

SUZANI ANDRADE FERRARO

**AS EMENDAS CONSTITUCIONAIS N. 20/1998 E 41/2003 E
O EQUILÍBRIO FINANCEIRO E ATUARIAL NOS REGIMES DE
PREVIDÊNCIA SOCIAL**

CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA/SP

São Paulo

Março de 2006

SUZANI ANDRADE FERRARO

**AS EMENDAS CONSTITUCIONAIS N. 20/1998 E N. 41/2003 E
O EQUILÍBRIO FINANCEIRO E ATUARIAL NOS REGIMES DE
PREVIDÊNCIA SOCIAL**

CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA/SP

Dissertação apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais, sob a orientação do Prof. Dr. Wagner Balera.

São Paulo

Março de 2006

Este trabalho é dedicado a meus pais, que me inspiram cotidianamente e dos quais recebo muito respeito e carinho.

Agradeço, primeiramente, a Deus, pois, sem ele, eu nada seria.

À minha família, pelo carinho e pela compreensão.

A Wagner Balera, que aceitou ser meu orientador sem reservas. Foi solidário e compreensivo, generoso e extremamente atencioso quando mais precisei de suas orientações.

A Manoel Messias Peixinho, amigo e companheiro. Seu incentivo sempre me foi fundamental na vida acadêmica.

A Ricardo Guanabara e Christiane Romeu, que sempre confiaram em meu trabalho.

BANCA EXAMINADORA

Pela presente, tendo sido examinada, a mestrande Suzani Andrade Ferraro apresentou sua Dissertação de Mestrado, em sessão pública, no dia / /2006, e a banca examinadora assim declarou:

Presidente

1ºexaminador

2ºexaminador

Não se pode afirmar um novo direito em favor de uma categoria de pessoas sem suprimir algum velho direito, do qual se beneficiavam outras categorias de pessoas: o reconhecimento do direito de não ser escravizado implica a eliminação do direito de possuir escravos; o reconhecimento do direito de não ser torturado implica a supressão do direito de torturar.

Norberto Bobbio

Posso todas as coisas naquele que me fortalece.

Filipenses, 4:13.

RESUMO

O objetivo central desta dissertação é investigar a relação entre as Emendas Constitucionais n. 20/1998 e n. 41/2003 e o equilíbrio financeiro e atuarial nos regimes de previdência social. O objetivo secundário é demonstrar que as alterações impostas pelas Emendas Constitucionais n. 20/98 e n. 41/2003 à previdência social deveriam respeitar os direitos adquiridos dos segurados e servidores que, à época da edição das referidas emendas, preenchiam os requisitos necessários para requerer a aposentadoria. A justificativa para a eleição do tema deste trabalho se dá em razão das sérias divergências doutrinárias e jurisprudências acerca do alcance e dos limites da referidas emendas em relação às cláusulas pétreas, desdobradas no direito adquirido e na segurança jurídica dos segurados e servidores públicos. Lança-se a hipótese de que as alterações oriundas das Emendas Constitucionais n. 20/1998 e n. 41/2003 visaram estabelecer o equilíbrio financeiro e atuarial para a previdenciária social, com a mudança no financiamento dos regimes de previdência social. A metodologia adotada seguiu o método dedutivo. Para se chegar ao problema nuclear desta dissertação, partiu-se da análise dos novos dispositivos oriundos das alterações advindas com a promulgação das Emendas Constitucionais n. 20/1998 e n. 41/2003, a fim de se aferir se tais inovações estabelecem o equilíbrio financeiro e atuarial dos regimes da Previdência Social.

ABSTRACT

The principal purpose of this dissertation is to investigate the relation between the Constitutional Amendments 20 and 41 and the financial and actuarial balance and the Social Security. The secondary purpose of this dissertation is to demonstrate that the alterations imposed to Social Security by the Constitutional Amendments 20/98 and 41/2003 should respect the acquired rights of insured and servants, who, at the time of edition of said amendments, complied with the requirements necessary for retirement. The justification for the choice of the theme of this work is developed by reason of the serious doctrinaire and jurisprudential dissents on the extent and limits of Constitutional Amendments 20 and 41, the stone clauses, unfolded into acquired right and juridical safety of the public insured and servants. This work investigates, too, the constitutionality of said Constitutional Amendments in accordance with the fundamental principles inserted by the constituent assembly. Constitutional Amendments 20/1998 and 41/2003 modified the security concept itself, redefining untouchable juridical paradigms, such as, for instance, the juridical safety and acquired right statutes. The hypothesis raised is the following: the rules that provide on the social security rights and guarantees are social to attain the nuclear problem of this dissertation, one started from analysis of the process of constitutionalization of Constitutional Amendments 20/1998 and 41/2003, in order to check whether such amendments are consistent with the will of the constituent assembly.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
(1) Objetivo.....	12
(2) Problema central.....	13
(3) Hipóteses.....	13
(4) Metodologia.....	14
(5) Fontes primárias e secundárias.....	14
(6) Síntese do conteúdo dos capítulos.....	14
 CAPÍTULO 1 – CONSTITUIÇÃO, REFORMA CONSTITUCIONAL E DIREITO ADQUIRIDO	
1.1 A norma constitucional.....	17
1.1.1 Conceito de Constituição.....	18
1.1.2 A Constituição como norma jurídica.....	20
1.1.3 Classificação das normas constitucionais quanto à eficácia e à aplicabilidade.....	22
1.2. Reforma constitucional.....	24
1.2.1 Poder constituinte originário e poder de reforma constitucional.....	25
1.2.2 Titular do poder de reforma da Constituição.....	27
1.2.3 Limitações ao poder de reformar.....	29
1.3 Direito adquirido e expectativa de direito.....	31
1.3.1 Conceito contemporâneo de direito adquirido.....	34
1.3.2 Direito adquirido, expectativa de direito e normas de transição.....	37
1.4 As reformas previdenciárias e as Emendas Constitucionais n. 20/1998 e n. 41/2003...41	
1.4.1 Causas geradoras das reformas previdenciárias no direito brasileiro.....	43
1.4.2 Principais alterações oriundas da Emenda Constitucional n. 20/1998.....	47
1.4.3 Principais alterações oriundas da Emenda Constitucional n. 41/2003.....	53
1.4.4 Principais alterações ocorridas a partir da Emenda n. 47/2005 e as regras de transição.....	64
1.5 Considerações sobre as reformas previdenciárias no direito estrangeiro.....	66
1.5.1 As reformas previdenciárias na América Latina.....	70
1.5.1.1 As reformas previdenciárias no Chile.....	71
1.5.1.2 As reformas previdenciárias na Argentina.....	73

1.5.1.3 As reformas previdenciárias no Uruguai.....	73
1.5.1.4 As reformas previdenciárias no México.....	74
1.5.2 Síntese comparativa dos sistemas previdenciários latino-americanos.....	75
1.5.3 As reformas previdenciárias nos países da Europa e nos Estados Unidos.....	76
1.5.3.1 As reformas previdenciárias nos Estados Unidos.....	79
1.6 Diferenças e similitudes entre os modelos adotados pelo Banco Mundial e o Modelo Europeu.....	80

CAPÍTULO 2 – SEGURIDADE SOCIAL

2.1 Previdência Social: contextualização histórica.....	83
2.2 Seguridade Social: conceito e fundamento.....	90
2.3 Princípios fundamentais informadores da Seguridade Social.....	95
2.4 Distinção entre regra, princípio e valor.....	97
2.5 Princípios previdenciários constitucionais fundamentais.....	101
2.6 Princípios previdenciários constitucionais previstos no parágrafo único do artigo 194 da Constituição Federal.....	115
2.7 A Seguridade Social como direito fundamental.....	121

CAPÍTULO 3 – REGIMES JURÍDICOS PREVIDENCIÁRIOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

3.1 Sistema jurídico de Previdência Social no Brasil.....	125
3.2 Regimes jurídicos previdenciários da Constituição brasileira de 1988.....	127
3.2.1 O Regime Geral de Previdência Social (RGPS).....	129
3.2.2 O regime próprio do servidor público.....	134
3.2.3 O regime de previdência privada.....	141
3.2.3.1 Principais inovações da Lei Complementar n. 109/2001.....	145

CAPÍTULO 4 – O PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO FINANCEIRO E ATUARIAL DA SEGURIDADE SOCIAL

4.1 Planejamento e orçamento da Seguridade Social.....	156
4.1.1 Planejamento orçamentário.....	156
4.1.2 Orçamento público.....	157
4.1.3 A justiça orçamentária e os princípios constitucionais.....	160

4.1.4 Equilíbrio orçamentário.....	162
4.1.4.1 Diretivas constitucionais para o equilíbrio orçamentário.....	165
4.1.5 O plano plurianual.....	167
4.1.6 A Lei de Diretrizes Orçamentárias.....	169
4.1.7 A lei orçamentária anual.....	170
4.2 O orçamento da Seguridade Social.....	171
4.2.1 Despesas orçamentárias da Seguridade Social.....	174
4.2.2 Receita orçamentária da Seguridade Social.....	175
4.3 Princípios informadores do custeio da Seguridade Social.....	175
4.4 Fontes de financiamento da Seguridade Social.....	179
4.4.1 Orçamento da Seguridade Social.....	180
4.4.2 Financiamento direto e indireto.....	182
4.4.3 Responsabilidade subsidiária da União.....	184
4.5 Princípio do equilíbrio financeiro e atuarial.....	184
4.6 Plano de custeio e critérios atuariais.....	187
4.6.1 Plano de custeio.....	187
4.6.2 Critérios atuariais.....	193
4.6.2.1 Reserva matemática e reserva de contingência.....	194
4.7 Regimes de financiamento dos sistemas de Previdência Social.....	197
4.7.1 Regime de repartição simples.....	198
4.7.2 Regime de capitalização.....	199
4.7.3 Regime de capitalização escritural.....	199
4.8 Relação do princípio da contrapartida com o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial.....	201
4.8.1 Reserva do possível.....	204
4.9 Panorama geral das reformas previdenciárias.....	205
4.9.1 As consequências das alterações oriundas das Emendas Constitucionais n. 20/98 e n. 41/2003 e o equilíbrio financeiro e atuarial dos regimes de Previdência Social.....	209
4.9.1.1 Regime Geral de Previdência Social.....	210
4.9.1.2 Regime próprio dos servidores públicos.....	216
4.9.1.3 Regime de previdência privada.....	228

CONCLUSÃO.....	231
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	244

INTRODUÇÃO

(1) Objetivo

O objetivo central desta dissertação é investigar a relação entre as Emendas Constitucionais n. 20/1998 e n. 41/2003 e o equilíbrio financeiro e atuarial nos regimes de Previdência Social, bem como, secundariamente, analisar a constitucionalidade das referidas emendas de acordo com os princípios fundamentais insertos pelo constituinte originário. As Emendas Constitucionais n. 20/1998 e n. 41/2003 modificaram o próprio conceito de seguridade e redefiniram os paradigmas jurídicos intocáveis, como, por exemplo, os estatutos da segurança jurídica e do direito adquirido.

A Emenda n. 20/1998 tratou, basicamente, do regime geral de Previdência Social e incluiu no texto constitucional o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial visando à criação de critérios para a manutenção dos sistemas previdenciários, bem como constitucionalizou o regime de previdência privada ao alterar, substancialmente, o cálculo dos benefícios. Sua promulgação constitui uma oportunidade singular para que, resguardada a previdência básica – de natureza pública, universal e compulsória –, passasse a se fomentar a previdência complementar, preenchendo uma lacuna que ainda persiste no sistema previdenciário brasileiro. A Emenda n. 41/2003, por seu turno, modificou, principalmente, o regime de previdência dos servidores públicos e inseriu o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial.

As emendas constitucionais em foco compreendem o ciclo de transformações nos sistemas previdenciários no direito comparado, sendo notáveis as mudanças implementadas em países como França, Alemanha, Itália e Espanha. As razões que conduziram às diversas alterações nos sistemas previdenciários vão desde o aumento da longevidade, a diminuição da natalidade, até questões que envolvem as transformações ocorridas no mercado de trabalho,

com conseqüência nos aspectos econômico, tributário e trabalhista, conforme assinala o professor Wagner Balera.

(2) Problema central

As alterações instituídas pelas Emendas Constitucionais n. 20/1998 e n. 41/2003 visaram equacionar as diferenças nos critérios para a concessão dos benefícios dos regimes de Previdência Social (Regime Geral de Previdência Social, Regime Próprio de Previdência Social e Regime de Previdência Privada), a fim de concretizar a isonomia entre trabalhadores da iniciativa privada e servidores públicos e viabilizar novos mecanismos que sustentassem o equilíbrio financeiro e atuarial da Seguridade Social, preservando, contudo, os direitos adquiridos daqueles que já preenchiam os requisitos de elegibilidade.

(3) Hipóteses

As hipóteses lançadas são as seguintes: (a) as alterações oriundas das Emendas Constitucionais n. 20/1998 e n. 41/2003 visaram estabelecer o equilíbrio financeiro e atuarial para a Previdenciária Social com a mudança no financiamento dos regimes de Previdência Social; (b) as normas que dispõem sobre os direitos e garantias da Seguridade Social são direitos sociais; (c) os direitos sociais são direitos fundamentais que constituem o núcleo de proteção das cláusulas pétreas; (d) as emendas constitucionais não podem alterar o núcleo central das cláusulas pétreas, sob pena de vício de inconstitucionalidade.

(4) Metodologia

A metodologia adotada neste trabalho seguiu a perspectiva deducionista. Para se chegar ao problema nuclear desta dissertação, partiu-se da análise do processo de constitucionalização das Emendas Constitucionais n. 20/1998 e n. 41/2003, a fim de se aferir se tais emendas são compatíveis com a vontade do constituinte originário.

(5) Fontes primárias e secundárias

As fontes primárias são extraídas da doutrina elaborada pelos autores clássicos versados tanto em direito constitucional quanto em direito previdenciário. As fontes secundárias são a jurisprudência e os periódicos especializados.

As fontes consultadas são exclusivamente bibliográficas.

(6) Síntese do conteúdo dos capítulos

A dissertação está dividida em quatro capítulos, além da introdução, da conclusão e das referências bibliográficas.

(6.1) Capítulo 1

O Capítulo 1 examina a norma constitucional com base nos critérios adotados pela teoria constitucional contemporânea, em que as normas constitucionais são desdobradas em regras, princípios e valores. Examina-se, ainda, a classificação da norma constitucional quanto à sua aplicabilidade. Estuda as noções gerais de reforma constitucional, poder constituinte

originário e secundário e suas limitações para objetivar uma análise do impacto das reformas previdenciárias nas denominadas cláusulas pétreas.

(6.2) Capítulo 2

O Capítulo 2 discorre sobre a Seguridade Social e aponta, dentre os aspectos mais relevantes, a contextualização histórica da Previdência Social, o conceito, os fundamentos e os princípios informadores da Seguridade Social. Por último, faz-se uma síntese da Seguridade Social como direito fundamental.

(6.3) Capítulo 3

O capítulo investiga os regimes previdenciários na Constituição Federal, que se subdividem em Regime Geral de Previdência Social (RGPS), Regime próprio do servidor público e Regime de Previdência Privada. O estudo dos regimes de Previdência Social é realizado como pressuposto teórico ao estudo do princípio do equilíbrio financeiro e atuarial dos sistemas de Seguridade Social.

(6.4) Capítulo 4

O Capítulo 4 é o cerne da dissertação. Todos os capítulos anteriores pavimentam, teoricamente, as discussões teóricas sobre as Emendas Constitucionais n. 20/1998 e n. 41/2003 e o equilíbrio financeiro e atuarial nos regimes de Previdência Social. De forma preliminar, estudam-se os conceitos básicos de planejamento e orçamento em geral e, especificamente, o orçamento da seguridade social. Faz-se, após, o estudo do equilíbrio orçamentário das contas públicas e do orçamento da seguridade social, para se demonstrar a relevância da inclusão do princípio do equilíbrio financeiro e atuarial por meio da utilização

dos critérios relacionados ao custeio do sistema como pressuposto para a manutenção de um orçamento equilibrado da Seguridade Social.

CAPÍTULO 1

CONSTITUIÇÃO, REFORMA CONSTITUCIONAL E DIREITO

ADQUIRIDO

1.1 A norma constitucional

O direito regula a própria criação, na medida em que outra norma jurídica hierarquicamente superior determina o modo e o conteúdo em que outra norma é criada. A norma que determina a criação de outra norma é a norma superior, enquanto a norma criada segundo essa regulamentação é inferior. A ordem jurídica, especialmente a ordem jurídica estatal, não é um sistema de normas coordenadas entre si, mas uma hierarquia de diferentes níveis de normas.¹

Normas constitucionais são as regras, os princípios e os valores² que integram uma constituição rígida e que, dotadas de supremacia, situam-se no vértice do ordenamento jurídico que serve de fundamento de validade de todas as demais normas. As normas constitucionais, como espécie do gênero normas jurídicas, conservam os atributos essenciais destas, dentre os quais a imperatividade. Nesse sentido, importa apenas o conceito de normas constitucionais formais, assim consideradas todas as que integram uma Constituição, nada interessando seu conteúdo efetivo, uma vez que só elas constituem fundamento de validade do

¹ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*, 2000, p. 181.

² Pode-se dizer que as normas são simples espécies do gênero regra. Nesse sentido, a palavra *regra* seria uma proposição lingüística destinada a dirigir, direta ou indiretamente, a ação humana. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 44-5.

ordenamento jurídico. Entretanto, as normas constitucionais materiais se tornam formais na medida em que são positivadas, coincidindo, aqui, o material e o formal.³

1.1.1 Conceito de Constituição

A origem do vocábulo *constituição* vem do latim *constituere*, *constitutio*, e significa, originariamente, ordenamento político do Estado e remonta, na ciência política, a Cícero e Maquiavel. Aristóteles, contudo, distinguia as leis ordinárias do Estado (*nomoi* = **nomoi**) daquelas que lhes estabeleciam a estrutura e os fundamentos (*politéia* = **politeia**), definindo-as como

aquele princípio em cuja conformidade se ordenam as autoridades públicas, especialmente aquela que, acima de todas, é soberana; a Constituição (*politéia* = **politeia**) designa o ordenamento da autoridade do Estado, define a divisão dos poderes políticos, determina onde reside a soberania e, finalmente, fixa a finalidade de toda a convivência civil.⁴

Hodiernamente, as ciências política e do direito atribuem várias acepções ao vocábulo *constituição*. Kelsen distingue entre o sentido material e o sentido formal.⁵ Carl Schmitt,⁶ por sua vez, aponta quatro conceitos: o absoluto, a constituição tomada como um todo unitário; o relativo, a constituição considerada como pluralidade de leis particulares de diferentes alcance e valor; o positivo, como decisão concreta de conjunto sobre o modo e a forma de organização política; e o ideal, a constituição como expressão de certo conteúdo ideal, com o qual ela se identifica, e que, desde a Revolução Francesa, é o conteúdo liberal-

³ Cf. SILVA, 1999, p. 46: “São normas de direito constitucional material aquelas que versam sobre a estrutura do Estado, funcionamento de seus órgãos, direitos e deveres do cidadão; e são normas de direito constitucional formal todas as prescrições que o poder constituinte inseriu numa constituição rígida, pouco importando sua natureza material”. Ver, ainda, FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990, pp. 11-2.

⁴ Idem, pp. 17-8. Sobre o tema, ver ainda ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claire, 2001.

⁵ Para Kelsen, a diferença entre constituição no sentido material e formal é a seguinte: “A Constituição no sentido formal é certo documento solene, um conjunto de normas jurídicas que pode ser modificado apenas com a observância de prescrições especiais, cujo propósito é tornar mais difíceis as modificações dessas normas. A Constituição em sentido material consiste nas regras que regulam a criação das normas jurídicas gerais, em particular a criação de estatutos”. In: *Teoria geral do direito e do estado*, op. cit., pp. 182-4.

⁶ SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Madri: Alianza Universidad Textos, 1982, pp. 29-58.

democrático do Estado de Direito. Para Jellinek,⁷ Santi Romano⁸ e um grande número de outros constitucionalistas,⁹ seguindo a escola kelseniana, constituição pode ser entendida em sentido material e em sentido formal. Em sentido material, o Estado se manifesta como unidade de poder, que deve ser exercido por alguém segundo certas regras ou métodos, com determinados limites, tendo em vista fins preestabelecidos e assumindo características próprias. Do ponto de vista formal, entende-se por constituição aquele mesmo conjunto de normas relativas ao modo de ser do Estado, reunido sob “forma escrita e solene, de modo a não poderem ser modificadas, senão de acordo com certos processos, de valor superior aos demais processos de elaboração das normas de direito”.¹⁰ José Horácio Meirelles Teixeira enumera cinco acepções ou conceitos do vocábulo *constituição*:

- 1) No sentido empírico – que é também o das ciências naturais –, constituição significa status, fundamento, conformação, estrutura essencial de um ente ou organismo, em geral. Assim como se fala da estrutura de um ser vivo, também nos referiremos à determinada constituição de um ordenamento jurídico, para indicar seu esquema fundamental, suas instituições principais, como também da constituição da Igreja, de uma colônia, de uma comuna, e, sobretudo por antonomásia, do Estado;
- 2) No sentido material, constituição é todo conjunto de normas jurídicas fundamentais, escritas ou não, que traçam as linhas-mestra do próprio ordenamento jurídico estatal. Como um Estado não-constituído seria um contra-senso, é evidente que, nesse sentido, todo Estado terá sua constituição, isto é, seu modo particular e fundamental de existir;
- 3) No sentido formal, o conceito de constituição se identifica com o de complexo de normas jurídicas distintas das normas ordinárias pelo seu mais árduo e solene processo formativo (ou modificativo). Nesse sentido, as constituições são geralmente elaboradas por corpos especiais de representantes da nação, denominados assembléias constituintes, com ou sem recurso ou colaboração das vias plebiscitárias, *referendum*, ou pelo próprio Legislativo ordinário, mediante processos ou formas especiais de elaboração constitucional;

⁷ Sobre a relação do Estado com a Constituição, dentre as obras de Georg Jellinek, ver: *Teoría del estado*. Prólogo y traducción de Fernando de los Ríos. México: FCE, 2000, especialmente as páginas 457-484.

⁸ ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional*. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1977, pp. 3-8.

⁹ Dentre alguns autores, citam-se apenas como exemplo: MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. V. I: “Introdução à teoria da constituição”. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1994/Coimbra: Coimbra Editora, tomo II, 1993, pp. 15-26; MORTATI, Costantino. *La constitución en sentido material*. Trad. Almudena Bergareche Gros. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, especialmente as páginas 21-58, em que o autor sintetiza o pensamento de juristas que se dedicaram ao estudo da constituição em sentido material, como Smend, Ross, Schmitt, Romano; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 170-93.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo, 1999, pp.17-25.

4) No sentido instrumental, constituição significa o próprio instrumento, o ato fundamental onde se acham solenemente formuladas as normas materialmente constitucionais. Este conceito também não coincide com o de constituição em sentido formal, pois há constituições escritas, e não obstante formalmente idênticas às leis ordinárias, como, por exemplo, a italiana de 1848 (Estatuto Albertino), a atual Constituição soviética e a da Nova Zelândia;

5) Finalmente, o sentido histórico-político (o mesmo que Schmitt denomina ideal) é o que foi atribuído, já no século passado, às constituições dos Estados democrático-liberais. A palavra *constituição* passou, então, a ser sinônimo de “Constituição liberal-democrática” do liberalismo político, isto é, do governo com base na soberania da nação, e limitado pelos direitos do Homem, pelas liberdades civis e políticas, e por técnicas constitucionais assecuratórias dessas liberdades.¹¹

Como se vê, cada autor privilegia um aspecto ou certos aspectos – o material, o formal ou o histórico – das constituições em geral. Mas, tendo em vista a Constituição brasileira, que é escrita e rígida, como a quase totalidade das constituições modernas, pode-se, então, defini-la como

o conjunto da normas fundamentais, constantes de documento escrito, solene e inalterável por lei ordinária, reguladoras da própria existência do Estado, de sua estrutura, órgãos e funções, do modo de exercício e limites da soberania, de seus fins e interesses fundamentais, das liberdades públicas, direitos e deveres dos cidadãos.¹²

1.1.2 A Constituição como norma jurídica

A Constituição se apresenta, essencialmente, como norma jurídica fundamental, ou conjunto de normas jurídicas fundamentais, a “Lei Magna”, isto é, a lei fundamental de organização do Estado e da vida jurídica nacional. A norma jurídica é considerada “valor em si mesma”, sem qualquer especial referência à realidade social subjacente, ao seu conteúdo ou a fundamento filosófico ou sociológico. O direito, para certos juristas, é em maior ou menor grau mero produto da razão, algo deduzido de certos princípios mais ou menos imutáveis, capaz de moldar, disciplinar e modificar a realidade social. Dessa compreensão meramente

¹¹ TEXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Organizado e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, pp. 42- 3. Classificação similar é adotada por DI RUFFIA, Biscaretti. *Direito e constituição*. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1994, pp. 81-91.

¹² TEXEIRA, op. cit., p. 78.

formalista nasce o desprezo pelos embates sociológicos ou valorativos suscitados pelo direito, como, por exemplo, sua adequação à realidade social, ou a possibilidade de modificação dessa realidade pela norma jurídica, ou, ainda, o necessário conhecimento da realidade social com vistas a uma adequada aplicação da norma, à fundamentação filosófica da norma, aos valores que ele busca realizar, ou nos quais se inspira, e aos problemas que envolvem a justiça ou a injustiça das normas positivadas.¹³ A concepção “jurídica” de Constituição é denominada de “normativismo jurídico”, que considera o direito apenas como direito positivo, como puro “dever-ser”,¹⁴ sem qualquer pretensão à fundamentação sociológica ou filosófica.

Kelsen e os adeptos de suas teorias não desconhecem que, na base de todo direito, há uma realidade social complexa que o explica e à qual ele se destina; tampouco que o direito é inspirado por teorias e princípios filosóficos, por valores jurídicos e éticos. Por uma questão de método, contudo, Kelsen entende que as questões sociológicas e filosóficas relacionadas à norma positiva são problemas metajurídicos, isto é, que se situam além das fronteiras da ciência jurídica, e seu estudo compete não ao jurista, mas ao sociólogo e ao filósofo. Para Kelsen, o conceito de constituição pode ser tomado em dois sentidos: o lógico-jurídico e o jurídico-positivo.

No sentido lógico-jurídico, constituição significa a “norma fundamental hipotética”, que seria o próprio fundamento da Constituição positiva¹⁵ e que, por definição, já é norma positiva suprema. Dessa forma, Kelsen formula como fundamento da Constituição uma norma

¹³ Idem, pp. 41-4.

¹⁴ Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. 2 ed. Trad. José Florentino Duarte São Paulo: Martins Fontes, 1987, pp. 4-10. Para Kelsen, o direito “é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano. Com o termo *norma*, quer-se dizer que algo deve ser ou acontecer, especialmente que um homem deve conduzir-se de determinada maneira”.

¹⁵ Kelsen não admite, como fundamento da Constituição, algo de *real*, isto é, qualquer dado ou elemento sociológico, político ou filosófico, como, por exemplo, a vontade do povo, o “direito natural” ou o “bem comum”; admite, ao contrário, que o direito é norma pura e obriga-o a buscar um fundamento normativo para a Constituição. Nas próprias palavras de Kelsen, “a ‘fonte’ de direito não é, desse modo, como a expressão poderia sugerir, uma entidade diferente do direito e, de algum modo, existindo independentemente dele; a ‘fonte’ de direito é, sempre, ela própria: uma norma jurídica superior em relação a uma norma inferior, ou o método de criação de uma norma (inferior) determinado por uma norma (superior), isto é, um conteúdo específico de direito”. In: *Teoria geral do direito e do estado*, op. cit., p. 192.

fundamental, isto é, “a norma cuja validade não pode ser derivada de uma norma superior”.¹⁶

Para José Horácio Meirelles Teixeira, a norma fundamental ou “hipotética” nunca foi formulada, nunca existiu como direito positivo: é mera hipótese, ou pressuposto lógico de validade da Constituição.

No sentido jurídico-positivo, Kelsen dá algumas definições jurídicas acerca de Constituição positiva: “lei nacional no seu mais alto grau” ou “certo documento solene, conjunto de normas jurídicas que somente podem ser alteradas observando-se certas prescrições especiais”, ou ainda “regras que regulam a criação das normas legais, em geral, especialmente as da lei escrita, e os atos da administração e da justiça”.¹⁷

1.1.3 Classificação das normas constitucionais quanto à eficácia e à aplicabilidade

Para José Afonso da Silva, não existe norma constitucional destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica. A eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se emitir uma norma jurídica ordinária ou complementar. Assim, o ilustre autor divide as normas constitucionais em três grupos: normas constitucionais de eficácia plena, normas constitucionais de eficácia contida e normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.¹⁸

As normas de eficácia plena são de aplicabilidade direta, imediata e integral sobre o objeto de sua regulamentação jurídica, enquanto as normas de eficácia limitada são de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem sobre os interesses após a edição de outra norma posterior que regule conteúdo que deixara por complementar. As

¹⁶ Idem, p. 163.

¹⁷ Idem, p. 182. TEXEIRA, op. cit., pp. 45-8.

¹⁸ SILVA, op. cit., pp. 81-3.

normas de eficácia contida também são de aplicabilidade direta, imediata, mas não integral, porque dependem de regulamentação que limite sua eficácia e aplicabilidade.¹⁹

A Constituição brasileira é classificada entre as constituições rígidas, baseadas principalmente no princípio da supremacia das normas da constituição jurídica sobre as demais normas infraconstitucionais. A noção de constituição rígida decorre da supremacia de determinados valores que, por corresponderem às mais altas aspirações sociais, as normas que os incorporam exigem procedimento especial de alteração. Nesse sentido, o capítulo da Constituição de 1988 denominado “Da ordem social” está condicionado à observância do mandamento do artigo 193, segundo o qual “a ordem social tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça social”. Isso significa que tal dispositivo é norma-princípio, que assegura o cometimento das demais normas integrantes da cadeia normativa “seguridade social”, representando uma gama de valores cuja observância é imprescindível para a obtenção do fim ao qual o Estado se propõe: a realização da justiça social.²⁰

No direito brasileiro, pela definição do artigo 193 da Constituição, temos a seguinte expressão: “A ordem social tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça social”.²¹ A incumbência desse conjunto de princípios e normas é a de conduzir a sociedade ao estágio de bem-estar e justiça sociais sob o primado do trabalho. A expressão *primado do trabalho* foi utilizada nos tempos modernos pelo Papa João Paulo II na célebre encíclica *Laborem Exercens*, de 1979. Essa encíclica define o trabalho como chave da questão social, seu componente essencial.

¹⁹ Idem, p. 83.

²⁰ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Max Limonard, 1999, pp. 215-9.

²¹ Apontamentos recolhidos durante as aulas ministradas pelo professor Wagner Balera, especialmente na aula de direito previdenciário, durante o curso de Mestrado em Direito Previdenciário da PUC-SP, em março de 2003.

1.2 Reforma constitucional

Reforma constitucional é o processo formal de modificação de uma Constituição. Pode ser conceituada como toda e qualquer alteração em uma Carta Magna que seja realizada em obediência a certas regras, dentro de certas formas, condições, procedimentos e limites e, sobretudo, por certos órgãos, previstos e determinados pelo próprio diploma. Reformar a Constituição não quer dizer mudar de Constituição, substituir por outra, ab-rogar toda a Constituição existente e estabelecer uma nova em seu lugar. Significa tão-somente alterar, modificar, fazer adições ou supressões, mantendo a identidade e a continuidade da Constituição.

Carl Schmitt²² defende que a reforma constitucional não se confunde com a destruição da Carta Maior, ou seja, com a supressão da Constituição e do poder constituinte em que se baseava. Para ele, a reforma constitucional é um mecanismo de defesa da Constituição. Mas não atua isoladamente. A seu lado, existe outra medida igualmente importante: o controle da constitucionalidade. Toda e qualquer reforma constitucional que desrespeite o processo prescrito para a sua tramitação, que ultrapasse os limites temporais, circunstanciais ou materiais à lei imposta, está sujeita a ser declarada inconstitucional pelo órgão destinado à função de apreciar sua constitucionalidade.

Além do termo *reforma*, são utilizados os vocábulos *revisão* e *emenda* para se exprimirem as modificações sofridas por uma Constituição. Os doutrinadores brasileiros costumam definir *revisão* como alteração geral ou total e, *emenda*, como modificação parcial, sendo que ambas seriam espécies do gênero reforma. Esse entendimento é correto desde que se admita que todas essas formas de alteração da Constituição devem obedecer aos limites formais e materiais constantes do próprio texto constitucional.

²² SCHMITT, op. cit., pp. 115-6.

J. J. Gomes Canotilho conceitua revisão de forma muito semelhante à de reforma, dizendo que “a revisão pode consistir na renovação de certas disposições por meio da supressão, da substituição ou do aditamento de normas. Trata-se sempre de alterações parciais da Constituição”.²³ Aduz, ainda, que a possibilidade de uma revisão total está prevista de forma expressa em algumas constituições, como a da Suíça e a dos Estados Unidos. Entretanto, os ordenamentos constitucionais nos quais essa possibilidade não está consagrada explicitamente, em regra, geram o entendimento de que a revisão total é um limite da revisão parcial, ou seja, não pode ser efetuada pela via de revisão parcial.

1.2.1 Poder constituinte originário e poder de reforma constitucional

A idéia de poder constituinte foi introduzida pela primeira vez na França, na época da revolução, sendo apresentada de forma original pelo padre Emanuel Joseph Sieyès, no panfleto político-revolucionário *Qu'est-ce que lê Tiers État*. Foi Sieyès que desenvolveu o conceito de nação como povo, como unidade política. Para ele, nação é um “corpo de associados que vivem sob uma lei comum e são representados pela mesma legislatura”, ou seja, um corpo capaz de estabelecer sua organização política e seu ordenamento jurídico, ou ainda elaborar e pôr em vigor sua Constituição.²⁴

O poder constituinte originário pode ser conceituado como a capacidade de um povo de criar e recriar sua Constituição, a faculdade de dar a si mesmo, de forma autônoma e livre,

²³ CANOTILHO, op. cit., 1992, pp. 1140-1.

²⁴ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: Qu'est-ce que lê Tiers État*. Trad. Norma Azeredo. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1998, p. 69. Segundo Sieyès, “a nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, é a própria lei. Antes dela e acima dela, só existe o direito natural [...]. As leis constitucionais são chamadas fundamentais não no sentido de que possam tornar-se independentes da vontade nacional, mas porque os corpos que existem e agem por elas não as podem tocar. Em cada parte, a Constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte. Nenhuma espécie de poder delegado pode mudar nada nas condições de sua delegação. É nesse sentido que as leis constitucionais são fundamentais. As primeiras, as que estabelecem a legislatura, são fundadas pela vontade nacional antes de qualquer Constituição; formam seu primeiro grau. As segundas, as demais leis positivas, devem ser estabelecidas por vontade representativa”.

as bases de sua organização política e de seu ordenamento jurídico, sujeitando tanto governantes quanto governados, com vistas à realização do bem comum.

Carl Schmitt²⁵ considera que o poder constituinte existe no povo, na nação, sempre latente, o qual nunca submete sua existência política a uma formulação final. Aduz, ainda que,

o povo, a nação, segue sendo o fundamento de todo o acontecer político, a fonte de toda força que se manifesta em formas sempre novas, que sempre tira de si novas formas e organizações, não subordinando nunca, sem embargo, sua existência política a uma formulação definitiva.

