

REFLEXÕES SOBRE A REFORMA PREVIDENCIÁRIA

WAGNER BALERA(*)

A Proposta Emenda Constitucional da Reforma Previdenciária PEC n. 40/2003 passou pelo seu primeiro turno de votação.

Passo, pois, a formular minhas considerações a respeito, que não podem deixar de se apresentar de modo articulado com o contexto constitucional *que envolve toda a problemática dos direitos sociais*.

É que, consoante se deduz do art. 6º, da Constituição de outubro de 1988, não pode ser estabelecida nenhuma distinção entre esse catálogo de direitos e aqueles direitos individuais arrolados no art. 5º.

É que, de fato, entrelaça os dois dispositivos o liame indissolúvel do § 2º do mesmo art. 5º.

De nenhum modo posso entender o referido preceptivo como mera consagração dos chamados princípios implícitos, o que, de per si, já lhe conferiria singular significado.

Ocorre que, as palavras da parte final da regra, inovadora adenda ao texto histórico das Leis Fundamentais do Brasil, *são particularmente eloqüentes e merecem transcrição com duplo sublinhado*:

Art. 5º

§ 2º 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*.

Os atos internacionais pactuados pelo Brasil formam parte integrante dos direitos individuais.

Naturalmente, o supremo ato internacional até hoje engendrado pela sociedade humana a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada

(*) Professor Titular da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

e proclamada pela Resolução n. 111-A da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 e, na mesma data, subscrita pelo Brasil.

São direitos individuais, porque direitos humanos e somente o homem — indivíduo e pessoa — é titular desses direitos, os direitos como tal definidos pela citada Declaração:

Na enumeração desses direitos fundamentais encontra expressão a seguridade social, de que cuidam os incisos XXIII e XXV do Diploma da Humanidade.

Assim se expressam os referidos comandos:

Artigo XXIII — 1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

2. Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito à igual remuneração por igual trabalho.

3. Toda pessoa que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.

4. Toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para a proteção dos seus interesses.

Art. XXV — 1. Toda a pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança, em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

Interessa observar que, na hierarquia dos princípios fundamentais da República, o art. 4º, da Constituição do Brasil, está posto em ordem a conferir prevalência aos direitos humanos (inciso II).

Funda-se nessa primazia, haurindo dela toda a sua eficácia, a função que é chamado a desempenhar o sistema de seguridade social no ordenamento constitucional brasileiro.

Trata-se de serviço público de tipo novo, como bem o define *Gérard Lyon-Caen*⁽¹⁾, serviço (múnus) esse que mereceu cuidados extraordinários do constituinte.

(1) *Gérard Lyon-Caen*, "Manuel de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale", Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence 1955, pág. 309.

Primeiro, porque se insere como esteio básico da Organização do Estado (Título III, em especial o art. 40 que cuida da seguridade dos agentes públicos) e da Ordem Social (Título VIII, com ênfase para os artigos 193 a 203) instauradas pela Constituição de outubro de 1988.

Segundo, pelo especial regime jurídico que, na esfera da previdência, dará cobertura aos servidores públicos e aos trabalhadores em geral.

E, finalmente, como que dando acabamento a esse setor do Estado brasileiro, pela especial curadoria que recebe do Ministério Público (art. 129, II, da Norma Máxima).

Assim se demonstra, em entramado lógico e sistemático, a inclusão dessa cópia de direitos dentro da salvaguarda expressa no art. 60, § 4º, IV, da Constituição de outubro de 1988.

Dando continuidade ao programa de reformas previdenciárias iniciadas pela edição da Emenda Constitucional n. 20, de 1998, a Proposta de Emenda Constitucional n. 40, de 2003, mais uma vez quer ofender direitos individuais imodificáveis pela via constituinte derivada.

É verdade que no primeiro teste de constitucionalidade a que se viu submetida a tal PEC mereceu a acolhida liminar do Poder Legislativo.

A Câmara Federal, chamando a si a responsabilidade pela viabilização da Proposta encaminhada pelo Poder Executivo admitiu o trâmite do processo legislativo da mesma.

Decerto, os vícios apontados por alguns dos integrantes da Comissão de Constituição e Justiça são de molde a fazer supor que a matéria, com toda a certeza, será afinal submetida ao crivo do Poder Judiciário.

Assume, pois, a Câmara a grave responsabilidade de apreciar um conjunto de impressionantes restrições de direitos sociais conferidos aos servidores do Estado pela Superlei.

Ocorre que, a matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta no mesmo ambiente constitucional.

É o que assinalavam em sua manifestação conjunta os eminentes Deputados Geraldo Magela, José Dirceu, Waldir Pires, Marcelo Deda, Marcos Rolim, Antônio Carlos Biscaia e Dr. Rosinha a propósito da PEC n. 136, de 1999.

Averbaram, então, aqueles ilustres parlamentares:

“... dispositivos cujo teor já fora objeto de prejulgamento por esta Comissão, que entendeu serem inconstitucionais em sua forma original, tendo inclusive aprovado emendas saneadoras para afastar tais vícios. E com base nesse juízo de inconstitucionalidade, determina o Regimento que sejam afastadas de nova deliberação proposições de teor semelhante a outro já considerado inconstitucional de acordo com parecer da Comissão de Constituição e Justiça.”

