

Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em
Direito Público

Marcos Euclésio Leal

**A Reforma Previdenciária dos Servidores
Públicos: Justificação e Constitucionalidade**

Brasília-DF

IDP - BIBLIOTECA	
Título:	011181
Data de Aquisição:	12/04/10
Forma de Aquisição:	

2008

Marcos Euclésio Leal

IDP - BIBLIOTECA

A Reforma Previdenciária dos Servidores Públicos: Justificação e Constitucionalidade

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Brasília-DF

2008

Marcos Euclésio Leal

A Reforma Previdenciária dos Servidores Públicos: Justificação e Constitucionalidade

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ____/____/____, com menção ____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante Prof

Integrante: Prof

RESUMO

Pesquisa sobre a reforma previdenciária do servidor público, na perspectiva de sua constitucionalidade e justificação em face da crise fiscal do Estado. A questão previdenciária tem sido objeto de debates, tendo em vista o colapso do sistema, envolvendo aspectos financeiros, gerenciais, políticos e jurídicos, que exigem uma reforma do modelo adotado. O atual regime previdenciário dos servidores públicos não objetiva apenas a garantia do mínimo existencial, mas é também destinado à manutenção do padrão de vida do servidor. No entanto, apenas os direitos sociais mínimos, intimamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana, estão protegidos pela cláusula pétrea que veda a alteração que suprima ou reduza a essência dos direitos e garantias individuais de índole social. No caso do regime próprio dos servidores públicos, o sistema garante benefícios acima do mínimo existencial, fato que merece reflexão, tendo em vista o depósito de recursos pelo Estado, indicando que a sociedade em geral, por meio do pagamento de tributos, arca com parte do financiamento do regime. Dessa forma, em um país de desigualdades sociais, é necessária uma análise no tocante à relevância das funções exercidas pelos servidores públicos, argumento historicamente utilizado como justificação de privilégios previdenciários, que antes eram integralmente custeados pela sociedade, em face da inexistência do princípio contributivo.

Palavras-chave: reforma da previdência, servidor público, constitucionalidade, direitos sociais, crise previdenciária.

ABSTRACT

Research about the social welfare of the civil servant, in the perspective of its constitutionality and justification in the face of the fiscal crisis of the State. The question of the social welfare has been object of debates, in view of the collapse of the system, involving financial, managerial, politic and juridical aspects, that requires a reform of the model adopted. The actual regime of the social welfare of the civil servant doesn't objectify only the guaranty of the existential minimum, but is also destined to the maintenance of the standard of living of the servant. However, only the minimum social rights, intimately linked to the principle of the dignity of the human person, are protected by the rocky clause that prohibits the alteration that suppresses or reduces the essence of the individual rights and guaranties of social nature. In the case of the property regime of the civil servants, the system guarantees benefits above the existential minimum, fact that deserves reflection, in view of the deposit of resources by the State, indicating that the society in general, by means of the payment of tributes, affords a part of the financing of the regime. Thus, in a country of social inequalities, is necessary an analyze regarding to the relevance of the functions exercised by the civil servants, argument historically utilized how justification of privileges of the social welfare, that before was integrally financed by the society, in face of the inexistence of the contributive principle.

Key-words: reform of the social welfare, civil servant, constitutionality, social rights, crisis of the social welfare.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
Capítulo 1 - A Crise da Previdência dos Servidores Públicos	9
1.1 Contexto histórico.....	10
1.2 Causas da crise.....	11
1.3 Aspectos da Crise.....	14
Capítulo 2 - Sistema Previdenciário Brasileiro.....	19
2.1 Modelos de financiamento.....	20
2.1.1 Sistema de Repartição Simples.....	20
2.1.2 Sistema de Capitalização	22
2.2 Regimes previdenciários existentes no Brasil.....	24
2.2.1 – Previdência Privada	24
2.2.2 – Regime Geral de Previdência Social.....	25
2.2.3 – Regime Próprio dos Servidores Públicos.....	26
2.2.4 – Regime Previdenciários dos Militares	26
2.2.5 – Previdência Complementar dos Servidores Públicos.....	27
2.3 Análise do atual modelo previdenciário constitucional.....	28
Capítulo 3- Constitucionalidade da Reforma Previdenciária.....	29
3.1 A previdência como direito fundamental	30
3.1.1 – A proteção constitucional e eficácia dos direitos sociais.....	30
3.1.2 – Os direitos previdenciários dos servidores públicos e a limitação material do poder de reforma	35
3.2 A questão do direito adquirido.....	37
3.2.1 O regime jurídico previdenciário e o direito adquirido.....	37
3.2.2 A contribuição dos inativos e o direito adquirido.....	40
3.3 A reforma previdenciária e o respeito aos princípios da proporcionalidade, proteção da confiança, segurança jurídica e direito subjetivo às regras de transição.....	41
Capítulo 4 - As Novas Regras Previdenciárias do Servidor Público.....	47

4.1 Das normas aplicáveis	47
4.2 Dos critérios de cálculo dos proventos pela média das últimas remunerações	49
4.3 Do reajustamento dos benefícios	51
4.4 Das diversas modalidades de aposentadoria	52
4.4.1 Das regras permanentes do art. 40 da Constituição Federal	53
4.4.1.1 Da aposentadoria por invalidez permanente (art. 40, §1º, I, da Constituição Federal)	53
4.4.1.2 Da aposentadoria compulsória aos 70 anos de idade (art. 40, §1º, II, da Constituição Federal).....	55
4.4.1.3 Da aposentadoria voluntária por idade e por tempo de contribuição (art. 40, §1º, III, “a”, da Constituição Federal).....	56
4.4.1.4 Da aposentadoria voluntária por idade (art. 40, §1º, III, “b”, da Constituição Federal).....	57
4.4.2 Das regras de transição	57
4.4.2.1 Da regra de transição do art. 2º, da Emenda Constitucional nº 41/03.	58
4.4.2.2 Da regra de transição do art. 6º, da Emenda Constitucional nº 41/03.	59
4.4.2.3 Da regra de transição do art. 3º, da Emenda Constitucional nº 47/05.	60
4.4.2 Das aposentadorias segundo as regras anteriores - direito adquirido (art. 3º da EC 41/03)	61
4.5 Das pensões por morte.....	62
CONCLUSÃO.....	65
REFERÊNCIAS.....	67

INTRODUÇÃO

A previdência dos servidores públicos do Brasil é um tema que merece amplos debates para que possa haver a conscientização necessária para a implementação das reformas, com a demonstração dos dados financeiros pelo Estado, de forma transparente, permitindo a verificação da real dimensão do colapso do sistema, de forma que as alterações sejam feitas de acordo com os princípios constitucionais, afastando-se os argumentos que impõem resistência às mudanças.

Será descrita a crise fiscal do estado, seu contexto histórico, seus aspectos e suas causas, para demonstrar a justificação da implementação das reformas previdenciárias.

Em seguida será feita uma análise dos clássicos sistemas de financiamento da previdência, demonstrando suas vantagens e desvantagens, indicando-se a modelagem mais adequada para o regime previdenciário dos servidores públicos.

No que se refere à constitucionalidade da reforma, será abordada a questão da eficácia e da fundamentalidade dos direitos sociais, verificando-se a incidência ou não do limite material do poder reformador no que tange aos direitos previdenciários dos servidores públicos. Outro aspecto a ser analisado é a questão do direito adquirido, analisando-se a eventual proteção à expectativa de direito.

Também será analisada a necessidade de observância, pelo poder reformador, dos princípios da proporcionalidade, da segurança jurídica e da proteção da confiança, para que seja feita uma ponderação em face da necessidade das reformas previdenciárias, defendendo-se a existência de um direito às regras de transição, em face da necessidade de estabilidade das normas estatais.

Também serão analisadas as atuais regras previdenciárias dos servidores públicos, com uma visão panorâmica do atual regime previdenciário com todas as suas implicações.

Capítulo 1

A CRISE DA PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES PÚBLICOS

A Previdência Social tem sido objeto de amplos debates no Brasil, tendo em vista o advento de uma crise fiscal que tem demandado providências para a reforma do sistema, objetivando a sua sustentabilidade. Não obstante, não tem havido conscientização da sociedade quanto à importância da realização dessa reforma, havendo setores que opõem resistência às mudanças, para manutenção de privilégios, sendo necessário um trabalho de convencimento da população para que sejam afastados os mitos e argumentos falaciosos que impedem a realização das necessárias modificações.

O mais recente exemplo de resistência à mudança foi a instituição da contribuição dos inativos, essencial para que o sistema mantivesse um mínimo de solvabilidade, não havendo violação a nenhuma regra ou princípio constitucional, mas sofrendo forte resistência dos aposentados.

O regime próprio dos servidores públicos tem gerado distorções que causam desequilíbrio no sistema previdenciário, necessitando um enorme aporte de recursos por parte do Estado para cobrir o *déficit*, transferindo renda da sociedade para o custeio do regime próprio dos servidores, em uma espécie de solidariedade invertida, em que os mais pobres financiam os mais ricos, conforme muito bem explanado por Marcelo Leonardo Tavares:

Conclui-se, assim, que os regimes próprios de previdência social não configuram direito social fundamental, pois estabelecem sistema de privilégios de categoria profissional extremamente onerosos para a sociedade, estão desvinculados da garantia da dignidade da pessoa humana e provocam uma solidariedade inversa, de locupletamento dos mais ricos a partir da renda de todos¹

¹ TAVARES, Marcelo Leonardo. Previdência e Assistência Social – Legitimação e Fundamentação Constitucional Brasileira. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 256.

Assim, para que se entenda melhor o problema, é necessária uma breve descrição da crise previdenciária brasileira.

1.1 Contexto histórico

Na década de 80 a economia brasileira não teve um bom desempenho, sendo tal período caracterizado pelos altos índices inflacionários e queda de investimentos. O Plano Cruzado, na tentativa de conter a inflação, congelou os preços, fato que levou a uma crise cambial que consumiu com as reservas brasileiras. Seguiram-se os Planos Bresser e Verão, que não conseguiram reverter o quadro, sendo que o Brasil, no final da década, estava mergulhado em profunda crise.

Nesse período surgiram as primeiras idéias neoliberais nos Estados Unidos (Ronald Reagan) e na Inglaterra (Margareth Thatcher), que defendiam o retorno às idéias liberais do Estado não-intervencionista, entendendo que, para o bom desempenho da economia, era necessário que a atuação do Estado fosse mínima, para que forças do mercado atuassem livremente.

Já na década de 90, o governo do Presidente Collor de Mello iniciou a abertura comercial e as reformas liberais. No governo de Itamar Franco, o então ministro da Fazenda Fernando Henrique Cardoso conduziu o programa de estabilização monetária, instituindo o plano Real.

Com o sucesso do plano real, o Presidente Fernando Henrique Cardoso teve legitimidade política para iniciar amplas reformas constitucionais, entre elas a administrativa e a previdenciária. O atual presidente Luis Inácio Lula da Silva, também com a legitimidade advinda das urnas, deu continuidade às referidas reformas.

A crise previdenciária está intimamente ligada à crise fiscal e ao colapso do modelo intervencionista e do bem-estar social, na medida em que o Estado se mostrou impotente para atender a todas as demandas sociais, apenas com os

recursos disponíveis, sendo necessária uma ampla reforma do modelo, para que se enxugasse a máquina estatal, tornando-a mais eficiente e menos burocrática.

Veja-se que, quanto aos servidores públicos, o princípio contributivo só foi estabelecido com a Emenda Constitucional nº 3/93, sendo que até então os benefícios previdenciários eram integralmente custeados pelo Estado, o que gerou um enorme *déficit* para o sistema.

Veja-se interessante evento histórico que reflete o problema previdenciário atual, conforme relata Lúcia Guidolin Regis:

(...) Getúlio Vargas inaugurou a prática do uso dos recursos da Previdência Social para finalidades diversas da seguridade: como a Previdência Social tinha um elevado número de contribuintes para um reduzido número de beneficiários, para angariar recursos para a construção da Companhia Siderúrgica Nacional, os Institutos de Previdência da época viram-se obrigados a adquirir ações de uma fábrica que ainda não existia, financiando desse modo sua construção.

Não bastasse isso, o grande desafio consiste em perguntar o que aconteceu com a parte devida pelo Estado. Esta sim, nunca foi paga, e essa verdade foi reconhecida até mesmo no texto da Lei Orgânica da Previdência Social, 3.807 de 26/08/1960, que dedicou um capítulo sob o Título: da Dívida da União.²

1.2 Causas da crise

Segundo *Marcos Antônio Rios da Nóbrega*³, a inviabilidade do sistema previdenciário foi causada por fatores endógenos e exógenos.

² REGIS, Lucia Guidolin. *Panorama da Previdência Social Brasileira – contexto atual In: Direito Previdenciário – temas atuais*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 233.

³ NÓBREGA, Marcos Antônio Rios. *Previdência dos Servidores Públicos*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 50/57.

Quanto aos fatores exógenos, a principal causa da crise foi o envelhecimento da população, refletindo uma queda na taxa de crescimento da população e o aumento da expectativa de vida. Assim, considerando que o sistema previdenciário vem sendo pautado no modelo de repartição simples, em que as contribuições dos servidores ativos custeiam os atuais benefícios previdenciários, o fato é que, com o envelhecimento da população, cada vez menos servidores ativos financiam cada vez mais servidores inativos.

Importa transcrever trecho do “livro branco” da previdência social, que bem reflete este fator:

Na década de 90, enquanto declinava o número de servidores ativos, crescia vertiginosamente o número de aposentados e pensionistas. Chegou-se em 2000 a uma relação de um servidor ativo por cada inativo, relação essa que não tem precedentes na história da humanidade. Verificou-se, em conseqüência, o estreitamento na relação de financiamento entre ativos e inativos, aprofundando o desequilíbrio atuarial e financeiro do regime.⁴

O segundo fator exógeno foi a crise financeira do setor público na década de 90, demonstrando o crescente peso das despesas com pessoal ativo e inativo.

Outro fator foi a instituição do Regime Jurídico Único, criando um extenso rol de direitos estatutários e efetivando automaticamente milhares de servidores celetistas que nunca contribuíram para o regime próprio dos servidores públicos, passando a fazer jus a aposentadorias integrais, com direito à paridade, sem que houvesse qualquer cálculo atuarial. Além disso, o art. 19 do ADCT estabilizou diversos empregados celetistas sem concurso público.

