

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Faculdade Mineira de Direito

**O SISTEMA PÚBLICO BRASILEIRO DE PREVIDÊNCIA
SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988
SEGUNDO SEUS DOIS MODELOS: RGPS E RPPS**

FLÁVIA MARIA GONTIJO DA ROCHA

Belo Horizonte
2006

FLÁVIA MARIA GONTIJO DA ROCHA

**O SISTEMA PÚBLICO BRASILEIRO DE PREVIDÊNCIA
SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988
SEGUNDO SEUS DOIS MODELOS: RGPS E RPPS**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-graduação da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Público

Área de concentração: Direito Público

Orientador: Prof. Dr. Edimur Ferreira de Faria

Belo Horizonte

2006

FICHA CATALOGRÁFICA

R672s Rocha, Flávia Maria Gontijo da
O sistema público brasileiro de previdência social na Constituição da República de 1988 segundo seus dois modelos: RGPS e RPPS / Flávia Maria Gontijo da Rocha. Belo Horizonte, 2006. 144f.

Orientador: Edimur Ferreira de Faria
Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.
Bibliografia

1. Previdência Social. 2. Direitos fundamentais. 3. Reforma previdenciária. 4. Direitos adquiridos. I. Faria, Edmur Ferreira de. III. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. IV. Título.

CDU: 331.836

FLÁVIA MARIA GONTIJO DA ROCHA

***O SISTEMA PÚBLICO BRASILEIRO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL NA
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 SEGUNDO SEUS DOIS
MODELOS: RGPS E RPPS***

**Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação da Faculdade Mineira de
Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Belo Horizonte, 2006**

Edimur Ferreira de Faria (Orientador) – PUC Minas

Mário Lúcio Quintão Soares – PUC Minas

Milton Vasques Thibau de Almeida - UFMG

Aos meus pais, Antônio e Dalva, pelo exemplo de vida.

Ao meu filho Vítor, que representa tudo para mim.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Prof. Edimur Ferreira de Faria, que, com maestria e tranqüilidade, soube orientar-me com respeito às minhas idéias.

À instituição PUC Minas, pelo trabalho desenvolvido no Programa de Pós-Graduação em Direito.

Aos professores e colegas que, de alguma forma, contribuíram para a realização desta dissertação.

RESUMO

Neste trabalho, propõe-se compreender o sistema público de previdência disciplinado na Constituição da República de 1988. Procurou-se, inicialmente, situar a previdência social como direito fundamental compreendido não somente segundo as dimensões objetiva e subjetiva, mas intersubjetivamente. Mereceu destaque a organização dos dois regimes previdenciários disciplinados na Constituição da República Brasileira: Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e Regime Próprio de Previdência Social (RPPS). O RGPS é destinado aos trabalhadores do setor privado e o RPPS aos servidores públicos detentores de cargo efetivo. A estruturação de ambos os regimes é caracterizada por meio de breve relato histórico. As emendas constitucionais n. 20/98, n. 41/03 e n. 47/05 resultaram na reforma da previdência social no Brasil, realizando aproximações entre as regras de ambos os regimes. A sustentabilidade financeira da previdência social é analisada segundo duas formas de financiamento, repartição simples e capitalização, com destaque para a reforma previdenciária empreendida pelo Chile no início da década de 1980. Propõe-se que o instituto do direito adquirido diante da reforma previdenciária, seja estudado sob a ótica da nova hermenêutica jurídica, ancorada na compreensão dialógica. Esta dissertação foi desenvolvida com base em pesquisa e análise bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: previdência social – direitos fundamentais – repartição simples – capitalização – reforma previdenciária – direito adquirido.

ABSTRACT

The proposition of this dissertation is to understand the Social Security System disciplined in the Federal Constitution of 1988. It was looked, initially, to point out the Social Security System not only through the objective and subjective dimensions, but intersubjectively constructed. The organization of the two Social Security schemes, disciplined in the Brazilian Federal Constitution, was emphasized: RGPS – General Regimen of Social Security and RPPS – Proper Regimen of Social Security. The RGPS is to the workers of the private sector and the RPPS is to the civil servers. The structures of both schemes were characterized in a brief historical report. Amendments n. 20/98, n. 41/03 and n. 47/05 had resulted in the reform of the Social Security System in Brazil, when approaches between the rules of both regimes were done. The financial sustentabilidade of the Social Security System is analyzed, according to two forms of financing, simple distribution and capitalization, with prominence for the Social Security System reform undertaken by Chile in the beginning of years 80. It is proposed that the acquired right in the scope of the Social Security System reform can be studied under the optics of the new legal hermeneutics, anchored in the understanding based on dialog. This dissertation was developed on the basis of research and bibliographical analysis.

KEY WORDS: Social Security System – human rights – simple distribution – capitalization – Social Security System reform – right acquired.

LISTA DE ABREVIATURAS

RGPS	Regime Geral de Previdência Social
RPPS	Regime Próprio de Previdência Social
CR/88	Constituição da República de 1988
EC n. 20/98	Emenda à Constituição Federal n. 20, publicada em 16/12/98
EC n. 41/03	Emenda à Constituição Federal n. 41, publicada em 31/12/03
EC n. 47/05	Emenda à Constituição Federal n. 47, publicada em 6/7/05
LC n. 64/02	Lei Complementar do Estado de Minas Gerais n. 64, publicada em 26/3/02
LICC	Lei de Introdução ao Código Civil

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 PREVIDÊNCIA SOCIAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	14
2.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	14
2.2 O DIREITO FUNDAMENTAL À PREVIDÊNCIA SOCIAL.....	21
2.3 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	31
3 REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL E REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL – COMO SE ESTRUTURAM E A QUEM SE DIRIGEM.....	33
3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	33
3.2 O REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL (RGPS).....	40
3.3 O REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL (RPPS).....	45
3.3.1 Municípios e Regime Próprio de Previdência.....	54
3.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	58
4 O SISTEMA PÚBLICO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL E SUA SUSTENTABILIDADE FINANCEIRA.....	60
4.1 O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE.....	60
4.2 FORMAS DE FINANCIAMENTO – REPARTIÇÃO SIMPLES E CAPITALIZAÇÃO.....	64
4.2.1 Considerações iniciais.....	64
4.2.2 Repartição simples.....	65
4.2.3 Capitalização.....	66
4.3 O EXEMPLO DO CHILE.....	68
4.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	72
5 AS REFORMAS PREVIDENCIÁRIAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.....	78

5.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	78
5.2 O SISTEMA PÚBLICO DE PREVIDÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 EM SUA REDAÇÃO ORIGINAL.....	79
5.3 REFORMAS INTRODUZIDAS PELA EC N. 20/98.....	82
5.4 REFORMAS INTRODUZIDAS PELA EC N. 41/03.....	94
5.5 ALTERAÇÕES REALIZADAS PELA EC N. 47/05.....	107
5.6 BREVE COMENTÁRIO SOBRE A PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR.....	110
5.7 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	114
6 DIREITO ADQUIRIDO E AS REFORMAS PREVIDENCIÁRIAS.....	117
6.1 O INSTITUTO DO DIREITO ADQUIRIDO.....	117
6.2 DIREITO ADQUIRIDO E EMENDAS CONSTITUCIONAIS.....	121
6.3 DIREITO ADQUIRIDO NA NOVA HERMENÊUTICA JURÍDICA.....	126
6.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	134
7 CONCLUSÃO.....	136
REFERÊNCIAS.....	140

1 INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito foi o modelo adotado pela República Federativa do Brasil e figura no *caput* do art. 1.º da Constituição Federal. Para efetivar a verdadeira democracia, libertando-a de seu aspecto apenas formal, necessária a existência de igualdade de oportunidades entre os cidadãos, inclusive para que lhes seja possível o acesso aos canais de participação e de formação da vontade política. Contudo, não há como pensar em igualdade de oportunidades sem a garantia, por meio da previdência social, dos meios de subsistência àqueles incapacitados para a atividade laboral.

O sistema público de previdência social no Brasil, disciplinado no texto constitucional, sofreu alterações substanciais em um pequeno espaço de tempo, promovidas pelas Emendas Constitucionais n. 20, de 15/12/98, n. 41, de 19/12/03, e n. 47, de 5/7/05.

Pode-se afirmar que compõem o Sistema Público de Previdência do Estado Brasileiro o Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e o Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos (RPPS), o qual, observadas regras gerais estabelecidas em lei específica, desdobra-se em vários, considerando que são vários os entes federativos.

Neste trabalho propõe-se caracterizar a previdência social enquanto direito fundamental, ao mesmo tempo em que se procura situar os dois regimes previdenciários – RGPS e RPPS – no contexto das alterações realizadas no texto constitucional, partindo da redação original da CR/88. Importante será, para melhor compreensão do abordado, destacar como se efetiva o financiamento da previdência

social, motivo pelo qual será analisada a sustentabilidade financeira da previdência pela contraposição dos sistemas de repartição simples e capitalização. Ao final, necessária a discussão relativa aos direitos adquiridos, considerando estar a matéria situada no contexto das alterações do texto constitucional.

No capítulo primeiro apresentou-se a construção da previdência social como direito fundamental, situado entre os direitos sociais consagrados na Constituição da República. São tecidas reflexões sobre as dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, acrescentando-se nova perspectiva, a intersubjetiva. A discussão sobre as dificuldades de efetivação dos direitos fundamentais fez-se necessária, focando-a no paradigma do Estado Democrático de Direito.

No segundo capítulo demonstrou-se como se estruturam e a quem se dirigem os regimes geral e próprio de previdência. Será traçado breve histórico com o fim de demonstrar o desenvolvimento e a consolidação dos dois regimes sob o aspecto legal. No tocante ao RPPS, a título de exemplo, são apresentadas considerações sobre o Regime Próprio dos Servidores Públicos do Estado de Minas Gerais; também são levantados, de forma sucinta, problemas com a implantação de regimes próprios em municípios.

O terceiro capítulo é destinado ao estudo da sustentabilidade financeira do sistema público de previdência, considerando que ele se ancora em bases solidárias, como estabelece a Constituição Federal, mas apresenta-se, hoje, deficitário, sendo questionado no que se refere à sua forma de financiamento. Nesse ponto, a análise das mudanças empreendidas pelo Chile será bastante ilustrativa, visto que esse país adotou em sua estrutura previdenciária o recurso da capitalização para financiamento do sistema, diferentemente do Brasil, cuja forma de financiamento adotada é a repartição simples.

No quarto capítulo abordou-se a reforma previdenciária na Constituição da República. Partindo-se da redação original da CR/88 será possível constatar a amplitude das modificações do texto constitucional realizadas pela EC n. 20/98. Verificaremos que a EC n. 41/03 atingiu, primordialmente, o regime próprio de previdência, sendo seguida pelos ajustes introduzidos pela EC n. 47/05. Muito embora o foco deste estudo esteja centrado na previdência social pública, abordou-se, de forma breve, o tema da previdência complementar, visto que se trata de novidade trazida no seio da reforma.

O capítulo quinto foi reservado para o instituto do direito adquirido e da forma como situá-lo no contexto das várias mudanças que o sistema público de previdência sofreu em decorrência das emendas constitucionais. A garantia do direito adquirido não deve ser analisada sob a luz de um modelo jurídico baseado na hermenêutica tradicional. Quando da alteração do texto constitucional, com frequência desponta a discussão sobre os direitos adquiridos, mas esse debate carece de estruturação em bases diferentes das até então consideradas, sob pena de pararmos a análise jurídica no ano em que nasceu nossa Constituição, 1988, situação na qual se desconsidera todo o dinamismo do Direito, atrelado que está às mudanças da sociedade. O que se aspira é demonstrar que um adequado estudo da garantia do direito adquirido deverá ser realizado observando-se as condições postas no caso concreto e analisadas por meio de um discurso jurídico aberto, integrado com a política e suas formas de participação.

Com esse esforço, pretende-se que a reflexão apresentada seja ponto de partida para uma possível mudança de foco na maneira de analisar o sistema público de previdência social; espera-se, assim, que o debate que permeia a

previdência social esteja em consonância com o ideal de consolidação de um Estado Democrático de Direito.

2 PREVIDÊNCIA SOCIAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais podem ser compreendidos de forma diversa segundo a perspectiva analisada: se de acordo com o paradigma de Estado Liberal, ou de Estado Social, de um Estado Democrático de Direito.

Segundo Sarmiento (2003), no Estado Liberal prevaleceu o pensamento de que bastava que os indivíduos fossem livres para perseguirem seus ideais de forma individual, segundo as leis do mercado, compreendidas como reguladoras dos conflitos que surgissem. Nesse sentido, os poderes públicos eram adversários dos direitos fundamentais, aos quais cabia, somente, a tarefa de proteger o homem do Estado, garantindo-lhes “um espaço inexpugnável de autonomia individual” (p. 251). É possível afirmar, portanto, que no Estado Liberal os direitos fundamentais tinham dimensão somente subjetiva, sendo entendidos como derivados da natureza do homem, e não criados pela sociedade. Aqui, cabe destacar que o indivíduo, na perspectiva liberal, é o centro a partir do qual se torna possível conhecer o mundo. Descartes pode ser apontado como o responsável pela criação do conceito moderno de indivíduo ao estabelecer que todas as afirmações que o homem pode formular são passíveis de erro, mas este mesmo homem não pode duvidar de sua própria existência (“Penso, logo existo”). O indivíduo, portanto, precede à sociedade. Nesse sentido é que para Locke, enquanto filósofo do liberalismo, os direitos fundamentais gozam de primazia em relação à sociedade e seu direito positivo. Significa que,

como bem explicitou Bobbio (1992, p. 60), em primeiro lugar está a liberdade dos cidadãos singularmente considerados, somente depois o poder do governo que os cidadãos constituem e controlam por meio de suas liberdades.

O Estado Liberal consolida, assim, somente os direitos fundamentais que chamamos de “clássicos”, os quais, enquanto direitos civis¹, valorizam principalmente as liberdades individuais (liberdade de religião, de expressão, de imprensa). No plano político, podem-se destacar o direito de votar e o de ser votado. O direito à igualdade, embora mencionado no ideário liberal, consagrou-se somente no aspecto formal.

Sucede ao Estado Liberal o Estado Social. Isso porque, sob o manto do Estado Liberal, assistiu-se ao crescimento da miséria urbana e da exploração da mão-de-obra do mais fraco pelo mais forte economicamente. Em busca da igualdade material, e como forma de manipular a crise social instaurada, portanto, o Estado Social faz a positivação de direitos fundamentais de caráter prestacional, os chamados “direitos sociais e econômicos”, ou “direitos de segunda geração”². Os direitos fundamentais deixam de ser mero limite ao exercício do poder político para significar um conjunto de valores que passam a servir de norte para a atuação do Estado, dirigindo ações positivas por parte dos poderes públicos. A partir daí, pode-

¹ Segundo Sampaio (2004, p. 260), “direitos civis são aqueles que, mediante garantias mínimas de integridade física e moral, bem assim de correção procedimental nas relações judicantes entre os indivíduos e o Estado, asseguram uma esfera de autonomia individual de modo a possibilitar o desenvolvimento da personalidade de cada um”.

² “Os direitos sociais, econômicos e culturais resultam da superação do individualismo possessivo e do darwinismo social, decorrente das transformações econômicas e sociais ocorridas no final do Século XIX e início do Século XX, especialmente pela crise das relações sociais decorrentes dos modos liberais de produção, acelerada pelas novas formas trazidas pela Revolução Industrial; e da conseqüente organização do movimento da classe trabalhadora sob a catálise das idéias marxistas que levou à Revolução Russa e sua proposta de uma sociedade comunista planetária. As repercussões do movimento nos países industrializados tornaram evidente a necessidade de se reequilibrar a liberdade com a igualdade, promovendo incorporação de conteúdos sociais no discurso dos direitos”. (SAMPAIO, 2004, p. 261-262)

se afirmar a existência não somente da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, mas de dupla dimensão: não há o abandono do caráter subjetivo desses direitos, cabíveis de serem exigidos judicialmente, mas agregou-se a esse aspecto sua dimensão objetiva, visto que o cumprimento dos direitos fundamentais é exigido dos poderes públicos. A dimensão objetiva significa, também, que cabe ao Estado assegurar as condições materiais mínimas para o exercício de garantias constitucionais, sem as quais não se concretizam os direitos fundamentais. Essa dupla dimensão é também apontada por Rocha (2004, p. 86):

Por isso, quando se enfocam as perspectivas subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, o que se pretende, inicialmente, é fazer ver que esses não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes, mas que estes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade como valores ou fins a que esta se propõe a seguir, possuindo uma função diretiva de ação.

Nesse sentido é que se pode afirmar que compreender os direitos fundamentais em sua dimensão objetiva significa reconhecer a “eficácia irradiante” dos mesmos, bem como situar o Estado como instituição necessária para a proteção dos titulares desses direitos contra ameaças de terceiros.

A eficácia irradiante, nos dizeres de Daniel Sarmento, “significa que os valores que dão lastro aos direitos fundamentais penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, a administração e o Judiciário”. (SARMENTO, 2003, p. 279)

Assim, sobre todo o direito positivo deve incidir essa eficácia, tornando os direitos fundamentais a pauta na qual se escreve o direito positivo, ao mesmo tempo

em que determina novas leituras à interpretação e à aplicação de cláusulas gerais e conceitos da legislação infraconstitucional.

Galuppo (2003), baseado na teoria discursiva de Habermas, muda o foco do debate ao buscar situar os direitos fundamentais não como direitos que o Estado precisa atribuir aos cidadãos, mas como direitos que os cidadãos reconhecem uns aos outros. O autor defende o ponto de vista de que essa concepção supera tanto a concepção de direitos fundamentais do Estado Liberal quanto a do Estado Social, estando em consonância com o paradigma do Estado Democrático de Direito. Vejamos o porquê.

Para Galuppo, os direitos fundamentais devem ser analisados sob a ótica da *alteridade*. *Alter*, palavra originária do latim, tem o sentido de *outro*; significa que é necessário pressupor o outro para entender-se enquanto sujeito de direitos fundamentais. O autor recorre a Piaget e Kohlberg, essenciais para a construção da “teoria da ação comunicativa” de Habermas, para firmar seus argumentos. Kohlberg, ao classificar o desenvolvimento moral da criança, da forma iniciada por Piaget, demonstrou a existência de seis estágios de desenvolvimento moral, distribuídos em três níveis (dois em cada nível). O primeiro nível é o pré-convencional, no qual a criança pensa e age segundo uma perspectiva corporal, não conseguindo compreender situações que vão além de seu ponto de vista. No segundo nível, o convencional, que em Piaget seria o sociocêntrico/objetivista – a criança age em conformidade com as regras impostas e com acordos da sociedade, pelo simples fato de serem normas e acordos; seu comportamento é atrelado às opiniões do grupo. No terceiro nível, o pós-convencional, estão os estágios 5 e 6 do desenvolvimento da moral para Kohlberg. Neste nível, os indivíduos são capazes de agir por princípios. No estágio 5, o indivíduo é capaz de compreender os princípios

como intrínsecos à sociedade e perceber um escalonamento rígido entre eles. Mas é somente no estágio 6 que o indivíduo adquire capacidade cognitiva para perceber que os princípios podem ser reivindicados e que não existe relação de subordinação entre eles, e sim de coordenação. No último estágio do último nível do desenvolvimento da moral, portanto, é possível concluir que, conforme as circunstâncias vivenciadas, a aplicação de um princípio pode ceder lugar a outro para a solução de dilemas morais, a partir do momento em que cada pessoa possa se colocar no papel do outro e chegar a uma solução aceitável para todas as partes. Segundo Freitag (1991), é esse momento que coincide com a crise da adolescência, em que o indivíduo

desenvolve a capacidade de entrar em um 'discurso'(suspensão de validades das certezas e normas vigentes) e de pensar hipoteticamente. Por isso mesmo, torna-se capaz de abandonar o sociocentrismo e independentizar-se da opinião do grupo, desenvolvendo seus próprios princípios de conduta (FREITAG, 1991, p. 85).

A teoria do desenvolvimento moral mostra que a identidade de uma pessoa é construída em um processo de constante interação com o outro, no qual merece destaque o meio da linguagem. É a linguagem que permite colocar-se no lugar do outro e elaborar um juízo diferente para a situação vivida. A linguagem é capaz de “integrar os planos individuais de ação dos integrantes da sociedade” (GALUPPO, 2003, p. 228). A linguagem é apontada pelo autor, ancorado no pensamento de Habermas, como o meio possível de realizar a integração social em sociedades complexas. Quando os indivíduos estão interagindo em um discurso, na realidade, um está tentando convencer o outro da validade de suas pretensões. Se uma validade é criticada, o discurso caminha no sentido da busca do consenso, que nada mais é que uma forma de integração social.

Em sociedades democráticas, complexas e pluralistas, essa integração é facilitada pelo direito. Um direito positivado e coercitivo fornece as bases da argumentação sobre as quais vai se assentar o discurso que resultará no consentimento dos cidadãos, que conferirão validade às normas. Esse discurso não é amplo como o discurso moral, visto que vinculado pelas normas do discurso jurídico.

Nesse ponto situam-se os direitos fundamentais, ao quais não podem somente ser concebidos como subjetivos (na visão do Estado Liberal), nem objetivos (segundo o Estado Social), mas intersubjetivamente construídos. Os direitos fundamentais têm forte conteúdo moral e, ao mesmo tempo, forma de direito legal, protegendo os cidadãos. Assim é que Galuppo (2003, p. 233) afirma, em relação aos direitos fundamentais, que eles “representam a constitucionalização daqueles Direitos Humanos que gozaram de alto grau de justificação ao longo da história dos discursos morais, que são por isso, reconhecidos como condições para a construção e exercício dos demais direitos”. Esses direitos fundamentais não são verdades consolidadas, mas construções que podem ser revistas se revistos os argumentos que os sustentam.

Entretanto, é importante destacar que há um conteúdo mínimo que deve caracterizar os direitos fundamentais de um Estado que se intitula Democrático, denominado por Habermas de “sistema de direitos”. Esse núcleo de direitos é componente da estrutura do discurso, formado por direitos chamados de “fundamentais universais”, divididos em cinco categorias, cuja descrição reportamos a Cruz (2004, p. 105):

1 – “direitos à maior medida possível de iguais liberdades de ação”, segundo o autor, significam uma “releitura discursiva dos direitos liberais clássicos” – direito à

liberdade, à vida, à intimidade, à integridade física, à propriedade, à dignidade de pessoa humana; ao trabalho;

2 – “direitos ligados ao *status* de um membro numa associação voluntária de parceiros de direito” – proibição de extradição, direito de asilo e os direitos sociais e coletivos;

3 – “direito à possibilidade de postulação judicial de direitos” – garantias processuais fundamentais e princípios como o da irretroatividade legislativa, o da vedação do *bis in idem* penal e tributário, o da independência do Judiciário e do Ministério Público;

4 – “direitos de participação nos processos de formação de opinião e da vontade”;

5 – “direito a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente”.

A garantia deste núcleo de direitos fundamentais é que possibilita aos cidadãos a participação nos discursos jurídicos e o reconhecimento de que são autores das normas do direito, conferindo-lhes legitimidade.

Ante o exposto, resta esclarecida a assertiva dita acima em relação aos direitos fundamentais enquanto direitos que os cidadãos reconhecem uns aos outros. Segundo Galuppo (2003, p. 236), os direitos fundamentais são “os direitos que os cidadãos precisam reciprocamente reconhecer uns aos outros, em dado momento histórico, se quiserem que o direito por eles produzidos seja legítimo, ou seja, democrático”. O conceito fornece uma concepção intersubjetiva dos direitos fundamentais, sendo capaz de superar a dimensão somente subjetiva ou somente objetiva dos direitos fundamentais, apresentadas, respectivamente, pelos modelos dos Estados Liberal e Social.

2.2 O DIREITO FUNDAMENTAL À PREVIDÊNCIA SOCIAL

Para melhor compreensão da previdência social enquanto um direito fundamental, deve-se, inicialmente, situá-la como um direito social.

No tópico anterior, demonstrou-se que, sob a égide do Estado Social, houve a positivação de direitos fundamentais, “chamados direitos de base social” ou “direitos de segunda geração”. Sampaio (2004, p. 262) destaca o papel do Estado na promoção da maioria dos direitos sociais, por meio da criação e ampliação dos serviços públicos, e, ao mesmo tempo, chama a atenção para a mutação da natureza de algumas pretensões que incorporaram caráter social. Cita, assim, o direito de propriedade, que foi deslocado de sua natureza eminentemente pessoal e passou a ter uma função social; e também o direito ao sufrágio, que, antes dirigido somente ao sexo masculino, converteu-se em direito universal, sujeito apenas à restrição relativa à idade.

Na trilogia que separa os direitos de segunda geração em sociais, econômicos e culturais, o autor situa o direito à assistência social entre os direitos econômicos. Contudo, afirma que há “linhas pouco nítidas entre os três irmãos” (p. 263), fato com o qual concordamos. Em tese, os direitos sociais são aqueles necessários à participação plena na vida em sociedade e ao gozo efetivo dos direitos de primeira geração (direito à educação, proteção à maternidade e infância, lazer, direito de não haver discriminação); os direitos econômicos são aqueles que visam garantir ao cidadão as condições mínimas de segurança material para proporcionar uma vida digna (direito ao trabalho e um salário mínimo, direito à previdência social, saúde, alimentação, moradia); e os direitos culturais seriam

aqueles que permitem às comunidades criarem condições para a preservação e reprodução de suas tradições, bem como para o surgimento de novas manifestações culturais. Entretanto, situar o direito à previdência social entre os direitos econômicos não retira desse direito seu caráter social, considerando que a participação plena na vida em sociedade só é possível se pensarmos que essa participação também ocorrerá em momentos em que o cidadão estiver impossibilitado de prover o seu sustento, como em uma situação de invalidez ou na velhice. Nas situações em que o cidadão se vê privado de sua capacidade laboral, torna-se evidente o papel social da previdência pública, essencial para a manutenção do ser humano nos patamares de uma existência digna.

Em que pese ser comum a distinção doutrinária apresentada, direitos sociais, direitos econômicos e direitos culturais podem, sem receio, receber o rótulo de “direitos sociais”. Será ainda objeto de estudo neste trabalho a forma como a intensificação do processo de industrialização e de urbanização fez surgir a necessidade de o Estado intervir com a intenção de disciplinar a forma como a sociedade deve enfrentar os riscos sociais, culminando com o surgimento de políticas específicas de previdência social. O século XX representou o momento em que os direitos sociais consubstanciaram-se em diversos documentos de Direito Internacional. Nos dizeres de Soares (2000, p. 248),

a questão dos direitos humanos não podia permanecer adstrita à soberania de cada Estado, impondo-se o reconhecimento internacional dos direitos fundamentais como pressupostos para a paz, o que pode ser comprovado em diversos pronunciamentos, declarações e propostas formuladas na época.