É claro que insistir na cobrança de contribuição dos inativos e pensionistas fere a Constituição em vigor, motivo pelo qual foram aprovadas anteriormente pela CCJR as emendas citadas à PEC n. 33/95. Não se trata aqui de mera coincidência, mas de perfeita identidade, semelhança de propósito, forma e conteúdo, nos dispositivos apontados."

Assim sendo, nenhuma das Casas do Congresso Nacional poderia apreciar questões relativas à matéria previdenciária já tidas por inconstitucionais pelo Poder Legislativo da União.

Rejeitar a proposta teria sido a coerente atitude que se esperava, *in limine*, do Poder Legislativo, posto que é a mesma a Norma Fundamental que se pretende modificar.

A apreciação pela inconstitucionalidade cria, por assim dizer, uma jurisprudência da Comissão de Constituição e Justiça e Redação da Câmara, que não pode ser modificada defronte ao mesmo Texto Maior.

Está, pois, eivado de *nulidade insanável* todo o processo legislativo que se iniciou com a apresentação da Proposta de Emenda Constitucional n. 40, de 2003.

A premissa do raciocínio de qualquer reforma previdenciária deve ser encontrada no objetivo fixado pelo inciso I, do parágrafo único do art. 194 da Lei das Leis.

Assim tive oportunidade de me pronunciar perante a Comissão Especial da Câmara dos Deputados — presidida pelo Deputado Federal Jair Soares — que examinava, àquela altura, a proposta que viria a ser promulgada como Emenda Constitucional n. 20, em dezembro de 1998.

Não se pode falar em isonomia, em tema de reforma previdenciária, sem que, na Norma Fundamental, estejam fincadas as bases para o futuro regime unificado de seguro social para todos os brasileiros.

A primeira consideração que interessa lançar, aqui, é a da cabal afronta ao comando estampado no art. 5º cuja cabeça não admite tratamento desigual entre brasileiros.

A igualdade, que sobre ser um princípio fundamental é critério de interpretação dos demais princípios catalogados na Norma Fundamental, na esfera da seguridade social exige, em sumária consideração, que a igual risco corresponda idêntica proteção jurídica. Essa idéia sumaria o comando encravado no já citado art. 194, parágrafo único, I, do Código Supremo.

Destarte, as diferenças existentes entre os reconhecidos regimes de proteção social devem ser (não nos esqueçamos que as Constituições, e nisso não difere a nossa de nenhuma outra, projetam o *dever* da comunidade organizada em Estado por esses Diplomas Fundamentais) gradativamente eliminadas a fim de que a universalidade da cobertura e do atendimento (art. 194, parágrafo único, I, da Superlei) se veja concretizada o quanto antes.

Renovo, agora, a minha premissa. A unificação dos regimes de proteção social, eliminadas todas as diferenças que não sejam condizentes com os riscos a que se sujeitam os trabalhadores, qualquer que seja o lugar que ocupam no seio da comunidade protegida, impede o tratamento distinto para situações iguais que não se coaduna com a universalidade nem tampouco com a igualdade.

Portanto, ao estipular, como aplicáveis aos servidores militares somente os comandos consignados no § 7º do art. 40 e 37, XI, contrário senso a Proposta de Emenda Constitucional cria outro regime próprio, distinto daquele que pretende homogeneizar as diretrizes normativas que preordenam os dois regimes atualmente existentes.

Quer dizer que, nos termos propostos, a alegada igualdade que pretende impor aos trabalhadores em geral, na PEC, cria quase como um nicho de desigualdade representado pelo especial regime a que ficarão ligados os servidores militares, federais e estaduais.

Parece-me que esse primeiro passo será seguido pela diferenciação a ser fixada quanto aos Magistrados, Membros do Ministério Público e demais carreiras exclusivas de Estado, durante o evoluir do processo legislativo em curso.

Tenho insistido — e falem contra mim os fatos e a norma constitucional a ser promulgada — que o estudo elaborado pela empresa Gushiken Associados já expressamente excluía das reformas o segmento militar e o pessoal vinculado ao Judiciário.⁽²⁾

Aceitas as minhas premissas, o art. 42 e o art. 142 tal como se encontram redigidos na atual versão da PEC n. 40, de 2003 — não passam pelo teste de constitucionalidade.

“Art. 42.

§ 1º Aplicam-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do art. 14, § 8º; do art. 37, XI; do art. 40, §§ 9º e 10; e do art. 142, §§ 2º e 3º, cabendo à lei estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, § 3º, inciso X, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos governadores.

§ 2º Aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios e a seus pensionistas aplica-se o disposto no art. 40, § 7º.” (NR)

Ou o Congresso Nacional quer, efetivamente, reduzir as assimetrias entre o regime geral e os regimes próprios ou quer, isso sim, criar o terceiro regime próprio para os servidores militares e o quarto regime próprio para

(2) Em breve síntese, a matéria publicada por *Cláudia Iztique* na Update n. 390, pág. 7, em fevereiro de 2003, exclui dos efeitos da reforma previdenciária o grupo militar e a elite do funcionalismo civil enquadrada nas carreiras de Estado, tomando por base o estudo encomendado à Gushiken Associados.

os integrantes das carreiras de Estado. Na vala comum do primeiro seria lançada a imensa maioria dos servidores públicos e os grupos de elite permaneceriam preservados nas fortificações que, ao longo do tempo, foram sendo edificadas em seu favor.

