

# SOBRE A JUSTA GRITA DOS SERVIDORES A REFORMA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL NA PEC N. 40/2003 — ASPECTOS JURÍDICOS, ECONÔMICOS E SOCIAIS

GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO(\*)

## 1. INTRODUÇÃO

O Poder Executivo Federal encaminhou ao Congresso Nacional (Câmara dos Deputados), em 30.4.2003, o Projeto de Emenda Constitucional n. 40/2003, que delibera a *segunda* reforma da Previdência Social brasileira, desde a regulamentação do Sistema Nacional de Seguridade Social pelas Leis ns. 8.212 e 8.213 de 24.7.1991. A primeira, lembram-se todos, deu-se em 15.12.1998, com a promulgação da Emenda Constitucional n. 20/98, que *“modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências”*.

A PEC n. 40/2003 foi considerada *constitucional* pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, com a aprovação do relatório do Deputado Maurício Rands (PT-PE). A admissibilidade constitucional diz respeito a todos os seus dispositivos (inclusive os mais polêmicos, como a taxaço dos proventos de aposentadoria dos atuais inativos),

---

(\*) Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, é Juiz do Trabalho Substituto (15ª Região), professor universitário da Faculdade de Direito da Universidade de Taubaté (Direito Penal) e doutorando em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Membro da Comissão Legislativa da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA). Diretor para Assuntos Legislativos da AMATRA-XV (Associação dos Magistrados do Trabalho da Décima Quinta Região), gestão 2003-2005. Membro da Subcomissão de Trabalhos do Meio Científico do Conselho Técnico da EMATRA-XV (Escola da Magistratura do TRT da 15ª Região) para a Revista do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e do Instituto Manoel Pedro Pimentel (órgão científico vinculado ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo), de cujo *Boletim* foi editor entre 1997 e 2002. Autor das monografias “Execução das Contribuições Sociais na Justiça do Trabalho” (LTr), “Informática e Criminalidade — Primeiras Linhas” (Nacional de Direito) e “Tratado de Alienação Fiduciária em Garantia — Das Bases Romanas à Lei n. 9.514/97” (LTr). Articulista em Direito Penal, Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho, com publicações na Revista LTr, Revista Nacional de Direito do Trabalho, Revista Síntese, Revista dos Tribunais e Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, entre outras. Palestrante e conferencista em Direito Penal, Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho, com inúmeras preleções realizadas nos Estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio de Janeiro. Membro da Academia Taubateana de Letras (cadeira n. 18).

que sofreram duas alterações pontuais sugeridas pelo próprio relator. Encaminha-se, agora, para a Comissão Especial da Câmara, instalada em 11.6.2003, que é composta por trinta e oito deputados, seguindo a proporcionalidade das bancadas. Nessa comissão, a PEC n. 40/2003 — cujo relator será o Deputado José Pimentel (PT-CE) — será examinada em seu *mérito*, agregando-se-lhe, se o caso, novas alterações. Após, a PEC n. 40/2003 irá ao plenário da Câmara, para votação em dois turnos, e em seguida para o Senado Federal.

A Reforma da Previdência proposta pelo governo Luiz Inácio Lula da Silva, tal como disposta e formalizada na versão original da PEC n. 40/2003 (na qual se baseia a maior parte deste trabalho), pretendeu atender, basicamente, a dois objetivos estratégicos: a) a modernização do sistema previdenciário brasileiro, com vistas à correção das distorções, imprimindo ao modelo maior equidade social e viabilidade financeiro-atuarial; b) a construção, a longo prazo, de um regime previdenciário público básico, universal e compulsório, para todos os brasileiros.

A exposição de motivos da PEC n. 40/03 encontra justificativa para o inteiro teor do projeto no Programa de Governo apresentado pelo Partido dos Trabalhadores para as Eleições Presidenciais, que previa a modernização e reforma do sistema previdenciário como instrumento destacado *"de um novo modelo de desenvolvimento, que englobe crescimento, emprego e equidade social"*, propondo um regime básico público e universal, associado a regime complementar de caráter facultativo. Reconhece, ainda, os méritos da Emenda Constitucional n. 20, de 15.12.1998, que *"modificou diversos princípios da administração previdenciária do setor público, em especial o caráter contributivo e o equilíbrio financeiro-atuarial"*, mas considera incompleta e parcial a sua abrangência, porque *"persistem hoje regras bastante diferenciadas entre o Regime Geral de Previdência Social e os regimes próprios de Previdência Social dos servidores, com desequilíbrios nas dimensões da equidade e sustentabilidade de longo prazo"*<sup>(1)</sup>.

Com esse esteio, a PEC n. 40/03 suprime alguns direitos históricos do funcionalismo público, que haviam sido preservados na EC n. 20/98. Outros, a pretexto de redimensionamento para a garantia da viabilidade financeiro-atuarial do sistema, são amesquinçados. O regime previdenciário complementar, programaticamente facultativo, exsurge do modelo proposto como uma via inevitável para a maioria dos servidores federais. E o aviltamento dos quadros do funcionalismo sugere, a longo prazo, sensíveis perdas na qualidade dos serviços públicos, com reflexos negativos no ideal de equidade social, que deveria informar todos os pontos da reforma. Por outro lado, a perda de renda dos inativos e o estímulo explícito à protelação dos jubilaamentos poderão representar queda na demanda efetiva, com consequente retração da economia, à mercê da própria equação keynesiana. Com isto, resta comprometido o projeto de crescimento econômico com expansão de emprego, *que deveria emergir da modernização do sistema previdenciário.*

(1) E.M.I. n. 29 (MPS/Ccivil-PR). Brasília: Casa Civil, Subchefia de Assuntos Parlamentares, 29.4.2003, ns. 02 a 06.

Nada obstante, é cediço que o atual sistema previdenciário não é, de fato, sustentável, notadamente porque financia a renda de populações que não contribuíram, ou não contribuíram proporcionalmente, para o fundo comum ao longo dos anos (assim, e. g., os trabalhadores rurais, incluídos no âmbito da proteção social já na Constituição de 1934 — artigo 121, § 4º — e beneficiados, na Constituição de 1988, com a universalidade de cobertura e atendimento — artigo 194, parágrafo único, I da CRFB). Mas, a par disso, outras mazelas são apontadas. Historicamente, aportes financeiros da previdência social foram transferidos para custeio de obras públicas e outras finalidades, reduzindo a base de sustentação atuarial dos benefícios futuros: dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) revelam que cerca de R\$ 400 bilhões foram desviados da Previdência desde a unificação dos institutos de aposentadorias e pensões no extinto Instituto Nacional de Previdência Social (INPS)<sup>(2)</sup>. Mais recentemente, vieram ao conhecimento público as escandalosas fraudes praticadas contra o Instituto Nacional do Seguro Social, com desvio e apropriação de quantias vultosas<sup>(3)</sup>. Os recursos do orçamento da seguridade social financiam, ademais, a própria assistência social (artigo 204 da CRFB), que não tem contrapartida contributiva<sup>(4)</sup>. Evidencia-se, com tudo isso, que os servidores públicos não são a causa primeira do desequilíbrio das contas de previdência social, nem se qualificam como réus legítimos no processo de “demonização” que a opinião pública e os órgãos de imprensa às vezes insuflam.

(2) Estudo da Associação Nacional dos Auditores Fiscais (ANFIP) para 2001 conclui que, naquele ano, a Seguridade Social encerrou o exercício financeiro com saldo de R\$ 31,464 bilhões, que foi alocado pelo Tesouro Nacional em outras atividades ou programas de governo: pagamento de encargos da dívida pública e da folha de inativos e pensionistas de outros ministérios, investimentos dos Estados em infra-estrutura para fornecimento de água e esgoto, recursos para programas de outras pastas (pré-escola, vale-transporte, auxílio-alimentação etc.) e até mesmo geração de superávit primário. Cf. Taliana Fiúza, “Reforma da Previdência — Déficit no sistema: blefe, fraude ou incompetência?”, in *Revista Jurídica Consulex*, ano VII, n. 149, 31.3.2003, págs. 14-16. Cf. também “Seguridade e Desenvolvimento — Um projeto para o Brasil”, Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Previdência Social, Brasília, ANFIP, 2003, pág. 22.

(3) Cf., nesse sentido, Léo da Silva Alves, “O turo é mais embaixo”, in *Revista Jurídica Consulex*, ano VII, n. 149, 31.3.2003, pág. 23; “A fraude também campeia. Em 1993, a Auditoria do INSS chegou a identificar municípios, sobretudo no Norte e Nordeste, onde 75% dos benefícios pagos eram irregulares. Em localidade do Rio Grande do Norte, o próprio representante do Instituto comandava a falcatura. Conseguiu a façanha de se aposentar, por velhice, a própria companheira, aos 25 anos de idade”. No mesmo sentido, a ANFIP estimou, em 1998, sonegação na área rural da ordem de R\$ 577,17 milhões; na área urbana de autônomos e empregadores, R\$ 4,725 milhões; na área urbana de empregados de empresas, R\$ 5,825 bilhões; no campo do emprego doméstico, R\$ 1,136 bilhões — totalizando, naquele ano, R\$ 12,263 bilhões (sendo que, em 2002, a necessidade de financiamento da Previdência, nas contas do Regime Geral de Previdência Social, foi de pouco mais que isso: R\$ 17 bilhões). Cf., para os dados, <http://anpprev.org.br/artigos> (5.2003) e MPOG/Boletim Estatístico de Pessoal e INSS de 2002.

(4) “Excluído o mérito humanitário, resta a constatação: essa legião de favorecidos não recolheu, na maioria, um só centavo. Foi contemplada com a garantia de renda, de caráter assistencial, por malabarismos demagógicos, inseridos até na Constituição Federal, por parlamentares sempre generosos em dividir o dinheiro... dos outros. Enquanto isso, os trabalhadores e empresários, que sustentam a máquina nos centros produtores, vêem os recursos do seu provir mingando dia-a-dia” (*idem*, *ibidem*). Observe-se que o autor presidiu, por três mandatos, a Comissão Permanente de Tomada de Contas Especial do Ministério da Previdência Social, vinculada à Direção-Geral do INSS.

Abstraídas as culpas, no entanto, é certo que tantos focos de sangria — de fundo histórico ou legal-positivo — exigem a revisão do modelo, reduzindo-lhe o suposto déficit e tornando-o viável. Essa necessidade não é exclusivamente brasileira. Neste ano, a França discute a reforma do seu sistema previdenciário, para a qual o governo propôs — não sem explosivas reações populares<sup>(5)</sup> — a harmonização dos períodos de contribuição dos setores público e privado até 2008, instaurando regra geral de 40 anos de contribuição, em detrimento dos servidores, que hoje contribuem para a previdência durante 37,5 anos (contra 40 anos de contribuições do setor privado); além disso, investe-se contra a diversidade de pensões (75% do salário no setor público, contra 50% a 60% do salário para os trabalhadores do setor privado). Mesmas demandas eclodem nos países em desenvolvimento que aderiram aos programas de estabilização do Fundo Monetário Internacional. No Brasil, uma vez mais, o Poder Executivo Federal propõe revisar o modelo, atendendo ao reclamo liberal de adequação das despesas públicas.

Neste contexto, opõem-se, claramente, valores e interesses. De um lado, direitos sociais previdenciários<sup>(6)</sup>, expectativas legítimas de direito, qualidade de vida, qualidade do serviço público e o instituto do direito adquirido — valores e interesses ligados à dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CRFB). De outro, o equilíbrio econômico-financeiro das contas públicas, a universalidade da cobertura previdenciária e a melhor distribuição de renda — valores e interesses ligados à racionalidade das finanças públicas (artigos 167 e 169 da CRFB) e à redução das desigualdades sociais e regionais (artigo 3º, III, da CRFB). Valores e interesses que, a rigor, não deveriam colidir; mas que, na prática política, não raro se digladiam. Como os bens sociais são insuficientes para atender a toda a pletora de interesses, ajustes periódicos se impõem, traduzindo sacrifícios para certas categorias, em benefício do interesse coletivo e do bem comum.

Quando esse arranjo se consuma e o ajuste se anuncia, interessa saber se os sacrifícios atinados são necessários. E, antes disso, se são constitucionais. Alfim, interessa sugerir alternativas menos gravosas ao sacrifício das classes laboriosas, se possíveis.

Eis a proposta do estudo.

(5) Cf. *Folha de São Paulo*, 14.5.2003, pág. A-11 (“1,1 milhão de franceses contestam reforma”). Na notícia: “Centenas de milhares de trabalhadores realizam protestos em mais de cem cidades. Segundo os sindicatos, número de manifestantes chegou a 2 milhões. A polícia falou em 1,1 milhão”. A data (13.5.2003) ficou conhecida como “terça-feira negra”.

(6) A expressão “direito social previdenciário”, que realça a vinculação dos direitos previdenciários ao rol de direitos fundamentais da pessoa humana, vem se disseminando na doutrina (inclusive nos quadros do INSS). Cf., por todos, *Lilian Castro de Souza*: “(...) a Constituição arralou inúmeros direitos sociais, entre os quais se encontra a seguridade Social, incluindo-os entre os direitos fundamentais da pessoa humana, que ‘constituem um meio positivo para dar conteúdo real e uma possibilidade de exercício eficaz a todos os direitos e liberdades’, consistindo, a sua proclamação, uma autêntica garantia para a democracia” (“As normas sobre seguridade social na Constituição de 1988 como evolução dos direitos fundamentais da pessoa humana”, in <http://www.anpprev.org.br/doutrina-5.htm>, 5.2002, pág. 12). A autora é procuradora do INSS e escreve na página da Associação Nacional dos Procuradores da Previdência Social.

## 2. MODIFICAÇÕES DA PEC N. 40/2003 — PANORAMA. ASPECTOS RELEVANTES E ALTERAÇÕES *IN PEJUS*

A PEC n. 40/2003 propõe terminar a reforma previdenciária iniciada pela EC n. 20/98, naquilo em que essa última se revelou "incompleta e parcial". Preordena, dessarte, uma série de alterações no texto da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5.10.1988, e no texto da própria Emenda Constitucional n. 20, de 15.12.1998.

Passo a examinar, uma a uma, essas alterações.

### 2.1. Teto de subsídios

A PEC n. 40/03 mantém a redação do *caput* do artigo 37 da CRFB, com a redação da EC n. 19/98, mas promove alteração em um dos incisos.

O inciso XI do artigo 37, que trata do *teto* para a remuneração e os subsídios dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos, dos detentores de mandatos eletivos e dos agentes políticos em geral, recebe um acréscimo, tendente a reduzir os encargos das unidades da Federação com despesas de pessoal. Mantém-se o subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal como *teto* único, *ex vi legis*, no serviço público federal; já nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios, passa a haver um *subteto*, à conta de "limite" "(...) aplicando-se como limite (...) se inferiores"), que não poderá, de todo modo, ser superior ao *teto* federal.

Nos Estados e no Distrito Federal, o *subteto* corresponderá ao subsídio mensal do Governador. Já em tramitação, a PEC n. 40/03 sofreu, nessa parte, alteração por conta de emenda saneadora do Deputado Maurício Rands (cf. *infra*).

Nos Municípios, o *subteto* corresponderá ao subsídio mensal do prefeito. A limitação vincula-se, portanto, aos subsídios do chefe do Poder Executivo; apenas no serviço público da União, o limite continua vinculado aos subsídios da cúpula do Poder Judiciário.

Enquanto não houver lei estabelecendo o subsídio dos ministros do Supremo Tribunal Federal, considerar-se-á, para fins de limitação compulsória, o valor da maior remuneração atribuída por lei, na data de entrada em vigor da emenda, a ministro do Supremo Tribunal Federal<sup>(7)</sup>. No conceito de "remuneração", incluir-se-ão, até a edição daquela lei, o vencimento, a verba de representação e a parcela recebida em razão do tempo de serviço; nos Estados, Distrito Federal e Município, o limite será, respectivamente, o subsídio mensal de governadores e prefeitos, se inferiores (artigo 10 da PEC n. 40/03).

Na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, o relator, Deputado Maurício Rands, apresentou parecer pela admissibilidade

(7) Pela Resolução n. 195/2000, do Supremo Tribunal Federal, o *teto* seria de R\$ 12.720,00 (in DJU 1º.3.2000, seção 1, pág. 01). Hoje, esse *teto* é, na prática, de R\$ 17.171,00, por conta de novas incorporações aos subsídios dos ministros.

de da Reforma da Previdência, com duas emendas saneadoras. Uma delas modificou a parte final do inciso IX do artigo 37 da CRFB, na redação da PEC n. 40/03, para fazer constar que haverá, no âmbito dos Estados, *três subtetos paralelos, uma para cada um dos Poderes constituídos. Assim, o subsídio mensal do Governador de Estado mantém-se como teto para os servidores do Poder Executivo estadual, enquanto os subsídios mensais dos desembargadores (juizes dos tribunais de Justiça) e do chefe do Poder Legislativo passam a ser os subtetos para, respectivamente, os servidores do Poder Judiciário (inclusos juizes de Direito e membros do Ministério Público estadual<sup>(8)</sup>) e os servidores do Poder Legislativo. Esses subtetos, por sua vez, não poderão ultrapassar o limite de setenta e cinco por cento do teto federal (atualmente, R\$ 17.171,00).*

Observe-se que o teto sob exame — *teto de subsídios* — refere-se à remuneração e aos subsídios na ativa. Quanto às aposentadorias e pensões, cabe observar o regramento do artigo 40 e seus parágrafos.

## 2.2. Teto de benefícios

O *caput* do artigo 40 da CRFB mantém sua redação. O seu parágrafo segundo, que trata do *teto de benefícios* para fins de aposentadoria e pensão — *“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”* —, sofre um adendo, que reduz sensivelmente a perspectiva de ganho inativo de todos os novos servidores públicos, *i. e.*, de todos quantos ingressarem no serviço público após a publicação da emenda. Para esses e para seus dependentes, passa a haver dois tetos objetivos: *a) a remuneração do servidor da ativa, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência à pensão; b) o valor máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social.* Essa última restrição, porém, não se opera de imediato: sofre atenuação, na medida em que está *condicionada* à instituição de regime público de previdência complementar, como se verá adiante (*infra*, tópico 2.6).

O artigo 6º da PEC n. 40/03 estabelece, para os benefícios do regime geral de previdência social, o valor máximo de R\$ 2.400,00/mês na data da publicação da emenda, sendo reajustável a partir de então, para preservação do valor real, pelos mesmos índices aplicáveis aos benefícios do regime geral de previdência. Hoje, os benefícios são atualizados anualmente, com base em percentual definido por regulamento administrativo<sup>(9)</sup> e inspi-

(8) No sentido de esclarecer essa situação, especula-se que o relator Maurício Rands deva propor alteração de última hora no próprio relatório, para equiparar expressamente o Ministério Público ao Judiciário no cálculo do subteto salarial do funcionalismo nos Estados (cf. “Previdenciária deve sofrer alteração”, *Ranier Bragon e Fernanda Krakovics, in Folha de São Paulo*, 3.7.2003, pág. A4).