Podem ser citados: a *Declaração Universal dos Direitos do Homem* e a *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*, ambas de 1948; a *Carta*

Social Européia de 1961; o *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, de 1966; e a *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, de 1969. A partir desse momento, pode-se afirmar que os direitos sociais tornaram-se direitos passíveis de reivindicação. No tocante à previdência social, cabe destacar a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, de 1948, cujo art. 25 postula:

Toda pessoa tem o direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe a saúde, o bem-estar próprio e da família, especialmente no tocante à alimentação, ao vestuário, à habitação, à assistência médica e aos serviços sociais necessários; tem **direito à segurança, no caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou em qualquer outro caso de perda dos meios de subsistência**, por força de circunstâncias independentes de sua vontade. (grifo nosso)

Examinado o contexto do surgimento do direito à previdência social, enquanto direito social, vale discorrer sucintamente sobre seu caráter fundamental.

Para Rocha (2004), pode-se falar em fundamentalidade formal e material dos direitos. A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo; está na posição jurídica subjetiva do direito, que decorre de enunciado expresso na Constituição e manifesta-se em três aspectos: os direitos fundamentais estão no ápice do ordenamento jurídico; como normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais e materiais (cláusulas pétreas), em caso de reforma constitucional; são normas diretamente aplicáveis e que vinculam a atuação de entidades públicas e privadas. A fundamentalidade material, por sua vez, decorre do “reconhecimento de que determinados direitos, integrando a essência do Estado Constitucional e constituindo prioridades do ordenamento jurídico, contribuem decisivamente para a dignificação da pessoa humana” (p. 110). Aqui, cabe chamar a atenção para o fato de que o autor constrói sua teoria de construção da previdência social enquanto direito fundamental, na perspectiva dos princípios constitucionais

brasileiros, com destaque para o princípio da dignidade da pessoa humana. Segundo ele, “princípio basilar de todos os direitos sociais.” (p. 111). Para Sarlet (1998, p. 79), a fundamentalidade material significa que os direitos fundamentais têm conteúdo determinante sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade, ao mesmo tempo em que permite a abertura da Constituição a direitos materialmente fundamentais, mas não constantes de seu texto.

Seguindo toda uma tendência internacional, a Constituição Brasileira de 1988 garantiu fundamentalidade formal ao direito à previdência social, definindo-o como um direito fundamental, no art. 6^{o3}, situado no capítulo II (Dos Direitos Sociais), que, por sua vez, compõe o Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais). Cabe citar que o § 2^o do art. 5^o determinou que direitos fundamentais que decorram de tratados “direitos internacionais” ratificados pelo Brasil também merecem acolhida pela Constituição da República⁴. Além do art. 25, acima transcrito, da *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, no plano internacional o direito à previdência social foi consagrado em dois documentos ratificados pelo Brasil: no *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* (1966, art. 9^{o5}) e na *Convenção de Direitos da Criança* (1989, art. 26^{o6}).

³ Art. 6^o São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a **previdência social**, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (grifo nosso)

⁴ § 2^o Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁵ Art. 9^o Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas à segurança social, incluindo os seguros sociais.

⁶ Art. 26 – 1 – Os Estados-partes reconhecerão a todas as crianças o direito de usufruir da previdência social, inclusive do seguro social, e adotarão as medidas necessárias para lograr a plena consecução desse direito, em conformidade com a legislação nacional. 2 – Os benefícios deverão ser concedidos quando pertinentes, levando-se em consideração os recursos e a situação da criança e das pessoas responsáveis pelo seu sustento, bem como qualquer outra consideração cabível no caso de uma solicitação de benefícios feita pela criança ou em seu nome.

Não há dúvida de que o direito à previdência social é predominantemente prestacional, o que fica mais evidente quando se enumera o rol de benefícios que podem ser concedidos pelos regimes de previdência, no dever de atuação diante da situação de necessidade social. Rocha (2004, p. 115) lembra-nos, contudo, que o direito à previdência social poderá atuar como um direito negativo, com o fim de impedir práticas administrativas e, até, legislativas que avancem sobre o patrimônio previdenciário dos segurados.

O estudo acerca da fundamentalidade do direito à previdência social nos remete à questão relativa aos **problemas de efetivação** dos direitos prestacionais e conduz o debate para direções distintas.

Rocha (2004, p. 121) defende o ponto de vista de que é necessário refletir mais intensamente sobre “as posições jurídico-fundamentais que podem resultar das normas que delineiam o direito fundamental à previdência social”, considerando a norma do § 1º do art. 5º da CR/88. O autor nos lembra de que um controle público mais efetivo traria excelente contribuição para a eficiência e transparência da forma como se organiza a previdência social pública, especialmente no tocante ao RGPS. A Constituição da República, em seu art. 10, garante, de forma genérica, o direito de participação de trabalhadores e empregadores em órgãos públicos em que seus interesses previdenciários estejam em discussão. O art. 194, VII, determina como um dos objetivos a ser alcançado pelo Poder Público, na organização da seguridade social, o “caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados”. Contudo, não há o desejado controle público, que seria resultado de um sistema de participação adequado. E os canais de participação social no controle da gestão do sistema previdenciário

previstos nas Leis n. 8.212/91 e n. 8.213/91, no que se refere ao RGPS, instituem um modelo que, segundo Rocha, “parece não ter sido antecedido por movimento social ou ação concertada de atores sociais, razoavelmente organizados, o qual fosse apto a robustecer o processo concreto de construção dos Conselhos” (p. 118). A fragilidade do sistema de participação, realmente, foi constatada quando a Medida Provisória n. 2.216-37, de 31/8/01, causou a extinção do Conselho Nacional de Seguridade Social, previsto no art. 6º da Lei n. 8.212/91, e dos Conselhos Estaduais e Municipais de Previdência Social, anteriormente previstos no art. 7º da Lei n. 8.213/91.

Rocha (2004) baseia-se em casos concretos para demonstrar que o Supremo Tribunal Federal encontra-se atrelado ao dogma da “não auto-aplicabilidade” de principais normas relativas ao direito à previdência social. Cita decisão (RE 193.456-5/RS, 1ª T., Rel. Min. Maurício Corrêa) na qual aquele Tribunal afirmou não ser auto-aplicável o § 3º do art. 201⁷ e, também, a posição adotada quanto à não auto-aplicabilidade do dispositivo do inciso V⁸ do mesmo artigo em caso de pensão por morte a ser concedida para o marido ou companheiro (RE 211.319-1/RS, 1ª T., Rel. Min. Moreira Alves).

Cabe observar que quando o STF, em outra decisão (RE 159.413/SP, Pleno, Rel. Ministro Moreira Alves), decidiu pela aplicabilidade imediata do § 5º do art. 195⁹, o argumento utilizado foi o caráter de norma proibitiva conferido ao dispositivo compreendido como não prestacional. Entretanto, novamente a faceta prestacional

⁷ § 3º Todos os salários de contribuição considerados para o cálculo de benefício serão devidamente atualizados, na forma da lei.

⁸ V – pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º. (*Redação dada pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998*).

⁹ § 5º Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

do direito à previdência social foi verificada quando do cumprimento do inciso II do parágrafo único do art. 194¹⁰ da CR/88, que resultou em um aumento de 100% para os aposentados e pensionistas do FUNRURAL, que tinham proventos equivalentes a 50% do salário mínimo, desconsiderando o fato da inexistência da respectiva fonte de custeio.

Ainda no sentido de apontar dificuldades na efetivação dos direitos fundamentais, cabe destacar o caminho defendido por Alexy (1999) ao debater sobre a institucionalização dos direitos do homem em um Estado Democrático de Direito. Afirma este autor que a relação entre direitos fundamentais e democracia deve calcar-se em um “modo de visão realista” (ALEXY, 1999, p. 65), que significa caracterizar essa relação como uma contradição. Dessa forma, os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo, democráticos e ademocráticos:

Direitos fundamentais são democráticos por isso, porque eles, com a garantia dos direitos de liberdade e igualdade, asseguram o desenvolvimento e existência de pessoas que, em geral, são capazes de manter o processo democrático na vida e porque eles, com a garantia da liberdade de opinião, imprensa, radiodifusão, reunião e associação, assim como o direito eleitoral e com as outras liberdades políticas asseguram as condições funcionais do processo democrático. Ademocráticos são os direitos fundamentais, pelo contrário, porque desconfiam do processo democrático. Com a vinculação também do legislador eles subtraem da maioria parlamentarmente legitimada poderes de decisão. Em muitos Estados esse jogo deve ser observado: a oposição perde, primeiro, no processo democrático e ganha, então, diante do tribunal constitucional. (ALEXY, 1999, p. 65).

A resolução da questão, segundo Alexy, está na distinção entre representação política e representação argumentativa. O princípio constitucional que

¹⁰ Art. 194 – [...].

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: [...]

II – uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; [...].

postula “todo poder emana do povo e em nome dele é exercido” deve ser compreendido considerando-se não só o Parlamento, mas também o Tribunal constitucional como capaz de representar o povo. O Parlamento representa o povo politicamente; o Tribunal Constitucional, argumentativamente. Dessa forma, este tribunal, importante ressaltar, concebido como instância de reflexão do processo político, tribunal cujos “argumentos encontram eco na coletividade e nas instituições políticas” (p. 66), é capaz de fazer um contraponto com a representação exercida pelo Parlamento. Assim, segundo Alexy, poder-se-ia falar na real institucionalização dos direitos do homem em um Estado Democrático, como resultado de um processo de reflexão entre coletividade, legislador e Tribunal Constitucional que se estabiliza duradouramente.

Nesse contexto, mas em sentido diverso, cabe citar as reflexões de Menelick de Carvalho Netto (2003, p.156-157) quanto à legitimidade dos direitos fundamentais:

A legitimidade que passa pela percepção de que as normas gerais e abstratas são uma garantia básica para todos nós, contra os privilégios tradicionais de nascimento que impediam ou dificultavam a institucionalização de uma esfera pública propriamente dita. Normas que têm de gozar da possibilidade de serem aceitas por todos os seus potenciais afetados (aceitabilidade). No entanto, se a forma da lei geral e abstrata é uma garantia da liberdade e da igualdade dos cidadãos, há, por outro lado, o risco de acreditarmos que ao aplica-las devêssemos proceder da mesma forma que ao adota-las. [...] Bom, o problema é que as normas gerais isoladas não esgotam a complexidade da vida.

Segundo o autor, que se manifesta de acordo com a concepção de direitos fundamentais defendida por Galuppo e mencionada no tópico anterior deste estudo, segundo a qual esses direitos são intersubjetivamente compartilhados, a aplicação dos direitos não pode ser confundida com a sua justificação em tese, pois o terreno da elaboração legislativa é diverso do terreno da aplicação normativa.

O simples estabelecimento de normas gerais e abstratas, ou seja, a elaboração de uma lei, não significa sua aplicação cega a diferentes situações e o conseqüente esgotamento de problemas da vida concreta. Essa idéia consagrou no Estado Social, a crença de *que* “por meio de normas gerais e abstratas se poderia materializar o Direito, exigindo ações políticas de densificação desses direitos mediante a adoção de políticas públicas de Estado: são os direitos sociais, à educação, à saúde, etc.” (CARVALHO NETTO, 2003, p. 158).

Dessa forma, o estabelecimento de uma legislação abstrata fornece o instrumental necessário para a aplicação do Direito. Para Carvalho Netto, o desafio que se põe aos direitos fundamentais, hoje, é a descoberta de que o Direito moderno não regula nem a si mesmo. Vivemos em uma sociedade de relações complexas, na qual coexistem diferentes opiniões, valores e crenças, sociedade essa caracterizada pelo pluralismo político e organizacional. Compreender o interesse público é considerá-lo como o interesse de todos os afetados pelo exercício do poder, e não como vinculado a determinada administração. Quando se situa a aplicação do Direito em um contexto social marcado pelo pluralismo, percebe-se que a aplicação literal da lei, sempre que se verificar a hipótese normativa, nem sempre é possível, pois seria considerar, como o fez Kant, que somente a existência de justificação de uma norma (elaboração legislativa) seria capaz de regular a vida dos indivíduos, garantindo a civilidade. Não há como desconsiderar “a concretude e a individualidade dos eventos para a configuração normativa adequada a reger aquela situação determinada, sempre específica e datada” (CARVALHO NETTO, 2003, p. 157). O operador do direito deve saber que será preciso argumentar favoravelmente ou contrariamente a uma norma como elemento de justificação de uma decisão, pois nem sempre o contexto do caso

concreto se adapta perfeitamente a essa norma, como bem explica Cruz (2004 p. 112).

Nesse sentido é que a efetivação dos direitos fundamentais passa pelo processo de consolidação de uma cidadania ativa. Significa dizer que o Estado Liberal ocupa-se, predominantemente, com as necessidades da autonomia privada (mercado), impondo a prevalência de direitos negativos cerceadores da ação estatal. O Estado Social, por sua vez, coloca no centro das atenções a autonomia pública e faz prevalecer a concepção de direitos fundamentais construídos a partir dos canais de participação política institucionalizados por esse Estado. No Estado que se diz democrático, a autonomia pública e a privada se pressupõem reciprocamente – a autonomia privada protegida possibilita o adequado uso da autonomia pública pelo cidadão; por outro lado, para compreender-se como igual no uso da autonomia privada, é necessário fazer uso da autonomia política como cidadãos (HABERMAS, *apud* GALUPPO, 2003, p. 232). Nesse sentido, os cidadãos exercem um papel ativo: são “sujeitos detentores não só da autonomia privada, como os sujeitos morais livres, mas também da autonomia pública, como sujeitos políticos, cuja vontade origina leis”. (GALUPPO, 2003, p. 231).

Por fim, cabe destacar que as decisões do STF em relação à matéria envolvendo a previdência social nos levam a constatar que no Brasil é acanhada a participação do cidadão capaz de influir decisivamente na garantia desse direito fundamental. Na percepção de Alexy, não se pode dizer que o STF “representa o povo argumentativamente” e que suas decisões “encontram eco na coletividade”. A decisão daquele Tribunal de agosto de 2004 que legitimou a cobrança de contribuição previdenciária dos inativos é um exemplo de que a participação do cidadão não teve efetivo peso nesse jogo democrático.

Na perspectiva habermasiana, a cidadania ativa pressupõe cidadãos agindo segundo a moralidade pós-convencional e inseridos em um discurso no qual se sentem verdadeiros partícipes da construção do ordenamento jurídico. E, admite Cruz (2004, p. 108) “[...] o Brasil está ainda longe de implementar as exigências inclusivas do modelo paradigmático do Estado Democrático de Direito, tal como concebido também pela perspectiva crítico-deliberativa de Habermas”.

2.3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O debate a respeito real dimensão dos direitos fundamentais não poderá ignorar que, ainda que restrito ao citado conteúdo mínimo dos direitos fundamentais, prevalece o papel do Estado como garantidor do núcleo de direitos que alicerçam uma sociedade que se diz democrática. No Brasil, a CR/88 destinou posição central aos direitos fundamentais, o que conferiu à Constituição grande riqueza axiológica. Afirmar que a CR/88 consagrou valores sobre os quais deve se guiar o ordenamento jurídico significa não ignorar o perfil de nossa Constituição, que é social. Nesse ponto, merece destaque o papel de proteção que o Estado deve exercer sobre os titulares dos direitos fundamentais, diante de lesões e ameaças que porventura possam sofrer. O Estado alicerçado sobre este perfil social não pode ter sua atuação limitada ao mínimo possível, como na concepção liberal. Cabe a ele uma postura ativa, prestacional, promovendo, para a proteção aos direitos fundamentais nos contextos públicos e privados, o desenvolvimento de políticas públicas adequadas, **o que não significa que o cidadão não poderá, argumentativamente e de forma**

decisiva, participar desse processo. Entretanto, necessária será a criação de mecanismos que garantam a participação desses cidadãos nas instâncias de decisão política.

Não se pode deixar de reconhecer que a Constituição de 1988 está estruturada no respeito e na promoção dos direitos fundamentais, buscando garantir os pressupostos de um processo livre e aberto de formação de opinião e vontade de um verdadeiro cidadão, elemento essencial para a democracia moderna.

O ideal de construção de uma democracia está intimamente ligado à efetivação dos direitos fundamentais, entre eles o direito à previdência social, garantidor de recursos materiais para uma existência digna em situações de risco social, como doença, invalidez e velhice.

Com o advento da EC n. 20/98, a nova redação recebida pelo art. 201 da Constituição da República realizou verdadeiro detalhamento capaz de construir o conteúdo do direito à previdência social. Este direito social fundamental difere-se dos demais pelo seu caráter contributivo, diretamente vinculado ao exercício de atividade remunerada e exercido de forma compulsória. Essas características estão enlaçadas pelo princípio da solidariedade, que sustenta a organização técnica e atuarial do sistema de previdência, com o fim de amparar os trabalhadores contra os efeitos dos riscos sociais. Entretanto, não obstante a aplicabilidade imediata determinada pelo § 1º do art. 5º¹¹, o mencionado detalhamento demonstra que várias normas ainda não se concretizaram no mundo da vida.

¹¹ “§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

3 REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL E REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL – COMO SE ESTRUTURAM E A QUEM SE DIRIGEM

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Remonta a 1601 o primeiro ato de assistência social reconhecido pela história, a *Poor Relief Act* (Lei de Amparo aos Pobres), editada na Inglaterra, que previa auxílios públicos aos necessitados. Entretanto, é importante destacar que somente a partir do século XIX, no qual a humanidade sentiu as conseqüências da Revolução Industrial, que é possível afirmar a existência de sistemas de proteção social.

O século XIX foi decisivo no sentido de fortalecimento do capitalismo, século no qual se verificou o crescimento de empresas e grupos capitalistas, ao mesmo tempo em que crescia também o número de trabalhadores das indústrias modernas. Marx (1978), enquanto filósofo e economista, faz realista análise do surgimento e consolidação do capitalismo na sua obra *O Capital* (1º volume em 1867), mostrando o processo de subordinação do trabalho ao capital. No sistema capitalista, o produto é propriedade do capitalista, não do produtor imediato, o trabalhador. O capitalista utiliza-se da força de trabalho do operário como qualquer outra mercadoria que a ele foi vendida. Essa força de trabalho, somada a outros elementos constitutivos do

produto, determina o processo de trabalho, que ocorre, portanto, entre mercadorias que o capitalista comprou.

Assim, inseridos na estrutura de acumulação capitalista, os trabalhadores cumpriam jornada de trabalho de 16 (dezesesseis) horas diárias e eram expostos a todo tipo de riscos, o que fez emergir a idéia da necessidade de proteção estatal diante dos fatos impeditivos da capacidade laboral que o trabalhador viesse a sofrer, ocasionando desamparo financeiro seu e de sua família. Huberman (1981, p. 189) bem descreve a situação social trazida pela Revolução Industrial:

As máquinas, que podiam ter tornado mais leve o trabalho, na realidade o fizeram pior. Eram tão eficientes que tinham de fazer a sua mágica durante o maior tempo possível. Para seus donos, representavam tamanho capital que não podiam parar – tinham de trabalhar, trabalhar sempre. Além disso, o proprietário inteligente sabia que arrancar tudo da máquina, o mais depressa possível, era essencial porque, com as novas invenções, elas podiam tornar-se logo obsoletas. Por isso os dias de trabalho eram longos, de 16 horas. Quando conquistaram o direito de trabalhar em dois turnos de 12 horas, os trabalhadores consideraram tal modificação como uma benção.

Nesse contexto é que, em 1883, no governo de Otto von Bismarck, o Parlamento alemão aprovou a Lei do Seguro-Doença, custeado por contribuições dos empregados, empregadores e Estado, o que tornou a lei de Bismarck o marco inicial da Previdência Social. Seguiram-se a ela a Lei do Seguro Contra Acidentes, de 1884, e a Lei do Seguro de Invalidez e Velhice, de 1889. A partir desse marco, outros países da Europa passaram a legislar no mesmo sentido. Como exemplos, cite-se a França, que editou a Lei de Acidentes de Trabalho, em 1898, e a Inglaterra, que implantou um sistema de assistência à velhice e acidentes de trabalho, datado de 1907.

Entretanto, somente foi possível construir o conceito de seguridade social após a Segunda Guerra Mundial e o surgimento do *Welfare State*, que resultou em

uma redefinição do papel do Estado. A situação da economia mundial, bem como as crises sociais desencadeadas no pós-guerra, destacando-se o movimento operário, apontavam para a falência do Estado liberal, regulado pelo mecanismo da livre concorrência. Freitag (1986, p. 87-88) explica com clareza o contexto em que surgiu o Estado do Bem-Estar Social:

A livre concorrência não poderia mais servir como princípio regulador da economia nacional, pois ela era válida numa fase em que as crises se limitavam à falência de um ou outro empresário, sem risco para a sobrevivência do modo de produção capitalista, mas não numa fase em que se trata de assegurar o sistema como tal, organizado em enormes cartéis que rapidamente transcendem os limites geográficos da nação, pondo em risco o sistema econômico mundial. O capitalismo moderno impunha ao Estado a necessidade de intervir sistematicamente no processo econômico a fim de salvaguardar a economia nacional e com isso a sobrevivência da nação, contribuindo ainda para a manutenção do sistema econômico mundial. O novo estatuto do Estado como Estado empresarial destrói a concepção do Estado liberal, mas não destrói as relações de produção nas quais se assentam ambas as formas estatais: a economia capitalista. [...] O Estado capitalista moderno interfere diretamente na economia, manipula as crises, protegendo os produtos nacionais, controlando a importação e a exportação, incentivando e dinamizando a economia através de investimentos infra-estruturais, saneando empresas, etc. Mas ele também interfere no mercado da força de trabalho, a fim de combater o desemprego, reforçando as políticas sociais de saúde, educação, salário-desemprego, procurando controlar a mão-de-obra excedente (exército de reserva). O Estado capitalista moderno, especialmente em sua versão norte-americana, transforma-se no Welfare State, o Estado do Bem-Estar que desativa a luta de classes, minimiza os conflitos entre os operários e industriais em nome do bem-estar de todos.

De acordo com o sociólogo alemão Robert Kurz (2005), nessa época “a ‘mobilização automotiva’ da sociedade ia a par com a construção crescente de uma rede de seguridade social (O Estado do Bem-Estar Social) especialmente profunda na Alemanha Ocidental e, em parte, na França”. Somente torna-se possível, assim, falar em seguridade social a partir da atuação do Estado no período pós-Segunda Guerra, quando as **políticas de seguridade social** começam a substituir o tratamento que a previdência social vinha recebendo em leis esparsas. Essas políticas são apresentadas como instrumentos capazes de reduzir as desigualdades

sociais e como fatores essenciais para promover o desenvolvimento econômico sustentável de um país. Aqui, é importante ressaltar, de acordo com Freitag, que as políticas sociais vieram na forma de **concessões**, feitas pelos donos do capital às classes menos favorecidas. As reivindicações do movimento operário, buscando demonstrar a existência de divergências entre os interesses da burguesia e do proletariado, foram preponderantes para a incorporação de novos valores à sociedade, notadamente no que refere à busca da igualdade material entre os cidadãos. A consolidação de um Estado Social deve ser analisada como contraposição à falência de um Estado Liberal, no qual a intervenção mínima não abria espaço para instrumentos de proteção social, visto que cidadãos, em tese, livres e iguais, organizados em sociedade civil autônoma, poderiam estabelecer normas de convívio e de solução de problemas político-sociais. Contudo, liberdade e igualdade mostraram-se meras figuras retóricas.

Nesse ponto, é importante destacar a diferença conceitual existente entre seguridade social e previdência social. A seguridade social não está condicionada a qualquer contribuição por parte de um segurado, sendo financiada, em geral, por tributos cobrados da sociedade; tem, assim, caráter mais abrangente, implicando a proteção de todos os cidadãos, mesmo aqueles que não exercem atividade remunerada. Seus benefícios abrangem a área de Saúde e a da Assistência Social. A previdência social, por sua vez, é em parte custeada por contribuições compulsórias dos segurados, indivíduos que recebem renda em decorrência de suas ocupações profissionais. Os segurados, em caso de contingências que façam cessar a capacidade laboral, recebem benefícios previdenciários capazes de substituir a renda auferida pelo trabalho enquanto não restabelecida a atividade profissional.

Na Constituição Federal de 1988, o art. 194 confere à seguridade social esse caráter mais amplo, aqui explicitado, ao dispor que “a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

Entretanto, cabe ressaltar que a expressão *previdência social* constou pela primeira vez na Constituição de 1946.

A Constituição de 1891 continha a expressão *aposentadoria*, referindo-se à aposentadoria concedida aos “funcionários públicos em caso de invalidez no serviço da Nação” (art. 75), benefício esse pago pelo Estado, ainda que não houvesse contribuição para o seu financiamento. Esse fato leva Gleison Pereira de Souza (2005, p. 57) a afirmar:

Historicamente, os servidores públicos foram a primeira categoria de trabalhadores do Brasil a possuir algum tipo de proteção previdenciária contra riscos da perda da capacidade de trabalho. Isso se explica devido ao fato de que foram eles os primeiros entre a classe trabalhadora a ter capacidade de se organizar como grupo de pressão perante o Estado, pois, no momento em que boa parte do mundo desenvolvido despertava, no século XIX, para a necessidade de dar alguma forma de proteção social ao proletariado, para assegurar a própria proteção ao processo de reprodução do capital, o Brasil era um país ainda eminentemente rural, dando os primeiros passos rumo à urbanização.

Contudo, a história aponta como marco inicial do surgimento da previdência social no Brasil o Decreto Legislativo n. 4.682, de 24/1/1923, ou “Lei Eloy Chaves”, que previa a implantação de Caixas de Aposentadorias e Pensão para empregados de empresas ferroviárias. Várias CAPs se seguiram à dos ferroviários, abrangendo outras categorias do setor privado.

Somente em 1933, entretanto, com o surgimento do Instituto de Aposentadoria e Pensão dos marítimos (IAPM), pode-se falar em filiação

compulsória de trabalhadores a Institutos de Aposentadorias e Pensões, os IAPs, que abrangiam categorias específicas de trabalhadores urbanos, em âmbito nacional. Nos anos seguintes, foram criados o IAPC (comerciários), o IAPB (bancários) e o IAPI (industriários), dentre outros.

Na Constituição de 1934, pode-se vislumbrar esboço de sistema público previdenciário dispondo sobre forma de custeio e benefícios concedidos. Estava prevista a proteção em caso de velhice, invalidez, maternidade, morte e acidente de trabalho, proteção essa custeada por contribuições do Estado, empregadores e empregados. O art. 121 ainda estabelecia a assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, à qual ficou assegurado o descanso, antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego. O art. 170 previa a concessão de aposentadoria aos servidores públicos.

A Constituição de 1937 utiliza o termo *seguro*, e não *previdência*, ao dispor no art. 137, “m”, “a instituição de seguros de velhice, de invalidez, de vida e para os casos de acidentes de trabalho”. Os servidores públicos foram contemplados no art. 156, que fazia referência à aposentadoria integral ou proporcional, à compulsória, à aposentadoria por invalidez, bem como à licença de 3 (três) meses para a gestante. Importante marco para os servidores públicos foi a criação, em 1938, do Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado (IPASE), criado pelo Decreto Federal n. 288, de 23/2/1938, que tinha como segurados servidores integrantes dos três poderes no âmbito da União. O IPASE era um instituto de proteção do servidor público federal, garantindo benefícios relativos, principalmente à saúde, considerando que a aposentadoria continuava a cargo do Tesouro da União, sem contribuição do servidor.