No que se refere aos fatores endógenos, podem ser citadas as diversas hipóteses de contagem fictícia de tempo de serviço, que geravam aposentadorias precoces, sem a correspondente contribuição. Além disso, não havia idade mínima, razão pela qual freqüentemente as aposentadorias eram concedidas por volta dos

55 (cinquenta e cinco) anos de idade, quanto o servidor estava em sua plenitude de capacidade laborativa. Soma-se a isso o fato de que, nos últimos anos, tem aumentado o ingresso de pessoas mais idosas no serviço público, que contribuem por menos tempo.

Luís Roberto Barroso faz um levantamento sumário das causas da crise do sistema, algumas que já foram sanadas e outras que precisam ser enfrentadas, conforme a seguir transcrito:

Inexistência de contribuição dos servidores civis para a aposentadoria, como regra, até o advento da Emenda Constitucional nº 3, de 1993 (embora houvesse contribuição para pensões). Ainda hoje, os militares não contribuem para a aposentadoria, mas somente para pensões e assistência médica;

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 nº 8.112/90;

Ausência de idade mínima para a aposentadoria voluntária, dando margem, até a Emenda Constitucional nº 20, de 1998, a uma grande quantidade de aposentadorias precoces, onerando o sistema por muito mais tempo do que seria razoável;

Disfunções existentes até a EC nº 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;

Reconhecimento da ilegitimidade constitucional da imposição da 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;

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;

⁴ BRASIL, Ministério da Previdência e Assistência Social. *Livro Branco da Previdência Social, 2007*, p. 18. Disponível em: < http://www.mpas.gov.br/docs/pdf/livrobranco_partel.pdf>. Acesso em: 10/07/2008

Fatores políticos e problemas gerenciais, com 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.⁵

Observa-se, portanto, que vários fatores contribuíram para a crise do sistema, havendo a necessidade de corrigir as disfunções que vem causando a insolvabilidade do regime previdenciário.

1.3 Aspectos da Crise

De acordo com o Marcos Antônio Rios da Nóbrega⁶, a crise previdenciária tem aspectos financeiros, gerenciais, políticos e jurídicos.

O aspecto financeiro é grave, referindo-se ao *défict* do sistema, na medida em que o Estado tem que aportar grande quantidade de recursos para a solvência do regime, deixando de aplicar tais quantias em outros setores, como investimentos, educação e saúde. Em 1998, para cada R\$ 1,00 (um real) aportado pelo servidor, a União contribuía com R\$7,00 (sete reais).⁷ Ademais, não havia separação entre as aposentadorias, pensões e gastos com saúde, na medida em que os inativos eram custeados com recursos do tesouro, contribuindo apenas para o custeio das pensões e gastos com saúde.

Quanto aos aspectos gerenciais, verifica-se que a previdência nunca foi administrada de acordo com as técnicas próprias de gestão previdenciária, pois o pagamento de inativos e pensionistas era considerado uma mera extensão dos

⁵ BARROSO, Luís Roberto. Constitucionalidade e Legitimidade da Reforma da Previdência .In: A Reforma da Previdência Social. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2004, p. 61/63

⁶ NÓBREGA, Marcos Antônio Rios. *Previdência dos Servidores Públicos*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 57/65.

⁷ BRASIL, Ministério da Previdência e Assistência Social. *Livro Branco da Previdência Social, 2007*, p. 20. Disponível em: < http://www.mpas.gov.br/docs/pdf/livrobranco_partel.pdf>. Acesso em: 10/07/2008

gastos com pessoal. Assim, não eram realizados quaisquer cálculos atuariais, não havendo planejamento, controle e preocupação com a administração eficiente dos recursos.

No que tange aos aspectos políticos, tem havido a ausência de uma cultura previdenciária no país, com a conscientização da importância da previdência para o desenvolvimento econômico, social e político do país. Em face disso, não houve preocupação com o planejamento do sistema, sendo que o Estado utilizava os recursos das contribuições para outros fins, em prejuízo do regime.

No que se refere aos aspectos jurídicos, a previdência envolve os diversos ramos do direito, como por exemplo, os direitos tributário, administrativo e constitucional, não havendo uma sistematização que possibilite uma compreensão integral dos regimes previdenciários. Assim, a fragmentação e heterogeneidade da legislação não contribui para o bom funcionamento do sistema.

Quanto à crise do Regime Geral de Previdência Social, e voltando à seara financeira, é importante destacar a visão de Marciano Seabra de Godoi, no sentido de que o *déficit* depende da ótica ou do ponto de vista da análise, sendo que do ponto de vista das normas constitucionais, não haveria o propalado “rombo da previdência”, pois a Constituição prevê diversas fontes de custeio da seguridade, não somente a contribuição incidente sobre a folha de salários, não devendo ser difundida a idéia de “rombo”. O referido autor afirma que a Seguridade é que estaria cobrindo *déficits* do tesouro, e não o contrário, mesmo porque existe a Desvinculação das Receitas da União – DRU, que permite a utilização de um percentual das contribuições previdenciárias para outros fins. Veja-se trecho do seu entendimento:

A conta que leva ao tão propalado déficit da previdência social (regime geral) consiste na diferença negativa, apurada anualmente, entre o valor arrecadado com a contribuição, a cargo dos segurados e das empresas, incidente sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho (prevista no art. 195, I, a e II da Constituição), e o valor com os dispêndios do INSS com aposentadorias e pensões do regime geral. Essa diferença (R\$42 bilhões em 2006) seria o déficit, o “rombo” da Previdência no regime geral.

Essa comparação supõe que o único aporte para o custeio da previdência social viria da contribuição de segurados e empresas sobre a folha de salários e demais rendimentos, mas essa suposição é arbitrária. Não se sabe com base em que norma jurídica os técnicos do Tesouro Nacional responsáveis por calcular o déficit da Previdência "convencionaram" que a contribuição social sobre o lucro e a CONFINS recolhidas pelas empresas constituem receitas "estranhas" ao financiamento da previdência social, enquanto que a contribuição sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho recolhida pelas mesmas empresas constituem receitas incluídas no financiamento da previdência social.

A atividade estatal que a Constituição determinou fosse financiada por determinadas contribuições sociais é a seguridade social (conceito mais amplo que o de previdência social). No ano de 2006, o valor arrecadado com tais contribuições chegou a R\$299 bilhões, ao passo que os gastos com seguridade social previstos no orçamento da União Federal de 2006 foram de R\$257 bilhões, havendo portanto um superávit corrente. Ocorre que a chamada DRU promoveu um "corte" de R\$60 bilhões nas verbas destinadas à seguridade social (reservando-as para o superávit primário), fazendo com o que o valor remanescente seja insuficiente para atender os gastos de seguridade.

Com o quadro que ora apresentamos, não pretendemos em absoluto defender que a previdência social deve ser mantida intocada, e que reformas são desnecessárias. Julgamos positiva (ademais de constitucional) a reforma de 2003 (EC nº 41) com a criação da contribuição cobrada dos servidores públicos inativos, e consideramos que outras reformas que aprofundem o equilíbrio financeiro-actuarial do sistema geral e do setor público devem ser aprovadas. Medidas administrativas simples como o recadastramento periódico de beneficiários, que ano após ano flagra milhares de irregularidades, devem ser cada vez mais utilizadas.

Mas não se deve discutir essas reformas num clima carregado de mistificações por meio das quais os técnicos dos Ministérios da Fazenda, do Planejamento e da Previdência Social propalam a idéia falsa de que a previdência social do regime geral é deficitária e perdulária. Se a Constituição da República serve para alguma coisa, é exatamente para constituir um marco ou um parâmetro privilegiado para pautar as discussões e decisões fundamentais na vida pública da nação, e as condições financeiras atuais da previdência social – tal como esse instituto foi enquadrado financeira e politicamente na Constituição em vigor – não refletem um quadro de rombo ou déficit. Se a Constituição e determinadas leis ordinárias foram generosas em diversos aspectos previdenciários e assistenciais (como é o caso da aposentadoria dos trabalhadores rurais), o constituinte originário e o constituinte derivado (CPMF) previram fontes de financiamento para a seguridade social com um altíssimo potencial arrecadatório, como aliás é confirmado pela arrecadação de 2006 (R\$299

bilhões a título de contribuições destinadas à saúde, assistência e previdência social)⁸

Observa-se que a referida crítica, quanto à real existência de rombo previdenciário, à luz das fontes de custeio constitucionais, é dirigida apenas ao regime geral da previdência, na medida em que o regime próprio dos servidores públicos tem fonte de custeio diferenciada, prevista no *caput* do art. 40 da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

Veja-se que o regime próprio dos servidores públicos é custeado apenas mediante contribuição do ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas. Assim, não existem outras fontes de custeio, como acontece com a seguridade social, razão pela qual não há dúvidas de que realmente existe *déficit* nesse setor, conforme trecho anteriormente transcrito, do “livro branco” do Ministério da Previdência e Assistência Social, *in verbis*:

Na década de 90, enquanto declinava o número de servidores ativos, crescia vertiginosamente o número de aposentados e pensionistas. Chegou-se em 2000 a uma relação de um servidor ativo por cada inativo, relação essa que não tem precedentes na história da humanidade. Verificou-se, em consequência, o estreitamento na relação de financiamento entre ativos e inativos, aprofundando o desequilíbrio atuarial e financeiro do regime.⁹

No entanto, a crítica feita à real existência de rombo no Regime Geral de Previdência Social reflete a falta de transparência no que tange à efetiva demonstração do *déficit* para a sociedade, gerando dúvidas que causam

⁸ GODOI, Marciano Seabra. O déficit da Previdência Social sob a ótica da Constituição Federal. Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT, Belo Horizonte, ano 5, n. 26, p. 169-181, mar./abr. 2007

⁹ BRASIL, Ministério da Previdência e Assistência Social. *Livro Branco da Previdência Social, 2007*, p. 18. Disponível em: < http://www.mpas.gov.br/docs/pdf/livrobranco_partel.pdf>. Acesso em: 10/07/2008

desconfiança em relação a qualquer tentativa de reforma realizada pelo Poder Público, o que não é bom para a legitimação social das reformas, tornando-as demoradas e difíceis de serem realizadas. Assim, o correto seria uma ampla campanha de conscientização, com divulgação de forma transparente da real existência do *déficit* previdenciário e de suas causas.

Quanto à necessidade de transparência e de ampla discussão sobre o problema previdenciário, veja-se o excelente artigo de Wagner Balera:

O novo processo de reformas, que se iniciará com o fórum de debates proposto pelo Presidente da República, deverá, sugiro, abranger a mais ampla discussão com a sociedade civil. Que se convoquem audiências públicas pelo País, para que se discuta a agenda básica das reformas, em busca do imprescindível consenso, tudo com apoio em cronograma rígido, a ser observado por todos os setores envolvidos. Elemento necessário ao sucesso desse esquema de discussão é o da abertura dos dados, verdadeiros, para que se conheçam os problemas em toda a sua extensão.

A agenda de reformas incluirá, naturalmente, temas polêmicos que, mais dia menos dia, deveremos enfrentar. Que tenhamos sabedoria para, no diálogo democrático, chegar ao consenso capaz de produzir o melhor para o país e os milhões de segurados da Previdência Social.¹⁰

Portanto, a reforma da previdência social deve ser amplamente discutida, para que se esclareça a sociedade quanto à importância de um sistema previdenciário sustentável, devendo haver transparência na demonstração das contas, para possibilitar a proposta de soluções.

¹⁰ BALERA, Wagner. A Reforma da Previdência Social. Revista Jurídica Consulex, ano XI, nº 246, 15/04/2007

Capítulo 2

SISTEMA PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO

Para que seja melhor compreendida a justificação e a constitucionalidade da reforma previdenciária, é importante que sejam demonstrados os modelos clássicos de financiamento, indicando qual ou quais foram adotados pelos diversos regimes do sistema previdenciário brasileiro previsto na Constituição Federal, e analisando-se o benefícios e desvantagens de cada modelo.

Cabe ressaltar que todo sistema previdenciário tem um custo, cabendo à sociedade, por meio de seus representantes no Poder Legislativo, definir qual o modelo mais adequado aos objetivos do Estado.

Marcos Antônio Rios da Nóbrega faz uma interessante comparação:

Fazendo uma alusão pueril, seria como alguém que desejasse adquirir um apartamento novo. Caso a opção seja um simples imóvel de dois quartos mais dependência, em bairro popular, haverá um valor determinado a ser financiado (o que chamaremos nos planos previdenciários de custo). No entanto, caso a opção seja um apartamento de quatro quartos, ampla área de lazer e três vagas na garagem, evidentemente que o valor será muito superior ao primeiro imóvel e exigirá um esforço de financiamento muito mais elevado para a sua aquisição. O plano previdenciário é como o imóvel acima descrito, ou seja, quanto mais benefícios ofertar, mais caro será e maior esforço de financiamento exigirá.¹¹

O custo previdenciário é definido como o valor atual dos benefícios futuros, acrescidos das despesas administrativas, adotando-se critérios atuariais para encontrar o referido valor presente, considerando taxa de juros, taxa de rotatividade dos servidores públicos, crescimento da remuneração, entre vários outros aspectos.

¹¹ NÓBREGA, Marcos Antônio Rios. *Previdência dos Servidores Públicos*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 57/65..

2.1 Modelos de financiamento

Os principais sistemas de financiamento são o de repartição simples e o de capitalização¹². Cada um tem suas vantagens e desvantagens, dependendo do objetivo a ser alcançado, e podem ser utilizados isoladamente ou em conjunto. A seguir será feito um breve sumário quanto aos aspectos de tais modelos.

2.1.1 Sistema de Repartição Simples

As principais características do regime de repartição simples são as seguintes: obrigatoriedade de vinculação, benefício do tipo definido e função preponderante de redistribuir renda entre as gerações. Tal modelo é redistributivo e intergeracional e está intimamente ligado ao princípio da solidariedade

O tipo “benefício definido” refere-se ao plano em que já está pactuado de antemão o valor do benefício final a ser recebido pelo participante, seja o valor da última remuneração, seja a média das últimas remunerações, transferindo-se o risco totalmente para o Estado, conforme explicado por Marcos Antônio Rios da Nóbrega:

Dessa forma, se as contribuições ao sistema forem insuficientes, ou seja, abaixo do necessário para financiar o custo previdenciário ou mesmo se as aplicações do sistema não renderem conforme planejado, o “prejuízo” será arcado pelo Estado patrocinador, porque, como sabemos, o plano tipo BD tem caráter mutualista. Da mesma forma, se o plano for “superavitário”, tais ganhos não serão repassados aos afiliados, mas sim absorvidos pelo patrocinador..¹³

¹² Marcos Antônio Rios da Nóbrega cita ainda o regime de repartição de capitais de cobertura, que seria um regime híbrido entre o de repartição simples e o de capitalização. NÓBREGA, Marcos Antônio Rios. *Previdência dos Servidores Públicos*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 109/110..