É verdade que a Casa Legislativa não costuma ser perturbada nesta fase de seus trabalhos — em inúmeras oportunidades o Poder Judiciário se recusou a interferir no andamento do processo legislativo — tornando pouco provável que por essa via a matéria seja fulminada de inconstitucionalidade.

O I Simpósio de Direito Social debateu variados aspectos da Reforma Previdenciária e seus organizadores entenderam conveniente lançar alguns alertas ao legislador constituinte derivado a fim de que este cuidasse de escoimar a Proposta enviada ao Poder Legislativo de vícios e falhas que, além de não contribuírem para o aperfeiçoamento do sistema brasileiro de proteção social; de não resolverem os problemas emergenciais de insuficiência financeira do sistema (conforme alegações apresentadas na justificativa da Proposta); acabariam criando um clima de insegurança social e gerando outro caudal de ações judiciais em torno dos temas modificados pela Emenda Constitucional.

Tendo sido superada a questão da admissibilidade da matéria pelo Plenário da Câmara dos Deputados, as reflexões que nesse espaço se desenvolvem são dirigidas à Casa Revisora — o Senado Federal — a quem igualmente compete apreciar tal ângulo do tema e, se bem refletir, pode chegar à conclusão a respeito do vício de inconstitucionalidade manifesta da Proposta de Emenda Constitucional n. 40, de 2003, em pelo menos alguns dos seus aspectos essenciais.

O sistema de seguridade social quer eliminar ou reduzir a limites toleráveis, o risco.

Dentre os riscos que, de algum modo, podem causar insegurança está o decorrente da erosão monetária.

Como sublinhava *Francisco de Ferrari*, esse risco é de difícil solução, notadamente quando se apresenta nos planos previdenciários que se baseiam na chamada técnica da capitalização.⁽³⁾

De todo modo, há consenso mundial a respeito da exigência de garantia do valor das prestações da seguridade social.

Consenso que se expressa no artigo 67 do Convênio n. 102, adotado pela Assembleia Geral da Organização Internacional do Trabalho, em 1952, que estabelece as Normas Mínimas de Seguridade Social.

Esse Diploma Normativo do Direito Internacional Público determina: "o montante da prestação não poderá reduzir-se" e deve ser apto a assegurar ao beneficiário e à sua família "condições de vida salutar e convenientes".⁽⁴⁾

(3) *Francisco de Ferrari*, "Los Principios de la Seguridad Social", Buenos Aires, Depalma, 1972, pág. 143.

(4) Cf. Organização Internacional do Trabalho, "Convénios y Recomendaciones Internacionales del Trabajo", Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1985, pág. 884.

As necessidades básicas do indivíduo e de seu grupo familiar serão atendidas, em conformidade com princípio da integridade que *Patricio Novoa* explicita como sendo a "*garantía del valor real de las prestaciones*".⁽⁵⁾

A comunidade social é chamada, assim, a garantir ao indivíduo que vai para a inatividade o mesmo padrão de vida que detinha quando empregava os seus esforços laborativos em prol do bem comum.

A utilização de mecanismos redutores do valor da prestação previdenciária traria, como consequência inexorável, a destruição da seguridade individual a que cada qual faz jus, nos termos constitucionais.

Dentre os princípios estampados no Capítulo II, do Título VIII, da Constituição de 1988 sobressai o da irredutibilidade do valor do benefício (art. 194, IV).

A força operativa desse princípio que é instrumental da seguridade social, não se mede de modo isolado.

A seguridade social é sistema calcado em básico pressuposto: o art. 193, preceito inaugural da Ordem Social e chave hermenêutica de todo o Título em que se insere.

O ponto de partida do art. 193 é a primazia do trabalho humano — pedra angular do sistema e fundamento da República (art. 1º, IV)⁽⁶⁾ — e o escopo da Ordem Social que o mesmo preceito enuncia consiste no atingimento dos ideais de bem-estar e de justiça sociais, objetivos estampados, também, no art. 3º da Lei Suprema.

O preceito encontra natural desdobro na diretriz primeira da seguridade social: universalidade da cobertura e do atendimento (art. 194, I) que, em síntese, diz que todas as pessoas estão protegidas em face de quaisquer situações de risco social previstas no ordenamento jurídico.⁽⁷⁾

De modo que, qualquer reforma que atinja o sistema de seguridade social deve cuidar de eliminar as distinções entre os regimes de proteção diferenciada que ainda convivem no ambiente constitucional pátrio no que podemos considerar como etapa necessária de transição.

A justiça distributiva, proporcional e geométrica garante a construção, nos termos do art. 3º da Constituição, da *sociedade livre, justa e solidária* (inciso I), na qual se dará a *redução das desigualdades sociais* (II) e a *promoção do bem de todos* (III).

Em suma, todo o sistema de proteção social brasileiro encontra fundamento na idéia de solidariedade social.⁽⁸⁾

(5) *Patricio Novoa Fuenzalida*, "Derecho de Seguridad Social", Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1977, pág. 101.

(6) Cf., sobre o tema, *Wagner Balera*, "O valor social do Trabalho", in *Revista LTr*, ano 58, número 10, págs. 1167-1178.

(7) O tema é melhor desenvolvido no meu "A Seguridade Social na Constituição de 1988", São Paulo, RT, 1989.