Na Constituição de 1946, como já mencionado, surge o termo *previdência*, que prevaleceu nas Constituições que lhe seguiram. O art. 157, XVI, estabelecia “previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as conseqüências da doença, da velhice, da invalidez e da morte”. Aos servidores públicos era garantida a aposentadoria por invalidez, compulsória aos 70 (setenta) anos de idade e voluntária aos 30 (trinta) anos de serviço. Quanto ao custeio, este era exclusivamente feito pelo Estado, sem, portanto, qualquer contribuição dos servidores.

A Constituição de 1967 (art. 158, XVI) inovou ao acrescentar como riscos sociais a doença e o desemprego. Importante é a norma prevista no § 1º do art. 158, dispondo que “nenhuma prestação de serviço de caráter assistência ou de benefício compreendido na previdência será criada, majorada ou estendida, sem a correspondente fonte de custeio total”, o que demonstra a preocupação com a sustentabilidade do sistema público de previdência social. Os arts. 102 e 103 da mesma Constituição mencionavam a aposentadoria dos funcionários públicos como na Constituição anterior, estabelecendo, além da aposentadoria compulsória e por invalidez, a voluntária aos 35 (trinta e cinco) anos de serviço para os homens e 30 (trinta) anos de serviço para as mulheres. Houve, como se vê, o aumento de cinco anos de trabalho para o homem, comparando-se com a Constituição de 1946. O valor dos proventos foi vinculado à remuneração dos funcionários ativos. A EC n. 1, de 17/10/1969, manteve o regime previdenciário da Constituição emendada, ressalvadas alterações inexpressivas.

A Constituição de 1988 foi a primeira na história brasileira a trazer um capítulo somente para a seguridade social. A seguridade social recebeu *status* de política pública e princípios constitucionais próprios. Cabe destacar que o art. 201

estabelece as diretrizes do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), o que não significa que o regime próprio dos servidores públicos (RPPS), esteja fora do sistema público previdenciário brasileiro. Aqui cabe firmar que neste trabalho não se tem por objetivo o estudo do sistema privado de previdência, administrado e gerido por pessoas jurídicas de direito privado, de caráter facultativo e complementar em relação ao sistema público, da forma como dispõe o art. 202, *caput*, da CR/88. O sistema público, em contraposição, é gerido por pessoas jurídicas de direito público – União, Estado, DF, Municípios – ou entes da administração indireta, como é o caso do INSS, Autarquia de Direito Público Federal, que tem natureza compulsória.

A seguir, analisam-se os dois regimes previdenciários – RGPS e RPPS – integrantes do sistema público de previdência.

3.2 O REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL (RGPS)

Marcelo Leonardo Tavares (2003, p. 227) assim define o RGPS:

O Regime Geral é um sistema previdenciário público, de filiação obrigatória para todos os trabalhadores da iniciativa privada, urbanos e rurais, para os servidores que não possuam vínculo efetivo com a Administração Pública, e de vinculação facultativa para as demais pessoas que não exerçam atividade laboral reconhecida por lei.

Entretanto, para compreender como se estrutura o RGPS em sua forma atual, é necessário passarmos rapidamente pelas normas que trataram de previdência social até o advento das Leis n. 8.212 e n. 8.213, de 1991, que disciplinam a matéria.

A Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS) n. 3.807, de 26/8/1960, foi a primeira a criar um sistema previdenciário de âmbito nacional. Segundo Wladimir Novaes Martinez (2001, p. 43), foi a lei que, no Brasil, “impulsionou o estudo do Direito Previdenciário e propiciou os primeiros comentários sobre Previdência Social”. A LOPS unificou as regras relativas a benefícios, beneficiários e formas de custeio dos diversos institutos até então existentes no Brasil.

O INPS foi criado pelo Decreto n. 72, de 21/11/1966, instituto que significou a unificação dos Institutos de Aposentadoria e Pensões (IAPs).

Nessa época, foi possível perceber o novo tratamento recebido pela previdência social no Brasil, com a criação do Ministério da Previdência e Assistência Social, por meio da Lei n. 6.036 de 1/5/74. Já a partir de 1971, torna-se claro o intuito de ampliação do sistema com a inclusão dos trabalhadores rurais no programa FUNRURAL (Programa de Assistência ao Trabalhador Rural), instituído pela LC n. 11, de 25/11/1971, sendo que os empregadores rurais só foram integrados em 1975, com a edição da Lei n. 6.260, de 6/11/75. A rede de proteção foi aumentando com a integração, em 1972, dos empregados domésticos, conforme Lei n. 5.859, de 11/12/72, e, em 1975, dos garimpeiros, com o Decreto n. 75.208, de 10/1/75.

Em 1977, por meio da Lei n. 6.439, de 1/9/77, todos os programas de proteção social foram unificados com o surgimento do Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (SINPAS). O SINPAS realizava a integração de atividades relacionadas à previdência social, à assistência social e à assistência médica, bem como cuidava da administração financeira e patrimonial, por meio de várias entidades, quais sejam: Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), cujo objetivo era a concessão e manutenção de benefícios; Instituto de Administração

Financeira da Previdência Social (IAPAS) com a função de arrecadar, fiscalizar e administrar as contribuições e outros recursos; Instituto nacional da Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), responsável pela assistência médica, gerindo patrimônio transferido ao Ministério da Saúde; Legião Brasileira de Assistência (LBA), com a competência de realizar a assistência social; Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM), responsável pela política social em relação ao menor; Central de Medicamentos (CEME), órgão do Ministério da Saúde que distribuía medicamentos; e Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social (DATAPREV). Vale chamar atenção para o fato de que ao INPS coube manter e conceder os benefícios antes a cargo do IPASE e do FUNRURAL, que foram extintos.

Esse sistema de proteção social perdurou até o advento da reforma introduzida pelo presidente Fernando Collor de Melo, necessária diante da nova ordem constitucional introduzida pela Constituição Federal de 1988. Em 1990, foi criado o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), autarquia vinculada ao Ministério da Previdência Social, que assumiu as atividades do INPS e do IAPAS. Em seguida, foram aprovados o Plano de Benefícios da Previdência Social (Lei n. 8.213, de 24/11/1991) e Plano de Custeio da Seguridade Social (Lei n. 8.212, de 24/11/1991). Essas leis regulamentam a estruturação do RGPS, previsto no art. 201 da CR/88.

Algumas inovações em relação ao RGPS trazidas pela CR/88 merecem destaque, como equiparação dos benefícios rurais e urbanos, considerando o piso de um salário mínimo para todos os benefícios; concessão de pensão por morte a dependente, cônjuge ou companheiro, e não mais somente para as mulheres; e redução da idade do trabalhador rural para concessão de aposentadoria por idade,

passando a ser 60 (sessenta) anos para o homem e 55 (cinquenta e cinco) para a mulher.

Eis os objetivos da Previdência Social estabelecidos no art. 1º da Lei n. 8.213/91: assegurar aos seus segurados surpreendidos por situações de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente meios indispensáveis de manutenção, com o pagamento do benefício devido.

As prestações oferecidas pelo RGPS são, quanto ao segurado: aposentadoria por invalidez; aposentadoria por idade; aposentadoria por tempo de serviço; aposentadoria especial; auxílio-doença; salário-família; salário-maternidade e auxílio-acidente. Para o dependente, há a possibilidade de usufruir a pensão por morte e o auxílio-reclusão, caso o segurado esteja preso. Para ambos, são ainda oferecidos serviço social e reabilitação profissional (art. 18). O desemprego involuntário não é tratado na Lei n. 8.231/91, sendo objeto de lei específica.

O RGPS assim se organiza quanto aos seus principais indicativos constantes da Lei n. 8.231/91:

a) beneficiários: todos os trabalhadores, exceto servidores públicos amparados por RPPS; existe a possibilidade de filiação facultativa (arts. 11 a 14);

b) fontes de custeio: contribuição compulsória do empregador, dos trabalhadores e do Estado (art. 125);

c) condições para fruição do benefício:

c.1) para aposentadoria por idade: 65 anos para homem e 60 anos para a mulher, reduzidos esses limites em cinco anos para o trabalhador rural (art. 48);

c.2) para aposentadoria por invalidez: comprovação de incapacidade permanente para o trabalho (arts. 42 a 44);

c.3) para pensão por morte: óbito do segurado (arts. 74 a 79);

c.4) para aposentadoria voluntária: ver art. 201, § 7º da CR/88, que estabelece trinta e cinco anos de contribuição para o homem e trinta anos de contribuição para a mulher;

d) Forma de pagamento dos benefícios:

d.1) para a aposentadoria por tempo de contribuição: média aritmética das rendas mensais em 80% do período contributivo (art. 29);

d.2) para a aposentadoria por idade: de 70% a 100% da base de cálculo (art. 50);

d.3) para a aposentadoria por invalidez: 100% da base de cálculo (art. 44);

d.4) para a pensão por morte: 100% da base de cálculo (art. 75).

O pagamento de benefícios, por sua vez, situa-se entre o patamar base de um salário mínimo e o teto estabelecido como valor máximo pago pelo RGPS, hoje R\$2.668,15 (dois mil seiscentos sessenta e oito reais e quinze centavos). Note-se que a EC n. 41/03 fixou, no art. 5º, o limite máximo para o valor dos benefícios do RGPS em R\$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais). A partir dessa data, o valor vem sofrendo reajustes anuais, sempre em abril de cada ano. Nesse sentido, cabe citar Tavares (2003, p. 233), segundo o qual o RGPS “não tem por objetivo manter o padrão de vida dos segurados na cobertura dos riscos sociais, apenas servir-lhes de sustento limitado”.

O Regime Geral destina-se a ser universal, procurando abranger todos aqueles que se dedicam ao exercício de atividade laboral. É importante citar o art. 34

da Lei n. 8.231/91, que estabelece que para o cálculo do benefício, inclusive o decorrente de acidente do trabalho, serão computados, para o segurado empregado e trabalhador avulso, os salários-de-contribuição referentes aos meses de contribuições devidas, **ainda que não recolhidas pela empresa**, a qual deverá responder pela respectiva cobrança e a incidência das penalidades cabíveis.

3.3 O REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL (RPPS)

Os RPPS estruturam-se enquanto conjunto de normas que regem a previdência dos **servidores públicos titulares de cargos efetivos** vinculados a cada um dos entes federativos. Essa é a definição consubstanciada no *caput* do art. 40 da Constituição da República, com a redação dada pela EC n. 41/03.

Podem-se apontar, assim, as seguintes características do Regime Próprio de Previdência:

- **Caráter contributivo:** fortalece a natureza securitária do Regime, significando ser necessária a contribuição do servidor, inclusive do inativo, para a concessão do benefício;
- **Caráter solidário:** sendo o regime organizado sob o sistema de repartição simples, em que os servidores ativos custeiam os benefícios dos servidores inativos, estabelece-se um “pacto entre gerações”, no qual impera a solidariedade, conceito que será mais bem destacado no capítulo seguinte.

- Equilíbrio financeiro: segundo Marcelo Barroso Brito de Campos (2004, p. 70), “equilíbrio financeiro significa que as contribuições financeiras são suficientes para cobrir os compromissos de um exercício financeiro”;
- Equilíbrio atuarial: expressa a saúde financeira do RPPS, na medida em que demonstra que o montante dos recursos é capaz de assumir os benefícios pagos no decorrer do tempo.

Ressalta-se que a fonte de custeio dos benefícios, até 1993, não merecia destaque constitucional. Foi a EC n. 3, de 17/3/1993, que estabeleceu, no § 6º do art. 40, que as aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais deveriam ser custeadas com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores. Na EC n. 41/03, pode-se constatar que o *caput* do art. 40 recebeu nova redação, que determina a obrigatoriedade de contribuição do ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas.

É importante ter claro que, segundo o art. 40, o segurado do RPPS é o servidor ocupante de cargo de provimento efetivo. Segundo Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 277), “os cargos de provimento efetivo são os predispostos a receberem ocupantes em caráter definitivo, isto é, com fixidez. Constituem-se na torrencial maioria dos cargos públicos e são providos por concurso público de provas ou de provas e títulos”.

Em consonância com esse conceito está o disposto no § 13 do art. 40 da CR/88, o qual estabelece que “ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social”.

Outro ponto que merece realce é a norma prevista no § 20 do mesmo art. 40, que veda a existência de mais de um regime próprio de previdência social para os servidores titulares de cargos efetivos e de mais de uma unidade gestora do respectivo regime em cada ente estatal, o que significa que cada ente – União, Estado, Distrito Federal e Município – somente poderá ter um Regime Próprio. Como ressalva, é citado o disposto no art. 142, § 3º, X, que diz respeito aos militares e às situações especiais consideradas diante de suas atividades.

Aqui, cabe chamar a atenção para a edição da Lei n. 9.717, de 27/11/1998, que dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal. Logo no *caput* do art. 1º destaca-se a preocupação com a organização dos Regimes Próprios de Previdência, os quais deverão obedecer a normas gerais de contabilidade e atuária. O objetivo é a busca do equilíbrio financeiro, amparado pela transparência na gestão dos recursos, como se observa nas recomendações dos incisos enumerados no mesmo artigo.

A referida lei estabelece a necessidade de realização de avaliação atuarial inicial e em cada balanço, bem como de auditoria, por entidades independentes legalmente habilitadas, utilizando-se parâmetros gerais para a organização e revisão do plano de custeio e benefícios; prevê que o regime deverá ser financiado mediante recursos provenientes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e das contribuições do pessoal civil e militar, ativo, inativo e dos pensionistas, contribuições essas que somente poderão ser utilizadas para pagamento de benefícios previdenciários dos respectivos regimes; dispõe que o regime deve cobrir um número mínimo de segurados, o que torna inviável a criação de regimes em

municípios pequenos; limita a cobertura a servidores públicos titulares de cargos efetivos e a militares, e a seus respectivos dependentes, de cada ente estatal, vedando o pagamento de benefícios mediante convênios ou consórcios entre Estados, entre Estados e Municípios e entre Municípios.

Ainda no que se refere à Lei n. 9.717/98, como garantias para os segurados podem-se citar as normas dos incisos VI e VII do art. 1º, que garantem, respectivamente, o pleno acesso dos segurados às informações relativas à gestão do regime e a existência de registro contábil individualizado das contribuições de cada servidor e dos entes estatais. Segundo Marcelo Barroso Lima Brito de Campos (2004, p. 146), o registro individualizado é que permitirá ao segurado usufruir um eventual direito à *portabilidade*, entendida como a possibilidade de o segurado transferir seu plano de previdência de uma entidade para outra, como nos planos privados, sem incidência de Imposto de Renda e taxa de administração. Os incisos X e XI também se referem aos segurados, fazendo limitações a parcelas que não poderão compor o benefício segurado, como parcelas remuneratórias pagas em decorrência de local de trabalho, de função de confiança ou de cargo em comissão, exceto quando tais parcelas integrarem a remuneração de contribuição do servidor que se aposentar com fundamento no art. 40 da Constituição Federal, bem como o abono de permanência de que tratam o § 19 do mesmo artigo, o § 5º do art. 2º e o § 1º do art. 3º da EC n. 41/03. Esses dispositivos foram incluídos pela Lei n. 10.887, de 21/6/04, editada após a EC n. 41/03, e mostram coerência, uma vez que o servidor não poderá se aposentar com remuneração superior à de seu cargo efetivo, ao mesmo tempo em que seria inadmissível um benefício que contivesse o valor pago a título de abono de permanência – devido, como a própria denominação deixa

claro, para aquele que permanece em atividade no serviço público – fosse incorporado a proventos de aposentadoria.

Quanto à preocupação com a prestação de contas e a transparência na gestão de recursos, podem-se citar os incisos VIII e IX, ainda do art. 1º, que estabelecem a necessidade de identificação e consolidação em demonstrativos financeiros e orçamentários de todas as despesas fixas e variáveis com pessoal inativo civil, militar e pensionistas, bem como dos encargos incidentes sobre os proventos e pensões pagos; e a sujeição dos regimes às inspeções e auditorias de natureza atuarial, contábil, financeira, orçamentária e patrimonial dos órgãos de controle interno e externo.

A título de exemplo, aqui se menciona o Regime Próprio de Previdência dos servidores públicos do Estado de Minas Gerais, instituído pela LC n. 64, de 25/3/02. Conforme dispõe o art. 48, o Regime é gerido pelo Estado e pelo Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais (IPSEMG).

A LC n. 64/02 prescreve que serão vinculados compulsoriamente ao RPPS-MG os servidores públicos titulares de cargo efetivo da Administração direta, autárquica e fundacional dos Poderes do Estado, do Ministério Público e do Tribunal de Contas; os membros da magistratura e o do Ministério Público, bem como os Conselheiros do Tribunal de Contas; os servidores titulares de cargo efetivo em disponibilidade; e os aposentados. Posteriormente, a LC n. 70, de 30/07/2003, acresceu à LC n. 64/02 mais duas categorias de segurados: os notários, registradores, escreventes e auxiliares *admitidos até 18/11/94 e não optante pela contratação segundo a legislação trabalhista*, nos termos do art. 48 da Lei Federal nº 8.935, de 18/11/94; e os notários, registradores, escreventes e auxiliares *aposentados* pelo Estado. Cabe esclarecer que o art. 48 da Lei 8.935/94

estabeleceu que os escreventes e auxiliares de cartório de investidura estatutária poderiam optar pela filiação ao RGPS ou RPPS em prazo de 30 (trinta) dias a contar da referida lei, ou seja, até dezembro de 1994. Quem optou, passou a ser regido pelo Regime Geral de Previdência. Caso contrário, continuava servidor regido pelas normas aplicáveis aos servidores públicos. Dessa forma, a LC n. 64/02 apenas realizou a adequação à realidade já existente, no tocante aos trabalhadores dos cartórios.

Instituindo o Regime Próprio, a LC n. 64/02 discrimina quais são os dependentes do segurado, quais são os benefícios assegurados e quais são as alíquotas cobradas, bem como a parte patronal. Convém ressaltar a consonância com o § 1º do art. 149 da Constituição da República¹² quanto à impossibilidade de a alíquota da contribuição do RPPS ser inferior à cobrada dos servidores titulares de cargo efetivo da União.

Assim, a contribuição atual do segurado do Estado de Minas Gerais está no patamar de 11% (onze por cento), mesma alíquota cobrada dos servidores titulares de cargo efetivo da União.

A remuneração de contribuição, por sua vez, é calculada com base na remuneração do cargo efetivo do segurado. O § 5º do art. 26 prevê que somente mediante opção formal do servidor ocupante de cargo de provimento efetivo é que as parcelas remuneratórias percebidas em decorrência de local de trabalho, do exercício de cargo de provimento em comissão ou de função de confiança poderão

¹² Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União.

compor a remuneração de contribuição, e assim serão incluídas para efeito de cálculo dos proventos de aposentadoria, concedidos com fundamento no § 1º do art. 40 da CR/88 e no art. 2º da EC n. 41/03, respeitada, em qualquer hipótese, a limitação estabelecida no § 2º do mesmo art. 40, que determina que os proventos de aposentadoria, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria.

Seguindo o estabelecido na Lei Federal n. 9.717/98, já citada, o art. 34 da LC n. 64/02 prevê o registro contábil individualizado das contribuições de cada servidor e dos entes estatais. O art. 35 determina que os recursos provenientes das contribuições dos segurados sejam utilizados exclusivamente para o pagamento de benefícios previdenciários, ressalvada taxa de administração estabelecida em lei.

Interessante analisar a data de corte estabelecida pela LC n. 64/02, ao estipular que segurado cujo provimento em cargo efetivo tenha ocorrido depois de 31 de dezembro de 2001 terá sua contribuição e a correspondente parcela patronal recolhidas e repassadas gradativamente ao FUNPEMG, enquanto os demais servidores – a maioria – têm as contribuições vertidas para o FUNFIP.

O Fundo Financeiro de Previdência (FUNFIP), e o Fundo de Previdência do Estado de Minas Gerais (FUNPEMG), são os dois fundos previdenciários para os quais são destinadas as contribuições dos servidores. A maior parte dos recursos do FUNFIP é composta por contribuições previdenciárias do servidor público titular de cargo efetivo e aposentados cujo provimento tenha ocorrido até 31 de dezembro de 2001. Como contrapartida, compete ao FUNFIP prover os recursos necessários para garantir o pagamento dos benefícios de aposentadoria, licença para tratamento de saúde, licença-maternidade, licença-paternidade e abono-família para o segurado cujo provimento em cargo efetivo tenha ocorrido até 31 de dezembro de 2001 (art.

39). Assim, com o fim de garantir o custeio dos benefícios concedidos pela FUNIP, a Secretaria de Estado da Fazenda retém na fonte as quantias referentes aos valores consignados a título de contribuição previdenciária quando do repasse das disponibilidades financeiras para custeio das despesas de pessoal da administração direta, autárquica e fundacional dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, do Ministério Público e do Tribunal de Contas. A Secretaria da Fazenda do Estado de Minas Gerais também é responsável pelo recolhimento, para o FUNFIP, das quantias referentes às respectivas contribuições previdenciárias patronais quando do repasse das disponibilidades financeiras para custeio das despesas de pessoal dos órgãos já citados. A Secretaria da Fazenda é, ainda, o órgão que repassa aos Poderes do Estado os recursos financeiros relativos aos valores necessários ao pagamento dos benefícios previdenciários dos servidores, bem como repassa ao IPSEMG os recursos financeiros relativos aos valores necessários ao pagamento dos benefícios previdenciários líquidos a que fizerem jus os dependentes dos servidores quando os fatos geradores ocorrerem até 31 de dezembro de 2009, conforme dispõe aquela lei complementar. Na realidade, o FUNFIP significa um fundo gerido pelo Tesouro do Estado como forma de organizar o pagamento dos benefícios aos servidores.

Já o FUNPEMG tem como fontes de receitas as contribuições dos segurados cujo provimento em cargo efetivo ocorreu após 31 de dezembro de 2001, além de bens e recursos eventuais que lhe forem destinados e incorporados; créditos devidos à conta da compensação financeira prevista no § 9º do art. 201 da CR/88; aluguéis e outros rendimentos derivados de seus bens; produtos das aplicações e dos investimentos realizados com seus recursos; e produtos da alienação de bens integrantes do Fundo.

O FUNPEMG só arcará com o pagamento de benefícios a partir de 2010. Isso decorre do fato de que o fundo está sendo composto gradativamente, com a incorporação de 1% (um por cento) da contribuição do segurado a cada ano, da forma como prevê o Anexo da LC n. 64/02. No ano de 2012, toda a contribuição do segurado cujo ingresso no serviço público estadual ocorreu após 31/12/2001 será vertida para o FUNPEMG, vinculado ao Instituto de Previdência dos Servidores Públicos do Estado de Minas Gerais (IPSEMG), e instituído com a finalidade de prover os recursos necessários para garantir o pagamento de benefícios previdenciários de forma desvinculada do Tesouro Estadual.

É importante ressaltar que a LC n. 64/02, ao instituir o Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos do Estado de Minas Gerais, vedou a utilização de recursos do Regime para fins de assistência médica e financeira de qualquer espécie (art. 66). Isso significa uma nítida separação entre previdência e assistência saúde, até então integrados para os servidores mineiros, o que causava confusão quanto à destinação dos recursos.

Assim, cabe ao IPSEMG prestar assistência médica, hospitalar e odontológica, bem como social, farmacêutica e complementar aos segurados e seus dependentes (art. 85).

Pode-se situar, portanto, a LC n. 64/02 no contexto descrito, no que se refere à estruturação e destinação dos RPPS, após, principalmente, a nova redação do art. 40 da Constituição da República introduzida pela EC n. 20/98. Ressalte-se que o art. 65 da referida lei estabelece que “o Regime Próprio de Previdência do Estado observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o Regime Geral de Previdência Social”.

Por fim, cabe citar que, ainda que signifique progressos no tratamento da previdência social em Minas Gerais, a LC n. 64/02 está tendo sua constitucionalidade argüida em alguns dispositivos. O art. 79 prevê a possibilidade de o Estado, por meio de seus Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, suas autarquias e fundações, do Ministério Público e do Tribunal de Contas, assegurar aposentadoria a servidores **não titulares de cargo efetivo** e pensão aos seus dependentes, bem como os demais benefícios previdenciários. Embora o referido artigo mencione “observadas as regras do RGPS, conforme o disposto no § 13 do art. 40 da Constituição da República”, o entendimento majoritário tem sido no sentido de que o § 13 do art. 40 estabelece que os servidores não efetivos estão vinculados ao RGPS, não sendo possível serem segurados de regimes próprios de previdência.

O outro dispositivo questionado diz respeito ao desconto compulsório, em folha de pagamento, da contribuição de assistência à saúde. Ambas as questões ainda não receberam decisão definitiva por parte do Supremo Tribunal Federal.

3.3.1 Municípios e Regime Próprio de Previdência

No tópico anterior, realizou-se breve comentário sobre a Lei n. 9.717/98, que prescreve, dentre outros critérios para a organização de Regimes Próprios de Previdência, a “cobertura de um número mínimo de segurados, de modo que os regimes possam garantir diretamente a totalidade dos riscos cobertos no plano de benefícios, preservando o equilíbrio atuarial sem necessidade de resseguro, conforme parâmetros gerais” (item IV do art. 1º). A questão merece destaque e nos

remete ao debate acerca da viabilidade de instituição de RPPS em municípios pequenos.

O dispositivo deixa claro que a lei desestimula a criação de RPPS em municípios com poucos segurados, muito embora não haja a quantificação do referido “número mínimo”. Caberá ao atuário a definição desse número, realizando o cálculo de quantos segurados serão necessários para a consistência do plano de forma a garantir os benefícios sem a necessidade de resseguro, ou seja, aumento do percentual cobrado a título de contribuição previdenciária.

Acrescente-se o fato de que o aumento da contribuição significaria colisão com dispositivo da Constituição da República, qual seja, o art. 149, já mencionado, que, com a nova redação dada pela EC n. 41/03 ao seu § 1º, estabeleceu que os entes federativos, entre eles o Município, instituirão contribuição previdenciária, cobrada de seus servidores, para o custeio do RPPS, cuja alíquota não poderá ser inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União.

A questão acerca da viabilidade de instituição de RPPS em municípios pequenos deve ser analisada em conjunto com outro dispositivo da Lei n. 9.717/98, constante do inciso V do art. 1º, que veda o “[...] o pagamento de benefícios, mediante convênios ou consórcios entre Estados, entre Estados e Municípios e entre Municípios”. Essas formas de associação eram usuais antes da edição da referida lei.