Por fim, importante destacar o pensamento do ilustre doutrinador Jorge Miranda, para quem um poder constituinte originário também aparece quando se verifica o fenômeno denominado de transição constitucional, que pode ser conceituado como substituição de uma Constituição por outra, a passagem para uma nova Constituição, pela alteração de princípios fundamentais, por via de processo de revisão constitucional.²⁶

A idéia de poder de reforma constitucional ou poder constituinte instituído ou, ainda, poder derivado surge com as Constituições modernas, pois, a partir daí, a tese da imutabilidade começa a ser abandonada, desenvolvendo-se a tese da permanência, da durabilidade, do fortalecimento da Constituição, com a admissão de sua modificação por meio de procedimentos difíceis, mas não tão exagerados. Nesse sentido, passou-se a aceitar e a possibilitar a alteração do conteúdo da Carta Maior diante de mudanças sociais e políticas, adaptando-a às novas realidades fáticas.

A maioria dos autores entende o poder de reforma constitucional como um poder constituinte jurídico que decorre da norma constitucional que o admite; por isso, é denominado de *poder constituinte derivado*, instituído, constituído, reformador, porque esse poder estabelece normas constitucionais, exerce a função de distribuir poderes constituídos,

²⁵ SCHMITT, op. cit., p. 97.

²⁶ MIRANDA, op. cit., 1998, p. 69.

mas está condicionado a restrições materiais, circunstanciais ou temporais impostas por normas jurídicas. Nelson Saldanha afirma que

o poder de reforma é um poder constituído de natureza distinta dos outros, pois em vez de funcionar permanentemente, como estes, em órgão positivos, existe com disponibilidade apenas expressa num dispositivo constitucional especial, pronto para se manifestar em certos transes especiais. Mas nem por isso pode ser identificado ao poder constituinte, pois este é referente a uma operação tocante à elaboração de um todo, a Constituição, e nesta operação vai seu sentido essencial.²⁷

Dessa maneira, entende-se que o poder de reforma constitucional é um poder constituído com natureza especial, pois sobrepõe aos demais poderes constituídos e não se confunde com o poder constituinte.

1.2.2 Titular do poder de reforma da Constituição

Sobre a titularidade do poder de reforma da Constituição, são três as principais teorias já desenvolvidas: a primeira, formulada por Jean-Jaques Rousseau; a segunda, por Emmanuel Sieyès; e a terceira, por Thomas Paine.

De acordo com o pensamento de Rousseau,²⁸ somente o povo congregado em assembléia tem o poder de modificar um “pacto social”, inclusive para pior. Para esse pensador, não havia limites ao poder dirigido pela vontade geral para reformar o contrato social; todavia, ele defendia a existência de limitações ao poder soberano do povo para atender ao interesse comum e a imposição de deveres ou concessão de direitos iguais a todos os cidadãos.

Segundo a teoria elaborada por Sieyès, a reforma da Constituição baseia-se na idéia de soberania nacional, pois, sendo a Constituição necessariamente elaborada pela nação, por

²⁷ SALDANHA, Nelson. *O poder constituinte*. São Paulo: RT, 1986, p. 87.

²⁸ ROUSSEAU, Jean-Jaques. *Os pensadores*. Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, especialmente o v. I, livro I, e v. 2, p. 57. Acresce em sua obra: “Não há Estado nenhum sem lei fundamental que se possa revogar, nem mesmo o pacto social, pois, se todos os cidadãos se reunissem para romper este pacto de comum acordo, não se poderia duvidar de que ele fora rompido legitimamente”.

meio de representantes a quem ela confere os poderes necessários com esse fim, apenas a própria nação, mediante seus representantes, e a qualquer tempo, pode reformar tal diploma legal.²⁹

A teoria de Thomas Paine prevaleceu na doutrina e na prática constitucional da maioria dos Estados modernos. Ao comentar essa teoria, o professor Raimundo Faoro³⁰ afirma que os constituintes brasileiros, ao importarem o modelo norte-americano, esqueceram de copiar parte do disposto no artigo V da referida Constituição-modelo, segundo o qual dois terços das assembléias dos Estados podem convocar, a qualquer tempo, uma Assembléia Constituinte paralela ao Congresso. Para fundamentar seu posicionamento, ressalta que os pensadores Locke, no período da Revolução Gloriosa, Sieyès, na Revolução Francesa, e Madison, nos Estados Unidos, ao se cogitar da união norte-americana, ensinaram que o poder constituinte originário traduz a vontade da soberania popular, enquanto o poder constituinte constituído representa apenas um acordo transacional.

No Brasil, a Constituição Federal dispõe, em seu artigo 60, que ela própria poderá ser emendada mediante proposta de, no mínimo, um terço dos membros do Congresso Nacional, Câmara de Deputados ou do Senado Federal, do presidente da República, e de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. Não está excluída a possibilidade de iniciativa e referendo popular em matéria de emenda constitucional. A Constituição brasileira prevê, ainda, que a proposta de emenda, para ser aprovada, deverá ser discutida e votada em cada

²⁹ SIEYÈS, op. cit., p. 69.

³⁰ FAORO, Raimundo. *Constituinte ou congresso com poderes constituintes. Constituição e constituinte*. São Paulo: RT, 1987, p. 18.

uma das Casas do Congresso em dois turnos, e obter, em ambas, três quintos dos votos dos respectivos membros.³¹

1.2.3 Limitações ao poder de reformar

A competência que o poder originário outorga ao poder derivado para modificar ou reformar a Constituição é limitada, devendo o poder derivado – que é um poder instituído – respeitar esses procedimentos delimitados na Carta Maior, sejam eles formais ou materiais, em grau de intensidade muito maior do que aqueles eventualmente colocados ao poder constituinte originário.

Entre os limites ditos formais, vale ressaltar aqueles relacionados ao procedimento: iniciativa, quorum, entre outros. Ao lado das limitações formais ao poder de reforma, existem os limites de conteúdo material, que dizem respeito a determinados temas e normas de certo conteúdo, tidos pelo legislador constituinte como basilares, vigas-mestras do sistema instituído. Trata-se, na verdade, de saber se o constituinte derivado pode reformar ou modificar qualquer dispositivo da Constituição. A doutrina distingue limitações explícitas e implícitas que impedem que sejam revistas as denominadas cláusulas pétreas.

O professor Jorge Miranda,³² trazendo à colação seus ensinamentos, discorre a respeito da matéria e aduz que,

mantendo-se em vigor a mesma Constituição, o poder de revisão é um poder constituído e, como tal, sujeito às normas constitucionais; quando o poder de revisão se libertasse da Constituição, nem haveria mais Constituição, nem poder de revisão, mas sim Constituição nova e poder constituinte originário. A subordinação material do poder de revisão constitucional ao poder constituinte (originário), de revisão constitucional à Constituição, é um postulado lógico: por uma banda, se o poder de revisão se deriva do poder constituinte, a revisão constitucional que realiza não pode ir contra a Constituição como totalidade instituída pelo mesmo poder constituinte; por outra banda, se a revisão constitucional é a revisão de normas constitucionais, não a feitura de uma Constituição nova, ela fica encerrada

³¹ Ver artigo 1º, parágrafo único, da CF/88 sobre a soberania popular; cf., ainda, o artigo 14, incisos II e III, que legitima o Congresso Nacional a autorizar referendo sem especificações; e artigo 49, inciso XV, que permite o referendo facultativo constitucional.

³² MIRANDA, op. cit., 1998, p. 197.

aos limites da Constituição. [...] O poder de revisão é um poder constituinte, porque diz respeito às normas constitucionais. Mas é um poder constituinte derivado, porque não consiste em fazer nova Constituinte, introduzindo princípios fundamentais em vez de outros princípios fundamentais.

Na vigência da ordem constitucional de 1988, são vedadas, expressamente, a abolição da forma federativa do Estado, os direitos e garantias individuais e a separação dos poderes (art. 60, § 4º). Ademais, ao lado dessas cláusulas pétreas explícitas, existem outros limites implícitos à reforma e que derivam do próprio espírito da Constituição.

Importante salientar ainda as palavras de Paulo Ayres Barreto,³³ que expõe com clareza a importância dos limites ao poder de reforma para a manutenção de um Estado Democrático de Direito:

Inegavelmente, a imposição de limites à reforma constitucional constitui precioso reforço ao conceito de segurança jurídica. Inexistem segurança jurídica, certeza no direito e, por conseguinte, Estado de Direito onde não estiverem configurados limites à revisão constitucional. Prestigiar os interesses permanentes, constantes, em detrimento dos episódios momentâneos é dever de toda e qualquer sociedade que se pretenda moderna, democrática, compromissada com o seu futuro.

Para Gilmar Ferreira Mendes,³⁴ a questão sobre limites da revisão constitucional somente assume dignidade política e jurídica nos modelos constitucionais dotados de um sistema de controle de constitucionalidade. Apesar de nos Estados Unidos da América o controle jurisdicional de constitucionalidade ser muito desenvolvido, não há esse controle para emendas constitucionais. Esse fenômeno decorre da extrema fiscalização do legislador ordinário para que a Constituição não seja desrespeitada; no entanto, deixa-se praticamente livre o revisor constitucional. No direito brasileiro, felizmente, não existe qualquer reserva ao controle de constitucionalidade de emenda constitucional.³⁵

³³ BARRETO, Paulo Ayres. “Emenda constitucional”. *Revista dos Tribunais* (21), 1997, pp. 160-74.

³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. “Os limites da revisão constitucional”. *Caderno de Direito Constitucional e Ciência política* (69). São Paulo: RT, out./dez. 1997, pp. 5-21.

³⁵ Nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 829 e n. 830, que tiveram como relator o Min. Moreira Alves, o STF, em acórdão de 14/04/1993, publicado no DJ de 16/09/1994, concluiu pela constitucionalidade da Emenda n. 2, de 1992, referente à antecipação do plebiscito estabelecido no artigo 2º do ADCT. Posteriormente, na ADIn

1.3 Direito adquirido e expectativa de direito

Inicialmente, é necessário tecer uma análise tanto do ponto de vista principiológico quanto conceitual da categoria jurídica fundamental do direito adquirido.

Para Miguel Reale,³⁶ direito adquirido, direito subjetivo, direito objetivo, direito positivo, situação jurídica, expectativa de direito, faculdade jurídica, poder jurídico, direito consumado, fato consumado são todas expressões jurídicas que representam categorias jurídicas, ou seja, conceitos fundamentais que compõem o instrumental, a lógica e a lingüística básica da ciência do direito. Da definição dessas categorias, isto é, da descrição de seus elementos essenciais, é possível identificar com clareza o conceito atual de direito adquirido, e dos princípios que a ele dizem respeito, tais como: princípio da segurança jurídica, princípio da certeza jurídica, princípio da irretroatividade das leis e princípio do efeito imediato das leis.

O questionamento acerca da existência ou não do direito adquirido somente pode surgir quando a lei nova passa a disciplinar matéria da lei antiga. O direito adquirido apenas será suscitado em caso de conflito de leis no tempo, quando, então, um sujeito de direito afirma possuir direito adquirido em relação a algo e, a partir daí, passa a requerer esse algo.

Limongi França³⁷ aduz que o tratamento científico desse tema se deu com a exegese francesa e a Escola Histórica Alemã, quando o estudo dos conflitos de leis no tempo se pautou, principalmente, em três teorias: a teoria do direito adquirido ou teoria clássica do

839, proposta contra a EC n. 3/93, que instituiu o Imposto Provisório sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Crédito e Direito de Natureza Financeira (IPMF), cujo relator foi o Min. Sydney Sanches, o STF, em acórdão de 15/12/1993, publicado em 18/03/1994, julgou procedente, em parte, a ação, para declarar a inconstitucionalidade da cobrança da exação no mesmo exercício financeiro, estabelecida no artigo 2º, § 2º, da citada emenda, em face de a medida lesar o princípio da anterioridade da lei instituidora de tributo e, em consequência, ultrapassar a cláusula irrestingível prevista no artigo 60, § 4º, IV, da Constituição Federal.

³⁶ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1998, pp. 190-2.

³⁷ FRANÇA, Rubens Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 284.

direito adquirido, chamada de subjetivista; a teoria dos fatos realizados; e a teoria das situações jurídicas. Tanto a teoria clássica quanto a atual teoria do direito adquirido se baseiam na noção de direito subjetivo, sendo o direito adquirido um tipo específico do direito subjetivo. Nesse sentido, Roubier³⁸ conceitua direito subjetivo como o que apresenta a mais completa prerrogativa vantajosa estipulada pelo direito objetivo em benefício dos particulares e munida de proteção judicial.

A consolidação da doutrina clássica se processa ao longo de todo o século XIX e se caracteriza, genericamente, pelo desenvolvimento e pela sistematização da matéria por vários autores do direito comparado em países como França, Itália, Alemanha, Espanha, Áustria e Portugal. Dessa forma, percebe-se que vários são os representantes da doutrina clássica, porém, Gabba é considerado como aquele que conseguiu sistematizar todo o material produzido no período, conceituando direito adquirido como

a consequência de um fato idôneo a produzi-lo em virtude da lei vigente ao tempo em que se efetuou, embora a ocasião de fazê-lo valer não tenha se apresentado antes da atuação da nova lei; e que, o império da lei então vigente, integrou-se imediatamente ao patrimônio de seu titular.³⁹

Após a obra-síntese de Gabba, a doutrina clássica passou a sofrer várias críticas e propostas de substituição pela teoria das situações jurídicas, elaborada por Roubier, dentre outros.

A teoria dos fatos realizados ou consumados gozou de maior reconhecimento na Itália, sendo seu sustentáculo calcado na afirmativa de o que deveria verificar-se era se o fato jurídico havia sido realizado, e não se o direito subjetivo havia sido criado em benefício de seu titular.

A teoria de maior relevância, no entanto, é a das situações jurídicas, por sua influência no direito pátrio e pelas contribuições de sua análise no tocante à questão relativa

³⁸ ROUBIER, Paul. *Droits subjectifs et situations juridiques*. Paris: Daloz, 1963, pp.1-2; 19; 22; 36; 39.

³⁹ TOLEDO, Cláudia. *Direito adquirido e estado democrático de direito*. Curitiba: Landy, 2003, p. 146.

ao conflito de leis no tempo. Essa teoria foi elaborada com maior peso contra a teoria clássica pelo civilista francês Paul Roubier. Segundo ele, o uso da expressão *direito adquirido* é indevida não só pelo caráter restritivo do termo *direito* em comparação à situação jurídica, mas também porque seu significado é simplesmente o de direito adquirido a que lei nova não se aplique, o que, na verdade, não passa de mera afirmação do princípio da irretroatividade.⁴⁰ Aduz o autor que as situações jurídicas resultam da soma das situações subjetivas e das objetivas, ou seja, representam um complexo de direitos e deveres criados em torno de um fato ou de um estado ou ato, o qual gera efeitos jurídicos.

As situações jurídicas subjetivas são aquelas que tendem a criar mais direitos subjetivos do que deveres jurídicos, enquanto as situações jurídicas objetivas são aquelas que comportam mais deveres jurídicos do que direitos subjetivos, sendo estabelecidas não para satisfazer aos desejos dos indivíduos particularmente, mas para certas exigências de ordem pública.

Assim, em toda situação jurídica, subjetiva ou objetiva, há três características: legalidade, oponibilidade e sanção. A legalidade é a conformidade do direito objetivo legal ou judicial; oponibilidade é a característica de ser o objeto da situação jurídica inviolável às demais pessoas que não seu titular. E, por último, a sanção legalmente disposta e atualizada pelas autoridades judiciárias mediante ação judicial, aquilo que garante a satisfação do direito subjetivo ou o cumprimento do dever jurídico.⁴¹

França⁴² destaca que o ponto crucial da teoria das situações jurídicas reside no direito subjetivo e não no sujeito, pois está no modo de aplicação da lei. Essa teoria afirma o efeito imediato das leis sobre situações jurídicas. O princípio do efeito imediato das leis determina que a lei nova não atinja os fatos anteriores nem os efeitos anteriores desses fatos,

⁴⁰ ROUBIER, op. cit., pp. 51-2.

⁴¹ Idem, pp.169-70; 223-4.

⁴² FRANÇA, op. cit., pp. 270-96.

ou seja, a lei nova atua no presente, respeitando todos os efeitos produzidos no passado, a contar do dia de sua entrada em vigor, aplicando-se os efeitos futuros das situações jurídicas já criadas em curso ou a serem criadas. Portanto, é na data de entrada em vigor da lei nova que se estabelece a separação dos domínios das duas leis, lei antiga e lei nova, passando a lei nova a reger todas as situações jurídicas futuras e aquelas em curso.

1.3.1 Conceito contemporâneo de direito adquirido

O direito adquirido é aquele cujo exercício se consolidou antes da entrada em vigor da lei nova. É direito de que se goza, não exercido na vigência da lei antiga, mas que se pode exercer a qualquer tempo, inclusive na vigência da lei nova, ainda que ela tenha sofrido modificações ou tenha sido extinta.⁴³

O titular do direito adquirido pode ou não exercê-lo; essa é uma decisão discricionária a ele. Ocorre que, se o fizer, tem-se, então, direito realizado ou consumado, devidamente satisfeito; caso contrário, diz-se que o direito lhe pertence, ou seja, o sujeito tem dele o gozo, embora ainda não o tenha exercido.

O direito adquirido existe em se tratando tanto de direito subjetivo privado quanto de direito subjetivo público. Daí por que se afirmar a possibilidade de sua existência também em relação ao servidor público. Não é porque compõe a administração pública e é regido pelo Estatuto do Servidor Público no desempenho de suas funções que deixa de ser sujeito de direitos e, portanto, portador tanto de direitos subjetivos quanto de direitos adquiridos. Beviláqua⁴⁴ afirma que “os direitos adquiridos que as leis devem respeitar são vantagens individuais, ainda que ligadas ao exercício das funções públicas”. No entanto, deve-se destacar que, sendo a lei, segundo sua origem, de ordem pública e tendo efeito imediato, às

⁴³ DANTAS, Ivo. *Direito adquirido, emendas constitucionais e controle da constitucionalidade*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997, p. 37.

⁴⁴ BEVILÁQUA, op. cit., pp. 23-4.

vezes não serão determinadas situações jurídicas entendidas como geradoras de direitos adquiridos; porém, a existência desses direitos é declarada, se considerados de acordo com a nova ordem política, social e jurídica, sendo o assunto sobre o que se legisla de tamanha relevância social que não apenas são respeitados os direitos adquiridos, como também devem ser formuladas normas de transição, levando-se em conta a expectativa dos indivíduos que naquela situação jurídica se encontram.⁴⁵

No direito positivo brasileiro, o princípio do direito adquirido encontra-se expressamente declarado na Constituição de 1988, texto que traz, no mesmo inciso, limites à retroação legal, ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, conforme expresso: “XXXVI – A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.⁴⁶

A Constituição Federal de 1988 traz expresso o princípio do direito adquirido, porém não o define; este só é dado pelo legislador ordinário e pela doutrina, que, por ser legal, prima pelo caráter sintético: “Direito adquirido é aquele que seu titular pode exercer”. Nesse sentido, o significado de direito adquirido é o correspondente a seu conceito legal no direito positivo brasileiro (§ 2º do artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil), que dispõe:

A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Considerando-se adquiridos os direitos que seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixado, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outra.⁴⁷

⁴⁵ ROUBIER (op. cit., pp. 154-61) traz como exemplo de “medidas de transição legislativa” necessárias para evitar transtornos sociais a concessão de um prazo de adaptação à nova legislação.

⁴⁶ *Constituição da República Federativa do Brasil*, “Capítulo I: Dos Direitos Individuais e Coletivos”, art. 5º, inciso XXXVI. São Paulo: Fisco e Contribuinte, 1988, p. 6.

⁴⁷ Enquanto alguns autores criticam a definição, em lei ordinária, do direito adquirido, afirmando não ser de competência do legislador infraconstitucional traçar limites a princípios acolhidos pelo legislador constituinte, Limongi França considera adequado o conceito de direito adquirido ser de caráter ordinário, pois, dessa forma, ele estará sujeito a mutações e aprimoramentos, por meio da doutrina e da jurisprudência. Ademais, é de se lembrar ser da essência do texto constitucional sua apresentação sintética, nele devendo constar apenas os princípios e regras fundamentais, apoiados em valores elementares consagrados pela sociedade (op. cit., p. 194).

Clóvis Beviláqua⁴⁸ propõe a seguinte definição: direito adquirido é um bem jurídico criado por um fato capaz de produzi-lo, segundo as prescrições em lei então vigente e que, de acordo com os preceitos da mesma lei, tenha entrado para o patrimônio do titular. Nesse diapasão, resta claro que o direito adquirido integra o patrimônio jurídico, e não o econômico da pessoa, pois o direito já é da pessoa, em razão de ter cumprido todos os requisitos para adquiri-lo.

O professor Luiz Roberto Barroso⁴⁹ observa que, “embora a não-retroatividade seja regra, trata-se de princípio que somente condiciona a atividade jurídica nas hipóteses expressamente previstas na Constituição”. Acrescenta que a regra do artigo 5º, inciso XXXVI, dirige-se, originariamente, ao legislador, provocando reflexos nos órgãos judiciários e administrativos, alcançando, ainda, o constituinte derivado. Em função da não-retroação, protegida pelo artigo 60, § 4º, IV, da Constituição Federal, as emendas à Carta Maior e as leis infraconstitucionais não podem ferir o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, não atingindo, contudo, o poder constituinte originário.

Em verdade, ordenamentos jurídicos dos países da Europa continental e do Brasil passaram a reafirmar a teoria do direito adquirido, mas modificado pelas correções, esclarecimentos e avanços da teoria das situações jurídicas, especialmente no tocante ao princípio do efeito imediato das leis.⁵⁰ Todavia, o Brasil coloca-se em posição de destaque, como único país ocidental que faz referência constitucional expressa ao princípio do direito adquirido e, implicitamente, ao princípio da irretroatividade das leis, trazendo em lei ordinária o princípio do efeito imediato das leis.⁵¹ Como ensina Limongi França,⁵²

⁴⁸ BEVILÁQUA, op. cit., p. 65.

⁴⁹ BARROSO, Luis Roberto. “A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo”. In: *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 54-5.

⁵⁰ TOLEDO, op. cit., p. 189.

⁵¹ O direito adquirido tem sua trajetória histórica iniciada com a Carta Política do Império, datada de 25/03/1824, em seu Tit. VII, ao dispor sobre as garantias dos direitos civis e políticos, a qual assim dispunha: “Art. 179, § 3º: Sua disposição não terá efeito retroativo”. O artigo 11, § 3º, da Constituição da República, de 24/02/1891, vedava aos estados e à União “prescrever leis retroativas”. A Constituição de 1934, em seu artigo 113, § 3º,

nada existe de propriamente insólito no fato de ser a Constituição brasileira a única a erigir expressamente o direito adquirido como critério normativo. Com efeito, o Brasil é o país que desfruta do privilégio de, por maior tempo, haver mantido a unidade do pensamento jurídico em relação à matéria. Legatário das tradições jurídicas lusitanas que são, entre os Estados Modernos, as mais antigas do mundo, soube, sob certos aspectos, guardá-las melhor do que a própria Pátria-Mãe, de onde ser natural que, na matéria, o nosso direito esteja, pelo menos nas suas linhas fundamentais, mais evoluído do que nos outros países.

Deste pensamento, Limongi França⁵³ entende que o direito brasileiro assimilou, em suas linhas gerais, o que existe de melhor no desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial do direito intertemporal, consagrando três elementos: a aceitação da doutrina clássica, em face da evidência do bom senso e do espírito prático que a inspira; a consagração não só da irretroatividade, mas do próprio direito adquirido como regra constitucional; e a absorção, possível e necessária, a despeito de adotada por autores contrários à doutrina tradicional, de regra do efeito imediato.

1.3.2 Direito adquirido, expectativa de direito e normas de transição

Para melhor caracterizar o direito adquirido, faz-se necessária também a conceituação do que seja expectativa de direito. Segundo a breve distinção traçada pelo professor Caio Mário da Silva,⁵⁴ “enquanto direito adquirido é a consequência de um fato aquisitivo que se realizou por inteiro, a expectativa de direito traduz uma simples esperança, resulta de um fato aquisitivo incompleto”.

dispunha: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. A Carta de 1937 é omissa. A Constituição de 1946, que marcou a redemocratização, em seu artigo 141, § 3º, repete o texto de 1934. Mesmo a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional n. 1, de 1969, que vigoraram durante o regime ditatorial, asseguram, ainda que formalmente, o princípio do direito adquirido no artigo 149, inciso IX (CF/67): “A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros [...], nos seguintes termos: [...] respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada”. O artigo 153, § 3º, EC n. 1, de 1969: “A Constituição assegura [...], nos termos seguintes: [...] §3º. A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

⁵² FRANÇA, op. cit., p. 191.

⁵³ Idem, p. 265.

⁵⁴ SILVA, Caio Mário. *Instituições do direito civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1995, v. I, p. 75.

A expectativa de direito configura-se por uma seqüência de elementos constitutivos, cuja aquisição faz-se gradativamente; portanto, não se trata de um fato jurídico que provoca instantaneamente a aquisição de um direito. O direito está em formação e constitui-se quando o último elemento advém. Se houve fatos adequados para a sua aquisição, que, contudo, ainda depende de outros não ocorridos, caracteriza-se uma situação jurídica preliminar; logo, o interessado tem expectativa de alcançar o direito em formação ou não.

Limongi França,⁵⁵ seguindo a definição de Gabba, atesta que a diferença entre direito adquirido e expectativa de direito reside na existência, em relação a este, do fato aquisitivo específico, já configurado por completo. O fato aquisitivo, por sua vez, pode ser um fato particular, exógeno à lei, ou estar contido na própria lei. Nesse sentido, há casos em que a lei contém o fato aquisitivo específico, mas a aquisição do direito fica na dependência do preenchimento de um requisito exterior.

José Afonso da Silva⁵⁶ entende que a expectativa de direito assegura apenas que, se a prerrogativa jurídica existente antes da lei nova não consistia em direito subjetivo, o único capaz de tornar-se adquirido se a lei nova vem alterar as bases normativas sobre os quais foi constituído, mas de “interesse jurídico simples, mera expectativa de direito ou mesmo interesse legítimo”, não se transforma em direito adquirido pelo simples advento da lei nova.⁵⁷

Luís Roberto Barroso entende que a “expectativa de direito identifica a situação em que o fato aquisitivo do direito ainda não se completou quando sobrevém uma nova norma alterando o tratamento jurídico da matéria”. Nesse contexto, o “efeito previsto na norma não

⁵⁵ FRANÇA, op. cit., p. 224.

⁵⁶ SILVA, José Afonso, op. cit., 2000, p. 380.

⁵⁷ Na Seguridade Social, a expectativa de direito ocorre quando o beneficiário ainda não reuniu todas as condições para adquirir o direito, que não faz parte de seu patrimônio jurídico, nem pode ser exercitado de imediato. Por exemplo, no caso do direito ao benefício de aposentadoria, somente quem possuir, simultaneamente, todos os requisitos necessários terá direito a se aposentar, pois, na falta de um dos requisitos, o titular gozará apenas de mera expectativa de direito.

se produz, pois seu fato gerador não se aperfeiçoou”.⁵⁸ Portanto, nesse caso, não há alcance da norma constitucional.

No direito adquirido, a nova norma deve respeitar a situação anterior, já definitivamente constituída. O ato jurídico perfeito está compreendido no direito adquirido, pois se formou sob o império da lei anterior, já estando consumado quando da edição da lei nova; assim, pode-se condensar o direito adquirido em cinco características: a) um fato idôneo a produzir direito, em conformidade com a lei nova; b) uma lei vigente no momento em que o fato se realize; c) a capacidade legal do agente; d) o direito já estar integrando o patrimônio jurídico da pessoa; e) não ter consumado esse direito em todos os seus efeitos.⁵⁹

No entanto, a rigidez do efeito imediato das leis sobre situações configuradoras de expectativa de direito apenas deve ser quebrada (ou seja, a lei nova incidirá, imediatamente, modificando ou extinguindo) para suprimir uma situação jurídica que se encontrava em formação, em prol de quatro princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito: o princípio da irretroatividade das leis, o princípio da certeza jurídica, o princípio da segurança jurídica e o princípio do direito adquirido.

Dessa forma, uma situação jurídica tem a formação iniciada em razão de seu caráter mais vantajoso, pois cria no sujeito expectativas e esperanças de vê-la concretizada. Pode assumir relevância social o fato de que, em caso de desconsideração, ela pode conduzir a uma instabilidade prejudicial do ponto de vista jurídico-social, que envolve, portanto, a formação

⁵⁸ BARROSO, op. cit., p. 59.

⁵⁹ O instituto do direito adquirido é muito importante para a Seguridade Social, principalmente no que concerne às aposentadorias. O segurado adquire direito à aposentadoria no momento em que reúne todos os requisitos necessários à sua obtenção. Nesse sentido, a aposentadoria será regulada pela lei vigente naquele momento, e as modificações que venham a ocorrer posteriormente não a atingirão. Nesse diapasão, se houver mudança no prazo para a concessão de certo benefício e a pessoa já tiver implementado todas as condições para requerê-lo, poder-se-ia dizer que a pessoa já adquiriu o direito à concessão do benefício. O STF tem entendimento sumulado de que, “ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade, regula-se pela lei vigente ao tempo em que o militar ou servidor civil reuniu os requisitos necessários” (Súmula 359). Passou a entender o STF que não há necessidade de a pessoa requerer a aposentadoria se já havia adquirido o direito de se aposentar (Pleno, RE 73.189-SP, relator Min. Luiz Glote, RTJ 65/435). O que deve ficar claro é que a aquisição de direito não se confunde com seu exercício.

de normas de transição que serão inseridas nos artigos da nova lei, concedendo determinado prazo para os titulares dos direitos afetados se adequarem à nova lei ou estipulando efeitos diferenciados da nova lei aos titulares de direitos por ela atingidos, mediante tratamento distinto, conforme a situação jurídica em que se encontravam quando de sua entrada em vigor.⁶⁰

Percebe-se que as normas de transição se referem à disciplina de situação jurídica, com base em expectativa de direito, não se tratando de direito adquirido nem de direito consumado, pois não se perfizeram todas as condições requeridas à sua aquisição. Nesse contexto, as normas de transição estabelecem um regime intermediário entre a lei antiga e a lei nova, atendendo ao interesse público, trazido na nova legislação; entretanto, deve-se respeitar o interesse privado presente nas situações jurídicas em curso.⁶¹

Destarte, deve ser vista com cautela a afirmação de que as normas de transição residem na “esfera da política legislativa”, que busca manter a estabilidade das relações sociais e das situações jurídicas da lei nova, a qual, por sua vez, vem atender às atuais necessidades e aos interesses da sociedade, com as situações jurídicas em curso, estabelecidas conforme a legislação anterior. As normas de transição nada mais são do que a aplicação dos

⁶⁰ Na reforma previdenciária, implementada pela Emenda Constitucional n. 20/1998, o artigo 3º da referida emenda é claro no sentido de garantir expressamente o direito adquirido das pessoas: “É assegurada a concessão de aposentadorias e pensão a qualquer tempo, aos servidores públicos e aos segurados do Regime Geral da Previdência Social, bem como a seus dependentes que, até 16/12/98, data da publicação da emenda, tenham cumprido os requisitos para a obtenção destes benefícios, com base nos critérios da legislação vigente”. Na prática, comenta o professor Martins (2000, p. 72), o direito de opção, contido nos artigos 8º e 9º da Emenda Constitucional n. 20/1998, de se observar a nova norma, provavelmente não vai ser utilizado pelas pessoas, pois a lei anterior (n. 8.213/91) era muito mais vantajosa, principalmente pelo fato de que não exigia idade mínima. A Lei n. 9.876/99, que alterou recentemente a Lei n. 8.213/91, até mesmo modificando a nova fórmula de cálculo para a concessão de benefícios – incluindo o fator previdenciário –, prevê o direito adquirido, garantindo ao segurado que até 28/11/99 tenha cumprido os requisitos para a concessão de benefício o cálculo segundo as regras até então vigentes.

⁶¹ A EC n. 20/1998, ao modificar o sistema de Previdência Social brasileiro, estipulou normas de transição do sistema previsto anteriormente pelo texto constitucional. O artigo 8º assegurou o direito à aposentadoria voluntária dos servidores públicos, prevendo critérios diferenciados para eles, em virtude do tempo de serviço já cumprido quando de sua entrada em vigor. Nesse sentido, o legislador ordinário normatizou o direito adquirido na Seguridade Social pelo artigo 122 da Lei n. 8.213/91, ao mencionar que, 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, tenha optado por permanecer em atividade.

princípios da segurança jurídica, da irretroatividade das leis, do efeito imediato das leis e do direito adquirido, elaborados com vistas à sua conjugação em relação à matéria específica, objeto de discussão e alteração, dadas as circunstâncias particulares em que se encontram.

1.4 As reformas previdenciárias e as Emendas Constitucionais n. 20/1998 e n. 41/2003

As reformas previdenciárias brasileiras se desenvolveram, até o momento, em quatro fases. A primeira fase teve início com as propostas formuladas pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados em 1992, quando o próprio constituinte denominou, com eficácia, de revisão constitucional, a partir de 1993.

A segunda reforma, que resultou na Emenda Constitucional n. 20, de 15/12/1998, tramitou pelo Congresso Nacional de 1995 a 1998 e fez alterações importantes na estrutura normativa constitucional, com grande reflexo no sistema de Seguridade Social brasileiro.

A Emenda Constitucional n. 41, de 19/12/2003, publicada no Diário Oficial de 31 de dezembro de 2003, foi a terceira reforma e se caracterizou pela rápida tramitação do processo legislativo no Congresso Nacional.⁶² Vale ressaltar, contudo, que está em vigor a Emenda Constitucional n. 47, quarta reforma da Previdência Social, de 5/12/2005, que alterou e fez algumas correções no texto constitucional da Emenda Constitucional n. 41/2003.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu limites formais e materiais ao poder constituinte derivado. As limitações formais foram impostas ao processo legislativo e dispostas nos artigos 59, I, 60, II, § 2º, e 65, parágrafo único, enquanto as limitações materiais – as cláusulas pétreas – estão expressas no artigo 60, § 4º, I, II, III, e IV, a saber: forma

⁶² BALERA, op. cit., 2003b, pp. 11-4.

federativa; voto direto, secreto, universal e periódico; separação dos poderes e direitos e garantias individuais.

As ECs n. 20/1998 e n. 41/2003 operaram mudanças que afetaram, frontalmente, o regime de todos os trabalhadores, qual seja, o Regime Geral da Previdência Social e o Regime dos Servidores Públicos, ou seja, dois regimes distintos e com características próprias.

Tais alterações introduzidas pelas reformas importaram em mudanças estruturais nos sistemas de previdência, especialmente em relação aos servidores públicos. Ademais, o novo modelo previdenciário preencheu lacunas até então existentes, **dando ênfase ao caráter contributivo e à necessidade de equilíbrio financeiro e atuarial**, além de estabelecer normas gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência nos âmbitos federal, estadual, municipal e distrital.

