

A REFORMA PREVIDENCIÁRIA E A EFETIVIDADE DOS PRINCÍPIOS E REGRAS CONSTITUCIONAIS

ANA CLÁUDIA PIRES FERREIRA DE LIMA(*)

1. INTRODUÇÃO

Em tempos em que se encontra tão em voga o estudo da efetividade dos direitos, quer no plano material, quer no processual, voltamo-nos para a Constituição da República e as regras de hermenêutica jurídica constitucional e indagamos: a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 40/2003 — referente à reforma da Previdência Social — é constitucional? Uma vez aprovada, estar-se-á dando efetividade às normas constitucionais vigentes? A proposta respeita os limites impostos ao Poder Constituinte derivado, mormente, a cláusula pétrea consubstanciada no art. 60, § 4º, IV da Constituição da República? Estes são os temas a serem abordados neste breve artigo.

2. DOS REGIMES JURÍDICOS DE CONTRATAÇÃO DOS TRABALHADORES

O ordenamento jurídico brasileiro elege dentre seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, III e IV da CF) e estabelece, a nível constitucional, direitos aos "trabalhadores urbanos e rurais" (art. 7º da CF), bem como aos agentes públicos, quer sejam ocupantes de cargo, emprego ou função pública (art. 37 e ss. da CF).

Assim, a própria Constituição Federal reconhece a existência de regimes jurídicos diversificados, tendo a Emenda Constitucional n. 19, de 4.6.98 excluído a exigência de regime jurídico único, contida no *caput* do artigo 39, ficando cada esfera de governo com liberdade para escolher o regime jurídico sob o qual contratará seu servidor (contratual ou estatutá-

(*) Juíza do Trabalho Substituta da 15ª Região.

rio), excetuando-se as carreiras típicas de Estado, em que a própria Constituição Federal impõe o regime estatutário, ainda que implicitamente — eis que obrigatoriamente remunerados por “subsídios” —, como é o caso das carreiras da Magistratura (art. 39, § 4º), Ministério Público (art. 128, § 5º, I, c), Tribunal de Contas (art. 73, § 3º), Polícia (art. 144, § 9º), Advocacia Pública e Defensoria Pública (art. 135).⁽¹⁾

A Constituição Federal diferencia os direitos atribuídos aos servidores privados daqueles atribuídos aos servidores públicos, impondo, ainda, restrições a estes:

1. Trabalhadores urbanos e rurais (art. 7º):

- a) proteção assegurada contra despedida arbitrária ou sem justa causa (inciso I, atualmente consubstanciada na multa de 40% sobre o FGTS);
- b) fundo de garantia do tempo de serviço (inciso III);
- c) irredutibilidade salarial (inciso VI);
- d) participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa (inciso XI);

2. Servidores públicos:

- a) direito ao acesso através de concurso público de provas ou de provas e títulos (art. 37, inciso II);
- b) fixação ou alteração de vencimentos por lei específica (art. 37, inciso X);
- c) teto de vencimentos, os quais não podem exceder aos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 37, inciso XI);
- d) irredutibilidade de vencimentos (art. 37, inciso XV);
- e) integralidade na aposentadoria (art. 40, § 3º);
- f) paridade, ou seja, revisão dos proventos de aposentadoria e das pensões na mesma proporção e na mesma data em que se modificar a remuneração dos servidores em atividade (art. 40, § 8º);
- g) estabilidade após 3 (três) anos de efetivo exercício para os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público (art. 41, *caput*);
- h) proibição de acumulação remunerada de cargos, funções ou empregos, ressalvadas certas hipóteses expressamente arroladas, desde que haja compatibilidade de horários e respeitado o teto de remuneração (art. 37, XVI e XVII);
- i) irredutibilidade do valor dos benefícios (art. 194, par. único, IV).

Numa simples análise dos direitos atribuídos aos servidores privados e aos públicos, constatamos que a paridade e a integralidade conferidas ao servidor estatutário estão contrabalanceadas com o FGTS destinado ao

(1) *Maria Sylvia Zanella di Pietro*, “Direito Administrativo”, p. 441.

trabalhador celetista, cujo ônus é arcado pelo empregador, que equivale, praticamente, a um salário nominal por ano de serviço, atingindo uma quantia considerável ao final dos 30/35 anos de serviço exigidos para aposentadoria, a cuja verba o estatutário não tem direito. Poderíamos dizer, por outro lado, que a não previsão da mesma estabilidade ao trabalhador celetista é compensada com a indenização pela dispensa imotivada, equivalente, atualmente a 40% sobre o FGTS (art. 18, § 1º da Lei n. 6.039/90).