(8) *J. M. Almansa Pastor*, "Derecho de la Seguridad Social", Madrid, Tecnos, segunda edição, 1977, volume I, págs. 156 a 160), considera a solidariedade (interdependência recíproca ou vin-

O constituinte estabeleceu, mediante essa diretriz, que nenhuma distinção pode afrontar a idéia da redução das desigualdades sociais.

Do mesmo modo, nenhuma regra constitucional deve permitir que se estabeleça, por vias indiretas, a redução, gradativa e progressiva, do valor dos benefícios.

Tanto o custo de vida, em crescente ascensão, quanto a política salarial dos trabalhadores e dos servidores públicos pode reduzir a níveis insignificantes a expressão dos valores que integram a remuneração das categorias sociais.

A irredutibilidade dos benefícios encontra expressão constitucional em determinado referencial que possa ser confrontado com o dado real.

No caso dos segurados do regime geral de previdência social o que se tem visto ao longo dos últimos vinte anos é o deliberado intento de reduzir-lhes, mais e mais, o valor dos benefícios, consoante a jurisprudência tem constatado em milhares de bem sucedidos processos de revisão.

Quanto aos servidores públicos, no entanto, manutenção da garantia da irredutibilidade se deduz permanente identificação entre os funcionários que encontram em atividade e os que se retiram, mediante denominada paridade de vencimentos.

Eis a regra que, com acerto, assentou o constituinte ao comandar, no bojo do art. 40, que agora é objeto de inúmeras e significativas modificações pelo texto que, neste instante, tramita pela Câmara dos Deputados:

§ 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.

O reajustamento periódico dos servidores da ativa, independentemente da denominação que se dê a tal reajuste — reclassificação; transformação do cargo etc., deve ser automaticamente estendido aos inativos e pensionistas. *Essa paridade atua, pois, como garantia da irredutibilidade.*

Observe-se que, jogando os servidores públicos na mesma zona de incerteza em que se encontram os segurados do regime geral, a Proposta de Emenda Constitucional utiliza os mesmos termos estampados no art. 201, § 4º, do Texto Supremo.

culação dos membros do grupo que convivem socialmente) como princípio fundamental da relação jurídica de seguridade social. Aceita a diretriz com toda essa amplitude, a mesma albergaria, naturalmente, o princípio da seletividade e distributividade de que cuida a nossa Carta Magna.

É como se o emprego do termo "valor real", como de um passe de mágica, se chegasse ao valor real da prestação previdenciária devida.

Comanda, com efeito, o art. 201:

Art. 201.

§ 4º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei.

O comando normativo, alçado à condição máxima de dignidade constitucional, e, nessa qualidade, revestido do mais alto grau de eficácia, é diretamente exigível — dentro dos contornos de sua compreensão sistemática — ainda que pela via judiciária.

Isso revela a vontade, inequívoca, do constituinte, de definir o padrão de valor das prestações e a conseqüente e necessária fórmula de atualização, sempre que a expressão do respectivo valor sofra reduções.

Nem mesmo modificações constitucionais podem ser aptas a comprimir o valor das prestações previdenciárias já concedidas aos beneficiários. É que, uma vez deferidas, as prestações são atos jurídicos perfeitos clausulados com a garantia constitucional da irredutibilidade do valor que resultou apurado no momento da concessão.

Em claro preceito, também a Constituição espanhola garante "*pen-siones adecuadas y periódicamente actualizadas*" (artigo 50):

Há dupla significação na regra da irredutibilidade do valor do benefício.

Em primeiro lugar, como não poderia deixar de ser, está garantida ao universo de beneficiários a irredutibilidade nominal do valor do benefício, que também está assegurada aos trabalhadores em geral.

Em segundo lugar, a irredutibilidade protege o valor real do benefício. Reconhece, o constituinte, que essa dívida de valor se reveste de caráter eminentemente alimentar e, agindo em conseqüência, cobre tal prestação com o manto protetor da atualização periódica, única apta a preservar-lhe a integridade.

Entretanto, a garantia constitucional da irredutibilidade se mostra presente em dois momentos distintos, na dinâmica da prestação: o momento da concessão e o momento da manutenção.

As aposentadorias e pensões já concedidas aos beneficiários se encontram no momento de manutenção. Por seu turno, as daqueles que reuniram todas as condições legais para a obtenção do benefício, mas não o postularam, ainda não chegaram ao momento da concessão.

A concessão é o momento no qual o beneficiário investe-se na titularidade do direito ao benefício. Há um valor real nesse momento: a quantia a que o beneficiário faz jus. Através dele se expressa o grau de cobertura a ser recebido pelo sujeito ativo da relação de seguridade social.

Para a apuração do valor real do benefício, é fundamental que ele seja fixado corretamente *ab initio*, pois, do contrário, o benefício persistirá durante toda a sua existência com um valor irreal, impréstável para o cumprimento de sua finalidade constitucional. Há que ser evitado, portanto, esse vício genético, por assim dizer.

A Emenda Constitucional n. 20, de 1998, retirou da Norma Fundamental qualquer referência ao período básico de cálculo (PBC) dos benefícios substitutivos da remuneração ou do salário-de-contribuição dos segurados.

Em conseqüência com esse claro propósito de retirar proteção social (estranho desiderato o do constituinte reformador!) a legislação inferior acabou por considerar como base de cálculo para o benefício a média de oitenta por cento de todos os salários-de-contribuição percebidos pelos trabalhadores em toda a sua vida laborativa.