A matéria foi disciplinada no art. 11 da Portaria do Ministério da Previdência e Assistência Social n. 4.992, de 5/2/99, que dispõe sobre a definição e aplicação dos parâmetros e diretrizes gerais previstos na Lei n. 9.717/98. O *caput* do art. 11 repete a norma do inciso V do art. 1º da Lei n. 9.717/98 e acrescenta, no § 1º, que “os convênios, consórcios ou outra forma de associação existentes antes da vigência da

Lei n. 9.717/98 deverão garantir integralmente o pagamento dos benefícios já concedidos, bem como daqueles cujos requisitos necessários a sua concessão foram implementados até o dia 27 de novembro de 1998, sendo vedada a concessão de novos benefícios a partir desta data.” Assim, em face da publicação da Lei n. 9.717 em 28/11/98, foi estabelecida a data limite de 27/11/98 para a concessão de benefícios aos segurados filiados a Regime de Previdência instituído mediante associação com outro ente federativo. Entretanto, prevê o § 2º do mesmo art. 11: “O regime próprio de previdência social deve assumir integralmente os benefícios cujos requisitos necessários a sua concessão tenham sido implementados a partir de 27 de novembro de 1998”.

Isso significaria a obrigatoriedade de os municípios instituírem RPPS? Cremos que não. O fato é que a Lei n. 9.717/98 prescreveu uma uniformização de regras para os regimes de previdência dos servidores públicos dos entes federativos até então inexistente, e a adequação desses entes à nova legislação, notadamente no que se refere aos municípios, encontra dificuldades. Assim, a complexidade administrativa dos RPPS, bem como a necessidade de observância rigorosa aos aspectos do equilíbrio financeiro e atuarial, poderá indicar como melhor opção ao município a extinção do Regime Próprio, que deverá ocorrer mediante lei, nos termos do art. 6º, IX, da Lei n. 9.717/98. Nessa hipótese, os servidores deverão, necessariamente, ser vinculados ao RGPS, matéria também tratada na Portaria MPAS n. 4.992/99, em seu art. 21, parágrafo único.¹³

¹³ “Art. 21. No caso de extinção de regime próprio de previdência social, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios assumirão integralmente a responsabilidade pelo pagamento dos benefícios concedidos durante a sua vigência, bem como daqueles benefícios cujos requisitos necessários a sua concessão foram implementados anteriormente à extinção do regime próprio de previdência social.
Parágrafo único. A vinculação dos servidores ao RGPS é obrigatória para o ente estatal que extinguir seu regime próprio de previdência social.”

Pode-se, assim, concluir a questão da seguinte forma: a criação de RPPS em municípios pequenos pode não ser a opção mais adequada, considerando as exigências legais, que pretendem, na realidade, a instituição de planos de previdência consistentes, organizados em equilíbrio financeiro e atuarial e capazes de arcar com os benefícios previstos em lei. Por outro lado, a alternativa anteriormente utilizada – o pagamento de benefícios previdenciários mediante consórcio entre entes da federação – não encontra previsão legal. Serão os servidores públicos do município sem RPPS, portanto, filiados ao RGPS, o que, se de um lado significa a transferência ao INSS do ônus sobre os futuros benefícios a serem concedidos, de outro implica o repasse àquele Instituto das contribuições calculadas sobre a folha de pagamento, da mesma forma como efetuado pelo setor privado.

Por fim, cabe ressaltar que o postulado do § 1º do art. 149 da CR/88, com a redação dada pela EC n. 41/03, ao estabelecer que Estados, Distrito Federal e Municípios **instituirão** contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do RPPS, isso não implica a obrigatoriedade da instituição do Regime Previdenciário, mas significa que, caso seja instituído, não poderá cobrar dos servidores alíquota inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União. O destaque é para o caráter **contributivo** do RPPS, caso ele exista.

3.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os regimes previdenciários que compõem o sistema público de previdência do Brasil apresentam características distintas, que se destacam a partir da origem de cada um e de acordo com a forma como se estruturaram ao longo do tempo. O RGPS, chamado de “previdência dos trabalhadores do setor privado”, firmou-se como resultado de institucionalização de um processo de iniciativa das categorias de trabalhadores, que se organizaram, primeiro, em Caixas de Assistência, e, depois, em Institutos de Aposentadoria e Pensão, para, após, filiarem-se compulsoriamente ao INPS, enquanto órgão responsável pela concessão de benefícios previdenciários, vinculado à Administração Pública Federal.

Estruturado, hoje, de acordo com o que dispõe o art. 201 da Constituição da República, o RGPS é gerido pelo INSS, autarquia pertencente à União. Aqui, cabe chamar a atenção para o fato de que o trabalhador do setor privado sempre contribuiu para a previdência, aí incluída a contribuição para a concessão de aposentadoria.

O servidor público, por outro lado, no início de sua trajetória pela conquista da proteção estatal, estabeleceu com o Estado uma relação calcada pelo patrimonialismo, portanto distinta daquela existente entre empregador e empregado do setor privado. O recebimento de aposentadoria pelo servidor e pensão a seus dependentes era visto como retribuição aos serviços prestados ao Estado, em caráter de lealdade e subserviência. Assim, por muito tempo os servidores contribuíram somente para o recebimento de pensão por morte e assistência médica quando essa era vinculada à previdência social. Não havia contribuição específica

para a aposentadoria. Destaca-se que os trabalhadores filiados ao RGPS, ao se aposentarem, perdem o vínculo com o empregador e passam a receber o benefício do INSS. O servidor público, ao contrário, enquanto segurado de RPPS, continua a ter sua remuneração paga pelos cofres públicos, sob a denominação de proventos.

No Estado de Minas Gerais, somente em 1996 foi editada a Lei n. 12.278, de 29/7/96, que estabeleceu a contribuição denominada “custeio de aposentadoria” para os servidores públicos, a qual teve sua cobrança iniciada em abril de 1997, conforme regulamentação efetuada pelo Decreto n. 38.734, de 7/4/97. A contribuição previdenciária do servidor público do Estado de Minas Gerais, nela considerada o custeio de pensão e aposentadoria, é hoje regulada pela LC n. 64/02, já mencionada.

4 O SISTEMA PÚBLICO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL E SUA SUSTENTABILIDADE FINANCEIRA

4.1 O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

Em busca da origem da idéia de solidariedade, Farias (1998) afirma que já antes da Revolução Francesa era notável a preocupação do Estado em prestar ajuda àqueles que passavam por necessidades, denominada, na ocasião, de *socorro público*. Na França anterior a 1792, encontraremos, em matéria de ajuda social, somente textos pontuais e transitórios, relativos a danos causados pela guerra. O art. 21 da *Declaração de Direitos* francesa inovou ao prever que “os socorros públicos são uma espécie de dívida sagrada. A sociedade deve a subsistência aos infelizes, seja lhes dando trabalho, seja assegurando os meios de existência àqueles que não podem trabalhar” (FARIAS, p. 188).

Entretanto, afirma o autor que somente no fim do século XIX é que o discurso em torno da solidariedade consegue separar-se da noção de “caridade” ou “filantropia”, passando a situar-se como uma nova maneira de pensar não só a relação indivíduo-sociedade, mas também aquela instituída entre indivíduo-Estado. A partir dessa época é que a lógica da solidariedade supera um simples sistema de proteção social para firmar-se como um fio condutor indispensável à concretização das políticas sociais. Nesse sentido, é construído o que o autor denomina “discurso solidarista”, baseado em uma visão orgânica da sociedade, pois, segundo Leon Bourgeois, a sociedade “não é um ser isolado, tendo fora dos indivíduos que a

compõem uma existência real e podendo ser o sujeito de direitos particulares e superiores ao direito dos homens” (FARIAS, 1988, p. 191).

Não pode deixar de ser destacado que o nascimento do discurso solidarista foi condicionado pela crise do Estado Liberal, decorrente das transformações sociais e econômicas da segunda metade do século XIX, que mostraram que somente as leis de funcionamento do mercado não seriam capazes de assegurar o crescimento financeiro dos Estados, acompanhado do devido desenvolvimento social.

Por outro lado, a solidariedade, compreendida em sentido amplo, não pode ser unicamente associada à existência de um Estado intervencionista. A solidariedade, enquanto prática jurídica, busca a conciliação do coletivo e do individual, pois seu objetivo é apontar soluções para um dos principais problemas da sociedade contemporânea: como ajustar o desejo de liberdade do homem à autoridade, agora não somente exercida pelo Estado, mas também pelos outros grupos sociais nos quais o indivíduo está inserido. Ou, então: como é possível estabelecer uma unidade (ou integração social) entre os homens em uma sociedade pluralista, em uma sociedade de massas em que prevalece a tendência ao isolamento.

No Brasil do final do século XIX e início do século XX, o discurso solidarista está presente nas obras de Rui Barbosa, Tobias Barreto e Joaquim Nabuco.

Destacando Rui Barbosa, Farias (1998, p. 191-192) chega a afirmar que este jurista negou o individualismo jurídico ao defender um programa de políticas públicas que envolviam questões sociais como “casa de operários, instrução popular, higiene pública, acidentes de trabalho, trabalho de menores, horas de trabalho, seguro operário, higiene nas fábricas, condição das mães operárias, igualdade entre os sexos perante o trabalho, salário mínimo, etc.”

Ainda segundo Rui Barbosa Farias, a extensão, cada vez maior, dos direitos sociais é responsável pela transformação nas noções jurídicas do individualismo. Defende, também, a tese de que a esfera do indivíduo tem como limite, inevitável, a coletividade.

Durkheim já havia destacado o tema da solidariedade em sua obra *Da Divisão do Trabalho Social*, de 1893. Segundo o sociólogo, a divisão do trabalho levaria à cooperação, uma vez que quanto mais especializados os indivíduos, mais estreita a sua dependência da sociedade, correspondendo à instituição de uma forma de solidariedade denominada “orgânica”, que “cria entre os homens todo um sistema de direitos e deveres que os ligam uns aos outros de maneira duradoura” (DURKHEIM, 1999, p. 429). A solidariedade orgânica pressupõe a sociedade como sistema de funções inter-relacionadas, em relação ao qual o indivíduo é dependente, como integrante das partes que a compõem. Já a solidariedade “mecânica” deriva da consciência coletiva do grupo do qual os indivíduos fazem parte – o indivíduo concebe a sociedade como um conjunto de crenças e sentimentos comuns. Um exemplo são as normas do Direito Penal, que revelam condutas por todos consideradas como antagônicas aos interesses gerais da sociedade e, uma vez tipificadas como crimes, são punidas com sanções.

Pode-se afirmar que as primeiras medidas de proteção social coletivas surgiram da solidariedade orgânica, na medida em que grupos de pessoas que exerciam a mesma atividade identificaram-se entre si e buscaram o mesmo fim, resultando no aparecimento do sistema de seguros sociais. Assim é que Farias (1998) denomina a sociedade seguradora como a mais perfeita expressão do discurso solidarista, sociedade na qual se pretende estabelecer um vasto sistema de

seguro coletivo, amparado pelo dever de solidariedade, com o intuito de reparar as conseqüências da ocorrência de certo número de riscos sociais.

Na Constituição da República de 1988, a solidariedade é um princípio consubstanciado no art. 3º, estando destacado como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil “construir uma sociedade livre, justa e **solidária**”.

A questão importa especificamente à previdência social, no que tange à organização do sistema público de previdência. Alguns autores chegam a afirmar¹⁴ que a noção de previdência social está intrinsecamente ligada à de solidariedade, considerando que a previdência só existe quando a sociedade, como um todo, presta solidariedade a cada um dos cidadãos de que dela necessitem.

Nesse sentido é que se torna necessário fazer a distinção entre as duas formas de financiamento da previdência social. Como será visto a seguir, no regime de repartição simples está clara a prevalência da noção de solidariedade. Já o regime de capitalização, baseado em contas individuais capitalizadas, representa uma inovação em termos de previdência social pública. A opção por este sistema, em um primeiro momento, apresenta-se como uma solução para o problema de solvência da previdência, mas, por outro lado, minimiza a responsabilidade do Estado, pela garantia da previdência social, e confere ao cidadão um poder de escolha em relação ao qual, veremos, ele deverá estar devidamente preparado.

¹⁴ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2002.

4.2 FORMAS DE FINANCIAMENTO – REPARTIÇÃO SIMPLES E CAPITALIZAÇÃO

4.2.1 Considerações iniciais

A questão relativa à forma de financiamento da previdência social tornou-se relevante diante das dificuldades financeiras enfrentadas pelos sistemas de previdência de vários países. O envelhecimento da população é forte tendência em todo o mundo, o que tem contribuído para a criação de um ambiente que favorece os estudos referentes à reestruturação de programas nacionais de aposentadoria, com o intuito de tornar os benefícios mais acessíveis e justos.

A sustentabilidade financeira do sistema previdenciário é fator determinante para que ele se mostre confiável perante seus segurados, garantindo a atuação do sistema por dezenas, até centenas de anos, pois o ideal é que as expectativas dos cidadãos, no que se refere ao pagamento dos benefícios, estejam fortalecidas por anos, ou melhor, gerações.

Não descartando a atuação do Estado, que deverá ser efetiva quanto à regulação da previdência social, é importante destacar que a credibilidade advém, antes de tudo, da solvência do sistema, garantida pelo equilíbrio entre o apoio aos idosos e a capacidade dos que estão em plena capacidade laboral de pagar tal apoio. Assim, quanto à forma de financiamento da previdência social, são descritos aqui dois modelos de sistemas previdenciários: de um lado, aquele organizado sob a

forma de repartição simples; do outro, o sistema de capitalização, em relação ao qual será destacado, a título de exemplo, o modelo adotado pelo Chile.

4.2.2 Repartição simples

O modelo de repartição simples é denominado “clássico” no que se refere à forma de sistema contributivo para organização da previdência social. Não há dúvida de que este modelo está assentado sob o ideal de solidariedade, pois as contribuições, geralmente estruturadas em três pilares – recolhidas dos trabalhadores, empregadores e do Estado –, são vertidas para um **fundo único**, de onde saem todos os recursos para a concessão dos benefícios previstos em lei. Este é o modelo utilizado no Brasil, conforme determina o art. 201 da Constituição da República.

Segundo o modelo de repartição simples, não há formação de poupança individual visando ao custeio dos benefícios, pois o que rege esse modo de financiamento é o princípio da *solidariedade intergeracional*. Isso significa que a atual geração de trabalhadores em atividade financia o pagamento dos proventos dos que já se encontram aposentados. É por meio das contribuições dos ativos que são apurados os recursos para o pagamento de aposentadorias e pensões, o que torna imprescindível que a base de financiamento do sistema seja equilibrada em relação ao número de beneficiários e o montante de seus proventos.

A compulsoriedade da contribuição também é entendida como inserida no ideal de solidariedade. O objetivo é evitar o efeito danoso causado diante da

ausência de prevenção, por parte do cidadão, de suas necessidades econômicas futuras. Se cada indivíduo pudesse decidir pelo recolhimento ou não para o fundo previdenciário, romperia com o princípio da solidariedade.

Segundo o sistema de repartição simples, não há correlação imediata entre a contribuição individual atual e o benefício a ser recebido no futuro, o que significa que a contribuição é variável, mas o benefício é definido. A contribuição é variável porque os cálculos atuariais são refeitos no decorrer do tempo, à medida que a população envelhece. Já os benefícios são regulamentados por lei, geralmente estabelecendo valores mínimo e máximo, bem como fórmulas para seu cálculo.

Considerando a solidariedade que rege o sistema de repartição simples, os atuais participantes se beneficiam com as contribuições daqueles segurados que se desligam do sistema antes de completar o período necessário para a concessão da aposentadoria. Não é possível recebimento de benefício proporcional e não há *portabilidade*, que é a possibilidade de transferência de valores depositados para outro plano de benefícios previdenciários.

4.2.3 Capitalização

No sistema de capitalização não há a participação, quanto ao financiamento, dos empregadores ou do Estado. Cada trabalhador é responsável pela escolha de um plano previdenciário oferecido pelo mercado financeiro, no qual há a formação de uma poupança individual em contas capitalizadas. O plano é de contribuição definida; a taxa de contribuição é fixa, de modo que o benefício a ser recebido é uma

parcela cujo valor, dadas a expectativa de vida e a taxa de juros, é determinado apenas pelo tamanho da acumulação para a aposentadoria no decorrer da vida. Nos planos de capitalização não há a solidariedade intergeracional, pois a contribuição do segurado financia somente os seus próprios benefícios. Diferentemente do regime de repartição simples, no qual, como foi dito, o valor da contribuição não guarda correlação direta com o valor do benefício a ser recebido no futuro, no regime de capitalização o valor da contribuição determina o valor do benefício a ser pago, calculado com base em uma equação estritamente financeira. Dessa forma, não há, como no regime de repartição, forma de o fundo se apropriar de sobras atuariais individuais, decorrente de contribuições daqueles que, por algum motivo, contribuíram para o fundo previdenciário, mas não se aposentaram. Entretanto, a organização do sistema em contas individuais torna a portabilidade perfeitamente possível.

O cidadão deverá escolher para qual fundo previdenciário será vertida a sua contribuição, considerando, entre as companhias atuantes no mercado financeiro, aquela que oferece as melhores condições em relação ao fundo administrado, considerando não só a rentabilidade, mas também outros fatores, como o valor da taxa de administração.

Analisando a reforma empreendida pelo Chile, seremos capazes de compreender de forma mais clara o funcionamento dos planos de capitalização.

4.3 O EXEMPLO DO CHILE

O Chile, no início da década de 1980, efetuou a mudança do regime de financiamento do sistema de previdência, passando da repartição simples para um sistema totalmente capitalizado. Isso significa que a previdência foi privatizada, pois há somente a contribuição dos trabalhadores. Inexiste contribuição do empregador e do governo. As AFPs – *Administradoras de Fondos de Pensiones* – são responsáveis pela gestão da poupança obrigatória dos trabalhadores, em contas individuais e capitalizadas. A contribuição para uma AFP permite o acesso ao seguro (benefício previdenciário) e ao atendimento à saúde. O Estado exerce, contudo, função de regulação, a cargo da *Superintendência de Administradoras de Fondos de Pensiones*. A atuação de uma instituição encarregada de regular e inspecionar a esfera da previdência faz parte do processo de mudança, favorecendo o aumento da confiança no novo sistema, uma vez que são cobrados, entre outros procedimentos, a apresentação padronizada das informações, a segurança na manutenção dos registros, a coleta de dados sobre o investimento e o custo administrativo da previdência.

O trabalhador chileno pode escolher de qual plano de previdência fará parte e em qual fundo estará vinculado. Entretanto, há a garantia de pensão mínima por parte do Estado, buscando proteger os contribuintes dos fundos cujos desempenhos foram ruins, ou mesmo em razão de uma eventual falência da companhia. Assim, um trabalhador que recebe uma pensão baixa poderá tê-la elevada até o nível de garantia. Note-se que a idade mínima de aposentadoria é de 60 (sessenta) anos para as mulheres e de 65 (sessenta e cinco) para os homens.

Não se pode ignorar o fato de o Estado garantir um valor mínimo ao benefício (após 20 anos de contribuição), o que significa que a previdência, ainda que privada, não deixou de situar-se dentro da perspectiva de assistência social. Contudo, no sistema previdenciário chileno não há que se falar em solidariedade. O plano previdenciário baseia-se no sistema de contribuição definida, e é individualista – não há redistribuição da contribuição daqueles com maior capacidade contributiva para os de menor capacidade, e nem entre gerações. As pensões são indexadas aos preços, e não aos salários.

Outro ponto que merece destaque é em relação à rentabilidade média dos fundos de previdência, que está sujeita, ainda que não apenas, às condições econômicas do país. No Chile, a rentabilidade foi melhor quando da implantação dos planos, na década de 1980, e assumiu patamares mais baixos na década de 1990. Outros fatores que interferem diretamente sobre esse aspecto dizem respeito às características de elaboração do sistema. Como no Chile há o benefício mínimo garantido, as pessoas tendem a sacar parte da rentabilidade do fundo após vinte anos de contribuição, já que a manobra é permitida. Assim, há a possibilidade de saque até o valor em relação ao qual entra a garantia do governo.

Uma observação importante a fazer é que a mudança para o sistema de capitalização exige que o país consiga arcar com os custos da transição. Nesse sentido, são considerados os custos com as aposentadorias de pessoas mais velhas, que permaneceram no sistema antigo, o custo com a garantia do valor mínimo do benefício e os gastos com arranjos atrativos, capitalizados pelo governo, visando à passagem dos trabalhadores do plano de repartição simples para o novo plano. Cabe destacar que a redução do gasto estatal somente será verificada no longo prazo, pois se as contribuições dos trabalhadores passam a ser vertidas para

contas individuais capitalizadas, essas não podem ser usadas para pagar as pensões de pessoas mais velhas. No Chile, a transição foi favorecida pela situação econômica do país, que realizou essa mudança em um momento em que o orçamento do governo operava com um superávit de mais de 5% (cinco por cento) do PIB. Outro fator que merece destaque é que, como contrapartida à mudança de sistema de custeio da previdência social, considerando que não há mais a participação do Estado, os impostos sobre a folha de pagamento no Chile caíram de 19% para 13%.

Cabe ressaltar que em um sistema plenamente capitalizado de contas individuais é visível a certeza de recebimento de um benefício previdenciário, mas o patamar desse benefício, se suficiente para a garantia de uma renda adequada na aposentadoria, permanece uma incógnita. O ideal seria que o trabalhador, ao escolher participar de um fundo de pensão e a ele filiar-se, estivesse ciente dos riscos inerentes ao setor financeiro, o que geralmente não ocorre, visto que a maioria não tem contato prévio com esse setor, no que se refere às rendas e prejuízos que podem ocorrer no mercado de capital.

Em 2002, a Lei n. 19.795, de 28/2/02, conferiu nova feição ao Sistema de Pensões chileno ao ampliar para cinco o número de fundos de pensão administrados por cada AFP (anteriormente eram somente dois). O esquema de “Multifondos”, como ficou conhecido, teve como principal objetivo possibilitar aos segurados o investimento em uma carteira de ativos financeiros cuja rentabilidade, vinculada ao fundo de pensão, está associada ao horizonte de contribuições do filiado, permitindo elevar o valor do benefício. Assim, segurados mais jovens podem preferir um fundo de pensão com maior risco, que conferirá, certamente, maior retorno financeiro. Por outro lado, filiados mais velhos, que em breve receberão o

benefício, podem preferir um fundo de risco mínimo. O sistema de multifundos resultou na obrigação de os filiados buscarem maiores informações acerca do desempenho de seus fundos, o que pode resultar em melhoria na atuação dos administradores, ao mesmo tempo em que pode vir a fazer com que seus filiados se sintam ativos participantes da administração de seus fundos. Entretanto, segurados que não selecionam o fundo são direcionados para fundos específicos: os mais jovens para fundos em que predomina o investimento em renda variável e os mais velhos para fundos de renda fixa. Pode-se inferir, analisando-se as mudanças na forma de organização dos fundos de pensão, que a implantação do “sistema multifundos” reflete a preocupação do governo chileno com as escolhas do cidadão diante de uma previdência social totalmente capitalizada.

Por fim, é possível afirmar que a transição no Chile de um sistema de repartição simples para o sistema de capitalização não causou os benefícios esperados para o mercado de trabalho, principalmente no que se refere ao aumento do número de trabalhadores que contribuem regularmente para a previdência social. Esperava-se que o novo sistema, ao criar um vínculo mais forte entre contribuições pagas e benefícios de aposentadoria recebidos, bem como reduzir o custo de contratação do setor formal, fato que realmente ocorreu, com a redução dos impostos, atrairia a participação de maior número de trabalhadores ao novo sistema previdenciário. Entretanto, a parcela de trabalhadores filiados que contribuem regularmente para suas contas individuais tem caído efetivamente. Houve até uma redução da taxa de cobertura, que, em 1975, antes da transição, de 71,2% dos trabalhadores passou para 63,6% em 2000.

Passados pouco mais de vinte anos da mudança empreendida pelo Chile, têm-se observado, ademais, que a garantia de um benefício mínimo por parte do

Estado, de caráter assistencial, pode ser um desestímulo para que trabalhadores demasiadamente pobres de países em desenvolvimento participem de sistemas previdenciários contributivos. A poupança com fins previdenciários não faz parte das escolhas de uma família com renda familiar reduzida, na qual o consumo de hoje tem prioridade sobre o consumo de amanhã, que dirá em relação a um futuro que se imagina distante... O fato pode ser constatado analisando-se dados coletados no Chile e também na Argentina,¹⁵ que apontam para o aumento das taxas de adesão nos sistemas previdenciários à medida que aumenta a faixa de renda dos beneficiários.

4.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Feita a distinção entre as duas formas de financiamento da previdência social e apresentada a reforma empreendida pelo Chile, é possível chegarmos a algumas conclusões.

A primeira é o enfraquecimento da tese que aponta a transição para o sistema de capitalização como a solução para a crise da previdência em vários países, sob o argumento de que o crescimento econômico é favorecido após a implementação do sistema de capitalização, que causaria a expansão do mercado de capital. BARR (1999), estudioso da *London School of Economics e Politics*, do Reino Unido, afirma

¹⁵ Segundo Holzmann, Packard e Cuesta em “Ampliação da Cobertura em Sistemas Previdenciários Multi-Pilar: Limitantes e Hipóteses, Evidências Preliminares e Agenda de Pesquisa Futura” (1999) foram utilizadas pesquisas domiciliares realizadas pela CASEN (Chile) e ERS (Argentina) em 1996 e 1997.

ser a ampliação do mercado um componente de crescimento apenas. Por si só, essa ampliação não pode ser apontada como uma solução. Ademais, não se pode esquecer de que o objetivo básico de um sistema previdenciário não é promover o desenvolvimento econômico de um país, mas, primordialmente, oferecer garantia de renda àqueles que chegam à velhice.

A segunda diz respeito à dificuldade de operacionalização dos planos de previdência capitalizados pelo cidadão comum. Os planos capitalizados estão diretamente atrelados ao mercado financeiro e seus riscos, em relação aos quais o cidadão, de maneira geral, não detém informações claras. O fato de esse cidadão poder usufruir o “benefício da escolha” é positivo, porém a escolha exige um bom nível de informação por parte do segurado. O funcionamento da previdência é de difícil compreensão. Assim, os cidadãos têm poder limitado no mercado previdenciário, no que se refere a uma força para negociação com os provedores, o que poderia significar pressão por melhorias após a adesão a um plano. Não poderia deixar de se destacar, ainda, a noção prevalecente em países em desenvolvimento de que um capital “investido” é um capital seguro, mesmo que seja improvável que o investidor diga, de pronto, qual a sua real rentabilidade. Previdências organizadas sob o sistema de capitalização exigem que tanto o governo quanto os cidadãos estejam bem informados sobre operações do mercado financeiro. Daí, como já destacado, a importância da regulamentação restritiva por parte dos governos.