(9) Assim, *e. g.*, a Portaria n. 408, de 16.4.2003, do Ministério da Previdência Social divulgou, para o período imediatamente anterior, os valores de atualização monetária dos salários-de-contribuição e benefícios, com vistas à atualização dos cálculos de aposentadoria, abono de permanência e auxílio-doença a partir de abril de 2003.

rado na variação de preços de produtos necessários e relevantes para a aferição da manutenção do valor de compra dos benefícios, conforme índices do IBGE ou instituição congênera (cf. artigo 41, *caput*, I, III e IV, da Lei n. 8.213/91, na redação da MP n. 2.187-13/2001, e artigo 40 do Decreto n. 3.048/99).

Quanto à aposentadoria dos servidores antigos, aplica-se o artigo 8º da PEC n. 40/03, que lhes garante, como *teto pessoal*, a remuneração integral da ativa (nos mesmos termos do atual artigo 40, § 2º, da CRFB), desde que o cálculo previdenciário conduza a tanto, em face das remunerações do servidor durante a ativa, que serviram de base para as contribuições sociais recolhidas aos regimes do setor público e do setor privado (artigo 8º, § 1º, da PEC n. 40/03).

### 2.3. Média-base

O § 3º do artigo 40 tem sua redação alterada, determinando a forma de cálculo da aposentadoria dos servidores novos, nos mesmos termos estatuidos pelo artigo 8º, § 1º, da PEC n. 40/03 para os servidores antigos:

*“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.”*

As aposentadorias, integrais ou proporcionais, de antigos e novos, deixam de ser calculadas com base na remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, passando a ser calculadas a partir de uma **média-base** cujos critérios não são especificados, mas cujo conceito assemelha-se ao do **salário-de-benefício** do regime geral (artigos 28 e 29 da Lei n. 8.213/91). A diferença fundamental entre a média-base (ou *benefício-base*, conforme denominação corrente na imprensa) e o **salário-de-benefício** está em que, no caso dos servidores, a média aritmética simples será calculada a partir das remunerações pagas durante **cem por cento** do período contributivo suficiente (*ut* artigo 40, § 1º, III, da CRFB), desde que tenham servido de base para as contribuições (restando excluídos, portanto, abonos e títulos em geral que, pela sua natureza indenizatória, não sofrem descontos previdenciários). Já no caso dos trabalhadores urbanos e rurais do setor privado, a média aritmética simples considera apenas **oitenta por cento** do período contributivo, pinçando do tempo geral os maiores salários-de-contribuição (aferidos nos termos do artigo 28, I a IV, da Lei n. 8.212/91). Além disso, o **salário-de-benefício** só se obtém após a aplicação do **fator previdenciário**<sup>(10)</sup> àquela mé-

(10) O chamado *fator previdenciário* considera, para o cálculo do salário-de-benefício, a idade, a expectativa de sobrevivência e o tempo de contribuição do segurado ao se aposentar. Essas são as variáveis fundamentais de sua fórmula:  $f = [(Tc \times a) : Es] \times \{1 + [(Id + Tc \times a) : 100]\}$ , onde *f* é o fator previdenciário, *Es* é a expectativa de sobrevivência no momento da aposentadoria (conforme tabela completa de mortalidade construída pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Esta-

dia (artigo 29, I, da Lei n. 8.213/91), exceto quanto aos benefícios das alíneas *a*, *d* e *h* do inciso I do artigo 18 da Lei de Benefícios (aposentadoria por invalidez, aposentadoria especial e auxílio-acidente); no caso dos servidores públicos, não há — ao menos, **não deve haver** — fator previdenciário.

Esse novo critério de cálculo pode ser justo do ponto de vista financeiro-atuarial, mas frustra legítimas expectativas dos servidores antigos. Nas carreiras da magistratura federal, que em geral exigem comprovação de certo tempo de experiência profissional anterior na advocacia ou em carreiras jurídicas e que, na média, atraem candidatos profissionalmente já afirmados em outros setores<sup>(11)</sup> (a exemplo da Justiça do Trabalho, que recebe efetivos relevantes oriundos do funcionalismo federal ou da própria advocacia), a alteração é profundamente funesta para os juizes antigos, porque proíbe a aposentação com proventos integrais para tantos quantos têm tempo de serviço no regime geral (artigo 201 da CRFB) ou em outras carreiras públicas, com subsídios médios inferiores àqueles percebidos na magistratura. A nova regra traduz, para esses, perdas líquidas certas por ocasião do jubileamento, tanto maior quanto maior tenha sido o tempo no setor privado ou em outras carreiras do setor público — tempo *desejável*, diga-se, desde que se pretenda do juiz, no exercício da função, traquejo com a coisa jurídica, familiaridade com o serviço público e alguma experiência de vida (como se vê, por ex., na Inglaterra, em que o acesso à magistratura pressupõe expressiva experiência prévia no ministério privado<sup>(12)</sup>). Representa, por conseguinte, perspectiva de queda no seu padrão

tística para toda a população brasileira, com média nacional única para ambos os sexos), *Tc* é o tempo de contribuição até o momento da aposentadoria, *Id* é a idade no momento da aposentadoria e *a* é a alíquota de contribuição correspondente a 0,31. Cf. artigo 32, §§ 11 e 12, do Decreto n. 3.048/99, com os acréscimos do Decreto n. 3.265/99.

(11) "Segundo pesquisa da AMB e do IUPERJ (Vianna, 1997), no Brasil, apesar de as carreiras serem organizadas de forma burocrática, o sistema de concursos tem permitido o acesso à magistratura de indivíduos com diversos perfis socioculturais e carreiras profissionais. Esse perfil difere do padrão francês, por exemplo, onde o sistema de concurso faz com que os magistrados ingressem muito jovens na carreira, oriundos de famílias com um perfil sociocultural específico, filhos de classe média com educação superior. Sua trajetória acadêmica é regular, isto é, fazem seus estudos sem percalços e terminam o curso superior com menos de vinte e cinco anos. Sua socialização na profissão jurídica se dá exclusivamente no interior do Judiciário, visto que são treinados pela escola da magistratura e não têm experiência anterior em outra profissão jurídica. (...) No Brasil, parte importante dos magistrados tem perfil diferente, que, em termos genéricos pode ser exposta como: origem familiar de classe média sem instrução superior, formação em faculdades do interior ou em cursos noturnos, com trajetória acadêmica não regular, isto é, com interrupções, possivelmente devido a percalços financeiros, e, pois, obtendo o bacharelado com idade superior a vinte e cinco anos. Estes indivíduos prestam diversos concursos para juiz e, até sua aprovação, adquirem experiência profissional em outras profissões jurídicas. A pesquisa mostra que os concursos mais recentes revelam a tendência ao predomínio do perfil "francês" em prejuízo do perfil mais plural dos concursos das décadas de setenta e oitenta" (Andre Koerner, "Qual Judiciário para a Democracia Brasileira", in <http://ajufe.org.br/opiniaio/ARTIGOS/lerartigos.cfm?cod=2112&v.5.2003>, págs. 14-15).

(12) Nos sistemas de *common law* e, notadamente, na Inglaterra, ingressam na magistratura, em geral, cidadãos com mais de cinquenta anos de idade, eleitos por uma elite de advogados (*barristers*) e indicados para nomeação real pelo *Lord Chancellor*. Cf. Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Rezende de Carvalho, Marcelo Baumgard, "Corpo e alma da magistratura brasileira", Rio de Janeiro, Revan, 1997, pág. 65.

de qualidade de vida, sobretudo para os que não têm tempo hábil, até a jubilação compulsória, para repor as perdas futuras aderindo a planos de previdência complementar.

A solução, do ponto de vista legislativo, seria modificar a redação do artigo 8º, § 1º, da PEC n. 40/03, para ali constar a redação atual do artigo 40, § 3º, da CRFB, respeitando a legítima expectativa de direito dos atuais magistrados federais. Assim, *verbi gratia*:

*"Os proventos de aposentadoria, por ocasião de sua concessão, serão calculados, no caso dos servidores de que trata o caput, 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."*

De toda sorte, é curial entender que, mesmo sob o regramento da PEC n. 40/03, a média será calculada com base nas remunerações do tempo de contribuição no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, desde que esse tempo seja suficiente (desprezando-se, portanto, lapsos de contribuições em carreiras anteriores, se despidendo a sua contagem para fins de concessão do direito). Se não, vejamos.

A proposta enviada ao Congresso pretende corrigir a "distorção" consistente no fato de que o valor das aposentadorias, no serviço público, "não guarda qualquer relação com as contribuições dos servidores quando em atividade ou mesmo com a sua vida laboral, pois o benefício é equivalente à última remuneração do cargo efetivo" — regra que, segundo a exposição da PEC n. 40/03, "não encontra similaridade no direito comparado e muito menos guarda correlação com a aplicada aos segurados do Regime Geral, que leva em consideração a média aritmética simples das remunerações correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo, multiplicada pelo fator previdenciário"<sup>(13)</sup> (cf. artigo 29, I, da Lei n. 8.213/91, na redação da Lei n. 9.876/99). Com a reforma, pretende-se que a forma de cálculo de aposentadorias no setor público guarde "mais proximidade conceitual com a forma de cálculo das aposentadorias por tempo de contribuição do Regime Geral de Previdência social, onde é apurada uma média dos salários-de-contribuição, que tende a incluir, futuramente, um período de contribuição equivalente aos 80% melhores meses de contribuição de toda a vida laboral do segurado do INSS"<sup>(14)</sup>.

Se assim crê o expositor da PEC n. 40/03, cabem duas ponderações (uma de ordem crítica e outra de ordem lógica).

Do ponto de vista crítico, impende observar que a referência ao direito comparado não é de todo escoreita. Na verdade, há, sim, modelos de previdência que guardam similaridade com o atual regime de aposentadorias dos servidores públicos brasileiros (i. e., proventos integrais ou propor-

(13) E.M.I. n. 29, *cit.*, ns. 07 e 08.

(14) *Idem*, n. 44.

cionais baseados na última remuneração do cargo efetivo), ou que são ainda melhores. Especificamente no caso dos juizes, merece menção o modelo norte-americano de seguro social para a magistratura federal: há aposentadoria com proventos integrais aos sessenta e cinco anos (idade mínima), após quinze anos de serviço na magistratura. Não há, outrossim, aposentadoria compulsória (diversamente do caso brasileiro, em que a compulsória ocorre aos setenta anos, *ut* artigo 40, § 1º, II, da CRFB): o juiz pode continuar em atividade, na condição de juiz *sênior*, dedicando-se à própria judicatura e à orientação dos juizes novos. Em 1988, os juizes federais (magistrados e juizes de falência) obtiveram, naquele país, incremento de salários e de proventos de aposentadoria, como parte de um programa estatal concebido para conservá-los na ativa e tornar o cargo atraente, preservando e reproduzindo os quadros altamente qualificados da magistratura. Como conseqüência, os juizes federais podem optar entre variegados planos de aposentadoria, de saúde, de invalidez, de pensão e de poupança, conquanto vinculados, também, ao plano geral de seguridade social dos Estados Unidos da América. Quanto à aposentadoria, podem optar entre o *Civil Service Retirement System (CSRS)* e o *Federal Employees' Retirement System (FERS)*, que são os planos aplicáveis a todos os servidores públicos federais, e até trinta dias antes de se desligarem, podem ainda optar pelo *Judicial Retirement System (JRS)*, depositando o correspondente a catorze anos de contribuição a um por cento. A aparente identidade com o regime proposto pela PEC n. 40/03, de proventos pelo regime geral com opção por fundos complementares, é ilusória: a uma, porque há nos EUA, de toda sorte, diversidade de regimes entre os próprios servidores públicos federais; a duas, porque o peso do custeio é, em cifras nominais, superior no Brasil, a despeito da semelhança de benefícios<sup>(15)</sup>; a três, porque a contribuição para o *JRS* é de apenas catorze anos, a um por cento (no Brasil, a contribuição ao regime de filiação obrigatória é de 30/35 anos, a onze por cento, sendo que a contribuição para o fundo complementar não poderá ser inferior, *ut* artigo 149, parágrafo único, da CRFB, no texto do projeto); a quatro, porque a opção pelo *JRS* implica renúncia aos planos gerais, cujas contribuições são *devolvidas*, sem juros no caso do *CSRS* e com juros de mercado no caso do *FERS* — o que sequer foi cogitado no projeto brasileiro, uma vez que o Poder Executivo Federal certamente não está disposto a restituir as contribuições sociais já recolhidas aos juizes que efetuarem a opção do artigo 8º, § 2º, da PEC n.

(15) Nos EUA, a contribuição obrigatória para o seguro social tem alíquota mensal de 6,2%; há, também, uma contribuição obrigatória de 1,45% (*Medicare*), visando à cobertura das despesas médicas após 65 anos de idade. A alíquota para o *CSRS* é de 8,4% e a alíquota do *FERS* é de 1,2% mais 5% (*Thrill Savings Plan* — esse, de fato, um plano complementar). O *JRS*, enfim, é de 1% durante catorze anos. Somando-se as alíquotas, têm-se 16,05% para os optantes do *CSRS*, 13,85% para os optantes do *FERS* e 8,65% para os optantes do *JRS* (já que, nesse caso, as contribuições vertidas para os dois anteriores são restituídas). Em todos os casos, o índice nominal resultante da soma das alíquotas será inferior àquele necessário, no Brasil, para que os servidores federais novos aposentem-se com proventos integrais, considerando-se a alíquota atual de 11% para o regime básico, e à mercê dos artigos 4º, § 2º, *in fine*, § 14 e 149, parágrafo único, da CRFB, na redação da PEC n. 40/03. Observe-se, ainda, que o índice nominal do *Judicial Retirement System* é reduzido em relação aos demais, como forma de estímulo à ocupação dos cargos judiciários.

40/03<sup>(16)</sup>. Os juízes estaduais norte-americanos contam, igualmente, com um regime especial de aposentadoria, de proventos integrais (com redução proporcional se não observada a idade mínima), diverso daquele reservado aos demais servidores públicos<sup>(17)</sup>.

Do ponto de vista lógico, está evidente que a *mens legislatoris* é aproximar o regime de aposentadorias do setor público àquele do setor privado (INSS). Se é essa a proposta — nivelar a previdência pelo patamar mais adverso —, é de boa hermenêutica interpretar a nova regra em cotejo com a disciplina própria do salário-de-contribuição dos trabalhadores urbanos e rurais, nos termos da Lei n. 8.213/91: no que for omissa a PEC n. 40/03, *suprem-se as lacunas, in casu, pelo modelo-paradigma*. No regime geral, os trabalhadores urbanos e rurais têm direito a computar, no cálculo da média aritmética simples a que será aplicada o fator previdenciário, os *maiores salários-de-contribuição* do período de contribuição, somados até corresponderem a oitenta por cento de todo o período contributivo. Assim há de ser, também, para os servidores públicos, antigos e novos: o cálculo do artigo 40, § 3º, da CRFB, na redação da PEC n. 40/03, deve levar em consideração *as remunerações mais expressivas do período de contribuição* (correspondentes aos *“maiores salários-de-contribuição”* da Lei n. 8.213/91), quando o servidor contar com tempo de contribuição superior ao necessário, mas não houver se aposentado e nem tiver obtido a isenção do artigo 8º, § 5º, da EC n. 20/98 (por ex., se ainda não tinha a idade mínima ou não tinha tempo suficiente no serviço público ou no cargo efetivo). Para os juízes em geral, que têm tempo de contribuição suficiente na carreira, mas que também o têm na *iniciativa privada* ou em outras carreiras públicas, é direito líquido e certo que o cálculo da média-base se faça *exclusivamente* com base nas remunerações recebidas na magistratura (desde que sejam — como no Brasil, em geral, o são — as maiores de todo o tempo de serviço), com divisor trinta e cinco, se homem (artigo 40, § 1º, III, a, 1ª parte, da CRFB), ou trinta, se mulher (artigo 40, § 1º, III, a, 2ª parte, da CRFB).

Interpretar o § 3º do artigo 40, no texto do projeto, com vistas à *diluição* da base de cálculo no tempo e, conseqüentemente, à *redução* dos proventos, seria desnivelar, *para pior*, a condição jurídica dos servidores públicos, em relação à dos trabalhadores em geral (aos quais aproveitam, *ex vi legis*, os salários-de-contribuição mais vantajosos para o cômputo final). Assim, do ponto de vista hermenêutico, significaria fazer tábua rasa da *mens legislatoris* e da própria *mens legis*, instaurando novo desnível entre as classes laboriosas e descurando de uma legítima interpretação *teleológica* do novo texto. E, do ponto de vista material, importaria em inex-

(16) Cf. *Retirement Benefits for Bankruptcy Judges and Magistrate Judges*, May 2000, Judges Information Series n. 5, Office of Judges Programs, Administrative Office of the United States Courts, *apud* Maria Cristina Mattioli, “Por que os Juízes devem ser excluídos do Regime Único de Previdência proposto pelo atual Governo”, Harvard, [s.e.], 2003, págs. 07-08. A autora é juíza do Trabalho da 15ª Região, com pós-doutorado pela *Harvard Law School*.

(17) Cf. Bernard Meyer, “Judicial Retirement Laws of the Fifty States and the District of Columbia”, New York, University Press, 1999, *passim*, *apud* Mattioli, cit., pág. 08.

plicável quebra do princípio da igualdade (artigo 5º, II, da CRFB), além de subversão injusta do caráter contributivo do regime (artigo 201, *caput*, da CRFB) — sendo, portanto, passível de correção nas instâncias judiciais. Com efeito, “a lei tem de ser legítima e previdenciariamente legitimada por uma correspondência técnica. Todos, no mesmo nível salarial, sejam servidores civis ou militares, parlamentares ou trabalhadores do setor privado, devem se submeter a igual alíquota, crescente quanto maior for o patamar em que estejam, para que distributiva e democraticamente paguem por seus benefícios”<sup>(18)</sup> — o que vale, com mesma ênfase, para a aferição da própria base de cálculo.

## 2.4. Pensões

A reforma também impõe restrições aos pensionistas. O § 7º do artigo 40 é modificado, para constar que a lei disporá sobre os critérios de concessão do benefício de pensão por morte, que será de até setenta por cento do valor dos proventos do servidor falecido, observados os limites dos §§ 2º e 3º (limitação ao teto de benefícios do regime geral e observância da proporcionalidade segundo a média das remunerações da ativa). Assim, afora o teto geral de benefícios, os pensionistas dos servidores novos experimentarão duas reduções cumulativas: a primeira, atinente à base de cálculo do benefício (não mais os proventos do falecido ou a remuneração do servidor ativo na data de seu falecimento, mas a média de remunerações do tempo da ativa consideradas como base para as contribuições recolhidas), e a segunda, referente à limitação percentual incidente sobre aquela base de cálculo (*máximo* de setenta por cento dos proventos do falecido: não mais cem por cento, como ocorre hoje; nada obstante, conforme a legislação infraconstitucional, poderá ser de 30%, 40%, 50%, 60%...).

Já os pensionistas dos servidores antigos não se sujeitam ao teto geral de benefícios, *ut* artigo 8º, *caput*, da PEC n. 40/03, e tampouco à proporcionalidade na base de cálculo do benefício. Sofrem, todavia, a limitação da alíquota (70%), respeitados os direitos adquiridos (artigo 5º, XXXVI, da CRFB, e artigo 3º, *caput* e § 3º, da PEC n. 40/03). Noutras palavras, fazem jus à pensão integral, sobre os proventos ou subsídios do falecido na época do falecimento, todos os dependentes que já a recebem ou que, até a data da publicação da emenda, tenham cumprido os requisitos necessários para a obtenção do benefício (que, na espécie, corresponde à condição mesma de dependente e à morte do servidor, observadas eventuais carências das legislações específicas).