A PEC 40, coerentemente, institui um preceito similar ao que figura no art. 201, e que assim se acha redigido, segundo a versão disponível no momento em que a PEC saía da Comissão Especial da Câmara dos Deputados:

“Art. 40.....

§ 3º Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições recolhidas aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, na forma da lei.

§ 7º Lei disporá sobre os critérios de concessão do benefício de pensão por morte, que será igual ao valor dos proventos do servidor falecido, ou ao valor dos proventos a que teria direito se estivesse aposentado na data do seu falecimento, até o limite de R\$ 1.058,00 (um mil e cinqüenta e oito reais), acrescido de até setenta por cento da parcela excedente a este limite.

§ 8º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservá-los, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei.

.....”
A expressão econômica da prestação a ser deferida já nasce, cumpre sublinhar, com valores reduzidos.

Enquanto que a versão primitiva da Constituição defere o benefício no valor da última remuneração, a PEC cria um período básico de cálculo que considera a vida contributiva do trabalhador em toda a sua extensão.

Portanto, quem tenha trinta anos de contribuição terá como resultante um PBC de 360 meses. Quem tenha trinta e cinco anos de contribuição terá um PBC de 420 meses.

A base de cálculo do benefício será a média de todo o período de atividade laborativa.

A técnica redutora no âmbito do regime geral atende pelo nome de fator previdenciário que ainda leva em conta — para a apuração do valor da aposentadoria por idade e da aposentadoria por tempo de contribuição — outras variáveis que reduzem ainda mais a quantia a ser percebida pelo beneficiário da proteção social. Neia são consideradas a idade e a expectativa de vida do trabalhador.

Jamais será atingida, nas duas situações — no regime geral e no regime próprio — expressão pecuniária que se aproxime da melhor remuneração do trabalhador, cujos proventos de inatividade terão base de cálculo composta por valores que refletem o itinerário remuneratório no seu todo.

Superada essa etapa inicial, de apuração do valor do benefício, que é pagamento continuado, a Constituição de 1988 garante a manutenção do poder aquisitivo, isto é, do poder de compra do valor concedido ao beneficiário.

Para que se concretize na vida real essa garantia temos que considerar dois dados elementares: periodicidade e índice de reajuste.

A periodicidade é essencial para a concessão dos reajustes que serão feitos para manter o valor real do benefício, mormente num contexto de alta inflação.

Sua definição foi relegada ao legislador ordinário que, também, ficou responsável pela escolha do indexador a ser utilizado no período do reajustamento.

A periodicidade dos reajustes dos benefícios pagos pelo INSS, hoje em dia, é anual. A dos benefícios pagos pelos Poderes Públicos ficou congelada durante diversos anos, no período de vigência do Plano Real. Para agravar essa questão, o art. 40, § 8º, que garantia a periodicidade anual, segundo os termos da PEC, não estabelece nenhuma época para o reajustamento dos benefícios.

Para firmar posição homogênea, a Constituição deveria determinar que os benefícios, assim os do regime geral como os do regime próprio, fossem reajustados anualmente.

Por outro lado, o Congresso Nacional deveria assumir a responsabilidade pela definição do índice de reajuste que, sempre, deveria refletir — medir adequadamente — a correta reposição das perdas decorrentes da inflação do período entre os reajustes.

Acontece que o Congresso Nacional abriu mão desse dever e quem resolve qual o índice a ser aplicado é o Governo. Assim é que, mais recentemente, quando foi conveniente ao Governo este resolveu que os benefícios do Regime Geral seriam reajustados pelo IGP-DI. Neste ano de 2003, como o IGP-DI é mais alto, o Governo resolveu que o melhor índice é outro. Para se ter uma idéia das perdas decorrentes da inflação, os índices de preços deveriam guardar relação com critérios rígidos e não ficarem à mercê de decisões políticas do Governo.

Uma excelente forma de atrelar os valores dos benefícios a parâmetros seguros foi apresentada pelo então Senador Geraldo Cândido. Seu projeto modificava a redação do art. 81 da CLT, estabelecendo que o salário mínimo teria como valor o equivalente a um vinte avos do subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal⁽⁹⁾.

Suponhamos que o subsídio mensal do Ministro do STF fosse fixado em R\$ 12.720,00. Já saberíamos de antemão que o salário mínimo deveria ser de R\$ 636,00.

Esse critério deveria guiar a tabela geral dos benefícios e dos salários, tanto os que são pagos pelo INSS e pelas empresas em geral quanto os que são devidos pelo Governo aos servidores públicos da ativa e aos aposentados e pensionistas das diferentes esferas de governo.

Em inteligente iniciativa, ainda que orientando sua proposição noutra direção, os ilustres Deputados Federais Luciano Zica e Tarcísio Zimmerman submeteram ao Congresso Nacional a PEC n. 36, de 2003, que: *dá nova redação aos incisos VII e VIII do art. 49 da Constituição Federal e acrescenta parágrafos a esse artigo. Fixando como "teto" para o reajustamento dos subsídios de Deputados, Senadores, Ministros, Presidente e Vice-Presidente da República, o mesmo valor atribuído aos benefícios do Regime Geral de Previdência; alterando a nova Constituição Federal.*

Assim se acha redigida a referida PEC que, no meu entender, deveria ser anexada de imediato à PEC 40, tendo em vista a conexão do assunto com aquele de que cuida a reforma do sistema previdenciário nacional:

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte emenda ao texto constitucional:

Artigo único. Os incisos VII e VIII do art 49 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação, ficando acrescentados ao texto os parágrafos adiante explicitados:

"Art. 49.