¹³ NÓBREGA, Marcos Antônio Rios. *Previdência dos Servidores Públicos*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 82.

A desvantagem do sistema de repartição simples é a possibilidade de evasão de pessoas do sistema e a dificuldade de serem alcançados objetivos redistributivos, evitando-se perversas transferências e ineficiências.

Marcos Antônio Rios da Nóbrega explana a grande vantagem do sistema:

A grande vantagem dos regimes BD é que reduzem os riscos, as incertezas quanto aos benefícios que serão recebidos na inatividade. Na verdade, ocorre uma transferência de risco para as gerações mais jovens que tendem a ser menos beneficiadas por sistemas de repartição simples, quando problemas estruturais reclamam ajustes. Além disso, esse sistema quebra a relação contribuição-benefícios, sendo portanto a contribuição individual calculada mediante fatores como expectativa de vida, perspectivas quanto á taxa de juros, vontade política, e tanto outros fatores.¹⁴

Resumindo, tem-se que no regime de repartição simples:

- a) não há formação de reservas individuais;
- b) os valores arrecadados são utilizados para pagamento dos benefícios atuais, em regime de caixa;
- c) solidariedade intergeracional, com a contribuição dos ativos financiando o benefício dos inativos;
- d) não há direta correlação entre valor da contribuição e valor do benefício futuro do próprio agente;
- e) o Estado apropria-se de valores, em caso de eventual superávit do sistema, sendo responsável apenas pelo pagamento do benefício definido;
- f) não existe possibilidade de resgate das contribuições, em caso de desligamento do sistema, ou transferência para outro plano (portabilidade)
- g) alíquotas de contribuição fixadas em patamar mínimo, não havendo possibilidade de livre fixação.

¹⁴ NÓBREGA, Marcos Antônio Rios. *Previdência dos Servidores Públicos*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 82.

2.1.2 Sistema de Capitalização

As principais características do sistema de capitalização são: filiação facultativa, contribuição definida, formação de um fundo pessoal capitalizado. Em tal modelo não está presente a solidariedade, na medida em que os benefícios são pagos de acordo com os depósitos feitos pelo segurado e, em alguns sistemas, pelo empregador.

O modelo de contribuição definida transfere o risco do Estado para os filiados, na proporção do direito de cada um, ou seja, quem contribui mais, assume mais risco. Além disso, não é definido previamente o valor do benefício, sendo que, dependendo do desempenho das aplicações financeiras dos valores do fundo, o mesmo poderá ser superavitário, concedendo-se benefícios superiores aos esperados. Veja-se a explicação de Marcos Antônio Rios da Nóbrega:

A contribuição definida, por outro lado, representa um método de ajuste ao risco financeiro no qual esse risco é transferido aos afiliados do sistema de forma proporcional aos direitos de cada integrante. Assim, fica estabelecido qual o montante a ser pago pelos afiliados, mas não há certeza quanto ao montante a ser recebido no futuro. Tudo dependerá de uma série de variáveis como taxa de juros, crescimento econômico, etc. Essa modelagem funciona de uma forma individualista na medida em que o risco dos investimentos do fundo é transmitido aos afiliados na proporção dos direitos que possuem a benefícios futuros. Assim, quem possui mais direitos (contribui com valores mais elevados) absorve maiores riscos.¹⁵

A vantagem do referido modelo é que ocorre um incentivo à poupança pública, que pode ser aplicada em investimentos, gerando o crescimento econômico do país e modernizando o mercado financeiro. Ademais, não haveria o problema da evasão, pois cada contribuinte teria consciência da necessidade da contribuição para a formação de um capital para a sua própria aposentadoria.

¹⁵ NÓBREGA, Marcos Antônio Rios. *Previdência dos Servidores Públicos*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 12.

Veja-se a entrevista do professor Jarbas Antônio de Biagi, sobre os benefícios que o sistema de capitalização traz para o desenvolvimento da economia, gerando um círculo virtuoso em que toda a sociedade ganha:

Quando os recursos da previdência complementar são investidos, temos o chamado círculo virtuoso. Na prática, a parcela de investimentos em títulos públicos ajuda a reduzir a taxa de juros e toda a sociedade ganha.

Quando adquirimos ações de companhias, estas geram riquezas para o País, empregos, recolhimento de tributos e apresentam rentabilidade para os planos de previdência complementar. Como exemplo de empresas das quais as entidades de previdência complementar participam como acionistas, destaco a Companhia Vale do Rio Doce, a Petrobrás, a Perdigão e muitas das companhias de energia.¹⁶

O problema desse modelo é que os riscos são transferidos para os segurados, devendo haver, portanto, elevados gastos com a administração eficiente do fundo. Além disso, existem os gastos com propaganda, corretagem e demais custos administrativos que podem reduzir a valorização do fundo.

Resumindo, tem-se as seguintes características do regime de capitalização:

- a) existe a formação de reservas financeiras individualizadas;
- b) os valores arrecadados são utilizados apenas quando do início do pagamento do benefício do próprio segurado;
- c) não há solidariedade intergeracional, pois o segurado apenas contribui para o seu próprio benefício;
- d) o valor da contribuição é importante para definir o valor do benefício futuro e o tempo necessário de contribuição;
- e) o Estado não se apropria de valores, em caso de superávit;

¹⁶ BIAGI, Jarbas Antônio de. *O Futuro da Previdência Complementar*. Entrevista publicada na revista jurídica Consulex, ano XI, n. 245, p. 8, 31/03/2007

- f) possibilidade de resgate de contribuições em caso de desligamento do sistema, ou transferência para outro plano (portabilidade).
- g) alíquotas de contribuição fixadas livremente.

2.2 Regimes previdenciários existentes no Brasil

O sistema previdenciário brasileiro tem duas grandes subdivisões: o regime público e a previdência privada. Por sua vez, o regime público subdivide-se no Regime Geral de Previdência Social, no Regime Próprio dos Servidores Públicos Civis, no Regime previdenciário dos militares, e no Regime de Previdência Complementar dos servidores públicos, ainda não implementado.

2.2.1 – *Previdência Privada*

O sistema privado de previdência, que não se confunde com o Regime Geral de Previdência Social, tem natureza contratual, facultativa e complementar, não havendo participação do Estado, exceto quando for patrocinador de uma entidade fechada de previdência, a exemplo de qualquer empregador privado. Tal sistema é regido pelo art. 202 da Constituição Federal e regulamentado pelas Leis Complementares nºs 108/01 e 109/01.

O modelo de financiamento é de capitalização, em que o segurado forma um fundo próprio para percepção de futuros benefícios.

2.2.2 – Regime Geral de Previdência Social

O Regime Geral de Previdência Social congrega todos os trabalhadores da iniciativa privada e outros filiados facultativos, sendo gerido pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, que é uma autarquia federal.

A filiação é compulsória, exceto em relação a alguns filiados facultativos. O referido regime está estruturado sob o modelo de repartição simples, em que o benefício é definido por meio de um cálculo que leva em conta as últimas remunerações, de caráter contributivo e solidário, na medida em que existem contribuições do filiado e do Estado, sendo que os benefícios são pagos independentemente da formação de um fundo próprio, mesmo que as contribuições tenham sido mínimas, a exemplo da aposentadoria por invalidez.

O benefício é limitado a um patamar mínimo e máximo, sendo que o reajuste é feito por um critério estabelecido por lei, não havendo paridade com os servidores da ativa.

Marcelo Leonardo Tavares assim conceitua o Regime Geral de Previdência Social:

A previdência no Regime Geral de Previdência Social é conceituada como seguro público, coletivo, compulsório, mediante contribuição e que visa cobrir os seguintes riscos sociais: incapacidade, idade avançada, tempo de contribuição, encargos de família, morte e reclusão. O desemprego involuntário é um risco previdenciário não coberto pelo RGPS. A previdência é direito social de fruição universal para os que contribuam para o sistema. Ocorrendo um risco social – “sinistro” (que afasta o trabalhador da atividade laboral), caberá à previdência a manutenção do segurado ou de sua família.¹⁷

¹⁷ TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006, p. 24.

2.2.3 – Regime Próprio dos Servidores Públicos

Da mesma forma que o Regime Geral da Previdência Social, o Regime Próprio dos Servidores Públicos é de caráter institucional (não contratual), de filiação obrigatória, de caráter contributivo e solidário.

Pode ser instituído pelos diversos entes da Federação, sendo que o modelo de financiamento é o de repartição simples, na medida em que não há formação de um fundo individual. Os benefícios são definidos, referindo-se, antes da reforma, à última remuneração do cargo e, atualmente, calculados com base em uma média das últimas remunerações.

Antes das alterações constitucionais, havia a paridade entre ativos e inativos, sendo tal distorção corrigida nas atuais regras permanentes da constituição. É custeado por meio das contribuições dos servidores e do Estado que, além disso, realiza aporte de recursos adicionais para a cobertura do *déficit* do sistema.

2.2.4 – Regime Previdenciários dos Militares

Os militares possuem um regime próprio, muito bem analisado por Paulo Modesto, conforme trecho a seguir transcrito:

Os militares em atividade não foram afetados por qualquer dessas alterações. A norma do art. 42, §2º, da Constituição Federal, que reenviava aos militares o disposto no art. 40, §§7º e 8º foi modificada para evitar que os militares fossem alcançados pela redução das pensões em até trinta por cento do montante que excedesse os limites do RGPS, como todos os civis (art. 40, §7º e 8º foi modificada para evitar que os militares fossem alcançados pela redução das pensões em até trinta por cento do montante que excedesse os limites do RGPS, como todos os civis (art. 40, § 7º, na redação da EC nº 41/2003) e pelo critério do reajustamento dos benefícios, mantido o valor real (art. 40, §8º, na redação da EC nº 41/2003), rera antinômica em relação ao princípio da paridade. A nova redação do art. 42, §2º, da Constituição Federal, remete toda a matéria para a lei ordinária.

A única alteração no regime da previdência militar será a supressão, para os militares dos Estados, do distrito Federal e dos Territórios da possibilidade de contagem de tempo ficto para aposentadoria (nova redação do art. 42,

§1º, da CF) direito já suprimido, para os civis, desde a Emenda Constitucional nº 20/1998.

Os militares permanecem sem custear o regime próprio de aposentadoria, contribuindo apenas para financiar as pensões e a assistência médica com alíquotas inferiores às aplicadas pelo regime próprio dos servidores civis.¹⁸

2.2.5 – Previdência Complementar dos Servidores Públicos

A previdência complementar dos servidores públicos foi inicialmente estabelecida pela Emenda Constitucional nº 20/98, recebendo nova disciplina pela Emenda Constitucional nº 41/03, prevendo a possibilidade de instituição de previdência complementar pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, apenas para os servidores que ingressarem no serviço público após a edição da lei complementar criadora do respectivo regime, salvo opção dos antigos servidores.

Assim, se o ente da Federação resolver criar a previdência complementar, poderá fixar o mesmo limite do art. 201 da Constituição Federal para as aposentadorias e pensões do respectivo regime próprio dos servidores.

De acordo com a disciplina constitucional, a previdência complementar é de natureza pública, o que leva à conclusão de que deverá ser gerenciada pelo poder público, provavelmente uma autarquia, submetida aos princípios constitucionais e de direito administrativo, a exemplo do concurso público, licitação, controle pelos tribunais de contas, e outras exigências.

Deverão ser observadas, no que couber, as demais regras do art. 202 da Constituição Federal, relativas à previdência privada. Assim, deverá ser patrocinador de uma entidade fechada de previdência, oferecendo benefícios na modalidade contribuição definida, ou seja, adotando o modelo de capitalização.

Dessa forma, cada participante contribuirá para um fundo próprio, juntamente com a contribuição do Estado na qualidade de empregador, para custear os próprios benefícios futuros.

2.3 Análise do atual modelo previdenciário constitucional

Observa-se que, apesar de ainda não ter sido implementada a previdência complementar do servidor público, o Brasil adotou um modelo multipilar previdenciário, misturando o sistema de repartição simples com o de capitalização.

Conforme demonstrado, existem vantagens e desvantagens em cada modelo, razão pela qual a melhor proposta parece ser aquela que adote os dois sistemas.

Com efeito, a adoção tão-somente do regime de repartição é desaconselhável, na medida em que pode provocar a perversa inversão da solidariedade, na medida em que os mais pobres financiam os benefícios dos mais ricos, pois o Estado tem que cobrir o déficit do sistema com os valores arrecadados por meio de tributos, assumindo integralmente o risco da solvabilidade do sistema.

Por outro lado, a adoção apenas do sistema de capitalização não atende ao princípio constitucional da solidariedade, para proteção dos trabalhadores que são mais desprotegidos socialmente. Além disso, o risco é totalmente transferido para os filiados, havendo ainda elevados gastos com o eficiente gerenciamento do fundo. Há que se observar, ainda, que o custo de transição do regime de repartição para o de capitalização é proibitivo, na medida em que o Estado iria ter que aportar ao fundo

¹⁸ MODESTO, Paulo. *Reforma da Previdência e regime jurídico da aposentadoria dos titulares de cargo público*. Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, ano 4, n. 13, p. 63, abr./jun. 2006

todas as contribuições que não foram recolhidas, tornando absolutamente inviável a mudança radical para o sistema de capitalização.

Assim, o Regime Geral de Previdência Social é adequado ao perfil brasileiro, na medida em que adota o regime de repartição simples, mas limita o benefício a um valor máximo, sem direito à paridade entre ativos e inativos.

Por sua vez, o Regime Próprio dos Servidores Públicos não é adequado quando adota apenas o regime de repartição, pois o teto remuneratório é elevado, não sendo possível que o Estado assuma o risco integral da solvabilidade do sistema, quando se tem em vista o envelhecimento da população e o ingresso de servidores mais velhos no serviço público, com pouca contribuição e alta remuneração. Assim, a solução adequada para tal regime é a adoção do regime de repartição simples até o limite máximo do Regime Geral da Previdência Social, e do regime de capitalização para a previdência complementar do servidor, ainda não criada.

Importa esclarecer, ainda, que são poucos os entes da federação em que seria viável a instituição da previdência complementar ao lado do regime próprio, pois na maioria dos entes federativos a remuneração média não ultrapassa o teto do Regime Geral de Previdência Social. Assim, apenas na União e em alguns grandes Estados seria recomendável a criação da previdência complementar juntamente com o sistema próprio.