O professor Wagner Balera ⁶³ leciona, com pertinência, que as Emendas Constitucionais n. 20/1998 e n. 41/2003, apesar de tentarem unificar os regimes de proteção social e eliminarem diferenças entre os riscos a que estão sujeitos os trabalhadores, a despeito do regime jurídico a que pertençam, obstam a aplicação do princípio da igualdade, pois serão aplicados tratamentos distintos a situações iguais. Nesse sentido, entende que,

as diferenças existentes entre os reconhecidos regimes de proteção social devem ser gradativamente eliminadas, a fim de que a universalidade da cobertura e do atendimento (art. 194, parágrafo único, da Superlei) se veja concretizada o quanto antes.

Ademais, continua Balera, aplicar aos servidores militares somente as regras dispostas no § 7º do artigo 40 e no artigo 37, XI, da Constituição Federal contraria o objetivo principal das ECs n. 20/1998 e n. 41/2003, que é a unificação dos dois regimes existentes, vez que esta alteração criaria um regime distinto dos já existentes.⁶⁴

⁶³ BALERA, Wagner. “Aspectos gerais da reforma previdenciária”. *Revista de Direito Social*, n. 10. Porto Alegre: Nota 10, 2003a, p. 14.

⁶⁴ Ibidem.

1.4.1 Causas geradoras das reformas previdenciárias no direito brasileiro

As reformas do sistema de Seguridade Social se inserem em um contexto de rápidas e violentas transformações mundiais nos campos demográficos, econômico, político-institucional e social, conforme se viu no tópico anterior. No Brasil, uma das variáveis que estimulou o processo de reforma previdenciária foi a dinâmica demográfica, que se caracteriza com o acelerado envelhecimento populacional decorrente do aumento da longevidade e da diminuição das taxas de fecundidade, aliada a crescentes valores de expectativa de vida na data da aposentadoria. Assim temos que, a expectativa de vida do brasileiro na década de 40 era de 42 anos, passando para 71,3 anos em 2003. Ao se levar em consideração que uma pessoa que atingiu 55 anos, em 2005, tem uma expectativa de sobrevida de 24,3 anos, isto é, possivelmente viverá até os 79,3 anos, percebe-se que a questão merece cuidados. Em relação à fecundidade (número de filhos vivos tidos por mulher durante o ciclo reprodutivo), a estatística indica que o número médio caiu de 6,2 filhos, da década de 60, para três filhos na década de 80 e para 2,1, em 2003. A combinação do aumento da longevidade com a redução da fecundidade fez com que a parcela da população brasileira com mais de 60 anos passasse de 4% para 8,6%, no período de 1940 a 2000, com previsão de alcançar 15% em 2020. Para os próximos 20 anos, a expectativa é que a população com mais de 60 anos será equivalente a 20,3% e em 2020, a proporção era de 12,5%.⁶⁵

A Constituição Federal de 1988 ampliou bastante a cobertura da Previdência Social. No início da década de 90, foram concedidos benefícios sem qualquer contrapartida contributiva. O direito a um salário mínimo levou uma multidão de trabalhadores rurais que vivia em regime de economia familiar e que, basicamente, não contribuía para a Previdência

⁶⁵ Fonte estatística: IBGE, Diretoria de Pesquisa. Departamento de População e Indicadores Sociais. Elaboração: Secretaria de Previdência Social/Ministério da Previdência Social.

Social, a requer benefícios previdenciários, o que significou um aumento de 70% (setenta por cento) das aposentadorias por idade pagas pelo sistema.

Devido às mudanças constitucionais em pouco mais de uma década, o total de benefícios pagos pela Previdência Social se expandiu fortemente: cresceu de 11,6 milhões em 1988 para 23,1 milhões em 2004. No meio rural, a expansão no número de benefícios passou de quatro milhões para sete milhões. Ocorreu, também, no mesmo período, um aumento de 7,6 milhões para 16 milhões na quantidade de benefícios urbanos pagos pela Previdência Social. Esse expressivo aumento na concessão de benefícios para idosos a partir da Constituição Federal de 1988 não foi acompanhada pela expansão do ingresso de trabalhadores ativos no sistema de Seguridade Social.⁶⁶ Acresça-se, ainda, que a diminuição do número de filhos bem como a inserção da mulher no mercado de trabalho exigiram modificações no panorama de demandas de proteção social e redundaram em uma revisão nos conceitos que norteiam a estrutura dos planos de benefícios.

Além dos aspectos demográficos, as mudanças no mercado de trabalho estão intimamente relacionadas à necessidade de reforma do sistema previdenciário. No campo econômico, o desemprego estrutural é um problema crônico. Embora o Brasil tenha taxas relativamente baixas de desemprego, a informalidade e, possivelmente, o subemprego são extremamente elevados no mercado de trabalho e são fenômenos duradouros nos últimos anos. A informalidade é consequência, dentre outros fatores, dos altos encargos incidentes sobre salários no mercado formal. Mesmo mantendo um salário baixo, as empresas têm custos muito elevados com mão-de-obra. O subemprego é consequência da pressão econômica que força os indivíduos a aceitarem empregos bem abaixo de sua qualificação. Segundo Pesquisa de Emprego (PME) do IBGE, há uma tendência de aumento da participação de trabalhadores autônomos e empregados sem vínculo empregatício e uma trajetória de redução da

⁶⁶ As informações estatísticas foram retiradas do *Suplemento Histórico* e do *Boletim Estatístico de Previdência Social*, elaborados pelo Ministério da Previdência Social.

participação de trabalhadores com vínculo empregatício. Foi ainda constatado que os trabalhadores com vínculo empregatício tiveram sua participação percentual reduzida de 57,5%, em 1990, para 45,5%, em 2002. Já os trabalhadores sem vínculo empregatício passaram de 19,3%, em 1990, para 27,7%, em 2002; os trabalhadores autônomos de 18,7%, em 1990, para 22,6%, em 2002. Ressalte-se que o contingente de trabalhadores sem vínculo empregatício e os trabalhadores autônomos passou ao longo da última década por um processo de flexibilização das relações de trabalho, a partir da reestruturação das empresas. Ademais as tecnologias poupadoras de mão de obra são uma constante em um mundo de mercados competitivos e globalizados. Portanto, trata-se de um fenômeno estrutural de mercado que exige o redesenho das políticas públicas em todo o mundo, inclusive no Brasil.⁶⁷

O Brasil, ainda, convive com uma estrutura de proteção social herdada das décadas que antecederam os anos 70, pois como gestor da poupança alheia se mostrou ineficaz porque aplicou as reservas previdenciárias em projeto de interesse político, com escassa possibilidade de retorno econômico. Havia necessidade de novos mecanismos de financiamento, ou seja, o sistema de Previdência Social precisava deixar de ser custeado apenas pela contribuição dos empregados e empregadores, passando a receber contribuição de toda população, por meio do pagamento de tributos indiretos arrecadados pelo Estado, diversificando a base de financiamento do regime.

Vale ressaltar que a previdência oficial brasileira opera exclusivamente com o regime de financiamento de repartição simples, sem recursos capitalizados, ou seja, com a solidariedade entre as gerações. Mas o tipo de regime de financiamento utilizado não é o

⁶⁷ Fonte dos dados estatísticos: Pesquisa Mensal do Emprego (PME/IBGE). Elaboração: Secretaria de Previdência Social/MPS.

problema principal. A questão central é qual o limite de intervenção do Estado⁶⁸ sobre o sistema básico de Previdência Social.

O equilíbrio financeiro e atuarial é fundamental não apenas para dar segurança aos contribuintes do sistema, mas, também, para assegurar o pagamento dos benefícios àqueles que contribuíram no passado.

Em uma primeira fase de reforma, mediante a Emenda Constitucional n. 20/98, obrigou-se que a previdência passasse a ser organizada com base em critérios que preservassem o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema. Apesar das alterações feitas pela Emenda Constitucional n. 20/98 nos regimes próprios dos servidores, as medidas não foram suficientes para superar a crise que havia se instalado desde a década de 1970. E, em um cenário pós-reforma de 1998, com o envelhecimento dos quadros do funcionalismo, aumento de longevidade da população, concessão de aposentadorias precoces, de elevada idade de entrada no serviço público, aliado ao fato do país não apresentar taxas razoáveis de crescimento econômico, pagamento de aposentadorias dos servidores com características de integralidade em seus proventos e gozando de paridade entre remuneração de ativos e de inativos, o governo federal, temendo uma crise ainda maior nas finanças públicas, encaminhou ao Congresso Nacional a proposta de Emenda Constitucional que levaria a promulgação da Emenda Constitucional n. 41, em 19 de dezembro de 2003.

A par dos motivos supramencionados, a nova proposta de reforma previdenciária pretendia: a) aproximação da disciplina dos regimes próprios de previdência dos titulares de cargos efetivos, administrados pela União, distrito federal, estados e municípios, com a disciplina do Regime Geral de Previdência Social, administrado pelo INSS; b) corrigir desequilíbrios existentes nos regimes próprios de previdência social dos titulares de cargo efetivo, proporcionando maior equidade entre os regimes de Previdência Social; c)

⁶⁸ Entendemos como limite de intervenção o valor máximo que o Estado pode suportar para o pagamento dos benefícios que irão substituir os salários.

uniformizar regras, no setor público, referentes à instituição da previdência complementar, de filiação facultativa, baseada na constituição e capitalização de reservas individuais.

Registre-se que com a obrigatoriedade da busca do equilíbrio atuarial, os custos previdenciários foram mais claramente evidenciados no processo de financiamento dos planos, identificando-se mais facilmente as causas dos déficits ou superávits ao permitir melhor ajuste no financiamento dos planos. Esses custos mostravam que a necessidade de ajuste não decorreu em função da adoção do regime de repartição simples, mas de fatores variados como: a) migração de servidores vinculados ao RGPS para os regimes próprios de previdência dos servidores efetivos; b) liberação do limite de idade nos concursos públicos pela Constituição Originária de 1988; c) ausência de exigência de carência de contribuição, idade mínima e cobertura atuarial para concessão de aposentadorias; d) ausência de contribuições dos servidores civis para aposentadoria antes da regra imposta pela EC n. 3/93; e) concessão de aposentadorias integrais com utilização de tempo de serviço e não do tempo de contribuição; f) fatores políticos e gerenciais como: falta de compensação entre os regimes de previdência, desvio de recursos, concessão de benefícios sem a devida indicação da fonte de custeio.

Em virtude das considerações expendidas no parágrafo anterior, ou seja, o desequilíbrio em que ainda se encontrava o setor público, apesar das alterações já implementadas pela EC n. 20/98, é que se fez necessário um outro ajuste no sistema por meio da EC n. 41/2003.

1.4.2 Principais alterações oriundas da Emenda Constitucional n. 20/1998

A Emenda Constitucional n. 20/1998 deu nova redação ao artigo 40 da Constituição ao estabelecer o caráter contributivo e a obrigatoriedade de equilíbrio financeiro e atuarial. Este dispositivo não poderia ser aplicado aos servidores que haviam ingressado no serviço

público antes de 1998, uma vez que somente após a Constituição Federal de 1988, com a nova redação do artigo 40,⁶⁹ é que o servidor público federal passou a ter a obrigatoriedade de contribuir para a sua aposentadoria.⁷⁰ Verifica-se, assim, que, antes da atual Carta Magna, o servidor público não possuía plano de custeio, o que com o decorrer dos anos provocaria o desequilíbrio financeiro e atuarial do Regime Próprio de Previdência Social.

A emenda em questão alterou, também, a redação do artigo 201⁷¹ da Constituição originária de 1988 ao acrescentar, ao *caput*, o texto “critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial”. Modificou, ademais, a redação originária do artigo 202,⁷² que previa a regra de cálculo dos benefícios, e garantiu ao trabalhador um benefício previdenciário igual ou aproximado ao valor da contribuição. Essa alteração “desconstitucionalizou” o cálculo dos benefícios e o remeteu à regulamentação por meio da Lei ordinária n. 9.876, de 26/11/1999, que criou o fator previdenciário,⁷³ bem como alterou a sistemática de cálculo do valor dos

⁶⁹ Art. 40 da CF/88, em sua redação original: “O servidor será aposentado: I – por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrentes de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, e proporcionais nos demais casos; II – compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço; III – voluntariamente: a) aos trinta e cinco anos de serviço, se homem, e aos trinta, se mulher, com proventos integrais; b) aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais; c) aos trinta anos de serviço, se homem, e aos vinte e cinco, se mulher, com proventos proporcionais a esse tempo; d) aos sessenta e cinco anos de idade, se homem, e aos sessenta, se mulher, com proventos proporcionais”. Art. 40 da CF/88, com a redação dada pela EC 20/1998: “Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos estados, do distrito federal e dos municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo”.

⁷⁰ O entendimento do STF acerca da incidência de contribuição previdenciária sobre servidores inativos atravessou duas fases distintas. Na primeira, sob a vigência da EC n. 3/1993, a Corte Maior entendeu legítima a cobrança referida, com base no que dispunha o § 6º do artigo 40 da CF, redação dada pela emenda. No entanto, com a nova redação dada ao § 6º do artigo 40, pela EC n. 20/1998, inteiramente diversa da anterior, o STF entendeu que o novo texto deixou de admitir a cobrança relativa aos servidores inativos. Essa foi a razão pela qual a Lei federal n. 9.783/99, que instituiu a cobrança da contribuição para os servidores inativos, foi declarada inconstitucional na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.010-2-DF, relator Min. Celso de Mello (DJU, 12/04/2002).

⁷¹ Art. 201 da CF/88 com redação dada pela EC n. 20/1998: “Art. 201 – A Previdência Social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: [...]”.

⁷² Art. 202 da CF/88 em sua redação original: “Art. 202 – É assegurada aposentadoria, nos termos da lei, calculando-se o benefício sobre a média dos trinta e seis últimos salários de contribuição, corrigidos monetariamente mês a mês, e comprovada a regularidade dos reajustes dos salários de contribuição de modo a preservar seus valores reais e obedecidas as seguintes condições: [...]”.

⁷³ Em função da criação do fator previdenciário, a Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos (CNTM) impetrou a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.111-7, tendo como relator o Min. Sidney

benefícios ao conjugar fatores como idade, tempo de contribuição e expectativa de sobrevida do segurado, o que gerou, em muitos casos, redução no valor inicial do benefício.

Com a nova redação dada pela EC n. 20/1998, o artigo 202⁷⁴ da CF passou a dispor sobre a previdência privada ou a previdência complementar. Esta passou a ter “status” constitucional, o que caracterizou a inserção de mais um regime no sistema de Seguridade Social, de acordo com as seguintes características: caráter complementar, autonomia com relação ao Regime Geral de Previdência Social, exigência de reservas matemáticas, facultatividade e regulamentação por lei complementar.

Em relação ao financiamento da Seguridade Social, a Emenda Constitucional n. 20/1998 alterou a redação do artigo 195⁷⁵, inciso I e II da Carta Maior, para atender, de forma pontual, ao princípio do equilíbrio financeiro e atuarial previsto no artigo 201, com a finalidade de aumentar e diversificar a base de financiamento da Seguridade Social, além de alterar o § 8º e acrescentar os §§ 9º a 11º do mesmo dispositivo legal. Essas alterações ampliaram as fontes de custeio do regime geral acrescentado ao inciso I: a) a obrigatoriedade de contribuição pelo empregador, empresa e entidade a ela equiparada; b) as alíneas a, b, e c que determinam a cobrança de contribuições sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados à pessoa física c) sobre os decorrentes de prestação de serviço mesmo sem vínculo empregatício; d) sobre a receita ou o faturamento; e) sobre o lucro.

Sanches. A ADIN não foi conhecida no ponto em que impugna toda a Lei n. 9.876/99, com o argumento de inconstitucionalidade formal (art. 65, parágrafo único, da CF). É conhecida, porém, quanto à impugnação dos artigos 2º (na parte em que deu nova redação ao art. 29, seus incisos e parágrafos da Lei n. 8.213/91) e 3º daquele diploma, implicando em inconstitucionalidade material, por afronta aos artigos 5º, inciso XXXVI, e 201, §§ 1º e 7º, da Constituição Federal, e ao artigo 3º da EC n. 20/1998. Mas nessa parte resta indeferida a Medida Cautelar.

⁷⁴ Art. 202 da CF/88 na redação atual: “Art. 202 – O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizada de forma autônoma em relação ao Regime Geral de Previdência Social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar”.

⁷⁵ Art. 195, inciso I, da CF/88, na redação original: “Art. 195 [...] I – dos empregados, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro”.

Art. 195, I, com redação dada pela EC n. 20/1998: “Art. 195 [...] I – do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; b) a receita ou o faturamento; c) o lucro”.

No que se refere, ainda, às alterações do artigo 195, a segunda parte do inciso II isenta de contribuição os benefícios de aposentadoria e pensão concedidos pelo Regime Geral de Previdência Social, o que não condiz com o regime de financiamento adotado pela Previdência Social que é de repartição simples e não de capitalização.

A EC n. 20/1998 ainda acrescentou o § 3º ao artigo 114⁷⁶ da CF que autorizou o juiz do trabalho a executar, *ex-officio*, as contribuições sociais resultantes das sentenças proferidas. Essa alteração representou grande ajuda no combate à sonegação das contribuições sociais, pois com a delegação de competência à Justiça do Trabalho, permite-se não só definir o lançamento, mas a execução direta buscando efetivamente o recolhimento das contribuições sociais incidentes sobre acordos e decisões que proferir. Vale ressaltar, no entanto, que o juiz do trabalho deverá especificar a natureza jurídica das verbas a serem pagas, a fim de esclarecer quais verbas têm natureza salarial, de acordo com o artigo 28 da Lei n. 8.212/91, que servirão de base de incidência da contribuição previdenciária.⁷⁷

Quanto ao regime dos servidores públicos, as alterações foram significativas. Estabeleceu-se idade mínima na regra geral e na de transição; exigiu-se tempo de serviço público e no cargo público para a aposentadoria; vedou-se a contagem de tempo fictício e a promoção e a incorporação na aposentadoria e extinguiu-se a aposentadoria proporcional. Ademais, instituiu a previdência complementar e facultativa para os servidores públicos.

⁷⁶ Redação dada pela EC n. 20/1998 ao artigo 114 da CF. “Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos municípios, do distrito federal, dos estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas [...] § 3º: Compete ainda à Justiça do Trabalho executar, de ofício, as contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir”. (Incluído pela Emenda Constitucional 20/1998.)

⁷⁷ Para o ilustre prof. Osvaldo de Souza Santos Filho, “A base de cálculo das contribuições previdenciárias (arrecadadas pelo INSS) são: o salário-de-contribuição para os trabalhadores e a folha de salários e demais rendimentos para os tomadores de serviço (FILHO. Osvaldo de Souza Santos. “Execuções das contribuições previdenciárias na Justiça do Trabalho: mudanças na forma de cobrança”. *Revista de Direito Social*, n. 16. Porto Alegre: Nota dez, 2004, pp. 73-82). Sobre o tema ver, também, MANUS, Pedro Paulo Teixeira. “Execução de contribuição previdenciária na Justiça do Trabalho – Aspectos materiais: natureza jurídica das verbas trabalhistas”. *Revista de Direito Social*, n. 16. Porto Alegre: Nota 10, 2004, pp. 83-90. Ver PACHECO, Iara Alves Cordeiro. “A competência da Justiça do Trabalho e a Emenda Constitucional n. 20/1998”. *Revista de Previdência Social*, n. 240. São Paulo: LTR, nov./2000, pp. 1055-68.

Nesse sentido, o § 1º do artigo 40 do diploma legal, com redação dada pelo artigo 8º da EC n. 20/1998, prevê os critérios para os servidores que deverão aposentar-se compulsoriamente aos setenta anos de idade e, voluntariamente, desde que tenham cumprido dez anos de efetivo exercício público e contar com cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observando-se, ainda, a idade de 60 anos e 35 anos de contribuição, se homem, reduzido em cinco anos na idade e no tempo de contribuição se mulher, para a aposentadoria integral. Para a aposentadoria proporcional ao tempo de serviço, deverá o homem ter 65 anos de idade e a mulher, sessenta anos de idade. Vale ressaltar que essa Emenda Constitucional retirou o direito à aposentadoria especial dos professores universitários, manteve, porém, o benefício somente para os segurados que comprovem, exclusivamente, tempo efetivo de magistério na educação infantil, nos ensinos fundamental e médio.

Da análise acima, conclui-se que a Emenda Constitucional n. 20/1998 não foi eficaz quanto à obrigatoriedade de equilíbrio financeiro e atuarial para o Regime Próprio dos Servidores Públicos, porque antes da Constituição de 1988 o servidor público não era obrigado a contribuir para sua aposentadoria, passando a ter obrigatoriedade somente após a EC n. 3/93. Ademais, enquanto a base de financiamento do Regime Geral de Previdência Social é financiada pelo conjunto formado por sociedade, trabalhadores e empregadores, pelo orçamento da União, dos estados, do distrito federal e dos municípios (art. 195 da CF/88), o Regime Próprio dos Servidores Públicos⁷⁸ era financiado, antes da Emenda Constitucional n.

⁷⁸ A professora Heloisa Hernandez Derzi conceitua servidor como um “funcionário legalmente qualificado e habilitado a exercer funções típicas de Estado; sua atividade profissional é dedicada exclusivamente ao Estado, que, por sua vez, rende serviços à sociedade sem finalidade lucrativa. O servidor, conforme dissemos, é um produtor de serviços públicos, e não mero consumidor, o seu contrato de trabalho não é livremente negociado com o poder público: o ingresso e o valor da remuneração do cargo são fixados por lei; não há política salarial, prêmios, incentivos, horas extras, aviso prévio ou FGTS” (“A Emenda Constitucional n. 20/1998 e a reforma da previdência no Brasil”. *Revista de Direito Social*. Ano 1, n. 1.2. Porto Alegre: Nota 10, 2001, pp. 24-7.

41/2003, pelos servidores da ativa e pelo Estado. Nesse sentido, são evidentes as diferenças existentes entre os regimes de Seguridade Social dispostos na Constituição Federal.

Resta claro, por conseguinte, que a aposentadoria do servidor público federal que ingressou no serviço público antes da Emenda Constitucional n. 20/1998, pelas especificidades de sua relação profissional com o Estado, não atende ao preceito constitucional que determina o equilíbrio financeiro e atuarial de seu regime de previdência.

Apesar de concordar com a premissa do legislador reformador da necessidade de mudanças nos regimes previdenciários com finalidade precípua de tornar eficaz o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, defendo, outrossim, que em respeito aos princípios e garantias fundamentais constitucionais norteadores da Seguridade Social conjugado com o princípio da segurança jurídica, as alterações impostas pela Emenda Constitucional n. 20/1998 para o regime próprio de previdência dos servidores públicos só poderiam ser aplicadas aos servidores que ingressaram no serviço público após a data de promulgação da Emenda, sob pena de violar a essência do regime jurídico dos servidores criado pelo poder constituinte originário.

Destarte, apesar de reconhecer que as alterações introduzidas pela EC n. 20 foram imprescindíveis, falhou o legislador derivado quando não atacou questões estruturais do sistema previdenciário como: constituição de fundos de capitalização obrigatórios, unificação dos regimes geral e do servidor, implementação de política de ingresso e controle dos segurados da atividade informal no sistema de seguridade social, implantação de limite de idade mínima à aposentadoria voluntária e unificação do tempo de aquisição de benefício ao homem e à mulher, urbano e rural.

1.4.3 Principais alterações oriundas da Emenda Constitucional n. 41/2003

A Emenda Constitucional n. 41, de 19/12/2003, alterou os dispositivos constitucionais previstos nos artigos 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 e revogou o inciso IX do § 3º do artigo 142 da Constituição Federal.

A EC n. 41/2003 modificou, substancialmente, as regras de concessão de benefícios aos integrantes dos regimes próprios de Previdência Social, quais sejam: servidores públicos, membros da Magistratura, do Ministério Público e servidores militares das Forças Armadas. No que se refere ao Regime Geral de Previdência Social, a referida emenda limitou-se a alterar o limite máximo do salário de contribuição.

A primeira alteração introduzida pela reforma refere-se ao valor da remuneração mensal dos servidores públicos. Veja o que diz a nova redação do artigo 37, inciso XI, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 37 [...]

XI – a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 41, de 19/12/2003).

Com essa alteração, o legislador constituinte estabeleceu subtetos diferenciados para os entes da Federação. O teto máximo adotado como referência, no setor público, foi a maior remuneração do ministro do Supremo Tribunal Federal. Nos estados e no distrito federal, o teto máximo dos servidores não poderá exceder a remuneração do governador no Executivo; a

remuneração máxima será a dos deputados estaduais, no Legislativo. No Poder Judiciário, o valor máximo é o subsídio dos desembargadores dos Tribunais de Justiça, limitado a 90,25% da remuneração mensal do ministro do Supremo Tribunal Federal.

Nos municípios, o limite máximo da remuneração dos servidores municipais passou a ser o salário do prefeito, exceto os dos procuradores municipais, defensores públicos e membros do Ministério Público, os quais estão submetidos aos limites impostos aos desembargadores dos Tribunais de Justiça.

Apesar dessa alteração constitucional ser auto-aplicável, uma vez que o valor do teto se encontra prefixado no dispositivo constitucional que dispensa edição de lei infraconstitucional,⁷⁹ há controvérsia quanto ao estabelecimento do teto pelo Supremo Tribunal Federal no que diz respeito ao valor do subsídio mensal de seus ministros. Isto porque deveria haver a definição das parcelas a serem consideradas para a fixação do valor. Em função dessa controvérsia, a Emenda Constitucional regulamentou, transitoriamente, a matéria e definiu em seu artigo 8º que:

Até que seja fixado o valor do subsídio de que trata o artigo 37, XI, da Constituição federal, será considerado, para fins do limite fixado naquele inciso, o valor a maior remuneração atribuída por lei na data de publicação desta Emenda a Ministro do Supremo Tribunal Federal, a título de vencimento, de representação mensal e da parcela recebida em razão do tempo de serviço [...].

As regras de concessão do benefício de pensão por morte dispostas no artigo 40, § 7º, incisos I e II, também foram alteradas pela Emenda Constitucional n. 41/2003.⁸⁰ De acordo

⁷⁹ O governo federal regulamentou o dispositivo constitucional, por meio de Orientação Normativa do Ministério da Previdência Social n. 1, de 06/01/2004, publicado no Diário Oficial da União em 07/01/2004, com o objetivo de uniformizar os procedimentos da matéria nos entes federados.

⁸⁰ O artigo 40, § 7º, incisos I e II, ficou com a seguinte alteração após a EC n. 41/2006: “Art. 40. [...] § 7º – Lei disporá sobre a concessão do benefício de pensão por morte, que será igual: I – ao valor da totalidade dos proventos do servidor falecido, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social de que trata o artigo 201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso aposentado à data do óbito; ou [...] II – ao valor da totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu o falecimento, até o limite máximo estabelecidos para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social de que trata o artigo 201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso em atividade na data do óbito”. Estes dispositivos constitucionais são auto-aplicáveis quanto ao que se

com a nova regulamentação, a renda mensal inicial dos benefícios de pensão concedida a partir de 31/12/2003 sofrerá uma redução se o valor dos proventos do ex-servidor ultrapassar o teto máximo disposto no artigo 201 da Constituição Federal. Esse dispositivo trata diferentemente a situação do servidor que vier a falecer em atividade (a pensão será calculada sobre a totalidade de sua remuneração na data do óbito, concedendo significativa vantagem a seus dependentes) e do segurado que vier a falecer após a concessão de sua aposentadoria (a pensão será calculada sobre seus proventos, o que implica uma limitação de 70% sobre o montante da remuneração que ultrapassar o “teto” do pagamento dos benefícios pelo INSS).⁸¹

Assim, verifica-se diferença de tratamento para a concessão de um benefício que tem o mesmo fato gerador, o evento morte, ou seja, diferença de tratamento entre a base de cálculo da pensão do servidor aposentado e do servidor em atividade. Dessa forma, confirma-se uma afronta direta ao princípio da isonomia estampado no artigo 5º da Constituição Federal.

A EC n. 41/2003 garantiu, também, aos pensionistas o direito adquirido de aplicação das regras antigas aos dependentes dos servidores falecidos até o dia 20/06/2004, véspera da data de entrada em vigor da Lei n. 10.887/2004.

O § 19, acrescentado ao artigo 40 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 41/2003, criou um abono de permanência para incentivar os servidores que completarem as exigências para a aposentadoria voluntária a permanecerem em atividade.⁸² A criação do abono visa garantir a economia para o orçamento do regime próprio, pois, se o servidor permanecer com direito à aposentadoria, no trabalho, o sistema economiza duas vezes: por

refere ao valor do benefício, só necessitando de lei infraconstitucional à regulamentação dos requisitos e critérios para a concessão do benefício.

⁸¹ A nova regra para o cálculo das pensões aplica-se aos dependentes do servidor que falecer a partir do dia seguinte à entrada em vigor da Lei n. 10.887/2004, (art. 2º), mesmo que o servidor tenha se aposentado ou adquirido direito à aposentadoria sob a égide das normas anteriores à publicação da emenda.

⁸² “Art. 40 [...] § 19: O servidor de que trata este artigo que tenha completado as exigências para a aposentadoria voluntária estabelecidas no § 1º, III, ‘a’, e que opte por permanecer em atividade fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor de sua contribuição previdenciária até completar as exigências para a aposentadoria compulsória contidas no § 1º, II.” (Incluído pela Emenda Constitucional n. 41, de 19/12/2003).

não ter de pagar aposentadoria e por não ter de pagar remuneração para o servidor que for investido no cargo público no lugar daquele que se aposentou.

A EC n. 41/2003 também deu nova redação ao § 15 do artigo 40 da Carta Maior ao impôs que os entes federados deverão instituir regime complementar para aqueles servidores que desejarem receber benefícios superiores ao teto estabelecido para os segurados do Regime Geral de Previdência Social. Esclareça-se que se trata de norma constitucional de eficácia limitada, pois só poderá ser aplicada após a instituição de regime complementar de previdência.

O artigo 4º da Emenda Constitucional n. 41/2003 impõe aos servidores públicos já aposentados na data da promulgação da emenda, bem como àqueles que já tivessem cumprido, até essa data, todos os requisitos para a obtenção do benefício, a obrigação de recolherem contribuição previdenciária no mesmo percentual estabelecido para os servidores ativos, titulares de cargos efetivos.

Ora, os servidores aposentados ou aqueles que reuniam os requisitos necessários à inatividade antes da promulgação da emenda estavam submetidos a regime não-contributivo ou solidário (antes da EC n. 20/1998) ou a regime tão-somente contributivo (após a vigência da citada emenda). Em decorrência de tais circunstâncias, haviam incorporado a seu patrimônio o direito de não contribuir para a Previdência Social.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu reiteradas vezes que a lei aplicável à aposentadoria é a lei vigente ao tempo em que se dá ou em que o servidor tenha preenchido os requisitos necessários para o respectivo requerimento. Aliás, a Suprema Corte brasileira já sedimentou o entendimento supracitado sufragado na Súmula n. 359, cujo teor é de extrema importância para a questão da aplicação das leis regedoras da aposentadoria do servidor, *in verbis*:

Ressalvada a revisão prevista em Lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou servidor civil reuniu os requisitos necessários, inclusive a apresentação do requerimento quando a inatividade for voluntária.

Importante salientar a relevância da pacificada jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal, segundo a qual a “lei que regula a aposentadoria e a reforma é a vigente ao tempo em que elas ocorreram” (RE 15.587-DF, rel. Min. Lafayette de Andrada, DJ de 23/11/1950, p. 10.598), ou seja, o servidor público aposentado que já reúne os requisitos para se aposentar tem o direito adquirido ao regime jurídico de aposentadoria vigente à época em que se tenha aposentado ou que poderia se aposentar.

A norma atacada, na realidade, mais do que desrespeitar o direito adquirido (e aqui, no caso daqueles que, podendo exercê-lo, deixaram para fazê-lo mais tarde), atingiu direito subjetivo já exercido (no caso de servidores já aposentados na data da EC n. 41/2003), fato que se caracteriza por uma situação jurídica definitivamente constituída, transformando-se, portanto, em novo tipo de relação jurídica, que não pode ser desfeita nem meramente modificada. Nesse sentido, o ministro Sepúlveda Pertence, em voto proferido nos autos do Mandado de Segurança n. 23.047-DF, consignou, de forma precisa, que nem contra a lei ordinária superveniente há direito adquirido a um determinado regime jurídico objetivo, mas apenas a preservação das situações subjetivas favoráveis já constituídas, com base nele, por quem haja satisfeito os pressupostos respectivos. Direito adquirido é, assim, no entendimento dos aplicadores da lei, aquele que já foi incorporado ao patrimônio do titular e, no momento da entrada em vigor da lei nova, não pode ser atingido, porque está sob a proteção do inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal.

A doutrina distingue o direito adquirido do direito realizado (ato jurídico perfeito). O titular do direito subjetivo pode exercê-lo de imediato ou deixar para exercê-lo mais tarde. Na

segunda hipótese, sobrevindo lei nova, esta não pode atuar sobre direito já incorporado ao patrimônio de seu titular para ser exercido quando lhe convier.

José Afonso da Silva,⁸³ em parecer solicitado pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público e pela Associação dos Magistrados Brasileiros, argumenta que

o direito subjetivo não é direito meramente adquirido, porque passa a ser uma situação jurídica subjetiva definitivamente constituída, em que se conjugam os direitos adquiridos com o ato jurídico perfeito, transmudando-se, portanto, em novo tipo de relação jurídica, que não pode desfazer-se nem ser simplesmente modificada em qualquer de seus elementos.

Em outras palavras, direito adquirido é aquele direito subjetivo que já foi exercido e que se tornou situação definitivamente constituída. Assim, aquele que tinha o direito de se aposentar, e efetivamente o exerceu, tem um direito consumado. Nessa hipótese, a realização do direito gera situação jurídica mais forte do que o direito adquirido, porque ao direito subjetivo se soma um ato do Poder Público que consolida essa situação jurídica subjetiva com a força inderrogável do ato jurídico perfeito.

No mesmo sentido, leciona o professor Celso Antonio Bandeira de Melo,⁸⁴ em parecer fornecido à Associação Nacional dos Membros do Ministério Público:

Os pensionistas e os aposentados, além de se encontrarem sob proteção do direito adquirido, também estavam abrigados pelo ato jurídico perfeito. Com efeito, as aposentadorias e as pensões, uma vez deferidos, evidentemente também se constituem em atos jurídicos perfeitos, a teor do artigo 6º, § 1º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto n. 4.657, de 4/9/1942).

Por conseguinte, o artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal preceitua que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. **Conclui-se,**

⁸³ SILVA, José Afonso da, op. cit., 2004, pp. 421-8.

⁸⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. “Parecer”. In: MODESTO, Paulo (org.). *Reforma da previdência – análise e crítica da emenda constitucional n. 41/2003 (doutrina, pareceres e normas selecionadas)*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, pp. 41-45.

portanto, estar incluída nesse preceito constitucional a espécie normativa emenda constitucional, que não poderá prejudicar sobretudo o ato jurídico perfeito.