VII — fixar idêntico subsídio para os Deputados Federais e os Senadores, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I, além do limite previsto no § 1º;

VIII — fixar os subsídios do Presidente e do Vice-Presidente da República e dos Ministros de Estado, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I, além do limite previsto no § 1º;

§ 1º No exercício da competência a que se referem os incisos VII e VIII, é vedado o estabelecimento de valor ou critério que resulte

(9) Projeto de Lei do Senado n. 96/2000 — Diário do Senado Federal, de 13 de abril de 2000.

em aumento superior ao atribuído aos benefícios do regime geral de previdência, considerado o intervalo transcorrido entre o início da vigência do decreto legislativo anterior e a data prevista para vigorarem novos valores ou critérios.

§ 2º Estende-se o disposto no § 1º à atualização de despesas diretamente decorrentes do exercício do mandato a serem ressarcidas ou pagas pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal.

Em sua justificativa, os citados parlamentares demonstram a necessidade absoluta de vinculação de critérios, a única verdadeiramente apta a garantir a irredutibilidade do valor dos benefícios, para o reajustamento de valores pagos pelo Estado aos agentes públicos e aos beneficiários dos regimes de proteção social, argumentando acertadamente que:

“Em data recente, promoveu-se uma ampla reestruturação das verbas públicas destinadas ao exercício de mandatos parlamentares. O que mais causou espécie no meio social, antes de serem os valores estabelecidos, foi a forma com que os aumentos são aplicados. É fundamental que se tenha transparência, a maior possível, na definição desses valores. A população estipulada deve conhecer e poder entender como são essas verbas públicas. Neste sentido, esta proposição vem estabelecer o parâmetro, tendo o reajuste atribuído aos benefícios do regime geral de previdência como “teto” a ser respeitado.

Trata-se, por certo, de matéria polêmica, mas cuja discussão não pode ser mais protelada. Quaisquer descompassos restariam constitucionalmente impedidos se já estivesse em vigor a emenda aqui apresentada.”

Restariam definidos, em texto da Norma Fundamental, tanto o menor salário a ser pago aos brasileiros quanto o maior valor a ser pago pelo Poder Público a título de subsídios, assim como os critérios de reajustamento, tomando como base o critério adotado para o reajustamento dos benefícios.

A Proposta de Emenda Constitucional procura resolver em parte a questão da fixação do teto da remuneração (e do benefício) a ser pago pelos Poderes Públicos.

Tal providência se dará, nos termos da nova redação que se pretende atribuir ao art. 48, mediante proposta do Poder Judiciário, consoante os dizeres do art. 96, II, b, da Constituição, tais como constantes da versão aprovada pela Comissão de Constituição, Justiça e Redação da Câmara Federal.

O valor máximo das remunerações que o Estado Brasileiro paga está sujeito ao limitador constitucional estampado no art. 37, XI, da Constituição, cuja redação foi alterada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998, vigorando hoje com o seguinte teor:

“XI — a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal;”

Ocorre que a PEC 40 altera tal comando e a redação do dispositivo já sofreu modificação por força de Emenda Saneadora aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara, que acolheu proposta do Relator da matéria naquele órgão, o Deputado Mauricio Randó. Posteriormente, com a apreciação levada a efeito pelo Relator da Comissão Especial, Deputado José Pimentel, o preceito resultou no seguinte teor:

“Art. 37.....”

XI — a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador, no âmbito do Poder Executivo, dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, no âmbito do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, ficando o destes últimos limitado a setenta e cinco por cento (75%) do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, e, nos Municípios, o do Prefeito, se inferior.” (NR)

O tema comporta, ademais, certa regulação provisória, posto que a lei apta a fixar o subsídio máximo, deverá passar pelo processo legislativo regular.

Para a disciplina provisória do assunto, a Proposta de Emenda Constitucional introduz no bojo do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias o seguinte comando:

Art. 10. Até que seja fixado o valor do subsídio de que trata o inciso XI do art. 37 da Constituição Federal, será considerado, para os fins do limite fixado nesse inciso, o valor da maior remuneração atribuída por lei na data da entrada em vigor desta emenda a Ministro do Supremo Tribunal Federal, a título de vencimento, de representa-

ção mensal e da parcela recebida em razão de tempo de serviço, aplicando-se como limite, nos Estados e no Distrito Federal, no âmbito dos respectivos poderes, a remuneração mensal ou subsídio mensal do Governador, no âmbito do Poder Executivo, dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, no âmbito do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, ficando o destes últimos limitado a setenta e cinco por cento (75%) do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, e, nos Municípios, o do Prefeito, se inferior.

Cumpra lembrar que, no mesmo Ato das Disposições Constitucionais Transitórias se acha insculpido, desde 5 de outubro de 1988, o seguinte claro preceptivo:

Art. 17. Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título.

Esse é um daqueles comandos constitucionais que nunca foi observado. Contam-se aos milhares os benefícios que ultrapassam em muito valor dos subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (ainda que se considere, como faz a PEC 40, que esse valor deve vir acrescido de duas verbas que acabam por elevá-lo a R\$ 17.170,00), conforme prevê o acima transcrito art. 10 das Disposições Transitórias da PEC.