## 2.5. Fim da paridade entre ativos e inativos: desvinculação dos proventos e pensões

O § 8º do artigo 40 da CRFB sofre modificação expressiva, comprometendo a vinculação dos proventos de aposentadoria e das pensões à evolução das remunerações e subsídios da ativa. Compromete, portanto,

(18) *Wladimir Novaes Martinez*, “E há outros aspectos”, in *Folha de São Paulo*, 17.5.2003, pág. A-3.

a expectativa de paridade dos inativos, que em geral esperam manter o mesmo padrão de vida dos servidores da ativa. Dada a desvinculação, facultou-se ao Poder Executivo conceder reajustes diferenciados aos servidores ativos e inativos, congelando proventos e pensões ou atualizando-os sob condições menos favoráveis. Como antecipado, essa medida de contenção de despesas, se consumada, tende a representar queda na demanda efetiva, a médio e longo prazo (especialmente em países como o Brasil, onde o número de funcionários públicos é expressivo<sup>(19)</sup> e a renda correspondente tem participação expressiva na movimentação da economia, especialmente nos municípios de pequeno e médio porte<sup>(20)</sup>).

O texto constitucional atual dispõe que serão estendidos aos aposentados e pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidas 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. Com a PEC n. 40/03, essa disposição é expurgada do texto constitucional, para constar apenas que: *"é assegurado o reajustamento dos benefícios para preservá-los, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei"*. Em suma, substituiu-se um **parâmetro objetivo** de reajuste das aposentadorias e pensões por um **critério programático**, a ser regulamentado em lei. O que, antes, era uma norma constitucional de eficácia plena, *self-executing*, passa a ser uma norma constitucional de eficácia contida<sup>(21)</sup>, regulável ao talante do legislador infraconstitucional. Até que venha a referida lei, os reajustes far-se-ão, provavelmente, pelos critérios gerais de reajustes de benefícios previdenciários (artigo 6º da PEC n. 40/03 — cf., *supra*, tópico 2.2). Num primeiro momento, o prejuízo jurídico — consistente na sujeição do reajustamento à concepção histórica de "valor real" do legislador brasileiro (*mens legislatoris*) — chega a ser mais alarmante que o prejuízo financeiro.

Ressalvam-se, de todo modo, os direitos adquiridos: aqueles que já estiverem aposentados ou que cumprirem, até a data da publicação da

(19) Apenas a título de exemplo, Paris tinha, em meados da década de noventa, 15.000 funcionários municipais, contra 167.000 em São Paulo.

(20) Cf. Norman Gall, *Rubens Ricupero*, "Globalismo e localismo — quais são os limites da competição e da segurança?", in "Braudel Papers", 1997, n. 17 ([http://www.normangall.com/brazil\\_art3.htm](http://www.normangall.com/brazil_art3.htm), 5.2003, pág. 08): *"Embora o número de funcionários públicos no Brasil seja baixo em comparação com países ricos, ele é alto em muitas comunidades que dependem de transferências, salários e pensões do governo para sobreviver"*. No mesmo sentido, com relação às aposentadorias e pensões, cf. *Silva Alves*, cit., pág. 23: *"Muitos gestores que passaram pela Esplanada dos Ministérios e pela presidência do INSS orgulhavam-se em dizer que a Previdência no Brasil 'é a maior distribuidora de rendas'. É verdade. Há municípios do interior do País onde a economia depende, unicamente, do pagamento de aposentadorias e pensões. Popularizou-se, em algumas regiões, a chamada Feira do Véio. Funciona só nos dias em que parte da população recebe os benefícios previdenciários"*.

(21) Normas constitucionais de eficácia contida ou restritiva são *"aquelas que têm aplicabilidade de imediata, integral, plena, mas que podem ter reduzido seu alcance pela atividade do legislador infraconstitucional. Por isso mesmo, aliás, preferimos denominá-las de normas constitucionais de eficácia redutível ou restringível"* (Michel Temer, "Elementos de Direito Constitucional", 8ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990, pág. 27).

emenda, os requisitos para obtenção de aposentadorias e pensões, poderão recebê-las, integrais ou proporcionais, com revisão na mesma proporção e na mesma data dos servidores da ativa, sempre que esses experimentarem modificação em suas remunerações ou perceberem vantagens, inclusive se decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a pensão. Essa inteligência, defluída da exegese conjunta dos artigos 9º e 3º, *caput*, da PEC n. 40/03, *não favorece*, de modo algum, os servidores antigos que, embora admitidos no serviço público antes da publicação da emenda, não tenham, nessa ocasião, atendidos todos os requisitos para a percepção da aposentadoria. Saber se os requisitos foram ou não atendidos significará, na prática, proceder à leitura dos casos equívocos à luz do artigo 6º, § 2º, do Decreto-lei n. 4.657, de 4.12.1942<sup>(22)</sup> (Lei de Introdução ao Código Civil), que positiva, no plano infraconstitucional, as regras gerais de direito intertemporal e interespaical.

## 2.6. Regimes públicos de previdência complementar

O § 8º do artigo 40 é também modificado — na verdade, desmembrado. E, ao desmembrá-lo, a PEC n. 40/03 cria uma perplexidade.

A primeira parte do preceito é mantida no § 8º: concede-se aos entes da Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) a *faculdade* para a instituição de um regime de previdência complementar. *Podem* fazê-lo, diz o projeto, se assim deliberarem as respectivas administrações — e *somente* elas, porque, pela PEC n. 40/03, o regime de previdência complementar somente pode ser instituído “*por iniciativa do respectivo Poder Executivo*” (autoria inexistente na EC n. 20/98), e *na forma da lei*, observado o disposto no artigo 202 da CRFB.

A redação do § 8º encerra-se aí. Aparenta o expurgo da parte final, que hoje autoriza aos entes da Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) a adoção do teto de benefícios do regime geral, para seus servidores, apenas em caso de instituição de regime de previdência complementar aos titulares de cargo efetivo. E, se assim fosse, a lógica interna da reforma estaria preservada: se, pela PEC n. 40/03, o teto de benefícios do regime geral passa a ser a regra (exceto para os servidores antigos), na forma do novo § 2º do artigo 40, concluir-se-ia que esse limite geral impõe-se a toda a Federação *ope legis*, independentemente da instituição de regimes de previdência complementar que atendam aos interesses dos servidores.

A reforma não é, todavia, assim nefasta — e, nessa parte, quebra a sua própria lógica categórica. É que o § 15 do artigo 40 dispõe, pela PEC n. 40/03, que “*o limite imposto aos benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 somente poderá ser aplicado ao valor das*

(22) “*Consideram-se adquiridos assim os direitos que seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbitrio de outrem*” (g. n.).

*aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata este artigo após a instituição do regime de previdência de que trata o § 14" (g. n.).* Noutras palavras, o teto impositivo para os servidores novos, calcado no teto de benefícios do regime geral, continua *condicionado* à instituição de regime complementar apto a *compensar* as perdas da inatividade: essa contrapartida não foi ignorada. O teto de benefícios do regime geral é potencialmente impositivo para o serviço público, mas vincula as administrações somente *após* a instituição dos regimes públicos de previdência complementar aptos a compensar as perdas e prover a recomposição, que são facultativos (artigo 202, *caput*, da CRFB). Como o preceito do § 2º revisado atingirá apenas servidores novos (*i. e.*, admitidos após a publicação da emenda), haverá, inclusive, *tempo hábil* para que esses regimes complementares sejam instituídos no âmbito dos entes federativos, sem prejuízos sensíveis para os funcionários públicos vindouros, que terão oportunidade de contribuir, por décadas, para as novas caixas de previdência. Para os novos, portanto, as perdas mais prováveis dar-se-ão no *custeio* (com alíquota mínima não inferior à das contribuições dos servidores titulares de cargos efetivos da União — hoje 11% — *ut* artigo 149, parágrafo único, na redação da PEC n. 40/03<sup>(23)</sup>), não necessariamente nos benefícios.

Não destoia disso, aliás, a própria Exposição de Motivos da PEC n. 40/03: *"a delimitação contida na redação proposta para o § 2º do art. 40 vem condicionada a que os entes federados instituíam regime de previdência complementar para seus servidores, bastando, para isso, a elaboração de lei ordinária que se orienta pelos princípios insculpidos no art. 202 da Constituição, a saber, previdência privada, de caráter complementar, organizada de forma autônoma em relação ao Regime Geral, facultativa e baseada na constituição de reservas garantidoras dos benefícios contratados" (g. n.)*<sup>(24)</sup>.

Desse quadro emergem dois aspectos minimamente positivos.

A uma, continua sendo possível, em tese e princípio, a manutenção do regime de aposentadorias integrais, inclusive para servidores novos (observada a proporcionalidade do artigo 40, § 3º, na redação da PEC n. 40/03). Basta que o ente federado não exerça a faculdade do artigo 40, § 4º: em não o fazendo, torna-se inaplicável a parte final do § 2º (na redação da emenda), restando apenas o limite pessoal da primeira parte do preceito: *"não poderão exceder à remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria"*. É claro que essa "opção", eminentemente política, sujeita-se às vicissitudes da democracia representativa: haverá gestões infensas aos cortes e outras, subseqüentes, favoráveis. De todo modo, o teto de benefícios do regime geral não se torna impositivo *per se* (*i. e.*, a partir da entrada em vigor da emenda) nem *per tempus* (como ocorreu, *e. g.*, com os limites e metas de gestão fiscal da Lei Complementar n. 101/

(23) Todo o regramento próprio para as contribuições sociais do empregador e para as contribuições de intervenção no domínio econômico (artigo 149 da CRFB), meticulosamente inserido nos §§ 1º e 2º do artigo 149 da CRFB por intermédio da EC n. 33/2001, foi cancelado.

(24) E.M.I. n. 29, n. 51.

2000 — Lei de Responsabilidade Fiscal), mas *sub conditione*. Dá-se azo, portanto, para a pressão das categorias organizadas, no sentido de que o Poder Executivo não remeta ao Legislativo o projeto de lei de previdência complementar, ou ainda para que esse último não o aprove. Da mesma forma, nos pleitos vindouros, o eleitor interessado poderá dirigir seu voto aos candidatos que tenham compromisso com a recusa dos fundos públicos de previdência complementar (que implicará, reflexamente, na postergação do limite do artigo 201 da CRFB).

Outro aspecto positivo é que o teto de benefícios do regime geral não se imporá sem que, antes, o novo servidor tenha a possibilidade de optar por um fundo *público* de regime de previdência complementar, sob a égide de uma *pessoa jurídica de direito público*, que o gerirá e chancelará. Pernicioso seria se — como no Chile<sup>(25)</sup> — houvesse de recorrer às empresas privadas, inevitavelmente, para obter a complementação de seus proventos de aposentadoria (sujeitando-se à lógica perversa dos mercados financeiros, em que os agentes econômicos não primam pela proteção da pessoa humana, mas pela maximização dos lucros).

Na prática, porém, a associação dos dois preceitos (§§ 14 e 15 do artigo 40, na redação da PEC n. 40/03), assim como dos interesses subjacentes (por um lado, o interesse dos entes federativos na contenção da despesa pública, e por outro, o interesse dos servidores novos em garantirem, na aposentadoria, proventos mais vultosos ou quiçá integrais), engendrará *maciça adesão* aos regimes públicos de previdência complementar, que deverão proliferar. É tão certo esse fato que, relacionando-o com a pretendida revogação do § 16 do artigo 40 da CRFB, alguns já antevêm uma “obrigatoriedade velada” da previdência complementar, por ser socialmente compulsória a adesão. Nesse sentido, *exempli gratia*, a ácida crítica de *Biasoto Júnior*<sup>(26)</sup>:

*“Toda a ânsia em revogar o atual dispositivo constitucional que exige a adesão expressa e individual do servidor ao fundo de previdência complementar denuncia a intenção de fazer uma transição quase compulsória ao novo sistema. Ou seja, o governo promove a deterioração do sistema de Previdência para os atuais servidores e retira as garantias de permanência que existem no atual texto constitucional” (g. n.).*

(25) No caso chileno, “o país privatizou completamente o sistema previdenciário. Todos os trabalhadores têm hoje contas individuais em regime de capitalização. Mas o governo terá que arcar com os custos dos trabalhadores que já tinham benefícios. (...) Atualmente, 21 anos depois da reforma, esses benefícios custam ao governo chileno cerca de 5% do PIB do país. Para ter uma idéia, no caso do Brasil, isso significaria gastar cerca de R\$ 50 bilhões todos os anos” (<http://www.andes.org.br/previdencia27.htm>, 5.2003, pág. 02, apud *Folha de São Paulo*, 19.1.2003).

(26) *Geraldo Biasoto Júnior*, “A reforma da Previdência”, in *Folha de São Paulo*, 12.5.2003, pág. A-3. O autor é professor do Instituto de Economia da Universidade Estadual de Campinas — UNICAMP, tendo ocupado os cargos de coordenador de política fiscal do Ministério da Fazenda e de secretário de investimentos em saúde do Ministério da Saúde, ambos na gestão do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso.

Cabe, ainda, considerar o alcance da expressão “na forma da lei”, que não está na redação atual do artigo 40, § 14, associando a exegese à alteração do § 15, que previa a disposição de normas gerais sobre regime de previdência complementar *por lei complementar*<sup>(27)</sup>, com *quorum* qualificado (maioria absoluta — artigo 69 da CRFB). Aprovada a PEC n. 40/03, o texto constitucional dirá, apenas, que a previdência complementar organiza-se *na forma da lei* — isto é, *por lei ordinária*, aprovada por maioria simples (artigo 47 da CRFB). Da mesma forma, a PEC n. 40/03 pretende revogar o artigo 10 da EC n. 20/98, pelo qual “o regime de previdência complementar de que trata o art. 40, §§ 14, 15 e 16, da Constituição Federal, somente poderá ser instituído após a publicação da lei complementar prevista no § 15 do mesmo artigo” (cf. artigo 12 do projeto). Essas alterações facilitam a aprovação de uma lei geral, de âmbito nacional, que atenda ao programa político-econômico do Poder Executivo Federal, visto como o esforço de cooptação será menor. Por outro lado, penso que a exegese constitucional alça a referida lei à categoria de *condição constitucional* para a instituição dos regimes de previdência pública complementar (como o é, hoje, a lei complementar). Com efeito, a locução “na forma da lei” insinua, em boa hermenêutica constitucional, que as normas correspondentes “têm aplicação mediata, por dependerem de norma posterior, ou seja, de lei complementar ou ordinária, que lhes desenvolva a eficácia, permitindo o exercício do direito ou do benefício consagrado. Sua possibilidade de produzir efeitos é mediata, pois, enquanto não for promulgada aquela lei complementar ou ordinária, não produzirão efeitos positivos (...) Não recebem (...) do constituinte normatividade suficiente para sua aplicação imediata, porque ele deixou ao Legislativo a tarefa de regulamentar a matéria, logo, por esta razão, não poderão produzir todos os seus efeitos de imediato, porém, têm aplicabilidade mediata, já que incidirão totalmente sobre os interesses tutelados, após o regramento infraconstitucional”<sup>(28)</sup>. Maria Helena Diniz denomina-as, por isso, *normas com eficácia relativa dependente de complementação legislativa*

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

(28) Maria Helena Diniz, “Norma constitucional e seus efeitos”, 2ª ed.: São Paulo, Saraiva, 1992, pág. 103. Em sentido contrário, Biasoto Júnior entendeu que “para fugir à discussão de um projeto de lei do governo FHC (PL 9), a proposta de emenda desmantela qualquer condição de regulação dos fundos de pensão da União, dos Estados e dos Municípios. Ao abdicar de lei complementar e permitir que leis ordinárias estaduais e municipais regulem a matéria, sem parâmetros nacionais, estará aberta a temporada de absurdos. Qual será o custo fiscal dessa desastrosa desregulamentação?” (idem, *ibidem*). Venia concessa; entendo que, para a edição das leis ordinárias estaduais e municipais, é pré-condição a promulgação da lei ordinária de âmbito nacional, conferindo os “parâmetros nacionais” dos fundos públicos de previdência complementar. Do contrário, aquelas serão inconstitucionais, por violação do artigo 22, XXIII, da CRFB (como o foram, *mutatis mutandi*, as leis estaduais que instituíram, em alguns Estados da Federação, os *juizados especiais de pequenas causas*, com fundamento no artigo 98, *caput*, da CRFB, antes da edição da Lei Federal n. 9.099/95, reportada no inciso I do mesmo artigo: violaram, a seu tempo, a norma de competência privativa do artigo 22, I, da CRFB). De toda sorte, se a norma revisada pretendesse referir, no § 14, as leis de instituição (federal, distrital, estaduais e municipais), teria dito “mediante lei”, não “na forma da lei”, porque essa última locução sugere lei anterior que dite a forma geral.

— a exemplo do artigo 192, § 3º, da CRFB, que limita em doze por cento ao ano as taxas de juros reais, “nos termos que a lei determinar” (i. e., na forma da lei)<sup>(29)</sup>.

Aliás, no caso da norma do artigo 40, § 14, há mais que isso. Como já registrado, a edição de uma lei nacional de normas gerais é *condição constitucional* para a instituição dos regimes de previdência complementar pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Não é, todavia, o quanto basta: há que providenciar, ainda, as *condições materiais* para aquela instituição: dotações orçamentárias para composição inicial do fundo e despesas de transição, auditorias atuariais, contratação ou deslocamento de financistas e técnicos para a gestão do regime, publicidade, níveis suficientes de adesão social etc. Nesse sentido, esta norma é diversa daquela do artigo 192, § 3º, que demanda apenas a vigência da lei regulamentar, para desde então vincular todos os operadores do sistema financeiro nacional. Daí por que, na dicotomia de *Jorge Miranda*, a norma do artigo 40, § 14 (atual ou revisada) está entre as *normas programáticas não-exeqüíveis*, enquanto a do artigo 192, § 3º está entre as *normas preceptivas não-exeqüíveis*. Diferenciam-se por essas últimas “*postularem apenas a intervenção do legislador, atualizando-as ou tornando-as efectivas*”, enquanto as primeiras — entre as quais a do artigo 40, § 14 — exigem “*mais do que isso (...) não só a lei como providências administrativas e operações materiais. As normas não exeqüíveis por si mesmas preceptivas dependem apenas de factores jurídicas e de decisões políticas; as normas programáticas dependem ainda (e sobretudo) de factores económicos e sociais*”<sup>(30)</sup>. Daí por que o legislador federal, estadual, distrital e municipal detém maior grau de liberdade na instituição do modelo programado, em caso de normas programáticas não-exeqüíveis (como de fato a tem na hipótese do artigo 40, § 14, que não estatui prazos ou sanções):

“(...) as normas programáticas somente terão de ser concretizadas quando se verificarem os pressupostos de facto que tal permitam, a apreciar pelo órgão legislativo” (g. n.)<sup>(31)</sup>.