Ressalta-se, ainda, que no regime geral de previdência social, a contribuição do empregado está limitada ao teto imposto pelo Governo, não importa o número de empregos do trabalhador ou o total de seu salário, ao passo que o trabalhador estatutário recolhe a alíquota que lhe é fixada por lei (11% para o servidor federal — art. 1º da Lei n. 9.783, de 28.1.99) sobre o total de seus vencimentos.

Portanto, se realmente o “rombo” atribuído ao sistema da previdência tivesse como causa a integralidade e paridade atribuída ao servidor estatutário, bastaria que o Governo passasse a admitir seus servidores sob o regime jurídico da CLT, enquadrando-os nas regras do regime geral de previdência social (art. 201 da CF), com exceção das carreiras típicas de Estado. Entretanto, o Governo não o faz porque, neste regime, teria que arcar com os recolhimentos do fundo de garantia do tempo de serviço, além dos encargos previdenciários impostos ao empregador, ônus pelos quais o Governo não quer se responsabilizar.

Feita a distinção entre os regimes celetista e estatutário, passamos a analisar a proposta de Emenda Constitucional (PEC) 40/2003, em trâmite no Congresso Nacional à luz dos princípios constitucionais da igualdade, da proporcionalidade (art. 1º *caput*, art. 5º, XXV e LIV da CF) e da irredutibilidade do valor dos benefícios (art. 194, IV da CF).

1. DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

1.1. Do princípio da igualdade

Utilizando-se do discurso simplista, com o pretexto de criar um regime único de previdência social para os servidores públicos e privados, invocando, equivocadamente, o princípio da igualdade e da moralidade, a Administração atual quer tirar dos servidores públicos um dos poucos atrativos da carreira, a saber, a aposentadoria com proventos integrais — reajustável da mesma forma que os vencimentos dos servidores da ativa.

A PEC 40/2003 tira benefícios sociais dos servidores públicos com a pretensão de igualá-los aos do setor privado, deixando, entretanto de estender aos servidores públicos as garantias do setor privado, mormente o FGTS, cujo levantamento o trabalhador celetista tem direito ao se aposentar (equivalente a um salário nominal por ano de serviço, o que somaria 35 salários nominais no caso da aposentadoria integral de um homem com tal tempo de contribuição).

O princípio de que "todós são iguais perante a lei" pressupõe que as grandezas a serem "igualadas" se encontrem na mesma dimensão. Assim, inconcebível dar o mesmo tratamento a "desiguais", por questões jurídicas e até mesmo éticas. Somente haverá legalidade e moralidade na equiparação de "desiguais" quando se der condições fáticas para tanto, e de maneira geral, não bastando o tratamento igualitário em apenas um ou outro aspecto.

A proposta de reforma em curso visa a adoção de um único regime de previdência social para todos os trabalhadores, quer sejam celetistas ou estatutários, inclusive os exercentes de cargos da carreira típica do Estado, excetuando, unicamente, os militares. Entretanto, além de não uniformizar o regime de previdência social entre servidores públicos e privados, pois impõe um ônus maior aos primeiros com a instituição de contribuições aos servidores públicos inativos, a PEC 40/2003 somente tira direitos sociais dos servidores públicos, não lhes conferindo nada em troca.

Ademais, a respeito dos inativos, conforme ressalta *Wagner Balera*⁽²⁾, o aposentado e o pensionista não estão mais na condição de contribuintes, mas sim na de beneficiários da previdência, sendo incompatível com o regime constitucional da seguridade social a instituição de contribuição incidente sobre proventos pagos a aposentados ou pensionistas do serviço público, não se podendo igualá-los aos servidores da ativa.

Em suma, a PEC 40/2003 ofende o princípio da igualdade, eis que: a) pretende igualar os servidores públicos aos do setor privado apenas sob um aspecto (quebra da integralidade e da paridade), olvidando-se das desigualdades fáticas entre os mesmos, criando um terceiro regime, e b) cria contribuição apenas para os inativos e pensionistas do setor público.