Ora, no regime anterior, seja por força do artigo 40, inciso III, a aposentadoria voluntária com proventos integrais ou nas demais hipóteses dos incisos I e II, por força da Emenda Constitucional n. 20/1998 (art. 8º), permitiu-se a quem preenchesse seus pressupostos adquirir direitos ou consolidá-los. Assim, adquirido ou consolidado o direito, a Emenda Constitucional não poderá atingi-lo, conforme disposição do § 4º, inciso IV, do artigo 60 da Constituição Federal: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir [...] os direitos e garantias individuais”.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em ações em que a contribuição era cobrada de servidores inativos de alguns estados da Federação, entendeu por seu não-cabimento, porque deveria ser respeitada a legislação vigente na data da aposentadoria. É o que se vê do julgado do Ministro Vicente Leal, publicado no DJ de 01/08/2000:

Constitucional. Administrativo. Mandado de segurança. Servidores inativos. Proventos de aposentadoria. Contribuição previdenciária obrigatória. Desconto. Lei estadual 12.278/96. Ilegalidade.

Se os proventos de aposentadoria regem-se pela legislação vigente à época em que se deu a inatividade, é estreme de dúvidas que a contribuição previdenciária obrigatória não incide sobre os proventos dos servidores inativos, sob pena de violação aos princípios constitucionais do direito adquirido e do ato jurídico perfeito e acabado. Recurso ordinário provido.

No mesmo sentido encontra-se o Recurso em Mandado de Segurança:

Administrativo. Previdenciário. Servidor estadual inativo. Proventos. Contribuição previdenciária. Cobrança indevida.

Esta Corte já firmou jurisprudência sobre a impossibilidade de os proventos de servidores inativos sofrerem descontos de contribuição previdenciária, até porque a aposentadoria é regida pela legislação vigente à época em que o servidor implementou as condições para obtê-la (RMS 10.842/GO, DJ 20/03/2000, rel. Min. Garcia Vieira. Recurso Provido).

Ao desrespeitar o direito subjetivo incorporado ao patrimônio jurídico dos servidores públicos aposentados ou inativos e dos que poderiam aposentar-se até 19/12/2003, o artigo 4º

da Emenda Constitucional n. 41/2003 desrespeitou a garantia individual do direito adquirido, estabelecida no inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal, e, conseqüentemente, afrontou a cláusula pétrea inscrita no inciso IV do § 4º do artigo 60 da mesma Carta Maior. Portanto, torna-se clara a inconstitucionalidade do dispositivo aqui impugnado.

Ademais, o artigo 37, inciso XV, da Constituição Federal dispõe que “os subsídios e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos artigos 39, § 4º, 150, inciso II, 153, inciso III, e 153, § 2º, I”.

A irredutibilidade de vencimentos é um direito outorgado pela própria Constituição a partir do momento em que se preenche o requisito para se tornar ocupante de cargo ou emprego público, ou seja, no momento da investidura em cargo ou emprego público. Essa mesma irredutibilidade repercute, também, nos proventos e nas pensões dos servidores inativos e pensionistas, conforme disposto nos §§ 3º e 7º do artigo 40 da Carta Magna que assim dispõe, respectivamente:

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

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

Nesse sentido, as aposentadorias e as pensões, uma vez deferidas, constituem-se em atos jurídicos perfeitos e são, portanto, intocáveis a teor do artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Sobre essa discussão, o professor Wagner Balera⁸⁵ aduz que:

⁸⁵ BALERA, op. cit., 2003b, p. 35. Sobre o tema, ver PIERDONÁ, Zélia Luiza. “Direito adquirido e direito acumulado”. *Revista de Direito Social*, n. 16. Porto Alegre: Nota 10, 2003b.

Entendo que não pode a emenda à Constituição, em virtude do princípio da irredutibilidade, provocar diminuição nos proventos da inatividade mediante critérios que, adredemente, tornem impossível a obtenção de padrão de vida digno do trabalhador. De igual modo, Emenda Constitucional não é veículo idôneo para repercutir de modo instantâneo sobre cláusulas imodificáveis.

José Afonso da Silva⁸⁶ também se manifestou quanto à redação do parágrafo único do artigo 4º da Emenda Constitucional n. 41/2003. Para ele, este dispositivo está eivado de vícios de inconstitucionalidade por afrontar o princípio da isonomia constitucional (art. 5º, caput, da CF).

Art. 4º – [...] parágrafo único – A contribuição previdenciária a que se refere o caput incidirá apenas sobre a parcela dos proventos e das pensões que supere: I – Cinquenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social de que trata o artigo 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas dos estados, do distrito federal e dos municípios; II – sessenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social de que trata o artigo 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas da União.⁸⁷

Para o professor Balera existe no dispositivo supramencionado tratamento diferenciado no desconto da contribuição entre dois grupos de servidores inativos:

Para um grupo, que denominaremos primeiro grupo, a contribuição dos servidores que se aposentarem depois da publicação da emenda, nos termos do artigo 40 § 18, incidirá descontos sobre o valor dos proventos que superem o limite de R\$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais), que é o limite máximo estabelecido para os benefícios dos segurados filiados ao Regime Geral de Previdência Social de que trata o artigo 201 da Constituição Federal. Quer dizer que o servidor que se aposentou após a edição da Emenda Constitucional n. 41, de 19/12/2003, só sofrerá incidência, ou seja, desconto de contribuição previdenciária sobre o valor que exceder ao limite de R\$ 2.400,00; assim, quem se aposentar com proventos até R\$ 2.400,00 não sofrerá incidência previdenciária, ou seja, não terá desconto de contribuição previdenciária.

Para um segundo grupo, que são os atuais inativos, aqueles que já estavam inativos ou aposentados na data da publicação da Emenda Constitucional n. 41, de 19/12/2003, terão ônus mais elevados e ainda com diferença de tratamento conforme se trate de servidores estaduais, distritais ou municipais, ou de servidores federais. Assim, temos: servidores da União (federais) pagarão contribuição, ou terão descontos sobre a parcela que exceder o limite de sessenta por cento de R\$ 2.400,00, ou seja, passarão a sofrer incidência a partir de valores iguais ou superiores a R\$ 1.440,00. Já os servidores inativos dos estados, do distrito federal e

⁸⁶ SILVA, José Afonso da. “Parecer complementar”. In: MODESTO, Paulo (org.). *Reforma da previdência – análise e crítica da emenda constitucional 41/2003 (doutrina, pareceres e normas selecionadas)*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, pp- 421-8.

⁸⁷ Ibidem.

dos municípios pagarão contribuição ou terão descontos sobre a parcela que exceder cinquenta por cento de R\$ 2.400,00, ou seja, passarão a sofrer incidência a partir de valores iguais ou superiores a R\$ 1.200,00.

O professor José Afonso da Silva⁸⁸ faz os seguintes comentários a respeito do tema:

Quando se diz que a lei não pode distinguir, isso não significa que a lei deva tratar todos abstratamente iguais, pois o tratamento igual se dirige àquelas pelo que são iguais sob certos aspectos tomados em consideração pela norma. O legislador confere vantagens ou impõe ônus a pessoas em razão das circunstâncias ou situações em que elas se encontram e funda sobre esses aspectos ou elementos as categorias estabelecidas pelas normas jurídicas: por consequência, as pessoas que apresentam os aspectos “essenciais” previstos por essas normas são consideradas se se encontrarem nas “situações idênticas”, ainda que possam diferir por outros aspectos ignorados ou irrelevantes. No caso em exame, o aspecto “essencial” tomado pelo legislador constituinte derivado são os proventos da aposentadoria de servidores públicos. As pessoas (servidores públicos) são consideradas em situações idênticas, em razão de serem titulares de proventos de aposentadoria.

Portanto, pode-se vislumbrar, claramente, a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo impugnado por afrontar a regra da igualdade constante no artigo 5º, que veda distinção de qualquer natureza, além de ofender o princípio disposto no artigo 150,⁸⁹ inciso II, que veda tratamento desigual entre contribuintes que se encontram em situação equivalente.

O artigo 4º da Emenda Constitucional n. 41/2003 afronta o disposto no inciso XXXVI do artigo 5º c/c inciso IV do § 4º do artigo 60 da Constituição Federal, pois viola direito adquirido daqueles que, à época da promulgação da referida emenda, já estavam aposentados (inativos), ou detinham condições para se aposentar, ou seja, desrespeita uma situação jurídica definitivamente constituída, transformando-se, portanto, em um novo tipo de relação jurídica que não pode ser desfeita nem meramente modificada. De acordo com o preceito “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”,

⁸⁸ Ibidem.

⁸⁹ Aduz o art. 150: “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos estados, ao distrito federal e aos municípios: [...] II – instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos”.

conclui-se que está incluída nesse preceito constitucional a espécie normativa *emenda constitucional*, que não poderá prejudicar, sobretudo, o ato jurídico perfeito.

Ofende, ainda, o princípio da irredutibilidade da remuneração, consagrado no artigo 37, inciso XV, da Carta Maior, que dispõe que os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis. Essa irredutibilidade repercute também nos proventos e nas pensões dos servidores inativos e pensionistas, conforme dispõem os §§ 3º e 7º do artigo 40 da Constituição Federal.

Por fim, o artigo 4º, parágrafo único, incisos I e II, da Emenda Constitucional n. 41/2003, apresenta vícios de inconstitucionalidade por afrontar o inciso II do artigo 150 do diploma legal, instituindo tratamento desigual entre contribuintes que se encontram em situações equivalentes, contrariando, ainda, o disposto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, que assegura igualdade perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Para o professor Luís Roberto Barroso,⁹⁰ as mudanças nas regras de aposentadoria e pensão procedidas pela EC n. 41/2003 são constitucionais⁹¹ e legítimas, pois abrem caminho para a implantação do modelo universal no qual se combina previdência social básica, estatal, de filiação obrigatória, em regime de repartição simples, com previdência complementar, pública e privada, de caráter facultativo, em regime de capitalização.

Vale ressaltar, finalmente, que as alterações feitas pela EC n. 41/2003 extinguiu a integralidade dos proventos e pensões que deixaram de corresponder à totalidade da remuneração do cargo efetivo exercido pelo servidor por ocasião da aposentadoria, pois passaram a ser calculadas com base na média da remuneração sobre a qual se deu a contribuição. Outrossim, abandonou, também, o princípio da paridade, uma vez que a partir

⁹⁰ BARROSO, op. cit., 2004, pp- 108-44.

⁹¹ O STF julgou constitucional o desconto das contribuições previdenciária na ADIN n. 3.105-8DF, relatora original Min. Ellen Gracie, relator para o Acórdão Min. Cezar Peluso. Argumentação legal com base nos seguintes artigos e incisos: 5º, XXXVI; 146, III; 149; 150, I e II; 194; 195, *caput*, II e § 6, da CF, e art. 4º, *caput*, da EC n. 41/2003.

da referida emenda, não mais se aplica, aos servidores inativos e pensionistas, o reajuste nas mesmas proporções e na mesma data de remuneração dos servidores em atividade.

Do que foi dito supra sobre a reforma previdenciária, defendo a corrente doutrinária que considera a cobrança de contribuições para os servidores inativos na data da publicação da Emenda Constitucional n. 41/2000 inconstitucional, pois desrespeita os preceitos e garantias constitucionais fundamentais, como o ato jurídico perfeito, o direito adquirido, a irredutibilidade de salários. Ademais, o servidor inativo já teria concluído sua relação com o poder público, não podendo exigir que contribua para a solvabilidade do sistema, pois não faz jus a qualquer benefício adicional.

Importante destacar que a alteração feita pela EC n. 41/2003, ao extinguir o direito a paridade e a integralidade das aposentadorias para os ocupantes de cargo efetivo, rompeu o regime de solidariedade intergeracional que fundamentava o sistema vigente. Isso significa que a sujeição dos atuais ocupantes de cargo público a responderem por alíquotas de contribuições maiores e, futuramente, a benefícios menores a fim de manter o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema. Segundo o jurista Flávio Martins Rodrigues,⁹²

a maior dificuldade da passagem do regime de repartição para o regime de capitalização está no custo da transição, pois pode significar que uma determinada geração pague duas vezes pelo regime previdenciário: uma vez por força do custeio dos benefícios devidos à geração já aposentada e uma segunda vez para acumulação com vistas a seu próprio benefício futuro.

1.4.4 Principais alterações ocorridas a partir da Emenda Constitucional n. 47/2005 e as regras de transição

A Emenda Constitucional n. 47, promulgada em 05/12/2005, foi resultado da Proposta de Emenda Constitucional n. 77. Esta emenda atingiu mais efetivamente os servidores públicos e o Regime Próprio de Previdência Social. Todavia, as modificações

⁹² RODRIGUES, Flávio Martins. *Fundos de pensão dos servidores públicos*. Rio de Janeiro: Renovar. 2002, p. 12.

alcançaram em parte o Regime Geral de Previdência Social. O artigo 3º⁹³ da referida emenda é responsável pela alteração mais significativa, pois trata das regras de transição impostas aos servidores públicos pela EC n. 41/2003, que já haviam sido submetidos às regras de transição impostas pela Emenda Constitucional n. 20/1998 – em razão de essa regra aplicar-se aos servidores que ingressaram no serviço público antes da publicação da EC n. 20/1998, desde que, concomitantemente, o servidor tenha 35 anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher, 25 anos de efetivo exercício no serviço público, 15 anos de carreira e cinco anos no cargo em que se dará a aposentadoria e, ainda, possibilita o abatimento de um ano no requisito idade para cada ano a mais do preenchimento do pressuposto do tempo de serviço, mantendo para esse servidor a regra da integralidade da última remuneração e da paridade das vantagens previstas para os ativos.

O § 4º do artigo 40 teve nova redação dada pela EC n. 47/2005, que passou a prever a possibilidade de lei complementar adotar critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos servidores portadores de deficiência e que exerçam atividade de risco e de insalubridades, como, por exemplo, policiais.⁹⁴ A inserção do § 21 ao artigo 40 dada pela EC n. 47/2005 criou imunidade diferenciada para a contribuição de aposentados e pensionistas, dos regimes próprios de Previdência Social, portadores de doenças incapacitantes, ou seja, a

⁹³ Assim dispõe o art. 3º da EC n. 47/2005: “Art. 3º – Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelos artigos 2º e 6º da Emenda Constitucional n. 41, de 2003, o servidor da União, dos estados, do distrito federal e dos municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até 16 de dezembro de 1998 poderá aposentar-se com proventos integrais, desde que preencha, cumulativamente, as seguintes condições: I – trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher; II – vinte e cinco anos de efetivo exercício no serviço público, quinze anos de carreira e cinco anos no cargo em que se der a aposentadoria; III – idade mínima resultante da redução, relativamente aos limites do art. 40, § 1º, inciso III, alínea ‘a’, da Constituição Federal, de um ano de idade para cada ano de contribuição que exceder a condição prevista no inciso I do *caput* deste artigo. Parágrafo único. Aplica-se ao valor dos proventos de aposentadorias concedidas com base neste artigo o disposto no art. 7º da Emenda Constitucional n. 41, de 2003, observando-se igual critério de revisão às pensões derivadas dos proventos de servidores falecidos que tenham se aposentado em conformidade com este artigo”.

⁹⁴ Essa redação foi dada com parâmetro no direito de aposentadoria especial para segurados expostos a agentes químicos, físicos e aqueles que prejudiquem o meio ambiente, previsto no Regime Geral de Previdência Social.

alíquota da contribuição só incide sobre a parte dos proventos que superar o dobro do limite máximo para o pagamento do benefício no Regime Geral de Previdência Social.

Por último, adicionou novos critérios para a base de cálculo e alíquotas das contribuições sociais dos empregadores, empresas e atividades a elas equiparadas previstos no artigo 195, *caput* e alíneas da Constituição Federal e incluiu o direito a benefícios para as donas-de-casa de baixa renda⁹⁵ com contribuições diferenciadas, que deverão ser instituídos por lei.⁹⁶

Dessa forma, a Emenda Constitucional n. 47/2005 criou novas relações jurídicas previdenciárias e tributárias. No entanto, a lei que regulamentar essas relações deverá respeitar o preceito constitucional que ordena o caráter contributivo e o equilíbrio financeiro e atuarial.

1.5 Considerações sobre as reformas previdenciárias no direito estrangeiro

O objetivo deste tópico é traçar um panorama geral dos diversos países que reformaram seus sistemas previdenciários. Este estudo é dividido em duas partes. Na primeira faz-se um painel da Reforma Previdenciária pública no mundo, sem que haja qualquer preocupação de sistematizar cronologicamente os sistemas previdenciários. Neste ponto,

⁹⁵ A lei que regulamentar este dispositivo deverá explicitar o que sejam trabalhadores de “baixa renda” e “aqueles sem renda própria que se dediquem exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência”.

⁹⁶ A EC n. 47 fez essa alteração pela redação de seus §§ 9º e 12º, que aduzem: “[...] § 9º: As contribuições sociais previstas no inciso I do *caput* deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão-de-obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho. [...] § 12: Lei disporá sobre sistema especial de inclusão previdenciária para atender a trabalhadores de baixa renda e àqueles sem renda própria que se dediquem exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencentes a famílias de baixa renda, garantindo-lhes acesso a benefícios de valor igual a um salário-mínimo.

utilizo-me do excelente estudo feito por Sarah M. Brooks.⁹⁷ Na segunda parte do estudo faço uma avaliação dos países da América Latina, da Europa e dos Estados Unidos, apontando como cada país enfrentou o processo de reforma previdenciária.

Sarah M. Brooks empreende um estudo dos fundamentos políticos e econômicos da privatização da previdência pública em 57 países do mundo. A partir de dados estatísticos, a autora demonstra que as razões que conduziram os países a privatizar a previdência pública não são uniformes. Foram diferentes as causas das reformas nos países desenvolvidos e nos países em processo de desenvolvimento.

As reformas no sistema previdenciário público dos países avançados industrialmente foram geradas pelas seguintes causas:

- a) envelhecimento da população que triplicou entre 2000 e 2050 com pessoas com mais de 60 anos; b) aumento da expectativa de vida; c) declínio da mortalidade infantil; d) crescente volume de segurados das gerações do pós-guerra; e) processos de desindustrialização nas economias altamente desenvolvidas; f) desemprego; g) exemplos de privatizações bem sucedidas na Inglaterra (1988) e Suíça (1985).⁹⁸

No contraponto, a necessidade de reforma previdenciária nos sistemas públicos dos países em desenvolvimento foi resultado dos seguintes fatores:

- a) crises de endividamento desde a década de 1980 que importaram na corrosão das reservas previdenciárias e majoraram as demandas por benefícios públicos; b) liberalização de controles de capital e desregulamentação dos mercados de títulos no início de 1990 que refletiu nos fluxos de capitais; c) escassez, vulneração e fuga de capital interno; d) dependência do capital estrangeiro que se tornou mais dispendiosa na década de 1990; e) aumento da poupança interna para minorar a exposição a fluxo de capitais voláteis; f) a reforma da previdência passou a ser considerada (1990) como uma política que fosse capaz de impulsionar a poupança e o crescimento internos; g) os investidores de *Wall Street* e o Banco Mundial incluíram a privatização como prognóstico fundamental para um compromisso de um Estado com as reformas pró-mercado; h) o exemplo da privatização bem sucedida no Chile; i) pressões fiscais; h) dificuldades para financiar o custo dos grandes planos de previdência pública.⁹⁹

⁹⁷BROOKS, Sarah M. “Proteção social e integração econômica – a política da reforma previdenciária na era da mobilidade do capital”. In: COELHO, Vera Schattan (org.). *A reforma da previdência social na América Latina*. Rio de Janeiro: FGV, 2003, pp. 188-221.

⁹⁸BROOKS, op. cit, pp. 187-8.

⁹⁹Idem, p.188.

Nas décadas de 1980/1990, as reformas da previdência estatal foram mais do que mudanças paramétricas (revisão de benefícios, taxas de distribuição e requisitos de habilitação). Muitos países fizeram reformas estruturais em que a responsabilidade pelo financiamento dos benefícios foi assumida diretamente pelos segurados e pelo mercado, de acordo com o seguinte esquema: a) as reformas previdenciárias implicaram a redução ou eliminação de benefícios previdenciários pagos pelo Estado para a maioria dos trabalhadores; b) criação de um plano de previdência financiado totalmente com contribuição definida. A diferença básica entre os modelo tradicional de benefício definido (os benefícios previdenciários definidos resultam de um percentual de renda do trabalho) e o novo paradigma (contribuição definida) é que somente a taxa de contribuição é definida de forma prévia, variando o benefício de acordo com as contribuições individuais ao se levar em consideração à duração da vida e os rendimentos auferidos do investimento feito pelo segurado.

A reforma previdenciário estrutural baseada na lógica da privatização implica que a contribuição descontada em folha de pagamento e vinculada à aposentadoria é destinada a uma conta individual com contribuição definida regulada por um novo plano. Este modelo de privatização da previdência tem as seguintes características: a) as aposentadorias por idade são integralmente custeadas por contribuições individuais sobre a folha de pagamento e administradas, na maioria das vezes, por empresas privadas; b) é um meio de proteger os benefícios das pressões demográficas e políticas; c) aumentam a taxa de retorno dos valores individualmente investidos; d) os ricos de investimento e renda migram da sociedade como um todo, que é a base do sistema público, e se centraliza no indivíduo, que passa a ser o responsável por seu próprio benefício; e) enquanto o sistema público tem como objetivo a

redistribuição de renda e risco sob a égide de um seguro coletivo, a privatização propugna por eficiência e crescimento macroeconômico mediante uma poupança compulsória.¹⁰⁰

Registre-se que a privatização da previdência pública não foi pacífica dentre os países do mundo. Apenas um conjunto de 18 países aderiu, na década de 1990, à reforma estrutural da previdência pública. A dimensão da privatização variou de país a país. Assim, **Chile, Bolívia e Casaquistão** incorporaram sistemas de previdência exclusivamente privados em que os segurados se aposentam com benefícios correspondente a 100% de contribuições vinculadas a uma conta individual. Já na **Suécia**, os planos compulsórios de contribuição definida financiam menos que um quarto da renda da aposentadoria do assalariado médio. Há, ainda, as categoriais intermediárias de reforma da previdência, que são os denominados sistemas mistos de previdência. **México** e **Uruguai** optaram pelo sistema misto em que o trabalhador mexicano se aposenta e recebe um benefício oriundo do sistema privado (90%), enquanto que o trabalhador do **Uruguai** pode receber apenas 40% decorrentes do sistema privado.

As reformas previdenciárias ocorridas nas décadas de 1980 e 1990 representam uma verdadeira revolução nos antigos paradigmas previdenciários. O marco jurídico que sintetiza esse novo modelo foi a assunção do custeio privado pelo setor público ao criar uma forma de capitalização no setor previdenciário. Na verdade, houve uma verdadeira integração entre os sistemas público e privado ao ensejarem, conjuntamente, a criação de variados subsistemas previdenciários.¹⁰¹

¹⁰⁰ Idem, p. 189 e pp. 195-209.

¹⁰¹ COSTA, Eliana Romeiro. “Sistemas previdenciários estrangeiros. Análise das reformas estruturais de previdência complementar”. *Revista de Previdência Social*, ano 29, n. 299. São Paulo: RPS, out./2005, pp.697-8.

1.5.1 As reformas previdenciárias na América Latina

Carmelo Mesa-Lago e Katharina Müller analisam com profundidade a reestruturação dos sistemas previdenciários na América Latina e apontam, especificamente, as diversas reformas corridas no Chile, Peru, Colômbia, Argentina, Uruguai, México, El Salvador, Bolívia e Costa Rica. Afastando qualquer reprodução exaustiva, até porque não é esse a preocupação desta dissertação, passo a apontar apenas as características pontuais de cada país eleito para reflexão.

Nesse estudo os autores procuraram demonstrar que as diversas reformas previdenciárias foram concebidas em contextos históricos que vivenciavam crises sociais, políticas e econômicas embaladas pela onda de privatização que repercutiu nos nove países da América Latina objeto do estudo. Sobre o ambiente histórico que pavimentou as reformas previdenciárias, adverte Raul Madrid que as reformas previdenciárias instituídas pelos países da América Latina se deram em um contexto em que predominava uma febre pelas privatizações. Estas, por sua vez, faziam parte de um conjunto de medidas adotadas para enfrentar as crises financeiras, políticas e econômicas existentes em tais países. Era, outrossim, uma tentativa de os países latino-americanos revitalizarem seus sistemas de previdência ao substituírem o sistema de repartição simples por um sistema de capitalização.

Outro fator que os autores acentuam é que o modelo político adotado pelo país influenciou na mesma proporção o modelo de reforma previdenciária. Explico: o grau de controle do Executivo sobre o Legislativo nos projetos de reforma foi decisivo. Aliás, não só o regime foi decisivo na decisão de reformar a previdência, mas a situação da economia, o apoio de empregadores, empresários, de instituições financeiras internacionais quando os governos dos Estados decidiram pela reestruturação de cada sistema de previdência.

Segundo, ainda, Raul Madrid, o projeto das privatizações, especificamente referenciado aos problemas existentes nos sistemas previdenciários era o de minorar a

constante fragilidade da Seguridade Social face aos problemas demográficos, bem como impedir que o sistema sofresse interferências políticas indevidas e reduzisse a possibilidade de desvio de verbas da previdência que asseguravam benefícios generosos e, conseqüentemente, tornavam insustentável a estrutura do sistema previdenciário.¹⁰²

Por último, é relevante registrar que os sistemas previdenciários na América Latina padeciam de deficiências estruturais, quais sejam: a) falta de gerência política; b) errônea concepção de Previdência Social com assistência social; c) criação de benefício sem a devida fonte de custeio; d) ausência de cadastro dos segurados; e) inexistência de investimento no sistema operacional de cada país. O somatório desses fatores, acrescidos, ainda, do envelhecimento da população e das falhas na economia, deterioraram cada sistema na medida em que se afastavam da função social da previdência.¹⁰³

1.5.1.1 As reformas previdenciárias no Chile

Há três fases da reforma previdenciária no Chile. A primeira correu no ano de 1979 durante o governo Pinochet sem qualquer debate público. Foi decretada com a adoção das seguintes medidas: a) padronização das regras de acesso e benefícios para todos os filiados; b) eliminação de privilégios de grupos poderosos; c) unificação dos múltiplos esquemas existentes anteriormente.

O saldo desta primeira reforma foi positivo em termos de racionalização e redução dos custos e encargos previdenciários, porém o revés foi que a reforma não incluiu as Forças Armadas, por razões óbvias. A segunda reforma, que desmontou o sistema previdenciário, ocorreu no ano de 1980 e partiu das seguintes medidas: a) proibiu novas filiações e

¹⁰² MADRID, Raúl. “Política e economia nas privatizações da previdência da América Latina”. In: COELHO, Vera Schattan (org.). *A reforma da previdência social na América Latina*. Rio de Janeiro: FGV, 2003, pp. 159-63.

¹⁰³ CARVALHO FILHO, Celcino de. “Tendências dos sistemas de previdência social na América do Sul”. *Revista de Previdência Social*, n. 233. São Paulo: RPS, abr./2000, pp. 246-7, 371.

implementou um novo sistema compulsório baseado na capitalização total; b) o novo modelo era gerido por sociedades anônimas privadas concorrentes; c) ocorreu o fim da contribuição patronal.

O papel do Estado no novo sistema passou: a) a cumprir a filiação compulsória; b) a regular e supervisionar as novas regras; c) a estabelecer tetos e fazer o *ranking* dos instrumentos de investimentos; d) a arcar com o ônus da transição para oferecer garantias aos segurados e pensionistas.

A terceira fase que importou em nova reforma previdenciária se deu por meio de um governo democrático. As principais mudanças corridas no Chile na década de 1990 são as seguintes: a) padronização das regras de acesso aos benefícios; b) abolição dos privilégios de certos grupos de segurados; c) unificaram dos esquemas existentes. O primeiro impacto da reforma foi a drástica redução de custos. As alterações no sistema previdenciário chileno fundaram-se na substituição do modelo público pelo modelo privado com a conseqüente implantação de uma nova previdência compulsória ancorada na capitalização individual do segurado, cuja administração passou do setor público para as sociedades privadas concorrentes nas quais o Estado passou a ter apenas a missão de cumprir a filiação compulsória por meio de supervisão e assumir o ônus de sustentar os custos da transição entre os modelos.

Decorridos dez anos da reforma previdenciária, percebeu-se um saldo positivo em razão de haver, por parte dos próprios segurados, maior confiança no novo sistema. Ao final de 1999, 96% de todos os segurados estavam filiados ao sistema privado.¹⁰⁴

¹⁰⁴ MESA-LAGO, Carmelo & MÜLLER, Katharina. “Política e reforma da previdência na América Latina”. In: COELHO, Vera Schattan (org.). *A reforma da previdência social na América Latina*. Rio de Janeiro: FGV, 2003, pp. 30-1.

1.5.1.2 As reformas previdenciárias na Argentina

Em 1991 inaugurou-se reforma na previdência iniciada pelo presidente Carlos Menem e que terminou por ser definitivamente instituída em julho de 1994. A Argentina seguia o modelo chileno, com algumas modificações sugeridas por entidades da sociedade civil, tais como os sindicatos, as comissões parlamentares e as associações de pensionistas.

As alterações implantadas se basearam nos seguintes postulados: a) possibilidade de participação de bancos, fundos mútuos, cooperativas e sindicatos na gestão do sistema; b) os segurados poderiam optar entre o sistema público ou o misto; c) concessão de um benefício compulsório para quem se transferisse para o sistema misto; d) outorga de um adicional para aqueles que resolvessem permanecer no sistema público. No ano de 1999 estima-se que 78% dos segurados haviam aderido ao sistema misto.¹⁰⁵

1.5.1.3 As reformas previdenciárias no Uruguai

No sistema anterior à reforma havia reajustes constantes nos benefícios e pensões, o que dificultou, com o transcorrer do tempo, a manutenção do próprio sistema. A reforma uruguaia decorreu no governo de Julio Sanguinetti e foi resultado de consenso. Os partidos políticos formaram uma comissão que elaborou um projeto de reforma previdenciária e o submeteram ao Congresso. O governo aprovou o projeto, sendo que fez algumas alterações, como a participação do Estado no segmento privado, com mais de 50% do mercado das seguradoras. Houve a divisão dos seguros em dois grupos por idade, as contribuições foram divididas em três grupos de renda. Os policiais e os militares não foram incluídos nessa reforma.

Convém ressaltar que o Banco Mundial e o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) contribuíram para a reforma ao financiarem com empréstimos os

¹⁰⁵ MESA-LAGO, Carmelo e MÜLLER, KATHARINA, op. cit., pp. 34-5.

custos da transição. No final do ano de 1999, o sistema privado dispunha de 51% dos segurados contra 49% para o sistema misto.¹⁰⁶

1.5.1.4 As reformas previdenciárias no México

O sistema de previdência no México iniciou um processo de insolvência na década de 1980 devido a uma alta pressão inflacionária e a uma crescente dívida estatal. Com isso, o Instituto Mexicano de Seguridade Social chegou a perder quase todas as suas reservas. A solução para o enfrentamento dessa crise foi o aumento das contribuições patronais e dos empregados, acrescido do aporte financeiro do próprio Estado. Apesar dessas medidas, permanecia o desequilíbrio das contas públicas em razão de não haver a retomada do crescimento econômico.

O ano de 1995 marca para o México o período de adoção de novas medidas que visavam à reforma previdenciária, dentre as quais podem ser destacadas: a) a extinção da aposentadoria por idade do Instituto Mexicano de Seguridade Social, permanecendo, contudo, os mesmos benefícios para os inválidos e sobreviventes, além dos dispendiosos benefícios previdenciários dos servidores públicos federais, dos empregados do setor petrolífero e dos militares; b) as contribuições dos empregados e dos empregadores não foram elevadas, porém o Estado passou a contribuir mais; c) a garantia aos segurados do antigo sistema da opção pela melhor aposentadoria, a instituída pelo IMSS ou pela conta individual de capitalização; d) garantiu-se aos segurados do IMSS quando da promulgação da reforma (13 milhões de trabalhadores, aproximadamente) a opção entre as duas pensões: uma era baseada em conta individual e outra calculada de acordo com as antigas regras do IMSS; e) a transição entre os modelos foi arcada, inteiramente, pelo orçamento geral.

¹⁰⁶ Idem, pp. 36-8.

Em decorrência das novas medidas reformadoras no final do ano de 1999, todos os segurados já tinham migrado para o novo sistema, uma vez que houve a transferência do antigo modelo para o novo compulsoriamente.¹⁰⁷

1.5.2 Síntese comparativa dos sistemas previdenciários latino-americanos

O estudo comparativo apresentado pelos autores permite extrair algumas conclusões, quais sejam:

- 1) Chile e México substituíram o modelo público pelo privado;
- 2) Argentina e Uruguai adotaram o sistema misto compulsório em que o sistema público reformado garante a pensão básica e o sistema de capitalização assegura a pensão complementar;
- 3) comum a todos os países cotejados é a existência de participação compulsória totalmente capitalizada;
- 4) comum a todos os países cotejados foi o endividamento externo, o que induziu os governos a adotar medidas pró-reforma;
- 5) na década de 1980, o FMI e o Banco Mundial começaram a condicionar a concessão de empréstimos para ajustes estruturais à reforma da previdência;
- 6) metade dos países é administrada exclusivamente por empresas privadas, enquanto que a outra metade é gerida por múltiplos administradores;
- 7) muitos sistemas previdenciários públicos eram deficitários e exigiam cada vez mais subsídios fiscais;
- 8) os novos sistemas substituem, concorrem ou suplementam o sistema público;
- 9) a reforma paramétrica apresenta três desvantagens quando implementada, se comparada com a reforma estrutural: a) identifica claramente as perdas individuais; b) é compreendida pelos segurados como um ataque aos direitos adquiridos; c) goza de pouca credibilidade porque não há garantia de solução para o problema;
- 10) os novos sistemas adotaram a estratégia de diminuir a visibilidade dos cortes gerados pela reforma estrutural, quer dizer: houve a adoção de medidas táticas de ofuscamento, a exemplo da troca de parcas pensões pelo direito de propriedade da capitalização individual, omitindo o tamanho e a forma de financiamento dos custos fiscais de transição.¹⁰⁸

Carmelo Mesa-Lago e Katharina Muller destacam dentre as diversas mudanças adotadas pelos novos modelos previdenciários na América latina:

- 1) Maiores garantias aos benefícios complementares;
- 2) pagamento de um benefício mínimo pelo governo;
- 3) reavaliação do novo modelo complementar;
- 4) no sistema paralelo adotado na Colômbia e Peru, os setores público e privado são concorrentes, mas o sistema público não se extinguiu;

¹⁰⁷ Idem, pp. 38-40.

¹⁰⁸ Idem, pp. 48-52.

- 5) o sistema misto é adotado na Argentina e no Uruguai. Os sistemas público e privado financiam as pensões, com a observação de que os trabalhadores que migram do sistema público para o privado não retornem àquele;
- 6) as reformas reduziram a idéia de que a previdência deve ser solidária e aumentou a desigualdade entre os contribuintes e aqueles que não contribuem, o que impediu o crescimento econômico da população e aumentou a camada de baixa renda e menos privilegiada, como os idosos e as mulheres.
- 7) a denominada reforma estrutural (equiparação da capitalização ao sistema previdenciário) apenas contribuiu para aumentar a desigualdade e, por sua vez, beneficiar trabalhadores que recebem os maiores salários.