Capítulo 3

CONSTITUCIONALIDADE DA REFORMA PREVIDENCIÁRIA

Nesse passo, será analisado o tormentoso aspecto da constitucionalidade da reforma, à luz do direito adquirido, da expectativa de direito, da existência de um possível direito a suaves regras de transição, da aplicação dos princípios da proteção da confiança, da segurança jurídica, da proporcionalidade, e do limite material ao poder de reforma em relação aos direitos sociais.

3.1 A previdência como direito fundamental

Neste tópico, será examinada a questão da previdência como direito social protegido pelas cláusulas pétreas, verificando se os direitos previdenciários dos servidores públicos, previstos pelo Constituinte originário, estariam ou não garantidos pelos limites materiais ao poder reformador.

A previdência social tem sido enquadrada como um direito social, de segunda geração. Não obstante, alguns autores entendem que, na verdade, a previdência seria um direito de terceira geração, em face do princípio da solidariedade. Veja-se, nesse sentido, Fábio Zambitte Ibrahim:

A previdência social é usualmente fixada como um direito humano de 2ª geração, devido à proteção individual que proporciona aos beneficiários, atendendo a condições mínimas de igualdade. Não obstante, como comentado por ocasião da conceituação do RGPS, os riscos sociais são um problema de toda a sociedade e não somente do particular. Isso já é um indicativo da precariedade desta classificação. Ademais, para os que admitem a divisão entre gerações ou dimensões, a seguridade social, com seu espectro mais amplo de ações, com viés claramente solidarista, somente poderia ser enquadrada como direito de 3ª geração.

antinômica em relação ao princípio da paridade. A nova redação do art. 42, §2º, da Constituição Federal, remete toda a matéria para a lei ordinária.¹⁹

3.1.1 – A proteção constitucional e eficácia dos direitos sociais

Os direitos sociais dominaram o século XX, nas Constituições pós-guerra, sendo denominados de direitos de segunda geração. Surgiram do pensamento antiliberal, e nasceram intimamente ligados ao princípio da igualdade material, na medida em que o Estado, por meio de prestações positivas, passou a fornecer meios para a implementação da verdadeira igualdade aos cidadãos atingidos pelos

¹⁹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Ímpetus. 2006, p. 64.

emergentes problemas sociais, permitindo o exercício da liberdade material, não adotando simplesmente uma posição passiva típica do período liberal, até então justificada em face dos abusos dos poderes absolutistas.

No que se refere à eficácia dos direitos sociais, inicialmente possuíam uma baixa normatividade, em virtude da própria natureza desses direitos, que exigiam recursos materiais do Estado, nem sempre disponíveis, colocando-se em dúvida a própria juridicidade desses direitos.

Após, foram remetidos à esfera programática, por não contarem com instrumentos eficazes de proteção, a exemplo dos direitos de liberdade, razão pela qual passaram por um período de crise.

Atualmente, as Constituições modernas, a exemplo da brasileira, têm formulado o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, razão pela qual está perto do fim a crise de eficácia dos direitos sociais.

Nesse sentido, leciona Paulo Bonavides:

“De tal sorte que os direitos fundamentais da segunda geração tendem a tornar-se tão justiciáveis quanto os da primeira; pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma.

Com efeito, até então, em quase todos os sistemas jurídicos, prevalecia a noção de que apenas os direitos da liberdade eram de aplicabilidade imediata, ao passo que os direitos sociais tinham aplicabilidade mediata, por via do legislador.”²⁰

Uma questão controvertida é a proteção constitucional dos direitos sociais pelas cláusulas pétreas, na medida em que o art. 60, §4º, inc. IV, refere-se apenas aos direitos e garantias individuais, protegidos contra o poder reformador, não havendo menção expressa aos direitos sociais.

Paulo Bonavides lamenta tal ausência de previsão:

²⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 565.

Ocorre, porém, que o avanço teria muito mais profundidade se abrangesse também o substrato social da Constituição, pelo menos os direitos sociais que, desde a Carta de 1934, compõem a base teórica e positiva de nossa modalidade de Estado social, os quais, sem retrocesso, têm sido consagrados pela evolução do constitucionalismo brasileiro durante os últimos cinquenta anos.

É óbvio, por conseguinte, que uma conquista dessa envergadura faria constitucionalmente irrevogáveis os grandes progressos já obtidos para a construção da Sociedade justa, livre e igualitária a que todos aspiram

Uma Constituição aberta não deve abrigar preconceitos. O mesmo poder constituinte que deu um passo de abertura em relação ao passado, contra o privilégio da imutabilidade do sistema republicano, tornando possível, por via de emenda constitucional, a eventual introdução até mesmo da monarquia constitucional federativa, teria dado um passo muito mais avançado e gigantesco em relação ao futuro, se fizesse intangíveis, dentro da normatividade constitucional, aqueles direitos fundamentais já consagrados que regem as relações mútuas entre o trabalho e o capital.”²¹

A questão da fundamentalidade, eficácia e proteção dos direitos sociais é bastante polêmica, havendo aqueles que negam o caráter de direito fundamental, outros que reconhecem tal aspecto, mas negam a mesma eficácia dos direitos de liberdade, e aqueles que reconhecem tanto a fundamentalidade quanto a eficácia dos direitos fundamentais. Em relação a esses últimos, existe a vertente que reconhece a fundamentalidade apenas dos direitos sociais mínimos, aqueles intimamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Ingo Wolfgang Sarlet faz uma excelente análise da eficácia dos direitos prestacionais mínimos, intimamente ligados à dignidade da pessoa humana, reconhecendo a fundamentalidade de direitos como o salário mínimo, a assistência social, a previdência básica, a saúde, conforme o seguinte ensinamento:

“ao Estado não apenas é vedada a possibilidade de tirar a vida (daí, por exemplo, a proibição da pena de morte), mas também (...) a ele se impõe o dever de proteger ativamente a vida humana, já que esta constitui a própria razão de ser do Estado, além de pressuposto para o exercício de qualquer direito (fundamental, ou não). Não nos parece absurda a observação de que negar ao indivíduo os recursos materiais mínimos para a manutenção de sua existência (negando-lhe, por exemplo, uma pensão adequada na velhice, quando já não possui condições de prover seu sustento) pode significar, em última análise, condená-lo à morte por inanição, por falta de

²¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional* 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 577.

atendimento médico etc. Assim, há como sustentar – na esteira da doutrina dominante – que ao menos na esfera das condições existenciais mínimas encontramos um claro limite à liberdade de conformação do legislador.²²

Ingo Sarlet entende haver a configuração de um direito subjetivo definitivo a prestações, sempre que o argumento da reserva do possível, construído na jurisprudência constitucional alemã, esbarrar no valor da dignidade da pessoa humana. Em caso contrário, haveria apenas um direito subjetivo *prima facie*, conforme explica Daniel Machado da Rocha, *in verbis*:

A melhor abordagem, na doutrina nacional, sobre a questão do reconhecimento de direitos subjetivos a prestações sociais foi a empreendida por Sarlet. Partindo da análise crítica de três modelos do direito alemão – Christian Starck, R. Breur e Robert Alexy, nos quais todos aderem à noção de um padrão mínimo de segurança material, exigido para evitar o esvaziamento da liberdade real – Sarlet constata ser comum aos modelos delineados a problemática da reserva do possível e a objeção da reserva de competência parlamentar. Em aprofundada reflexão sobre essa problemática, argumenta que a questão reside menos no grau de completude da norma do que no aspecto da alegada ausência de legitimação dos tribunais para a determinação do objeto e do *quantum* da prestação, à medida que a decisão sobre a aplicação de recursos públicos incumbiria precipuamente ao legislador. Entendendo ser mais convincente o modelo proposto por Robert Alexy, conclui que, em todas as situações em que o argumento da reserva do possível e demais objeções aos direitos sociais na condição de direitos subjetivos esbarrar no valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas hipóteses em que, da análise dos bens constitucionais colidentes resultar a prevalência do direito social prestacional, poderá ser reconhecido um direito subjetivo definitivo a prestações, admitindo-se, quando tal mínimo for ultrapassado, tão-somente um direito subjetivo *prima facie*.²³

Com efeito, há que se fazer uma diferenciação, caso a caso, para verificar a fundamentalidade de determinado direito social, sendo vedada a supressão ou redução apenas daqueles direitos sociais que configurem um mínimo existencial, intimamente vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido

²² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 322/323

²³ ROCHA, Daniel Machado da. *O Direito Fundamental à Previdência Social*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 106.

é o entendimento de Marcelo Leonardo Tavares, que inclusive indica um rol de direitos sociais considerados fundamentais, conforme trecho a seguir transcrito:

Existem direitos sociais prestacionais de natureza fundamental, devido ao estreito relacionamento que mantêm com os fundamentos do Estado, em especial a dignidade da pessoa humana – são chamados de direitos prestacionais subjetivos materialmente fundamentais ou de prestações sociais do mínimo social; e outros que são direitos fundamentais só na forma, porque foram previstos como tais pela Carta formal e dependem, para implementação, da capacidade do Poder Público em editar programas de atuação. Os direitos sociais prestacionais mínimos foram os seguintes: a educação fundamental de 1º grau, a saúde básica (compleendendo a prestação do serviço de saneamento, o atendimento materno-infantil, as ações de medicina preventiva e as ações de prevenção epidemiológica), a assistência social e a previdência social básica.²⁴

Paulo Gustavo Gonet Branco assim discorre sobre a teoria do grau ínfimo de efetividade dos direitos à prestação material e a existência de um patamar mínimo de efetividade do direito à previdência:

A doutrina, porém, busca atenuar esa decepção com a teoria do grau ínfimo de efetividade dos direitos à prestação material. Tenta-se deles extrair uma garantia a um mínimo social. Para Vieira de Andrade, essa seria a única restrição imposta à liberdade de conformação do legislador e o seu desprezo configuraria caso de censurável omissão legislativa.

A Constituição brasileira parece haver acolhido, de alguma forma, esse garantia do mínimo social. O art. 201, §5º, da Constituição, estabelece o salário-mínimo como piso dos benefícios previdenciários, e o supremo Tribunal Federal tem jurisprudência sedimentada no sentido de que essa norma é auto-aplicável. Pode-se vislumbrar, então, aí, um exemplo de direito à prestação material que gera imediatamente direito subjetivo para os seus titulares – um “direito fundamental originário e subjetivo a prestação”, que tem em mira assegurar um patamar mínimo de efetividade do direito à previdência pelo Estado.²⁵

Verifica-se, portanto, na linha de *Ingo Wolfgang Sarlet*, que somente os direitos prestacionais básicos, essenciais ao mínimo existencial, tem eficácia plena e estão protegidos pelo limite material do poder reformador

²⁴ TAVARES, Marcelo Leonardo. *Previdência e Assistência Social – Legitimação e Fundamentação Constitucional Brasileira*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 263.

3.1.2 – Os direitos previdenciários dos servidores públicos e a limitação material do poder de reforma

Após o exame da questão da eficácia, proteção e fundamentalidade dos direitos sociais, resta analisar se os direitos previdenciários dos servidores públicos estariam protegidos contra o poder reformador.

De acordo com o entendimento de Marcelo Leonardo Tavares, o regime previdenciário dos servidores públicos não tem como objetivo apenas a garantia do mínimo existencial. Ao revés, reflete uma solidariedade invertida, em que os mais pobres financiam os benefícios dos mais ricos. Assim declara o referido autor:

Os regimes próprios de previdência são sistemas previdenciários que congregam apenas uma categoria profissional e não se destinam simplesmente a proteger os servidores públicos com base na noção de mínimo social e da dignidade da pessoa, mas também a manter o mesmo padrão econômico que o segurado possuía quando em atividade (...)

Até a Constituição passada, sequer havia obrigatoriedade de contribuição dos servidores – este era um tema coberto na totalidade pelo Estado, mediante receitas tributárias dos impostos que oneravam toda a sociedade.

O modelo previdenciário dos regimes próprios não se limita à preocupação com a garantia da liberdade e da igualdade de chances. Vai além. Cria uma condição privilegiada, através do Estado, para uma classe determinada em detrimento do restante da população, uma vez que permite que aposentadorias e pensões sejam pagas sem um limite máximo definido, calculadas com base na última remuneração e vinculadas, a partir daí, às modificações da renda dos funcionários em atividade.

Ora, basta ver que, se um regime não era contributivo até há pouco, na realidade não poderia ser sequer intitulado de previdência, consubstanciando-se em mero favor do Estado.

O critério de vincular o valor do provento ao da última remuneração da atividade também dificulta tremendamente a manutenção do equilíbrio atuarial, sacrificando toda a sociedade no pagamento dos tributos, pois, diante da natural variação de renda percebida durante o período laboral, as contribuições vertidas nem de longe serão suficientes para arcar com parte substancial das obrigações prestacionais.

²⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais: In: *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002 p. 150.

Como os servidores não vertem contribuições substanciais para a formação de um fundo suficiente para a manutenção de aposentadorias e pensões calculadas com base no valor da última remuneração, o Estado acaba por cobrir o *déficit* com ingressos públicos decorrentes de arrecadação, na maior parte, de receitas tributárias que oneram toda a sociedade, inclusive os mais pobres.

É a chamada solidariedade invertida – na qual uma parcela mais rica da sociedade recebe auxílio da mais pobre.(...)

Enfim, os 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 *déficits* produzem solidariedade invertida, beneficiando os mais ricos em detrimento dos mais pobres e onerando indevidamente a sociedade.

Conclui-se, assim, que os regimes próprios de previdência social não configuram direito social fundamental, pois estabelecem sistema de privilégios de categoria profissional extremamente onerosos para a sociedade, estão desvinculados da garantia da dignidade da pessoa humana e provocam uma solidariedade inversa, de locupletamento dos mais ricos a partir da renda de todos.

Existem direitos sociais prestacionais de natureza fundamental, devido ao estreito relacionamento que mantêm com os fundamentos do Estado, em especial a dignidade da pessoa humana – são chamados de direitos prestacionais subjetivos materialmente fundamentais ou de prestações sociais do mínimo social; e outros que são direitos fundamentais só na forma, porque foram previstos como tais pela Carta formal e dependem, para implementação, da capacidade do Poder Público em editar programas de atuação. Os direitos sociais prestacionais mínimos foram os seguintes: a educação fundamental de 1º grau, a saúde básica (compreendendo a prestação do serviço de saneamento, o atendimento materno-infantil, as ações de medicina preventiva e as ações de prevenção epidemiológica), a assistência social e a previdência social básica..²⁶

Na linha do entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet, citado no tópico anterior, observa-se que o regime previdenciário dos servidores públicos compreende direitos que estão muito acima do mínimo existencial, razão pela qual tal excesso não goza da proteção contra o poder reformador.