O terceiro ponto que merece destaque é a idéia de que o vínculo direto existente entre previdência capitalizada e mercado financeiro atribui somente a esse “mercado” a responsabilidade pelo desempenho dos planos de previdência. Previdências organizadas sob o sistema de capitalização enfrentam problemas semelhantes aos dos planos de repartição simples. A diferença é que para os que

defendem a transição para o regime de capitalização como uma solução para a solvência da previdência social é preferível que os cidadãos entendam a má rentabilidade que o plano possa apresentar como resultante das condições do mercado financeiro e desligada de decisões políticas. Ocorre que os planos de capitalização não estão necessariamente mais desvinculados das ações do governo que os de repartição simples. Na realidade, o aprofundamento do mercado de capital, atribuído, em parte, à introdução da capitalização dos planos de previdência, também parte de uma regulamentação desse mercado por parte do governo. Ademais, vale lembrar que ações do governo podem diretamente afetar os planos capitalizados, quando, por exemplo, diminui os privilégios tributários a eles concedidos. O fato é que a ineficiência do governo é mais notada nos planos de repartição simples, construídos, muitas vezes, sobre promessas irresponsáveis. No entanto, não se deve esquecer de que os planos de capitalização também são vulneráveis, pois não é somente a classe política que pode prometer mais do que é possível fazer. As administradoras dos fundos estão sujeitas às adversidades derivadas da dinâmica das operações do setor privado.

Ainda considerando a ação governamental nos planos de capitalização, não poderíamos deixar de apontar para o fato de que esses planos não extinguem a pressão política que o cidadão exerce sobre o governo em caso de maus resultados ou, mesmo, falência de uma companhia. Analisando, analogicamente, o socorro financeiro que o governo federal do Brasil tem prestado a instituições bancárias privadas, é possível pressupor que no Brasil a reparação de prejuízos causados por um fundo de previdência aos cidadãos seria entendida como uma garantia implícita a ser arcada pelo Estado. Também deve ser lembrado o fato de que a maioria dos fundos de previdência mantém grande parcela de seus bens em títulos bancários.

Isso significa que a falta de confiança no sistema financeiro pode enfraquecer o fundo, ao mesmo tempo em que alimentaria maior expectativa quanto ao papel de proteção do Estado em face do desempenho dos planos capitalizados. Neste ponto, é preciso destacar que um sistema de previdência totalmente capitalizado conta com outras instituições para seu efetivo desempenho, como bancos, seguradoras e agências de regulação, as quais devem gozar de credibilidade por parte do cidadão.

A discussão sobre a forma de financiamento da previdência social não deverá, ademais, deixar a errônea impressão de que o sistema de repartição simples seria o responsável pela “crise da previdência”, situação na qual, necessariamente, o déficit é coberto pelo Estado. Deve ser ressaltado o caráter eminentemente social e coletivo do sistema de repartição. Contudo, a solidariedade entre gerações, característica do regime de repartição, não deve ser compreendida como medida de assistência social, desvinculada de qualquer compromisso com a solvência do sistema previdenciário. A previdência social pública, entendida como *“espécie de seguro coletivo, público, compulsório e mediante contribuição”*, como sucintamente a definiu Marcelo Leonardo Tavares, pressupõe solvência, qualquer que seja a forma de financiamento adotada. A questão reside em realizar cálculos atuariais realistas, os quais deverão ter acompanhamento constante por especialistas, sendo atualizados de acordo com o envelhecimento dos filiados e com os riscos sociais abrangidos. É necessário, ainda, maior transparência e efetividade da Administração Pública no controle das contribuições, inclusive da parte patronal. O regime também não deverá deixar espaço para o pagamento de benefícios sem a contrapartida da contribuição, como aconteceu no Brasil com os trabalhadores rurais filiados ao RGPS antes de 1991 (Lei n. 8.213/91, art. 55, § 2º e art. 143). Note-se que o art. 201

da Constituição da República, com a redação dada pela EC n. 20/98, estabeleceu que o regime será de *caráter contributivo*.

É possível afirmar, sem sombra de dúvida, que um governo efetivo é essencial para o adequado desempenho de um plano de previdência, qualquer que seja a abordagem recebida pela previdência social. Mesmo nos sistemas de capitalização deverão ser analisadas a capacidade do setor privado e a capacidade de o governo sustentar a organização da previdência. O papel do Estado não pode ser retirado da previdência, ainda que esta esteja submetida às leis do mercado.

O estudo dos sistemas de repartição simples e capitalização é adequado quando se pretende compreender a previdência em um contexto de constantes reformas. Entretanto, a questão é pequena se situada no debate relativo à previdência social. Repartição simples e capitalização são diferentes instrumentos financeiros utilizados como forma de financiamento da previdência social, que tem o objetivo específico de proteger o cidadão que exerce uma atividade remunerada, diante dos riscos decorrentes da perda de condições para prover seu próprio sustento. A reforma empreendida no Chile deixa claro que, ainda que se fale em “privatização da previdência”, o papel do Estado está presente, não só na função de regulação, mas também como garantidor de um benefício mínimo caso o fundo não tenha bom desempenho e a conta capitalizada não gere o benefício no patamar esperado.

Analisando-se a questão em termos globais, considerando-se as importantes diferenças econômicas entre países, bem como o contexto histórico e político, se a questão será a reforma previdenciária, um governo eficiente é o ponto de partida para que persista a variedade de escolhas quanto à melhor forma de financiamento para se alcançar os fins almejados pela previdência social.

Outro ponto que merece destaque é o controle social, pois a solvência do sistema previdenciário deve ser também debatida pela sociedade, a quem a previdência se destina diretamente. A busca do equilíbrio fiscal pode resultar em restrição de direitos. Entretanto, essa restrição pode ser compreendida em um contexto de compatibilização entre o social e o fiscal ou entre o interesse individual e coletivo.

A tarefa de buscar a concretização do ideal de previdência social adequado ao Estado Democrático de Direito não é fácil: previdência social equilibrada, com bons resultados para a Administração Pública, que detém recursos para pagar benefícios; para os segurados, que contribuem com segurança e previsibilidade; e para a sociedade, que, ao buscar proteger os cidadãos ante os riscos que porventura venham a sofrer, promove a estabilidade social.

5 AS REFORMAS PREVIDENCIÁRIAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

5.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Entendido o sistema público de previdência, bem como sua forma de organização, necessário será situá-lo no contexto das emendas constitucionais que provocaram, muito recentemente, a sua reestruturação.

Vimos o desenvolvimento do RGPS e do RPPS no intuito de firmarem-se como institutos de proteção social, organizados conforme, essencialmente, a filiação compulsória e o custeio mediante contribuição de segurados, empregadores e o Estado.

O processo de reforma constitucional e legislativa, que vem atingindo diretamente a estrutura previdenciária brasileira, iniciou-se com a EC n. 20, de 15/12/1998, para, cinco anos após, ampliar-se por meio da EC n. 41, de 19/12/2003. Recentemente, pequenas alterações foram realizadas pela EC n. 47, de 5/7/2005.

As mudanças atingem, principalmente, os arts. 40 e 201 da Constituição Federal, como se pode observar no subitem seguinte.

5.2 O SISTEMA PÚBLICO DE PREVIDÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 EM SUA REDAÇÃO ORIGINAL

A redação original do art. 201¹⁶ da CR/88 é sucinta. Pode-se observar que o *caput* do artigo não menciona o RGPS; apenas se refere a “planos de previdência”, os quais atenderão, mediante contribuição, os benefícios listados. A aposentadoria, por sua vez, era tratada no art. 202,¹⁷ com benefício calculado sobre a média dos **36 (trinta e seis) últimos salários** de contribuição, corrigidos monetariamente mês a mês, e tomando como parâmetro o **tempo de trabalho** dos segurados. Existia, ainda, a possibilidade de concessão de aposentadoria **proporcional**, após trinta anos de trabalho ao homem e após vinte e cinco à mulher. A aposentadoria por idade, devida aos 65 (sessenta e cinco) anos para o homem e aos 60 (sessenta) para a mulher, encontrava previsão no inciso I do art. 202, podendo ser reduzida

¹⁶ “Art. 201. Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a:
I – cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte, incluídos os resultantes de acidentes do trabalho, velhice e reclusão;
II – ajuda à manutenção dos dependentes dos segurados de baixa renda;
III – proteção à maternidade, especialmente à gestante;
IV – proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;
V – pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, obedecido o disposto no § 5º e no art. 202.
[...].”

¹⁷ Art. 202. É assegurada aposentadoria, nos termos da lei, calculando-se o benefício sobre a média dos trinta e seis últimos salários de contribuição, corrigidos monetariamente mês a mês, e comprovada a regularidade dos reajustes dos salários de contribuição de modo a preservar seus valores reais e obedecidas as seguintes condições:
I – aos sessenta e cinco anos de idade, para o homem, e aos sessenta, para a mulher, reduzido em cinco anos o limite de idade para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, neste incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal;
II – após trinta e cinco anos de trabalho, ao homem, e, após trinta, à mulher, ou em tempo inferior, se sujeitos a trabalho sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidas em lei;
III – após trinta anos, ao professor, e, após vinte e cinco, à professora, por efetivo exercício de função de magistério.
[...].”

essa idade em 5 (cinco) anos para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerciam suas atividades em regime de economia familiar, neste incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal. No inciso III, havia a previsão de aposentadoria após 30 (trinta anos) de efetivo exercício de função de magistério para o homem e após 25 (vinte e cinco) para a mulher.

No que se refere aos servidores públicos, o art. 40 da Constituição Federal, em sua redação original, refletia a simplicidade no tratamento da questão previdenciária até então. O *caput* do art. 40 continha apenas a expressão “o servidor será aposentado”, vindo em seguida as hipóteses de aposentadoria então vigentes, todas tomando por base para a sua concessão somente o requisito *tempo de serviço*.¹⁸ Os proventos de aposentadoria do servidor público eram concebidos como uma mera extensão da remuneração recebida em atividade, sem qualquer preocupação com a forma de custeio.

¹⁸ “Art. 40. O servidor será aposentado:

I – por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrentes de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, e proporcionais nos demais casos;

II – compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço;

III – voluntariamente:

a) aos trinta e cinco anos de serviço, se homem, e aos trinta, se mulher, com proventos integrais;

b) aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais;

c) aos trinta anos de serviço, se homem, e aos vinte e cinco, se mulher, com proventos proporcionais a esse tempo;

d) aos sessenta e cinco anos de idade, se homem, e aos sessenta, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.

§ 1º Lei complementar poderá estabelecer exceções ao disposto no inciso III, “a” e “c”, no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas.

§ 2º A lei disporá sobre a aposentadoria em cargos ou empregos temporários.

§ 3º O tempo de serviço público federal, estadual ou municipal será computado integralmente para os efeitos de aposentadoria e de disponibilidade.

§ 4º Os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei.

§ 5º O benefício da pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, até o limite estabelecido em lei, observado o disposto no parágrafo anterior.”

Procurando compreender, a partir da redação original da CR/88, as mudanças ocorridas em relação à regulação do regime de previdência dos servidores públicos, cabe destacar que havia, em síntese, a previsão dos seguintes benefícios:

- aposentadoria voluntária por tempo de **serviço**;
- aposentadoria voluntária **proporcional** por tempo de **serviço**;
- redução de 5 (cinco) anos de tempo de serviço para a concessão de aposentadoria integral ao professor(a);
- princípio da **paridade** dos proventos da inatividade com a remuneração dos servidores ativos;
- **pensão por morte igual aos vencimentos** do servidor falecido (caso haja o evento morte ainda em atividade) **ou aos proventos** (caso em que o servidor falecido se encontrava aposentado).

De maneira geral, essas garantias significavam um mínimo de mudanças na situação financeira do servidor quando da passagem para a inatividade, que ocorria após o cumprimento do requisito do tempo de serviço, sem qualquer menção em relação à idade mínima. Os proventos correspondiam à integralidade da remuneração do cargo em que ocorria a aposentadoria ou, ainda que calculados de forma proporcional, significavam fração do valor total da remuneração, sempre tomado como referência. O regime é, portanto, de aposentadoria com benefício definido. Quanto à contribuição, essa incide sobre a remuneração bruta total do servidor e variável no decorrer da atividade funcional. Quanto à forma de custeio, somente em 1993, com a edição da EC n. 3, foi acrescentado o § 6.º ao art. 40 estabelecendo que as aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais

seriam custeadas com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores.

5.3 REFORMAS INTRODUZIDAS PELA EC N. 20/98

A Emenda à Constituição Federal n. 20, de 15/12/98, introduziu mudanças profundas no Regime Geral de Previdência e no Regime dos servidores públicos.

Quanto ao RGPS, inicialmente cabe citar o inciso XI do art. 167, incluído pela EC n. 20/98, que tenta garantir a adequada destinação da receita previdenciária, ao vedar a utilização dos recursos provenientes das contribuições sociais do empregador e de segurados da previdência social para a realização de despesas distintas do pagamento de benefícios do RGPS. Outro dispositivo incluído pela EC n. 20/98, § 11 do art. 195, também menciona as contribuições de empregadores e trabalhadores e veda a concessão de remissão ou anistia dessas contribuições para débitos em montante superior ao fixado em lei complementar. Ambos os dispositivos refletem o temor diante da possível edição de medidas generosas por parte do legislador infraconstitucional, considerando situações ocorridas no passado, no qual débitos previdenciários eram dispensados de quitação.

Entretanto, as maiores mudanças ocorreram na redação do art. 201, que foi todo reformulado¹⁹. A nova redação do art. 201 introduz a expressão *Regime Geral e*

¹⁹ “Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)
I – cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

ressalta o caráter de contributividade e obrigatoriedade de filiação ao regime, extirpando do texto constitucional a norma antes prevista no § 1.º do art. 201, que estabelecia, de forma não impositiva, que *qualquer pessoa poderia* participar dos

II – proteção à maternidade, especialmente à gestante; *(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)*

III – proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; *(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)*

IV – salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; *(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)*

V – pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º. *(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)*

§ 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar. *(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)*

§ 2º Nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo. *(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)*

§ 3º Todos os salários de contribuição considerados para o cálculo de benefício serão devidamente atualizados, na forma da lei. *(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)*

§ 4º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei. *(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)*

§ 5º É vedada a filiação ao regime geral de previdência social, na qualidade de segurado facultativo, de pessoa participante de regime próprio de previdência. *(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)*

§ 6º A gratificação natalina dos aposentados e pensionistas terá por base o valor dos proventos do mês de dezembro de cada ano. *(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)*

§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições: *(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)*

I – trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher; *(Incluído dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)*

II – sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal. *(Incluído dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)*

§ 8º Os requisitos a que se refere o inciso I do parágrafo anterior serão reduzidos em cinco anos, para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio. *(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)*

§ 9º Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei. *(Incluído dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)*

§ 10. Lei disciplinará a cobertura do risco de acidente do trabalho, a ser atendida concorrentemente pelo regime geral de previdência social e pelo setor privado. *(Incluído dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)*

§ 11. Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e conseqüente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei. *(Incluído dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)."*

benefícios da previdência social mediante contribuição na forma dos planos previdenciários.

A forma de cálculo dos benefícios deixou de ter previsão constitucional, antes mencionada no art. 202. O cálculo passou a ser feito pela média dos 80% (oitenta por cento) maiores salários de contribuição do período contributivo do segurado e foi instituído o fator previdenciário, que leva como consideração no cálculo do benefício a idade no momento da aposentadoria, a expectativa de sobrevida e o tempo de contribuição, conforme art. 29 da Lei n. 8.213/91, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social. Importante destacar que a expectativa de sobrevida é atualizada sempre que se publicar a tábua de mortalidade.

Dentre os benefícios assegurados pelo RGPS e relacionados pela EC n. 20/98 estão a cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; proteção à maternidade e à gestante; proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, não inferior ao salário mínimo; e salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes de segurados de baixa renda. Esse último ponto significa novidade em relação à redação original da CR/88, que garantia o pagamento do auxílio-reclusão para dependente de qualquer segurado. A questão é relevante se considerarmos que o aludido benefício tem natureza semelhante à pensão por morte, qual seja, substitui os salários daquele que foi recolhido à prisão, tal como daquele que faleceu. A Lei n. 8.231/91 revela essa similitude ao prever em seu art. 80 que o benefício é devido *nas mesmas condições da pensão por morte*, ao dependente do segurado recolhido à prisão que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço.

No que se refere às aposentadorias especiais, a EC n. 20/98 estabeleceu, na nova redação recebida pelo § 1.º do art. 201, a vedação quanto à adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do RGPS, excetos nos casos definidos em lei complementar, relativos às atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. Permaneceu, contudo, nos termos previstos no § 8.º do art. 201, a redução do tempo de contribuição em 5 (cinco) anos para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio (não há a redução para professores universitários).

A regulação do benefício mínimo (nunca inferior ao salário mínimo), a forma de atualização dos salários de contribuição (na forma da lei), a garantia de reajustamento dos benefícios, bem como a incorporação dos ganhos habituais do empregado para fins do cálculo da contribuição previdenciária, são normas já presentes anteriormente. Apenas se apresentam em novas posições no texto constitucional.

Quanto aos tipos de aposentadoria, o § 7.º do art. 201 menciona dois: **por tempo de contribuição**, aos 35 (trinta e cinco) anos de contribuição se homem e 30 (trinta) anos de contribuição se mulher; e **por idade**, que não sofreu alteração: aos 65 (sessenta e cinco) anos se homem e 60 (sessenta anos) se mulher, reduzido em 5 (cinco) anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal. Vale repetir que integra agora o texto constitucional a diretriz do *tempo de contribuição*, como bem define Martinez

(1999, p. 153) “correspondente às mensalidades recolhidas ou devidas, efetiva ou presumidamente aportadas”.

A possibilidade de contagem recíproca de tempo de contribuição na Administração Pública e na atividade privada, rural e urbana, antes prevista no § 1.º do art. 201, passa a ser regra do § 9º, em consonância com a pretensão de universalidade do seguro social, e permite a soma de períodos de trabalho vinculados a diferentes regimes para fins de completar os requisitos necessários para a concessão de benefícios previdenciários.

O § 10 do art. 201, também incluído pela EC n. 20/98, estabelece que a lei disciplinará a cobertura do risco de acidente do trabalho, a ser atendida concorrentemente pelo RGPS e pelo setor privado. O dispositivo significa, na verdade, a desmonopolização do seguro contra acidentes, antes somente a cargo de institutos de previdência, segundo a Lei n. 6.367/76.

A EC n. 20/98 acresceu, também, três artigos à Constituição Federal. O art. 248 estabelece que os benefícios **pagos** pelo órgão responsável pelo RGPS e os não sujeitos ao limite máximo de valor fixado para os benefícios, posto que concedidos antes da fixação do referido teto, observarão os limites fixados no art. 37, XI. O dispositivo deve ser analisado em conjunto com o § 4.º do art. 201, que assegura o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei. Isso significa que mesmo os benefícios que não se sujeitam ao teto remuneratório regulado pelo RGPS estão sujeitos ao limite estabelecido no art. 37, XI, que definia, com a redação dada pela EC n. 20/98, o subsídio dos ministros do Supremo Tribunal Federal como teto para a remuneração recebida pelos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da Administração direta, autárquica e fundacional, de qualquer dos entes

federativos, bem como pelos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos. O teto também se aplica a proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebida cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza.

Já os arts. 249 e 250 prevêm a possibilidade de serem criados fundos de reserva com o objetivo de assegurar recursos para pagamento de proventos de aposentadoria e pensões, em adição aos recursos dos respectivos tesouros, mediante disposição legal. Assim, em relação aos fundos de regimes próprios de previdência, esses são constituídos pelo ente federativo ao qual se vincula o servidor. A União, por sua vez, poderá constituir fundo vinculado ao Regime Geral. Os fundos são integrados pelos recursos provenientes de contribuições, do segurado e patronal, e por bens, direitos e ativos de qualquer natureza.

O impacto da EC n. 20/98 foi maior nos servidores públicos. Todo o art. 40 foi modificado, de forma a apresentar um texto que procurou caracterizar, bem como constituir, um regime de previdência dos servidores públicos. Note-se que a redação do *caput* citava apenas “servidores *titulares de cargos efetivos*”, o que foi utilizado como argumento para excluir os inativos da natureza compulsória da contribuição. O regime de previdência é de *caráter contributivo*; verifica-se a preocupação com o *equilíbrio financeiro* – equilíbrio de curto prazo, dentro do exercício financeiro – e *equilíbrio atuarial* – de longo prazo, visando à sustentabilidade do sistema em relação às futuras gerações.

A expressão *tempo de serviço* foi substituída por *tempo de contribuição*, deixando claro a natureza contributiva do sistema previdenciário. A regra da *integralidade* permaneceu, conforme § 3.º do art. 40, prescrevendo que os proventos de aposentadoria seriam fixados com base na remuneração do servidor no cargo

efetivo em que ocorrer a aposentadoria, correspondendo à totalidade da remuneração. A *paridade*, por sua vez, era a regra do § 8º do mesmo art. 40, significando que a revisão dos proventos de aposentadoria e as pensões na mesma proporção e na mesma data, sempre que houver modificação da remuneração dos servidores em atividade. A paridade é chamada **paridade plena**, uma vez que estende aos aposentados e aos pensionistas não só percentuais de aumento que porventura venham os ativos a receber, mas também as vantagens decorrentes de transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão.

Ainda sobre a fixação de proventos, o § 2º do art. 40 recebeu nova redação, determinando que os proventos não podem exceder a remuneração do respectivo servidor quando em atividade, bem como o valor que serviu de referência para a concessão da pensão.

Assim, pode-se enumerar como principais alterações introduzidas pela citada emenda a maioria constante da nova redação recebida pelo art. 40:²⁰

²⁰ “Art. 40 – Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma do § 3º:

I – por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei;

II – compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição;

III – voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições:

a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher;

b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

§ 2º Os proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão.

- regime de previdência denominado de caráter contributivo (*caput* do art. 40);

- exigência de equilíbrio financeiro e atuarial (*caput* do art. 40);

§ 3º Os proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão calculados com base na remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria e, na forma da lei, corresponderão à totalidade da remuneração.

§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados os casos de atividades exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar.

§ 5º Os requisitos de idade e de tempo de contribuição serão reduzidos em cinco anos, em relação ao disposto no § 1º, III, "a", para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

§ 6º Ressalvadas as aposentadorias decorrentes dos cargos acumuláveis na forma desta Constituição, é vedada a percepção de mais de uma aposentadoria à conta do regime de previdência previsto neste artigo.

§ 7º Lei disporá sobre a concessão do benefício da pensão por morte, que será igual ao valor dos proventos do servidor falecido ou ao valor dos proventos a que teria direito o servidor em atividade na data de seu falecimento, observado o disposto no § 3º.

§ 8º Observado o disposto no art. 37, XI, os proventos de aposentadoria e as pensões serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e aos pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei.

§ 9º O tempo de contribuição federal, estadual ou municipal será contado para efeito de aposentadoria e o tempo de serviço correspondente para efeito de disponibilidade.

§ 10 A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício.

§ 11 Aplica-se o limite fixado no art. 37, XI, à soma total dos proventos de inatividade, inclusive quando decorrentes da acumulação de cargos ou empregos públicos, bem como de outras atividades sujeitas a contribuição para o regime geral de previdência social, e ao montante resultante da adição de proventos de inatividade com remuneração de cargo acumulável na forma desta Constituição, cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, e de cargo eletivo.

§ 12 Além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social.

§ 13 Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social.

§ 14 A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que instituíam regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata este artigo, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201.

§ 15 Observado o disposto no art. 202, lei complementar disporá sobre as normas gerais para a instituição de regime de previdência complementar pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, para atender aos seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo.

§ 16 Somente mediante sua prévia e expressa opção, o disposto nos §§ 14 e 15 poderá ser aplicado ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar.”

- aposentadorias concedidas observando-se o tempo de contribuição, e não somente tempo de serviço (§ 1º do art. 40);
- proibição de acúmulo de proventos, salvo nos casos de cargos acumuláveis, na forma prevista pela Constituição (§ 6º do art. 40);
- proibição de contagem de tempo de contribuição fictício para servidores civis (§ 10 do art. 40), dispositivo que impossibilitou, por exemplo, a contagem em dobro de férias-prêmio e a utilização de qualquer tipo de arredondamento;
- aplicação do RGPS ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, bem como de outro cargo temporário ou de emprego público (§ 13 do art. 40);
- fim da aposentadoria com tempo reduzido para magistrados e membros do tribunal de contas (alterações constantes nos arts. 93, VI, e 73, § 3.º);
- fim da aposentadoria especial para professores universitários;
- fim da aposentadoria proporcional por tempo de serviço.

Especificamente quanto à aposentadoria, passaram a coexistir as seguintes regras:

- regra permanente do art. 40 para aposentadoria voluntária, com proventos integrais: mulher com 55 (cinquenta e cinco) anos, 30 (trinta) anos de contribuição, 10 (dez) anos de serviço público e 5 (cinco) anos no cargo em que se dará a aposentadoria; homem com 60 (sessenta) anos, 35 (trinta e cinco) anos de contribuição e também 10 (dez) anos de serviço público e 5 (cinco) anos no cargo em que se dará a aposentadoria;
- regra permanente do art. 40 para a aposentadoria por idade, com proventos proporcionais: 65 (sessenta e cinco) anos para o homem e 60 (sessenta)

para a mulher, ambos com a exigência de terem completado 10 (dez) anos de serviço público e 5 (cinco) anos no cargo;

- regra de transição, segundo o art. 8.º da EC n. 20/98, para aqueles que se encontravam em atividade quando da edição da referida emenda e ainda não podiam se aposentar:²¹

- para a aposentadoria integral: 53 (cinquenta e três) anos de idade e 35 (trinta e cinco) de contribuição para os homens, mais um período adicional equivalente a 20% (vinte por cento) do tempo que, em 15/12/1998, faltava para completar os 35 (trinta e cinco) anos de contribuição; 48 (quarenta e oito) anos de idade e 30 (trinta) anos de contribuição para as mulheres, mais um período adicional equivalente a 20% (vinte por cento) do tempo que, em 15/12/1998, faltava para completar os trinta anos de contribuição. Para ambos, é exigido 5 (cinco) anos no cargo em que se dará a aposentadoria;

²¹ Art.8º Observado o disposto no art. 4º desta Emenda e ressalvado o direito de opção a aposentadoria pelas normas por ela estabelecidas, é assegurado o direito à aposentadoria voluntária com proventos calculados de acordo com o art. 40, § 3º, da Constituição Federal, àquele que tenha ingressado regularmente em cargo efetivo na Administração Pública, direta, autárquica e fundacional, até a data de publicação desta Emenda, quando o servidor, cumulativamente:

I – tiver cinquenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher; II - tiver cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se dará a aposentadoria; III - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de: a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e b) um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior.