A seguir, retiro algumas conclusões dos estudos feitos por Raúl Madrid, que compara o impacto nas privatizações na América Latina nos processos de reforma da previdência:

- 1) Diferente do sistema de repartição simples, o sistema de capitalização criou uma conta individual de aposentadoria em que o trabalhador contribui diretamente para sistema;
- 2) o objetivo do sistema baseado na capitalização é impedir que o governo interfira no novo sistema previdenciário e evitar que as arrecadações oriundas das contribuições previdenciárias sejam desviadas e deixem de custear os benefícios e as aposentadorias;
- 3) a transferência das contribuições para um fundo privado de pensão é mais profícua porque a interferência estatal no sistema previdenciário sempre foi um dos grandes problemas de sustentabilidade.¹⁰⁹

1.5.3 As reformas previdenciárias nos países da Europa e nos Estados Unidos

Seguindo a sistemática adotada na análise dos países latino-americanos, passa-se a analisar, brevemente, os modelos previdenciários nos países europeus, especificamente, no âmbito da Comunidade Européia e nos Estados Unidos.

De acordo com Danny Pieters, na Europa as reformas previdenciárias foram consequência de razões demográficas, econômicas, políticas e sociais. O agravamento da situação demográfica, a queda na natalidade e o aumento da perspectiva de vida provocaram diretamente a duração dos benefícios previdenciários. Em alguns países elevou-se o número de idosos, o que, outrossim, significou maior dispêndio e impacto na Seguridade Social.

O aumento do desemprego também afetou, significativamente, o sistema contributivo de Seguridade Social, uma vez que este sistema estava vinculado à renda do trabalhador. A

¹⁰⁹ MADRID, op. cit., pp. 178-80.

inserção da mulher no mercado de trabalho foi um fator que contribuiu para que a simetria ativos/inativos fosse diretamente afetada, na medida em que não reduziu o número de desempregados.

A questão econômica é a que mais afetou desfavoravelmente os sistemas de Seguridade Social. O mercado internacional desequilibrado, a instabilidade da economia interna, a inflação descontrolada e o próprio Produto Interno Bruto dos países foram preponderantes na crise econômica e social.

As dificuldades inerentes ao controle dos sistemas previdenciários estavam diretamente ligadas aos generosos benefícios concedidos em meados da Segunda Guerra Mundial, ou seja, aposentadorias concedidas com valores elevados foram um ponto crucial no declínio da economia e dos sistemas previdenciários de alguns países.¹¹⁰

Salienta Igor Tómes que nos países europeus a fonte de custeio era falha. Não havia o sistema de repartição das contribuições pelos segurados. O financiamento era único e exclusivo do Estado. Era necessária a divisão dos custos dos benefícios sociais, a fim de que fossem compatíveis as contribuições e os benefícios concedidos. Não havia um parâmetro entre o que era oferecido como Seguridade Social e o orçamento estatal.¹¹¹

No âmbito da Comunidade Européia, cabe salientar que o regime da previdência integrativa ou complementar já era adotado em todos os países-membro e se constituía em uma alternativa à grave situação vivenciada pelo sistema público previdenciário. Para escapar do desequilíbrio financeiro e atuarial dos sistemas públicos, era preciso incrementar cada vez mais a previdência privada complementar que, em alguns países, já existem há muito tempo e

¹¹⁰ PIETERS, Danny. *Últimas tendências nos sistemas de seguridade social europeus, com especial atenção para as reformas das aposentadorias*. Disponível no site do Ministério da Previdência e Assistência Social, www.mpas.gov.br. Acesso em: 20/09/1999, pp. 1-5.

¹¹¹ TÓMES, Igor. *Visão geral dos modelos de reforma dos sistemas previdenciários nos países da Europa Central e Oriental*. Brasília: MPAS/ACS, 1999, trimestral, p. 188.

em outros foram introduzidas recentemente.¹¹² O processo de reestruturação dos sistemas previdenciários teve início na década de 1990 e foi consolidado pelo Comitê de Proteção Social da União Européia a partir de três proposições: a) os sistemas de previdência devem ser capazes de atingir seus objetivos sociais (adequação); b) a manutenção da viabilidade financeira (viabilidade); c) devem responder às mudanças das necessidades da sociedade (modernização).

No plano do alcance dos objetivos sociais, a CE deveria atingir três objetivos: a) prevenção da exclusão social; b) as pessoas deveriam manter o nível de vida; c) promoção da solidariedade. É de se observar que todos os países-membros garantem um conjunto de benefícios, como uma renda mínima de aposentadoria para os idosos que não tenham conseguido os requisitos necessários para o recebimento dos benefícios previdenciários.

Os sistemas previdenciários europeus são divididos em três pilares: a) regimes públicos de repartição (a maioria dos benefícios previdenciários advém deste pilar); b) fundos de pensão de categorias profissionais; c) regimes de capitalização privada individual. No primeiro pilar são garantidos benefícios mínimos ou créditos sem cobertura, como, por exemplo, o desemprego. Nos segundo e terceiro pilares, a Comunidade Européia vem incentivando convênios coletivos obrigatórios e acesso a planos de aposentadoria individuais.

No propósito de garantir a viabilidade financeira dos sistemas previdenciários, os objetivos a serem cumpridos são os seguintes: a) elevação do nível de emprego; b) prolongamento da vida; c) sistemas viáveis de previdência com finanças públicas equilibradas; d) ajustes equilibrados entre os benefícios e as contribuições.

Os países-membros da Comunidade Européia têm envidado esforços para compatibilizar a Previdência Social com a nova realidade social, uma vez que o binômio

¹¹² VILLATORE, Marco Antonio César. "Previdência complementar no direito comparado". *Revista de Previdência Social*, n. 232. São Paulo: RPS, mar./2000, pp. 246-7.

“preocupação social e equilíbrio financeiro” é fundamental para o êxito político das reformas e é condição de viabilidade dos futuros benefícios.¹¹³

Na modernização dos sistemas previdenciários, os países-membros devem realizar três objetivos: a) adaptação a modelos de emprego e carreiras profissionais mais flexíveis; b) concretização de maior isonomia entre mulheres e homens; d) demonstração de capacidade dos sistemas previdenciários para responder aos desafios.

1.5.3.1 As reformas previdenciárias nos Estados Unidos

O regime previdenciário norte-americano é baseado em um sistema de repartição. Dentre os principais programas, destaca-se o “Old Age, Survivors and Disability Insurance (ASDI)”, que se destina à proteção dos trabalhadores de baixa renda. Os benefícios previdenciários pagos correspondem, aproximadamente, a 42% dos rendimentos da ativa. Contudo, os trabalhadores com baixa renda têm direito a um benefício maior, além de haver a garantia de pagamento de um benefício mínimo. A previdência privada americana, que é tradicional e bem estruturada, garante o pagamento dos trabalhadores com renda maior.

A previdência pública é superavitária e não enfrenta problemas de sustentabilidade no presente momento, tanto no aspecto social quanto no financeiro. Há, porém, debates quanto à viabilidade financeira e à auto-sustentabilidade para o futuro. Por exemplo, entre 2000 e 2025 estima-se que o contingente de idosos com mais de 65 anos sofrerá um aumento de 76%. Aliado a esse fator de envelhecimento populacional, o número de trabalhadores na ativa cairia de 3,3 hoje para 2,3 em 2025. Estes fatores determinariam a adoção de medidas

¹¹³ SOUZA, Cláudio Ferreira de. “As reformas da previdência social: uma análise comparativa dos sistemas de previdência sob o aspecto das principais mudanças contemporâneas no atual cenário mundial”. In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves & VILLELA, José Corrêa (orgs.). *Previdência privada. Doutrina e comentários à lei complementar n. 109/01*. São Paulo: LTR, 2004, pp. 88-93.

reestruturais, como o aumento das contribuições, corte de despesas com redução de benefícios e o aporte de outros recursos do Tesouro Nacional.¹¹⁴

1.6 Diferenças e similitudes entre os modelos adotados pelo Banco Mundial e o Modelo Europeu

A seguir passo a traçar, sumariamente, as diferenças e similitudes entre o modelo europeu e o do Banco Mundial para depois aferir as aproximações com o sistema adotado pelos países latino-americanos.

O modelo orientado pelo Banco Mundial, por sua vez, é de inspiração capitalista e fundado na primazia dos fundos individuais que garantem as prestações e as contribuições já realizadas. O Banco Mundial estabelece as seguintes diretrizes: a) custeio com impostos gerais, que representa um benefício básico e se equipara aos modelos dos países latino-americanos, bem como o do Reino Unido; b) um benefício obrigatório capitalizado; c) a previdência privada é voluntária e subordinada à capitalização aberta ou individual.

Robert Holzmann analisa a perspectiva do Banco Mundial em relação à Seguridade Social e se concentra, especificamente, nas provisões de benefícios de renda durante a aposentadoria. A justificativa para as reformas no sistema previdenciário seriam as seguintes:

- a) ajuste insuficiente das mudanças do contexto econômico. Neste caso, é preciso mais financiamento no sistema que permita maiores taxas de rendimento;
- b) falta de cumprimento dos planos públicos de aposentadoria com problemas de distribuição após a concessão das aposentadorias, o que acarreta diminuição do poder aquisitivo do segurado;
- c) efeitos econômicos indesejáveis têm relevante participação na mudança dos sistemas previdenciários. Originam-se na ausência de reajuste ou reajuste insuficiente das contribuições, o que leva a pouca participação da população inativa no mercado financeiro e retarda sua evolução;

¹¹⁴ SOUZA, Cláudio Ferreira de, op. cit, pp. 96-102. Sobre as necessidades de reformas previdenciárias nos Estados Unidos, cf. LEITE, Celso Barroso. “Previdência Social nos Estados Unidos”. *Revista de Previdência Social*, n. 294. São Paulo: RPS, mai./2005, p. 301.

- d) ausência de viabilidade fiscal: os altos impostos e contribuições levam a uma queda da empregabilidade do país e, ainda, gera um déficit das receitas públicas, retardando o crescimento da economia e do sistema de Previdência Social;
- e) excessivo risco político decorre da concessão de benefícios altos, mais precisamente as aposentadorias, sem que haja contribuições suficientes para cobrir os gastos, impossibilitando o pagamento de benefícios futuros.¹¹⁵

Os instrumentos utilizados para balizar o equilíbrio do sistema previdenciário devem cumpridos de forma interdependentes com metas e de acordo com o sistema econômico de cada país.

Quanto à adoção de um sistema de capitalização em substituição a um sistema de repartição nos moldes do modelo chileno, é mister haver investimento no longo prazo. Diga-se: caberia a implantação de novo contexto no regime de repartição de modo que se efetive um sistema de contribuição definida residual, a exemplo do que foi adotado na Itália, na China, na Polônia e na Suécia, em que se permite a capitalização individual de cada conta, redefinindo-se o sistema de repartição.

Sobre a mudança drástica de um regime de repartição, Holzmann adverte que o sistema de capitalização individual acarreta diversos problemas e afetam, diretamente, a economia e a política do país. Um dos principais problemas seria o abalo na estrutura financeira em virtude do direito adquirido dos aposentados na vigência do regime de repartição simples.

A mudança no sistema de repartição para a capitalização, ocorrida no México e na Bolívia, seria viável em algumas hipóteses, desde que fosse pequena a dívida herdada do sistema de repartição e uma vez que exista uma credibilidade baixa na reforma do plano, sem acumulação. A receita da privatização há que ser suficiente para que possa financiar de forma substancial a transição.

¹¹⁵ HOLZMANN, Robert. "Uma perspectiva do Banco Mundial sobre o futuro da seguridade social". *Revista Conjuntura Social*. Brasília: MPAS, v. 10, jan./fev./mar.-1999, pp. 89-91.

As mais viáveis propostas para a alteração dos modelos previdenciários estão na adoção de um sistema de pilares múltiplos em que seja obrigatória a retenção direta na fonte de componentes distintos e separados de acumulação a objetivar sempre o alcance do bem-estar e de melhores condições para futuras gerações. Esse sistema já é adotado em diversos países, como Dinamarca, Suíça, Austrália e Reino Unido. A principal vantagem desse sistema é a diversificação dos riscos e os benefícios que oferece ao possibilitar a complementação da renda durante a aposentadoria com a mínima intervenção fiscal.

Para o Banco Mundial, o sistema múltiplo é a resposta mais factível frente às dificuldades atuais. Porém, é um sistema que não deve ser aplicado indistintamente a todos os países, quer pela diversidade das economias quer pela diversidade social e política.

O Banco Mundial utiliza alguns critérios na consideração das propostas de mudanças dos sistemas previdenciários, quais sejam: a) se as propostas cumprem os objetivos distributivos; b) se a política local permite que ocorram tais mudanças; c) se a estrutura administrativa suporta o novo sistema de múltiplos pilares; d) se a estrutura reguladora permite a mudança de modo que possa operar com o novo sistema de acumulação de fundos e os riscos inerentes.

A preocupação do Banco Mundial, segundo Holzmann, é com o êxito social das propostas de mudanças de cada sistema previdenciário. Para que se sustente a estabilidade do novo sistema, há que existir efetividade da gestão, supervisão e regulação dos fundos de aposentadorias relacionados à redução de custos administrativos e à redução do trabalho informal, bem como a ampliação da cobertura das aposentadorias.¹¹⁶

¹¹⁶ HOLZMANN, op. cit., pp. 91-3. Os países bálticos optaram por fazer reforma estrutural e seguiram o modelo do Banco Mundial na década de 1990, com equivalência das contribuições ao montante final arrecadado. Segundo Eliana Romeiro Costa, os países bálticos se inspiraram nos modelos chileno e argentino, reformaram a previdência com o objetivo de viabilizar financeiramente os novos sistemas. Dessa forma, equipararam a contribuição e prestação e instituíram o sistema privado de capitalizado. Cf. COSTA, Eliana Romeiro. “Sistemas previdenciários estrangeiros”, op. cit., pp. 680-5.

CAPÍTULO 2

SEGURIDADE SOCIAL

2.1 Previdência Social: contextualização histórica

No Brasil, a Previdência Social surgiu com a transferência da família real portuguesa para o país. Os servidores que trabalhavam na corte foram os primeiros segurados a ter direito à aposentadoria.

Já em 1888, a Lei n. 3.397, de 24 de novembro, regulamentou uma caixa de socorros para os trabalhadores das Estradas de Ferro do Estado. Logo após, vieram os Decretos n. 9.212-A, de 23/03/1889, e o n. 10.269, de 20/07/1889, que criaram o montepio obrigatório para os empregados dos Correios e o Fundo Especial de Pensões para os trabalhadores das oficinas da Imprensa Régia, respectivamente. O Decreto n. 221, de 26/02/1890, garantiu aposentadoria aos ferroviários da Central do Brasil, benefício que foi, posteriormente, estendido a todos os trabalhadores das ferrovias brasileiras pelo Decreto n. 405, de 17/05/1890.¹¹⁷

A Constituição Federal de 1891, em seu artigo 75,¹¹⁸ previa apenas a aposentadoria por invalidez dos servidores públicos, desde que a doença tivesse relação com o trabalho. A Previdência Social no Brasil teve alguns marcos legais, como, por exemplo: a Lei de Acidentes do Trabalho, de 15/01/1919; a Lei Eloy Chaves, n. 4.682, de 24/01/1923, que criou as Caixas de Aposentadorias e Pensões dos Ferroviários; e a Lei n. 5.109, de 20/12/1926, que organizou a Caixa de Aposentadorias e Pensões das empresas de navegação marítima.

¹¹⁷ BALERA, op. cit., 1989, pp. 17-30.

¹¹⁸ O artigo 75 da Constituição de 1891 dispôs: “A aposentadoria só pode ser dada aos funcionários públicos em caso de invalidez a serviço da nação”.

A Constituição de 1934 estabeleceu o custeio tripartite obrigatório da Previdência Social¹¹⁹ (por meio de contribuições da União, dos empregadores e dos empregados), revogado, contudo, pela Constituição de 1937, outorgada em pleno Estado Novo, a qual empregou a expressão *seguro social*, com proteção à gestante, velhice e invalidez e regulamentou os direitos dos servidores públicos no artigo 156, como a aposentadoria compulsória, a aposentadoria integral ou proporcional, a aposentadoria por invalidez e a licença-gestante.

A Constituição de 1934 caracterizou-se, ainda, por ter sido estruturada no modelo do Estado intervencionista, pela preocupação com a proteção a família. As aposentadorias dos servidores públicos foram previstas no artigo 170 e a proteção trabalhista-previdenciária foi regulamentada no artigo 121, com o direito à licença-maternidade e com a forma tríplice de custeio, “mediante contribuição igual da União, do empregador, e do empregado”.

Os institutos de aposentadorias e pensões, divididos em categorias profissionais, surgiram durante a vigência das Cartas de 1934 e 1937. Assim, criaram-se o Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Marítimos (IAPM) em 1933, o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos comerciários (IAPC) e o dos Bancários (IAPB) em 1934, o Instituto dos Industriários (IAPI) em 1936, e o Instituto dos Empregados em Transportes e Cargas (IAPTEC) em 1938.

¹¹⁹ A Alemanha ocupa posição pioneira, em matéria de Previdência Social. Foi durante o governo de Bismarck que surgiu um sistema avançado de seguros sociais; através das leis de 1883, 1884 e 1889, tratou-se dos benefícios sobre enfermidade, acidente de trabalho, invalidez e velhice. A principal característica do sistema de Bismarck é que as leis eram voltadas para a proteção do trabalhador. RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de direito previdenciário*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, pp. 11-20. Acresça-se, ainda, o comentário de Gerhard Ritter: “O modelo criado pelo Chanceler Bismarck, na Alemanha de 1881, é considerado o marco do nascimento da Previdência Social no mundo, e tem como nota característica seu caráter contributivo (em suma, o acesso às prestações depende de contribuição, por parte do beneficiário). O plano de Bismarck previa um sistema público de segurança social fundamentalmente para os trabalhadores, ofertando como direitos a segurança obrigatória contra as contingências de doença, acidente do trabalho, velhice e invalidez, custeada por contribuições vertidas pelos empregados e empregadores, em caixas próprios para cada categoria profissional”. RITTER, Gerhard A. “La sécurité sociale en Allemagne de Bismarck à nos jours”. In: *Um siècle de protection sociale en Europe*. Paris: Association pour de l’Histoire la Sécurité Sociale, 2001, pp. 7-26.

A Carta de 1946 utilizou pela primeira vez a expressão *previdência social* no artigo 157, com o elenco dos riscos sociais, a saber: a doença, a velhice, a invalidez e a morte. O artigo 191 cuidou da aposentadoria dos servidores públicos, com financiamento exclusivo do Estado, sem a participação dos servidores (empregados).

Em 26/8/1960, foi regulamentada a Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS),¹²⁰ e os Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAPs) por categoria profissional foram unificados por meio do Decreto-Lei n. 72, de 21/11/1966, que criou o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS). Ocorre, dessa forma, uma mudança na estrutura do sistema previdenciário brasileiro, que passa a seguir a previdência idealizada pelo inglês William Beveridge,¹²¹ assentada nos princípios básicos da universalidade, desdobrados no atendimento de toda a população, na uniformidade de tratamento mediante a padronização do plano para todos os trabalhadores, com limite mínimo e máximo de proteção.

A Constituição de 1967, datada de 24/1/1967, reproduziu as diretrizes positivadas na Constituição de 1934, que, por sua vez, manteve o custeio tripartite.¹²² Nos artigos 102 e 103 tratou dos benefícios dos servidores públicos. A previdência dos trabalhadores do regime geral foi prevista no artigo 165; além dos benefícios já previstos nas constitucionais anteriores, acrescentou o seguro-desemprego e a cobertura dos eventos contra acidente de trabalho,¹²³ o direito à aposentadoria das mulheres aos trinta anos de serviço e a aposentadoria

¹²⁰ Marco de unificação dos critérios de concessão dos benefícios pelos diversos institutos.

¹²¹ Mozart Russomano faz o seguinte comentário sobre a obra de Beveridge: “A importância da obra de Beveridge está em que ela, com absoluta primazia histórica, se sobrepôs à linha de pensamento tradicional de Bismarck, ainda dominante, durante a 2ª Grande Guerra, na Previdência Social européia [...] Despreocupando-se da idéia essencial de ‘seguros sociais’, que era a base do direito alemão, Beveridge tentou conduzir a legislação britânica ao reconhecimento do dever social de libertar o homem de todas as necessidades existenciais, mediante métodos políticos e econômicos que permitissem a melhor, mais ampla, mais justa e mais humana distribuição de rendas” (RUSSOMANO, op. cit., 1983, p. 22). Ademais, o modelo criado por William Beveridge propunha um programa de crescimento político e social, mediante ingressos suficientes para que o indivíduo ficasse garantido contra ocorrência de riscos sociais. Assim, a proteção social não mais se restringia aos seguros sociais dos trabalhadores, abrangendo também prestações de assistência social, serviços de saúde, desemprego, dentre outras medidas.

¹²² BALERA, op. cit., 1989, pp. 29-30.

¹²³ Os benefícios de acidente de trabalho passaram a ser encargo do sistema público de previdência. Sobre o assunto, Pontes de Miranda comentou: “O seguro contra acidente de trabalho (art. 165, XVI) não mais incumbe

dos professores aos trinta e vinte e cinco anos de serviço, respectivamente, se homem ou mulher, com salário integral. Foi introduzido o Princípio da Contrapartida (apesar de, ainda, não ser reconhecido com essa terminologia), ou seja, ficou proibida a criação, extensão e majoração de prestação de assistência e previdência sem a correspondente fonte de custeio.

Em 1977, a Emenda Constitucional n. 07 criou o contencioso administrativo previdenciário, que desafogou o Poder Judiciário da época. A Lei Complementar n. 11 instituiu o PRÓ-RURAL e a Lei n. 6.439, de 01/07/1977, por seu turno, organizou o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (SINPAS).¹²⁴

A Constituição Federal de 05/10/1988 reformulou todo o sistema de Seguridade Social, reunindo as coberturas de previdência, assistência e saúde, regulando-as com princípios e objetivos comuns e de acordo com os princípios básicos e fundamentais do Estado Social de Direito: justiça social, bem-estar social, primado do trabalho, solidariedade, e, em especial, dignidade da pessoa humana. Nesse sentido a matéria, que, até então, era tratada no mesmo capítulo dos direitos trabalhistas, passou a integrar o título “Da ordem social”, que abrange os artigos 193 a 204. O constituinte originário, ao organizar a seguridade social, traçou, no artigo 194, parágrafo único, os seguintes objetivos a serem observados pelo poder público:

Art. 194: A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

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

I – universalidade da cobertura e do atendimento;

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

III – seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

ao empregador, pois entra no conceito de previdência de contribuição tripartida. O empregador tem o dever o dever constitucional para o seguro contra acidentes do trabalho de seus empregados”. MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 227.

¹²⁴ O SINPAS era o sistema destinado a integrar as atividades da Previdência Social, da assistência social, da assistência médica e da gestão financeira e patrimonial das diversas entidades ligadas ao Ministério da Previdência e Assistência Social. Era composto dos seguintes órgãos: INPS, INAMPS, IAPAS, LBA, CEME e DATAPREV.

- IV – irredutibilidade do valor dos benefícios;
- V – equidade na forma de participação no custeio;
- VI – diversidade da base de financiamento;
- VII – caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do governo nos órgãos colegiados. (Redação dada pela Emenda Constitucional 20, de 1998.)

A Emenda Constitucional n. 20/98, de 15/12/1998, constituiu uma oportunidade singular porque, resguardada a previdência básica, de natureza pública, universal e compulsória, fomentou a previdência complementar e preencheu uma lacuna que ainda persistia no sistema previdenciário brasileiro. Ademais, a referida EC 20/98 regulamentou as regras previdenciárias dos servidores públicos, impôs ao juiz trabalhista a execução das contribuições previdenciárias oriundas de suas sentenças, extinguiu a aposentadoria por tempo de serviço e a aposentadoria integral, criou a aposentadoria por tempo de contribuição e desconstitucionalizou a fórmula de cálculo dos benefícios, que passou à competência infraconstitucional, o que resultou na criação do instituto do “fator previdenciário”,¹²⁵ ao introduzir variáveis para o cálculo da renda mensal inicial do benefício.¹²⁶

¹²⁵ O fator previdenciário foi instituído pela Lei n. 9.876/99, que regulamentou a EC n. 20/98, alterando as leis n. 8.213/91 e n. 8.212/91. O cálculo não é simples, mas pode ser traduzido na seguinte equação: **Benefício** = a média de 80% dos maiores salários de contribuição a partir de julho de 1994, corrigidos monetariamente, multiplicado pelo fator previdenciário, que é o resultado de outra equação:

$$f = \frac{Tc \times a}{Es} \times \left[1 + \frac{(Id + Tc \times a)}{100} \right]$$

Cálculo do fator previdenciário

Onde:

f = fator previdenciário;

Es = expectativa de sobrevida no momento da aposentadoria;

Tc = tempo de contribuição até o momento da aposentadoria;

Id = idade no momento da aposentadoria;

a = alíquota de contribuição correspondente a 0,31.

A expectativa de “sobrevida” é calculada pelo IBGE, o que introduz no cálculo previdenciário elemento de ajuste do sistema a modificações no perfil demográfico brasileiro. O cálculo do benefício considerando o fator previdenciário determina que quem se aposentar cedo receberá um benefício menor. Assim, ficou extinto o cálculo anterior para o valor do benefício, quando o resultado era, exclusivamente, a média dos últimos 36 meses de contribuição.

¹²⁶ As primeiras propostas sistematizadas foram apresentadas durante a revisão constitucional de 1993, mediante as propostas de Emendas Constitucionais de Revisão n. 9.489 a n. 9.515, apresentadas pelo deputado Maurílio

A Emenda Constitucional n. 41, de 19/12/2003, representou um aprofundamento das alterações iniciadas pela EC n. 20/1998, levando em conta um processo de mudanças feitas nos sistemas previdenciários em praticamente todos os países do mundo. A justificativa para a mudança estrutural da Previdência Social com alterações profundas foi, dentre outros fatores: o aumento de expectativa de vida e a redução de natalidade das últimas décadas; e, principalmente, fatores que dificultam o financiamento de regimes previdenciários com base no sistema de repartição.¹²⁷

Nesse sentido, o governo federal propôs uma reforma direcionada a um sistema previdenciário básico e universal, orientada a todos os trabalhadores brasileiros vinculados à iniciativa privada ou à administração pública.

A principal justificativa para a reforma, que resultou na EC n. 41/2003, foi a necessidade da realização de mudanças nos regimes próprios de Previdência Social, que, segundo dados do Ministério da Previdência Social, em 2002, precisou de um financiamento de cerca de R\$ 54 bilhões e beneficiou, apenas, um grupo de três milhões de segurados. A proposta de alteração do sistema previdenciário por emenda constitucional gerou muita polêmica, por envolver, principalmente, questões atinentes à aposentadoria integral dos servidores públicos. Após várias discussões políticas, concluiu-se que o Regime Geral de Previdência Social era auto-sustentável em mais de 80% e que os regimes próprios de Previdência Social tinham um elevado índice de desequilíbrio, o que comprometia a gestão orçamentária da União, dos estados e dos municípios. Desse modo, deveriam ser tomadas medidas urgentes no sentido de se equacionar o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema, especificamente quanto aos regimes próprios de previdência, sem, contudo, deixar de

Ferreira Lima, mas elaboradas pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, sob a direção do ministro Antônio Brito.

¹²⁷ FILHO, Gilberto Guezoni. “Eficiência política, consistência atuarial e ajuste fiscal: comentários sobre a Emenda Constitucional n. 41/2003”. In: MODESTO, Paulo (org.). *Reforma da previdência, análise e crítica da emenda constitucional n. 41/2003 (doutrina, pareceres e normas selecionadas)*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, pp. 147-8.

respeitar os direitos dos servidores que já preenchessem os requisitos de elegibilidade, na forma da lei.¹²⁸

Na referida proposta de reforma, o governo federal pretendia implementar um regime único para os servidores públicos que, na data da publicação da nova lei, ainda não tivessem implementado todos os requisitos para a aposentadoria.

O cerne da discussão da EC n. 41 era delinear quem seriam os servidores atingidos pela alteração proposta. Com relação aos atuais servidores, a proposta traria dispositivos que mantivessem o direito dos que já estavam aposentados e dos servidores que à época da edição da nova lei já tivessem preenchido os requisitos para requerer a aposentadoria, ou seja, respeitar-se-ia o direito adquirido. Quanto aos servidores que na época da edição da nova lei ainda não tivessem preenchido os requisitos de elegibilidade para a concessão do benefício, a EC n. 41 instituiu um regime *pro rata temporis*, ou seja, incorporar-se-iam ao regime os anos em que o servidor trabalhou sob a égide da lei anterior e computar-se-ia no novo regime o tempo faltante para a aposentadoria do servidor.

As mais recentes alterações do sistema previdenciário brasileiro ocorreram por meio da Emenda Constitucional n. 47, de 5/12/2005, que modificou, dentre outras normas, as regras transitórias impostas pela Emenda Constitucional n. 41/2003.

A Constituição Federal de 1988, após uma longa trajetória histórica, consagrou o direito à Seguridade Social como um direito fundamental que visa a contribuir para a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais, dentro dos padrões que determinam a dignidade humana, asseguradas a distribuição de renda e a promoção da justiça social.

A realização do bem comum é a própria efetivação do ideal de justiça social, com a materialização naquela lei relativa a situações jurídicas específicas. O bem comum, contudo,

¹²⁸ FILHO, Gilberto Guezoni, *ibidem*.

só se realiza em um Estado Democrático de Direito na proporção em que se respeitem, dentre outros, os princípios fundamentais de segurança jurídica, certeza jurídica, irretroatividade das leis, direito adquirido e efeito imediato das leis, para cuja concretização otimizada é necessária a aplicação do princípio da proporcionalidade pelo poder público.

Por último, vale ressaltar os ensinamentos do professor Wagner Balera,¹²⁹ que assevera:

no ambiente da justiça social, no qual está garantida vida digna ao ser humano, o sistema atua como o organismo que, identificando as necessidades de proteção dos seres humanos, trata de satisfazê-las com atuação sistêmica e coordenada de seus programas. [Acrescenta, ainda, que] o cumprimento do objetivo da universalidade da cobertura e do atendimento, cume dos princípios fundamentais da seguridade social (art. 194, parágrafo único, inciso I, da Constituição), com a conseqüente concretização da justiça social em nossa pátria, está inscrito na ossatura própria do Estado Social de Direito, Estado que se organiza em função da pessoa e que quer conferir a todos uma existência digna.

2.2 Seguridade Social: conceito e fundamento

O professor Martins Fajardo¹³⁰ considera a Seguridade Social, enquanto expressão jurídica, como um direito humano fundamental, pois é um sistema juridicamente organizado pelo Estado para o enfrentamento dos riscos sociais, promovendo a elevação dos níveis de bem-estar, baseado em ações solidárias e justas entre uma coletividade.

Como expressão sociológica, a Seguridade Social organiza-se como um sistema que engloba princípios, valores e objetivos políticos, econômicos e sociais que estão atrelados à organização de direitos, prestações, financiamentos e gestão de proteção social, gerido, organizado pelo Estado, direta ou indiretamente, objetivando a cobertura de riscos ou contingências sociais que possam atingir os indivíduos.

¹²⁹ BALERA, Wagner. *Sistema de seguridade social*. 2 ed. São Paulo: LTR, 2002, p. 37.

¹³⁰ FAJARDO, Martins. *Derecho de la seguridade social*. 2 ed. Lima, Peru: 1985, p. 11.

Hodiernamente, é tarefa árdua definir com precisão o que é Seguridade Social.¹³¹ Além disso, não é possível chegar-se a uma definição única que sirva a todos os ordenamentos jurídicos, pois são distintos os princípios políticos e jurídicos e as condições econômicas e sociais que determinam a eleição dentre os vários sistemas de seguridade.

Segundo Venturi, “o caráter fundamental da Seguridade Social é sua original questão ética, o princípio da obrigação universal de garantir a todo ser humano a tutela contra as consequências danosas que derivam dos eventos da vida individual, familiar e coletiva”.¹³² Dupeyroux, a seu turno, adota uma concepção comutativa, afirmando que

a seguridade social aparece como o sistema de garantias de rendas logradas pelo exercício de determinada atividade profissional, existindo os riscos perfeitamente catalogados que se cobrem tradicionalmente. Em troca do trabalho que é realizado, o trabalhador adquire o direito de receber determinadas prestações.¹³³

A doutrina moderna adota uma concepção distributiva da Seguridade Social. Para essa corrente, o fundamento do direito à Seguridade Social não se baseia no exercício de atividade profissional e na contribuição de cada indivíduo para o sistema, mas se encontra nas necessidades dos indivíduos, levando-se em conta a existência de solidariedade entre os membros da mesma coletividade.¹³⁴

A solidariedade surge a partir das necessidades vitais dos indivíduos, que passam a ser garantidas pelo Estado,¹³⁵ pois, em última análise, a instabilidade social que poderá advir do não-atendimento de tais garantias essenciais poderá acarretar sérios danos para a

¹³¹ Quanto à denominação *seguridade social*, ensina Celso Barroso Leite: “A expressão parece ter surgido nos Estados Unidos, com o Social Security Act (Lei da Seguridade Social), de 1935; repetida logo após na lei neozelandesa sobre a mesma matéria, de 1938, ela se firmou e conquistou aceitação internacional. Em seguida, vieram *sécurité sociale*, na França, *sicurezza sociale*, na Itália, *seguridad social*, na Espanha e América espanhola, *seguridade social*, no Brasil (porém, não em Portugal, onde o que se diz é *segurança social*)”. “Conceito de seguridade social”. In: BALERA, Wagner (org.). *Curso de direito previdenciário. Homenagem a Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira*. 5 ed. São Paulo: LTR, 2002, p. 16.

¹³² VENTURI, Augusto. *I fundamenti scientifici della sicurezza sociale*. Milão: Giuffrè, 1954, p. 273.

¹³³ DUPEYROUX, Jean-Jacques. *Securite sociale*. Paris: Latis, 1969, p. 80.

¹³⁴ Na concepção comutativa, as pessoas só podem utilizar o sistema de Seguridade Social se estiverem contribuindo; já de acordo com a concepção distributiva, os indivíduos têm o direito de utilizar o sistema de Seguridade Social porque possuem necessidades vitais.

¹³⁵ O artigo 194, parágrafo único, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil dispõe: “Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a Seguridade Social”.

sociedade, haja vista que o dano sofrido por um membro da sociedade reflete-se, de modo inexorável, em toda a sociedade.

De acordo com o magistério de Celso Barroso Leite, “as necessidades essenciais de cada indivíduo, a que a sociedade deve atender, tornam-se, na realidade, necessidades sociais, pois, quando não são atendidas, repercutem sobre os demais indivíduos e sobre a sociedade inteira”.¹³⁶ Deve-se, portanto, assegurar melhor repartição das rendas em função das necessidades de cada indivíduo. O novo conceito de Seguridade Social caracteriza-se pela garantia do mínimo vital para a vida em sociedade.