Conseqüentemente, as recentes reformas constitucionais, ao restringirem os direitos previdenciários dos servidores, não violaram o limite material do poder de

reforma, razão pela qual não há que se falar em inconstitucionalidade das referidas emendas constitucionais quanto a esse aspecto.

Há que se observar, no entanto, que existe um mínimo a ser respeitado no que se refere aos direitos previdenciários dos servidores públicos, pois seria inconstitucional uma reforma que extinguisse o próprio direito à previdência dos servidores.

Da mesma forma, a reforma previdenciária deve observar o princípio constitucional da proporcionalidade, da proteção da confiança, da segurança jurídica, entre outros princípios constitucionais, que serão tratados em tópicos posteriores.

3.2 A questão do direito adquirido

Outro ponto a ser analisado é a constitucionalidade da reforma previdenciária no que se refere à observância ao direito adquirido. Assim, questiona-se a existência de direito ao regime previdenciário, quanto à possibilidade de alteração das regras após a adesão do servidor ao regime anterior.

3.2.1 O regime jurídico previdenciário e o direito adquirido

No Brasil, a concepção dominante de direito adquirido é a teoria subjetivista, que teve como o maior expoente o italiano Francesco Gabba, sendo tal teoria adotada pelo Supremo Tribunal Federal, na ADIN 493-0-DF, Relator Ministro Moreira Alves, que consiste na vedação da incidência de lei superveniente, ainda que de

²⁶ TAVARES, Marcelo Leonardo. *Previdência e Assistência Social – Legitimação e Fundamentação Constitucional Brasileira*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 263.

ordem pública, sobre fatos passados (retroatividade máxima), sobre efeitos pendentes (retroatividade média), e sobre efeitos futuros de atos pretéritos (retroatividade mínima).

Observa-se, portanto, que o direito adquirido encontra forte proteção constitucional, sendo derivado do princípio da segurança jurídica.

Ocorre que, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não existe direito adquirido a regime jurídico, ou seja, enquanto não implementados todos os requisitos necessários à aquisição do direito, o que existe é apenas uma expectativa de direito, não protegida pela constituição, conforme entendimento dominante.

Além disso, mesmo que houvesse proteção à expectativa de direito, o princípio da segurança jurídica não é absoluto, devendo ser ponderado com outros princípios constitucionais. Assim, não seria justificável a manutenção de um sistema previdenciário que está fadado ao colapso, apenas para assegurar as expectativas de direito de todos os filiados, mesmo porque, em determinado momento, a própria situação fática iria extinguir tais direitos, pela impossibilidade material de prestação pelo Estado.

Há que ser mencionado, ainda, o entendimento minoritário de que, mesmo os direitos adquiridos não estariam protegidos pelo poder reformador, na medida em que a Constituição somente menciona que a lei não prejudicará o direito adquirido, sendo possível que as emendas constitucionais cassem direitos. Trata-se, no entanto, de entendimento superado, pois a doutrina dominante entende que nem o poder reformador poderia suprimir direitos adquiridos.

Veja-se o entendimento de Daniel Sarmento:

Portanto, o que se verifica é que em outros sistemas em que se atribui estatura constitucional à proteção da cidadão contra a retroatividade da lei, ela não assumiu contornos absolutos. Será que no Brasil deve ser diferente? Será que aqui, onde a desigualdade social é muito mais profunda e acentuada, se afigura razoável congelar no tempo todos os direitos que já foram distribuídos no passado, tornando-os pétéros e intangíveis?

(...)

Mas uma coisa é reconhecer que a Constituição se sujeita aos limites do possível, e outra bem diferente é adotar esquemas hermenêuticos que comprimam ainda mais estes limites, amesquinhando as virtualidades transformadores do nosso pacto fundamental. Na nossa opinião, é isso o que ocorre quando se grava com o selo da eternidade todos os direitos já adquiridos no passado. Para uma Constituição muito mais voltada para o transformar do que para o conservar, esta limitação vai longe de mais na garantia do *status quo*.²⁷

Embora minoritário, existe o entendimento contrário no sentido de que a reforma não poderia atingir as regras previdenciárias anteriores, conforme descreve Bruno Sá Freire Martins:

Entretanto existe tese em sentido contrário a qual abarca o entendimento da existência de um direito adquirido sob condição a agasalhar os servidores que tenham ingressado no Regime Próprio antes do advento das reformas, direito este que passa a integrar seu patrimônio jurídico e moral a partir do exercício de sua atividade junto à administração pública, pois a seguridade social, como sinônimo de segurança, ao conferir ao cidadão determinado estatuto de proteção, deve ele ser preservado no curso do tempo, a fim de atuar diante das contingências sociais cobertas.²⁸

Verifica-se, portanto, conforme entendimento dominante, que as emendas constitucionais devem respeitar tão-somente os direitos adquiridos já implementados, não havendo proteção contra a expectativa de direito. Em tópico posterior, será relativizada a questão da expectativa de direito, para verificar a existência de um direito a regras de transição, com base no princípio da proteção da confiança.

²⁷ SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e a reforma da previdência. In *A reforma da previdência social*. 1. ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2004, p. 36-41.

²⁸ MARTINS, Bruno Sá Freire. *Direito Constitucional Previdenciário do Servidor Público*. 1. ed. São Paulo : Ltr, 2006, p. 106/107.

3.2.2 A contribuição dos inativos e o direito adquirido

Questão bastante polêmica foi a instituição da contribuição dos inativos e pensionistas, tendo o Supremo Tribunal Federal declarado a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 41/03, cingindo-se ao argumento de que não há direito adquirido à carga tributária.

Realmente não há direito adquirido a não ser tributado, da mesma forma que não existe direito adquirido a determinado regime jurídico. Os aposentados, no entanto, alegaram que as “regras do jogo” não poderiam ser alteradas antes do seu término, pois teriam anuído às regras anteriores quando da adesão ao sistema. Afirmaram, ainda, que já haviam contribuído para a aposentadoria e não poderiam mais ser tributados, em face do caráter contributivo do sistema.

Ocorre que, na maioria dos casos, não houve efetiva contribuição, pois o sistema passou a ser contributivo apenas com o advento da Emenda Constitucional nº 03/93. Ademais, trata-se de regime de repartição simples, em que não há formação de um fundo para custeio da própria aposentadoria. Ao revés, o dinheiro é vertido em regime de caixa, para pagamento dos benefícios atuais. Vigora, portanto, o princípio da solidariedade, havendo um pacto intergeracional.

Marcelo Leonardo Tavares elenca os argumentos favoráveis à tributação dos inativos:

- 1) com a entrada em vigor da EC nº 41/2003, não se aplica, para o fim de impedir a cobrança, a norma do art. 195, II, da Constituição ao regime dos servidores, por conta do art. 40, §12, pois, a partir de agora, existe norma específica sobre a matéria, não havendo lacuna a ser suprida;
- 2) por força do princípio da solidariedade, expresso no art. 40 da CRFB/88, o aposentado pode ser tributado em benefício de todo o grupo, pois o sistema funciona no método de repartição simples – não se paga em benefício próprio, mas sim do fundo que garantirá o conjunto de benefícios em gozo;
- 3) a regra constitucional de irredutibilidade de remuneração e subsídios (art. 37, XV, da CRFB/88) protege o valor nominal da totalidade da remuneração bruta, independentemente da incidência de tributos, e

4) a cobrança de contribuição não atinge todos os inativos e pensionistas, mas sim somente aqueles que percebem acima de determinado valor, o que traz razoabilidade à tributação.²⁹

Por todos esses argumentos, é plenamente possível a tributação dos inativos, na medida em que se observou a razoabilidade, incidindo tão-somente sobre a parcela que supere o valor máximo do Regime Geral da Previdência Social, não havendo direito adquirido à carga tributária. Além dos aspectos fiscais, referentes à necessidade de tributação para a solvabilidade do sistema, é perfeitamente constitucional a tributação, mesmo porque se trata de regime de repartição simples, em que a solidariedade é inerente.

3.3 A reforma previdenciária e o respeito aos princípios da proporcionalidade, proteção da confiança, segurança jurídica e direito subjetivo às regras de transição

Conquanto os direitos previdenciários do servidor público não estejam protegidos contra o poder reformar, por não estarem ligados ao mínimo existencial, e ainda que não exista direito adquirido às regras previdenciárias anteriores, as emendas constitucionais devem observar o princípio da proporcionalidade, da segurança jurídica e da proteção da confiança, estabelecendo regras suaves de transição.

Marcelene Carvalho da Silva Ramos faz um excelente estudo em que defende o direito de não haver mudanças bruscas e radicais na vida do cidadão, na medida em que o princípio da confiança exige certa estabilidade das regras editadas pelo poder público, não sendo possível que o Estado, em uma brincadeira de dar e

²⁹ TAVARES, Marcelo Leonardo. *Comentários à Reforma da Previdência*. 1. ed. Rio de Janeiro : Ímpetus, 2004, p. 70/71

retirar direitos, faça com que o cidadão seja manipulado ao sabor dos donos do poder, em uma verdadeira fraude constitucional. Veja-se:

Em face da imodificabilidade que deve caracterizar os preceitos constitucionais em matéria previdenciária, em decorrência dos princípios constitucionais da segurança jurídica e da proteção da confiança – corolários do Estado Democrático de Direito –, que devem guiar e vincular o poder de reforma constitucional, este encontra limite material nos direitos subjetivos em formação a partir da investidura do servidor ou de sua efetivação no serviço público: (i) não podendo as novas regras alcançar os atuais servidores, em efetiva proteção às expectativas de direito geradas pelas relações jurídicas já estabelecidas: (ii) tal proteção deve dar-se por meio da edição de regras de transição, sendo que, às relações em andamento, o novo ordenamento deve ser aplicado proporcionalmente ao tempo que ainda falta ao servidor para usufruir o benefício.

Constitui proposta deste trabalho provocar um despertar para uma possibilidade – dentro da teórica constitucional contemporânea, e em face dos preceitos – normas e princípios- constitucionais da Carta Federal de 1988, analisando-se as posteriores mudanças no regramento fundamental, até o advento da Emenda Constitucional nº 20/98 e comparando-as às novas regras ditadas pela Emenda Constitucional nº 41/2003 – de revelar a necessidade da proteção constitucional das expectativas de direito, pelo prisma da aplicação do princípio constitucional da segurança e da proteção da confiança, ensejadores da estabilidade das relações jurídicas e corolários do princípio fundante do Estado Democrático de Direito (art. 1º, CF), constituindo-se como verdadeiros limites vinculantes ao Poder de Reforma do Constituinte Derivado e propulsores da edição de regras de transição.

E ainda, oferecer, de outro vértice, a partir de outra ética e outra racionalidade, alternativas para que as normas constitucionais que consubstanciam o regime próprio de previdência dos servidores públicos, ao sofrer mudanças, possam contemplar não só os direitos adquiridos, mas, igualmente, as expectativas de direito, a partir da observância de princípios constitucionais que informam o Estado Democrático de Direito, em especial, o princípio da segurança jurídica, que garante a estabilidade das relações jurídicas previamente estabelecidas, funcionando como proteção da confiança dos cidadãos no Estado de Direito, por meio, ainda, da previsibilidade das normas constitucionais veiculadoras de direitos previdenciários dos servidores públicos.

Desde as normas constitucionais, regras e princípios, ressaltando o caráter principiológico da Carta-Cidadã, é possível construir uma dogmática constitucional limitadora do Poder de Reforma do Constituinte Derivado, a partir do marco dos direitos fundamentais sociais, onde está inserida a previdência social, buscando a máxima eficácia das normas veiculadoras da previdência do servidor público, e em especial, evidenciando a necessidade da edição de normas de transição que protejam os direitos previdenciários em curso.

É possível construir uma teoria jurídica constitucional-previdenciária, com especial relevo para os princípios constitucionais informadores do Estado Democrático de Direito, e com ênfase no princípio da segurança jurídica e seus sub-princípios – da previsibilidade das normas constitucionais-

previdenciárias e da proteção da confiança -, ensejadora de uma dogmática constitucional emancipatória que acolha a imodificabilidade das regras constitucionais de cunho previdenciário para aqueles que já estabeleceram a relação jurídica com o poder público.

O assento de uma tal proposta está no feixe principiológico que caracteriza o ordenamento constitucional brasileiro, na densidade normativa que garanta a previdência social digna ao servidor público, capaz de albergar as expectativas de direito em formação, a partir da efetividade dos princípios constitucionais (com especial destaque para a regra principiológica insculpida no art. 5º, §1º, CF, de maximização de eficácia das normas constitucionais veiculadores de direitos fundamentais), em especial da estabilidade das relações jurídicas, enquanto corolário da norma-princípio do Estado Democrático de Direito plasmado constitucionalmente, ensejadores, inclusive, da edição de regras de transição, que garantam a eficácia do mega-princípio da dignidade da pessoa humana, plasmado como fundamento da república democrática brasileira, *in casu*, traduzido como previdência do servidor público.³⁰

Daniel Sarmento, citando Canotilho, entende que existe um direito à formulação de regras de transição, para que seja observado o princípio da confiança. O autor assim discorre:

Ademais, em algumas circunstâncias a proteção da confiança exigirá a formulação de regras transitórias, pois, como destacou o citado mestre lusitano, "no plano do direito constitucional, o princípio da proteção da confiança justificará que o tribunal Constitucional controle a conformidade constitucional de uma lei, analisando se era ou não necessária e indispensável uma disciplina transitória, ou se esta regulou, de forma justa, adequada e proporcionada, os problemas resultantes da conexão de efeitos jurídicos da lei a novos pressupostos – posições, relações, situação – anteriores e subsistentes no momento de sua entrada em vigor".³¹

O princípio da segurança jurídica reflete os aspectos objetivos da estabilidade das relações jurídicas, ao passo que o princípio da proteção da confiança reflete os aspectos subjetivos. Esse último princípio impõe limitações à

³⁰ RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. *Regime próprio de previdência do servidor público – os princípios da segurança jurídica e proteção da confiança e os direitos em formação*. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, p. 153 jan./mar. 2007

³¹ RAMOS³¹ SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e a reforma da previdência. In *A reforma da previdência social*. 1. ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2004, p. 35-36.

liberdade do Estado de modificar atos que produzam vantagens aos destinatários, tendo em vista a sua presunção de e da expectativa de que seriam conservados no mundo jurídico.