Esse último aspecto é da maior importância.

O pacto social que se espera seja celebrado no Brasil — e do qual nos distanciou ainda mais a Emenda Constitucional em comento — exige que a comunidade dos ativos prestigie e proteja a comunidade dos aposentados e pensionistas que, a seu tempo, deram o contributo para o funcionamento do mecanismo conhecido como solidariedade entre gerações.

A pessoa que já percebesse quantias superiores ao teto não sofreria nenhuma redução dos seus benefícios.

Diga-se, aliás, em abono desse critério que ele nada tem de original.

Foi adotado na Espanha e aceito sem qualquer restrição pelo Tribunal Constitucional, que a entendeu plenamente compatível com a garantia da irredutibilidade, que figura no art. 50 da Constituição daquele país, a manutenção do valor dos benefícios maiores sem qualquer reajustamento no período de 1983 a 1989, ainda que a legislação tivesse concedido reajustes aos benefícios de menor valor.⁽¹⁰⁾

(10) Manuel Alonso Olea e Jose Luis Tortuero Plaza, "Instituciones de Seguridad Social", Madrid, Editorial Civitas, 1995, págs. 318 e 320/321.

É que, quando a remuneração que se aproxima do limiar do teto ou, até mesmo, ultrapassa o limite máximo da remuneração dos agentes públicos, qualquer pessoa ficará sujeita, quando do cálculo do respectivo benefício — momento da concessão, portanto — ao limite que, então, estiver vigorando, nos termos da lei.

O tal teto será a máxima cobertura previdenciária constitucionalmente deferida.

A Proposta de Emenda Constitucional, no único preceito que diz respeito ao regime geral, mas que também valerá para os regimes próprios dos servidores públicos, comanda que a cobertura máxima deverá situar-se em quantia que, hoje, corresponde a dez salários mínimos.

Assim estatui o art. 5º da PEC 40:

Art. 5º O limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado em R\$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais), devendo, a partir da data da publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social.

A legislação pode estabelecer certo padrão máximo de cobertura que, uma vez atingido, não fica sujeito a incremento em momento algum.

Segundo o escopo da reforma em análise, o teto de cobertura do regime geral também será aplicável aos regimes próprios, naquilo que pode ser considerada a previdência básica garantida a todos os trabalhadores.

Quem ingressar no serviço público após a promulgação da Emenda Constitucional, desde que perciba salário ou remuneração superior ao teto do regime geral terá que, se assim o desejar, submeter-se ao plano de previdência complementar que, de futuro, será instituído nos termos do art. 40, § 14 da Constituição Federal.

Dois outros pontos, creio, devam merecer nesta introdução aos temas da reforma.

Primeiro, o que cuida do valor das pensões por morte devidas aos dependentes dos servidores falecidos.

A matéria é objeto do seguinte comando, encartado no art. 40 da Constituição, consoante os termos da PEC:

§ 7º Lei disporá sobre a concessão do benefício de pensão por morte, que será igual aos proventos do servidor falecido, ou ao valor dos proventos a que teria direito se estivesse aposentado na data do seu falecimento, até o limite de R\$ 1.058,00 (um mil e cinquenta e oito reais), acrescido de até setenta por cento da parcela excedente a este limite.

Cumpra lembrar que, no direito brasileiro, relativamente ao regime geral, a pensão se dividia em duas partes, também denominadas cotas: a cota familiar e a cota individual. Trata-se de um benefício destinado a proteger o conjunto familiar que sobrevive ao segurado.

A pensão, segundo os termos da Lei Orgânica da Previdência Social, teria valor básico de 50% acrescido de 10% para cada dependente habilitado ao benefício. Esta última cota se extinguiu à medida que o seu titular perdia a qualidade de dependente, remanescendo o benefício até sua total extinção no valor mínimo de 60% da aposentadoria a que teria direito o segurado falecido.

Para acompanhar a sistemática introduzida pela Constituição quanto ao regime próprio, que instituiu a pensão integral aos dependentes dos servidores, o Plano de Benefícios da Previdência Social passou a conceder, também, a pensão integral, qualquer que fosse o número de dependentes.

Portanto, no atual direito positivo, a pensão é sempre correspondente à totalidade do benefício a que teria direito o falecido, aquele cuja morte se constitui no fato gerador da pensão.

Ao direito comparado é estranha tal configuração do benefício familiar.

Nos quadrantes dos melhores planos de proteção do mundo, a pensão gira em torno de 60% até 75% do valor da aposentadoria a que teria direito o trabalhador falecido.

E essa circunstância se prende a um raciocínio singelo: o falecimento de um dos integrantes da família acarreta uma redução das despesas familiares. Por essa razão, o benefício familiar não cobre mais aquele que deixou de existir.

O direito exige que se encontrem fórmulas de distributividade que conduzam, como deseja e comanda o constituinte, a redução das desigualdades sociais (art. 3º, III, da Constituição).

Se à seguridade social fosse dado garantir o melhor padrão de vida aos trabalhadores e seus dependentes, nenhuma redução deveria ser aceitável.

Mas, pela sua estrutura, o programa se destina a garantir as necessidades básicas da comunidade protegida.

A PEC, nesse ponto, rima com a natureza e com a própria índole do direito previdenciário, que quer instituir a distributividade das prestações e não configurar a melhoria do padrão de vida de certo grupo pertencente ao todo protegido.