No entanto, a nova definição de Seguridade Social, expressa no artigo 194 da Constituição Federal de 1988, desprende-se da idéia referente exclusivamente à renda profissional (atividade laboral), orientando-se, ao revés, pela via complementar das necessidades humanas básicas aferidas em virtude da sociedade em que vivem os sujeitos a serem tutelados pela Seguridade Social. Em relação a essa nova definição, Celso Barroso Leite ensina que

[...] a Seguridade Social deve ser entendida e conceituada como o conjunto das medidas com as quais o Estado, agente da sociedade, procura atender à necessidade que o ser humano tem de segurança na adversidade, de tranquilidade quanto ao dia de amanhã.¹³⁷

Nesse sentido, o doutrinador italiano G. Mazzoni define o objetivo da Seguridade Social como:

o escopo mínimo da seguridade social é a libertação do homem da indigência e da miséria. Este objetivo se coaduna integralmente ao disposto no artigo XXII da Declaração dos Direitos do Homem, o qual dispõe: “Art. XXII – Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade”.¹³⁸

¹³⁶ LEITE, Celso Barroso. In: BALERA, Wagner (org.). *Curso de direito previdenciário. Homenagem a Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira*. 5 ed. São Paulo: LTR, 2002, pp. 20-3.

¹³⁷ Idem, p. 17.

¹³⁸ MAZZONNI, G. Mazzoni. “Existe um conceito jurídico de seguridade social?” *Revista dos Industriários*. Traduzida da *Revista I Problemi della Ssicurezza Sociale* (2), mar./abr.-1967, p. 38.

Wagner Balera explica que o novo sistema de Seguridade Social – idealizado por William Beveridge na conceituada obra *O plano Beveridge*, que defende a proteção “do berço ao túmulo” – baseou-se em três princípios essenciais: a universalidade, a unidade e a integridade. A Seguridade Social deve atingir a totalidade dos indivíduos, cobrindo o maior número possível de riscos e de forma que possibilite o desenvolvimento da personalidade de cada ser humano como membro da sociedade. Esses aspectos representam a estrutura de uma organização simples, coerente e completa de defesa contra a miséria. Propõe-se a manutenção de todos os membros da coletividade acima do nível considerado como mínimo, em todas aquelas eventualidades que podem afetar a garantia ou a adaptação das rendas ao grupo familiar.¹³⁹

A Seguridade Social foi introduzida no ordenamento jurídico pátrio vigente por meio da Constituição Federal de 1988, disciplinada no artigo 193 do Capítulo II, do Título VII (“Da Ordem Social”), que preceitua: “A ordem social tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”. Esse artigo é norteador de todo o sistema protetor social, que está intimamente ligado ao artigo 1º, inciso IV, da Carta Fundamental, cujo dispositivo enuncia como fundamentos da República Federativa do Brasil “os valores sociais do trabalho”, que são, segundo o professor Wagner Balera, a “chave interpretativa para toda a Seguridade Social”.¹⁴⁰ Já no Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, a ordem social forma “o núcleo substancial do regime democrático instituído”, frente à importância dada pela Constituição Federal à ordem social, conforme lições de José Afonso da Silva.¹⁴¹

O artigo 194 da vigente Constituição, ao tratar especificamente da Seguridade Social, dispõe que:

¹³⁹ Ver, ainda, BALERA, Wagner. *Noções preliminares de direito previdenciário – Atualizado com a reforma previdenciária*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, pp. 69-70.

¹⁴⁰ BALERA, op. cit., 1989, p. 32.

¹⁴¹ SILVA, op. cit, 1999, p. 802.

Art. 194: A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: I – universalidade da cobertura e do atendimento; II – uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; III – seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; IV – irredutibilidade do valor dos benefícios; V – equidade na forma de participação no custeio; VI – diversidade da base de financiamento; VII – caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do governo nos órgãos colegiados.¹⁴²

Com base na leitura desse artigo, pode-se afirmar que a Seguridade Social é um conjunto integrado de ações que não deve ser considerado isoladamente, pertencendo a um tronco comum às áreas da saúde, da previdência e da assistência social. Essas três áreas formam um conjunto que, por expressa disposição constitucional, deve ser integrado, sendo tais ações regidas pelos mesmos princípios inclusos no artigo 194, parágrafo único, da Carta Magna. Também o artigo 196 dispõe que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”. Nesse sentido, todos devem gozar de boa saúde e ter acesso igualitário à assistência médica e hospitalar, em caso de necessidade, independentemente de contribuição ou filiação prévia. Vale lembrar que o sistema da saúde é regido pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e aos serviços.

O artigo 201 da Constituição Federal dispõe que “a Previdência Social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória”. Por conseguinte, qualquer pessoa poderá ter acesso às prestações previdenciárias, desde que se filie e contribua, por meio de seu salário, com exceção dos dependentes. Percebe-se que a Previdência Social possui duas características essenciais e distintas, quais sejam: a contributividade e a filiação prévia obrigatória.

¹⁴² Emenda Constitucional n. 20, de 15/12/1998, inciso VII.

O artigo 1º da Lei de Organização e Custeio da Seguridade Social (Lei n. 8.212/91) ratifica o caput do artigo 194 da Constituição Federal de 1988 e conceitua a Seguridade Social como um sistema composto por três partes: saúde, previdência social e assistência social. Dessa forma, o sistema de Seguridade Social deve atuar como um organismo que identifique e satisfaça as necessidades dos seres humanos devendo, juridicamente, realizar justiça social protegendo não só os trabalhadores, bem como a todos os indivíduos necessitados.¹⁴³

2.3 Princípios fundamentais informadores da Seguridade Social

Os princípios têm origem análoga aos usos e costumes. Cristalizados pela legislação, corporificados pela doutrina e acolhidos pela jurisprudência, funcionam como fontes inspiradoras do direito. A maioria dos princípios previdenciários possui os fundamentos do seguro social. Dessa maneira, revelam-se as bases da Previdência Social. Mesmo diante da positivação da norma jurídica, os princípios são freqüentemente invocados, pois se impuseram como noção necessária à compreensão do fenômeno jurídico, em razão das regras jurídicas que não normatizaram todas as situações, advindo daí a relevância de diretrizes superiores incorporadas pelos princípios.

Em direito social, o estudo dos princípios é necessário porque eles suprem inúmeras lacunas do ordenamento jurídico:

Os princípios gerais de direito são fundamentos da própria legislação positiva, que não se encontram escritos em nenhuma lei, mas que são os pressupostos lógicos necessários das diferentes normas legislativas, das quais se devem deduzir exclusivamente por força da abstração. Podem ser de fato princípios racionais superiores, de ética social, e também princípios de direito romano, e universalmente admitidos pela doutrina; contudo, têm valor não porque sejam puramente racionais, éticos ou do direito romano, mas porque informam efetivamente o sistema positivo de nosso direito e chegaram a ser, desse modo, princípios de direito positivo e vigente.¹⁴⁴

¹⁴³ BALERA, Wagner. *Sistema de seguridade social*. 4 ed. São Paulo: LTR, 2006, pp. 16-7.

¹⁴⁴ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Los principios de derecho del trabajo*. Montevideu: MBA, 1975, p. 19.

Os princípios não se confundem com votos de intenções. Antes, são normas formais, positivadas com efetividade, uma espécie de norma jurídica. Cada princípio tem uma função e um campo de atuação específico possuindo eficácia, o que é fundamental para a sua sobrevivência e deve ser empregado na interpretação do direito previdenciário. Conforme o tipo e sua aplicação, os princípios são diversificados. Para Martinez,¹⁴⁵ o princípio fundamental é o da solidariedade social. Existem, ainda, os princípios básicos que servem como orientadores para a elaboração da norma, os técnicos, os aplicadores e, por último, os interpretativos, aqueles obrigados a entender a norma.

Os princípios são de grande relevância, uma vez que, informadores da ciência jurídica, podem ser considerados regras aplicáveis ao ordenamento. Em alguns casos, o ordenamento está em consonância com a realidade e, em outros, contraria o objeto da ciência jurídica. Assim, os princípios estão consagrados em normas expressas, explícitas ou implícitas¹⁴⁶ – tendo, por si sós, aplicação orientadora da norma jurídica.¹⁴⁷

Assim, os princípios constitucionais fundamentais devem ser considerados como fonte informadora do legislador e apresentam-se como norma jurídica ao aplicador da lei. Caso possuam características técnicas, devem ser aplicados com força de norma jurídica, pois os princípios técnicos são verdadeiras regras jurídicas a serem aproveitadas na execução, na integração e na interpretação do direito.¹⁴⁸ O emprego dos princípios gerais do direito está

¹⁴⁵ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de direito previdenciário*. 3 ed. São Paulo: LTR, 1995, pp. 40-5.

¹⁴⁶ O professor Edílson Pereira de Farias define princípios explícitos ou positivos como aqueles que expressam as decisões políticas fundamentais do constituinte quanto à estrutura básica do Estado e às idéias e aos valores triunfantes na Assembléia Constituinte; e princípios implícitos ou princípios gerais do direito aqueles que se encontram implicitamente no interior da ordem jurídica, da qual são recolhidos por meio da arte de interpretar e aplicar as normas jurídicas (Cf. FARIAS, Edílson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1996, p. 27).

¹⁴⁷ ROTHENBURG, op. cit., pp. 68-9.

¹⁴⁸ Nesse sentido, dispõe a Lei de Introdução ao Código Civil em seu artigo 4º: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Sendo assim, o ordenamento jurídico tem disposição expressa a respeito dos princípios.

limitado à omissão legislativa; porém, os princípios devem ser aplicados de forma mais abrangente nos casos duvidosos. Já nos casos de omissão, a legislação previdenciária não tem disposição semelhante, mas a Consolidação das Leis Trabalhistas, em seu artigo 8º, determina:

Art. 8º – Das autoridades administrativas e a justiça do trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais do direito, principalmente do direito do trabalho, e ainda de acordo com os princípios gerais do direito, usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.
Parágrafo único: o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.¹⁴⁹

2.4 Distinção entre regra, princípio e valor

Uma das principais características do direito constitucional contemporâneo é a ascensão normativa dos princípios, tanto na condição de fundamento de direitos quanto de vetor de interpretação de regras jurídicas.

A metodologia jurídica tradicional distinguia os princípios das normas, tratando-as como categorias pertencentes a tipos conceituais distintos, mas a idéia de norma era considerada, dogmática e normativamente, superior à idéia de princípios;¹⁵⁰ porém, devido aos acréscimos teóricos analíticos de Dworkin e Alexy,¹⁵¹ pacificou-se a distinção entre regras e princípios como espécies do gênero norma de direito, já formulada por Jean Boulanger.¹⁵²

¹⁴⁹ *Consolidação das Leis Trabalhistas no artigo 8º*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006.

¹⁵⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Também: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1086. Ver, ainda, ESPÍNOLA, Ruy Samuel. *Conceitos de princípios constitucionais*. São Paulo: RT, 1999, p. 61, que segue a mesma doutrina de Canotilho.

¹⁵¹ Sobre o pensamento de Ronald Dworkin e Robert Alexy, dentre outros autores que contribuíram para o debate sobre a teoria dos princípios, ver FIGUEROA, Afonso Garcia. *Princípios y positivismo jurídico*. Madrid: Centro de Estudos Políticos y Constitucionales, 1998, especialmente pp. 327-401.

¹⁵² BONAVIDES, Paulo, op. cit., 1999, p. 112, no qual o autor acrescenta que Jean Boulanger seria o mais insigne precursor da normatividade dos princípios.

Ao lado dos princípios e das regras, parte da doutrina alemã e espanhola tem desenvolvido a teoria dos valores inspirada na chamada jurisprudência dos valores ou jurisprudência dos princípios.¹⁵³ De acordo com a teoria positivista, uma norma fundamental é uma regra ao permitir, proibir ou exigir o cumprimento de uma obrigação.¹⁵⁴ Quer dizer, o raio de ação da regra é direcionado, existindo explicitamente as figuras do emissor, do receptor e da mensagem bem definidas. Os princípios, ao contrário, não são determinados, mas determináveis, porque sua incidência permite a concretização de metas ou fins de acordo com as circunstâncias temporais e culturais. O bem jurídico protegido pelo princípio pode sofrer oscilações hermenêuticas, de acordo com uma atitude circunstancial do intérprete.

Robert Alexy, em doutrina que se tornou clássica, ensina que tanto as regras quanto os princípios são normas porque exigem um dever-ser. Na verdade, “la distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas”.¹⁵⁵ O que distingue as regras dos princípios é que estes são normas que exigem que algo seja realizado em conformidade com a medida mais adequada e de acordo com as circunstâncias jurídicas reais. A dimensão circunstancial dos princípios como mandados de otimização permite uma constante adaptação fática diferenciando-se das regras, que têm um alcance limitado a seu cumprimento ou não. As regras, por conseguinte, são determinadas e circunstancialmente limitadas. Os princípios, a seu turno, a despeito de serem dotados de elevado grau de abstração, são determináveis e circunstancialmente ilimitados em seu alcance.¹⁵⁶

Outro aspecto importante a ser mencionado é que os princípios podem existir implicitamente, enquanto as regras somente podem subsistir expressamente. Ninguém, por

¹⁵³ Idem, pp. 284-5.

¹⁵⁴ CANOTILHO, op. cit., 1998, p. 1177.

¹⁵⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 83.

¹⁵⁶ ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1999, pp. 17-8.

exemplo, poderia questionar a existência e a eficácia dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a despeito de qualquer texto legal definir-lhes o conteúdo.¹⁵⁷

Na Constituição brasileira de 1988 há alguns exemplos de regra, princípio e valor. Exemplo de regra é o previsto no inciso XX do artigo 5º, que afirma que “ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado”. Esse comando proíbe que as associações ou sindicatos obriguem os trabalhadores a se associarem ou permanecerem associados compulsoriamente, porque a liberdade de não se associar constitui direito subjetivo oponível às corporações profissionais e ao próprio Estado.

A soberania nacional e a função social da propriedade constituem-se princípios norteadores da ordem econômica, conforme os incisos I e III do artigo 170 da Magna Carta, e são princípios gerais norteadores da atividade econômica.

Com relação aos valores, é importante ressaltar o conceito de “valor” proposto por Ariana Stagni Guimarães, para quem

os valores são os conceitos inerentes à humanidade devidamente organizada em uma determinada sociedade, e que, portanto, servem de balizamento, ou parâmetro, para uma conveniência mais harmoniosa e equilibrada.¹⁵⁸

Nesse sentido, os valores podem ser encontrados no preâmbulo da Constituição: “A liberdade, a segurança, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça são valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito”. Como se pode observar, o próprio preâmbulo declara os supracitados valores como compromisso e razão de ser da própria Constituição. No artigo 170, escreveu o constituinte que a ordem econômica, “fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar, a todos,

¹⁵⁷ Invocando as lições de J. J. Gomes Canotilho, ao distinguir “regras” de “princípios”, SANTIAGO FILHO (1999, p. 175) afirma que a diferenciação se dá “pela separação ‘ontológica’ radical de ambos os tipos de normas, quando se tem, por exemplo, a possibilidade de princípios, em virtude de sua natureza, existirem implicitamente no sistema normativo, algo impensável para regras”.

¹⁵⁸ GUIMARÃES, Ariana Stagni. *A importância dos princípios jurídicos no processo de interpretação constitucional*. São Paulo: LTR, 2003, p. 93.

existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Assim, existência digna e justiça social são valores que devem nortear a atividade econômica.

Entretanto, entende-se que os valores não constituem uma categoria autônoma dos princípios, pois estes são dotados de determinados valores que estabelecem padrões ou mandados de otimização; ademais, a Constituição utiliza os termos *fundamentos* e *princípios* como categorias diferenciadas, conforme previsto no *caput* do artigo 170. Contudo, nada justifica essa diferenciação, porque não é pacífica na doutrina pátria uma teoria que estabeleça qualquer hierarquia entre as normas constitucionais.¹⁵⁹ Dessa forma, as normas de direito fundamental podem ser classificadas como regras ou princípios. Após essa conclusão de que norma jurídica é gênero da qual são espécies princípios e regras, apesar de conceitos distintos, torna-se importante abordar, dentro de uma concepção sistêmica, como essas normas se inserem em nosso ordenamento jurídico por meio da Constituição Federal.

Desse modo, é necessário conceituar o que vem a ser um sistema jurídico. Apesar de vários autores já terem se manifestado sobre o tema, destacamos o conceito dado a sistema jurídico do professor Juarez Freitas, que assevera:

Sistema jurídico como uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente na Constituição.¹⁶⁰

Assim, pode-se afirmar que sistema jurídico é um conjunto de normas (princípios e regras) harmônicas entre si, que regem a vida do Estado, no qual os princípios norteiam e convalidam a todo o ordenamento jurídico.

¹⁵⁹ PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da constituição e os princípios fundamentais – Elementos para uma hermenêutica constitucional renovada*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999, p. 65.

¹⁶⁰ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 50.

2.5 Princípios previdenciários constitucionais fundamentais

Na Carta Magna, estão determinados como princípios constitucionais fundamentais os que ocupam uma posição hierarquicamente superior às outras normas fundamentais.¹⁶¹ Quando se fala de princípios constitucionais, estes devem ser entendidos como os atos normativos que conduzem o intérprete da lei o mais próximo possível da chamada *mens legis* (espírito da lei), ou seja, prestam a mais exata e possível interpretação.

Dentre os princípios que se vêm destacando, está o princípio da solidariedade, cuja matriz constitucional se encontra no artigo 3º, inciso I, bem como o princípio da dignidade humana, com matriz constitucional no artigo 1º, inciso III, da Lei Maior.¹⁶²

Em sua maioria, os princípios previdenciários reduzem-se aos fundamentos do seguro social, ou seja, à obrigatória solidariedade existente entre a coletividade apta em favor dos carentes de recursos. Dessa forma, a solidariedade é o fundamento essencial da Previdência Social. O modelo de repartição simples constitui um regime de financiamento solidário em que segurados ou servidores em atividade financiam os inativos e esperam que, no futuro, a geração seguinte os financie.¹⁶³

¹⁶¹ PEIXINHO, op. cit., 1999, p. 130.

¹⁶² A Constituição Federal dispõe: “Art. 1º – A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos estados, dos municípios e do distrito federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana”. E continua, no art. 3º: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

¹⁶³ Com relação à matéria de **princípio da solidariedade**, o Supremo Tribunal Federal se manifestou da seguinte forma: “Em ação direta de inconstitucionalidade, discutia-se a validade do artigo 283 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que facultava ao servidor público que não tinha cônjuge, companheiro ou dependente legar beneficiário de sua indicação. O pedido foi julgado procedente por unanimidade”. Ver DJU, de 13/10/2000, ADIN n. 240-6-RJ, relator Min. Octávio Gallotti, que lavrou em seu voto: “Ultrapassando a ordem dos beneficiários, tradicionalmente consagrados pela Previdência Social, mencionados no inciso V do art. 201 da Constituição, afigura-se que a Carta fluminense, efetivamente, **a divorciar-se do princípio da solidariedade**, que é inerente ao sistema previdenciário, devendo para ele confluir, tanto o regime próprio dos servidores públicos como o destinado aos trabalhadores em geral. Sendo obrigatório o seguro social, a contribuição das pessoas que não possuam dependentes, por diminuir a média de risco do segurador, culmina em suavizar o encargo do custeio, a cargo de todos os contribuintes. **É essa solidariedade ou comunhão participativa** que se

Os princípios da liberdade, da igualdade e da legalidade são considerados princípios constitucionais gerais, diretrizes básicas aplicadas a todas as áreas do direito, inclusive à Seguridade Social. O princípio da solidariedade social¹⁶⁴ é hoje o sustentáculo da “ordem social constitucional”. Também entre os princípios fundamentais que norteiam o Estado Democrático de Direito, instituídos no artigo 1º da Constituição Federal, encontra-se a dignidade da pessoa humana,¹⁶⁵ que, no dizer de José Afonso da Silva, “é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”.¹⁶⁶

Acrescenta o autor, citando Gomes Canotilho e Vital Moreira:

Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir teoria do núcleo da personalidade individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana.¹⁶⁷

Os princípios do direito à Seguridade Social são construções vizinhas das formulações filosóficas. Nesse sentido, os princípios da liberdade, igualdade e legalidade derivam dessas concepções. O princípio da solidariedade social é hoje o sustentáculo da “ordem social constitucional”.

torna comprometida, quando todos os associados passam a poder legar benefícios, por ato de vontade própria, mesmo quando não mantenha cônjuge, companheiro ou dependente”.

¹⁶⁴ Para o ilustre filósofo Pe. Fernando Bastos Ávila, a idéia de direito social organizou bases sociais fundamentais para a sistematização da segurança social, pois o solidarismo cristão aliado à doutrina social estruturaram, por meio das encíclicas papais, conteúdos essenciais para o desenvolvimento da solidariedade como base para o direito social, o bem comum, a ordem e a paz social e a dignidade da pessoa humana (ÁVILA, Pe Fernando Bastos de. *Solidarismo – Alternativa para globalização*. 2 ed. São Paulo: Santuário, 1997, pp. 77-101).

¹⁶⁵ Raul Dahrendorf examina o tema da desigualdade e da igualdade referindo-se à dignidade humana, à igualdade humana, à liberdade política e à igualdade jurídica. Os homens são iguais por natureza em relação àqueles dados da sua existência que, como constantes, acham-se na base de toda vida social: são iguais em sua natureza corporal, que os liga ao império da necessidade e os obriga a trabalhar para obter seus meios de vida; são iguais em seus instintos naturais, que impõem certos freios em seu desenvolvimento racional; são, enfim, iguais na possível dependência

¹⁶⁶ SILVA, op. cit. , 2000, p. 106.

¹⁶⁷ Ibidem.

O princípio da dignidade humana como vetor constitucional que norteia a proteção social pressupõe consideração pela vida e pela integridade física do ser humano, garantido condições básicas para que se possa exercer a liberdade. Assim, cabe ao Estado criar mecanismos de proteção do homem, evitando que seja tratado como mero instrumento econômico ou político pelos órgãos do poder público.

A base da Seguridade Social está na solidariedade humana, em que os indivíduos formam um todo orgânico – cada um depende do outro e vice-versa.¹⁶⁸ Na Seguridade Social, a solidariedade é essencial, e exatamente em razão de sua posição nuclear, os jusprevidencialistas afirmam que, sem a solidariedade, seria impossível organizar a proteção social. Sua origem provém da assistência social, berço comum de quase todas as técnicas de proteção.

O mutualismo¹⁶⁹ encampou a idéia que adquiriu funcionalidade. A solidariedade social é projeção da aflição dos necessitados e inspirada na doutrina cristã que se antecipou ao conceito moderno de solidariedade ao prever a assistência como direito individual.¹⁷⁰ Do ponto de vista da Seguridade Social, ocorre solidariedade quando várias pessoas em conjunto, ou seja, a maioria, contribui para o bem-estar da minoria em sociedade, que, por sua vez, em

¹⁶⁸ RUPRECH, Alfredo J. *Direito da seguridade social*. São Paulo: LTR, 1996, p. 26.

¹⁶⁹ Segundo De Plácido e Silva, mutualidade ou mutualismo “exprime o regime de cooperação adotado em certas espécies de sociedades, em que os próprios sócios são aqueles que se inscrevem para concorrer aos benefícios distribuídos pela sociedade”. *Vocabulário jurídico*. 17 ed. Atualizadores por Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 545. Sobre o desenvolvimento histórico do mutualismo, cf. COIMBRA, José dos Reis Feijó. *Direito previdenciário brasileiro*. 7 ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1997, pp. 1-15. Ver, ainda, Eliane Romeiro Costa, que leciona: “No Brasil, o embrião do mutualismo são as primeiras manifestações operárias e classistas em torno da questão social e no âmbito do trabalho, provocando em casos de doença, acidente de trabalho, auxílio funeral, pensão por velhice, a organização dos socorros mútuos de caráter privado. De forma assistencial na colônia formaram-se as confrarias e irmandades [...] As mutualidades, como os primeiros seguros, foram frutos da iniciativa privada. A característica primeira daqueles que adotavam o ‘seguro’ de vida era o não-pertencimento a uma categoria de assalariados”. E, acrescenta: “O sistema solidário, o mutualismo, desenvolveu-se como modelo de associação, de solidariedade e como mecanismo de provisão. Esse sistema, ao utilizar a relação de proporção entre risco-prêmio (contribuição) como técnica atuarial, aproxima-se do seguro contratual. O mutualismo caracterizou-se como forma de cooperação e de adesão livre entre grupos sujeitos aos mesmos riscos, possibilitando o pensamento de proteção e de poupança no campo do trabalho assalariado” (Costa, Eliane Romeiro. *Previdência complementar na seguridade social – o risco velhice e a idade para aposentadoria*. São Paulo: LTR, 2003, pp. 57-8).

¹⁷⁰ COIMBRA, José dos Reis Feijó, op. cit, pp. 8-12.

um dado momento, também contribuirá, ou não, para a manutenção de outras pessoas, e assim sucessivamente. Na Seguridade Social, este princípio assegura benefícios a todos os necessitados da sociedade ou do grupo, sem levar em conta a estratificação social, quando atingidos por uma contingência social (desemprego, doença, invalidez, velhice, maternidade morte etc.). Nesse diapasão, a Lei Magna brasileira (artigo 3º, inciso I) institui como objetivo fundamental de um Estado Democrático de Direito “construir uma sociedade livre, justa e solidária”.¹⁷¹

No Brasil, a consagração desse preceito ocorre na Seguridade Social quando os trabalhadores urbanos contribuem com parcela maior, enquanto os rurais contribuem com uma parcela menor, vez que fazem parte de minoria econômica. Também na assistência social toda sociedade contribui para financiar os benefícios dos necessitados (idosos e inválidos), como disposto no artigo 203 da Constituição Federal de 1988.¹⁷²

O princípio da dignidade humana é um princípio fundamental da Seguridade Social. A partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem, enunciada pela ONU em 1948,¹⁷³ os direitos fundamentais deixam de ser meros enunciados, consagrando-se a idéia de que é necessário garantir a todos o acesso aos meios de vida e trabalho, bem como à segurança social, asseguradas as condições para a aplicação da liberdade e da igualdade.

Kant afirma que o ser humano se faz dotado de dignidade especial porque “nunca pode ser meio para outros, mas fim em si mesmo”.¹⁷⁴ Nesse sentido, caracteriza o individualismo pelo entendimento de que cada homem, ao cuidar de seus interesses, protege e realiza indiretamente os interesses coletivos, sendo, portanto, os direitos fundamentais direitos

¹⁷¹ *Constituição da República Federativa do Brasil*, op. cit., p. 3.

¹⁷² *Idem*, p. 101.

¹⁷³ “Todo homem tem direito à segurança social e à realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade”.

¹⁷⁴ SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, pp. 91-108.

inatos e anteriores ao Estado e impostos como limites à atividade estatal. Porém, segundo Bobbio,

o ente estatal não possui um fim próprio, mas seu fim coincide com os fins dos múltiplos indivíduos. A primazia pelo valor coletivo não pode sacrificar ou ferir o valor da pessoa, que é um *minimum* que o Estado ou qualquer outra instituição não pode ultrapassar.¹⁷⁵

No magistério de José Afonso da Silva, a “dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”.¹⁷⁶ Para Joaquín Arce e Flores Valdés, a pessoa, sua dignidade e seus direitos têm sido considerados – e reconhecidos constitucionalmente – a razão de ser do direito como último fundamento. Este princípio considera que a pessoa e seus componentes jurídicos essenciais são o fundamento da ordem política e da paz social.¹⁷⁷ Os enunciados contidos entre os princípios fundamentais ganham significado quando lidos em conjunto com as normas referentes à ordem econômica e social. Conseqüentemente, a ordem social, como concretização dos fins do Estado Democrático de Direito, deverá propiciar a todos uma existência digna que vise à realização de justiça social, conforme determina o artigo 193 da Constituição Federal.¹⁷⁸

A Carta Magna de 1988 inclui o princípio da igualdade no artigo 5º, *caput*, e reconhece, expressamente, a existência de desigualdades, consistindo a igualdade um marco a ser alcançado. Eleito como princípio fundamental norteador da interpretação e da elaboração da lei, desempenha um papel importante na Seguridade Social, pois conduz a normas

¹⁷⁵ BOBBIO, op. cit., 1992, p. 133.

¹⁷⁶ SILVA, op. cit., p. 106.

¹⁷⁷ FLÓREZ-VALDEZ, Joaquín Arce. *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*. Madri: Cuadernos Civitas, 1990, pp. 103-4.

¹⁷⁸ A respeito do tema, J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, citados por José Afonso Silva (op. cit., pp. 58-9), esclarecem: “Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta seu amplo sentido normativo-constitucional, e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade da pessoa humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos dos direitos sociais, ou invocá-la para construir teoria do núcleo da personalidade individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana”.

instituidoras de direitos sociais, promovendo os fins do Estado com a realização de justiça social, uma vez que permite a distribuição da renda na impossibilidade do exercício de atividade laborativa ou na ocorrência de diminuição da renda familiar.

O princípio da legalidade impõe-se como o mais importante princípio constitucional, na medida em que constitui, na verdade, a base dos demais, razão pela qual goza da supremacia que lhe é intrínseca. Pelo encadeamento lógico que transforma o mundo jurídico em sistema, não é dado discutir a íntima conexão existente entre a isonomia e a legalidade. A igualdade é limite imanente ao sistema jurídico, enquanto a legalidade cumpre, juridicamente, os objetivos da ordem social, definida pela Constituição.¹⁷⁹ Pode-se dizer, então, que o sistema de Seguridade Social se propõe a concretizar, na “ordem social”, os planos de superação dos estados de necessidade, uma vez que, em conformidade com a lei, os beneficiários recebam igual tratamento do poder público.¹⁸⁰

José Afonso da Silva afirma que o conceito de liberdade humana deve ser expresso no sentido de um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade. Destaca, no mesmo texto, a definição de Riviero: “a liberdade é um poder de autodeterminação, em virtude do qual o homem escolhe por si mesmo seu comportamento pessoal”.¹⁸¹ Presente na Constituição Federal, em seu artigo 5º, apresenta-se como um princípio fundamental importante para a interpretação das normas de Seguridade Social. Assim, mesmo percebendo benefício previdenciário, o trabalhador pode ter atividade econômica remunerada, salvo em benefício por invalidez. Do ponto de vista jurídico, significa escolha de ocupação, exercício de vontade consciente. Em tese, a liberdade se opõe a toda obrigação, restrição ou proibição.

¹⁷⁹ SILVA, 2000, op. cit., pp. 236-7; ver também, BALERA, Wagner. *A seguridade social na constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 116.

¹⁸⁰ É importante ressaltar que o segurado só terá a obrigação de pagar determinada contribuição previdenciária, ou só lhe será concedido determinado benefício da Seguridade Social, se houver previsão legal. Cf. MARTINS, Sérgio Pinto, op. cit., p. 68.

¹⁸¹ SILVA, 2000, op. cit., pp. 236-7.

Apesar de a Constituição Federal trazer no artigo 5º, inciso LV, o direito adquirido como um direito fundamental, sua definição é dada pelo legislador ordinário no § 2º do artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil¹⁸² e pela doutrina, quando Clóvis Beviláqua propõe a seguinte definição: “Direito adquirido é um bem jurídico, criado por um fato capaz de produzi-lo, segundo as prescrições em lei então vigente e que, de acordo com os preceitos da mesma lei, entrou para o patrimônio do titular”.¹⁸³

No direito adquirido, a nova norma deve respeitar a situação anterior, já definitivamente constituída. O ato jurídico perfeito está compreendido no direito adquirido, pois se formou no império da lei anterior, já estando consumado quando da edição da lei nova. Pode-se condensar o direito adquirido nestas cinco características: a) um fato idôneo a produzir direito, em conformidade com a lei nova; b) uma lei vigente no momento em que o fato se realize; c) a capacidade legal do agente; d) o direito já estar fazendo parte do patrimônio jurídico da pessoa; e) não ter consumado esse direito em todos os seus efeitos.

O instituto do direito adquirido é muito importante para a Seguridade Social, principalmente no que concerne às aposentadorias. O segurado adquire direito à aposentadoria no momento em que reúne todos os requisitos necessários à sua obtenção; assim, a aposentadoria será regulada pela lei vigente naquele momento, e as modificações que venham a ocorrer posteriormente não a atingem. Nesse sentido, se houver mudança no prazo para a concessão de certo benefício e a pessoa já tiver implementado todas as condições para requerê-lo, poder-se-ia dizer que a pessoa já adquiriu o direito à concessão desse benefício.¹⁸⁴

¹⁸² “A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Considerando-se adquiridos os direitos que seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outra.

¹⁸³ BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980, p. 65.

¹⁸⁴ Supremo Tribunal Federal. Súmula 359. O STF tem entendimento sumulado de que, “ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar ou servidor civil reuniu os requisitos necessários”. Assim, passou a entender o STF que não há necessidade de a pessoa requerer a aposentadoria se já havia adquirido o direito de se aposentar. O que deve ficar claro é que aquisição de direito não se confunde com seu exercício. Supremo Tribunal Federal. RE 73.189-SP, relator Min. Luiz Gallotti, RTJ 65/435.

Na reforma previdenciária implementada pela Emenda Constitucional n. 20/1998, o artigo 3º do referido dispositivo é claro no sentido de garantir expressamente o direito adquirido dos segurados:

É assegurada a concessão de aposentadorias e pensão a qualquer tempo aos servidores públicos e aos segurados do regime geral da Previdência Social, bem como aos seus dependentes que, até 16/12/98, data da publicação da emenda, tenham cumprido os requisitos para a obtenção destes benefícios, com base nos critérios da legislação vigente.¹⁸⁵

O princípio do devido processo legal e da ampla defesa e do contraditório é assegurado na Constituição de 1988 em seu artigo 5º, LV: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral [...], o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Esse artigo garante às partes a participação ativa no processo, oferecendo suas alegações destinadas a esclarecer e convencer, além da produção de todas as provas admitidas em direito.

A capacidade contributiva é princípio segundo o qual cada cidadão deve contribuir para as despesas públicas na exata proporção de sua capacidade econômica. Isso significa que as despesas públicas devem ser rateadas proporcionalmente entre os cidadãos, uma vez que estes tenham, potencial ou efetivamente, usufruído a riqueza garantida pelo Estado. Também se aceita como definição do princípio da capacidade contributiva a divisão eqüitativa das despesas na medida da capacidade individual de suportar o encargo fiscal.¹⁸⁶

Princípio constitucional auto-aplicável, a capacidade contributiva deve ser observada não só pelo legislador, mas também pelo intérprete e aplicador da lei. Isso significa dizer, em termos do direito constitucional, que não basta o constituinte e o legislador ordinário

¹⁸⁵ Na prática, comenta o professor Martins, o direito de opção, contido nos artigos 8º e 9º da Emenda Constitucional n. 20/1998, de se observar a nova norma, provavelmente não vai ser utilizado pelas pessoas, pois a lei anterior (n. 8.213/91) era muito mais vantajosa, principalmente pelo fato de que a lei antiga não exige idade mínima. A Lei n. 9.876/99, que alterou recentemente a Lei n. 8.213/91, até mesmo modificando a nova fórmula de cálculo para a concessão de benefícios – incluindo o fator previdenciário –, prevê o direito adquirido, garantindo ao segurado que até 28/11/99 tenha cumprido os requisitos para a concessão de benefício o cálculo segundo as regras até então vigentes. Cf. MARTINS, op. cit., p. 72.

¹⁸⁶ GAFFURI, Franco. *L'attitudine allá contribuzione*. Milão: Giuffrè, 1969, p. 1.

reconhecerem o princípio. Na execução das normas editadas sob esse princípio, deve a administração e o contribuinte orientar-se da mesma forma e, caso não reine o consenso, o intérprete intervirá para fazer valer o princípio.