Inegável, pois, que a norma do artigo 40, § 14, da CRFB — na redação atual ou no texto revisado — é *norma constitucional de eficácia limitada*, que não opera efeitos senão depois de editada a lei regulamentadora — sem a qual, portanto, Estados, Distrito Federal e Municípios não poderão exercer sua faculdade constitucional. E, mais que isso, é também *norma programática não-exeqüível*: para poder instituir, juridicamente, o regime de previdência pública complementar, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão destinar-lhe recursos orçamentários e pro-

(29) Cf. *Alexandre de Moraes*, “Direito Constitucional”, São Paulo, Atlas, 1997, pág. 36. Mais recentemente, o Excelso Pretório também refutou a tese de auto-aplicabilidade da norma do artigo 192, § 3º, 1ª parte, da CRFB (ADIn n. 04/DF).

(30) “Manual de Direito Constitucional — Constituição e Inconstitucionalidade”, 3ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1996, t. II, pág. 248.

(31) *Idem, ibidem*.

videnciar adequada infra-estrutura financeira, administrativa, material e operacional para o sistema. A instância político-administrativa e material é inarredável, pois somente ela terá, na transição, a *"virtualidade de modificar as situações e os circunstancialismos econômicos, sociais e culturais subjacentes à Constituição"*<sup>(32)</sup>.

Não foi essa, é verdade, a intenção do Poder Executivo, que entende bastar a lei ordinária do ente federado, porque *"após a elaboração e a publicação das Leis Complementares n. 108 e 109, em 29 de maio de 2001, esta exigência [de lei complementar] tornou-se meramente condicionante da implantação dos regimes de previdência complementar, haja vista todos os princípios e normas necessários para a implementação de um sistema de previdência complementar já estarem positivados, motivo pela qual a exigência (...) resulta desnecessária"*<sup>(33)</sup>. Essa será, quando muito, a *mens legislatoris* (supondo que o Congresso Nacional compartilhe desse entendimento); mas, em vigor a emenda, não haverá de ser a *mens legis*.

Com efeito, promulgada e publicada a lei (*lato sensu*), ganha ela vida própria, devendo ser interpretada conforme o ordenamento jurídico em que se insere, aos fins sociais a que se destina e às exigências do bem comum (artigo 5º da LICC) — e não, simplesmente, conforme a vontade histórica do legislador<sup>(34)</sup>. *In casu*, as Leis Complementares ns. 109 e 108, de 29.5.2001, regulam, respectivamente, o artigo 202, *caput*, da CRFB (regime de previdência privada de caráter complementar ao regime geral de previdência social), e os seus §§ 3º, 4º, 5º e 6º (disciplina jurídica do *patrocínio* da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e de suas autarquias, fundações e entes da Administração Indireta, a entidades fechadas de previdência *privada*). Aliás, se regulassem os §§ 14, 15 e 16 do artigo 40 da CRFB, então não seria necessário modificar os primeiros e revogar o último, juntamente com o artigo 10 da EC n. 20/98: posta a lei complementar, restaria aos entes federados instituir seus regimes complementares. Não foi o que ocorreu.

É que, em ambos os casos, cuida-se de previdência complementar *privada* (no caso da LC n. 108/01, com patrocínio do Poder Público e/ou de suas empresas). Não é disso que trata, *concessa venia*, o artigo 40, § 14, da CRFB, na redação da PEC n. 40/03: ali, cuida-se de regime público de previdência complementar, *instituído* pelo Poder Executivo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (não podendo fazê-lo as au-

(32) *Idem*, pág. 249.

(33) E.M.I. n. 29, n. 52.

(34) *"Não se vai primeiro à mens legislatoris para depois atingir o sentido da norma, posto que, na verdade, primeiro se alcança o sentido da norma (se interpreta) e só depois é que se descobre a intenção do legislador [racional]"* (Tércio Sampaio Ferraz Júnior, "Introdução ao Estudo do Direito — Técnica, Decisão, Dominação", São Paulo, Atlas, 1991, pág. 246). O legislador racional, nessa acepção, é aquele *singular* (apesar da multiplicidade concreta — colegiados, parlamentos etc. — deve-se pressupor a sua unidade: o legislador) e *permanente* (a-histórico, não desaparece com a passagem do tempo e com a morte das vontades concretas), além de outros atributos que lhe conferem *objetividade* (*idem*, págs. 254-255, citando Santiago Nino). O intérprete não se vincula, portanto, à vontade histórica do legislador.

tarquias, as fundações, as sociedades de economia mista, as empresas públicas ou as concessionárias de serviço pública, que não detêm competência legislativa). De fato, são semanticamente diversas as expressões “patrocinar” e “instituir”: patrocinar é favorecer, custear; instituir é criar, estabelecer, fundar<sup>(35)</sup>. No caso da LC n. 108/2001, o regime de previdência complementar é instituído pela entidade de previdência privada, com especificidade ou não, e a ele aderem Poder Público, como patrocinador, e servidores, como participantes contribuintes-beneficiários (cf., e.g., artigo 4º, *caput*, da LC n. 108/01). As despesas administrativas da entidade privada são custeadas por patrocinador e participantes (artigo 7º, *caput*, da LC n. 108/01), sendo que a cessão de pessoal do serviço público implicará ressarcimento dos custos correspondentes (artigo 7º, parágrafo único). As entidades privadas organizam-se como fundações ou sociedades civis (pessoas jurídicas de direito privado — artigo 8º, parágrafo único). A Lei n. 108/01 não trata, enfim, de um regime de previdência, mas das relações entre o Poder Público e/ou suas empresas e as entidades fechadas de previdência complementar com quem vierem a contratar (*convênio de adesão*), na condição de patrocinadores. Aderem, não instituem. Aliás, a própria Lei n. 109/01 distingue claramente, em seu artigo 13, entre *patrocinador* e *instituidor* de um plano de benefícios; mas, no caso da Lei n. 108/01, o Poder Público e suas empresas podem ser apenas *patrocinadores*, nos termos do artigo 202, § 3º, *in fine*, da CRFB, e do artigo 5º, *in fine*, da própria Lei n. 108/01. É manifesto, portanto, que o ordenamento vigente não possui lei, complementar ou ordinária, destinada a reger a *instituição* de regimes de previdência complementar pelo Poder Público (previdência complementar pública). Essa é a lei reclamada pelo artigo 40, § 14, da Constituição, no texto da PEC n. 40/03, e a cuja regulamentação se destinava o Projeto de Lei Complementar n. 9/1999, que soçobrou na Câmara dos Deputados<sup>(36)</sup>.

(35) “Dic Michaelis UOL — Melhoramentos Soft da Língua Portuguesa” (Dicionário Eletrônico), Rio de Janeiro, UOL/Melhoramentos, 1998, verbetes “instituir” e “patrocínio”.

(36) O PL 09/99 “dispõe sobre as normas gerais para a instituição de regime de previdência complementar pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios”, regulamentando os §§ 14, 15 e 16 do artigo 40 da CRFB (artigo 1º). Estabelecia, muito apropriadamente, que “lei federal, estadual, distrital ou municipal instituirá o regime de previdência complementar para seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, por intermédio de uma entidade fechada de Previdência Complementar, observadas as bases técnicas e normas estabelecidas pelo órgão regulador e fiscalizar das entidades fechadas de previdência complementar” (artigo 5º). Estruturava autêntico regime de previdência complementar pública, administrado por entidade fechada de criação legal específica, com exclusividade para a gestão dos fundos do regime complementar (que absorveria eventuais planos de benefícios anteriores, como por ex. os mantidos na forma da LC n. 108/2001 — cf. artigo 6º, §§ 1º e 2º, do projeto). A aprovação do PL 09/99 era providência esperada para evitar a insegurança jurídica a que o novo servidor será lançado com a conversão da PEC n. 40/03, que restringiu direitos a pretexto dos fundos complementares, mas nada especificou a propósito — ao revés, dispensou a regulação nacional por lei complementar. Confira-se: “Nesse particular, o governo poderia construir, de forma gradual, um arsenal de credibilidade e, ao mesmo tempo, amainar os movimentos legitimamente contrários. Para tanto, o executivo deveria indicar seu intransigente compromisso com os aspectos legais, respeitando os direitos acumulados pelas regras atuais, e ativando e/ou aprimorando a base institucional vinculada à matéria previdenciária. Um roteiro factível poderia começar com pleitos, junto ao Congresso Nacional, para o retorno da tramitação do Projeto de Lei Complementar n. 9 (PL 9), que institui o teto do regime geral e a previdência complementar para os novos servidores do setor público. Curiosamente, o PL 9 foi aprovado pelo Senado e emperrou na Câmara dos Deputados em razão

Em acepção técnica, tal lei há de ser uma *lei nacional*, que vinculará todos os entes federativos, traçando as regras gerais do sistema e preordenando a legislação que, posteriormente, a União (mediante *lei federal stricto sensu*), os Estados, o Distrito Federal e os Municípios editarão para a disciplina dos regimes de previdência complementar em suas respectivas competências<sup>(37)</sup>. Estabelecer-se-á, entre a lei ordinária geral e as leis específicas, a relação de complementaridade insita aos §§ 1º e 3º do artigo 24 da CRFB: a União — e somente ela — legislará, na espécie, sobre as normas gerais de previdência complementar, *ut* artigo 24, I e XII, da Constituição; a par disso, a própria União regulará a previdência complementar de seus servidores, assim como o farão, para os seus, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no exercício de sua competência suplementar (artigo 24, § 3º) — dita, pela doutrina, *competência complementar*<sup>(38)</sup>. Na legislação específica, os entes federativos ditarão as regras específicas dos seus fundos de previdência, com vistas às peculiaridades de sua população ativa e às suas possibilidades orçamentárias.

*da não votação de emendas elaboradas por partidos de oposição, incluindo o dos trabalhadores (PT). Sua aprovação rápida exigiria a retirada daquelas emendas"* (Gilmar Mendes Lourenço, "Observações sobre a questão da previdência", in <http://www.sindecon-pr.com.br/colunaeconomica5.htm>, 5.2003). O autor é economista, professor da FAE Business School e mestre em Gestão de Negócios pela UFSC.

(37) Sobre a distinção conceitual entre *lei nacional* e *lei federal*, cf. Regis Fernandes de Oliveira, Estevão Horvath, Teresa Cristina Castrucci Tambasco, "Manual de Direito Financeiro", São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, pág. 21. *In verbis*: "(...) não se pode esquecer a existência de leis nacionais, ou seja, as que, expedidas pelo Congresso Nacional, valem para todo território nacional, alcançando todas as pessoas que neles estejam e são de cumprimento obrigatório pelos Estados e Municípios e Distrito Federal e Territórios (caso do Código Civil, do Código de Processo Civil, p. ex.). Ao lado delas existem as leis federais. Editadas pela mesma Casa de Leis, apenas alcançam as pessoas vinculadas à União, sem vínculo, portanto, para as demais entidades federadas. O Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, p. ex., é lei federal [stricto sensu], ou seja, tem seu âmbito de incidência limitado àqueles que mantêm vínculo funcional estatutário com a União. Não alcançam qualquer outro servidor público. Como ensina Kelsen, o âmbito espacial de validade e o âmbito pessoal são diferentes".

(38) Cf., por todos, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, "Curso de Direito Constitucional", 19ª ed., São Paulo, Saraiva, 1992, pág. 50. É a chamada *repartição vertical* de competências legislativas — que não exclui, na matéria geral privativa, a repartição *horizontal* concomitante, no que couber. Reconhece-o de certo modo, noutro contexto, José Afonso da Silva: "A legislação concorrente da União sobre as matérias indicadas supra se limitará a estabelecer normas gerais. Nisso a Constituição foi, às vezes, redundante. Por exemplo, no art. 22, XXIV, dá como privativo da União legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional, enquanto, no art. 24, IX, combinado com o § 1º, declara caber-lhe legislar sobre normas gerais de educação. Não há nisso incoerência, como pode parecer. Legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional e sobre normas gerais da educação somam, no fundo, a mesma coisa. A tradição arrastou os educadores da Constituinte a manter a regra que vem de 1946, que dava competência à União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional, mas também não poderiam deixar de incluir na competência comum legislar sobre educação, situação em que a União só tem poderes para fixar normas gerais" ("Curso de Direito Constitucional Positivo", 9ª ed., São Paulo, Malheiros, 1993, pág. 440 — g. n.). Assim é que as normas gerais foram ditas pela União, em lei nacional (Lei n. 9.394/96), de caráter *privativo*; os Estados, todavia, possuem regimento legal complementar (e. g., Lei Complementar estadual n. 49/98, de 1º.10.1998, que instituiu o Sistema Estadual de Ensino de Mato Grosso). Adiante, cita exemplos de *competências privativas para normas gerais*, arroladas no rol do artigo 22 da CRFB mas olvidadas no rol do artigo 24 (competências comuns): organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros (artigo 22, XXI); licitação e contratação para a Administração pública,

Sendo de *eficácia limitada* a norma do artigo 40, § 14, da CRFB (*supra*), não se aplica à espécie o § 2º do artigo 24, que prevê o exercício de competência legislativa plena pelos Estados e Distrito Federal, se omissa a União (artigo 24, § 2º — *competência supletiva*). Caso o fizessem, estariam desde logo legislando sobre normas gerais de seguridade social em matéria de previdência pública complementar (já que não há, hoje, qualquer diploma legal regulando minimamente a matéria). Com isso, malfeririam a norma de competência legislativa privativa do artigo 22, XXIII, da CRFB. Aliás, é de se ver que o preceito do artigo 40, § 14, na redação da PEC n. 40/03, *não excepciona* a regra do artigo 22, parágrafo único, da CRFB; apenas particulariza a regra do artigo 24, § 2º, *in fine*, quanto às matérias de competência comum — entre as quais não está, *e. g.*, o arcabouço de *princípios* que informará os regimes públicos de previdência complementar<sup>(39)</sup> (equivalência de planos e benefícios para urbanos e rurais, adesão facultativa universal, irredutibilidade do valor dos benefícios, caráter não-lucrativo etc.). Para excepcionar ou regular diversamente essas normas gerais (no exemplo, *normas-princípios*), os Estados precisarão de lei complementar autorizativa, *ut* artigo 22, parágrafo único — e não poderão fazê-lo, obviamente, em colidência as normas constitucionais que informam a matéria (artigo 202 e, subsidiariamente, artigo 201 da CRFB).

Concluo, portanto, que a adoção do teto de benefícios do regime geral (artigo 201) pelos entes da Federação pressuporá a edição prévia de dois regimentos legais: um *geral*, por lei ordinária nacional, de competência privativa da União (artigo 22, XXIII, da CRFB); outro *específico*, por leis ordinárias federais, estaduais e municipais (lei, *ut* artigo 5º, II, e 37, *caput*, da CRFB), no que for de suas competências concorrentes (artigo 23, § 2º, *in fine*). Quanto às normas gerais, os Estados apenas poderão legislar mediante autorização própria, dada por lei complementar (artigo 22, parágrafo único), para excepcionar ou redefinir a regra geral, de acordo com suas especificidades, e nos limites da Constituição.

## 2.7. Artigo 40, §§ 16, 17 e 18, da Constituição Federal, na redação da PEC n. 40/03

A PEC n. 40/03 ainda acrescenta dois parágrafos ao artigo 40 (§§ 17 e 18), revogando o atual § 16.

O § 16 estabelece, hoje, que somente mediante *prévia e expressa opção* do servidor, aplicar-se-lhe-á o teto de benefícios do artigo 201 da CRFB. Essa norma de garantia da legítima expectativa de direito é retirada da carta constitucional, sinalizando a intenção de *cooptar* os servidores,

---

direta e indireta (artigo 22, XXVII). Observa, entim, que a competência privativa para fixação de normas gerais não elide a competência complementar dos Estados (pág. 441). De fato, não a elide: elide, circunstancialmente, a competência *supletiva* (tanto mais quando está em jogo uma norma constitucional de eficácia contida, como no caso do artigo 40, § 14, na redação da PEC n. 40/03).

(39) Nesse diapasão, *Manoel Gonçalves Ferreira Filho* obtempera que, afinal, as *normas gerais* — como as do artigo 24, § 1º — não podem mais do que *fixar princípios*, i. e., normas uniformes à conta de *diretrizes* para um dado sistema institucional (“Comentários à Constituição Brasileira”, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1977, v. I, pág. 93). Daí os exemplos do texto *supra*.

com certo constrangimento, para que adiram aos regimes de previdência complementar, com vistas à adoção do teto de benefícios do regime geral e à redução do déficit público. A norma é, todavia, parcialmente reeditada no artigo 8º, § 2º, da PEC n. 40/03, com uma novidade: a garantia cinge-se, ali, aos servidores titulares de cargos efetivos que ingressarem no serviço público até a *data de publicação da emenda* — e não mais até a data de instituição dos regimes públicos de previdência complementar. Na prática, isso elimina a possibilidade de os servidores novos optarem pelo regime *previdenciário da EC n. 20/98: estarão, a contrario sensu, compelidos socialmente à adesão*, porque, de qualquer forma, o teto de benefícios do regime geral ser-lhe-á aplicado, desde quando editadas lei nacional de normas gerais e lei específica de instituição (mesmo que a sua admissão ao serviço público, se posterior à publicação da emenda, seja anterior à instituição do regime complementar). Apenas os servidores antigos da ativa conservam a garantia de se sujeitarem, na inatividade, ao teto do artigo 201 da CRFB, *si et quando optarem, prévia e expressamente*, pelo regime de previdência pública complementar. Eventuais vícios de adesão serão objeto de discussão no Poder Judiciário, por conta de vícios sociais ou de consentimento (artigos 138 a 165 do Código Civil de 2002), sem possibilidade de renúncia prévia à instância judicial (artigo 5º, XXXV, da CRFB).

O novo § 17 estatuirá que todos os salários-de-contribuição considerados para o cálculo do benefício (artigo 40, §§ 2º e 3º, na redação da PEC n. 40/03) serão devidamente atualizados, na forma da lei. *Garante-se, na aferição da média das remunerações utilizadas como base para as contribuições durante a ativa (conceito equivalente ao de salário-de-contribuição no regime geral — artigo 28 da Lei n. 8.212/91), a recomposição das perdas inflacionárias do período no momento do cálculo. A regra estende-se, naturalmente, aos servidores antigos. Nada mais salutar: ignorar os períodos de pico inflacionário que o país experimentou, notadamente entre os anos de 1986 a 1990 (hiperinflação), seria lesar sobremodo o contribuinte do sistema, que não tem responsabilidade pelas crises internacionais ou pelos equívocos da política macroeconômica. Hoje, a garantia está inserida na lei ordinária; ganhando status constitucional, torna-se mais estável, embora os critérios de atualização devam ser estabelecidos por lei ordinária ulterior. No regime geral de previdência, esses critérios não estão discriminados na Lei n. 8.213/91, após a edição da Lei n. 9.032/95, de modo que os fatores de atualização dos salários-de-contribuição têm sido fixados por ato administrativo<sup>(40)</sup>. Já quanto aos servidores públicos, impõe-se a promulgação de lei ordinária, por imperativo constitucional.*

O novo § 18 dirá que não incide contribuição sobre os proventos de aposentadoria e pensões (*rectius*: não são base de cálculo do tributo), con-

(40) Recentemente, para os benefícios de aposentadoria, auxílio-doença e pecúlio, o INSS editou a Portaria n. 408/2003 (*In DJU 17.4.2003*), que fixa os fatores de atualização dos salários-de-contribuição desde julho/94. Para o período anterior, tem-se aplicado o artigo 21, § 1º, da Lei n. 8.850/94 (IRSM de fevereiro de 1994), consoante orientação das instâncias judiciais (cf., por todos, Turma Recursal, Processo n. 2002.71.04.001211-8, INSS x Joel da Silva Soares, 1ª Juizado Especial Federal de Porto Alegre/RS, rel. Eloy Bernst Justo, 10.6.2002).

cedidas pelo regime comum de previdência dos servidores públicos (artigo 40, § 1º, na redação da PEC n. 40/03), até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social (artigo 201), *i. e.*, até R\$ 2.400,00 (artigo 6º da PEC n. 40/03), na data da edição da emenda. Estabelece uma *imunidade parcial* para os proventos de aposentadoria e pensões: apenas haverá taxaço, pela alíquota legal (hoje, de 11% no serviço público federal), sobre o excedente de R\$ 2.400,00.