Por outro lado, o Estado também não pode congelar as situações e ficar impedido de realizar transformações sociais, quando vislumbra a insustentabilidade de uma situação, que muitas vezes será muito mais prejudicial no futuro do que a simples manutenção da situação.

Assim, há que se fazer uma ponderação entre a observância ao princípio da proteção da confiança e da segurança jurídica e a necessidade de transformação da sociedade. Com efeito, na dizer de *Robert Alexy*, a colisão de princípios é resolvido não na dimensão de validade, como as regras, mas sim na dimensão do peso, afastando-se temporariamente, no caso concreto, o princípio de menor densidade, pois os princípios devem ser entendidos como mandamentos de otimização, adotando-se um critério gradualista-quantitativo. Paulo Bonavides assim descreve a teoria de *Alexy*:

Com a colisão de princípios, tudo se passa de modo inteiramente distinto, conforme adverte *Alexy*. A colisão ocorre, p.ex., se algo é vedado por um princípio, mas permitido por outro, hipótese em que um dos princípios deve recuar. Isto, porém, não significa que o princípio do qual se abdica seja declarado nulo, nem que uma cláusula de exceção nele se introduza.

Antes, quer dizer – elucida *Alexy* – que, em determinadas circunstâncias, um princípio cede ao outro ou que, em situação distintas, a questão de prevalência se pode resolver de forma contrária.

Com isso – afirma *Alexy*, cujos conceitos estamos literalmente reproduzindo – se que dizer que os princípios têm um peso diferente nos casos concretos, e que o princípio de maior peso é o que prepondera”.³²

Dessa forma, realizando-se uma otimização entre a necessidade de reforma constitucional e a proteção do direito adquirido, chega-se à conclusão de que existe um direito a regras de transição na reforma previdenciária, para que de um lado o

³² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. N. ed. Cidade: Editora, ano, p. 279/280.

sistema não entre em colapso, e de outro lado, seja observada certa estabilidade das relações jurídicas, protegendo-se a confiança, de forma proporcional aos direitos em formação dos segurados.

Da mesma forma, as alterações devem observar o princípio da proporcionalidade, conforme definição de Suzana de Toledo Barros:

O princípio da proporcionalidade tem por conteúdo os subprincípios da adequação, necessidade proporcionalidade em sentido estrito. Entendido como parâmetro a balizar a conduta do legislador quando estejam em causa limitações a direitos fundamentais, a adequação traduz a exigência de que os meios adotados sejam apropriados à consecução dos objetivos pretendidos; o pressuposto da necessidade é que a medida restritiva seja indispensável à conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa; pela proporcionalidade em sentido estrito, pondera-se a carga de restrição em função dos resultados, de maneira a garantir-se uma equânime distribuição de ônus.³³

Na linha desse raciocínio, as restrições de direito implementadas pela reforma previdenciária devem ser adequadas, para que sejam apropriados à consecução do objetivo de conferir sustentabilidade ao sistema.

Da mesma forma, as restrições devem ser necessárias, indispensáveis para evitar o colapso do sistema, não havendo mais nenhuma alternativa de substituição por outra medida igualmente eficaz.

Por último, deve haver proporcionalidade em sentido estrito, ponderando-se os resultados a serem obtidos com o grau de restrição dos direitos, para que os ônus da reforma sejam distribuídos de forma equânime entre todos os segurados, na medida de sua igualdade.

Assim, o Estado não tem total liberdade para supressão ou redução dos direitos previdenciários dos servidores públicos, ainda que não exista direito adquirido a regime jurídico e mesmo não havendo proteção contra o poder

³³ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 214.

reformador em relação aos direitos sociais que excedem o mínimo existencial. Não obstante, o colapso do sistema previdenciário exige a atitude reformadora do Estado, razão pela qual devem ser ponderados todos estes valores, para que seja realizada a indispensável reforma, garantindo-se, no entanto, a edição de regras de transição proporcionais aos direitos em formação, preservando-se a segurança jurídica e a proteção da confiança.

Capítulo 4

AS NOVAS REGRAS PREVIDENCIÁRIAS DO SERVIDOR PÚBLICO

Nesse capítulo, serão expostas as principais alterações realizadas pelas Emendas Constitucionais nºs 20/98, 41/03 e 47/05, para que se possa visualizar o atual regime previdenciário dos servidores públicos.

4.1 Das normas aplicáveis

É importante verificar quais as principais normas que regulam a concessão dos benefícios de aposentadorias e pensões. Assim, começando pela ordem de hierarquia normativa, temos o art. 40, da Constituição Federal, com a nova redação dada pelas Emendas Constitucionais nºs 20/98, 41/03 e 47/05.

Além do art. 40 da Constituição Federal, devem ser observadas as regras contidas nas próprias emendas constitucionais, nas partes em que não foram implícita ou expressamente revogadas, importando ressaltar, ainda, que mesmo as partes revogadas terão ultra-atividade em face da ocorrência do direito adquirido

Quanto à legislação infraconstitucional, impende salientar que a competência para editar normas gerais sobre previdência é da União, cabendo aos Estados e Distrito Federal complementar a legislação federal, conforme segue:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

XII – previdência social, proteção e defesa da saúde

(...)

§1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.”

Utilizando-se desta Competência, a União editou, inicialmente, a Medida Provisória nº 167, de 19 de fevereiro de 2004, que posteriormente foi convertida, com alterações, na Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004, estabelecendo diversas regras sobre aposentadoria e pensão dos servidores públicos, sendo que os dispositivos de tais normas possuem ora caráter nacional (normas gerais), aplicando-se a todos os entes federativos, e ora têm caráter federal, destinando-se apenas a estabelecer normas específicas para a União.

Também no uso de sua competência para editar normas gerais, a União expediu a Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998, cujo art. 9º, I, confere atribuição ao Ministério da Previdência Social para orientar, supervisionar e acompanhar os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos dos ente federativos, conforme segue:

“Art. 9º Compete à União, por intermédio do Ministério da Previdência e Assistência Social:

I – a orientação, supervisão e o acompanhamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos e dos militares da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e dos fundos a que se refere o art. 6º, para o fiel cumprimento dos dispositivos desta lei;

Dessa forma, exercendo essa atribuição, a Secretaria de Previdência Social elaborou a Orientação Normativa MPS/SPS nº 1, de 23 de janeiro de 2007, contendo importantes instruções acerca do funcionamento dos regimes próprios de previdência dos servidores, e bem assim sobre as regras de concessão dos benefícios.

Impende salientar que a referida Orientação Normativa, não se revestindo do caráter de norma primária, eis que decorre do poder regulamentar do Poder Executivo, não tem o condão de revogar eventuais normas específicas dos entes

federativos, tendo como objetivo apenas orientar, supervisionar e acompanhar os regimes próprios de previdência. Não obstante, em virtude do poder de polícia conferido ao referido Ministério, pode haver a fiscalização e a fixação de regras para concessão do Certificado de Regularidade Previdenciária-CRP, criado pelo Decreto nº 3.788, de 11 de abril de 2001, que é condição *sine qua non* para a prática dos atos mencionados no art. 7º da Lei nº 9.717/98 (transferências voluntárias, celebração de acordos, recebimento de empréstimos e outros).

Por último, calha ressaltar que cada ente da Federação poderá instituir normas próprias, no âmbito de sua competência suplementar, estando em vigor, no que não foi derogada, os respectivos estatutos dos servidores dos diversos entes da federação. A título de exemplo, continuam em vigor os critérios de distribuição das pensões entre os dependentes, e bem assim o rol de doenças qualificadas em lei.

4.2 Dos critérios de cálculo dos proventos pela média das últimas remunerações

Neste passo, será analisado o novo método de cálculo dos proventos, considerando a média das últimas remunerações. Em tópicos específicos serão examinadas, mais profundamente, as diversas modalidades de aposentadoria e as respectivas formas de cálculo aplicáveis, limitando-me, neste momento, apenas ao estudo do método em si, e das parcelas que são computadas.

Adianta-se que tal forma de cálculo será aplicável às aposentadorias concedidas pelas novas regras do art. 40, da Constituição Federal (invalidez - §1º, I; compulsória aos 70 anos de idade - §1º, II; voluntária por idade e tempo de contribuição - §1º, III, "a"; voluntária por idade - §1º, III, "b"), e pelas regras de transição do art. 2º da Emenda Constitucional nº 41/03.

Nos termos do art. 40, §§3º e 17, a forma de cálculo dos proventos de aposentadoria deverá considerar as remunerações, devidamente atualizadas, que

foram utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam os artigos 40 (Regime Próprio dos Servidores Públicos) e 201 (Regime Geral dos Servidores Públicos), na forma da lei.

Visando dar eficácia a esses dispositivos constitucionais, o art. 1º da Lei nº 10.887/04 dispôs sobre o tema. Infere-se do referido dispositivo que deverá ser considerada, no cálculo dos proventos, a média aritmética simples de 80% (oitenta por cento) das remunerações que serviram de base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência a que esteve vinculado, escolhidas entre as maiores, a contar de julho/94 ou do início da contribuição, se posterior a essa data.

Quanto à atualização das remunerações considerados no referido cálculo, deverá ser aplicada, mês a mês, a variação integral do índice fixado para a atualização dos salários-de-contribuição considerados no cálculo dos benefícios do RGPS (§1º, do citado artigo). Importa observar que a tabela de atualização é divulgada, mensalmente, por intermédio de Portaria do Ministério da Previdência Social.

Em caso de não ter havido contribuição, em algum período após julho/94, a correspondente remuneração deverá ser considerada, mesmo quando houve isenção previdenciária ou afastamento do cargo, desde que tratado como de efetivo exercício. (art. 1º, §2º, da Lei 10.887/04).

Nos termos do §3º, do artigo 1º, da Lei nº 10.887/04, os valores das remunerações deverão ser comprovados por intermédio da apresentação de documento fornecido pelos órgãos e entidades gestoras dos regimes de previdência.

Acrescenta-se que existe um limite mínimo e máximo, tanto para cada remuneração componente da base de cálculo, quanto para o valor total obtido. Assim, após realizadas as devidas atualizações monetárias, cada remuneração não poderá ser inferior ao salário-mínimo, nem superior ao teto do RGPS, em relação aos períodos em que o servidor esteve vinculado a esse regime. Por outro lado, após obtido o valor total dos proventos, esse também não poderá ser inferior ao salário-mínimo, nem tampouco superior à remuneração no cargo efetivo em que se

deu a aposentadoria (art. 7º, IV e 40, §2º, da Constituição Federal, arts. 1º, §§4º e 5º, da Lei nº 10.887/04).

De resto, a Orientação Normativa nº 01/07 estabelece algumas instruções em seu art. 56, cabendo ressaltar o §1º, que esclarece que as remunerações consideradas na base de cálculo independem do montante da alíquota que incidiu sobre a mesma, ou da destinação da correspondente contribuição. Destaca-se, ainda, o §7º, que dispõe que deverá ser desprezada a parte decimal, na determinação do número de competências correspondentes a 80% (oitenta por cento) do período contributivo. Já o §8º determina sejam desprezadas as lacunas contributivas, por ausência de vinculação a regime de previdência, após julho/94.

Importa salientar que os proventos obtidos mediante a nova forma de cálculo podem, ainda, ser concedidos de forma integral ou proporcional ao tempo de contribuição. Assim, a título de exemplo, quando se tratar de aposentadoria por invalidez decorrente de doença grave, na forma da lei (art. 40, §1º, I, segunda parte, da Constituição Federal), os proventos obtidos pela média das últimas remunerações não sofrerão nenhuma redução. Por outro lado, tratando-se de aposentadoria por invalidez decorrente de doença não prevista em lei, após a obtenção do valor dos proventos, pela média, deverá ainda haver a incidência da proporcionalidade em relação ao tempo de contribuição.

Nesse sentido, o art. 57, da ON 01/07 traz instruções para o cálculo da proporcionalidade, devendo constar no numerador da fração o tempo de contribuição, e no denominador o tempo necessário para a aposentadoria voluntária com proventos integrais prevista no art. 40, III, "a", da CRFB. Obtido tal índice, basta multiplicar pelo valor da média das últimas remunerações.

4.3 Do reajustamento dos benefícios

O art. 40, §8º, da Constituição Federal, assegura o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme

critérios estabelecidos em lei. Dessa forma, alterou-se a antiga redação do referido dispositivo, que previa a paridade integral entre os proventos de aposentadoria e pensão e a correspondente remuneração dos servidores ativos.

Importa observar que a referida paridade integral ainda existe em relação às aposentadorias e pensões em fruição na data em que entrou em vigor a Emenda Constitucional nº 41/03, e bem assim em relação aos proventos de aposentadoria e de pensão abrangidos pelo art. 3º da referida emenda (direito adquirido), nos termos do art. 7º, da citada Emenda. Posteriormente, o art. 2º da Emenda Constitucional nº 47/05, estendeu o direito à paridade aos servidores atingidos pelo art. 6º da referida Emenda.

Quanto à data do reajustamento das aposentadorias e pensões não alcançadas pela regra da paridade integral ou parcial, o art. 15, da Lei nº 10.887/04 fixa a mesma data em que se der o reajuste dos benefícios do RGPS. No que se refere ao índice a ser utilizado, o art. 73, da ON 01/07, dispõe que deverá haver a escolha do índice a ser aplicado por intermédio de lei específica de cada ente da Federação, sendo que, em caso de omissão destes, deverão ser considerados os mesmos índices aplicados aos benefícios do RGPS.

4.4 Das diversas modalidades de aposentadoria

Neste tópico serão examinadas as espécies de aposentadoria e respectivos requisitos para aquisição do direito, bem assim o modo de cálculo dos proventos. Dessa forma, tem-se as modalidades previstas nas novas regras de aposentadoria do art. 40, da Constituição Federal (invalidez - §1º, I; compulsória aos 70 anos de idade - §1º, II; voluntária por idade e tempo de contribuição - §1º, III, "a"; voluntária por idade - §1º, III, "b"), as regras de transição dos artigos 2º e 6º, da Emenda Constitucional nº 41/03, e as regras concernentes ao direito adquirido, que asseguram a ultra-atividade das normas anteriores à EC 20/98 e à EC 41/03,

constantes do art. 3º das referidas Emendas. Tem-se, ainda, a nova regra de transição criada pelo art. 3º da Emenda Constitucional nº 47/05.