Não há dúvida de que esse princípio constitucional, analisado principalmente na Constituição Federal brasileira, artigo 145, § 1º, foi positivado pelo constituinte, deliberadamente, para orientar o legislador fiscal a guardar os impostos segundo a capacidade de quem deve pagar o imposto, além de dar à administração tributária a faculdade de aferir essa graduação, respeitando os direitos individuais, pesquisando o patrimônio, renda e atividades econômicas do cidadão. Observa-se que o princípio da capacidade contributiva não se refere apenas a impostos (art. 145, § 1º), pois é possível sua aplicação às taxas (art. 5º, incisos LXXIV e LXXVII) e as contribuições sociais (arts. 195 e 239 da CF/88).¹⁸⁷

O princípio da capacidade contributiva, entretanto, foi aplicado na Alemanha, expressamente, no Tribunal Constitucional Federal, para admitir como dedutível a obrigação de sustento dos filhos (decisão de 22/02/1984). A evolução jurisprudencial alemã mostra que o dever do intérprete da norma de observar a capacidade contributiva exigiu um profundo debate doutrinário e jurisprudencial, até que finalmente os tribunais passassem a reconhecê-lo como válido. O Tribunal Constitucional trata da capacidade contributiva associada ao princípio constitucional da igualdade como um princípio que convalida a tributação.

No Brasil, o princípio foi objeto da preocupação de grandes juristas, como **Rui Barbosa**, que há mais de um século preconizava o respeito mínimo existencial, admitindo que a tributação deveria respeitar, ainda, que, não utilizasse o termo, a capacidade contributiva. Também **Viveiro de Castro**, no início do século passado, citando autores alemães como **Wagner, Schaffle e Neumann**, falou em capacidade contributiva como critério da repartição dos impostos. Para **Viveiro de Castro**, pelo princípio dever-se-ia procurar, por meio da

¹⁸⁷ SOARES DE MELLO, José Eduardo. *Curso de direito tributário*. 5 ed. São Paulo: Dialética. 2004, pp. 32-3.

isenção de uma receita mínima necessária à existência (*existenz minimum*), alcançar a igualdade na tributação.¹⁸⁸

Há de se admitir que a capacidade contributiva não é, de fato, um princípio descoberto por **Adam Smith**, pelos ingleses ou pelos iluministas franceses; é um pensamento diretor tão velho como os próprios impostos. Esse valor axiológico positivado nos distintos textos constitucionais ganhou importância como meio de garantir a justiça fiscal para o cidadão.

É esse um princípio fundamental que rege a distribuição da carga fiscal no Estado social de direito e garante o respeito à dignidade do cidadão. A tributação de acordo com a capacidade contributiva desenvolve-se segundo conceitos que priorizem o respeito mínimo existencial. O direito fundamental da igualdade, expresso por meio do respeito ao mínimo existencial na apuração da capacidade contributiva, deve limitar o poder de tributar do Estado. Esta seria a realização da justiça no campo do direito tributário.

A capacidade contributiva esteve prevista no Brasil desde a constituição do Império, que, no artigo 179, inciso XV, previa:

Art. 179 – A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:
[...]
XV: Ninguém será exemplo de contribuir para as despesas do Estado em proporção de seus haveres.

O princípio da capacidade contributiva foi regra também na Constituição brasileira de 1946. Previa-se no artigo 202: “Os tributos terão caráter pessoal sempre que isso for possível, e serão graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte”.

Na interpretação preliminar dessa regra constitucional, é importante ressaltar o entendimento de alguns autores para os quais ela se dirigia não só ao legislador, mas também

¹⁸⁸ CASTRO, A. O. Viveiros. *Tratado dos impostos*. Rio de Janeiro: Ribeiro dos Santos, 1910, pp. 159-65.

ao juiz, o que significa que o intérprete da norma deveria checar o respeito ao princípio não só por parte do legislador, mas também da administração.

Omissa a Carta de 1967/1969, somente veio esse princípio a ser previsto novamente na Constituição de 1988. Há de se levar em conta, entretanto, a opinião de alguns autores, segundo a qual o princípio da capacidade contributiva poderia ser extraído do texto constitucional, artigo 150, § 35 da referida Carta. Previa o texto:

Art. 150 – A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade de direitos concernentes à vida, à liberdade e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 35: A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.

Aliomar Baleeiro¹⁸⁹ e Paulo Barros Carvalho¹⁹⁰ entenderam, assim, como garantias e direitos individuais, que “a especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”. Viram os dois autores a previsão de respeito ao princípio da capacidade contributiva como uma garantia individual respaldada pelo referido artigo constitucional.

Na Carta de 1988, considerada como a Constituição cidadã, a capacidade contributiva voltou à condição de princípio constitucional seguindo o exemplo de outras Cartas. A Constituição de 1988 acolheu o princípio segundo o qual o cidadão tem a garantia de não sofrer uma exação fiscal acima de sua capacidade contributiva. O texto da Constituição atual prevê, então, no artigo 145, § 1º:

Art. 145 – A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I – impostos;

II – taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

III – contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

¹⁸⁹ BALEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. Atualizado e comentado por Mizabel A. Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 688.

¹⁹⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. *Teoria da norma tributária*. São Paulo: Max Limonard, 2002, p. 102.

§ 1º: Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultados à administração tributária, especialmente para conferir a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e, nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Na Constituição de 1946, o princípio da capacidade contributiva tinha, apenas, caráter programático, determinando que se adotassem métodos para possibilitar a valoração da capacidade contributiva do contribuinte e que se evitasse desproporcionalidade na renda. A Constituição de 1988, ao contrário, teve um caráter vinculante e auto-aplicável.

Por força da observância do princípio da capacidade contributiva, o cidadão está respaldado como contribuinte, também, em relação a outros direitos fundamentais igualmente expressos no texto constitucional: a igualdade, a propriedade e o não-confisco. Esses direitos fundamentais, previstos no artigo 5º e seus incisos, compõem, juntamente com o princípio da capacidade contributiva, os direitos constitucionais do contribuinte, oponíveis ao poder de tributar do Estado.

O que se pode concluir da análise da doutrina e jurisprudência atuais é que o princípio da capacidade contributiva é um princípio de justiça fiscal, válido para toda e qualquer iniciativa do Estado de distribuir a carga da despesa pública. Deve ser observado pelos integrantes dos três poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, por todo intérprete, seja ele o contribuinte, o juiz ou a administração pública.

Importante destacar a opinião de Regina Helena Costa,¹⁹¹ que aduz:

¹⁹¹ COSTA, Regina Helena. *Princípio da capacidade contributiva*. 3 ed. São Paulo: Malheiros. 2003, p. 59. Para Harada, a doutrina tributária, apesar de controversa quanto à natureza jurídica das contribuições sociais, entende em sua maioria que o que caracteriza a natureza tributária de uma exação não é o *nomen jûris*, mas sua submissão ao regime tributário. O constituinte de 1988 entendeu que as contribuições sociais passaram a ser tributo no momento em que prescreveu a observância dos princípios constitucionais tributários, portanto não há de se negar a natureza tributária das contribuições dos artigos 149 e 195 da CF/88, e, neste sentido, aplica-se também a essa espécie tributária o princípio constitucional da capacidade contributiva (HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 15 ed. revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2006, pp. 333-76). Sobre a matéria ver, ainda, BALERA, Wagner. “As contribuições no sistema tributário brasileiro”. In: MACHADO, Hugo de Brito (org.). *As contribuições no sistema tributário brasileiro*. São Paulo: Dialética, 2003, pp. 562-607. Acresça-se, ainda, o entendimento do STF, que, em pelo menos duas oportunidades, entendeu que a natureza jurídica das contribuições sociais é tributária, conforme decisões a seguir:

As contribuições sociais para o financiamento da Seguridade Social contam, ainda, com a disciplina contida no art. 195, sendo de destacar-se o disposto no seu parágrafo 9º, segundo o qual “as contribuições sociais previstas no inciso I deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica ou da utilização intensiva de mão-de-obra (EC n. 20, de 15/12/98)”. Tal diretriz constitucional, indubitavelmente, traduz aplicação do princípio da capacidade contributiva no âmbito dessa modalidade de contribuição social, na medida em que impõe tratamento diferenciado consoante aspectos distintos de seus contribuintes.

E prossegue:

[...] é inadequado exigir o mesmo patamar de contribuição sobre a folha de pagamento de uma indústria simples, com grande utilização de mão-de-obra, e outra altamente informatizada, com pouco pessoal, empregado.

O legislador constitucional também instituiu princípios a serem trilhados pelo legislador ordinário, denominados de princípios constitucionais setoriais, ao estabelecer como base o primado do trabalho e, como objetivo, o bem-estar e a justiça social (art. 193), estipulando que a Seguridade Social tem como finalidade assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, e atribuindo responsabilidade aos poderes públicos e à sociedade em geral.¹⁹²

a) RE n. 138.284-8-CE, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Mário da Silva Velloso: “Constituem essas contribuições uma espécie própria de tributo ao lado dos impostos e das taxas, na linha aliás, da lição de Rubens Gomes de Souza (“Natureza tributária da contribuição do FGTS”, RDA 112/27, RDP 17/305). Quer dizer, as contribuições não são somente as de melhoria. Essas são uma espécie do gênero contribuição; ou uma subespécie da espécie contribuição” (RTJ 143/313).

b) RE n. 146.733-9-SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves: “Sendo, pois a contribuição instituída pela Lei n. 7.689/88 verdadeiramente contribuição social destinada ao financiamento da Seguridade Social, com base no inciso I do artigo 195 da Carta Magna, segue-se a questão de saber se essa contribuição tem, ou não, natureza tributária em face dos textos constitucionais em vigor. Perante a Constituição de 1988, não tenho dúvida em manifestar-me afirmativamente. De feito, a par das três modalidades de tributos (os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria) a que se refere o artigo 145 para instituí-los a União, os estados, o distrito federal e os municípios, os artigos 148 e 149 aludem as duas outras modalidades tributárias, para cuja instituição só a União é competente: o empréstimo compulsório e as contribuições sociais, inclusive as de intervenção do domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas. No tocante às contribuições sociais [...] não só as referidas no art. 149 [...] têm natureza tributária [...], mas também as relativas à Seguridade Social previstas no artigo 195 [...] Por terem esta natureza tributária é que o artigo 149, que determina que as contribuições sociais observem o inciso III do artigo 150 (cujo letra *b* consagra o princípio da anterioridade) exclui dessa observância as contribuições para a Seguridade Social previstas no artigo 195, em conformidade com o disposto no § 6º deste dispositivo, que aliás, em seu § 4º, ao admitir a instituição de outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da Seguridade Social, determina se obedeça ao disposto no artigo 154, inciso I, norma tributária, o que reforça o entendimento favorável à natureza tributária dessas contribuições sociais” (DJ, de 12/03/1993; Resolução do Senado Federal n. 11, de 12/04/95).

¹⁹² Cf. *Constituição da República Federativa do Brasil*, art. 194.

Os princípios supracitados, como se registrou, são de aplicação geral, ou seja, trata-se de diretrizes básicas aplicadas a todas as áreas do direito, especificamente ao direito da Seguridade Social. Existem, ainda, os princípios securitários, conhecidos como princípios setoriais ou especiais, que dirigem o legislador ordinário especificamente para o direito da Seguridade Social, e estão dispostos no título “Da Ordem Social” da Constituição Federal de 1988. Registra-se que o legislador estabeleceu no artigo 193, como base, o primado do trabalho; como objetivo, o bem-estar,¹⁹³ a justiça social e a Seguridade Social; e, como finalidade (art. 194), assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, atribuindo tal responsabilidade aos poderes públicos e à sociedade em geral. O legislador estabeleceu que a organização da seguridade social será feita pela lei.¹⁹⁴

Na doutrina do professor Wagner Balera, para que se efetive os princípios do bem-estar e da justiça social, “o ordenamento constitucional impõe uma articulação entre a atividade do particular e aquela que é própria do Estado”. Acrescenta, ainda, que o artigo 3º da Constituição Federal se expressa por meio da erradicação da pobreza e da marginalização e pela redução das desigualdades sociais. Assim, deve-se interpretar e aplicar os princípios do bem-estar e da justiça social em conjunto com o valor social do trabalho, conforme dispõe o artigo 1º, inciso IV e o artigo 170 da Carta de 1988. Importante mencionar que os artigos

¹⁹³ Bem-estar é expressão utilizada na *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, de 10 de dezembro de 1948. “Artigo XXV. Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde e **bem-estar**, inclusive alimentação.” Importante salientar a síntese feita pelo professor Balera: “O bem-estar que, na voz do artigo 3º da Constituição Federal, expressa-se por meio da erradicação da pobreza e da marginalização e da redução das desigualdades sociais, somente poderá ser atingido com o esforço e a cooperação de todos e de cada qual. Assim foi no passado, assim é no presente e assim será no futuro” (*Noções preliminares de direito previdenciário*. Atualizada com a reforma previdenciária. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 23). Acrescenta, ainda, na mesma obra, p. 29, o autor que “a noção de justiça social impõe o reconhecimento de padrão mínimo de desenvolvimento, que é aferível e fruível individualmente”.

¹⁹⁴ *Constituição Federal do Brasil*. Promulgada em 05/10/1988, “Da Ordem Social”, “Capítulo I (disposição geral, art. 193)”. São Paulo: Editora Fisco e Contribuinte, p. 97. Assim expressa o artigo 194, parágrafo único: “I – universalidade da cobertura e do atendimento; II – uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; III – seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; IV – irredutibilidade do valor dos benefícios; V – equidade na forma de participação no custeio; VI – diversidade da base de financiamento; VII – caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do governo nos órgãos colegiados”.

XXII e XXV da Resolução 217 A (III), que promulgou a Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948, traduzem em termos genéricos que o ideal do bem-estar e da justiça social só encontrarão expressão concreta quando o padrão mínimo de segurança para todos os indivíduos corresponder ao nível de desenvolvimento em que se encontra o Estado em um determinado momento histórico.¹⁹⁵

Nesse sentido, Seguridade Social é um instrumento de realização de justiça social e tem como finalidade primordial a distribuição de renda, devendo proporcionar o acesso de todos aos bens materiais indispensáveis à subsistência, seja por meio da Previdência Social, de caráter contributivo, seja pela assistência social, não-contributiva, ou ainda garantindo o direito à saúde.

2.6 Princípios previdenciários constitucionais previstos no parágrafo único do artigo 194 da Constituição Federal

No parágrafo único do artigo 194, o legislador determina que o Poder Público, nos termos da lei, organize a Seguridade Social, observando os objetivos que constituem os princípios que nortearão o legislador ordinário na organização do sistema, atribuindo direitos e obrigações relativos à Seguridade Social.

Tanto na seguridade quanto no seguro social está presente a idéia de clientela protegida. A universalidade é considerada pela doutrina universal como um princípio fundamental. Mario de La Cueva observa que

a Seguridade Social também faz ver que sua idéia é universal, não pertencendo a nenhum setor da população, pois sua raiz, que está entre os imperativos da natureza humana, é a mesma nos homens de todos os tempos; quando há necessidade social

¹⁹⁵ BALERA, Wagner. *Noções preliminares de direito previdenciário*, op. cit., 2004, pp. 17-27.

(tal é seu novo lema), surgem o direito dos homens à segurança presente ou futura e o dever social de satisfazê-la.¹⁹⁶

Em nosso sistema, a universalidade é um dos principais fundamentos; assim, nacionais e estrangeiros farão jus a seus benefícios, sem discriminações. A disposição constitucional possibilita à Seguridade Social proporcionar benefícios a todos independentemente de terem, ou não, contribuído, visando a atender às necessidades daqueles indivíduos que, ao serem atingidos por uma contingência humana, fiquem impossibilitados de retornar ao trabalho. Nesse sentido, o princípio da universalidade possui duas vertentes: a universalidade da cobertura, que significa que a Seguridade Social deveria acobertar todos os riscos sociais que podem atingir as pessoas que vivem em sociedade, e a universalidade do atendimento, que significa que todos os indivíduos residentes em um território nacional deverão ser atendidos pelo sistema de Seguridade Social. Assim, do ponto de vista subjetivo, o princípio da universalidade deve ser acessível a todas as pessoas no território nacional, enquanto, do ponto de vista objetivo, busca atender a todos os riscos sociais a que estão sujeitos os indivíduos.

No direito brasileiro o princípio da universalidade está diretamente ligado com o princípio da isonomia. Assim entende Balera: “[...] na específica dimensão do princípio da isonomia (garantia estauída no artigo 5º da Lei Maior), na ordem social. É igual proteção para todos”.¹⁹⁷

Na verdade, o princípio da universalidade na Seguridade Social sofreu golpes e retrocessos, mas vem cumprindo sua missão principal: assegurar a tranqüilidade, presente e futura, a todos os homens em todas as contingências.

¹⁹⁶ LA CUEVA, Mario de. *Panorama do direito do trabalho*, p. 17. In: MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios do direito previdenciário*. 3 ed. São Paulo: LTR, 1995, p. 104.

¹⁹⁷ BALERA, Wagner. *A seguridade social na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 36.

O princípio da uniformidade – equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais – demonstra a intenção do legislador constitucional de corrigir a desigualdade existente entre as duas classes de trabalhadores, fato que vinha ocorrendo há mais de quarenta anos.¹⁹⁸ Vale dizer que a uniformidade diz respeito aos aspectos objetivos, ou seja, aos eventos que serão cobertos. A equivalência vai tomar por base os aspectos pecuniários, que não serão necessariamente iguais, mas, na medida do possível, equivalentes.¹⁹⁹

Esse princípio sublimou o princípio da igualdade, sendo um desdobramento do princípio da universalidade. Assim, com a Constituição de 1988, determinou-se a unificação dos regimes previdenciários dos trabalhadores urbanos e rurais do Regime Geral da Previdência Social.

O princípio da seletividade e distributividade na prestação dos serviços e benefícios restringe o princípio da universalidade na cobertura e atendimento, pois enquanto este coloca a necessidade de a Seguridade Social cobrir todos os riscos sociais e atingir todos os indivíduos de uma sociedade, aquele exige que em face de questões econômico-financeiras do sistema, apenas sejam cobertos os riscos mais prementes, e que sejam atendidos os indivíduos mais necessitados, ou seja, com menor renda.

Dessa forma, por seletividade, entende-se a escolha de um plano básico compatível com a força econômico-financeira do sistema e as reais necessidades dos protegidos. A distributividade, contudo, diz respeito às prestações de benefícios e serviços (art. 194, parágrafo único, inciso III), uma vez que a distribuição pode ser feita aos mais necessitados, em detrimento dos menos necessitados, de acordo com previsão legal. O objetivo final deste princípio seria uma distribuição melhor de renda na sociedade. Para Balera,²⁰⁰

¹⁹⁸ A Lei n. 8.213/91, seguindo este princípio constitucional, instituiu direitos previdenciários para trabalhadores urbanos e rurais, sem distinção.

¹⁹⁹ MARTINEZ, op. cit., p. 76.

²⁰⁰ BALERA, Wagner, op. cit., 1989, p. 39.

a diretriz da seletividade, permite a realização, pelo legislador, de legítima estimativa acerca daquele tipo de prestações que, em conjunto, concretizam a Ordem Social. A regra da distributividade, por seu turno, autoriza a escolha de prestações que, sendo direito comum de todas as pessoas, contemplam de modo mais abrangente os que demonstrem possuir maiores necessidades.

O princípio da irredutibilidade dos valores dos benefícios expresso no artigo 194, parágrafo único, inciso IV, visa a preservar a manutenção do poder aquisitivo dos beneficiários e o valor real dos benefícios, pois o legislador constituinte assegurou reajustamento em caráter permanente (CF, art. 201, § 4º).²⁰¹ Dessa forma, o Estado deve adotar métodos de reajustamento que verifiquem a variação real da inflação, a fim de evitar perdas para o segurado.

Esse princípio está contido em vários dispositivos constitucionais, existindo duas modalidades de irredutibilidade: uma quantitativa, nominal e outra qualitativa, de valor real. A nominal veda à lei e à administração pública a diminuição em quantidade de dinheiro ou pecúnia correspondente à renda bruta recebida pelos segurados, enquanto que o valor real das prestações visa a garantir o valor de compra dos beneficiários, isto é, a aplicação de atualização monetária periódica, evitando que as prestações sofram os efeitos de um processo inflacionário.²⁰²

O princípio da equidade na forma de participação do custeio é um postulado constitucional imposto pelo legislador com a finalidade de que os indivíduos que se beneficiarem do sistema assumam a obrigação de participar de seu custeio, exceto, é claro, aqueles que forem considerados hipossuficientes. Tal princípio é decorrência do princípio da isonomia. Nesse sentido, para que o indivíduo possa ser integrado ao sistema previdenciário,

²⁰¹ *Constituição da República Federativa do Brasil*, op. cit., p. 101.

²⁰² Para Ademir de Oliveira, “o princípio tem a finalidade de garantir o poder real de compra de bens e serviços dos indivíduos na qualidade de cidadãos, em face das constantes quedas salariais, sempre ocasionadas pelo fenômeno inflacionário, cíclico na economia capitalista nacional e periférico em nível internacional”. (OLIVEIRA, Ademir de. *A previdência social na carta magna. Análise do direito e do antidireito das prestações previdenciárias*. São Paulo: LTR, 1997, p. 64).

não se exige qualquer tipo de contribuição para que seja beneficiado por uma prestação ou serviço da assistência social, pois o custeio desses benefícios é suportado por toda sociedade.

Vale salientar que somente aqueles que estiverem em iguais condições financeiras terão de contribuir da mesma forma. Assim, o trabalhador não pode contribuir da mesma maneira que a empresa, pois não tem as mesmas condições econômicas. A equidade na forma de participação no custeio, mencionada nesse princípio, não é dirigida ao juiz, na aplicação da norma, nem ao poder executivo, mas sim ao legislador ordinário, que deverá observá-la quando tratar de custeio.²⁰³

O princípio da diversidade na base de financiamento foi regulamentado constitucionalmente na Carta Magna de 1934; os constituintes basearam-se no sistema tríplice de financiamento com contribuições dos trabalhadores, dos empregadores e do Estado.

A Constituição Federal de 1988,²⁰⁴ por meio desse postulado de “diversidade da base de financiamento”, prevê diversas formas de financiamento da Seguridade Social por meio da empresa, dos trabalhadores, dos entes públicos e dos concursos prognósticos; na verdade, é a sociedade de modo geral que financia o sistema previdenciário. Assim dispõe o artigo 195:

Art. 195: A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos estados, do distrito federal e dos municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I – do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

b) a receita ou o faturamento;

c) o lucro.

II – do trabalhador e dos demais segurados da Previdência Social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de Previdência Social de que trata o art. 201 [Redação dada pela Emenda Constitucional n. 20, de 15/12/98].

III – sobre a receita de concursos de prognósticos.

²⁰³ MARTINEZ, op. cit., p. 78. Também MARTINS, op. cit., p. 78.

²⁰⁴ Artigo 194, § único, inciso VI.

IV – do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar [Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19/12/03].²⁰⁵

Ademais, o § 4º do dispositivo supracitado possibilita que a lei institua outras fontes de custeio, para manutenção ou expansão do sistema.

O princípio do caráter democrático e descentralizado foi editado com a finalidade de dar segurança e estimular a moralidade na administração do sistema, criando dificuldades administrativas e buscando impedir o aumento do número de fraudes. A redação original do inciso VII do artigo 194 da Constituição dispunha sobre o “caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com a participação da sociedade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados”. A Emenda Constitucional n. 20/98 deu nova redação a este inciso, e agora tal princípio é expresso no sentido de que a gestão administrativa da Seguridade Social é quadripartite, envolvendo governo, aposentados, trabalhadores e empregadores. Trata-se de uma das maiores conquistas constitucionais, pois assegura a participação popular nas direções dos colegiados em todo o sistema da Seguridade Social (saúde, previdência e assistência), como expressão da democracia participativa garantida no artigo 10 da Carta Magna.²⁰⁶

A Constituição Federal de 1988, em seus artigos 203 e 204, apesar de não conceituar a assistência social, delinea sua natureza e especifica seus objetivos ou princípios fundamentais. Estes artigos sistematizam, ainda, os princípios norteadores das ações de saúde pelas diretrizes contidas nos artigos 196 a 200. Assim, os princípios e diretrizes básicas das

²⁰⁵ *Constituição da República Federativa do Brasil*, op. cit., pp. 97-8.

²⁰⁶ A idéia de democracia e descentralização na administração do sistema de Seguridade Social foi operacionalizada da seguinte maneira:

a) criação do Conselho Nacional de Previdência Social (CNPS), previsto no art. 3º da Lei n. 8.213/91, e dos Conselhos Estaduais e Municipais de Previdência Social, conforme art. 7º da mesma lei;
b) criação do Conselho Nacional de Assistência Social, e também os conselhos estaduais, municipais e do distrito federal de assistência social, previstos no artigo 16 da Lei n. 8.742/93;
c) criação do Conselho Nacional de Seguridade Social (CNSS), que fora previsto pelo art. 6º da Lei n. 8.212/91, que foi extinto pela medida provisória n. 1.911-12, de 25/11/1999, que passou a ter nova redação dada pela Lei n. 9.711/98, que hoje dispõe sobre a Ouvidoria-Geral da Previdência Social.

atividades de saúde estão dispostos no artigo 198 da Carta Magna e no parágrafo único do artigo 2º da Lei n. 8.212/91: acesso universal e igualitário; provimento das ações e serviços, por meio de rede regionalizada e hierarquizada, integrados em sistema único; descentralização, com direção única em cada esfera de governo; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas; participação da comunidade na gestão, na fiscalização e no acompanhamento de ações e serviços de saúde; participação da iniciativa privada na assistência à saúde, atendidos os preceitos constitucionais.²⁰⁷

2.7 A Seguridade Social como direito fundamental

A expressão *direitos fundamentais* aparece pela primeira vez na França, no movimento político e cultural que culminou com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

A Seguridade Social é reconhecida como um direito fundamental e a sua garantia consta em vários dispositivos na própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela resolução n. 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10/12/1948:

Art. 22 – Todo homem, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e a realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis a sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade.

Art. 23 – [...]

I: Todo homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

II: [...]

III: Todo homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como a sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, a outros meios de proteção social

Art. 25 – [...]

I: Todo homem tem direito a padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego,

²⁰⁷ Lei n. 8.212/91, regulamentando o art. 198 da Constituição Federal.

doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda de meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

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

Com a evolução da sociedade humana, identificam-se categorias ou grupos distintos que dispõem sobre os direitos humanos em momentos diferentes da história dos povos, marcadas por gerações de direitos que, com o passar dos tempos, interagem sucessivamente sem que a anterior seja substituída pela seguinte. Assim, identificam-se os direitos tidos como de primeira geração por caracterizarem, precisamente, o estabelecimento de limitações ao poder do Estado, com o intuito de se garantir a liberdade do cidadão, tais como o direito à vida, à liberdade e à propriedade.

Após, advêm os direitos compostos pelas conquistas sociais do homem,²⁰⁸ na medida em que surge a necessidade de se garantir a promoção social da coletividade a ser implementada pelo Estado, como garantidor do desenvolvimento social do ser humano. Trata-se, portanto, do reconhecimento jurídico de direitos à prestação positiva do Estado, cujos documentos que mais se destacaram foram a Constituição mexicana, de 1917, e a alemã, de 1919. Essa categoria é representada pelo direito ao trabalho, à saúde, à moradia e à educação, dentre outros, conhecidos como direitos de segunda geração.

Os direitos de solidariedade, denominados por Paulo Bonavides como de terceira geração, são representados pelo direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, o direito à paz, o direito ao desenvolvimento.²⁰⁹

²⁰⁸ O professor Paulo Bonavides define os direitos sociais como direitos de segunda geração.

²⁰⁹ O professor Paulo Bonavides faz a distinção entre os termos *geração* e *dimensão*, aduzindo que “o vocábulo *dimensão* substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo *geração*, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade [...]” (op. cit., pp. 571-2).

A quarta geração dos direitos humanos é caracterizada pelas conquistas científicas nos campos da biotecnologia e da genética, como também em função do fenômeno da globalização. André Ramos Tavares afirma que

há quem identifique uma quarta geração de direitos humanos, como Paulo Bonavides, na qual estariam compreendidos dentre outros direitos, os seguintes: o direito universal ao desarmamento nuclear, como forma de preservação da própria espécie humana, o direito à não-intervenção genética e o direito a uma democracia participativa. Trata-se de um rol de direitos que decorrem, em primeiro lugar, da superação de um mundo bipolar, dividido entre os que se alinhavam com o capitalismo e aqueles que se alinhavam com o comunismo. Também o fenômeno da globalização e os avanços tecnológicos são responsáveis pela ascensão dessa nova categoria de direitos humanos.²¹⁰

A consciência de que a proteção aos direitos humanos não deveria se reduzir ao plano interno, visto que ligada ao destino da humanidade, levou a se operar a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, admitindo-se intervenções externas, mediante a possibilidade de responsabilização internacional, cristalizando-se a idéia de que o indivíduo, por ser sujeito de direito, é destinatário de proteção internacional.

Para Flávia Piovesan, a Declaração de 1948 introduz a concepção contemporânea de direitos humanos marcada pela universalidade e pela indivisibilidade desses direitos, pois, ao consagrar direitos civis e políticos e direitos econômicos sociais e culturais, a Declaração combina o discurso liberal e o discurso social da cidadania, conjugando o valor da liberdade ao valor da igualdade.²¹¹

Assim, ao combinar o valor da liberdade com o valor da igualdade, a Declaração demarca a concepção contemporânea de direitos humanos, por meio da qual esses direitos passam a ser concebidos como uma unidade interdependente, inter-relacionada e indivisível. Dessa forma, partindo do critério metodológico que classifica os direitos humanos em

²¹⁰ TAVARES, André Ramos. *As tendências do direito público no limiar de um novo milênio*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 390.

²¹¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4 edição. São Paulo: Max Limonard, 2000, 35.

geração, adota-se o entendimento de que uma geração de direitos não substitui a outra, mas com ela interage.

Nesse sentido, considerando-se os direitos humanos como unidade indivisível, revela-se esvaziado o direito à liberdade, quando não assegurado o direito à igualdade e vice-versa. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo XXII, consagra que,

toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade.

Os direitos que integram a Seguridade Social são direitos sociais previstos nos artigos 6º, 193 a 204 da Constituição Federal. São, portanto, direitos de segunda geração. Ressalte-se, ainda, que, como direitos sociais, as garantias inerentes à Seguridade Social são cláusulas pétreas.

CAPÍTULO 3

REGIMES JURÍDICOS PREVIDENCIÁRIOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

3.1 Sistema jurídico de Previdência Social no Brasil

O sistema jurídico constitucional de Previdência Social no Brasil comporta duas divisões: o público e o privado.²¹² O sistema público de previdência está previsto nos artigos 40 e 201 da Constituição Federal, e se diferencia do privado, previsto no artigo 202 do mesmo diploma legal, por seu caráter institucional (não-contratual), de filiação compulsória e financiamento mediante contribuições sociais e recursos orçamentários.

A Carta Maior consagra no capítulo “Da Ordem Social” dois modelos públicos: o Regime Geral de Previdência Social (RGPS), que congrega todos os trabalhadores da iniciativa privada e é gerido pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), e o Regime Próprio dos Servidores Públicos (RPSP), organizado e gerido por cada uma das entidades estatais (União, estados, distrito federal e municípios), que reúne servidores que exercem ou já exerceram cargos públicos efetivos.²¹³

O artigo 202 dispõe do regime privado supletivo de previdência, denominado “previdência privada”, que, apesar de seu caráter privado, também integra o sistema de Seguridade Social. Conforme traçado na Constituição Federal, o sistema de previdência

²¹² A esse respeito, o professor Wagner Balera entende que as reformas previdenciárias mantiveram o esquema previsto na Constituição Federal, que divide a Previdência Social em três planos: o plano público, o plano dos fundos de pensão, para o regime dos servidores públicos, e o plano das seguradoras privadas (BALERA, op. cit., 2003b, p. 18).

²¹³ BARROSO, Luís Roberto. “Constitucionalidade e legitimidade da reforma da previdência (Ascensão e queda de um regime de erros e privilégios)”. In: MODESTO, Paulo (org.). *Reforma da previdência: análise e crítica da emenda constitucional n. 41/2003 (doutrina, pareceres e normas selecionadas)*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, pp. 108-10.

privada tem caráter complementar e facultativo e deve se organizar de forma autônoma em relação ao Regime Geral de Previdência Social. Esse tipo de sistema se baseia na constituição de reservas que garantam o benefício contratado e regulado por lei complementar. O professor Wagner Balera enfatiza:

Integram o quadro de componentes do Sistema de Seguridade Social brasileiro os entes de previdência privada. Servem, os entes supletivos, como estruturas de expansão do arcabouço de proteção, formando, como já se costuma dizer em França, segunda rede de seguridade social, em estreita colaboração com o Poder Público, no interior do aparato do bem-estar. Mas não perdem os traços característicos que são peculiares às pessoas privadas.²¹⁴

Por fim, o artigo 203 e o artigo 6º da Constituição Federal enunciam:

Art. 203 – A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; II – o amparo às crianças e adolescentes carentes; III – a promoção da integração do mercado de trabalho; IV – a habilitação e a reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Art. 6º: São direitos sociais à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à Previdência Social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.²¹⁵

A assistência social é prestada a quem precisar, independentemente da contribuição para a seguridade. Assim, só quem a sociedade reconhece como necessitado e desamparado pode utilizar a assistência social. Conclui-se, de acordo com tal raciocínio, que o sistema de proteção social, expresso na Constituição Federal de 1988, ainda possui características diversas da acepção do *Welfare State*, pois a garantia do seguro social mediante prévia contribuição e filiação obrigatória seleciona a população; somente podem ter acesso à Previdência Social os indivíduos que contribuírem e se filiarem ao sistema de Seguridade Social. Ademais, as duas dimensões fundamentais do *Welfare State* são a segurança e a

²¹⁴ BALERA, op. cit., 2002a, p. 61.

²¹⁵ Artigo com redação dada pela Emenda Constitucional n. 26, de 14/02/2000.

igualdade, que possui o caráter fundamental da universalidade referente aos sujeitos a serem protegidos em relação a todos os riscos sociais passíveis de cobertura.

A Seguridade Social, no direito brasileiro, é o conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinado a assegurar o direito relativo à saúde, à previdência e à assistência social, tendo como objetivo principal a preservação do primado do trabalho e o alcance do bem-estar e da justiça sociais, garantindo vida digna ao ser humano.²¹⁶

3.2 Regimes jurídicos previdenciários da Constituição brasileira de 1988

O ordenamento jurídico brasileiro, como dito anteriormente, prevê três tipos de regimes²¹⁷ previdenciários, ou seja, três níveis diferenciados de proteção social. São vertentes do sistema de Seguridade Social: o Regime Geral de Previdência Social, o Regime Próprio de Previdência Social concedido aos servidores públicos civis e militares, e o regime de previdência privada.

Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira, ao tratar da terminologia da Previdência Social, definiu de modo claro e sucinto a figura de seu regime jurídico: “Para caracterizar-se

²¹⁶ Wagner Balera (*Seguro-desemprego no direito brasileiro*. São Paulo: LTR, 1993, p. 112) afirma que: “Os valores que a relação de Seguridade Social se destina a preservar se expressam no primado do trabalho, no bem-estar e na justiça social. Seguridade Social, em suma, é a concretização do conjunto das relações jurídicas cujo objetivo final se expressa naqueles magnos valores”.