Essa regra, porém, valerá apenas para os servidores e dependentes que, à data da promulgação da emenda (e não da publicação), não estejam em gozo de benefícios de aposentadoria ou pensão, nem tampouco tenham cumprido os requisitos para obtê-los até a data da publicação da emenda (hipótese do artigo 3º, *caput*). Já os servidores e dependentes que estejam em gozo de aposentadorias e pensões na data da promulgação da emenda serão *sobretaxados*: a imunidade atém-se ao teto de isenção do imposto de renda, de regra inferior àquele do artigo 201, nos termos do artigo 5º, parágrafo único, da PEC n. 40/03 (*"incidirá apenas sobre a parcela dos proventos que supere o limite de isenção do imposto previsto no art. 153, III, da Constituição Federal"*). Hoje, esse teto é de R\$ 1.058,00/mês (ut Medida Provisória n. 22/2002, depois Lei n. 10.451/2002, artigo 1º). Como consequência do novel dispositivo, haverá *tratamento diferenciado* entre aposentados e pensionistas no gozo de benefícios à data da promulgação da emenda e aposentados e pensionistas que entrem em gozo após aquela promulgação: distinção *injustificável*, porque discrepa até mesmo servidores antigos e seus dependentes que entrem no gozo do benefício após a promulgação da emenda, todos jungidos à classe dos artigos 8º, *caput*, e 9º<sup>(41)</sup>. Em vista dessa patente violação ao princípio pátreo da *igualdade* (artigo 5º, 1ª parte, c.c. artigo 60, § 4º, IV, da CRFB), cabe à Comissão Permanente de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados objetar a distinção e depurar o projeto, adequando-o ao que, aliás, tende a ser o entendimento majoritário da Casa baixa: a taxaço de inativos, se houver, deve atingir igualmente a servidores antigos e novos, bem como a seus dependentes, uniformizando-se a regra de imunidade em torno do valor do teto de benefícios do regime geral (artigo 201 da CRFB e artigo 6º da PEC n. 40/03). A aprovação do projeto com a dissensão ora apontada expõe o texto a futuras arguições de inconstitucionalidade, com provável acolhida pelo Excelso Pretório.

(41) Suponha-se, *e. g.*, servidor que entre no gozo de aposentadoria antes da publicação da emenda, mas após sua promulgação (hipótese que, aliás, não é meramente acadêmica: a EC n. 01/92, p. ex., foi promulgada em 31.3.1992 e publicada somente em 6.4.1992); coteje-se a sua condição com a de outro, que entre no gozo do benefício antes da promulgação da emenda. Admita-se, ainda, que ambos tenham exercido idênticos cargos de provimento eletivo, aposentando-se com proventos brutos iguais. Embora ambos possam se aposentar com proventos integrais e preservem a vinculação com a ativa, serão taxados de modo diverso: o primeiro sofrerá taxaço sobre o que ultrapassar de R\$ 2.400,00, enquanto o segundo pagará *mais* — sofrerá taxaço sobre o que ultrapassar de R\$ 1.058,00 (supondo vigentes, à época, os valores atuais). Ademais, o parágrafo único do artigo 5º da PEC n. 40/03 quebra a regra de isonomia do seu artigo 3º, que equipara, para todos os fins (e corretamente), os servidores e pensionistas que já estão em gozo do benefício e os que já adquiriram o direito a obtê-lo: preserva a regra de direito intertemporal para os que têm apenas o direito adquirido (data da publicação), mas a altera para os que já estão em gozo do direito (data da promulgação), sem motivo aparente.

A propósito, anda mal a PEC n. 40/03 quando adota dois critérios distintos para a regulação do direito intertemporal: ora fala em data da *publicação* da emenda (artigo 3º), ora em data da *promulgação* da emenda (artigo 5º), que em geral não coincidem. Melhor seria adotar um *marco único* para todas as distinções pretendidas, prevenindo dúvidas e corridas ao Judiciário. É provável, aliás, que o descompasso se deva menos por convicção do que por descuido: no item n. 58 da Exposição de Motivos do projeto (E.M.I. n. 29), reportando-se à Emenda Constitucional n. 20/98 (artigo 8º, *caput*), o expositor *confunde* promulgação e publicação...

## 2.8. Servidor público militar

Os §§ 1º e 2º do artigo 42 da CRFB são modificados para, especificamente, excluir da contagem de tempo de serviço dos membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiro o chamado *tempo fictício* que, no caso, corresponde ao período de formação nos colégios militares de acesso e nas academias militares (cf. artigo 42, § 1º, na redação da PEC n. 40/03, que manda aplicar aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios o § 10 do artigo 40). Estranhamente, mesmo tratamento não foi dado aos militares das Forças Armadas: a PEC n. 40/03 altera o inciso IX do § 3º do artigo 142, apenas para fazer aplicar a esses últimos o artigo 37, XI (*supra*, item 2.1) e manter a aplicação do artigo 40, § 7º (que passará a limitar as pensões a 70% do valor dos proventos do servidor falecido), o que também se aplica aos militares estaduais (artigo 42, § 2º, no texto da PEC n. 40/03). Já o § 10 não se aplica ao servidor militar da União — que, portanto, preserva indefinidamente a possibilidade de contagem do tempo fictício, em inexplicável distinção para com o servidor militar estadual, distrital e dos Territórios.

Para os servidores civis que tenham frequentado academias militares e colégios militares de acesso *antes* da publicação da PEC n. 40/03, e que já tenham averbado ou apostilado o tempo correspondente, entendo não haver prejuízo possível. Trata-se de *direito adquirido* à contagem daquele tempo, garantido nos termos dos artigos 5º, XXXVI, da CRFB, e 6º, § 2º, da LICC, assim como, por analogia, do próprio artigo 3º, *caput* e § 3º, da PEC n. 40/03 — mesmo porque “*se a Constituição proíbe a retroatividade, ou garante o direito adquirido, a norma [constitucional] derivada não pode colher a estes, nem ter efeito retroativo*”<sup>(42)</sup>. Dessarte, “*no direito brasileiro, em que o direito adquirido é protegido, a norma constitucional não pode de modo algum ter efeito retroativo. Jamais pode ela colher facta præterita ou a parte passada dos facta pendentia. Isto é certamente pacífico*”<sup>(43)</sup>. E, quanto aos efeitos futuros dos *facta pendentia*, “*a lógica da proteção ao direito adquirido leva ao princípio de que mesmo em relação à parte futura dos facta pendentia estaria excluída a incidência da norma constitucional derivada*”<sup>(44)</sup>, **exceto em**

(42) Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo”, São Paulo, Saraiva, 2003, pág. 112.

(43) *Idem*, pág. 117.

(44) *Idem*, pág. 118.

caso de expressa previsão contrária (que *não existe* na norma do artigo 40, § 10, da CRFB). Aliás, é o que decorre, em melhor exegese, do artigo 4º da EC n. 20/98 (mantido incólume pela PEC n. 40/03): o tempo de serviço fictício cumprido até o advento de *lei* que regulamente o artigo 40, § 10, da CRFB, será contado como tempo de contribuição (o que significa, *a fortiori*, que também a norma do artigo 40, § 10, é de *eficácia limitada* — logo, mesmo os servidores novos que tenham tempo fictício posterior à publicação da emenda, porém *anterior* à publicação da lei regulamentar, poderão se beneficiar em tese). Também os trabalhadores filiados ao regime geral de previdência contam com o direito à contagem; haverão de reivindicá-lo, todavia, somente por ocasião do requerimento administrativo do benefício, mediante certidão comprobatória do tempo.

Outra distinção pontual e indevida, por ferir o princípio da isonomia, é estabelecida entre os servidores militares e civis, em vista dos novos textos do artigo 42, § 2º, e 142, § 3º, IX, da CRFB. Aos servidores militares da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, pela redação da PEC n. 40/03, não se aplicará o § 8º do artigo 40, que desvincula os proventos de aposentadorias e pensões dos subsídios da ativa. Admite-se, com isso, que a vinculação poderá ser estabelecida por lei infraconstitucional, em regime previdenciário próprio de servidores militares (*ut* atual artigo 142, X, e artigo 42, § 1º, na redação da PEC n. 40/03). Desconhece-se, com isso, o segundo objetivo primacial da reforma, qual seja, o de construir um regime previdenciário público *universal* (citado *supra*, na introdução): o prelado ideológico do projeto, fundado no Programa de Governo do Partido dos Trabalhadores, cede aqui à pressão de classe.

## 2.9. Competência legislativa e teto de subsídios

Alteração relevante anuncia-se para o inciso XV do artigo 48 da CRFB. O *caput* refere às competências do Congresso Nacional, que são todas aquelas de competência da União, especialmente as integrantes do rol disposto nos incisos. A redação atual diz ser do Congresso Nacional a competência legislativa para a fixação dos subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (teto do serviço público, *ut* artigo 37, XI, da CRFB), mediante lei de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal; observado o que dispõem os artigos 39, § 4º, 150, II, 153, III e § 2º, I. A nova redação estatui a competência legislativa do Congresso Nacional para deliberar, **em geral**, sobre a fixação dos subsídios da *magistratura federal* (locação que alcança todos os juizes do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, da Justiça Federal, da Justiça do Trabalho, da Justiça Eleitoral e da Justiça Militar da União) e do Ministério Público Federal, observados os mesmos preceitos *supra*, e mais o disposto no artigo 37, XI, da CRFB (*i. e.*, o teto geral de subsídios do serviço público federal, equivalente aos subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, e os subtetos dos Estados, Distrito Federal e Municípios). Além disso, a nova redação *elimina* a referência à iniciativa legislativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal.

Da mesma forma, modifica-se a alínea *b* do inciso II do artigo 96 da CRFB, para eliminar a ressalva que ali se fazia ao artigo 48, XV. De fato, perde o sentido a ressalva, se a fixação do subsídio do Ministro do Supremo Tribunal Federal não exige mais a iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal. Sepulta-se, com isso, o propósito harmonizador da Emenda Constitucional n. 19, de 4.6.1998, que deu em seu artigo 7º a atual redação do artigo 48, XV. Com isso, o Poder Executivo *facilita*, na prática, a tramitação de projeto de lei estabelecendo o teto do funcionalismo público federal, definindo questão político-orçamentária que se arrasta há anos e desencadeando, no que couber, o reajuste escalonado dos demais magistrados do país, nos termos do artigo 93, V, da CRFB. Fixados, os subsídios deverão experimentar revisão geral anual, nas mesmas datas e com os mesmos índices dos servidores federais em geral (artigo 37, X, *in fine*), sendo vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória (artigo 39, § 4º).

A alteração é salutar, porque agiliza a solução de uma pendência recorrente entre os Poderes da República, que compromete a previsibilidade dos gastos públicos. Não há, outrossim, ofensa ao princípio da separação harmônica dos Poderes da República (artigo 2º da CRFB), já que a iniciativa de lei para a fixação dos subsídios dos juizes, desembargadores e ministros é *privativa* do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e dos Tribunais de Justiça, nos seus respectivos âmbitos (artigo 96, II, *b*), observado o disposto no artigo 169 da CRFB (o que corresponde, hoje, aos ditames da LC n. 101/00). Logo, não é dado ao parlamentar em geral ou mesmo ao eleitorado nacional (projeto de iniciativa popular — artigo 61, § 2º, da CRFB) apresentar projeto de lei que fixe os subsídios dos membros da magistratura federal. Se o Congresso Nacional delibera soberanamente a respeito (artigo 48, XV), aos Tribunais Superiores e de Justiça compete, privativamente, *propor* a lei. Preserva-se, com isso, a própria autonomia financeira do Poder Judiciário, que é um dos consectários fundamentais do sistema de *checks and balances* (artigo 99, *caput*, da CRFB)<sup>(45)</sup>.

Já quanto ao Ministério Público Federal, embora se preveja sua autonomia funcional e administrativa e se lhe atribua a faculdade de propor ao Poder legislativo a política remuneratória de seus membros (artigo 127, § 2º), não há menção à iniciativa privativa.

A lei ordinária que fixa subsídios não poderá, evidentemente, fazer reduzir os vencimentos de juizes, desembargadores e ministros que já estiverem na carreira ou no cargo à época da edição da lei, sequer obliquamente, sob pena de violação aos artigos 37, XV, e 95, III, da CRFB. O último traduz uma das *garantias de liberdade* dos magistrados, assegurando

(45) Por *autonomia financeira* entende-se a capacidade do Poder Judiciário e do Ministério Público para delimitar os recursos necessários ao atendimento de suas próprias despesas (cf. Fábio Konder Comparato, "Direito Público: estudos e pareceres", São Paulo, Saraiva, 1996, págs. 73-93).

do ao jurisdicionado a figura do *juiz natural, i. e.*, competente e *imparcial* (garantia fundamental do cidadão, de natureza pétrea, *ut* artigo 60, § 4º, IV, da Constituição). Mesmo raciocínio aplica-se aos membros do Ministério Público, consoante artigo 128, § 5º, I, c, da CRFB.

## 2.10. Alterações da PEC n. 40/03 na EC n. 20/98

As alterações seguintes da PEC n. 40/03 não se processam mais nos lindes da Constituição Federal, mas modificam os termos da Emenda Constitucional n. 20, de 15.12.1998.

No § 1º do artigo 8º da EC n. 20/98, as alterações da PEC n. 40/03 interferem na idade mínima para a aposentadoria integral. O *caput* do artigo 8º e os seus incisos I e II do parágrafo são mantidos, mas o texto do § 1º é alterado, para constar que os servidores de que trata o artigo (*i. e.*, os servidores que haviam ingressado regularmente, até a data da publicação da EC n. 20/98<sup>(46)</sup>, em cargos efetivos na Administração Pública, direta, autárquica e fundacional, assim como os membros do Poder Judiciário e do Ministério Público<sup>(47)</sup>) poderão **antecipar** sua aposentadoria, na forma do *caput*, sofrendo redução nos proventos de inatividade (à base de *cinco por cento* para cada ano antecipado, em relação aos limites de idade do artigo 40, § 1º, III da CRFB). A PEC n. 40/03 modifica os termos da Reforma Previdenciária empreendida na gestão do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, para transformar em *faculdade*, exercitável com perda financeira, o que antes era um *direito expectativo* (aposentadoria voluntária, com proventos integrais calculados a partir da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria, desde que atendidos os requisitos dos incisos I, II e III do artigo 8º da EC n. 20/98), concedido em respeito a tantos quantos ingressaram no serviço público com a expectativa de aderir a um regime previdenciário mais benéfico. Nesse diapasão, repudia a legítima expectativa de direito, em termos ainda mais adversos que os praticados na gestão anterior, dita “neoliberal”.

Na disciplina atual da EC n. 20/98, o servidor público aposenta-se com proventos integrais, calculados sobre a última remuneração na ativa, desde que 1) tenha cinquenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito, se mulher; 2) tenha cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se dará a aposentadoria; 3) tenha tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher, mais o “pedágio” (período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, em 16.12.1998, faltaria para atingir o tempo mínimo de contribuição referido — artigo 8º, III, b, da EC n. 20/98). Para os magistrados e membros do Ministério Público e Tribunais de Contas, o tempo de serviço exercido até 16.12.1998 é computado com acréscimo de *dezessete por cento* (artigo 8º, § 3º, da EC n. 20/98). Há, ainda, a possibilidade de o servidor aposentar-se com proventos proporcionais, desde que atenda aos

(46) Publicada no DOU de 16.12.1998.

(47) Artigo 8º, § 2º, da EC n. 20/98: “*Aplica-se ao magistrado e ao membro do Ministério Público e de Tribunal de Contas o disposto neste artigo*”.

dois primeiros requisitos *supra* (idade mínima e tempo de efetivo exercício no cargo) e conte com tempo de contribuição igual a, no mínimo, trinta anos, se homem; e vinte e cinco anos, se mulher, mais o "pedágio" (período adicional de contribuição equivalente a 40% do tempo que, em 16.12.1998, faltaria para atingir o tempo mínimo de contribuição nesse caso). Na aposentadoria proporcional, os proventos são equivalentes a setenta por cento do valor máximo que o servidor obterá de acordo com o *caput* (i. e., proventos integrais calculados com base na remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria), acrescidos de cinco por cento a mais para cada ano de contribuição que supere a soma mínima do artigo 8º, § 1º, I, a e b, da EC n. 20/98).

Essa disciplina, todavia, foi considerada injusta: "*não se justifica manter-se constante a taxa de reposição dos rendimentos para servidores que se aposentem em idades inferiores à regra de referência, considerando uma expectativa de sobrevida que resulta em amplo desequilíbrio com os montantes que foram contribuídos em relação ao tempo de recebimento do benefício de aposentadoria*". Pretende-se, porém, que a reforma não seja tão impactante, ao argumento de que "*relativamente à regra de transição para a aposentadoria integral dos servidores que já haviam ingressado no serviço público quando da publicação da Emenda Constitucional n. 20, de 1998, a alteração é tão-somente em relação ao valor do benefício, que se sugere seja reduzido em 5 (cinco) por cento para cada ano antecipado em relação aos limites de 55 e 60 anos para mulheres e homens, respectivamente*" (48). Na verdade, o prejuízo é sensível.

