respeitada a irredutibilidade remuneratória que a Constituição lhe assegura). Referimo-nos, especificamente, ao regime jurídico previsto para a sua aposentadoria, essencial para que ele possa programar, com um mínimo de certeza e segurança, sua própria existência futura.

Esta é uma posição que reconhecemos ousada, mas não desprovida de fundamento. Tanto é que um ante-projeto de Código Civil, elaborado ainda em 1897 por COELHO RODRIGUES, entendia serem **direitos adquiridos** "... não só os direitos que o titular ou alguém por ele já pode exercer, **como aqueles cujo exercício depende de prazo prefixado ou condição preestabelecida e não alterável ao arbítrio de outrem**". Mais de um século depois, é de reconhecer-se o acerto da propositura, bastando, hoje, que se entenda por "outrem" também o Estado.

À luz dessas reflexões, somos forçados a concluir que novas regras atinentes à aposentação, embora veiculadas por emenda constitucional, só são aplicáveis aos que venham a ingressar no serviço público a partir de sua vigência. Assim, cabe concluir, resumidamente (não sem explicitar que esses argumentos também valem em relação à já mencionada EC nº 20, de 1998):

> - em relação ao servidor que, à data da promulgação da pretendida nova emenda, já haja cumprido os requisitos para a aposentadoria fixados pelas normas constitucionais e legais até então vigentes, é certo que, **tendo adquirido o direito à aposentação – não importando se esta já restou formalizada** -- a ele não se aplicam as novas exigências a serem estabelecidas, quer as atinentes à idade, ao tempo de serviço e/ou contribuição, quer as relativas à obrigatoriedade de voltar a contribuir para o sistema previdenciário; intocado, demais disso, permanece o seu direito à percepção de proventos integrais, correspondentes sempre à remuneração do cargo em que se aposentou (ou se aposentará); igualmente íntegro remanesce o direito à pensão fixada nos termos da legislação em vigor à época do eventual falecimento do contribuinte;
>
> - quanto ao servidor que ainda não haja cumprido os requisitos bastantes à inativação quando da vinda a lume da futura normatização, é equivocadamente aceito[9] que sobre ele incidirão as novas exigências feitas no Texto Supremo pela emenda proposta; entendemos, todavia, que esse eventual novo regramento só se aplicaria àqueles que viessem a ingressar no serviço público depois de sua edição, descabendo falar-se em "regras de transição" para quem (segundo nossa tese) já adquiriu o direito ao regime de aposentadoria sob o qual logrou aquele ingresso;
>
> - no que respeita ao dever de contribuir para a Previdência, impende reiterar o que já se afirmou: o servidor aposentado, ou o que já adquiriu

[9] Aceito, é certo, pela doutrina tradicional, que entende haver, no caso, apenas uma "expectativa de direito" do servidor à aposentadoria; este não é, entretanto, o nosso particular entendimento sobre o assunto, como já exposto.

o direito à aposentadoria, não está, definitivamente, obrigado a voltar ou continuar a contribuir para a previdência social, isto se afirmando em nome da intocabilidade do direito adquirido e do ato jurídico perfeito; não bastasse, vale lembrar que já dispunha o art. 3º, § 1º, da referida EC/20: "*Art. 3º - É assegurada a concessão de aposentadoria e pensão, a qualquer tempo, aos servidores públicos e aos segurados do regime geral de previdência social, bem como aos seus dependentes que, até a data da publicação desta Emenda, tenham cumprido os requisitos para a obtenção destes benefícios com base nos critérios da legislação então vigente. - § 1º - O servidor de que trata este artigo, que tenha completado as exigências para aposentadoria integral e que opte por permanecer em atividade fará jús à isenção da contribuição previdenciária até completar as exigências para a aposentadoria contidas no art. 40, § 1º, III, a, da Constituição Federal*"; das prescrições transcritas exurgem, límpidas, as seguintes conclusões: 1) a Emenda 20 quis expressamente resguardar o direito adquirido à aposentadoria, até sua promulgação, *com base nos critérios da legislação então vigente* (cabeça do art. 3º); 2) concedeu ela (no parágrafo primeiro) uma isenção da contribuição previdenciária àquele servidor que, mesmo tendo adquirido direito à aposentadoria, optasse por continuar no serviço ativo.

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

FILHO, Valmir Pontes. Direito Adquirido ao Regime de Aposentadoria (O Princípio da Segurança das Relações Jurídicas, o Direito Adquirido e a Expectativa de Direito). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, nº. 7, setembro/outubro/novembro, 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

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

Publicação Impressa:

Informação não disponível