4.4.1 Das regras permanentes do art. 40 da Constituição Federal

As regras de aposentadoria previstas no artigo 40 da CRFB aplicam-se a todos os servidores, salvo se beneficiados pelas regras de transição dos arts. 2º e 6º da EC 41/03, do art. 3º da EC 47/05, ou enquadrados no art. 3º da Emenda 41/03. Observa-se, ainda, no que se refere às referidas exceções, que sempre poderá haver a opção pelas regras mais novas.

4.4.1.1 Da aposentadoria por invalidez permanente (art. 40, §1º, I, da Constituição Federal)

As aposentadorias por invalidez devem sempre observar a regra do art. 40, independentemente da data de ingresso no serviço público, pois não existem regras de transição para esta modalidade. Assim, para averiguar qual a norma aplicável, é indiferente a data de ingresso do servidor, pois o que interessa é a data da publicação da aposentadoria. Dessa forma, publicada a partir de 20/02/2004, data em que entrou em vigor a MP167/04, que estabeleceu a nova forma de cálculo das aposentadorias, deve ser observada a nova regra de cálculo. Antes desse marco, o cálculo é regido pelas regras antigas.

Importa observar que continua em vigor o art. 186, §1º, da Lei nº 8.112/90, que estabelece o rol de doenças consideradas graves, contagiosas ou incuráveis, tendo em vista que foi recepcionado pela nova redação da Constituição Federal, sendo perfeitamente compatível com o sistema.

Também continua em vigor o art. 190 da Lei nº 8.112/90, que confere ao aposentado o direito à integralização dos proventos em caso de ser acometido por

doença qualificada em lei. A única adaptação a ser feita, é que, quando da integralização, deverá ser observada a base de cálculo inicial dos proventos, ou seja, se os mesmos foram obtidos pela média das últimas remunerações, os proventos integrais serão assim computados. Se, por outro lado, os proventos foram idênticos à última remuneração do servidor, a integralização deverá observar este valor.

É importante ressaltar ainda que, se o servidor estava aposentado com proventos proporcionais, pelas regras anteriores à EC 41/03, possui direito adquirido à integralização na forma do art. 190, sobre o valor da última remuneração, não se aplicando a nova forma de cálculo pela média, ainda que a doença tenha surgido após o advento da novel Emenda. Incide, no caso, a regra do direito adquirido constante do art. 3º, da citada Emenda, eis que o servidor, ao se aposentar, tinha o direito de, em caso de acometimento de doença qualificada em lei, ter seus proventos integralizados sob a antiga forma de cálculo. Verifica-se, assim, que o fato da aquisição da doença é uma condição suspensiva, sendo que, na data em que o servidor se aposentou, adquiriu um direito condicional, também protegido pelo conceito de direito adquirido, conforme consta expressamente no art. 6º, §2º, da Lei de Introdução ao Código Civil (condição preestabelecida inalterável). Ressalta-se que o direito somente é incorporado ao patrimônio jurídico do titular com o implemento da condição, mas o direito condicional constitui-se na data do ato jurídico, como se desde o início não fosse condicional (retroatividade da condição), sendo, portanto, regulado pelas normas vigentes à época da prática do ato. Frustrada a condição, não se adquire o direito, não havendo, obviamente, que se falar em retroatividade, ou seja, é como se nunca houvesse sido praticado o ato.

Acrescenta-se que o §2º do art. 51 da ON 01/07 estabelece que a aposentadoria por invalidez será devida a partir da incapacidade total e definitiva para o exercício do cargo, conforme data definida em laudo médico-pericial, inclusive afirmando que o laudo poderá indicar a data em que o servidor foi acometido pela doença, para fins de aplicação de norma anterior.

É interessante aduzir ainda que o §1º do art. 51 da referida ON permite que os entes da federação estabeleçam um limite mínimo de proventos, em caso de aposentadoria proporcional, razão pela qual permanece em vigor o art. 191 da Lei nº 8.112/90, que estabelece o patamar mínimo de 1/3. Não obstante, tal dispositivo deve ser interpretado no sentido de que o fração de 1/3 deve ser aplicada sobre o valor encontrado depois de obtida a média das últimas remuneração, e não sobre o valor da remuneração atual do servidor.

Destarte, são as seguintes regras para a concessão de aposentadoria por invalidez permanente:

- as novas regras são aplicáveis a todos os servidores, independentemente da data de ingresso no serviço público;
- o marco para a aplicação das novas regras é 20/02/2004, ou seja, as aposentadorias publicadas a contar dessa data sofrem a incidência das novas regras;
- a vigência das referidas aposentadorias é a data da publicação (art. 188 da Lei nº 8.112/90) e não a data do laudo;
- o cálculo dos proventos deve observar a média das últimas remunerações;
- continua em vigor o art. 190, da Lei nº 8.112/90, devendo a integralização dos proventos observar a mesma base de cálculo de sua obtenção.
- tratando-se de aposentadoria decorrente de doença constante do rol do art. 186, §1º, da Lei nº 8.112/90, ou de acidente em serviço ou moléstia profissional, os proventos serão integrais, observada a forma de cálculo pela média das últimas remunerações;
- tratando-se de aposentadoria por invalidez decorrente de outras causas, os proventos serão proporcionais ao tempo de contribuição, após encontrado o valor da aposentadoria pela média das últimas remunerações, respeitado o limite mínimo de 1/3, constante do artigo 191 da Lei nº 8.112/90, que permanece em vigor;
- para o cálculo da proporcionalidade, deve constar no numerador o tempo de contribuição, e no denominador, o nº 30 – se mulher, ou 35 – se homem.
- reajuste na mesma data dos benefícios do RGPS, e pelo índice a ser determinado em lei própria de cada ente da federação, sendo que, em caso de omissão, deverá ser considerado o mesmo índice de reajuste dos benefícios do RGPS

4.4.1.2 Da aposentadoria compulsória aos 70 anos de idade (art. 40, §1º, II, da Constituição Federal)

As regras do art. 40, §1º, II, da CRFB, também são aplicáveis a todos os servidores, independentemente da data de ingresso no serviço público. Assim, em

caso de completção da idade de 70 anos, a partir do dia 20 de fevereiro de 2004, os proventos serão calculados pela média das últimas remunerações, e deverão sofrer a proporcionalidade em relação ao tempo de contribuição.

Assim, as regras para aposentadoria compulsória são as seguintes:

- as novas regras são aplicáveis a todos os servidores, independentemente da data de ingresso no serviço público;
- requisito: idade de 70 anos a partir de 20/02/04. Antes dessa data, vigoram as regras antigas;
- a vigência das referidas aposentadorias é a data do implemento da idade;
- o cálculo dos proventos deve observar a média das últimas remunerações
- após a obtenção da média, deve incidir a proporcionalidade em relação ao tempo de contribuição, observado o limite mínimo de 1/3 (art. 191, Lei 8.112/90, que continua em vigor);
- para o cálculo da proporcionalidade, deve constar no numerador o tempo de contribuição, e no denominador, o nº 30 – se mulher, ou 35 – se homem.
- reajustamento na mesma data dos benefícios do RGPS, e pelo índice a ser determinado por cada ente da federação, sendo que, em caso de omissão, deverá ser considerado o mesmo índice do RGPS.

4.4.1.3 Da aposentadoria voluntária por idade e por tempo de contribuição (art. 40, §1º, III, "a", da Constituição Federal)

.As regras do art. 40, §1º, III, "a", da CRFB, são aplicáveis aos servidores que ingressaram no serviço público a contar de 31/12/2003, salvo a possibilidade de opção pelas novas regras pelos demais servidores. Os proventos serão sempre integrais, mas calculados de acordo com a média das últimas remunerações. Não existe a modalidade proporcional ao tempo de contribuição.

Eis as regras para aposentadoria por idade e tempo de contribuição:

- são aplicáveis, compulsoriamente, aos servidores que ingressaram no serviço público a contar de 31/12/2003, e facultativamente aos demais servidores;
- requisitos cumulativos:
- 10 anos de efetivo exercício no serviço público (3.650 dias)
- 5 anos de efetivo exercício no cargo efetivo em que se der a aposentadoria (1.825 dias)
- Homem: 60 anos-idade/ 35-contribuição (12.775 dias) – mulher: 55 anos-idade/ 30-contribuição (10.950 dias)

- o cálculo dos proventos deve observar a média das últimas remunerações;
- data do reajustamento: mesma data do RGPS. Índice: Lei de cada ente da federação. Em caso de omissão: mesmo índice do RGPS.
- o servidor que preencher todos os requisitos e permanecer em serviço, fará jus ao abono de permanência do art. 40, §19, da CRFB.

4.4.1.4 Da aposentadoria voluntária por idade (art. 40, §1º, III, "b", da Constituição Federal)

Essa modalidade difere da anterior pela ausência do requisito de tempo de contribuição, pelo aumento da idade necessária e pela proporcionalidade dos proventos ao tempo de contribuição.

São os seguintes critérios para essa modalidade:

- são aplicáveis a todos os servidores, independentemente da data de ingresso no serviço público, salvo opção por regras mais favoráveis;
- requisitos cumulativos:
- 10 anos de efetivo exercício no serviço público (3.650 dias)
- 5 anos de efetivo exercício no cargo efetivo em que se der a aposentadoria (1.825 dias)
- Homem: 65 anos-idade – mulher: 60 anos-idade
- o cálculo dos proventos deve observar a média das últimas remunerações;
- após obtida a média, deve incidir a proporcionalidade ao tempo de contribuição;
- para o cálculo da proporcionalidade, deve constar no numerador o tempo de contribuição, e no denominador, o nº 30 – se mulher, ou 35 – se homem.
- data do reajustamento: mesma data do RGPS. Índice: Lei de cada ente da federação. Em caso de omissão: mesmo índice do RGPS.

4.4.2 Das regras de transição

Atualmente, estão em vigor três regras de transição, quais sejam, as dos arts. 2º e 6º, da EC 41/03, e a do art. 3º da EC 47/05. Tais regras têm como objetivo mitigar os efeitos do novo ordenamento jurídico em relação aos servidores que já se encontravam no serviço público, principalmente os que estavam próximos da data de

completação dos requisitos anteriores. É importante observar que sempre poderá haver a opção pelas regras mais novas.

4.4.2.1 Da regra de transição do art. 2º, da Emenda Constitucional nº 41/03.

A regra de transição do art. 2º é aplicada aos servidores que ingressaram no serviço público até a data de publicação da EC 20/98, ou seja, 16/12/98, salvo a opção pelas regras do art. 40, da CRFB, ou do art. 6º, da EC 41/03, ou do art. 3º da EC 47/05, ou ainda se atingidos pelo art. 3º da EC 41/03. Na verdade, a EC 41/03 alterou a anterior regra de transição da EC 20/98, revogando o seu art. 8º e dispondo novamente sobre a matéria no referido art. 2º.

A vantagem dessa regra de transição é unicamente a possibilidade de aposentadoria com idade inferior a que é agora exigida pelas novas regras, desde que haja tempo de contribuição suficiente. Assim, exige-se a idade de 53 anos, se homem, e 48, se mulher, quando as novas regras exigem 60, se homem, e 55, se mulher. Existem, no entanto, desvantagens, referentes ao cálculo dos proventos pela média das últimas remunerações e a incidência de um redutor para cada ano antecipado em relação aos novos limites mencionados.

Eis as regras do art. 2º:

- são aplicáveis aos servidores que ingressaram no serviço público até 16/12/1998; salvo opção pelas regras do art. 40, da CRFB, ou art. 6º, da EC 41/03, ou art. 3º da EC 47/05, ou ainda se atingidos pela regra do direito adquirido (art. 3º da EC 41/03)
- requisitos cumulativos:
 - a) homem: 53 anos de idade / mulher: 48
 - b) 5 anos de efetivo exercício no cargo efetivo em que se der a aposentadoria (1.825 dias)
 - c) tempo de contribuição igual, no mínimo, a soma de
 - c.1) homem: 35 anos (12.775 d) / mulher: 30 (10.950 d)
 - c.2) pedágio de 20% do tempo que faltava, em 16/12/98, para atingir o limite de tempo da alínea anterior.
- Deve ser aplicado o redutor, na forma do Anexo V, da ON 03/04, para cada ano de idade antecipado em relação ao estabelecido no art. 40, § 1º,

III, "a" da CRFB, na seguinte proporção:

- ◆ 3,5%a.a. – completção dos requisitos do art. 2º até 31/12/05
- ◆ 5% a.a. – completção dos requisitos a partir de 01/01/06
- o cálculo dos proventos deve observar a média das últimas remunerações;
- o redutor deve ser aplicado após a obtenção da média, e após a observância dos limites mínimos e máximos dos proventos (respectivamente, valor do salário mínimo e valor da última remuneração)
- Magistrado, membro de Ministério Público e Tribunal de Contas: acréscimo de 17% do tempo exercido até 16/12/98, para fins de cumprimento do requisito de tempo de contribuição mínimo (art. 2º, §3º, da EC nº 41/03)
- data do reajustamento: mesma data do RGPS. Índice: Lei de cada ente da federação. Em caso de omissão: mesmo índice do RGPS.
- o servidor que preencher todos os requisitos e permanecer em serviço, fará jus ao abono de permanência do art. 2º, § 5º, da EC 41/03.

4.4.2.2 Da regra de transição do art. 6º, da Emenda Constitucional nº 41/03.

A regra de transição do art. 6º é aplicada aos servidores que ingressaram no serviço público até a data de publicação da EC 41/03, ou seja, 31/12/03, salvo a possibilidade de opção pelas regras do art. 40, da CRFB e art. 2º, da EC 41/03, ou art. 3º da EC 47/05, se alcançados pelo art. 3º da EC 41/03. No que se refere aos servidores que ingressaram durante o período que medeia entre as vigências da EC 20/98 e a EC 41/03, somente podem optar pela regra do art. 40 da CRFB, do art. 6º, da EC 41/03, do art. 3º da EC 47/05, ou ainda serem alcançados pelo art. 3º da EC 41/03.

As desvantagens da referida regra consistem na exigência de requisitos bem mais difíceis de serem alcançados, a exemplo dos 20 anos de serviço público e de 10 anos na carreira, além da exigência de preenchimento de todos os requisitos para a aposentadoria por idade e tempo de contribuição segundo as novas regras do art. 40. A grande vantagem de tal regra consiste na forma de cálculo dos proventos, que será considerada com base na remuneração do cargo em que se deu a aposentadoria, bem assim pela concessão da paridade integral, ou seja, revisão dos proventos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a

remuneração dos servidores em atividade, por força do art. 2º da Emenda Constitucional nº 47/05.