Com a PEC n. 40/03, ambas as hipóteses — artigo 8º, I a III, e artigo 8º, § 1º, I a II — passam a ser de *aposentadoria proporcional*. A integralidade dos proventos de inatividade, para aqueles que já ingressaram no serviço público à data da publicação da emenda, será devida apenas quando cumpridos os requisitos do artigo 40, § 1º, III, a, da CRFB, como se dá, hoje, para todos que ingressaram no serviço público após a publicação da EC n. 20/98 — e, ainda assim, se a média-base o permitir (artigo 40, § 3º, na redação da PEC n. 40/03). A deferência aos servidores públicos ingressantes até a publicação da EC n. 20/98, e às suas legítimas expectativas de direito, é agora refutada, sem mais. Aposentam-se, insisto, como se aposentam os servidores ingressantes após aquele marco: por invalidez permanente, com proventos proporcionais (exceto em caso de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei); compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais; voluntariamente, desde que tenham cumprido os requisitos constitucionais. Nesse último caso, os requisitos são 1) tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público (o que, hoje, não há: basta o tempo de efetivo exercício no cargo efetivo, *ut* artigo 8º, II, da EC n. 20/98); 2) cinco anos de tempo de efetivo exercício no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria; 3) idade mínima de sessenta anos, se homem, e de cinquenta e cinco anos, se mulher; 4) tempo mínimo de con-

(48) E.M.I. n. 29, n. 62.

tribuição de trinta e cinco anos, se homem, e de trinta anos, se mulher (mantendo-se, nessa parte, o disposto na EC n. 20/98). Para o professor que comprovar efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio (o que exclui, a *contrario sensu*, o professor universitário), a idade mínima é de 55 anos, com trinta anos de contribuição, se homem, e de 50 anos, com vinte e cinco anos de contribuição, se mulher, para a aposentadoria com proventos potencialmente integrais (artigo 40, § 5º, da CRFB, e artigo 8º, § 1º, *in fine*, da EC n. 20/98, na redação da PEC n. 40/03).

Afora esse caso, não faz jus à integralidade nos proventos de aposentadoria. Tendo dez anos de efetivo serviço público e cinco anos de efetivo exercício no cargo, o servidor pode aposentar-se proporcionalmente nos termos do artigo 40, § 1º, III, *b*, da CRFB, com idade de sessenta e cinco anos (se homem) ou de sessenta anos (se mulher), com proventos proporcionais ao tempo de contribuição. Ou, contando com cinco anos de efetivo exercício no cargo, e tendo ingressado antes de 16.12.1998, pode aposentar-se *proporcionalmente* (ou *antecipadamente*, na dicção da PEC n. 40/03) — e não mais integralmente — nos termos do artigo 8º, I a III, da EC n. 20/98, com redução proporcional de *cinco por cento* dos proventos de inatividade para cada ano antecipado em relação aos sessenta anos (homem) ou cinquenta e cinco anos (mulher)<sup>(49)</sup>. Assim, *verba gratia*, o servidor público do sexo masculino que opte por se aposentar com cinquenta e três anos, e que tenha atendido aos requisitos do artigo 8º, I a III, da EC n. 20/98 após a publicação da nova emenda, não mais se aposentará com proventos integrais calculados sobre a última remuneração do cargo efetivo, mas com proventos à base de *sessenta e cinco por cento (65%) sobre a média-base do artigo 40, § 3º, da CRFB* (no texto da PEC n. 40/03), admitindo-se que requeira a aposentadoria a exatos sete anos do aniversário de sessenta. E o regime de proporcionalidade do artigo 8º, § 1º, da EC n. 20/98, que hoje permite aposentadoria proporcional com um mínimo de *setenta por cento* sobre a remuneração do cargo efetivo para quem havia ingressado no serviço público em 16.12.1998, simplesmente desaparecerá, por se o considerar inconveniente<sup>(50)</sup>. Sendo, enfim, omissa a PEC n. 40/03 quanto às frações de ano antecipado, é de se interpretar restritivamente a norma restritiva (*odiosa restringenda, favorabilia amplianda*): as frações de ano havidas entre o requerimento e as idades do artigo 4º, § 1º, III, *a*, da CRFB, devem ser *desprezadas*, ainda se superarem seis meses ou qualquer outro marco presumido.

(49) Exceto professores de educação infantil e de ensino básico e médio, que se sujeitam à regra especial do artigo 40, § 5º, da CRFB, mantida na PEC n. 40/03.

(50) “Sugere-se, ainda, a supressão da regra de transição prevista no § 1º do art. 8º da Emenda Constitucional n. 20, de 1998, que prevê a aposentadoria proporcional para os servidores que, à época de sua promulgação [rectius: da sua publicação], já haviam ingressado no serviço público. A aposentadoria proporcional, mesmo com a exigência de idade, não se coaduna com a boa doutrina e tampouco encontra sucedâneo no direito comparado” (E.M.I. n. 29, n. 58). Curiosamente, porém, a PEC n. 40/03 mantém a aposentadoria proporcional do artigo 40, § 1º, III, *b*, da CRFB, e instaura, com o novel § 1º do artigo 8º da EC n. 20/98, uma segunda espécie de aposentadoria com proventos proporcionais — ambas com benefícios bem mais modestos. Conclui-se, disso, que a objeção não é, de lato, ideológica ou doutrinária, mas meramente econômica-financeira.

A intenção do Poder Executivo é, nessa parte, explícita e confessa: pretende *desestimular* aposentadorias “precoceas”, *i. e.*, antes dos sessenta ou cinquenta e cinco anos de idade, se homem ou mulher, respectivamente. É o que resulta da exposição de motivos do projeto: “*caso não se crie-se uma regra de transição como a proposta, incorrer-se-ia na manutenção dos atuais incentivos equivocados à antecipação da aposentadoria do servidor, ao arrepio de qualquer princípio previdenciário*”.<sup>(51)</sup> Desse modo, posterga a inclusão de novos beneficiários no sistema público de Previdência Social e dilui o impacto das contas previdenciárias no *déficit* público; além disso, aproveita a experiência administrativa dos servidores antigos, sem ônus adicionais. Por outro lado, reduz a rotatividade no serviço público, adia a renovação de quadros e reprêsa a demanda popular por empregos e cargos públicos. É certo, enfim, que o envio da PEC n. 40/03 ao Congresso Nacional já deflagrou, por si mesmo, desabalada corrida de servidores a aposentadoria — muitos dos quais pretendiam, ainda, trabalhar até os sessenta ou cinquenta e cinco anos, aproveitando-se da isenção do artigo 8º, § 5º, da EC n. 20/98, ou mesmo até os setenta anos (compulsória). Agora, é inevitável um inchaço primário no elenco de beneficiários, em virtude da própria reforma anunciada (como ocorreu, outrora, por ocasião do envio do projeto que resultou na Emenda n. 20).

Na mesma linha, aliás, sugere-se a alteração do § 5º do artigo 8º da EC n. 20/98, para constar que “*o servidor (...) que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no caput, e que opte por permanecer em atividade, fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal*”. A intenção é a de facultar ao servidor “*continuar a exercer a mesma atividade, outorgando-se-lhe um plus salarial, como forma de incentivá-lo a permanecer no cargo. É dupla a vantagem: para o servidor, em face do ganho salarial; para a administração pública, por não necessitar de contratar um novo servidor e por poder postergar as despesas com o pagamento dos correspondentes proventos*”.<sup>(52)</sup> A redação proposta adapta o direito vigente aos pilares ideológicos da nova Reforma da Previdência: hoje, o servidor apto a se aposentar à data da publicação da EC n. 20/98, se permanece em atividade, pode receber sua remuneração ou subsídios sem descontos previdenciários, até chegar aos sessenta (se homem) ou cinquenta e cinco anos (se mulher); com a aprovação da PEC n. 40/03, o servidor que reúne os requisitos do artigo 8º, *caput*, da EC n. 20/98 (idade mínima de 53 anos, tempo mínimo de cinco anos de exercício no cargo efetivo, tempo mínimo de contribuição mais “pedágio”), se deliberar permanecer em atividade, receberá um *abono de permanência* equivalente ao valor de sua contribuição previdenciária, até completar as exigências para a aposentadoria compulsória (*i. e.*, setenta anos de idade). Fala-se agora em “*abono de permanência*”, para evitar a figura jurídica da *isenção* — afinal, a PEC n. 40/03 debela qualquer tipo de isenção de contribuições

(51) E.M.I. n. 29, n. 62.

(52) E.M.I. n. 29, n. 63.

previdenciárias, seja sobre as remunerações da ativa ou sobre os proventos de aposentadoria. A rigor, ao servidor que podia aposentar-se, pelos critérios do artigo 8º, *caput*, da EC n. 20/98, em 16.12.1998, dá-se, até que atinja a idade prevista no artigo 40, § 1º, III, a, da CRFB, mero rearranjo contábil: hoje, não sofre descontos previdenciários em sua remuneração ou subsídios; com a aprovação da PEC n. 40/03, passa a sofrê-los, mas o valor descontado é restituído no mesmo contracheque, com natureza de abono de permanência. A partir daquela idade, todavia, desenha-se uma distinção crucial: no regime atual, o servidor aposenta-se e deixa de sofrer os descontos, ou permanece em atividade até a aposentadoria compulsória, mas sofre os descontos. Aprovada a PEC n. 40/03, o servidor recebe o abono — logo, vê repostos os descontos previdenciários — até os *setenta anos* (“até completar as exigências para aposentadoria compulsória”); após, passa a sofrer descontos previdenciários, com fundamento no artigo 5º, *caput*, da PEC n. 40/03.

A nova hipótese de aposentadoria proporcional (artigo 8º, I a III, e § 1º, da EC n. 20/98, na redação da PEC n. 40/03) somente não alcança aqueles que, até a data da publicação da emenda, já haviam cumprido os requisitos para obtenção de aposentadoria, com proventos integrais ou proporcionais, segundo o texto da EC n. 20/98 — e o mesmo vale para as pensões por morte, *ut* artigo 3º da PEC n. 40/03. Note-se, a propósito, que o requerimento administrativo não é, tecnicamente, requisito material para o direito à aposentadoria ou à pensão; é, tão-só, um *prius* procedimental, que instaura processo administrativo tendente à edição de ato administrativo *declaratório* (e não *constitutivo*). A interpretação lógica e o princípio da razoabilidade *obviam, portanto, que os requisitos referidos no artigo 3º, caput*, da PEC n. 40/03, são apenas os do artigo 8º, I a III, ou 8º, § 1º, I a II, da EC n. 20/98, e nada mais. Nesse exato sentido, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula n. 359, no sentido de que “os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários”. Mais recentemente, o Excelso Pretório pontificou que a aquisição do direito dispensa o requerimento administrativo da aposentadoria, se o interessado já havia atendido, à época da *mutatio legis*, todos os requisitos materiais previstos na legislação (cf. STF, Pleno, RE n. 73.189-SP, rel. Luiz Gallotti, *in* RTJ 65/435). Será formalmente inconstitucional e materialmente injusto, portanto, interpretação administrativa no sentido de que os “requisitos” só estariam atendidos diante do requerimento administrativo antes da publicação da emenda.

## 2.11. Professores da rede pública

O § 4º do artigo 8º da EC n. 20/98, concernente à condição previdenciária dos professores servidores públicos, sofre acréscimo em sua parte final, para estender àqueles o disposto no § 1º do mesmo artigo.

O professor, servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (incluindo suas autarquias e fundações), ingressante em cargo efetivo de magistério até a data da publicação da emenda, conserva

o direito de contar o tempo de serviço exercido até tal publicação com acréscimo de *dezesete por cento*, se homem, e de *vinte por cento*, se mulher, desde que *a)* se aposente, exclusivamente, com tempo de efetivo exercício nas funções de magistério; e *b)* opte por se aposentar segundo as condições do artigo 8º, I, II e III, da EC n. 20/98. Até esse ponto, nada se altera em relação à própria EC n. 20/98.

Aprovada a emenda, todavia, os proventos sofrerão a mesma redução percentual do artigo 40, § 1º, da EC n. 20/98, na redação da PEC n. 40/03: embora seja possível ao professor servidor público aposentar-se com tempo *real* de contribuição inferior àquele do artigo 8º, III, *a* e *b* (há, em contrapartida ao pedágio de 20%, uma contagem de tempo com adição percentual de 17% ou 20%), os proventos serão *proporcionais*, reduzindo-se de cinco por cento para cada ano antecipado em relação aos sessenta anos (se homem) ou aos cinqüenta e cinco anos (se mulher). A tendência, portanto, é que os professores servidores públicos prefiram, em geral, o regime de aposentação do artigo 40, § 1º, III, *a* ou *b*, da CRFB, com a redução de idade e tempo de contribuição disciplinada no § 5º do mesmo artigo (também em caso de tempo exclusivo no magistério).

A PEC n. 40/03 conserva o direito de juízes e membros do Ministério Público e do Tribunal de Contas, ingressantes até 16.12.1998, computarem o tempo de efetivo serviço exercido até então com acréscimo de *dezesete por cento*, seja homem ou mulher (artigo 8º, § 3º, da EC n. 20/98).

## 2.12. Cálculo das aposentadorias — direito adquirido

Nos termos do artigo 3º, § 2º, da PEC n. 40/03, os proventos de aposentadoria a serem concedidos aos servidores que tenham cumprido os requisitos para obtenção de aposentadoria voluntária, e bem assim para as pensões concedidas aos dependentes na mesma hipótese, serão calculados com base na legislação em vigor à época em que foram atendidas as prescrições nela estabelecidas para a concessão destes benefícios (*i. e.*, quando atendidos os requisitos do artigo 40, § 1º, III, *a* e *b*, da CRFB), preservando-se a dimensão financeira do direito tal como positivada na época de sua aquisição (inclusive quanto aos indexadores aplicáveis à época, evoluindo conforme a legislação subsequente), consoante a melhor exegese para questões de direito intertemporal — *tempus regit actum*<sup>(53)</sup>.

A referência às “*condições da legislação vigente*” atine ao servidor que, subsumido à hipótese do artigo 3º, *caput*, da PEC n. 40/03, optar por permanecer em atividade, percebendo o abono do artigo 3º, § 1º, do projeto. Sob tais circunstâncias, o servidor do artigo 3º pode optar, analogamente

(53) “*Todos os aposentados e pensionistas, portanto, possuem direito adquirido, não só em relação à existência da aposentadoria, como situação jurídica já concretizada, mas também em relação aos valores e regras de atualização dos proventos recebidos, regidos pela Constituição e legislação atuais, inatacáveis por meio de proposta de emenda constitucional*” (Alexandre de Moraes, “Direito Constitucional”, pág. 85 — *g. n.*). Cf., ainda, Súmula 359 do C. STF.

ao artigo 122 da Lei n. 8.213/91<sup>(54)</sup>, pelo regime mais vantajoso, a saber, o das condições legalmente previstas na data do cumprimento de todos os requisitos necessários à obtenção do benefício, ou o que estiver em vigor no momento do requerimento. Aliás, o artigo 3º, § 2º, da EC n. 20/98 tem redação idêntica, a que hoje se dá à exegese *supra*, para ali reconhecer o respeito ao direito adquirido. Entender que o *requerimento administrativo* determinará qual o regime jurídico de cálculo (se o regime vigente no momento da aquisição do direito ao benefício, caso requerido de plano, ou se o regime da “legislação vigente” à época do requerimento, quando postergado) é atribuir à condição procedimental função jurídica que ela não possui: o direito está adquirido quando atendidos os pressupostos do artigo 6º, § 2º, da LICC, sob o pálio da legislação do seu tempo, independentemente do momento em que se o requeira no âmbito administrativo. Outra interpretação vulnerará, por via indireta, o artigo 5º, XXXVI, da CRFB (cfr., *supra*, tópicos 2.8 e 2.10, no que couber).

### 2.13. Regimes próprios de previdência social

Consoante o artigo 7º da PEC n. 40/03, “fica vedada 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, excetuado o disposto nos incisos IX e X do art. 142 da Constituição Federal”. Disso se extrai que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não podem mais *particularizar* regimes jurídicos de servidores públicos, sujeitando-os a regras diversas e/ou a gestão diferenciada. Assim, *e. g.*, todos os servidores públicos da União — aí entendidos os *funcionários públicos stricto sensu*, como os servidores regidos pela Lei n. 8.112/90, e os *agentes políticos*, como os membros da magistratura federal — devem sujeitar-se a um mesmo regime de previdência social, sob mesma gestão, mantendo-se unicamente as distinções que o ordenamento constitucional preservou (*e. g.*, artigo 8º, § 3º, da EC n. 20/98).

A regra não abrange, obviamente, os fundos públicos de previdência complementar, que poderão ter gestão autônoma, desde que *pública*; e ressalva, *expressamente*, a classe dos servidores públicos militares da União (e, por consequência, dos Estados, *ut* artigo 42, § 1º, da CRFB), cujo regime previdenciário deverá ser instituído em lei ordinária própria, com *regime próprio e gestão apartada* (artigo 142, § 3º — que o projeto não cita —, incisos IX e X, da CRFB). Mais uma vez, a PEC n. 40/03 quebra com o princípio constitucional da isonomia: identifica, no serviço público militar, peculiaridades bastantes para autorizar o tratamento diferenciado, mas não as *divisa no serviço jurisdicional, prestado por juizes e membros do Minis-*

(54) No regime geral de previdência social, “se mais vantajoso, fica assegurado o direito à aposentadoria, nas condições legalmente previstas na data do cumprimento de todos os requisitos necessários à obtenção do benefício, ao segurado que, tendo completado 35 (trinta e cinco) anos de serviço, se homem, ou 30 (trinta) anos, se mulher, optou por permanecer em atividade” (artigo 122 da Lei n. 8.213/91, revogado pela Lei n. 9.032/95 e restabelecido, com nova redação, pela Lei n. 9.528/97).

tério Público, que desempenham atividade privativa, não têm estatuto de jornada, necessitam gozar de prerrogativas institucionais e de liberdade e distribuem Justiça à conta de Poder da República (que os primeiros, particularmente, "presentam" perante o cidadão, na feliz expressão de *Pontes de Miranda*).

#### 2.14. Taxação de inativos: constitucionalidade e justiça

A taxaço dos inativos em gozo de benefícios na data de promulgação da emenda terá fundamento no artigo 5º, *caput*, da PEC n. 40/03, como já visto (*supra*, item 2.7). Essa seja, talvez, a alteração *in pejus* que guarda a mais flagrante inconstitucionalidade, entre todas as que se propõem.

Na dicção de *Tércio Sampaio Ferraz Jr.*, "do ângulo de sua história, a aposentadoria dos servidores públicos sempre foi considerada uma variável inerente ao seu trabalho, sendo assumida pelo Estado como um item previsto no Orçamento sob o ponto de vista da despesa", de modo que "os servidores, ao contrário dos demais trabalhadores, nunca foram obrigados a contribuir para a sua aposentadoria, assumida, então, pelos Tesouros como uma obrigação orçamentária"<sup>(55)</sup>; somente com o advento da EC n. 20/98, os servidores públicos passam a se sujeitar a um autêntico "regime de previdência de caráter contributivo" (artigo 40, *caput*, da CRFB), comprometido com o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema e informado pelos requisitos e critérios do Regime Geral de Previdência Social, no que couber (artigo 40, § 12). O titular da Faculdade de Direito do Largo São Francisco adverte, porém, que *regime de custeio* e *regime de aposentadoria* não se confundem: a *mens legis* da Reforma Previdenciária de 1998 encaminhou-se no sentido de que os regimes de aposentadoria — e não os de custeio — se equivalessem em requisitos e critérios, guardadas as regras de transição. Cabe ponderar, todavia, que o *caput* do artigo 40 da CRFB não se refere a "regime de aposentadoria" (= benefício), mas a "regime de previdência", que abrange, por definição, o custeio e o benefício. É acertada, portanto, a orientação jurisprudencial recente do Supremo Tribunal Federal, que vem reconhecendo incidentalmente a inconstitucionalidade da contribuição dos servidores inativos, em vista do que dispõe o artigo 195, II, *in fine*, da CRFB (regra de custeio, insita ao regime de previdência), estatuindo a imunidade das aposentadorias e pensões concedidas pelo Regime Geral de Previdência Social — extensível às aposentadorias e pensões públicas, *ut* artigo 40, § 2º, da CRFB.