3.2. Do princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade é decomposto pela doutrina alemã em três aspectos:

"proporcionalidade em sentido estrito, adequação (*Geeignigkeit*) e exigibilidade (*Erforderlichkeit*). No seu emprego, sempre se tem em vista o fim colimado nas disposições constitucionais a serem interpretadas, fim esse que pode ser atingido por diversos meios, entre os quais se haverá de optar. O meio a ser escolhido deverá, em primeiro lugar, ser adequado para atingir o fim desejado. Em seguida, comprova-se a exigibilidade do meio quando esse se mostra como o "mais suave" dentre os diversos disponíveis (...) Finalmente, haverá respeito à proporcionalidade em sentido estrito quando o meio a ser empregado se mostra como o mais vantajoso, no sentido da promoção de certos valores, com o mínimo de desrespeito de outros (...)"⁽³⁾

(2) *Wagner Balera*, "Contribuição do inativo", Revista de Previdência Social n. 268, março 2003, pp. 221/223.

(3) *Celso Ribeiro Bastos*, "Hermenêutica e Interpretação Constitucional", p. 233.

No Direito Brasileiro, a técnica da verificação da proporcionalidade pode ser admitida como presente no texto Constitucional sob duas óticas diversas. Primeiramente, pode-se considerar o princípio da proporcionalidade como implícito no sistema, revelando-se assim como um princípio constitucional não escrito, decorrente do Estado democrático de direito (artigo 1º, *caput*, da CF). Por outro lado, poder-se-ia extraí-lo da cláusula do devido processo legal (art. 5º, XXV e LIV da CF), mais especificamente como decorrente da noção substantiva que se vem imprimindo à dita cláusula.

A norma jurídica que não está de acordo com o princípio da igualdade não é *due process of law*. Segundo *Luiz Guilherme Marinoni*⁽⁴⁾, a cláusula do devido processo legal não se limita a simples garantia processual, consistindo, a par do princípio da igualdade, "no mais importante instrumento jurídico protetor das liberdades públicas, com destaque para a sua novel função de controle do arbítrio legislativo e da discricionariedade governamental, notadamente da 'razoabilidade' (*reasonableness*) e da 'racionalidade' (*rationality*) das normas jurídicas e dos atos em geral do Poder Público".

Ainda, segundo *Marinoni*:

"o controle da razoabilidade da lei, realizada em virtude da garantia do devido processo legal, tem por fim evitar leis que sejam arbitrárias, ou melhor, leis que discriminem em desatenção ao princípio da igualdade, ou que deixem de diferenciar quando necessário à observância desse princípio. Isto é, a cláusula inclui 'a proibição ao Poder Legislativo de editar leis discriminatórias, ou em que sejam negócios, coisas ou pessoas tratados com desigualdade em ponto sobre os quais não haja entre eles diferenças razoáveis, ou que exijam, por sua natureza, medidas singulares ou diferenciais'."⁽⁵⁾

O governo divulga como principal motivo da reforma da previdência seu rombo nos setores público e privado. Entretanto, estudos elaborados anualmente pelo Sindicato dos Auditores da Receita Federal (Unafisco) comprovam que o sistema previdenciário é superavitário, ou seja, "ao longo dos últimos anos, a receita da seguridade tem sido mais que suficiente para financiar os gastos do regime geral, os de assistência social, os pagamentos de inativos da União, o orçamento do Ministério da Saúde e ainda gerar a metade do superávit primário do governo federal"⁽⁶⁾, sendo que em 2002, "somando INSS e aposentadoria dos servidores públicos, o superávit do sistema foi de R\$ 15 bilhões"⁽⁷⁾, fato reconhecido pelo Governo, con-

(4) *Luiz Guilherme Marinoni*, "O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais", *Genesis — Revista de Direito Processual Civil* n. 28, Curitiba, abril/junho de 2003, p. 312.

(5) *Id Ibidem*.

(6) *Sulamis Dain*, da UERJ, em palestra proferida durante o seminário "A Reforma da Previdência", promovido pelo PT e Fundação Perseu Abramo, nos dias 24 e 25 de maio de 2003, apud *Cadernos Adunesp* 3 — junho 2003, p. 9.

(7) *Rosa Marques*, da PUC/SP, em palestra proferida no mesmo seminário.

forme declarações do Ministro chefe da Casa Civil, José Dirceu: “É verdade que, se o governo não pagasse os juros da dívida, haveria superávit da Previdência”⁽⁸⁾.