§ 1º O servidor de que trata este artigo, desde que atendido o disposto em seus incisos I e II, e observado o disposto no art. 4º desta Emenda, pode aposentar-se com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, quando atendidas as seguintes condições: I - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de: a) trinta anos, se homem, e vinte e cinco anos, se mulher; e b) um período adicional de contribuição equivalente a quarenta por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior; II - os proventos da aposentadoria proporcional serão equivalentes a setenta por cento do valor máximo que o servidor poderia obter de acordo com o "caput", acrescido de cinco por cento por ano de contribuição que supere a soma a que se refere o inciso anterior, até o limite de cem por cento.

– para a aposentadoria proporcional: 53 anos de idade e 30 (trinta) de contribuição para os homens, mais um período adicional equivalente a 40% (quarenta por cento) do tempo que, em 15/12/1998, faltava para completar os 30 (trinta) anos de contribuição; 48 (quarenta e oito) anos de idade e 25 (vinte e cinco) anos de contribuição para as mulheres, mais um período adicional equivalente a 40% (quarenta por cento) do tempo que, em 15/12/1998, faltava para completar os 25 (vinte e cinco) anos de contribuição.

O artigo que trata da aposentadoria por invalidez tem a redação invertida, chamando atenção ao fato de que os proventos serão proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei. No Estado de Minas Gerais, o dispositivo legal é regulado pelo Estatuto dos Servidores Públicos do Estado de Minas Gerais, Lei n. 869/52, e pela LC n. 64/02. Importante ressaltar que a forma como passou a ser feito o cálculo dos proventos, de acordo com a proporcionalidade, obedece ao previsto no inciso II do § 1º do art. 8º da EC n. 20/98, que estabelece que os proventos calculados sobre o tempo de contribuição de 25 (vinte e cinco) anos (mulher) e 30 (trinta) anos (homem) serão equivalentes a 70% (setenta por cento) do valor máximo que o servidor poderia obter de acordo com a regra da aposentadoria integral, acrescido de 5% (cinco por cento) por ano de contribuição além do limite mínimo exigido, até o limite de 100% (cem por cento). Assim, um servidor que, pela redação original da Constituição Federal, se aposentava aos 30 (trinta) anos de serviço recebia proventos proporcionais equivalentes a 85,71% (oitenta e cinco vírgula setenta e um por cento) da remuneração integral, realizando os cálculos segundo uma regra de três simples. Já

com a forma de cálculo introduzida pela EC n. 20/98, um servidor com 30 (trinta) anos de contribuição receberá proventos proporcionais a 70% (setenta por cento) da totalidade da remuneração.

A aposentadoria por invalidez não sofreu alteração significativa, permanecendo como regra para aqueles servidores que completarem 70 (setenta) anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de **contribuição**, essa, sim, a novidade, considerando a nova sistemática introduzida pela EC n. 20/98.

Pelas modificações introduzidas no texto constitucional pela EC n. 20/98, já é possível identificar os preceitos que iniciam uma aproximação entre o Regime de Previdência dos servidores públicos e o Regime Geral. O § 12 do art. 40 estabelece que o RPPS observará, no que couber, os requisitos e os critérios fixados para o RGPS. O Regime Geral é mencionado novamente no § 14, que estabelece que os entes federativos, no caso de instituição de regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, podem fixar para o valor das aposentadorias e pensões concedidas pelo RPPS o limite máximo estabelecido para os benefícios do RGPS.

Importante mencionar, ainda, além do art. 8º, já citado, outros dispositivos legais presentes no corpo da EC n. 20/98, em especial os arts. 3.º e 4.º. O postulado expresso no *caput* do art. 3.º²² afirma a existência do direito adquirido para aquelas pessoas que tenham cumprido os requisitos legais para a concessão de aposentadoria e pensão com base na legislação vigente até 16/12/98, em consonância com a norma consagrada no art. 5.º, XXXVI, da Constituição da

²² “Art. 3º É assegurada a concessão de aposentadoria e pensão, a qualquer tempo, aos servidores públicos e aos segurados do regime geral de previdência social, bem como aos seus dependentes, que, até a data da publicação desta Emenda, tenham cumprido os requisitos para a obtenção destes benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente.”

República (a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada). O direito adquirido atinge servidores em gozo dos benefícios, bem como aqueles que preenchiam as condições necessárias para a concessão da aposentadoria, ainda que não tenham manifestado, até a data da publicação da EC n. 20/98, a intenção de passarem à inatividade. Nesta última situação descrita, ao servidor que optasse por permanecer em atividade o § 1º do art. 3.º concedia o benefício da isenção previdenciária até que fossem completadas as exigências para a aposentadoria voluntária contidas no art. 40, § 1º, III, "a", da Constituição Federal: tempo mínimo de 10 (dez) anos de efetivo exercício no serviço público e 5 (cinco) anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, considerando para os homens a idade mínima de 60 (sessenta) anos de idade e 35 (trinta e cinco) anos de contribuição e para as mulheres 55 (cinquenta e cinco) anos de idade e 30 (trinta) anos de contribuição.

5.4 REFORMAS INTRODUZIDAS PELA EC N. 41/03

A Emenda à Constituição n. 41/03, publicada em 31/12/03, significou toda uma reestruturação do sistema público de previdência, com destaque para o maior impacto recebido pelo regime previdenciário dos servidores públicos.

O art. 40 foi reformulado e resultou na revogação de dois princípios importantes antes aplicáveis ao RPPS: a integralidade e a paridade.

Logo no *caput* do art. 40²³ percebe-se que há a inclusão da característica da solidariedade no RPPS. Muito embora seja válida a introdução do termo no texto constitucional, vimos que o princípio da solidariedade está implícito ao sistema de repartição simples, segundo o qual se organiza a previdência pública brasileira. Quanto ao caráter contributivo, já introduzido pela EC n. 20/98, este se torna ainda mais evidente, com a indicação da necessária contribuição do ente público, isso porque até então as parcelas de contribuição previdenciária de responsabilidade dos entes públicos não constavam da apresentação dos dados do orçamento, sob o argumento de que seria ilógico que o Estado contribuísse para ele mesmo. Contudo, esse argumento contraria norma constitucional, pois o art. 165, § 5º, da CR/88 estabelece que a lei orçamentária anual deverá incluir, **de forma separada, o orçamento da seguridade social**, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público. O ideal é que as contribuições sejam vertidas para fundos próprios, da forma como, aliás, já previa a Lei n. 9.717/98, em seu art. 6º. Outra inovação causadora de bastante polêmica foi a inclusão de aposentados e pensionistas como contribuintes do regime, a qual teve sua constitucionalidade questionada no Supremo Tribunal Federal, como será esclarecido adiante.

O § 1º do art. 40 recebe nova redação, fazendo remissão, quanto ao cálculo dos proventos, aos §§ 3º e 17 do mesmo artigo, que põem fim ao princípio da integralidade. O § 3º estabelece que para o cálculo dos proventos de aposentadoria

²³ “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.”

deverão ser consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor ao RPPS e ao RGPS, na forma da lei. Isso significa que o benefício a ser pago ao aposentado passa a ser calculado por meio da média das contribuições, considerando os regimes previdenciários para os quais o servidor porventura tenha contribuído, não mais sendo equivalente à última remuneração recebida. A lei a que se refere o postulado foi editada em junho de 2004, Lei n. 10.887, de 18/6/04, que dispõe sobre a aplicação de disposições da EC n. 41/03 e prevê, no art. 1º, que no cálculo dos proventos de aposentadoria dos servidores, titulares de cargo efetivo, de qualquer dos entes federativos, nos termos do que dispõe o citado § 3º, bem como segundo o art. 2º da EC n. 41/03, será considerada “a média aritmética simples das maiores remunerações, utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência a que esteve vinculado, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência”. O critério é adotado em consonância com a natureza contributiva do regime, explícita no texto constitucional desde a edição da EC n. 20/98. Os proventos de aposentadoria calculados com base na última remuneração situam-se em um contexto restrito ao passado, no qual o benefício da aposentadoria era uma extensão do recebimento da remuneração enquanto na atividade, significando um “prêmio” ao servidor, inexistente qualquer preocupação com a forma de provir recursos para pagá-los, considerando que todo o financiamento era proveniente dos tesouros dos entes federativos. Permanece, contudo, o postulado do § 2º do art. 40, segundo o qual o provento recebido não poderá ser superior à remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão.

Já o § 17, incluído no texto constitucional pela EC n. 41/03, prevê que “todos os valores de remuneração considerados para o cálculo do benefício previsto no § 3º serão devidamente atualizados, na forma da lei”. Considerados conjuntamente, é possível concluir que o cálculo da média, a que se refere o § 3º, deverá ser acompanhada por atualização monetária, para efeito de aferição da renda mensal inicial. Segundo o § 1º do art. 1º da Lei n. 10.887/04, a atualização das remunerações que serão utilizadas para o cálculo do valor da média será mês a mês, de acordo com a variação integral do índice fixado para a atualização dos salários-de-contribuição considerados no cálculo dos benefícios do RGPS. Quanto a esse aspecto, a forma de cálculo aproxima, sem dúvida, o regime de previdência dos servidores públicos do regime geral de previdência.

A paridade, por sua vez, desaparece com a nova redação recebida pelo § 8º do art. 40, que abandona a previsão de revisão dos proventos de aposentadoria e pensões, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, passando a assegurar, apenas, o “reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei”. Note-se que a preservação do valor real dos benefícios já era norma presente na Lei n. 8.212/91, no art. 3º, letra “d”.

Em relação às regras para a concessão de aposentadoria, ficam mantidas as condições para a aposentadoria compulsória e para as voluntárias, com a redação estipulada pela EC n. 20/98. O preceito que trata da aposentadoria por invalidez tem sua redação alterada apenas no final, quando dispõe “na forma da lei”, substituindo o texto anterior, que prescrevia que as moléstias seriam “especificadas em lei”. Segundo Ibrahim (2004, p. 17/18), a mudança apenas vislumbra a possibilidade de a lei delegar a tarefa de especificar as moléstias ao Poder Executivo, por meio de

decreto. O autor afirma que seria inadequado demandar o Poder Legislativo para fixar as doenças incapacitantes para o trabalho, por se tratar de norma em branco, cabível de preenchimento por técnicos do Poder Executivo.

No que se refere à pensão, o § 7º foi alterado, revogando o dispositivo anterior, que estabelecia que o benefício seria igual ao valor dos proventos do servidor falecido ou ao valor dos proventos a que teria direito o servidor em atividade na data de seu falecimento. A nova redação prevê que as pensões serão iguais à totalidade do valor recebido pelo servidor falecido somente nos casos em que essa remuneração estiver fixada até o limite máximo estabelecido para os benefícios do RGPS. Caso a pensão alcance valor superior ao teto do RGPS, o Regime Próprio cobrirá esse valor, acrescido de somente 70% (setenta por cento) do restante. A regra vale para a pensão calculada sobre proventos de aposentadoria, bem como para aquele benefício calculado sobre a remuneração caso o servidor faleça em atividade. Aqui, cabe destacar que, do ponto de vista previdenciário, a medida é coerente, considerando que o óbito de um dos integrantes da família importa, necessariamente, a diminuição de despesas.

O limite estipulado para os benefícios concedidos pelo RGPS também é citado quando da definição do valor sobre o qual deverá incidir a contribuição previdenciária dos inativos e pensionistas. Prevê o § 18, também incluído pela EC n. 41/03, que essa contribuição somente incidirá sobre parcela que supere o limite máximo estabelecido para os benefícios do RGPS, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.

Outro dispositivo acrescentado ao art. 40 pela EC n. 41/03 foi o § 19, o qual prevê o pagamento de “um abono de permanência”, equivalente ao valor da contribuição previdenciária, àquele servidor que cumpra os requisitos para a

aposentaria voluntária e opte por permanecer em atividade, podendo recebê-lo até que complete as exigências para a aposentadoria compulsória. A norma é similar à isenção criada pela EC n. 20/98, com a diferença de que neste caso não se trata de deixar de pagar a contribuição previdenciária, mas de receber um abono no mesmo valor da contribuição paga. A mudança é salutar e reflete a preocupação do legislador com a sustentabilidade financeira dos fundos de previdência, pois permanecendo o desconto são repassados aos fundos as contribuições do servidor e a parte patronal, o que não ocorre quando há a isenção. Para o servidor que recebe o abono, contudo, o resultado é o mesmo, considerando que o abono é exatamente do mesmo valor da contribuição paga.

O novo tratamento recebido pela questão também é possível de ser percebido com a inclusão do abono de permanência no corpo do texto constitucional como um benefício que pode ser adquirido por aqueles que completem os requisitos estipulados pelo art. 40, § 1º, III, "a", qual seja, para a concessão de aposentadoria voluntária na **regra permanente** da Constituição da República. A isenção introduzida pela EC n. 20/98 estava presente somente no texto da emenda e atingia os servidores e segurados do RGPS que podiam se aposentar com base nas regras vigentes até a data da publicação daquela emenda, sendo devida ao servidor até que esse completasse as exigências para a aposentadoria contidas no art. 40, § 1º, III, "a", a aposentadoria voluntária com as novas regras trazidas pela EC n. 20/98.

Em outras duas situações está previsto o pagamento do abono de permanência: no § 5º do art. 2º e no § 1º do art. 3º, ambos da EC n. 41/03.

O art. 2º da EC n. 41/03 estabelece uma regra de transição para aqueles servidores que tenham ingressado regularmente em cargo efetivo na Administração Pública direta, autárquica e fundacional, até a data de publicação da EC n. 20/98

(16/12/98), garantindo-lhes a possibilidade de se aposentarem com base em critérios estabelecidos pelo art. 8º da EC n. 20/98, regra de transição daquela emenda, **revogada** pela EC n. 41/03. Na realidade, trata o dispositivo da expectativa de direito dos servidores investidos em cargo público até 16/12/98. Assim, será possível que o servidor nessa situação se aposente com 53 (cinquenta e três) anos de idade se homem e 48 (quarenta e oito) anos de idade se mulher; caso possua: 5 (cinco) anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria; tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de 35 (trinta e cinco) anos para o homem e 30 (trinta) anos para a mulher, acrescidos de um período adicional de contribuição equivalente a 20% (vinte por cento) do tempo que, na data de publicação da EC n. 20/98, faltaria para atingir o limite de tempo acima citado (o chamado “pedágio”).

Várias diferenças, contudo, são apontadas em relação a esse dispositivo e o revogado art. 8º da EC n. 20/98. A primeira é que para aqueles que se aposentarem nessa situação não mais prevalece a garantia da integralidade. O *caput* do artigo prevê que os proventos serão calculados de acordo com os §§ 3º e 17 do art. 40 da CR/88, segundo, portanto, a média aritmética simples alcançada com as maiores remunerações de contribuição, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo desde julho de 1994. A segunda diferença constatada é a perda da paridade entre ativos e inativos. Estabelece o § 6º que serão aplicadas às aposentadorias concedidas de acordo com o art. 2º o disposto no § 8º do art. 40 da Constituição Federal, ficando claro que não mais subsiste essa garantia para o servidor que tiver a aposentadoria fundamentada no art. 2º da EC n. 41/03. Por fim, outro novo procedimento no cálculo dos proventos, de grande impacto financeiro – a aplicação de um redutor, conforme dispõe o § 1º do art. 2º, para aqueles que cumprirem as exigências para aposentadoria na forma do *caput* do mesmo artigo.

Caso o homem queira se aposentar antes dos 60 (sessenta) anos e a mulher antes dos 55 (cinquenta e cinco) anos, seus proventos de inatividade serão reduzidos para cada ano antecipado em relação aos limites de idade citados na proporção de 3,5% (três inteiros e cinco décimos por cento) para aqueles que completarem as exigências para aposentadoria até 31 de dezembro de 2005; e na proporção de 5% (cinco por cento), da mesma forma, para aqueles que completarem as exigências para aposentadoria a partir de 1º de janeiro de 2006. O objetivo do postulado é, claramente, inibir as aposentadorias antes de os servidores atingirem as idades mínimas (para homens e mulheres) previstas no texto constitucional. Nesse intuito há, como acima dito, até mesmo a previsão, no § 5º, de pagamento de abono de permanência para o servidor que complete as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no *caput* e opte por permanecer em atividade.

O *caput* do art. 3º da EC n. 41/03, por sua vez, trata do direito adquirido dos servidores aposentados e pensionistas, assegurando “a concessão, a qualquer tempo, de aposentadoria aos servidores públicos, bem como pensão aos seus dependentes, que, até a data de publicação desta Emenda, tenham cumprido todos os requisitos para obtenção desses benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente.” A redação repete o disposto no também art. 3º da EC n. 20/98, com destaque para a data limite de aplicação a legislação anterior, que será a data da **publicação** da EC n. 41/03, 31/12/2003, em que pese ao fato de a vigência da referida emenda ocorrer com a publicação. Aqui vale repetir a observação feita quando da análise do preceito análogo constante da EC n. 20/98: mesmo sem o requerimento dos benefícios, será aplicada a regra anterior caso haja o preenchimento dos pressupostos legais para o recebimento das aposentadorias e pensões até a data da publicação da emenda.

Assim, pode-se afirmar que até 31/12/2003, inclusive, caso tenha havido o cumprimento das condições legais, será possível a concessão de aposentadorias com proventos calculados de acordo com a legislação em vigor na época (com integralidade e paridade, reafirmadas no art. 7º), assim fundamentadas:

- Art. 40, § 1º, I, da CR/88: aposentadoria por invalidez permanente;
- Art. 40, § 1º, II, da CR/88: aposentadoria compulsória;
- Art. 40, § 1º, III, “a” da CR/88: aposentadoria voluntária integral;
- Art. 40, § 1º, III, “b”, da CR/88: aposentadoria voluntária proporcional (por idade);
- Art. 8º da EC n. 20/98: possibilidade de aposentadoria voluntária integral e proporcional ao tempo de contribuição.

Importante destacar, também, a possibilidade de concessão de aposentadoria por tempo de *serviço* apenas àqueles servidores que na data da publicação da EC n. 20/98, 16/12/98, contavam com tempo suficiente, estando amparados pelo disposto no art. 3º daquela emenda; e a garantia dos pensionistas dos servidores falecidos até 31/12/03, inclusive, de se beneficiarem com a legislação anterior.

O servidor que se enquadrar no art. 3º também fará jus ao abono de permanência caso opte por permanecer em atividade, conforme prevê o § 1º.

Quanto às regras de aposentadoria, cabe citar, ainda, o importante postulado do art. 6º da EC n. 41/03, que cria mais uma hipótese que poderá servir de fundamento para as aposentadorias de servidores que tenham ingressado no serviço público até 31/12/03. Prevê o art. 6º da EC n. 41/03 que o servidor cujo ingresso no serviço público se deu até 31/12/03 não está excluído da possibilidade de se aposentar com base no art. 40 da Constituição Federal ou no art. 2º da EC n.

41/03, mas resta a ele situação em que os proventos serão calculados não segundo a média, como determina os dispositivos citados, mas com base na última remuneração recebida. Para tanto, será necessário o cumprimento das seguintes condições: 60 (sessenta) anos de idade se homem e 55 (cinquenta e cinco) anos de idade se mulher; 35 (trinta e cinco) anos de contribuição se homem e 30 (trinta) anos de contribuição se mulher; 20 (vinte) anos de efetivo exercício no serviço público; e 10 (dez) anos de carreira e 5 (cinco) anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria. Para os professores do ensino infantil, fundamental e médio deverão ser observadas as reduções de idade e tempo de contribuição contidas no § 5º do art. 40 da Constituição Federal. Verifica-se no preceito um aumento do tempo de serviço público exigido, passando de 10 (dez) para 20 (vinte) anos, e a inclusão do requisito de 10 (dez) anos de carreira, não constante da regra permanente da CR/88.

O art. 6º, como o 2º, também se refere a mera expectativa de direito, porém nele está presente a regra da **integralidade** e novo instituto, a saber, **a paridade parcial**, pois o parágrafo único do dispositivo legal estabelece que aposentadorias fundamentadas naquele artigo terão os proventos revistos na mesma proporção e na mesma data sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, na forma da lei, nada mencionando quanto à extensão aos aposentados e aos pensionistas de benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, como previa o § 8º do art. 40 com a redação dada pela EC n. 20/98. O resultado da paridade assim compreendida é a alteração de proventos somente quando há revisão geral de remuneração, o que, nos últimos anos,

percebe-se que raramente tem ocorrido no que se refere tanto à União como ao Estado de Minas Gerais. O parágrafo único do art. 6º, contudo, posteriormente foi revogado pela EC n. 47/05, como se verá mais adiante.

A **paridade plena** está presente na EC n. 41/03. Contudo, como regra do art. 7º, sempre observando o disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal, quanto ao teto de remuneração. A garantia alcança os proventos de servidores públicos titulares de cargo efetivo e os proventos provenientes de pensões dos dependentes, pagos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, **em fruição em 31/12/03**, citando, ainda, os proventos de aposentadoria dos servidores e as pensões dos dependentes abrangidos pelo art. 3º dessa Emenda, como já mencionado.

Como dito anteriormente, a EC n. 41/03 incluiu os aposentados e pensionistas como contribuintes obrigatórios do RPPS, entretanto estabeleceu para aqueles que já estavam em gozo de benefícios a incidência da cobrança da contribuição previdenciária de forma distinta à estipulada no § 18 do art. 40, que prevê a cobrança somente sobre parcela que supere o limite máximo estabelecido para os benefícios do RGPS. Assim, ficou claro que o postulado do § 18 atingia apenas os benefícios concedidos a partir da vigência da EC n. 41/03. Para servidores inativos e pensionistas já em gozo dos benefícios ficou determinado, no art. 4º da EC n. 41/03, que a contribuição incidiria sobre a parcela dos proventos e das pensões que supere 50% (cinquenta por cento) do limite máximo estabelecido para os benefícios do RGPS quanto ao servidor inativo e o pensionista vinculado a regime próprio dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; e sobre 60% (sessenta por cento) do limite máximo estabelecido para os benefícios do RGPS quanto ao servidor inativo e

o pensionista da União. Assim, aqueles inativos e pensionistas já em fruição dos benefícios contribuiriam sobre parcela maior que a determinada no § 18 do art. 40.

Aqui se utiliza o termo *contribuiriam* porque a questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal, que, em julgamento datado de 18/8/04, a analisou. Além dessa diferenciação de tratamento de inativos, analisou também a própria constitucionalidade da incidência da contribuição previdenciária sobre proventos de aposentadoria e pensões. Inicialmente, decidiu-se que não houve ofensa ao direito adquirido dos beneficiários, considerando a contribuição para a previdência social como uma exigência patrimonial de natureza tributária. Ressaltou que não existe a imunidade tributária absoluta e que “não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos e as pensões, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não haver, a respeito, direito adquirido com o aposentamento”. A decisão também se ancora na importância de se observar, em relação à previdência social, a obediência aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como os objetivos constitucionais de universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento.

Quanto ao parágrafo único do art. 4º, incisos I e II, no que se refere às bases de cálculo diferenciadas, decidiu o STF que houve tratamento discriminatório entre servidores e pensionistas da União, de um lado, e servidores e pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de outro. Foi constatada a ofensa ao princípio constitucional da isonomia tributária, considerado como particularização do princípio fundamental da igualdade. As expressões “cinquenta por cento do” e “sessenta por cento do”, constantes do art. 4º, § único, I e II, da EC n. 41/03, foram

consideradas inconstitucionais, o que significa a aplicação da regra do § 18 do art. 40 a todos os aposentados e pensionistas.

Por fim, no tocante à previdência dos servidores públicos, cabe mencionar o § 20, introduzido no art. 40 da CR/88 pela EC n. 41/03, que estabelece a vedação da existência de mais de um regime próprio de previdência social para os servidores titulares de cargos efetivos e de mais de uma unidade gestora do respectivo regime em cada ente estatal, fazendo ressalva, entretanto, às situações especiais dos militares, conforme prevê o art. 142, § 3º, X. O preceito proíbe que cada ente da federação tenha mais de um regime próprio de previdência, evitando que certas categorias criem regimes previdenciários específicos, nos quais alguns servidores poderiam ser privilegiados. O objetivo é que as regras e requisitos para a fruição de benefícios previdenciários sejam iguais para todos os servidores de cada um dos entes da federação. A previsão de unidade de gestão, por sua vez, busca uniformizar os procedimentos administrativos, reunir dados e criar mecanismos de controle em um único órgão, geralmente subordinado ao Poder Executivo, detentor da atividade administrativa por excelência.

No que se refere às alterações da EC n. 41/03 que tenham afetado o RGPS, vale citar a inclusão do § 12 no art. 201, que prevê que lei disporá sobre a inclusão previdenciária para trabalhadores de baixa renda, garantindo-lhes acesso a benefícios de valor igual a um salário mínimo, exceto aposentadoria por tempo de contribuição. O objetivo é incluir no RGPS aqueles trabalhadores que trabalham por conta própria e se mantêm à margem do sistema. A preocupação é dupla: com o regime, no que se refere à natureza contributiva e compulsória da filiação; e com o segurado de baixa renda, que não deve permanecer sem um plano básico de

previdência que lhes proteja contra riscos sociais. A redação do dispositivo, contudo, foi alterada pela EC n. 47/05, cujo estudo é objeto do próximo tópico.

5.5 ALTERAÇÕES REALIZADAS PELA EC N. 47/05

A Emenda à Constituição Federal n. 47/05 foi publicada em 6/7/05, um ano e meio após a edição da EC n. 41/03, como complementação dos debates que antecederam aquela emenda e se perpetuaram mesmo após sua publicação.

O § 4º do art. 40 teve a redação alterada e recebeu três incisos, reafirmando que não é permitida a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria pelo RPPS. Conforme definido em leis complementares, poderá, contudo, haver exceções. Além dos servidores que exerçam atividades de risco e aqueles cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, foram incluídos os servidores portadores de deficiência.

Ao art. 40 foi acrescido mais um parágrafo, o § 21, que prevê que a contribuição previdenciária cobrada sobre proventos de aposentadoria e pensões incidirá apenas sobre a parcela que supere o dobro do limite máximo estabelecido para os benefícios do RGPS, quando o beneficiário, na forma da lei, for portador de doença incapacitante. Pretende-se que servidores portadores de doenças incapacitantes contribuam sobre parcela menor de seus proventos. A aplicabilidade do dispositivo dependerá, entretanto, de lei específica que defina quais são as

doenças que ensejam o enquadramento do servidor na norma inserida no texto constitucional.

No âmbito do Estado de Minas Gerais, a Lei n. 869/52 – Estatuto dos Servidores Públicos –, bem como a LC n. 64/02, que institui o Regime Próprio de Previdência dos servidores públicos, relacionam, em seus arts. 108, “e”, e 8, III, § 2º, respectivamente, quais são as enfermidades que, acometendo o servidor, poderiam ensejar a concessão de aposentadoria por invalidez, com proventos integrais. A pergunta é se uma doença definida nas leis citadas como “moléstia profissional, grave, contagiosa ou incurável” é, necessariamente, uma doença incapacitante. Outra lei que poderia ser aplicada subsidiariamente à espécie, fazendo uso da analogia, é a lei federal que define quais rendimentos recebidos por pessoas físicas são atingidos pela isenção de imposto de renda – Lei n. 7.713, de 22/12/88, que em seu art. 6º, incisos XIV e XXI, estabelece a isenção para os proventos de aposentadoria ou reforma, bem como para os valores recebidos a título de pensão quando o beneficiário for portador das doenças enumeradas.