Dir-se-ia que a PEC n. 40/03 pode revisar, nessa parte, a Constituição Federal. Não, porém, à luz do melhor direito. A uma, porque — insisto — o projeto não modifica o teor do artigo 195, II, *in fine*, e tampouco o do artigo 40, § 12, da CRFB. A duas, porque as imunidades<sup>(56)</sup> são, a rigor,

(55) *Tércio Sampaio Ferraz Júnior*, "A cobrança dos inativos é inconstitucional?", in *Folha de São Paulo*, 21.4.2003, pág. A-3.

(56) Contribuições sociais são modalidade de tributo, jungidas à classe das contribuições especiais ou parafiscais do artigo 149, *caput*, da CRFB. Cf. *Hugo de Brito Machado*, "Direito Tributário", 13ª ed., São Paulo, Malheiros, 1998, pág. 306: "É indubitosa, hoje, a natureza tributária

garantia individual do cidadão contribuinte, e como tal *intocáveis*, assim como o são, em geral, todas as *limitações ao poder de tributar* arroladas no artigo 150 da CRFB (como, e. g., os princípios jurídico-constitucionais de tributação). Nesse último sentido, já decidiu o Excelso Pretório:

*“admitir que a União, no exercício de sua competência residual, pudesse excepcionar a aplicação desta garantia individual do contribuinte, implica em conceder ao ente tributante poder que o constituinte expressamente lhe subtraiu ao vedar a deliberação de proposta de emenda à constituição tendente a abolir os direitos e garantias individuais constitucionalmente assegurados”.*<sup>(57)</sup>

No mesmo contexto, qualquer alteração *in pejus* da condição de imunidade conferida às aposentadorias e pensões de trabalhadores do setor privado e do setor público (por equiparação — artigo 40, § 12) importará em modificação tendente a abolir uma garantia individual da pessoa, sendo inconstitucional por desconhecer a vedação do artigo 60, § 4º, IV, da CRFB. De conseguinte, é **inconstitucional** o artigo 5º, *caput*, da PEC n. 40/03, por ferir de morte a imunidade que a Constituição Federal outorga às aposentadorias e pensões, excluindo-as do regime de custeio, e que já está incorporada ao patrimônio jurídico dos servidores inativos e dos pensionistas, como também daqueles subsumidos à hipótese do artigo 3º, *caput*, da PEC n. 40/03.

Há mais, porém. Já se sustenta que a cobrança dos inativos está eivada de inconstitucionalidade *“na medida em que restabelece a cobrança de contribuição previdenciária aos inativos e pensionistas, mormente em relação àqueles que já estejam em gozo de benefícios correspondentes. A emenda implicará, por via oblíqua, violar a garantia da irredutibilidade de vencimentos (inciso XV do art. 37), que se estende aos proventos, por força da aplicação combinada do § 4º do art. 40, no caso dos servidores públicos, como também aos trabalhadores privados, à vista da irredutibilidade de salários (inciso VI do art. 7º), combinada com a regra contida no § 2º do art. 201, que assegura a manutenção permanente do valor real dos benefícios”* (todos direitos sociais, que estão sob o manto do artigo 60, § 4º, IV, da CRFB<sup>(58)</sup>); e, não bastasse, *“considerando o princípio da retributividade*

*dessas contribuições”*. A vedação constitucional à incidência de contribuição social (artigo 195, II, *in fine*) é, portanto, uma imunidade tributária, entendida como tal *“o obstáculo decorrente de regra da Constituição à incidência de regra jurídica de tributação. O que é imune não pode ser tributado. A imunidade impede que a lei defina como hipótese de incidência tributária aquilo que é imune. É limitação da competência tributária”* (*idem*, pág. 192 — g. n.).

(57) STF, Pleno, ADIn n. 939-7/DF, rel. Min. Sydney Sanches, medida cautelar, in RTJ-150/68-69. O julgado reconheceu a parcial inconstitucionalidade da EC n. 03/93, que vulnerava o princípio da anterioridade tributária (artigo 150, III, b, da CRFB).

(58) Cf. votos dos Ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio Mello no julgamento da ADIn n. 939-07/DF, in *Serviço de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Ementário n. 1.730-10/STF. No primeiro voto, reconhece-se que os direitos e garantias sociais do artigo 7º, assim como os direitos de nacionalidade e os direitos políticos são, também, direitos e garantias individuais, imodificáveis; no segundo, aponta-se a relação de continência entre os direitos individuais, na acepção do artigo 60, § 4º, e os direitos sociais em geral.

de, a contribuição social dos servidores é sinalagmática; é paga justamente para que o pagante possa aposentar-se. Alcançada a aposentadoria, cessa a obrigação de contribuir. Esse caráter contraprestacional decorre do art. 149 da CF/88. A Constituição refere-se às contribuições cobradas dos servidores da ativa para custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social para a manutenção de suas futuras aposentadorias. Pois bem, que benefício terá o aposentado de uma contribuição que já não lhe permite mais nada; eis que já se aposentou? Nesse caso não seria contribuição, mas imposto velado, ou seja, a contribuição de aposentado não passaria de imposto especial sobre a renda dele em favor de terceiros<sup>(59)</sup>, que sequer poderia ser instituído, por ter base de cálculo própria do imposto do artigo 153, III, da CRFB (ut artigo 154, I).

Mais que inconstitucional, outrossim, a taxação de inativos é materialmente injusta, pois

*"mesmo promovida a modificação constitucional, a imposição fiscal continuará sendo impropriedade lógica, distorção científica e equívoco político em matéria de Previdência Social. Trata-se, é fácil de ver, que tal medida legal ofende fundamento básico da técnica protética (a contribuição tem objetivo: custear prestações, totalmente ausente em relação aos jubilados), abrindo atalho para outras desnecessárias agressões à estrutura. (...) Redefinam-se as fontes de custeio (...) mas impor cotização de quem presumidamente já contribuiu é destituído de sentido, um contra-senso inaceitável, ignorância reumatada, porque anarquiza a ordem social determinada pelos salários, e não é esse o papel do Estado. (...) Pretender (...) compensar isenção pretérita, quando o Estado generosamente dispensou essa contribuição, do ponto de vista exaciona é absurdo. Daqui para a frente que só se cobre o necessário; a sociedade que errou no passado que pague por ele, até aprendermos a respeitar a técnica. (...) Pior que tudo (...) é a violação do princípio depois da porta arrombada; acolhido o precedente da ruptura, outras fortalezas da proteção social ficarão à mercê da incompetência gerencial, e adeus garantias constitucionais como a do caráter definitivo da concessão, manutenção do poder aquisitivo e a vitaliciedade do direito. Pior, a expectativa e o direito seguirão o mesmo caminho."*<sup>(60)</sup>

Essa compreensão é, certamente, a mais justa e adequada, inclusive em função dos estudos atuariais já realizados a respeito do tema, como adiante se verá.

Nesses termos, se aprovado o preceito do artigo 5º, caput, da PEC n. 40/03, poderá ser objeto de questionamento nas diversas instâncias judi-

(59) "A Reformatio in Pejus da Previdência", Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins, in <http://www.atarde.com.br/auth.php> (5.2003).

(60) Wladimir Novaes Martínez, cit., pág. A-3 (g. n.).

ciárias, com vistas à declaração de sua inconstitucionalidade (pela via difusa ou concentrada) e à preservação dos direitos que a Reforma Previdenciária potencialmente aniquila.

## 2.15. Constitucionalidade da média-base e aspectos econômicos em geral

Em relação à regra da média-base para os servidores antigos (artigo 8º, § 1º, da PEC n. 40/03), também antevio inconstitucionalidade reflexa.

O Supremo Tribunal Federal já reconheceu, em diversos arestos, que não há direito adquirido a determinado *regime*<sup>(61)</sup>. Convém distinguir, todavia, entre o *regime*, em si mesmo, e os *direitos em formação* (ou *acumulados*) aderentes ao patrimônio jurídico do servidor, que surtem efeitos de *direitos adquiridos*, notadamente quando “*assimiláveis aos [direitos] negociais, ‘quase-negociais’, como os que outorgam ‘vantagens’ (esperadas) ao servidor público nas suas relações com o Estado. Aqui se pode supor o aspecto da autonomia da vontade como determinante da adesão a um quadro legalmente fixado*”<sup>(62)</sup>. Esses últimos tendem a ser garantidos contra mudanças unilaterais, “*motivadas pelo arbitrio de outrem. É evidente que tanto o ingresso no serviço público quanto a filiação no INSS criam uma relação jurídica que não pode ser modificada a qualquer tempo. Talvez esse seja o pensamento minoritário nos Tribunais, mas um novo sistema que signifique mais perdas para as classes trabalhadoras — especialmente para os servidores públicos — certamente suscitará muita luta judicial em defesa do direito em formação*”<sup>(63)</sup>. Nesse sentido, exatamente, é que Dalmo de Abreu Dallari entende estar *adquirido*, no momento em que o servidor é empossado num cargo efetivo, o seu direito de se aposentar com proventos correspondentes à totalidade da remuneração (*i. e.*, na forma do artigo 40, §§ 2º e 3º, da CRFB: integralidade de proventos e cálculo baseado na remuneração do cargo efetivo em que se der a aposentadoria). Assim entendido, não pode a Administração Pública, por ato unilateral, alterar ou extinguir esse direito, como tampouco pode a lei prejudicá-lo<sup>(64)</sup> (ou sequer o poder constituinte derivado, *ut* artigo 5º, XXXVI, da CRFB<sup>(65)</sup>).

(61) “*Não há direito adquirido ao regime jurídico observado para o cálculo do montante dos proventos, quando da aposentadoria, se, de forma diversa, preceito constitucional superveniente vem dar nova disciplina à matéria*” (in RTJ 154/225). Cf. também *Lex-JSTF*, 246/67, 256/207; RTJ 114/237 (apud Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo”, págs. 120-121, notas 26 a 29).

(62) Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo”, pág. 117 (g. n.). O autor se refere, aqui, aos direitos adquiridos *proprio sensu*.

(63) Sérgio Pardal Freudenthal, “Reforma na Previdência”, in *Justiça do Trabalho*, ano 20, n. 231, março de 2003, pág. 126.

(64) Dalmo de Abreu Dallari, “Previdência e Dignidade Humana”, in *Previdência ou Imprevidência*, Porto Alegre, AJURIS, 2001, pág. 20.

(65) “*Anote-se a impossibilidade de alegar-se direito adquirido em face de norma constitucional originária, salvo nas hipóteses em que a própria nova Constituição o consagra. O mesmo não ocorre em relação às normas constitucionais derivadas, nascentes das emendas constitucionais, cujo processo legislativo deve respeitar, entre outras normas, as chamadas limitações expressas materiais, conhecidas como cláusulas pétreas. Entre elas, a previsão do art. 60, § 4º, IV,*

Também o direito positivo reconhece, paulatinamente, a expressão jurídica dos direitos acumulados. A recente Lei Complementar n. 109/2001, que trata exatamente do Regime de Previdência Complementar, já dispõe, em seu artigo 17, *caput*, que “as alterações processadas nos regulamentos dos planos aplicam-se a todos os participantes das entidades fechadas, a partir de sua aprovação pelo órgão regulador e fiscalizador, observado o direito acumulado de cada participante” (g. n.); para o direito adquirido “*stricto sensu*”, reservou-se o parágrafo único<sup>(66)</sup>. Os primeiros estudos doutrinários em torno do *caput* já avaliam que, ressaltados os direitos adquiridos e acumulados (que garantem, a seus titulares, *regimes de transição*), a possibilidade de alteração dos planos de benefícios, sejam eles de contribuição ou de benefício definidos, é da própria essência do instituto. É inegável, portanto, que o direito nacional caminha a passos largos para o reconhecimento de efeitos jurídicos iniludíveis aos direitos em formação ou acumulados, notadamente em matéria de *previdência pública*.

De fato é tênue, em Direito de Estado, o limiar entre o direito adquirido e o direito em formação. Sendo a posse no cargo efetivo um *ato-condição* para a aposentadoria (na célebre classificação de *Duguit*), tem o condão de vincular o servidor, até a inatividade, à estrutura peculiar da Administração Pública. Mais que isso, os efeitos da adesão protraem-se no tempo, para além do próprio jubileamento — tanto que, à diferença do trabalhador filiado ao RGPS, o servidor público pode sofrer a cassação de sua aposentadoria por conta de faltas disciplinares praticadas na ativa. À vista disso, é razoável reconhecer algum sinalagma no espectro positivo da relação: do ponto de vista dos direitos, alguns há que deitam raízes, desde logo, no patrimônio jurídico do servidor, conquanto não possam ser fruídos de imediato, por conformarem-se com o tempo. É o caso do direito ao cálculo da aposentadoria pela última remuneração da ativa ou, ainda, do direito à integralidade de proventos, em relação aos servidores que ingressarem no serviço público antes da eventual conversão da PEC n. 40/03: na exata concepção de *Gabba*, são *a*) consequência de um fato idôneo para gerá-lo em razão da lei vigente ao tempo em que tal fato teve lugar (= a posse no cargo); e *b*) impassíveis de atuar ou de valer antes da entrada em vigor de nova norma relativa ao mesmo assunto (= PEC n. 40/03); faltam-lhe apenas o terceiro pressuposto, a saber, *c*) o comando da lei contemporânea ao fato, no sentido de que o direito imamente integre-se imediatamente ao patrimônio de quem o adquire<sup>(67)</sup>. De fato, o texto constitucional em vigor não o diz, porque estabelece diversos outros requisitos para o exercício do direito (artigo 40, § 1º, III, da CRFB); nada obstante, estão presentes as duas outras características da definição de *Gabba*, em franca

da Constituição Federal (direitos e garantias individuais), especificamente, o art. 5º, XXXVI (direito adquirido)” (Alexandre de Moraes, “Direitos Humanos Fundamentais”, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2000, pág. 203 — g. n.).

(66) “Ao participante que tenha cumprido os requisitos para a obtenção dos benefícios previstos no plano é assegurada a aplicação das disposições regulamentares vigentes na data em que se tornou elegível a um benefício de aposentadoria”.

(67) Cf. Maria Helena Diniz, “Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada”, São Paulo, Saraiva, 1994, págs. 182-183 (citando *Gabba*).

demonstração de que se está muito próximo do seu conceito de direito adquirido. O tempo de contribuição, a idade mínima, o "pedágio" e os outros pressupostos objetivos da aposentadoria são, na verdade, elementos de um fato constitutivo mais complexo, cuja realização "*tem sua raiz num direito adquirido anterior*", porquanto não está "*no poder do interessado [a Administração] impedir o fato que falta, em se tratando de condição verdadeira e própria*"<sup>(68)</sup>. Indubitável, portanto, que a posse no cargo efetivo confere, por si mesma, alguma estabilidade jurídica à expectativa de aposentação com proventos integrais pela última remuneração. Dizer se há, aqui, típico direito adquirido (como opina Dallari), ou se há direito acumulado com efeitos de adquirido (como sugere Freudenthal), é discussão teórica que desborda dos objetivos deste artigo. Antes disso, interessa saber se, na prática, aqueles direitos estão sob guarida do artigo 5º, XXXVI, da CRFB e se são, portanto, imunes ao poder constituinte derivado. E, para tanto, não há critério seguro no direito positivo.

Socorre-nos, pois, a doutrina.

Ferreira Filho assevera que é possível a conciliação entre o direito adquirido, no seu sentido mais amplo, e a restrição de seus efeitos futuros, com base no *princípio da ponderação de bens*: rejeita-se, a bem do direito, a extinção radical de efeitos futuros, mas admite-se, a bem do interesse público, a moderação desses efeitos. Ou, na sua dicção, "*pode (...) toda norma constitucional, inclusive a norma derivada, restringir os efeitos futuros de 'facta pendentia'. (...) Neste último caso, a restrição tem de respeitar os princípios inerentes a toda restrição de direitos fundamentais, mormente os de razoabilidade e proporcionalidade*"<sup>(69)</sup>. Essa lição aplica-se com igual ou maior propriedade aos direitos em formação, emprestando fundamento jurídico para os chamados "regimes de transição"<sup>(70)</sup>. Do mesmo modo, Ennecerus advertia que "*quanto mais graves são as razões que levaram a estabelecer o novo direito, tanto mais se há de supor que a força de seu efeito alcança também aos direitos existentes; sobretudo quando a norma jurídica se funda em razões de moralidade ou está ditada para eliminar situações inconvenientes na ordem econômica e social*"<sup>(71)</sup>. Nesse sentido, aliás, o artigo 2º do Código Civil suíço, na referência do próprio autor. A

(68) Eduardo Espínola, Eduardo Espínola Filho, "A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro", 3ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1999, págs. 273-274 (citando Gabba).

(69) Manoel Gonçalves Ferreira Filho, "Aspectos de Direito Constitucional Contemporâneo", págs. 118 e 125.

(70) Talvez por se aperceber disso — de que o regime de transição é um direito inerente aos titulares de direitos acumulados —, "o governo federal e o PT se articulam para promover a segunda grande mudança no texto da reforma da Previdência que tramita desde o final de abril no Congresso: o estabelecimento de uma regra de transição para a entrada em vigor da nova idade mínima para a aposentadoria dos funcionários públicos, que passaria de 48 anos para 55, para as mulheres, e de 53 para 60, para os homens" ("Governo estuda concessão para ajudar petistas 'leais'", in *Folha de São Paulo*, 10.6.2003, pág. A-4). Trata-se de uma inopinada regra da transição para a regra de transição (EC n. 20/98, artigo 8º).

(71) Ludwig Ennecerus, Theodor Kipp, Martin Wolf, "Tratado de Derecho Civil — Derecho Civil (Parte General)", 2ª ed., trad. Hans Carl Nipperdey, Barcelona, Bosch, 1953, t. I, v. 1ª, págs. 240-241. Tradução livre.

contrário, se as razões para o novo direito são frágeis, inconvincentes ou desarrazoadas, não se justifica sacrificar, por ele, o direito adquirido (e, à sua conta, o direito em formação).

Restaria saber, então, se é razoável, do ponto de vista socioeconômico e em face do interesse público, a restrição proposta para as aposentadorias dos servidores antigos, que perdem o direito de calculá-la sobre a última remuneração da ativa para serem instados a fazê-lo pela média-base do artigo 8º, § 1º, da PEC n. 40/03<sup>(72)</sup>. E a resposta é *negativa* — conduzindo, pelo raciocínio até aqui traçado, à conclusão de que esse dispositivo também vulnera, a *latere*, a garantia constitucional do direito adquirido (ou *direito em formação* que, na espécie, não será razoavelmente sacrificado) — ou, se não, ao menos o princípio da irretroatividade da norma<sup>(73)</sup>.