Seguem as regras do art. 6º:

- são aplicáveis aos servidores que ingressaram no serviço público até 31/12/2003, salvo as seguintes opções:
 - ♦ ingresso até 16/12/98 – opção: arts. 2º, 3º, 6º da EC 41/03, art. 3º da EC 47/05, ou 40 da CRFB;
 - ♦ ingresso entre 17/12/98 a 31/12/03 – opção: arts. 3º, 6º, da EC 41/03, art. 3º da EC 47/05, ou art. 40, da CRFB
- requisitos cumulativos:
 - ♦ idade: homem - 60 / mulher - 55
 - ♦ contribuição: homem: 35 a (12.775 d) / mulher: 30 a (10.950 d)
 - ♦ 20 anos de efetivo exercício no serviço público (7.300 d)
 - ♦ 10 anos de carreira – (3.650 d)
 - ♦ 5 anos de efetivo exercício no cargo efetivo em que se der a aposentadoria (1.825 dias)
- o tempo de carreira deve ser cumprido no mesmo ente federativo e no mesmo poder (art. 66, ON 01/07), não havendo plano de carreira, considera-se o tempo no último cargo efetivo (art. 65, ON 01/07)
- proventos calculados com base na remuneração do cargo em que se deu a aposentadoria (integral);
- Reajustamento: Paridade integral (art. 2º da EC 47/05)
- o servidor que preencher todos os requisitos e permanecer em serviço, fará jus ao abono de permanência do art. 2º, § 5º, da EC 41/03, tendo em vista que os requisitos exigidos para aposentadoria com base no art. 6º são mais amplos e englobam os requisitos para aposentadoria com base no art. 2º, da EC 41/03.

4.4.2.3 Da regra de transição do art. 3º, da Emenda Constitucional nº 47/05.

Nos termos do art. 3º da EC 47/05, foi criada uma terceira regra de transição, também com efeitos retroativos à data da vigência da EC 41/03, beneficiando aqueles que possuem mais de 30 anos de serviço (mulheres) ou 35 anos de serviço (homens), e ainda não tenham atingido a idade mínima de 55 anos (mulheres) ou 60 anos (homens), conferindo-se o direito à paridade integral, por força do art. 3º, parágrafo único, da EC 47/05.

Seguem as novas regras do art. 3º da EC 47/05:

- são aplicáveis aos servidores que ingressaram no serviço público até 16/12/98, salvo opção pelas novas regras do art. 40 da CF/88, ou pelas

regras de transição do art. 2º ou 6º da EC 41/03.

- requisitos cumulativos:
 - ◆ idade mínima resultante da redução de um ano de idade (60-homem/55-mulher) para cada ano de contribuição que exceder os limites constantes do próximo item (35-h / 30-m);
 - ◆ contribuição: homem: 35 a (12.775 d) / mulher: 30 a (10.950 d)
 - ◆ 25 anos de efetivo exercício no serviço público (9.125 d)
 - ◆ 15 anos de carreira – (5.475 d)
 - ◆ 5 anos de efetivo exercício no cargo efetivo em que se der a aposentadoria (1.825 dias)
- o tempo de carreira deve ser cumprido no mesmo ente federativo e no mesmo poder (art. 66, ON 01/07), não havendo plano de carreira, considera-se o tempo no último cargo efetivo (art. 65, ON 01/07)
- proventos calculados com base na remuneração do cargo em que se deu a aposentadoria (integral);
- Reajustamento: Paridade integral
- o servidor que preencher todos os requisitos e permanecer em serviço, fará jus ao abono de permanência do art. 2º, § 5º, da EC 41/03, tendo em vista que os requisitos exigidos para aposentadoria com base no art. 3º da EC 47/05 são mais amplos e englobam os requisitos para aposentadoria com base no art. 2º, da EC 41/03

4.4.2 Das aposentadorias segundo as regras anteriores - direito adquirido (art. 3º da EC 41/03)

A reforma da previdência, como não poderia deixar de ser, resguardou os direitos adquiridos daqueles aposentados e pensionistas que já estavam usufruindo os benefícios, e bem assim em relação aos que preencheram todos os requisitos para obtenção dos mesmos, mas ainda não usufruíram.

Dessa forma, o art. 3º da EC 41/03 assegura a concessão, a qualquer tempo, das aposentadorias e pensões, cujos requisitos foram preenchidos até 31/12/2003, com base na legislação então vigente. As principais vantagens mantidas são a paridade integral (antiga redação do art. 40, § 8º, da CRFB, c/c art. 7º, da EC 41/03) e a base de cálculo correspondente à remuneração em que se deu a aposentadoria (art. 3º, da EC 41/03).

No que se refere às aposentadorias, terão ultra-atividade, por exemplo, as regras da antiga redação do art. 40, que previa somente o requisito de tempo de contribuição, proporcional ou integral. Outro exemplo é a aposentadoria com base

na regra de transição do art. 8º, da EC 20/98, atualmente revogado. Assim, vigora a regra do *tempus regit actum*. Importa ressaltar que esse assunto está sendo discutido nos autos do Processo-TCDF nº 1129/03, ainda pendente de decisão pelo Plenário desta Casa.

Eis algumas regras alcançadas pelo art. 3º:

- requisitos preenchidos antes de 16/12/98:
 - ◆ voluntária por tempo de serviço:
 - a) integral: homem – 35 anos serviço / mulher – 30
 - b) proporcional: homem – 30 / mulher – 25
 - ◆ voluntária por idade:
 - a) proporcional: homem: 65 / mulher: 60
- requisitos preenchidos entre 17/12/98 e 31/12/03:
 - ◆ requisitos do art. 40, §1º, I, II, III, que não foram alterados pela EC 41/03;
 - ◆ requisitos da regra de transição do art. 8º, da EC 20/98:
 - a) ter ingressado no serviço público até 16/12/98
 - b) idade: homem: 53 / mulher: 48
 - c) 5 anos de efetivo exercício no cargo
 - d) cálculo dos proventos (requisitos adicionais):
 - d.1) integrais
 - d.1.1) tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:
 - d.1.1.1) homem: 35 anos /mulher: 30 anos
 - d.1.1.2) pedágio de 20% do tempo que, em 16/12/98, faltava para atingir o limite da alínea anterior
 - d.2) proporcionais – forma de cálculo prevista no art. 8º, §1º, II, da EC 20/98
 - d.2.1) tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:
 - d.2.1.1) homem: 30 anos /mulher: 25 anos
 - d.2.1.2) pedágio de 40% do tempo que, em 16/12/98, faltava para atingir o limite da alínea anterior
 - proventos calculados com base na remuneração do cargo em que se deu a aposentadoria (integral);
 - Reajustamento: Paridade integral (antiga redação do art. 40, §8º, da CRFB c/c art. 7º da EC 41/03)
 - o servidor que preencher todos os requisitos e permanecer em serviço, fará jus ao abono de permanência do art. 3º, § 1º, da EC 41/03.

4.5 Das pensões por morte

A forma de cálculo das pensões sofreu considerável alteração, por força do art. 40, §7º, da Constituição Federal. Assim, o valor da pensão será calculado com

base na totalidade dos proventos (se aposentado), ou da remuneração do último cargo (se em atividade), até o limite estabelecido para o RGPS, constante no art. 201, da CRFB (atualizado periodicamente por Decreto Federal), com o acréscimo de 70% da parcela excedente a este limite.

O parágrafo único do art. 3º da EC 41/03 alterou a forma de reajustamento das pensões derivadas dos proventos de servidores falecidos que tenham se aposentado em conformidade com a nova regra de transição criada pelo art. 3º da referida Emenda, concedendo a paridade integral nestes casos. Os efeitos da nova forma de concessão da pensão serão retroativos à data da vigência da EC 41/03, ou seja, 31/12/03, por força do art. 6º da EC 47/05.

A forma de cálculo do valor das pensões está inserida em norma constitucional de eficácia limitada, pois condicionada à regulamentação por lei. Para tanto, foram editadas a MP 167/04 e a Lei nº 10.887/04, que deram aplicabilidade plena ao dispositivo constitucional. Assim, os falecimentos ocorridos após 20/02/2004 geram pensões sob a nova forma de cálculo. Antes dessa data, as pensões são integrais.

Quanto aos critérios de habilitação e reversão das pensões, continua em vigor a Lei nº 8.112/90, ficando derogado apenas parte do *caput* do art 215, quando menciona a integralidade da remuneração ou provento, e o art. 224, que menciona a regra da paridade.

Quanto ao reajustamento, vigora a mesma regra das aposentadorias pelas novas regras, ou seja, é assegurado o reajuste na mesma data dos benefícios do RGPS e, quanto ao índice, é aplicado aquele fixado por cada ente da federação em lei específica, sendo que, em caso de omissão, aplica-se o mesmo índice do RGPS. Assim, não existem regras de transição para as pensões, exceto em relação às pensões decorrentes de aposentadorias concedidas com base no art. 3º da EC 47/05, em que continua em vigor a paridade integral. Quanto às demais pensões, não existe integralidade nem paridade, eis que alterada a antiga redação do art. 40, §8º, da CRFB.

Importa observar que o teto do RGPS, para fins de cálculo do valor da pensão, deve ser considerado no valor vigente à época do falecimento. Assim, posteriores aumentos desse limite não deverão causar reflexos no valor da pensão, que deve ser reajustada tão-somente pelo índice a ser fixado em lei local.

Resumindo:

- valor calculado com base nos proventos (se aposentado) ou na remuneração do último cargo (se na ativa), até o limite do teto do RGPS (fixado periodicamente por Decreto Federal), acrescido de 70% do valor excedente a este limite;
- marco das novas regras: falecimentos a contar de 20.02.04
- critérios de habilitação e reversão continuam previstos na Lei nº 8.112/90;
- critérios de reajustamento:
 - pensões decorrentes de aposentadorias concedidas com base no art. 3º da EC 47/05: paridade integral
 - demais pensões: reajustamento por índice fixado por cada ente da federação, sendo que em caso de omissão é aplicável o mesmo índice do RGPS. Data do reajustamento: mesma do RGPS
- Posteriores aumentos do teto do RGPS não têm influência sobre o valor da pensão.

CONCLUSÃO

A reforma do sistema previdenciário não é uma tarefa simples, pois encontra resistência de vários setores da sociedade, devendo haver uma ampla discussão para a implementação de profundas modificações no regime previdenciário dos servidores públicos.

O atual regime dos servidores tem causado uma solidariedade invertida, na medida em que os mais pobres financiam os mais ricos, pois o Estado tem que aportar grandes quantias para a cobertura do *déficit*, utilizando-se da carga tributária incidente sobre toda a sociedade.

O modelo ideal para a solvabilidade do sistema é aquele que consiste na adoção de um sistema multipilar, utilizando-se a repartição simples para os benefícios até o limite do regime geral da previdência social, e o de capitalização por meio da previdência complementar dos servidores, que ainda não foi efetivamente implementada. Tal modelo multipilar une as vantagens dos dois modelos, na medida em que o Estado assume o risco da solvabilidade em relação ao regime próprio, e os servidores assumem o risco da administração do fundo de capitalização, em relação à previdência complementar, liberando o Estado do aporte de enormes recursos para cobertura do déficit previdenciário, podendo utilizar para outros fins benéficos para a sociedade.

O atual regime previdenciário dos servidores públicos não se destina apenas à manutenção do mínimo existencial, mas também à garantia do padrão de vida. Dessa forma, tais direitos não estão protegidos pelo poder reformador, considerando que somente os direitos mais básicos, ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana, seriam dotados de fundamentabilidade e estariam protegidos pelas cláusulas pétreas.

Da mesma forma, não existe direito adquirido a regime jurídico, na medida em que, enquanto não implementados os requisitos para a aquisição dos direitos previdenciários, existe apenas uma mera expectativa de direito, razão pela qual é constitucional a alteração desses direitos.

Não obstante, o poder reformador deve observar o princípio da proporcionalidade, para que as alterações sejam adequadas ao objetivo perseguido, sejam necessárias para a solvabilidade do sistema, e sejam proporcionais em sentido estrito, com os benefícios justificando as restrições.

Da mesma forma, devem ser estabelecidas regras de transição, para que se observe o princípio da proteção da confiança, que exige a estabilidade das normas editadas pelo poder público, não podendo o Estado ficar constantemente alterando as normas, em evidente prejuízo aos direitos em formação, que devem ser preservados por regras suaves de transição.

REFERÊNCIAS

BALERA, Wagner. *A Reforma da Previdência Social*. Revista Jurídica Consulex, ano XI, nº 246, 15/04/2007

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Constitucionalidade e Legitimidade da Reforma da Previdência .In: *A Reforma da Previdência Social*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 49/107

BIAGI, Jarbas Antônio de. *O Futuro da Previdência Complementar*. Entrevista publicada na revista jurídica Consulex, ano XI, n. 245, 31/03/2007

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. Cidade: Malheiros, 2003.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais: In *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*.. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p 103/194

BRASIL, Ministério da Previdência e Assistência Social. *Livro Branco da Previdência Social, 2007*, Disponível em: <http://www.mpas.gov.br>. Acesso em: 10/07/2008

GODOI, Marciano Seabra. *O déficit da Previdência Social sob a ótica da Constituição Federal*. Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT, Belo Horizonte, ano 5, n. 26, mar./abr. 2007

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Ímpetus. 2006.

NÓBREGA, Marcos Antônio Rios. *Previdência dos Servidores Públicos*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MARTINS, Bruno Sá Freire. *Direito Constitucional Previdenciário do Servidor Público*. 1. ed. São Paulo : Ltr, 2006.

MODESTO, Paulo. *Reforma da Previdência e regime jurídico da aposentadoria dos titulares de cargo público*. Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, ano 4, n. 13, abr./jun. 2006.

RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. *Regime próprio de previdência do servidor público – os princípios da segurança jurídica e proteção da confiança e os direitos em formação*. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, jan./mar. 2007

ROCHA, Daniel Machado da. *O Direito Fundamental à Previdência Social*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

REGIS, Lucia Guidolin. *Panorama da Previdência Social Brasileira – contexto atual* In: *Direito Previdenciário – temas atuais*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 231/277.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

SARMENTO, Daniel. *Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e a reforma da previdência*. In *A reforma da previdência social*. 1. ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2004, p. 1/48.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Previdência e Assistência Social – Legitimação e Fundamentação Constitucional Brasileira*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. *Direito Previdenciário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006.

_____. *Comentários à Reforma da Previdência*. 1. ed. Rio de Janeiro : Ímpetus, 2004