O art. 201 também sofreu pequenas alterações pela EC n. 57/05. O § 1º recebeu nova redação, tal como o § 4º do art. 40, acrescentado ao dispositivo a possibilidade de haver a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do RGPS nos casos não só de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física mas também quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar.

A preocupação com a inclusão do segurado de baixa renda foi novamente percebida, pelas alterações sofridas pelo § 12, recentemente incluído no art. 201 pela EC n. 41/03 e pela introdução de novo dispositivo, o § 13. A nova redação do §

12 possibilita a inclusão daqueles trabalhadores sem renda própria que se dediquem exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencentes à família de baixa renda. O § 13 complementa o dispositivo anterior, determinando que o sistema especial de inclusão terá alíquotas e carências inferiores às vigentes para os demais segurados do RGPS, o que está em consonância com a solidariedade que rege o sistema público de previdência.

Quanto ao benefício da aposentadoria voluntária, sempre atingido pelas emendas constitucionais, dois importantes dispositivos foram introduzidos. O primeiro diz respeito ao disposto no art. 2º da EC n. 47/05, que determina a aplicação aos proventos de aposentadorias dos servidores públicos que se aposentarem na forma do *caput* do art. 6º da EC n. 41/03 o disposto no art. 7º da mesma emenda. Significa que àqueles servidores fica garantido o benefício da “paridade plena” entre ativos e inativos.

O segundo preceito é o art. 3º da referida emenda, o qual, na realidade, acrescenta mais uma regra como opção para servidores que ingressaram no serviço público até a data da publicação da EC n. 20/98. Para eles poderá ser concedida a aposentadoria com proventos integrais desde que tenham 35 (trinta e cinco) anos de contribuição se homem e 30 (trinta) anos de contribuição se mulher; 25 (vinte e cinco) anos de efetivo exercício no serviço público, 15 (quinze) anos de carreira e 5 (cinco) anos no cargo em que se der a aposentadoria. Inovador, contudo, foi a introdução do dispositivo que prevê a possibilidade de reduzir a idade mínima em um ano para cada ano que o homem ultrapassar os 35 (trinta e cinco) de contribuição e a mulher os 30 (trinta) anos exigidos (por exemplo, uma mulher tendo 31 de contribuição poderá aposentar-se com 54 de idade; tendo 32 de contribuição, com 53 de idade, e assim sucessivamente).

A EC n. 47/05, resultado da esperada “PEC Paralela”, veio abrandar o impacto sofrido pelos servidores públicos com a EC n. 41/03 ao introduzir a paridade plena no art. 6º. Possibilitou, ainda, com a edição do art. 3º a aposentadoria daqueles servidores que ingressaram no serviço público até 16/12/98 antes da idade mínima de 55 (cinquenta e cinco) anos para mulheres e 60 (sessenta) para homens, em que pese aos requisitos de tempo de serviço público e tempo de carreira tenham sido majorados em 5 (cinco) anos em relação ao previsto no art. 6º da EC n. 41/03. Note-se que a paridade plena está também assegurada aos servidores que se aposentarem com base nessa nova regra, conforme o já citado parágrafo único do art. 3º, o mesmo se aplicando aos proventos de servidores falecidos que tenham se aposentado em conformidade com o mesmo artigo.

5.6 BREVE COMENTÁRIO SOBRE A PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

Na Introdução, foi destacado que este trabalho não tem por objetivo o estudo da previdência complementar. Contudo, a matéria foi tratada tanto pela EC n. 20/98 quanto pela EC n. 41/03, motivo pelo qual merece ser aqui mencionada, ainda que de forma sucinta.

O tema recebeu minucioso estudo, realizado por Milton Vasques Thibau de Almeida (2001, p. 343-344). Apresenta-se, assim, claro conceito de direito previdenciário complementar:

É um direito social e econômico, de natureza contratual plurilateral que tem por características a vinculação laboral entre o participante e a

patrocinadora, a facultatividade, a complementaridade, a contributividade, a preservabilidade, a portabilidade e a exigibilidade (ou “vesting”) entre o participante e a administradora do Fundo de Pensão, tendo por objeto o seguro coletivo de administração privada, com a finalidade de aumentar a segurança econômica das prestações de conteúdo mínimo concedidas pela previdência social, até o patamar da renda que o participante recebia no trabalho ativo. (ALMEIDA, 2001, p. 343-344).

Segundo esse autor, os elementos de caracterização da previdência complementar são perfeitamente identificáveis na CR/88, com exceção da portabilidade – possibilidade de transferência do fundo para outra entidade de previdência privada, e a exigibilidade –, tempo a partir do qual se tornaria exigível o direito. Entretanto, as matérias podem ser tratadas por meio de lei complementar.

A EC n. 20/98 deu nova redação ao art. 202²⁴ da CR/88, cujo *caput* dispõe sobre o “regime de previdência privada, de caráter complementar e organizada de

²⁴ “Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar. *(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)*

§ 1º A lei complementar de que trata este artigo assegurará ao participante de planos de benefícios de entidades de previdência privada o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos. *(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)*

§ 2º As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes, nos termos da lei. *(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)*

§ 3º É vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado. *(Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)*

§ 4º Lei complementar disciplinará a relação entre a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada, e suas respectivas entidades fechadas de previdência privada. *(Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)*

§ 5º A lei complementar de que trata o parágrafo anterior aplicar-se-á, no que couber, às empresas privadas permissionárias ou concessionárias de prestação de serviços públicos, quando patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada. *(Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)*

§ 6º A lei complementar a que se refere o § 4º deste artigo estabelecerá os requisitos para a designação dos membros das diretorias das entidades fechadas de previdência privada e disciplinará a inserção dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão em que seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação. *(Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)*

forma autônoma em relação ao Regime Geral de Previdência Social”. Afirma que o regime será facultativo e regulado por lei complementar.

O art. 202 é regulamentado pelas Leis Complementares n. 108 e n. 109, ambas de 29 de maio de 2001. A LC n. 109/01 “dispõe sobre o regime de previdência complementar e dá outras providências”, buscando estabelecer a forma como agirão as entidades de previdência complementar, que podem ser abertas ou fechadas, ao mesmo tempo em que determina o papel do Estado em relação às entidades, com os objetivos, dentre outros, de formular a política de previdência complementar e de disciplinar, coordenar e supervisionar as atividades reguladas por aquela lei. A LC n. 108/01 dispõe sobre a relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas e suas respectivas entidades fechadas de previdência complementar.

No tocante ao RPPS, a EC n. 20/98 incluiu ao art. 40 da CR/88 os §§ 14, 15 e 16. O § 14 prevê a possibilidade de o ente federativo instituir regime de previdência complementar para seus servidores titulares de cargo efetivo, hipótese na qual poderão fixar teto para valor dos benefícios de aposentadoria e pensões no mesmo valor do limite máximo estabelecido para os benefícios do RGPS.

Importante destacar que a EC n. 20/98, ao incluir o § 15 no art. 40 da CR/88, estabeleceu a necessidade de lei complementar para dispor sobre as normas gerais para a instituição de regime de previdência complementar pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com o fim de atender aos seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo. Porém, o regime não foi implementado, visto que ainda tramita na Câmara do Deputados o Projeto de LC n. 9/99, que dispõe sobre a matéria.

Ocorre que com o advento da EC n. 41/03 o § 15 recebeu nova redação, determinando que o regime de previdência complementar será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo. Assim, a criação dos planos de previdência complementar dependerá de leis específicas da União, dos Estados do Distrito Federal e dos Municípios. Prescreve ainda o § 15 que o regime complementar será mantido por intermédio de entidades fechadas; ou seja, os benefícios somente poderão ser concedidos a servidores e seus dependentes. Terão essas entidades natureza pública, isto é, organizadas com personalidade jurídica de direito público, e que oferecerão aos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida, na forma de um fundo individualizado e capitalizado.

Entretanto, o § 16 dispõe que a limitação dos benefícios de aposentadoria e pensões ao teto do RGPS, devido à disponibilização do regime de previdência complementar, somente poderá ser aplicada ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar se houver a expressa opção desse servidor.

Assim, está claro que a concessão de benefício de aposentadoria a segurados do RPPS, bem como de pensão a seus dependentes, só estará restrita ao limite do RGPS para aqueles servidores que ingressarem no serviço público a partir do ato de publicação da lei que instituir o regime complementar. Publicada a lei, estarão os benefícios limitados ao “teto”. Ao servidor caberá optar, ou não, pela filiação ao plano complementar.

A título de exemplo, imagine-se um ente federativo que, hoje, institua o Regime de Previdência Complementar para seus servidores públicos. O RPPS ficará responsável pelo pagamento de aposentadorias e pensões somente até valor estipulado como limite para os benefícios do RGPS (R\$2.668,15), **em relação aos**

benefícios concedidos àqueles servidores que ingressaram por concurso público após a publicação da lei que instituiu a previdência complementar. Na hipótese de, em atividade, um servidor receber R\$5.668,15, a diferença entre esse valor recebido e o valor garantido pelo RPPS (R\$2.668,15), ou seja, R\$3.000,00, será pago pelo regime complementar **caso o servidor tenha feito a opção por filiar-se a ele.** Na hipótese de não filiação, o servidor receberá somente o valor estabelecido para o teto do RGPS. Porém, aqui cabe destacar que, uma vez estabelecido o limite para o benefício, **incidirá somente sobre esse limite o percentual cobrado a título de contribuição previdenciária,** hoje 11% (onze por cento).

5.7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As reformas introduzidas pelas emendas constitucionais destacadas realizaram modificações efetivas na forma de organização da previdência pública brasileira.

A EC n. 20/98 significou verdadeira mudança de paradigma ao determinar que a previdência social deve ter caráter contributivo e manter-se em equilíbrio financeiro e atuarial.

Foi a EC n. 41/03, entretanto, que aprofundou as modificações introduzidas pela EC n. 20/98, notadamente em relação à previdência dos servidores públicos, que se aproximou, quanto às regras de funcionamento, às utilizadas pelo RGPS: o fim da integralidade, ou seja, a concessão de aposentadoria não mais com base na

última remuneração mas de acordo com a média das contribuições em período específico; a extinção da paridade, que garantia a revisão de proventos dos inativos na mesma data da modificação da remuneração dos servidores ativos; e a taxação dos aposentados são as medidas de maior impacto empreendidas pela EC n. 41/03, as quais traduzem essa similitude entre regras do RGPS e do RPPS.

Em ambas as reformas, contudo, é possível destacar a presença de regras de transição, com o intuito de dar tratamento diferenciado aos segurados, principalmente do RPPS, que já contribuía para o regime e detinham expectativa de direito em relação às condições para a aquisição de benefícios previdenciários, atingindo notadamente a aposentadoria. Na EC n. 20/98, essas regras podem ser verificadas no art. 8º, no qual consta o peculiar “pedágio” a ser cumprido pelos servidores públicos que já haviam ingressado no serviço público em 16/12/98 e ainda não podiam se aposentar, procurando claramente prorrogar o tempo de permanência do servidor na qualidade de segurado ativo. Na EC n. 41/03, as regras de transição constantes do art. 2º mantêm as condições para a concessão de aposentadoria integral presentes no art. 8º da EC n. 20/98. Entretanto, quanto ao cálculo do benefício, a mudança é geral, com os proventos calculados de acordo com os §§ 3º e 17 do art. 40 da Constituição da República, portanto, sem garantia de integralidade e paridade. Nos dispositivos citados, é clara a intenção de desestimular as aposentadorias antes da idade mínima presente no texto constitucional: 55 anos para a mulher e 60 para o homem, sendo que no art. 2º da EC n. 41/03 há inclusive a previsão de aplicação de um redutor, em percentual, para os proventos de aposentadoria concedidos antes das idades mencionadas.

Consta dos textos das duas emendas o respeito aos direitos adquiridos quanto à concessão de aposentadoria aos servidores públicos e pensão aos seus

dependentes. Na EC n. 20/98, o preceito está consubstanciado no art. 3º, o qual menciona essa garantia aos servidores públicos e aos segurados do RGPS que tenham cumprido os requisitos para a obtenção dos benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente. Na EC n. 41/03, os direitos adquiridos são tratados também no art. 3º, com a diferença de que não há no dispositivo legal qualquer menção ao segurado do Regime Geral de Previdência, posto que não atingido pelas mudanças nas regras de concessão de aposentadorias e pensões trazidas pela referida emenda.

Quanto à EC n. 47/05, aqui cabe repetir, a mesma veio complementar a reforma introduzida pela EC n. 41/03, ainda no contexto dos debates empreendidos para a edição dessa emenda.

Por fim, vale destacar que, não obstante as reformas previdenciárias no Brasil terem atingido diretamente os cidadãos, gerando alterações significativas na forma de concessão de benefícios, do ponto de vista estrutural a previdência pública brasileira continua centrada na gestão estatal, pagando benefícios definidos e ancorada na solidariedade entre gerações, em conformidade com o regime de repartição simples. A amplitude dessas reformas está centrada, portanto, em medidas de caráter meramente administrativo, que se mostram suficientes para a consolidação de uma previdência social eficiente e financeiramente equilibrada.

6 O DIREITO ADQUIRIDO E AS REFORMAS PREVIDENCIÁRIAS

6.1 O INSTITUTO DO DIREITO ADQUIRIDO

A história do direito adquirido tem origem no estudo da retroatividade das leis. O Brasil foi um dos países a adotar o princípio da irretroatividade ainda no século XIX, como norma do art. 179, III, da Constituição de 1824. Na Constituição de 1891, o preceito encontrava previsão no art. 11, n. 3, mas, já naquela época, a consagração do princípio no campo constitucional não significou a pacificação de controvérsias em torno do assunto.

Pires (2005, p. 151) afirma que, no início do século XX, coube destaque a um teórico defensor da retroatividade das leis, Reynaldo Porchat, o qual prescrevia a retroatividade como regra, porém situando a ocorrência do direito adquirido como limite de atuação da lei. Segundo esse autor, diante da existência de uma lei revogatória de outra anterior, compete ao juiz, na análise do caso concreto, determinar a aplicação da lei, ou não, àquela situação, após indagar-se “se é justo ou injusto o efeito retroativo da norma” (PORCHAT, 1909, p. 163, *apud* PIRES, 2005, p. 153).

A partir do Código Civil de 1916, figura como norma ordenadora do Direito brasileiro a proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. A Lei de Introdução ao Código Civil introduz essa proteção em seu art. 3º, conferindo papel primordial à segurança nas relações jurídicas.

Na Constituição de 1934 o preceito instituído pela LICC está consubstanciado no art. 113, 3, o qual determinou que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Entretanto, ressalta Pires (2005, p. 156) que, nessa época, “a prática legislativa opera em outro sentido, de modo que muitas leis de efeito expressamente retroativo ou de efeito imediato são editadas alcançando *negotia finita*, às vezes ancoradas em razão de ordem pública”.

A Constituição de 1937, reflexo de um regime ditatorial, não menciona a proteção aos direitos adquiridos, instituindo somente a irretroatividade das leis penais. Em 1942, a LICC foi alterada pelo Decreto n. 4.327, de 4/9/42, que dá nova redação ao art. 6º, o qual passa a dispor que “a lei em vigor terá efeito imediato e geral. Não atingirá, entretanto, salvo disposição expressa em contrário, as situações jurídicas definitivamente constituídas e a execução do ato jurídico perfeito”. O dispositivo não faz qualquer menção ao direito adquirido, frisando o caráter imediato e geral na aplicação da lei. Nesse sentido, deve-se lembrar que no período de ditadura foram editadas várias leis com efeitos retroativos, dentre as quais merece destaque no cenário jurídico da época o Decreto n. 1.907/39, que tornou conhecido o “caso Deleuze²⁵”.

A Constituição de 1946 resgata o regime da legalidade e faz constar em seu art. 141 o respeito aos institutos do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada. A conceituação desses institutos passou, inclusive, a constar do texto da LICC, no art. 6º²⁶, alterado por meio da Lei n. 3.238, de 1º/8/57.

²⁵ Assim chamado porque diz respeito a Paulo Louis Joseph Deleuze, francês domiciliado no Brasil que morreu sem deixar herdeiros, tendo seus bens anexados pelo Juízo da 2º Vara de Órgãos e Ausentes. Ocorre que, no curso da arrecadação, o consulado francês apresentou três herdeiros, que foram habilitados para o inventário. Como os bens eram devidos aos herdeiros por força do art. 1.572 do Código Civil, o governo brasileiro editou o citado decreto-lei com prescrições retroativas quanto à herança jacente.

²⁶ “Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

Por fim, as Constituições de 1967 (art. 150, § 3º), 1969 (art. 153, § 3º) e 1988 (art. 5º, XXXVI) adotam o tratamento recebido pela matéria nas Constituições de 1934 e 1946: não há a menção à proibição de retroatividade, mas figura a proteção ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada.

Posta assim a questão, é de se dizer, contudo, que, apesar da vedação à retroatividade das leis, no Brasil, ser norma constante somente nas Constituições de 1824 e 1891, prevalece nas Constituições seguintes a garantia da irretroatividade, de forma implícita. Nesse sentido, cabe citar Maria Coeli Simões Pires (2005, p. 162-163):

Assim é que se pode afirmar que o princípio da irretroatividade, mesmo quando omitido em sua lateralidade no direito constitucional positivo, encontra-se, salvo em breve tempo representado pelo lapso do regime da Constituição de 1937, implícito no sistema, como âncora da segurança jurídica, conforme sustenta Pontes de Miranda, ao afirmar que '[...] a irretroatividade defende o povo; a retroatividade expõe a prepotência'.

Indubitável é que a garantia implícita da irretroatividade das leis, assim como a consolidação, em ordem constitucional, do respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada consolida a **segurança das relações jurídicas**. É amplamente aceita a idéia de que a resolução de conflitos de direito intertemporal deve pautar-se por critérios que privilegiem a estabilidade, como forma de promover a confiança e a segurança jurídica dos cidadãos frente ao Estado.

Barroso (2004, p. 129) analisa a questão do conteúdo e alcance do instituto do direito adquirido e afirma que este pode ser mais bem compreendido em

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.”

comparação a duas outras categorias “que lhe são vizinhas”, que dizem respeito à sucessão das normas no tempo conjugada com a posição jurídica a ser desfrutada pelo indivíduo em face da lei nova. O autor define, de maneira precisa:

- a) Expectativa de direito: o fato aquisitivo teve início, mas não se completou;
- b) Direito adquirido: o fato aquisitivo já se completou, mas o efeito previsto na norma ainda não se produziu;
- c) Direito consumado: o fato aquisitivo já se completou e o efeito previsto na norma já se produziu integralmente.

Embora seja inegável a importância da explanação de conceitos que delimitam a matéria, a fim de melhor situá-la em nosso ordenamento jurídico, Sarmiento (2004) chama a atenção para a reflexão acerca dos **limites** do direito adquirido no quadro de uma ordem constitucional marcada pelo pluralismo. O autor destaca que, assim como o direito de propriedade, o qual, antes visto como intangível, hoje é tratado pela doutrina contemporânea como vinculado à sua função social, a segurança jurídica também deve ser retirada de sua “redoma” e ser aproximada da idéia de Justiça. No dizer sempre expressivo de Daniel Sarmiento,

[...] a segurança jurídica, mais identificada no Estado Liberal com a proteção da propriedade e dos direitos patrimoniais em face do arbítrio estatal, caminha para a segurança contra os infortúnios e incertezas da vida; para a segurança como garantia de direitos sociais e básicos para os excluídos; e até para a segurança em face das novas tecnologias e riscos tecnológicos na chamada ‘sociedade de riscos’. (SARMENTO, 2004, p. 28).

Tenha-se presente que a função da garantia do direito adquirido é assegurar, no tempo, a manutenção dos efeitos jurídicos de normas modificadas ou suprimidas. Trata-se de garantia ocupada com os efeitos concretos da lei. Diante disso, o instituto do direito adquirido deve ser analisado no plano concreto, diante da

interferência do legislador e, ao mesmo tempo, situado no contexto de uma sociedade pluralista e multifacetária.

Em um Estado Democrático de Direito o princípio da segurança jurídica é fundamental ao pleno desenvolvimento da sociedade, a fim de que ela não esteja submetida à instabilidade, gerada pela permanente mutabilidade das situações e direitos. Isso não quer dizer, contudo, que a questão poderá ser equacionada tomando-se como base somente a perspectiva do indivíduo.

Verdade seja, a tarefa de definir direito adquirido é permanente desafio, que se torna mais evidente quando se trata de debater a extensão da garantia do direito adquirido no contexto das emendas constitucionais.

6.2 DIREITO ADQUIRIDO E EMENDAS CONSTITUCIONAIS

A introdução ao tema será feita tomando de empréstimo a Daniel Sarmento (2004, p. 7) a seguinte pergunta: “O poder de deliberação das gerações futuras – que se exprime através do constituinte derivado –, deve ter como limites intransponíveis todos os direitos já distribuídos no passado?”

Sarmento afirma que a discussão sobre a interpretação jurídica não pode se situar fora da perspectiva democrática, pois somente na democracia os indivíduos são reconhecidos como cidadãos livres para adotar decisões vinculativas para toda a sociedade. Entretanto, para que os cidadãos possam expor suas idéias e ser ouvidos, necessária será a inclusão desse indivíduo no espaço público dotado de

canais de participação política; e essa inclusão, por sua vez, só será possível com a garantia dos direitos fundamentais a todas as pessoas.

Assim, a interpretação das cláusulas pétreas da Constituição da República (art. 60, § 4º), geralmente utilizada para se afirmar a preservação dos direitos adquiridos no passado, deve ser voltada para o princípio democrático consagrado no preâmbulo do texto constitucional, no intuito de concretizar uma democracia efetiva e substancial.

Sarmiento (2004) entende que a palavra “lei”, empregada pelo constituinte na redação do art. 5º, XXXVI, da Constituição de 1988, não abrange as emendas constitucionais. As cláusulas pétreas impedem mudanças aos direitos e princípios citados no § 4º do art. 60 somente quando atentatórias ao seu **núcleo essencial**, situação compreendida como aquela na qual se pretende o esvaziamento do conteúdo do direito ou princípio, que compõe o elemento basilar sem o qual ele não existiria.

Em sentido diverso cabe citar a lição sempre precisa de Edimur Ferreira de Faria (2004) quando da análise do texto da Emenda à Constituição n. 19/98, de 4/6/98, em especial do teto remuneratório fixado para os servidores públicos. Entende o Professor que os direitos adquiridos não podem ser suprimidos, alterados ou modificados por meio de emenda constitucional, sendo essa materialmente lei para os efeitos do art. 5º, inciso XXXVI da CR/88:

O poder constituinte derivado não se reveste de competência para operar na Constituição a reforma que bem entender. O seu campo de atuação é delimitado pelo poder constituinte originário. Desse modo, os limites a serem observados pelo poder derivado estão contidos na própria Constituição. (FARIA, 2004, p. 109).

À guisa de exemplo, destacam-se as diferentes posições dos doutrinadores em face do direito adquirido ao mais abrangente dos benefícios concedidos pela previdência social pública: a aposentadoria. No decorrer deste estudo, demonstrou-se que os pressupostos originalmente fixados para a concessão de aposentadoria, em ambos os regimes previdenciários que compõem a previdência social pública, sofreram significativas mudanças, efetivadas por meio de emendas constitucionais, que buscaram tornar mais tardio o acesso ao benefício, ao mesmo tempo em que interferiram na forma de cálculo dos proventos.

As Emendas Constitucionais n. 20/98 e n. 41/03 fizeram constar de seus textos dispositivos legais que garantiam o respeito aos direitos adquiridos daqueles que, até as datas de publicação das referidas emendas, tinham cumprido os requisitos para a concessão de aposentadoria com base nas regras então vigentes – o preceito figura nos arts. 3º de ambas as emendas. Ao mesmo tempo, foram criadas as chamadas “regras de transição”, destinadas àqueles que detinham mera expectativa de direito à concessão de aposentadoria nos termos da legislação mais benéfica. Na EC n. 20/98 cita-se o art. 8º, que estipula o “pedágio” para o servidor público que pretende se aposentar antes da idade mínima fixada pela referida emenda. Na EC n. 41/03, verifica-se a existência de regras de transição no art. 2º, aplicável àqueles servidores que ingressaram em cargo efetivo no serviço público, até a data de publicação da EC n. 20/98 (16/12/98), e no art. 6º, destinado àqueles que ingressaram no serviço público até a data de publicação da EC n. 41/03 (31/12/03).

Em virtude dessas considerações, no que tange à aposentadoria e tomando como exemplo o postulado do art. 3º da EC n. 41/03, pode-se afirmar que, verificando-se, em 31/12/2003, o cumprimento das condições legais para a

concessão de aposentadoria com base na legislação anterior, será possível que o servidor a requeira a qualquer época. Contudo, para aqueles que, embora tenham ingressado no serviço público quando vigorava a norma mais benéfica, não é possível a aplicação do preceito. Resta-lhes o enquadramento nas regras de transição ou no texto constitucional em vigor.

Valmir Pontes Filho (2004) defende tese diversa da adotada por Sarmento (2004). O autor afirma que o tema relativo ao instituto do direito adquirido necessita ser revisitado, para dele serem extraídas conclusões compatíveis com a sistemática do direito público.

Pontes Filho (2004, p. 340-341) assume ousada posição, ao afirmar a “existência de direito adquirido a um dado regime de aposentação, fixado pelas normas (constitucionais e/ou legais) vigentes no exato instante em que o servidor ingressa no serviço público”. Segundo o autor, não pode o Poder Público modificar, alegando interesse público, as condições previstas no sistema jurídico para a aposentadoria do servidor, de modo a alcançá-lo no caminho para a inativação. Esse servidor deve poder projetar sua vida futura, possuindo a certeza de que, após cumpridas as condições estipuladas para sua aposentadoria, não haverá obstáculo à sua passagem para a inatividade. Pontes Filho afasta, assim, dessa situação a prevalência da mera expectativa de direito para tratar a questão do ponto de vista do direito adquirido a uma dada previsão normativo-jurídica que se incorporou ao patrimônio pessoal do servidor. Assim, as alterações só alcançariam aqueles que ingressassem no serviço público após a edição das novas regras, o que, em tese, tornaria desnecessárias as regras de transição.

Esse não é o entendimento majoritariamente aceito pela doutrina. Cumpre examinarmos, nesse ponto, posição que afasta a tese acima exposta, na lição de Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho (2004, p.260):

Ressalte-se, contudo, que o que a Constituição protege do império de incidência da lei nova, [...], é o direito já adquirido, jamais o direito em potencial ou a mera expectativa de direito, visto que não se pode admitir que a Carta Política Brasileira tenha chegado ao cúmulo de amparar o 'direito adquirido' a adquirir um direito. [...].