É que não se justifica, realmente, o aviltamento da dimensão financeira do direito às aposentadorias e pensões, sequer do ponto de vista econômico. Com efeito, *“a introdução da idade mínima, em moldes semelhantes aos observados na maioria dos países da OCDE, ou seja, entre 60 e 65 anos, reduziria o déficit potencial (...) Se tal mudança viesse acompanhada do fim das diferenças entre homens e mulheres, os efeitos redutores nos gastos seriam ainda mais pronunciados”*<sup>(74)</sup>, podendo compensar razoavelmente o que se perde, em arrecadação, com a manutenção da imunidade dos inativos, ou mesmo com a vinculação dos proventos e pensões às remunerações da ativa. O Poder Executivo preferiu, todavia, manter a distinção etária e contributiva entre homens e mulheres, carreando o ônus da reforma à classe dos inativos atuais (taxação) e futuros (taxação, média-base, teto e desvinculação). Na verdade, *“apenas uma queda muito expressiva do teto de benefícios provocaria efeitos modestos na redução dos gastos”*<sup>(75)</sup> — o que vale para a redução do piso e do teto do serviço público, mas vale também para a própria taxação dos proventos de aposentadoria e pensões. É cediço, portanto, que essa política de cortes e os seus resultados *“não melhorariam o perfil financeiro do sistema, além de colocar em risco o benefício dos segurados, tendo em vista que [p. ex.] todos aqueles que recebessem salários superiores ao teto fixado deveriam destinar seus recursos para fundos previdenciários capitalizados que dependeriam, por sua vez, do comportamento do portfólio para fixar a taxa de reposição. A recente experiência chilena não deixa margem a dúvidas sobre o problema”*<sup>(76)</sup>. Desse modo, para promover reformas efetivas pelo viés

(72) A integralidade de proventos foi preservada, para esses mesmos servidores, ao menos em tese, *ut* artigo 8º, *caput*, da PEC n. 40/03.

(73) *“Se a Constituição proíbe a retroatividade, ou garante o direito adquirido, a norma derivada não pode colher a estes, nem ter efeito retroativo. (...) fruto de um Poder adstrito às limitações e condicionamentos postos pela Constituição, obviamente tem de observar o que esta preceitua quanto aos pontos assinalados: irretroatividade ou respeito aos direitos adquiridos”,* que não se confundem (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Aspectos de Direito Constitucional Contemporâneo*, pág. 112).

(74) ANFIP, *cit.*, pág. 19.

(75) *Idem, ibidem* (g. n.).

(76) *Idem*, pág. 20.

dos benefícios, "seria necessário reduzir substancialmente o valor dos benefícios e manter inalterada a arrecadação de contribuições para manter o sistema em equilíbrio. Embora tal situação possa ser efetiva do ponto de vista financeiro, ela colocaria em risco as condições de vida dos inativos e causaria sérios prejuízos às economias das pequenas localidades, aumentando as migrações internas. Isso acabaria por incrementar as pressões por gastos sociais compensatórios que, em última instância, reduziriam os possíveis ganhos financeiros obtidos com a reforma"<sup>(77)</sup>. A questão da demanda efetiva nos pequenos municípios, aliás, já a apontava na introdução deste artigo.

Em outras palavras, o ajuste fiscal às custas da capacidade econômica do servidor público inativo tende a ser, a médio e longo prazo, *funesto* para o país, seja por implicar relativo desaquecimento da economia, em locais e graus variáveis, com possíveis deslocamentos migratórios internos, seja ainda por compelir o servidor da ativa a aderir a expedientes de complementação de renda escusos ou ruinosos. É, ademais, *desnecessário*, uma vez que as contas gerais da Seguridade Social têm sido *superavitárias*<sup>(78)</sup> e eventuais ajustes podem ser efetuados mediante aportes oriundos de *outras fontes de financiamento*, que não afetem direitos sociais e tampouco comprometam a atividade econômica<sup>(79)</sup>. Na verdade, a vinculação preferencial das contribuições às folhas de salários, desde a EC n. 20/98, é um equívoco programático e um recuo histórico, que desmerece o paradigma instaurado pela Constituição Federal de 1988, de *múltiplas fontes de financiamento* para a Seguridade Social<sup>(80)</sup>.

### 3. À GUIA DE CONCLUSÃO: A QUESTÃO PECULIAR DAS CARREIRAS TÍPICAS DE ESTADO

A Reforma da Previdência proposta pelo governo do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva — a *segunda* em cinco anos — fulmina garantias de transição que haviam sido instituídas pela EC n. 20/98 (a *primeira* Reforma da Previdência pós-88/91) e fere de morte diversos direitos que, até então, eram *inerentes* aos cargos e carreiras do serviço público.

Dentre as diversas alterações *in pejus* alvitradas pela PEC n. 40/03, quatro se destacam pelo grau de ruptura com o modelo de regime previdenciário historicamente destinado aos quadros profissionais do Estado: o **fim da paridade entre ativos e inativos**, a **extinção da aposentadoria com proventos integrais**, a **taxação dos proventos de aposentadoria e**

(77) *Idem*, pág. 20.

(78) Conforme dados da SRF, da SIAFI e do Fluxo de Caixa do INSS, as contas de Receitas e Despesas da Seguridade Social no Brasil em 2001 terminaram com *superávit* de R\$ 31.466.000,00 (levantamento: ANFIP, *op. cit.*, pág. 22).

(79) "Esse foi, por exemplo, o caso recente da França que, para destinar mais recursos para a seguridade, optou por criar uma nova fonte de financiamento, incidente sobre o imposto de renda" (ANFIP, *cit.*, pág. 42).

(80) *Idem*, *ibidem*.

pensões, e a redução percentual das pensões. Trata-se de direitos que distinguem os cargos e as carreiras públicas dos postos disponíveis no setor privado, justificando a elevada procura e, por consequência, a qualificação daqueles quadros (sobretudo nas carreiras típicas de Estado, como a magistratura e o Ministério Público), bem como do serviço público por eles proporcionado. Não por outra razão, eliminar tais direitos pode significar o *sucateamento* paulatino do próprio serviço público. A insegurança jurídica, de outra parte, emerge a toda evidência: *não se sabe* quais serão os índices de atualização dos proventos de aposentadoria e das pensões; *não se sabe* como será feito o cálculo do benefício-médio, e sequer se sabe qual será o período de contribuição considerado na média aritmética; *não se sabe* se haverá, para o servidor público, um "fator previdenciário", como há para os trabalhadores da iniciativa privada (*vide, supra*, nota n. 10); *não se sabe*, enfim, qual será o efetivo redutor das pensões (a PEC n. 40/2003 estatui que as pensões serão de *até* 70% do benefício-médio, como já observado).

É justa, portanto, a grita que as classes laboriosas do serviço público ensalam dirigir (ou que já dirigem) às instâncias parlamentares e ao Poder Executivo federal, no sentido de *garantir* seus direitos históricos de segurança social. Mesma grita, aliás, faz-se ouvir na França e na Alemanha, cujas lideranças — encabeçadas, respectivamente, pelo presidente Chirac e pelo *premier* Schröder — propõem, a seu modo, modificações igualmente sensíveis nos sistemas públicos de previdência social, com aviltamento de direitos históricos das carreiras do serviço público. Nada obstante — e conquanto aparentem identidade —, a posição brasileira é bem mais frágil e delicada que a posição do funcionalismo franco-germânico: em duas frases, "*na Europa, a discussão se dá em torno da tentativa de preservar o máximo possível um Estado de bem-estar social invejável. No Brasil, que está a anos-luz de qualquer coisa realmente invejável (natureza [e futebol?] à parte), discute-se apenas o aspecto contábil da coisa*"<sup>(81)</sup>.

Nesses termos, a nova Reforma da Previdência faz entranhar, nas instituições do serviço público, sério risco de *insegurança jurídica e social* para o futuro próximo. Nas palavras de Luiza Nagib Eluf<sup>(82)</sup>:

"Diz o governo que a reforma da Previdência é urgente, que, sem ela, não poderá haver crescimento econômico. Com certeza, esta reforma também será útil para manter o 'risco Brasil' no caminho da retração. Nova comemoração dos banqueiros etc. E a população, como fica? (...) Existe um outro tipo de risco que precisa ser avaliado. Pena que não haja organismos sociais interessados em aferi-lo: é o risco social brasileiro. A reforma da Previdência precisa ser bem pensada para não gerar mais empobrecimento, mais violência, mais degradação ambiental, mais doenças. (...) Um país que despreza o funcionalismo público não consegue prestar, condigna-

(81) "Palocci e o debate pobre", Clóvis Rossi, in *Folha de São Paulo*, 4.6.2003, pág. A-2.

(82) "Reformar para quê?", in *Folha de São Paulo*, 28.5.2003, pág. A-3.

*mente, os serviços que lhe são essenciais. O melhor exemplo disso é o aumento vertiginoso da criminalidade no país — não por falta de legislação punitiva, mas por deficiências sociais e dos serviços públicos. A polícia se degradou a partir do brutal achatamento dos salários de seus funcionários.”*

Por fim, arremata:

*“Se a Previdência está endividada, será mais inteligente procurar formas humanas de reformá-la, cobrando de quem deve muito e pode pagar, em vez de sacrificar as classes média e baixa, já tão espoliadas, e desqualificar o funcionalismo público. Essa reforma tem de se preocupar com a redução do nosso risco social.”*

Problema de tal magnitude põe-se ao intérprete, com maior relevo e inquietação, quando se trata da situação jurídica dos **magistrados** e dos **membros do Ministério Público**, uma vez que em tudo foram equiparados, desde a EC n. 20/98, aos servidores públicos em geral, inclusive por força do artigo 8º, § 2º, daquela Emenda<sup>(83)</sup> — mesmo naquilo em que, a olhos vistos, discrepam entre si.

Não se advoga, aqui, a distinção injustificável de privilégios entre classes análogas de servidores. Diz-se, apenas, daquilo que efetivamente *distingue* servidores *stricto sensu* de **agentes políticos**, e se integra, como *prerrogativa de Estado*, aos próprios pilares do Estado Democrático de Direito, entre cujas finalidades está a *segurança (jurídica e social)*, nos termos do próprio Preâmbulo da Constituição Federal de 5.10.1988.

Com efeito, os mesmos fundamentos que autorizam o tratamento diferenciado dos servidores públicos militares em matéria previdenciária, nos termos do artigo 142, § 3º, X, da Constituição Federal, e do artigo 7º, *in fine*, da PEC n. 40/03, dão igual ensejo, quicá com *maior razão*, ao tratamento diferenciado dos membros da Poder Judiciário (magistrados) e do Ministério Público, com vistas à instituição de um regime especial de previdência social, com unidade gestora autônoma e fundos próprios.

Os magistrados e os membros do Ministério Público são, como dito, *agentes políticos*, cuja condição jurídica não pode ser assimilada à dos servidores públicos em geral (inclusos os militares). Esses desempenham *serviços públicos*, cumprindo papel *instrumental* ou *funcional* em relação ao Estado que os investe; já aqueles *exercem poder político e personificam* o serviço público que lhes está afeto, mantendo com a República, que representam (ou *presentam*, na feliz expressão de Pontes de Miranda) perante o jurisdicionado, relação de ordem *estrutural* ou *essencial*. Retirar-lhes, para agora ou adiante, garantias típicas da carreira como a irredutibi-

(83) “Aplica-se ao magistrado e ao membro do Ministério Público e de Tribunal de Contas o disposto neste artigo”. O caput trata da aposentadoria voluntária dos servidores públicos em geral (“cargo efetivo na Administração Pública, direta, autárquica e fundacional”), na forma do artigo 40 da CRFB.

lidade de subsídios (prejudicada, por via oblíqua, com a taxaço de membros inativos e o fim da paridade entre ativos e inativos) e a aposentadoria com proventos integrais (amesquinhada com a instituiço do benefício-base), representa ameaça imediata à qualidade dos quadros técnicos do Poder Judiciário e do Ministério Público e, a médio e longo prazos, fissuras nos próprios pilares do Estado Democrático de Direito, em face da deterioração paulatina da função jurisdicional (exercida por pessoas cada vez menos qualificadas) e de previsíveis compromissos do agente público com interesses alheios à dignidade de seu cargo (por conta de atividades remuneradas paralelas, ação de corruptores e outras mazelas que a perspectiva do aviltamento da qualidade de vida fará campear).

Há de se ter em conta que as carreiras típicas de Estado, como são a Magistratura e o Ministério Público, exigem de seus agentes privações e rigores pouco encontrados em outras carreiras públicas, como a alteração frequente de domicílio, o dever de residir na sede de sua comarca (artigo 35, V, da Lei Complementar n. 35/79 — LOMAN), a dedicação exclusiva com proibição de exercício de outras atividades profissionais (à exceção de um cargo ou função de magistério, ut artigo 95, parágrafo único, II, da Constituição Federal, e artigo 36, I e II, da LOMAN), a vedação de atividade político-partidária (artigo 95, parágrafo único, III, da Constituição Federal), a reserva social e a conduta social e pessoal irrepreensíveis (artigo 35, VIII, da LOMAN), a acessibilidade diária ao destinatário direto de suas decisões (artigo 35, IV, *in fine*, da LOMAN), as limitações ao direito de expressão (artigo 36, III, da LOMAN) e a sujeição diuturna à fiscalização do jurisdicionado, entre outras. Tantas especificidades reclamaram, historicamente, a instituiço de um regime de previdência próprio, adequado às idiosincrasias desses agentes políticos, mas com aptidão para carrear-lhes, em contrapartida àqueles rigores e privações, atrativos como a vitaliciedade, a integralidade de proventos e a redução do tempo de serviço (cf., p. ex., o artigo 8º, § 3º, da Emenda Constitucional n. 20, de 15.12.1998) — que são prerrogativas, e não privilégios, porque se encerram, por um lado, vantagens pessoais, por outro garantem aos cidadãos a isenço e a imparcialidade dos que dedicam sua vida ao mister da Justiça.

Suprimir essas prerrogativas — tanto mais quando se demonstra que, do ponto de vista atuarial, a previdência própria dos juizes sustenta-se por si mesma, com suas próprias entradas — é expediente demagógico que consoma um perigoso retrocesso histórico. As carreiras típicas de Estado não podem prescindir de um regime especial de previdência social, sob pena de que — parafraseando *Luiza Nagib Eluf* — a retração do “risco Brasil”, em acepção econômica, deflagre, como já vem deflagrando, alarmantes incrementos no risco social brasileiro.

#### 4. BIBLIOGRAFIA

- Alves, Léo da Silva*. “O furo é mais embaixo” in *Revista Jurídica Consulex*. São Paulo: Consulex, ano VII, n. 149, págs. 23-25, 31.3.2003.
- Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Previdência Social*. “Seguridade e Desenvolvimento — Um projeto para o Brasil”, Brasília: ANFIP, 2003.

Biasoto Júnior, Geraldo. "A reforma da Previdência". In: *Folha de São Paulo*, pág. A-3, 12.5.2003.

Comparato. Fábio Konder. "Direito Público: estudos e pareceres", São Paulo: Saraiva, 1996.

Dallari, Dalmo de Abreu. "Previdência e Dignidade Humana". In: *Previdência ou Imprevidência*. Porto Alegre: AJURIS, 2001.

Diniz, Maria Helena. "Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada", São Paulo: Saraiva, 1994.

\_\_\_\_\_. "Norma constitucional e seus efeitos", 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1992.

Eluf, Luiza Nagib. "Reformar para quê?" In: *Folha de São Paulo*, pág. A-3, 28.5.2003.

Ennecerus, Ludwig. Kipp, Theodor. Wolf, Martin. "Tratado de Derecho Civil — Derecho Civil (Parte General)", 2ª ed., trad. Hans Carl Nipperdey. Barcelona: Bosch, 1953, t. I, v. 1ª.

Espínola, Eduardo. Espínola Filho, Eduardo. "A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro", 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

Ferraz Júnior, Tércio Sampaio. "A cobrança dos inativos é inconstitucional?" In: *Folha de São Paulo*, pág. A-3, 21.4.2003.

\_\_\_\_\_. "Introdução ao Estudo do Direito — Técnica, Decisão, Dominação", São Paulo: Atlas, 1991.

Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. "Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo", São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. "Comentários à Constituição Brasileira", 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1977.

\_\_\_\_\_. "Curso de Direito Constitucional", 19ª ed., São Paulo: Saraiva, 1992.

Fiúza, Tatiana. "Reforma da Previdência — Déficit no sistema: blefe, fraude ou incompetência?" In: *Revista Jurídica Consulex*. São Paulo: Consulex, ano VII, n. 149, págs. 14-18, 31.3.2003.

Freudenthal, Sérgio Pardal. "Reforma na Previdência". In: "Justiça do Trabalho", ano 20, n. 231, págs. 122-126, março de 2003.

Gall, Norman. Ricupero, Rubens. "Globalismo e localismo — quais são os limites da competição e da segurança?" In: [http://www.normangall.com/brazil\\_art3.htm](http://www.normangall.com/brazil_art3.htm), 5.2003, pág. 08 (Acesso em 5.2003).

Governo Federal. E.M.I. n. 29 (MPS/Ccivil-PR). Brasília: Casa Civil, Subchefia de Assuntos Parlamentares, 29.4.2003.

Koerner, Andrei. "Qual Judiciário para a Democracia Brasileira". In: <http://ajufe.org.br/opiniao/ARTIGOS/lerartigos.cfm?cod=2112#>, págs. 14-15 (Acesso em 5.2003).

- Lourenço, Gilmar Mendes. "Observações sobre a questão da previdência". In: <http://www.sindecon-pr.com.br/colunaeconomica5.htm> (Acesso em 5.2003).
- Machado, Hugo de Brito. "Direito Tributário", 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998.
- Martínez, Wladimir Novaes. "E há outros aspectos". In: *Folha de São Paulo*, pág. A-3, 17.5.2003.
- Martins, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. "A Reformatio in Pejus da Previdência". In: <http://www.atarde.com.br/auth.php> (Acesso em 5.2003).
- Martins, Sérgio Pinto. "Direito da Seguridade Social", 19ª ed., São Paulo: Atlas, 2003.
- Mattioji, Maria Cristina. "Por que os Juizes devem ser excluídos do Regime Único de Previdência proposto pelo atual Governo". Harvard: [s.e.], 2003.
- Miranda, Jorge. "Manual de Direito Constitucional — Constituição e Inconstitucionalidade", 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1996, t. II.
- Moraes, Alexandre de. "Direito Constitucional", São Paulo: Atlas, 1997.
- \_\_\_\_\_. "Direitos Humanos Fundamentais", 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2000.
- Oliveira, Régis Fernandes de. Horvath, Estevão. Tambasco, Teresa Cristina Castrucci. "Manual de Direito Financeiro", São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- Rossi, Clóvis. "Palocci e o debate pobre". In: *Folha de São Paulo*, pág. A-2, 4.6.2003.
- Silva, José Afonso da. "Curso de Direito Constitucional Positivo", 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993.
- Souza, Lillian de Castro. "As normas sobre seguridade social na Constituição de 1988 como evolução dos direitos fundamentais da pessoa humana". In: <http://www.anpprev.org.br/doutrina-5.htm>, pág. 12 (Acesso em 5.2002).
- Temer, Michel. "Elementos de Direito Constitucional", 8ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- Vianna, Luiz Werneck. Carvalho, Maria Alice Rezende de. Burgos, Marcelo Baumann. "Corpo e alma da magistratura brasileira", Rio de Janeiro: Revan, 1997.