Luís Roberto Barroso invoca o princípio da razoabilidade como instrumento de invalidação de atos legislativos e administrativos:

“O princípio da razoabilidade é um mecanismo de controle da discricionariedade legislativa e administrativa. Ele permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou atos administrativos quando: a) não haja relação de adequação entre o fim visado e o meio empregado; b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual; c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha.”⁽⁹⁾

Assim, a proposta de reforma da previdência ofende o princípio da proporcionalidade, uma vez que os meios propostos (redução das despesas com pensões e proventos de servidores públicos — com a quebra da integralidade e proporcionalidade de seus proventos —, bem como a criação de nova fonte de renda — com a taxação dos servidores públicos inativos e de seus pensionistas) são inadequados (bastaria contratar os servidores fora das carreiras típicas de Estado pelo regime celetista, cabendo ao Estado Administração recolher o FGTS e os encargos previdenciários) e não observam a máxima de causar a menor restrição possível aos indivíduos, pois retira direitos sociais dos servidores públicos e de seus pensionistas sem causa aparente, visto que o sistema previdenciário é comprovadamente superavitário, sendo falsa a premissa em sentido contrário.

Ao invés de suprimir direitos sociais dos trabalhadores, quer dos servidores públicos — acabando com a paridade e integralidade de suas aposentadorias —, quer dos servidores privados — através da flexibilização de seus direitos —, cuja proposta será retomada na reforma trabalhista dentro em breve, deveria o Governo investir na contratação de fiscais no combate às sonegações fiscal e previdenciária e aparelhar as Procuradorias Públicas para a efetiva execução e satisfação de tais débitos, além de criar mais órgãos da Justiça Federal e da Justiça do Trabalho para viabilizar a cobrança de tais débitos em Juízo, o que certamente incrementaria a receita pública em proporção bem maior do que a “economia” prevista pelo Governo com a supressão dos direitos sociais dos trabalhadores.

3.3. Do princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios

O trabalhador, ao adquirir o direito à aposentadoria, deixa de ser contribuinte do sistema para ser beneficiário. Trabalhou e contribuiu durante todo o tempo imposto por lei para alcançar direito a seu “prêmio”. Ao alcançá-

(8) “A farsa do rombo”, *Cadernos Adunesp* 3 — Junho 2003, p. 9.

(9) *Luís Roberto Barroso*, “Interpretação e aplicação da constituição”, p. 234.

lo, tem o direito de exigir do Estado o cumprimento de seu dever, qual seja, de pagar os proventos da aposentadoria, que no caso dos servidores públicos são integrais (art. 40, § 3º, da CF).

Segundo a doutrina de *Robert Alexy*⁽¹⁰⁾, podemos dizer que o servidor público aposentado tem direito frente ao Estado de que este não elimine sua posição jurídica de beneficiário do sistema de previdência com proventos integrais e paritários aos servidores da ativa do mesmo cargo (art. 40, §§ 3º e 8º da CF), tendo direito, portanto, a receber seus benefícios sem qualquer desconto extra (art. 194, parágrafo único, IV da CF), ou seja, sem a contribuição de inativos e pensionistas, uma vez que não há fundamento jurídico algum a legitimá-la (visto que a contribuição para o regime de previdência social visa ao pagamento futuro dos proventos da aposentadoria após o implemento das condições legais).

Uma vez adquirido o direito à aposentadoria, a contribuição não mais se justifica, tendo o aposentado o direito a seus proventos na forma integral, beirando a contribuição de inativos a subtração forçada de bens, ou seja, confisco, vedada constitucionalmente, tratando-se de uma não-competência do Estado (competência negativa), nos termos do artigo 150, IV, da CF: *“sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: ... IV — utilizar tributo com efeito de confisco;”*.

Não bastasse isso, o artigo 194, parágrafo único, IV da CF, segundo o qual a organização da seguridade social será realizada *“com base nos seguintes objetivos: ... IV — irredutibilidade do valor dos benefícios”*, deixa claro estarmos diante de uma não-competência do Estado em reduzir o valor dos benefícios definidos por lei aos servidores públicos inativos e a seus pensionistas. Essa não-competência é equiparada a não competência do Estado de cobrar tributos no mesmo exercício financeiro de sua instituição ou majoração (art. 150, III, b da CF), ou seja, sem observar o princípio da anterioridade.