Assim, antes do preenchimento dos pressupostos constitucionais ou legais à obtenção de um direito, ainda não há direito adquirido, mas mera expectativa de direito. Se a constituição ou a lei estipulam pressupostos a serem atendidos para a obtenção de um direito, e se ainda há requisitos constitucionais ou legais a serem satisfeitos, inexistente qualquer arranjo a direito adquirido, amparado pela Constituição, tampouco há de se cogitar em desfazimento de situação definitivamente constituída, mormente quando a revogação precede a própria aquisição e não somente o exercício do direito.

Oportuno se torna dizer que Saraiva Filho (2004) está em consonância com o pensamento de Daniel Sarmento acima exposto, afirmando que não há de se invocar a garantia do direito adquirido contra texto constitucional, ainda que decorrente de normas criadas por meio de emendas, e que a garantia do direito adquirido se dirige somente à lei infraconstitucional.

Entendo que a adoção da interpretação defendida por Pontes Filho significa o bloqueio de qualquer interrogação, feita pelos cidadãos que **hoje** vivem sob a égide da Constituição, diante das matérias tratadas pelo constituinte originário. Gerações futuras estariam completamente de mãos atadas, “privadas de escolherem os seus próprios caminhos” (SARMENTO, 2004, p. 13) e confrontadas com obstáculos incontornáveis para fazer prevalecer suas vontades. Significa, também, supor que o texto da Constituição seria **sempre** capaz de se adaptar às novas necessidades da vida social, o que não é verdade.

Levada a tese de Pontes Filho ao extremo, em relação à concessão de aposentadoria, significaria dizer que cada indivíduo estaria regido pela legislação vigente à época de seu ingresso na relação de emprego (se celetista) ou no serviço público (se servidor). Seriam criadas inúmeras situações que inviabilizariam as relações entre o empregador e o empregado ou mesmo entre os empregados, visto que coexistiriam as mesmas funções laborais com diferentes formas de organização previdenciária; diferentes, e muitas, seriam as alíquotas de contribuição, diferentes as formas de cálculo de proventos, e o resultado seria desigualdade e desestabilização, e não a tão desejada segurança jurídica.

Ao ensejo da conclusão deste item, infere-se que o princípio da garantia do direito adquirido assume posição de relevo quando se contrapõe o suposto direito ameaçado à interpretação de uma norma constitucional, interpretação essa que se apresenta de diversas formas, como se percebe pela discussão até aqui travada. Procurar-se-á demonstrar, a seguir, que será enriquecedor situar esse debate no campo da nova hermenêutica jurídica, buscando superar formas de interpretação que não condizem com o ideal de democracia consubstanciado na Constituição da República.

6.3 DIREITO ADQUIRIDO NA NOVA HERMENÊUTICA JURÍDICA

Viu-se que a discussão em torno do conceito do direito adquirido em face das emendas constitucionais está, por um lado, atrelada à defesa das “reais intenções” do constituinte originário. Dessa forma, as mudanças constitucionais são pontuadas

por debates nos quais aqueles que defendem teses que impugnam as mudanças afirmam que a garantia do direito adquirido goza de proteção absoluta na ordem jurídica brasileira, inclusive diante da ação do poder constituinte derivado. Para sustentação do argumento, a mera demonstração de que determinada emenda ataca direito adquirido seria suficiente para declarar sua inconstitucionalidade. De outro lado, outra corrente insere a análise do instituto do direito adquirido na perspectiva do ideal democrático consagrado na Constituição da República e dos fins almejados pelo Estado Brasileiro. O debate, porém, deve ir além.

É atribuído ao filósofo alemão Hans-Georg Gadamer (1900-2002 – ano do seu nascimento e da sua morte) o legado de ter transformado a hermenêutica em uma disciplina filosófica que passa a investigar o fenômeno da compreensão em si mesmo, buscando explicitar o que se passa na operação humana fundamental do compreender. Gadamer se volta para as condições da possibilidade da compreensão em geral, o que abala a credibilidade em método e objetividade.

Contrariando a hermenêutica tradicional, que contém a pretensão utópica de que o método poderia levar a uma verdade objetiva e estática, Gadamer demonstra que a possibilidade de revelação da verdade depende da situação hermenêutica (ou horizonte histórico) em que se encontra o sujeito que se põe a compreender. O “giro hermenêutico” atribuído a Gadamer significa a libertação da sombra iluminista que insistia na busca maniqueísta da verdade e de uma razão dissociada da História, partindo da absolutização do método. Gadamer demonstra que o método não é o caminho para a verdade. A compreensão não se concebe como um processo subjetivo do homem em face de um objeto, mas, sim, como o modo de ser do próprio homem. A hermenêutica se define como um processo ontológico do homem, se estendendo a todas as atividades em que se realiza o compreender.

Segundo Gadamer (2004), há sempre uma mediação no processo intelectual de conhecer, pois um fenômeno não se mostra em sua pureza objetiva e aistórica, mas aparece matizado pelo raio de cores que formam o raio de visão daquele que observa.

Isso não significa, entretanto, que não podemos alcançar a verdade das coisas, mas que essa verdade é alcançada através da mediação. Daí o papel da tradição – é dela que recebemos o arsenal de experiências e preconceitos que possuímos e é através de seu filtro que podemos conhecer.

Dessa forma, não há como buscar a verdade pela reconstituição das condições subjacentes ao surgimento de determinado evento histórico, por exemplo, porque a tarefa reconstrutiva é impotente em face da historicidade do nosso ser. Significaria poder atingir o passado independentemente de nosso horizonte atual – de nossa situação hermenêutica –, e a situação hermenêutica é sempre um posicionar-se perante os fenômenos.

Assim, se a compreensão é o modo de ser da existência humana, sua possibilidade só se dá na circunstância do horizonte histórico. A tradição estará sempre presente no processo de compreender, impossibilitando a pretensão de isolar o conhecimento de todo o preconceito, analisando-o por um procedimento objetivo e cientificamente controlado.

A pré-compreensão do sujeito compõe o que Gadamer (2004) definiu como o círculo hermenêutico (que seria mais uma espiral hermenêutica) – que descreve um momento estrutural ontológico da compreensão: a pré-compreensão que temos de um texto se determina da comunhão do ser com a tradição, comunhão esta que está em contínua formação; a pré-compreensão nós mesmos vamos instaurando-a, na medida em que vamos compreendendo. O movimento de compreensão vai, ao longo

do processo, estabelecendo patamares mais corretos de interpretação que lançarão novas luzes sobre os preconceitos e assim por diante.

O ser humano interpreta em razão do que Gadamer (2004) determinou fusão de horizontes – do horizonte daquele que compreende com o horizonte de que adveio o objeto. A compreensão é impossível de ser realizada em abstrato; ela ocorre somente em conexão com aquilo que agora nos instiga a investigar. Toda compreensão pressupõe **aplicação** diante de um caso concreto.

O mundo do indivíduo e o mundo do objeto se encontram no ato de interpretar: Gadamer nega a estrita separação entre sujeito e objeto no fluxo do conhecimento. Não há como dissociar o ser que interpreta e aquilo que é dado a conhecer.

Dessa forma, a verdadeira tarefa da hermenêutica está frente aos textos escritos, dentre os quais podemos situar a Constituição. A tradição escrita torna possível que participemos hoje do que já foi dito. Graças à escrita o texto adquire existência autônoma, independente do autor ou de um destinatário ou leitor. O escrito é uma espécie de fala alienada; **compreender pelo escrito não é repetir algo passado, mas participar em um sentido presente.**

Assim é que Rodolfo Pereira (2001, p. 120) parte da perspectiva gadameriana para situar a Constituição como *locus* hermenêutico: “O ‘lugar’ a partir do qual há uma conformação das possibilidades de sentido de todas as normas inferiores, não tendo como, pois, compreender, interpretar e aplicar o Direito independentemente do padrão constitucional”.

Segundo Pereira, o “fazer hermenêutico” do Direito deve ser realizado superando-se a dicotomia entre as correntes de interpretação, separadas em objetivista e subjetivista. Para a primeira, interpretar é buscar o sentido da norma, a

mens legis enquanto sentido prévio e unívoco; para a segunda, interpretar é desvendar a *mens legislatoris* ou vontade de legislador.

Ocorre que a fusão de horizontes descrita por Gadamer demonstrou que compreender um texto é aplicá-lo a uma situação presente – o que a ciência investiga são versões dos fatos ou eventos. É do filósofo o seguinte texto:

Assim, a referência ao leitor originário, assim como a referência feita ao sentido do autor, parece representar um cânon histórico-hermenêutico muito rudimentar, ao qual não é realmente permitido delimitar o horizonte de sentido dos textos. O que se fixa por escrito desvinculou-se da contingência de sua origem e de seu autor, liberando-se positivamente para novas relações. Conceitos normativos como a opinião do autor ou a compreensão do leitor originário representam, na realidade, apenas um lugar vazio que se preenche de compreensão de ocasião para ocasião. (GADAMER, 2004, p. 512).

Se toda compreensão é situada na história, como afirma Gadamer, “somente no diálogo argumentativo é que será possível compreender e realizar a Constituição” (PEREIRA, 2001, p. 125).

Nesse sentido, volta-se a destacar, como no capítulo 1 deste trabalho, o papel desempenhado pela linguagem, como o meio possível de realizar a integração social em sociedades complexas. Gadamer (2004, p. 571) afirma que “a linguagem não é somente um dentre muitos dotes atribuídos ao homem que está no mundo, mas serve de base absoluta para que os homens tenham mundo, nela se representa mundo”. A linguagem representa o acesso aos fenômenos – através dela vivenciamos o fenômeno. A linguagem é o *locus* privilegiado em que se realiza o evento da compreensão. Para o homem, nada existe que seja exterior à linguagem: o homem não possui a linguagem, mas, antes, dela participa.

A “legitimidade das opções interpretativas”, termo utilizado por Pereira (2001, p. 125), será concretizada à medida que criarmos meios para a inclusão, no jogo do

poder, das diversas concepções de mundo que coexistem em nossa sociedade pluralista.

A influência da teoria de Gadamer é sentida pela moderna hermenêutica constitucional, que adota o conceito de compreensão dialógica, ressaltando que o sentido adequado pode ser encontrado pelo diálogo. Esse diálogo, por sua vez, se realiza com o reconhecimento do outro como igual e partícipe na construção de sentidos para o processo de interpretação da Constituição.

Assim, o giro hermenêutico empreendido por Gadamer não pode ser desconsiderado. A norma constitucional deve deixar de ser concebida como um simples comando jurídico dotado de “vontade” (subjéitiva – do legislador; ou objetiva – da lei) para ser compreendida em um processo complexo de concretização influenciado pelas circunstâncias fáticas relacionadas ao caso concreto. Como já afirmamos anteriormente, é impossível para o intérprete cercar-se das palavras com uma consciência a-histórica, capaz de encontrar a verdade estática presente no texto.

Nesse ponto cabe citar Peter Häberle (1997, p. 15), para quem

todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição.

Enriquecedor será situar a análise também na perspectiva habermasiana, considerando a coexistência do discurso de fundamentação com o discurso de aplicação, conforme também ressaltado no capítulo 1. O que pretende Habermas é demonstrar que as possibilidades semânticas do texto (discurso de fundamentação)

devem cruzar-se com os elementos presentes no caso concreto (discurso de aplicação). A aplicação do Direito demanda um “juízo de adequabilidade”, de forma sintética, a coerência da norma ao caso concreto.

Nessa perspectiva é que se pretende seja dado novo enfoque à garantia do direito adquirido. A interpretação constitucional encontrará legitimação à medida que as diversas forças sociais que compõem a esfera pública e dispõem sobre a organização da sociedade estiverem integradas como sujeitos dessa interpretação.

A ampliação do círculo de intérpretes da Constituição, na perspectiva da nova hermenêutica jurídica, é capaz de trazer novo sentido ao instituto do direito adquirido. Os questionamentos sobre a incidência de lei nova sobre fatos passados encontrariam legitimidade na interpretação em face dos casos concretos, considerando a atuação de diferentes intérpretes, não somente dos “oficiais”, mas também cidadãos e grupos, que poderiam concretizar a Constituição como “processo público” (PEREIRA, 2001, p. 172), adequado, portanto, ao ideal de democracia.

Nesse ponto, introduz-se a reforma previdenciária realizada pelas Emendas Constitucionais n. 20/98 e n. 41/03. Compartilho com a posição defendida por Daniel Sarmiento no sentido de que as emendas constitucionais são instrumentos legítimos para modificar situação jurídica que importe em revisão de direitos, observando-se, contudo, o respeito do núcleo essencial do direito atingido. Nesse sentido, o direito ao recebimento de proventos de aposentadoria pelo servidor público, por exemplo, não estaria sendo atingido em seu núcleo quando se determinou, por meio de emenda constitucional, o aumento do número de anos de contribuição necessários à concessão do benefício. A garantia de aposentadoria após situação de invalidez ou velhice não foi extirpada, nem enfraquecida, no ordenamento jurídico.

Situações consolidadas até o advento das referidas emendas foram amparadas pelo instituto do direito adquirido, e foram criadas regras de transição para aqueles com mera expectativa de direito. Até aqui, a questão parece de fácil compreensão. Mas, sendo assim, por que, no contexto da reforma previdenciária, tanto se alega que foram feridos direitos adquiridos?

Isso ocorre porque as interpretações constitucionais impostas à sociedade carecem de **legitimidade**; e não há legitimidade porque as mudanças no texto constitucional não representam as diversas concepções de mundo de uma sociedade pluralista; e essa representação, por sua vez, não é efetiva porque faltam mecanismos de inclusão dos cidadãos no exercício do poder. Necessário será que as diversas forças sociais estejam representadas no jogo democrático, como verdadeiros autores das normas.

O fato é que estamos diante da falência da democracia representativa, pois o modelo tradicional de representação política mostrou-se incapaz de refletir a vontade popular. Assim, buscamos respostas na democracia participativa.

Cruz (2004) analisa esse processo ressaltando que, no início do século XX já era possível notar um distanciamento entre representantes e representados diante da hipertrofia do Poder Executivo. O Estado foi redimensionado, acrescentando, ao lado de suas funções clássicas de segurança e justiça, outras como, por exemplo, a garantia da previdência social. O Parlamento teve sua importância diminuída e passou a atuar como “despachante dos interesses sociais diante do Executivo” (fl. 6). O autor registra o fato de que o Parlamento hoje sofre pressão de *lobbies*, elegendo parlamentares com o fim exclusivo de atender interesses de determinados grupos e ainda vive a crise partidária, permitindo a existência de partidos sem objetivos políticos claros, incapazes de filtrar as demandas sociais.

Esse quadro gera elevado grau de distanciamento entre o Parlamento e o povo, o que reduz o grau de legitimidade das reformas propostas pelo Poder Executivo.

Necessário será a criação de mecanismos com o intuito de promover um processo legislativo democrático, que realize a pretensão atual de que os destinatários das normas possam ser seus próprios autores, no caso específico aqui abordado, que as alterações constitucionais em matéria previdenciária possam encontrar respaldo na vontade popular.

6.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há dúvida de que o instituto do direito adquirido está consolidado na ordem constitucional brasileira, mas seus limites devem ser analisados no contexto de uma sociedade pluralista.

Para alguns autores essa garantia está totalmente protegida pelo alcance da palavra “lei”, empregada em sentido lato no inciso XXXVI do art. 5º da CR/88; para outros, contudo, não há como invocar direito adquirido contra texto constitucional, ainda que decorrente de normas modificadas ou criadas por meio de emendas constitucionais.

A proposta contida na Constituição da República de 1988 de construção de um Estado Democrático de Direito não permite que a garantia do direito adquirido continue sendo analisada sob a luz de um modelo hermenêutico jurídico tradicionalista.

Torna-se necessário promover a queda do mito de que a lei seria uma obra perfeita, fruto da vontade do legislador. De outro lado, também é preciso evitar interpretações generalizadas que ignoram as peculiaridades que cada caso concreto apresenta e se pretendem capazes de declarar verdades imutáveis.

Gadamer nos ensina que toda compreensão é situada na História. Assim, a nova hermenêutica mostra-se como processo de construção do direito aplicável ao caso, por meio de um procedimento argumentativo e racionalmente controlável.

Partindo dessa perspectiva histórica, a norma deve ser compreendida como resultado de um processo complexo de concretização que proporcione, ao mesmo tempo, segurança jurídica e acertada adequabilidade – fundada na coexistência dos discursos de aplicação e de fundamentação.

A interpretação não pode estar adstrita às instituições oficiais, mas deve formar-se em uma “sociedade aberta de intérpretes da Constituição” usando a expressão de Peter Häberle (1997).

A discussão em torno da garantia do direito adquirido ganha força no contexto da reforma previdenciária, considerando a grande repercussão das mudanças sobre os direitos dos cidadãos. A abordagem jurídica da previdência social deverá estar em consonância com o ideal de consolidação de um Estado Democrático de Direito, e não restrita à palavra dos juízes, devendo ser garantidas a todos os cidadãos e grupos da sociedade formas de participação no diálogo hermenêutico.

7 CONCLUSÃO

A previdência social pública, caracterizada como direito fundamental, é essencial à consolidação da democracia, pois a efetivação desse direito garante aos cidadãos recursos materiais para uma existência digna em situações de risco social, como doença, invalidez e velhice, capacitando-os, assim, para o gozo de uma vida plena, inclusive como sujeitos dos demais direitos fundamentais. O papel do Estado na promoção do núcleo de direitos fundamentais que alicerçam uma sociedade democrática não pode, contudo, ser relevado. O desenvolvimento de políticas públicas adequadas é essencial para a consolidação dos direitos fundamentais, porém, elas deverão estar inseridas em um processo democrático, no qual o cidadão possa participar nas instâncias de decisão política de forma argumentativa e decisiva.

No Brasil, o sistema público de previdência é constituído por dois regimes distintos, que se diferenciam a partir da origem de cada um e de acordo com a forma como se estruturaram ao longo do tempo. O Regime Geral de Previdência Social, que se destina predominantemente aos trabalhadores do setor privado, consolidou-se como resultado de institucionalização de um processo de iniciativa de categorias específicas de trabalhadores, que se organizaram em Caixas de Assistência, depois em Institutos de Aposentadoria e Pensão, para, depois, percorrerem o caminho que firmou a filiação compulsória dos trabalhadores ao INPS, vinculado à Administração Pública Federal, chegando ao INSS que hoje conhecemos. Já o Regime Próprio de Previdência tem uma trajetória construída de forma notadamente distinta. Destinado ao servidor público ocupante de cargo de provimento efetivo, o RPPS tem sua

origem em uma relação caracterizada pelo patrimonialismo do Estado em face do servidor, visto que os benefícios de aposentadoria e pensão eram concedidos sem qualquer fonte de custeio, como retribuição aos serviços prestados ao Estado, em caráter de lealdade e subserviência. Hoje, o RPPS organiza-se em bases mais realistas. A legislação tornou obrigatória a natureza contributiva do regime e a observância ao equilíbrio financeiro e atuarial; há somente uma unidade gestora em cada ente estatal; os municípios pequenos não podem mais realizar o pagamento de benefícios previdenciários mediante consórcio entre entes da federação – os servidores públicos efetivos do município sem RPPS serão, obrigatoriamente, filiados ao RGPS; e a alíquota de contribuição, por sua vez, não poderá ser inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União, hoje 11%.

No que se refere à sustentabilidade financeira do sistema previdenciário, esta é fator determinante para que o sistema se mostre confiável perante seus segurados. É claro na organização do regime de repartição simples, de caráter eminentemente social e coletivo, a prevalência do princípio da solidariedade. No regime de capitalização, de outro lado, baseado em contas individuais capitalizadas, não há solidariedade intergeracional. É preciso ter em mente, contudo, que qualquer forma de financiamento, seja pelo sistema de repartição simples, seja por capitalização, não excluem o papel de um governo efetivo para o adequado desempenho dos planos de previdência. Analisando o exemplo do Chile, vimos que o abandono do sistema de repartição simples e a adoção da previdência privatizada, organizada em planos capitalizados, não constituem a solução definitiva dos problemas da previdência social. Deve-se ter em mente que os planos de repartição simples não excluem a preocupação com solvência, resultado não somente de cálculos atuariais adequados, mas de maior transparência e efetividade da

Administração Pública no controle das contribuições vertidas para a previdência social pública.

Com a reforma previdenciária realizada pelas Emendas n. 20/98, 41/03 e 47/05, a previdência social recebeu, no texto constitucional, detalhamento que influiu definitivamente em sua organização. O impacto foi sentido tanto pelo RGPS quanto pelo RPPS, a começar pela contagem de tempo, não mais tempo de serviço, mas tempo de contribuição. Para os servidores públicos, entretanto, houve maior repercussão, na medida em que situações como a acumulação de proventos (salvo nas hipóteses admitidas em lei); a contagem de tempo ficto, a aposentadoria especial para professores universitários e de tempo reduzido para magistrados foram retiradas do texto constitucional. Note-se que, em 2003, a EC n. 41, cujo texto atingiu diretamente o RPPS, pôs fim a duas garantias antes consagradas no texto constitucional, relacionadas às aposentadorias e pensões: a integralidade – proventos calculados segundo a última remuneração recebida; e a paridade – reajustes nas mesmas condições e mesmas datas concedidas aos servidores ativos. A EC n. 47/05, fruto da “PEC Paralela”, teve sua importância ao introduzir a garantia da paridade plena em duas regras de transição: a regra do art. 6º da EC n. 41/03 e a nova regra do seu art. 3º. Percebeu-se, nesse contexto de reforma, o intuito de aproximação entre RGPS e RPPS, considerando a similitude entre algumas regras impostas ao regime próprio dos servidores públicos e regras já adotadas pelo regime geral.

Tantas modificações do texto constitucional tornaram freqüentes as discussões relativas ao direito adquirido, instituto de difícil conceituação. A questão se mostra ainda mais controversa quando se percebe que não há consenso quanto à possibilidade de se invocar a garantia do direito adquirido contra texto

constitucional decorrente de normas criadas por meio de emendas. Pode-se lançar um diferente foco sobre a matéria, contudo, se analisarmos a garantia do direito adquirido sob a luz de um novo modelo hermenêutico-jurídico, mais adequado à proposta de nossa Constituição da República, de construção de um Estado Democrático de Direito. Vivemos, hoje, a crise da democracia representativa. A nova hermenêutica jurídica nos aponta outros caminhos à medida que considera a compreensão situada na história, e a interpretação da norma como um processo de construção do direito aplicável ao caso, por meio de um procedimento argumentativo e racionalmente controlável, do qual participam vários intérpretes da constituição, cidadãos brasileiros.

O sistema público de previdência consolidado na Constituição da República será mais bem compreendido e ganhará posição de relevo na sociedade à medida em seja inserido em nova perspectiva de análise, na qual se pretende estejam conjugados o papel do Estado na garantia do direito fundamental à previdência social e a participação dos cidadãos nos procedimentos de interpretação de suas normas.

REFERÊNCIAS

A ECONOMIA política da reforma da previdência. Brasília, PARSEP/MPSA/SPS 2001 (Coleção Previdência Social, v. 9).

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional (tradução de Luís Afonso Heck). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, jul./set.1999.

ALMEIDA, Milton Vasques Thibau de. A definição do direito previdenciário complementar na constituição brasileira. 2001. 679 fls. Tese (Pós-Graduação em Direito da UFMG), Belo Horizonte, 2001.

BARR, Nicholas. Reforma da previdência: mitos, verdades e escolhas políticas. *In: _____*. A economia política da reforma da previdência, 2001 (Coleção Previdência Social, série traduções, v. 9).

BARROSO, Luiz Roberto. Constitucionalidade e legitimidade da reforma da previdência (ascensão e queda de um regime de erros e privilégios). *In: MODESTO, Paulo (Org.)*. *Reforma da previdência: análise e crítica da emenda constitucional n. 41/2003*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

BIAGI, Cláudia Perotto. *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira*. Porto Alegre: Fabris, 2005.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 17. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. *Regime próprio de previdência social dos servidores públicos*. Belo Horizonte: Líder, 2004.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. *In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.)*. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2002.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o constitucionalismo brasileiro*. Obra ainda não publicada. No prelo.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de direito administrativo positivo*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FREITAG, Bárbara. *A teoria crítica ontem e hoje*. São Paulo: Brasiliense, 1986.

FREITAG, Bárbara. *Piaget e a filosofia*. São Paulo: Unesp, 1991.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

GALUPPO, Marcelo Campos. O que são direitos fundamentais? *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HEKMAN, Susan J. *Hermenêutica e sociologia do conhecimento*. Tradução de Luís Manoel Bernardo. Lisboa: Edições 70, 1986.

HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. 17. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

IBRAHIM, Fábio Zambitte; TAVARES, Marcelo Leonardo; VIEIRA, Marco André Ramos. *Comentários à reforma da previdência* (EC n. 41/2003), 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

KURZ, Robert. A ressaca do fordismo. Tradução de José Galisi Filho. *Folha de S. Paulo* (fl.3), 18 set. 2005. Caderno Mais!

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de direito previdenciário*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2001.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Direito adquirido na previdência social*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Reforma da previdência social: comentários à emenda constitucional n. 20/98*. São Paulo: LTr, 1999.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Fundamentos de direito da seguridade social*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MARX, Karl. *O Capital*. Resumo dos três volumes por Julian Borchardt. Tradução de Ronaldo Alves Schmidt. 5. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MODESTO, Paulo (Org.). *Reforma da previdência: análise e crítica da emenda constitucional n. 41/2003*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PARSEP/MPSA/SPS. *Reformas dos sistemas de pensão na América Latina*. Brasília: PARSEP/MPSA/SPS 2001 (Coleção Previdência Social, v.12).

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito adquirido e ordem pública: segurança jurídica e transformação democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PONTES FILHO, Valmir. Direito adquirido ao regime de aposentadoria (o princípio da segurança das relações jurídicas, o direito adquirido e a expectativa de direito. *In*: MODESTO, Paulo (Org.). *Reforma da previdência: análise e crítica da emenda constitucional n. 41/2003*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

REGIME Próprio de Previdência dos Servidores: como implementar? Uma visão prática e teórica. Brasília, PARSEP/ MPSA/ SPS 2002. Coleção Previdência Social. V.17

ROCHA, Daniel Machado da. *O direito fundamental à previdência social: na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito adquirido e expectativa de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Contribuição Previdenciária de aposentados e pensionistas do setor público. *In*: MODESTO, Paulo (Org.). *Reforma da previdência: análise e crítica da emenda constitucional n. 41/2003*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e reforma da previdência. *In*: TAVARES, Marcelo Leonardo (Org.). *A reforma da previdência social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. *Direito previdenciário avançado*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

SOARES, Mario Lúcio Quintão. *Direitos fundamentais e direito comunitário: por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas comunitárias*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SOUZA, Gleison Pereira de. *O regime de previdência dos servidores públicos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES (SAFP). *El Sistema Chileno de Pensiones*. Disponível em: www.safp.cl.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Previdência e assistência social: legitimação e fundamentação constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.