Já ensinava *Armando de Oliveira Assis*, mestre da interpretação previdenciária, que quem concede a um hipossuficiente mais do que lhe é devido retira da comunidade dos hipossuficientes alguma parcela de proteção.

Entendo, por conseguinte, que o valor da pensão deve ser proporcional às necessidades básicas do grupo familiar remanescente ao segurado falecido.

Crítério que aperfeiçoou o texto proposto originariamente, foi adotado pelo Deputado José Pimentel, Relator da Comissão Especial, ao garan-

tir a integralidade do benefício a quem esteja situado dentro dos limites menores na escala salarial, instituindo-se um redutor crescente para as pensões cujos valores excedam aquele limite.

E parece-me justificável essa diferenciação posto que bem sabemos as dificuldades das camadas mais pobres para formarem um pecúlio individual enquanto que os melhores aquinhoados conseguem socorrer-se de proteção externa ao plano básico de seguridade social.

Cumpre-me sublinhar, em remate, que toda e qualquer reforma nos planos de proteção social não pode marchar contra a natureza e o modo de operar do direito social em geral e do direito previdenciário em particular.

Em texto que escrevi a respeito da reforma concluída em 1998 assina-lei que o direito previdenciário é direito em formação, que o dia-a-dia vai conformando e que se aperfeiçoa, segundo regras inicialmente fixadas pelo quadro normativo, ao longo das etapas sucessivas da vida dos segurados.⁽¹¹⁾

E assim é em razão das variações que o risco social pode apresentar no longo período de tempo dentro no qual a atividade laborativa é exercida pelo segurado.

Com a idade, aumenta o risco da doença; com a velhice, aumenta o risco da morte etc. ... Como afirma *Pontes de Miranda*, o direito expectativo é como o "direito ao direito que vai vir", direito que expecta, sublinha o mestre genial em sua linguagem singular. Enfim, digo eu, é um direito a ter direitos.

O Convênio n. 157, de 1982, da Organização Internacional do Trabalho, em seu artigo 7º, cuida do sistema de conservação de direitos em curso de aquisição, inclusive considerando que, no tempo, podem variar quanto à natureza e o período os regimes previdenciários a que irá se submeter o trabalhador.

Estamos, pois, diante de conceito distinto e inconfundível com a categoria do direito adquirido. A seguridade social — para conferir seguridade — adjudica *ab initio* certo estatuto de proteção em favor do sujeito, estatuto esse que deve ser preservado no curso do tempo, a fim de atuar diante das contingências sociais cobertas.

Assim sendo, quaisquer alterações no estatuto de proteção somente deveria ser aplicada após a promulgação das novas regras sobre aqueles que se filiarem a partir daí, sendo vedada — por incompatível com a natureza mesma dos direitos em curso de aquisição — a retroatividade de normas restritivas de direitos.

Destarte, nenhuma das modificações constitucionais implementada pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998, poderia valer para a massa segurada que já então se encontrava em atividade, assim como nenhuma das modificações que a PEC 40 pretende implementar deveria ser aplicada a quem já estivesse situado em algum dos regimes próprios no momento em que a nova emenda constitucional viesse a ser promulgada.

(11) Notas sobre a reforma constitucional da Previdência Social, in Revista da Associação Paulista do Ministério Público n. 14, janeiro de 1998, pág. 28 e seguintes.

A Ordem Social, diz o art. 193 — Disposição Geral que abre aquele Título da Constituição — objetiva o bem-estar e a justiça sociais e, com essas conquistas provoca uma autêntica reviravolta nas políticas econômicas e sociais, desde aquelas que se destinam a preparar o terreno para a consagração dos objetivos do pleno emprego e da livre iniciativa (art. 170, da Constituição) até o advento da Justiça Social.

O art. 195, da Lei Suprema, não cogita — por ser incompatível com os claros termos da Ordem Social — de regressão das conquistas sociais já elevadas à dignidade constitucional.

Ao reverso, o preceito só conta com providências aptas a garantir a *manutenção* e a *expansão* da proteção social.

Aliás, o art. 3º, da Constituição, resume e compendia um estágio superior a que deve tender a República ao afirmar:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República federativa do Brasil:

- I — construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II — garantir o desenvolvimento nacional;
- III — erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV — promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A PEC 40 parte do pressuposto segundo o qual o sistema de seguridade social brasileiro é gerador de insuficiências financeiras sempre crescentes e que o único corretivo possível para esse mal é a brutal redução de despesas com os planos de proteção social.

Esse pressuposto não está demonstrado.

Aliás, o que se tem visto, antes, é o corriqueiro desvio de recursos da seguridade social para outras áreas de atuação estatal e a ausência completa de aportes de recursos do Tesouro público para os programas de proteção social.

Percebe-se, claramente, que faltou ao Poder Executivo o abrir-se para um debate mais consistente, antes da remessa ao Congresso Nacional do texto da PEC 40.

De fato, o Conselho Nacional Econômico e Social discutiu o assunto.

Mas, falto de outros elementos, o Conselho nem mesmo chegou a apurar a realidade dos números da seguridade social brasileira, fiando-se em informações que não resistem a uma análise mais acurada.

Esperemos, pois, que o Congresso Nacional cumpra sua missão constitucional e debata, livre e soberanamente, os termos dessas importantes medidas que atingirão, por longo tempo, boa parcela da comunidade protegida.