A propósito, previsão de taxação dos inativos e pensionistas do serviço público constitui uma *“odiosa discriminação”*, conforme dizes de *Carmem Lúcia Antunes Rocha*⁽¹¹⁾; segundo a qual *“os aposentados do setor privado (e que se submetem ao denominado ‘regime geral de previdência’) são resguardados de qualquer cobrança de contribuição (art. 195, II, na norma introduzida no sistema pela Emenda Constitucional n. 20/98), enquanto os aposentados do regime de previdência pública são apenas com uma contribuição que incide e se faz aumentar por meio de mera lei ordinária...”*, referindo-se à Lei 9.783/99 que incluiu os inativos e pensionistas do serviço público no rol dos contribuintes da previdência social, disposição ora inserta na PEC 40/2003.

Quanto ao regime de previdência de caráter complementar, nos termos do art. 202, *caput*, a Constituição Federal dispõe que o mesmo será facultativo. Trata-se, portanto, de uma liberdade protegida, ou seja, uma

(10) *Robert Alexy*, *“Teoria de los derechos fundamentales”*, p.186 ss.

(11) *Carmem Lúcia Antunes Rocha*, *“Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos”*, p. 439.

posição jurídica: em que o sujeito de direitos é livre para um fazer ou não fazer, ou seja, é permitida a adesão a plano de previdência complementar e não é proibido deixar de aderir a esse tipo de plano.

Nos enunciados da Constituição referentes ao regime previdenciário dos servidores públicos encontramos, pois, as várias posições jurídicas classificadas por *Alexy*: a) direito a algo: o servidor público aposentado tem frente ao Estado o direito que este não elimine sua posição jurídica de receber proventos integrais e de forma paritária com os da ativa (art. 40, I 3º e 8º da CF); b) liberdade protegida: o servidor público aposentado tem a faculdade de aderir ou não a um plano de previdência complementar (art. 202, *caput* da CF), e c) não competência: é vedado ao Estado reduzir o valor dos benefícios dos pensionistas e servidores públicos aposentados, tendo estes direito de ação para dar efetividade às normas constitucionais que lhes dizem respeito (art. 194, par. único, IV da CF).

Ora, se os proventos dos servidores públicos são previamente definidos constitucionalmente de forma integral e paritária (art. 40, §§ 3º e 8º CF), constituindo-se um direito do servidor público a que o Estado não elimine esta posição jurídica, e se é vedada ao Estado a redução do valor dos benefícios (art. 194, IV da CF), tratando-se, pois de não competência, tem-se que a integralidade e paridade dos proventos do servidor público constituem direitos fundamentais, protegidos por cláusula pétrea, nos termos do artigo 60, § 4º, IV, da CF.

2. CONCLUSÃO

Diante do exposto, concluímos pela inconstitucionalidade da proposta de Emenda Constitucional 40/2003, diante de sua ofensa a direitos fundamentais e aos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, III e IV da CF), da irredutibilidade do valor dos benefícios (art. 194, IV da CF), e da proporcionalidade (art. 1º *caput*, art. 5º, XXV e LIV da CF), sendo, portanto, ilegítima, uma vez que os meios propostos não justificam os fins almejados, com o gravame de que estes partem da falsa premissa de ser o sistema previdenciário deficitário, restando comprovado o contrário.

Esperamos, pois, que no regime do Devido Processo Legal e de Estado Democrático de Direito em que vivemos, o Senado Federal não aprobe a PEC 40/2003 — que se encontra tramitando em sua casa —, tudo para que se dê efetividade às normas constitucionais, mormente aquelas referentes às limitações do Poder Constituinte Derivado (art. 60, § 4º, IV da CF), aos *direitos fundamentais e aos princípios constitucionais supra mencionados*.

BIBLIOGRAFIA

Alexy, Robert, "Teoría de los derechos fundamentales". Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

- Barela, Wagner.* "Contribuição do inativo", Revista de Previdência Social n. 268, março 2003, p. 221/223.
- Barroso, Luís Roberto.* "Interpretação e aplicação da constituição". São Paulo: Saraiva, 1999.
- Bastos, Celso Ribeiro.* "Hermenêutica e Interpretação Constitucional". São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.
- Cadernos Adunesp 3. Seção Sindical do Andes/SN. — junho 2003.
- Di Pietro, Maria Sylvia Zanella.* "Direito Administrativo". São Paulo: Atlas, 2001.
- Marinoni, Luiz Guilherme.* "O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais", GÊNESIS — Revista de Direito Processual Civil n. 28, Curitiba, abril/junho de 2003, p. 312.
- Rocha, Carmem Lúcia Antunes.* "Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos". São Paulo: Saraiva, 1999.