²¹⁷ Importante salientar as considerações feitas pelo professor Celso Antonio Bandeira de Mello a respeito de regime jurídico-administrativo. Para o autor, “regime jurídico administrativo corresponde a um conjunto sistematizado de princípios e normas que lhe dão identidade, diferenciando-o das demais ramificações do direito. Acresce, ainda, que só é possível afirmar que existe determinada disciplina jurídica autônoma quando existem princípios que lhe são peculiares e guardem entre si relação lógica de coerência e unidade, compondo o regime jurídico”. Nesse sentido, define regime jurídico como um “conjunto de princípios e regras que formam a unidade sistemática de determinado instituto jurídico ou campo de direito, conferindo-lhe autonomia e identidade própria, correspondendo à parcela de regras jurídicas e postulados que se articulam e firmam uma individualidade. (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 42 e ss.). Em sentido semelhante, Daniel Pulino aduz que “a expressão regime jurídico designa uma parcela da ordem jurídica, um conjunto coerente de normas que se articulam para formar uma individualidade logicamente identificável, uma tipicidade. Trata-se, portanto de um conjunto sistematizado de regras e princípios jurídicos aplicáveis a determinados sujeitos e a certa classe de fatos” (PULINO, Daniel. *A aposentadoria por invalidez no direito positivo brasileiro*. São Paulo: LTR, 2001, p. 30).

como regime, dentro de um sistema, deve ter custeio e prestações específicas, asseguradas a beneficiários determinados”.²¹⁸ Para o ilustre doutrinador, a Previdência Social assim se define:

A organização criada pelo Estado, destinada a prover as necessidades vitais de todos os que exercem atividade remunerada e de seus dependentes, e, em alguns casos, de toda a população, nos eventos previsíveis de suas vidas, por meio de um sistema de seguro obrigatório, de cuja administração e custeio participam, em maior ou menor escala, o próprio Estado, os segurados e os dependentes.²¹⁹

Nesse sentido, ainda, o professor Orlando Gomes caracteriza a Previdência Social, principalmente, pelo caráter público e obrigatório e tem como objetivo proporcionar aos destinatários renda com o intuito de prover as necessidades básicas de tais indivíduos. Nesse sentido, ensina o referido professor:

O seguro social é, no entanto, um instituto de direito público, regulado imperativamente em todos os seus aspectos e vicissitudes; tem como fonte imediata à própria lei, que o impõe, tornando-o obrigatório; uma de suas partes é necessariamente um ente público; a relação constitui-se *ope legis* [...].²²⁰

Ao analisar os regimes previdenciários previstos na Carta Magna, deve-se identificar o regime financeiro (custeio), as prestações (benefícios e serviços), a contribuição, os beneficiários e os gestores, caracteres fundamentais e diferenciadores, com o objetivo de demonstrar que o regime de previdência privada destaca-se dos outros dois regimes de previdência, pois cada um possui características próprias e princípios peculiares, salvo os princípios previstos no artigo 194, § único, da Constituição Federal, que são vetores de todo o sistema de Seguridade Social.

Observe-se que todos os trabalhadores possuem direito à proteção previdenciária. Ao Estado compete a organização dessa proteção básica. Nesse sentido, a Constituição Federal de

²¹⁸ OLIVEIRA, Moacyr Velloso Cardoso de. *Previdência social: doutrina e exposição da legislação vigente*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987, p. 35.

²¹⁹ Segundo Moacyr Cardoso, o regime geral “contém normas aplicáveis a todos os abrangidos pelo sistema” (op. cit., pp. 10 e 35).

²²⁰ GOMES, Orlando. *Escritos menores*. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 210.

1988, ao organizar os diferentes regimes previdenciários, utilizou como critério, principalmente, separar o grupo de sujeitos e fatos que recebem tratamento semelhante do direito e estão expostos às mesmas consequências jurídicas.²²¹

3.2.1 O Regime Geral de Previdência Social (RGPS)

O Regime Geral de Previdência Social (RGPS) está insculpido na Constituição Federal em seu artigo 201 e regulamentado pelas Leis n. 8.213 (plano de benefícios) e n. 8.212 (plano de custeio), ambas de 24 de julho de 1991. O RGPS é a faixa básica que tem finalidade distributiva e provê um padrão mínimo de remuneração das necessidades básicas dos cidadãos, visando ao bem-estar e à justiça social.

O texto vigente no artigo 201 da CF estatui um quadro de transformações no sistema previdenciário atual. Mostra-se mais aprimorado quanto à técnica protetiva e atuarial. Dispõe sobre a organização e regime compulsório de caráter contributivo e filiação obrigatória e observa *os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial* que, combinados com o disposto no inciso XI do artigo 167 e no artigo 195, I e II, prevê a cobertura dos riscos e as contingências sociais, de acordo com um sistema de solidariedade entre as gerações.²²² Eis a redação do artigo 201:

Art. 201 – A Previdência Social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que perseverem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: I – cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; II – proteção à maternidade, especialmente à gestante; III – proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; IV – salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; V – pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.²²³ (grifo nosso).

²²¹ PULINO, Daniel, op. cit., p. 58.

²²² O sistema de repartição simples é uma complexa cadeia de financiamento que enlaça gerações diferentes, segundo o princípio da solidariedade intergeracional: a atual geração em atividade financia os proventos da geração anterior e guarda a expectativa de ter os seus proventos financiados pelas futuras gerações.

²²³ Regime Geral de Previdência Social, art. 201, *caput* do texto.

Por esse artigo, percebe-se que a Previdência Social – a exemplo de outras áreas de Seguridade Social – tem o objetivo de garantir as necessidades básicas da coletividade. A finalidade essencial do regime geral é resguardar as necessidades decorrentes dos riscos sociais,²²⁴ eventos ou contingências, previamente demarcados no texto constitucional.

Assim, as prestações previdenciárias concedidas pelo RGPS são: a) aposentadoria por invalidez; b) aposentadoria por idade; c) aposentadoria por tempo de contribuição; d) aposentadoria especial; e) auxílio-doença; f) salário-família; g) salário-maternidade; h) auxílio-acidente; i) pensão por morte; j) auxílio-reclusão; k) serviço social e l) reabilitação profissional.²²⁵

O regime geral caracteriza-se, principalmente, pela filiação obrigatória e pelo caráter contributivo. Desse modo, só terão direito ao recebimento das prestações previdenciárias os segurados filiados ao regime e que tenham contribuído para esse sistema. Essa característica diferencia a Previdência Social dos demais segmentos da Seguridade Social, pois a Constituição Federal dispõe nos artigos 196 e 203 que a saúde é direito de todos. Na assistência social, é a locução de “quem dela necessitar”, sendo que o grupo protegido é específico de segurados (trabalhador e dependentes) e não a totalidade da população.²²⁶

Os beneficiários do RGPS são classificados em segurados e dependentes, conforme o teor do artigo 10 da Lei n. 8.213/91. De acordo com esta lei, os segurados da Previdência Social dividem-se em obrigatórios (art. 11) e facultativos (art. 13). Os primeiros são todos os trabalhadores que exercem atividade laborativa, não se limitando ao empregado ou indivíduo que exerça atividades remunerada efetivas ou eventuais, permanentes ou temporária, com ou

²²⁴ Risco é o evento futuro e incerto, cuja verificação independe da vontade do segurado. Risco social é uma espécie de risco, cuja ocorrência traria prejuízo patrimonial ao conjunto familiar do trabalhador, protegido pelo Estado por determinação legal. COIMBRA, J. R. Feijó, op. cit., p. 17.

²²⁵ Segundo Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira (op. cit., p. 34), “as prestações constituem o objeto da Previdência Social, ou seja, aqueles meios pelos quais assegura aos beneficiários a adequada proteção nas necessidades vitais decorrentes dos eventos previsíveis de suas vidas (doença, invalidez, velhice, morte, prisão, natalidade) e a ajuda em determinadas situações (desajustamento social)”.

²²⁶ Sobre o tema, ver PULINO, op. cit., pp. 34-8.

sem vínculo empregatício, a título precário ou não. Facultativo é o segurado maior de 16 (dezesseis) anos que se filia ao Regime Geral de Previdência Social mediante contribuição, desde que não incluído no disposto do artigo 11 da Lei n. 8.213/91.

Todavia, o artigo 12 da Lei n. 8.213/91 dispõe que não está incluído no campo de abrangência do Regime Geral de Previdência Social “o servidor civil ou militar da União, dos estados, do distrito federal ou dos municípios, bem como o das respectivas autarquias e fundações, desde que amparado por Regime Próprio de Previdência Social”.

A aquisição da condição de segurado se dá por meio da filiação obrigatória ao regime, formalizada pela inscrição. A filiação, segundo Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira, é corresponde “[...] à inclusão do segurado no regime da Previdência Social, em razão do ingresso em emprego ou do exercício de atividade compreendida no respectivo âmbito”.²²⁷ Dessa forma, filiação é o vínculo jurídico que garante aos segurados e aos dependentes o direito às prestações previdenciárias.

Não há no RGPS o caráter de facultatividade como o que existe na previdência privada, mas sim de compulsoriedade. Nessa linha de raciocínio, leciona Orlando Gomes:

Sucedee, porém, que o acordo de vontades é prescindido por ser legalmente obrigatório o seguro e automático o nascimento da relação. O seguro social não é, com efeito, o ato de autonomia privada, gravitando, ao contrário, na órbita do direito público com uma relação jurídica predefinida na lei, a que aderem, sem opção, as partes. Daí dizer-se que se constitui *ope legis*. Seu fato gerador não seria, pois, um acordo de vontades entre partes, mas um simples evento a que a lei coliga determinados efeitos jurídicos.²²⁸

Os dependentes do segurado, que receberão os benefícios de pensão por morte, o auxílio-reclusão, o abono anual, bem como os serviços sociais, estão previstos no artigo 16 do plano de benefícios da Previdência Social (Lei n. 8.213/91).²²⁹

²²⁷ OLIVEIRA, op. cit., p. 33.

²²⁸ GOMES, op. cit., p. 213.

²²⁹ OLIVEIRA, op. cit., p. 31: “[...] dependentes, os que são amparados por intermédio de um segurado, de quem dependem economicamente”.

As bases de financiamento da Seguridade Social encontram-se dispostas no artigo 195, incisos I e II e no inciso XI do artigo 167 da Constituição Federal:

Art. 195 – A Seguridade Social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos estados, do distrito federal e dos municípios, e das seguintes contribuições: I – do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; b) a receita ou o faturamento; c) lucro; II – do trabalhador e dos demais segurados da Previdência Social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo Regime Geral de Previdência Social de que trata o art. 201; III – sobre a receita de concursos de prognósticos.²³⁰

Art. 167 – São vedados:

[...]

XI – a utilização dos recursos provenientes das contribuições sociais de que trata o art. 195, I “a” e II, para realização de despesas distintas do pagamento de benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201.

Os dispositivos legais supracitados definem os recursos de custeio da Seguridade Social em que se encontra a segunda característica peculiar desse regime, qual seja: a obrigatoriedade da contribuição para a obtenção do direito à percepção das prestações previdenciárias – os benefícios previdenciários e os serviços sociais (prestações). Conseqüentemente, não há contribuição para o Regime Geral de Previdência Social, nenhum segurado terá direito ao recebimento dos benefícios previdenciários.

Ademais, com a inclusão do inciso XI ao artigo 167 da CF, que veda a utilização de recursos provenientes das contribuições do empregador e do trabalhador para outros fins diversos do pagamento de benefícios, o legislador constitucional adotou uma diretriz de especialização das fontes e estabeleceu uma reserva mínima à Previdência Social.

É mister destacar a alteração do artigo 195, incisos I e II, pela EC n. 20, que ampliou as fontes de custeio do regime geral ao acrescentar ao inciso I a obrigatoriedade de contribuição pelo empregador, empresa e entidade a ela equiparada, e mais as alíneas a, b, e c,

²³⁰ *Constituição da República Federativa do Brasil*, op. cit., p. 97.

que determinam a cobrança de contribuições sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados à pessoa física e também sobre os decorrentes de prestação de serviço mesmo sem vínculo empregatício, sobre a receita ou o faturamento e sobre o lucro.

No que se refere, ainda, às alterações do artigo 195, a segunda parte do inciso II isenta de contribuição os benefícios de aposentadoria e pensão concedidos pelo Regime Geral de Previdência Social. No entanto, o § 12 do artigo 40 da Carta Magna introduzido pela EC n. 20/98 reforça a remissão da segunda parte do inciso II, do artigo 195, que prevê a não-inclusão dos servidores do setor público ao critério de isenção do pagamento de contribuição de aposentados e pensionistas. Aduz o artigo:

Art. 40 – [...]

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

O legislador constitucional objetivou a segurança jurídica dos segurados filiados ao Regime Geral de Previdência Social e autorizou à União, no artigo 250 da Constituição Federal, complementar sua arrecadação ao constituir fundo integrado por bens, direitos e ativos de qualquer natureza mediante lei para assegurar recursos para pagamento dos benefícios.

O RGPS está estruturado pelo regime financeiro de repartição simples²³¹ e tem por base um plano de benefício definido. Não há capitalização. Toda arrecadação é utilizada para pagar os benefícios atuais da previdência e para manter o equilíbrio financeiro e atuarial do regime. Embora tenha caráter contributivo, é informado pelo princípio da solidariedade.²³²

²³¹ Os regimes da previdência, geralmente, são custeados de duas formas: pelo regime de repartição e pelo regime de capitalização. No regime de repartição simples, há um sistema de custeio em regime de caixa, pelo qual a arrecadação é imediatamente utilizada para pagamento dos benefícios atuais. Portanto, não há acumulação prévia. No regime de capitalização, as contribuições são pagas pelos trabalhadores em sua fase ativa e são acumulados como uma poupança individual ou coletiva para o pagamento de benefícios futuros.

²³² A solidariedade nos sistemas previdenciários pode ser concebida pela contribuição do indivíduo em função da coletividade, ou seja, a contribuição do universo de protegidos em benefício da minoria. Assim, os contribuintes

Esta é chamada solidariedade intergerações e sua premissa pressupõe que o esforço geral de todos os segurados beneficie aqueles mais necessitados. O benefício está limitado a um valor mínimo e um máximo (salário-de-contribuição).²³³ O critério de reajuste é previsto na lei, sem vinculação entre os benefícios pagos e os salários recebidos pelos empregados em atividade.

O RGPS é administrado pelo Instituto Nacional de Seguro Social (INSS),²³⁴ responsável pela arrecadação das contribuições previdenciárias pagas pelos segurados obrigatórios sobre a remuneração recebida e dos segurados facultativos. Concede e mantém os benefícios previdenciários, bem como os benefícios assistenciais pagos aos idosos e pessoas de baixa renda portadoras de deficiências.²³⁵

3.2.2 O regime próprio do servidor público

A origem do regime previdenciário dos servidores públicos está vinculada à relação de trabalho *pró-labore facto*, em que a aposentadoria não decorre da contribuição, mas da vinculação de servidor público.²³⁶

O sistema dos servidores públicos teve início no Império para a proteção gratuita de determinadas categorias funcionais na época que foram instituídos o Montepio do Exército, em 1827, e o Montepio Geral da Economia, em 1935. A partir da Constituição Federal de 1891, o sistema próprio foi aprimorado, mas manteve o financiamento exclusivo pelo Estado, sem participação dos servidores. O artigo 75 da referida Carta Magna foi o primeiro

ativos que contribuem para a Previdência Social são responsáveis pelo pagamento dos benefícios e serviços dos aposentados e pensionistas atuais. Este sistema também é conhecido como “solidariedade entre as gerações”.

²³³ O artigo 28, *caput*, incisos, parágrafos e alíneas da Lei n. 8.213/91 dispõe sobre a definição do salário de contribuição por categoria de segurado, além de prever especificidades.

²³⁴ O INSS teve origem da fusão, em 1990, dos extintos Instituto Nacional da Previdência Social (INPS) e Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social (IAPAS). Vale ressaltar que apesar da criação da Secretaria da Receita Previdenciária, em 2004, e da Receita Federal do Brasil, o INSS continua responsável pela arrecadação.

²³⁵ O dinheiro para pagamento dos benefícios assistenciais é proveniente do Fundo de Assistência Social com recursos do Tesouro Nacional.

²³⁶ SILVA, Delúbio Gomes Pereira da. *Regime de previdência dos servidores públicos no Brasil: perspectivas*. São Paulo: LTR, 2003, pp. 15-6.

dispositivo constitucional a se referir à proteção social, por meio do pagamento de um benefício.²³⁷

No período da proclamação da República, aumentou-se a proteção previdenciária do Estado de algumas categorias de servidores públicos civis, sendo contemplados os servidores civis do Ministério da Guerra e do Arsenal da Marinha (Dec. n. 9.212-A, de 26/03/1888), o Fundo de Pensões do Pessoal da Imprensa Nacional (Dec. n. 10.269, de 20/07/1889), a Caixa de Socorros dos Correios em cada uma das Estradas de Ferro do Império (Lei n. 3.397, de 24/11/1888). Também foram contemplados por atos legislativos o Montepio Obrigatório dos Empregados da Fazenda Pública (Dec. n. 942-A, de 31/10/1890).²³⁸

O servidor público inativo recebe os proventos de aposentadoria do Estado da mesma forma que o servidor na ativa. Ou seja, ao contrário da iniciativa privada que cessa o vínculo com o empregador após a aposentadoria e o INSS assume o pagamento das aposentadorias, o Estado assume duas obrigações: a de pagar o servidor ativo e daquele que passou para a inatividade, com base nas variações salariais.²³⁹

As bases desse sistema residem na visão patrimonialista do Estado. As primeiras categorias a se beneficiarem com a Previdência Social foram as que mantinham a base de

²³⁷ O artigo 75 da Constituição de 1891 dispunha: “A aposentadoria só pode ser dada aos funcionários públicos em caso de invalidez a serviço da nação”.

²³⁸ OLIVEIRA, Jayme Araújo & TEIXEIRA, Sonia Fleury. *Previdência social: 60 anos de história da previdência social no Brasil*. Rio de Janeiro: Vozes, 1985, pp. 19-20.

²³⁹ Importante destacar alguns conceitos do termo serviço público feitos por alguns doutrinadores especialistas em direito do Estado. O professor Celso Antonio Bandeira de Mello, em seu artigo “Prestação centralizada e descentralizada de serviços públicos”, aduz: “Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administradores, prestada pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo”. Para o ilustre professor, a “noção de serviço público há de se compor necessariamente de dois elementos: um, material, consistente na prestação de utilidade ou comodidade fruível diretamente pelos administrados, e outro, formal, consistente em um específico regime de direito público, daí a supremacia do interesse público sobre o privado (*Prestação de serviços públicos e administração indireta*. São Paulo: RT, 1977, p. 25). Maria Sylvia Zanella Di Pietro reforça a idéia de que o serviço público é atribuído ao Estado, “precisamente por ser uma atividade considerada essencial a coletividade” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, franquias, terceirização e outras formas*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1997, pp. 31). Acresça-se, por último, a doutrina do professor Hely Lopes sobre serviço público, cujo conceito “é todo aquele prestado pela administração ou por seus delegados, sob normas e controle estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 1990, pp. 294).

formação do Estado, ou seja, os militares e os que tinham as funções de administrar, judicar e legislar. Representavam aquelas categorias que estavam mais ligadas ao Estado em sua estrutura patrimonialista, cuja administração nada mais era do que a extensão da vontade do monarca.

Os servidores eram, assim, chamados por servirem ao soberano; seus cargos eram vitalícios, recebiam seus rendimentos diretamente do Estado e, dessa maneira, permaneciam após a inatividade. Com o objetivo de amparar os dependentes dos servidores, foram criados os Montepios e os Institutos de Pensão, cujo pagamento das aposentadorias era custeado pelo Estado.

Na década de 30, já no século XX, várias organizações econômicas passaram a constituir Caixas de Aposentadorias e Pensões que deram origem aos institutos de aposentadorias e pensões de âmbito nacional e que objetivavam sempre o amparo dos trabalhadores e de seus dependentes. Em 1938, foi criado o Instituto de Previdência e Assistência do Estado (IPASE), que unificou os diversos montepios de categorias distintas de servidores públicos federais. Este instituto previa, inicialmente, uma contribuição de 5% para o financiamento de pensões e pecúlios, pois o tesouro nacional financiava, integralmente, a aposentadoria e a assistência médica de todos os servidores da época. Dentre os benefícios cobertos pelo instituto, estavam a aposentadoria ordinária para os servidores que completassem sessenta anos de idade e trinta anos de serviço e a pensão para cônjuge mulher e para o homem inválido maior de 68 anos, sendo proibida a acumulação entre benefícios.²⁴⁰

Apesar da unificação de todos os IAPs existentes num único instituto, que foi denominado Instituto Nacional do Seguro Social (INPS), em 1966, pelo Decreto-Lei n. 72, o IPASE continuou a existir, só sendo extinto em 1977, com a criação do SINPAS. Os servidores do IPASE eram vinculados pela Lei n. 1.711, de 28/10/1952, ao regime estatutário.

²⁴⁰ Silva, Delúbio Gomes Pereira da, op. cit., pp. 17-27.

A partir de 12/07/1960, a Lei n. 3.780 passou a admitir a contratação de servidores pela Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) e criou duas categorias de servidores públicos e, ao mesmo tempo, dois regimes jurídicos para uma mesma categoria de trabalhadores. Essa duplicidade de regimes estava prevista na Constituição Federal de 1967, que previa em seu artigo 104: “Aplica-se à legislação trabalhista aos servidores admitidos temporariamente para obras, ou contratados para funções de natureza técnica ou especializada”.²⁴¹

Com a promulgação da Constituição de 1988, que determinava em seu artigo 39²⁴² a unificação de regimes dos servidores públicos, a União criou o regime unificado, por meio da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dessa forma, os empregados celetistas foram transformados em servidores estatutários e, conseqüentemente, o Estado assumiu o passivo previdenciário dessa categoria de trabalhadores, o que gerou um crescimento gigantesco das despesas de pessoal dos entes públicos conjugado com critérios generosos para concessão de benefícios herdados pelo Regime Jurídico Único (Lei n. 8.112/90) do Regime Estatutário (Lei n. 1.711/52). Cumpre ressaltar, ainda, que os servidores da União eram promovidos quando aposentados e recebiam um acréscimo de 20 a 39 % em seus proventos. Essas distorções, sem dúvida, contribuíram para aumentar as despesas publicas e, conseqüentemente, foram fatores, dentre outros, que provocaram, cumulativamente, o desequilíbrio financeiro e atuarial do regime.

²⁴¹ Ibidem

²⁴² Diz o art. 39 da CF/88, “A União, os estados, o distrito federal e os municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas”. Merece destaque também o artigo 243 da Lei n. 8.112/90: “Ficam submetidos ao regime jurídico instituídos por essa lei, na qualidade de servidores públicos, os servidores dos poderes da União, dos ex-territórios, das autarquias, inclusive as do regime especial, e das fundações públicas regidas pela Lei n. 1.711, de 28 de outubro de 1952 – Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União –, ou pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei n. 542, de 1º de maio de 1943, exceto os contratados por prazo determinado, cujos contratos não poderão ser prorrogados após o vencimento do prazo de prorrogação. § 1º: Os empregos ocupados pelos servidores incluídos no regime instituído por esta lei ficam transformados em cargos na data de sua publicação. § 2º: As funções de confiança exercidas por pessoas não integrantes de tabela permanente do órgão ou entidade onde tem exercício ficam transformados em cargos em comissão, e mantidas enquanto não for implantado o plano de cargos dos órgãos ou entidade na forma da lei”.

Efetivamente, os servidores públicos da União somente passaram a contribuir para suas aposentadorias e pensões em 1993, quando a Emenda Constitucional n. 3, de 16 de março de 1993, acrescentou o § 6º ao artigo 40 da Constituição originária.²⁴³ Passou a existir, pois, previsão constitucional para a cobrança de contribuições dos servidores para o custeio do regime próprio de previdência com alíquota variante em 9% a 12%, instituída pelo *caput* do artigo 1º da Lei n. 9.783/99 que regulamentou a contribuição para o custeio da Previdência Social dos servidores públicos, ativos e inativos. No entanto, a Emenda Constitucional n. 20/98 alterou o previsto no § 6º, artigo 40 da Constituição Federal ao receber nova redação, totalmente diversa da anterior, que manteve o princípio contributivo do sistema, mas fez referência somente “a servidores de cargos efetivos”, abrangendo apenas os servidores em atividade. Sendo assim, o *caput* do artigo 1º da Lei n. 9.783/99 foi considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIn n. 2.010-2,²⁴⁴ em 12/04/2002, que retirou os termos “e dos inativos e das pensionistas”, modificando o sistema de Previdência Social.

O Regime Próprio de Previdência Social dos servidores públicos da União, dos estados, do distrito federal, dos municípios e dos militares está previsto, essencialmente, no artigo 40 da Constituição de 1988, com nova redação dada pela Emenda Constitucional n. 19,

²⁴³ A EC n. 3/93 acrescentou o § 6º ao artigo 40 da Constituição Federal de 1988: “As aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais serão custeadas com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores públicos, na forma da lei”.

²⁴⁴ “STF, ADI 2010 MC/DF – DISTRITO FEDERAL, MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Relator(a): Min CELSO DE MELLO, Julgamento: 30/09/1999, Tribunal Pleno, Publicação: DJ, 12 de abril de 2002 PP-00051 EMENT VOL-02064-01 PP-00086. EMENTA – [...], A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NÃO ADMITE A INSTITUIÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL SOBRE INATIVOS E PENSIONISTAS DA UNIÃO – A Lei n. 9.783/99, ao dispor sobre a contribuição de Seguridade Social relativamente a pensionistas e a servidores inativos da União, regulou, indevidamente, matéria não autorizada pelo texto da Carta Política, eis que, não obstante as substanciais modificações introduzidas pela EC n. 20/98 no regime de previdência dos servidores públicos, o Congresso Nacional absteve-se, conscientemente, no contexto da reforma do modelo previdenciário, de fixar necessária matriz constitucional, cuja instituição se revelava indispensável para legitimar, em base válidas, a criação e a incidência dessa exação tributária sobre o valor das aposentadorias e pensões. O regime previdenciário de caráter contributivo a que se refere o artigo 40, *caput*, da Constituição, na redação dada pela EC n. 20/98, foi instituído, unicamente em relação ‘Aos servidores titulares de cargos efetivos [...]’, inexistindo desse modo, qualquer possibilidade jurídica constitucional de se atribuir, a inativos e pensionistas da União, a condição de contribuintes da exação prevista na Lei n. 9.783/99 [...]”.

de 04/06/1998, pela Emenda Constitucional n. 20, de 15/12/1998, pela Lei n. 9.717, de 27/11/1998 e pela Emenda Constitucional n. 41/2003, regulamentada pela Lei n. 10.887, de 18/06/2004.

Com a Emenda Constitucional n. 20/1998, foi instituído novo regime jurídico de Previdência Social aos servidores públicos que ingressaram no serviço público após a sua publicação. Desse modo, passou a existir duas situações para o Regime Próprio de Previdência Social: uma para os servidores públicos que ingressaram após a publicação da referida emenda e outra para os servidores públicos que já estavam no sistema antes da emenda, porém esses servidores foram submetidos a regras de transição.

O artigo 40, *caput*, da Constituição Federal assegura o regime peculiar de Previdência Social apenas aos servidores titulares de cargos efetivos e vitalícios da União, dos estados e do distrito federal. Os regimes próprios de Previdência Social, como já mencionado, passaram a ter caráter contributivo a partir da Emenda Constitucional n. 3/1993.

O sistema de financiamento do regime é a repartição simples que também se beneficia do princípio da solidariedade. Duas características básicas distanciam o RPPS do RGPS: integralidade e paridade, previstas no artigo 40, §§ 3º, 7º, e 8º, respectivamente, com redação dada pela EC n. 20/1998, anterior, portanto, à EC n. 41/2003.²⁴⁵

A Emenda Constitucional n. 41/2003 deu nova redação ao *caput* do artigo 40²⁴⁶ da Carta Maior quando incluiu o princípio da solidariedade no Regime Próprio de Previdência de servidores públicos ocupantes de cargo efetivo, uma vez que determina que serão

²⁴⁵ O critério da integralidade determinava que a base de cálculo da aposentadoria ou pensão por morte deveria ser o valor da última remuneração do servidor em atividade. O critério da paridade determinava que os valores das aposentadorias e pensões do serviço público deveriam ser revistos nas mesmas épocas em que fossem revistas as remunerações dos servidores ativos, bem como deveriam sofrer aumentos de benefícios e vantagens concedidas aos servidores ativos.

²⁴⁶ Art. 40: “Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos estados, do distrito federal e dos municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo” (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 41, de 19/12/2003).

responsáveis pelas contribuições vertidas para o sistema: os entes públicos, os servidores ativos, os inativos e seus pensionistas.

O regime próprio dos servidores públicos prevê, em linhas gerais, os seguintes benefícios constitucionais: aposentadoria por invalidez permanente (art. 40, § 1º, I); aposentadoria compulsória (art. 40, § 1º, II); aposentadoria voluntária (art. 40, § 1º, III, “a” e “b”); e pensão por morte (art. 40, § 7), sem prejuízo dos inúmeros benefícios previstos em leis próprias.²⁴⁷

Em síntese: o regime próprio de previdência dos titulares de cargos efetivos civis, antes e depois da Emenda Constitucional n. 41, deve ser caracterizado como um plano de benefício definido e financiado mediante repartição simples, de natureza contributiva, filiação obrigatória e natureza estatutária.

Os regimes próprios de previdência dos titulares de cargos efetivos abrangem tanto a disciplina dos benefícios destinados aos servidores civis quanto a disciplina dos benefícios devidos aos militares. No entanto, após as Emendas Constitucionais n. 20/98 e n. 41/2003, esses dois segmentos dos regimes próprios de previdência foram distanciados, apresentando características diferentes. Conclui-se, então, que a União possui dois sistemas distintos: um para os servidores civis (Lei n. 8.112/91) e um para os militares (Lei n. 6.880/80).

Os militares em atividade não foram afetados por qualquer dessas alterações porque não contribuem para o custeio do regime próprio de aposentadoria, mas apenas para o financiamento das pensões e da assistência médica com alíquotas inferiores às aplicadas pelo regime próprio dos servidores civis. O artigo 42 § 2º, da Constituição Federal²⁴⁸ foi modificado para evitar que os militares fossem alcançados pelas alterações sofridas pelos servidores civis. Assim, os militares mantiveram o direito à integralidade e à paridade após

²⁴⁷ A Lei n. 8.112, de 11/12/1990, dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

²⁴⁸ “Art. 42. [...] § 2º: Aos pensionistas dos militares dos Estados, do distrito federal e dos territórios aplica-se o que for fixado em lei específica do respectivo ente estatal” (NR).

seu ingresso na reserva (aposentadoria). Com a EC n. 41/2003, o regime de previdência específico dos militares foi “desconstitucionalizado”. A intenção do legislador foi afastar essa categoria de servidores do regime constitucional dos servidores civis. Contrariando a sua omissão com relação à cobrança de contribuição dos militares da União para o regime próprio de previdência, a EC n. 41/2003 estabelece, no artigo 149 § 1º, a obrigatoriedade da instituição pelos estados, distrito federal e municípios de cobrarem de seus servidores contribuições para o custeio do regime previdenciário.²⁴⁹

Por último, vale ressaltar que o regime próprio de previdência dos servidores públicos observará, quando necessário às regras instituídas para o Regime Geral de Previdência Social (art. 40, § 12, da CF/88, com a redação após a Emenda Constitucional n. 20 de 1998).

3.2.3 O regime de previdência privada

O regime atual de previdência privada aplicado aos trabalhadores da iniciativa privada é de natureza contratual, facultativa e complementar, porém autônoma quanto ao Regime Geral de Previdência Social. Possui matriz constitucional no artigo 202 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 20/1998:

Art. 202 – O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao Regime Geral de Previdência Social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado e regulado por lei complementar.

A previdência privada teve início no Brasil no século XVI, em 1543, quando Brás Cubas fundou a Santa Casa de Misericórdia, em Santos e, na mesma época, criou um plano de pensão para os seus empregados, o qual foi estendido, também, às Santas Casas de Salvador e

²⁴⁹ Art. 149. [...] § 1º: Os estados, o distrito federal e os municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o artigo 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União.

do Rio de Janeiro e às Ordens Terceiras.²⁵⁰ Segundo lições de Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira, citando Ernesto José Pereira dos Reis:

Eram sociedades de socorros mútuos, chamadas de “sociedades beneficentes”, organizadas sem certas bases técnicas, mas que foram realizando um grande trabalho pioneiro que chegou até nossos dias, quando a previdência social passou a assumir esses riscos, debilitadas que estavam essas sociedades pelas consequências de uma não prevista inflação de grande porte.²⁵¹

A primeira iniciativa governamental, no mesmo sentido, ocorreu com a organização do Montepio dos Oficiais da Marinha da Corte, procedida do Decreto do Príncipe Regente D. João VI, de 23 de setembro de 1795. O Montepio Geral de Economia dos Servidores do Estado (MONGERAL), constituído em 10 de janeiro de 1835, foi a primeira instituição de forma a complementar a renda dos trabalhadores quando da inatividade. O Código Comercial de 1850 constituiu, também, um marco histórico, ao disciplinar, nos artigos 666 e 684, o seguro garantidor de viagens marítimas. A partir da regulamentação do Código Comercial, foram criados diversos montepios organizados em sociedades civis, sem fins lucrativos, agrupando setores profissionais com objetivos previdenciários, concedendo pecúlios, aposentadoria e pensão para a família.

O Decreto n. 2.679, de 2 de novembro de 1860, tratou do funcionamento das empresas de seguro, sendo complementado pelo Decreto n. 2.711, de 19 de dezembro de 1860. Inicialmente, a fiscalização das entidades seguradoras foi regulamentada pela Lei n. 294, de 5 de setembro de 1895 e pelo Decreto n. 2.153, de 1 de novembro de 1895.²⁵²

Após a criação da Caixa de Montepios dos empregados do Banco do Brasil, a previdência privada só voltou a ser tratada com a publicação da Lei Orgânica da Previdência

²⁵⁰ PÓVOAS, Manoel Soares. *Seguro e previdência: na rota das instituições do bem-estar*. São Paulo: Green Foret do Brasil, 2000, p. 79.

²⁵¹ OLIVEIRA, Moacyr Velloso Cardoso de. *Previdência social: doutrina e exposição da legislação vigente*, op. cit., p. 143.

²⁵² MARTINEZ, Wladimir. *Primeiras lições de previdência complementar*. São Paulo: LTR, 1998, p. 10. Arthur Bragança registra que a Caixa Montepio dos Funcionários do Banco da República do Brasil (PREVI) foi criada em 16 de abril de 1904, com apenas 52 associados. Op. cit, 2005, p. 66.

Social (LOPS), Lei n. 3.807/60; o Serviço Técnico de Estatística e Atuarial (STEA) iniciou alguns estudos para estipular regras da previdência complementar a fim de proteger os participantes dos planos de benefícios. Na mesma época da publicação do Decreto-Lei n. 72/66, que determinou a fusão dos institutos de aposentadorias e pensões em um só órgão – o Instituto Nacional da Seguridade Social (INPS) –, foi instituído o Sistema Nacional de Seguros Privados, pelo Decreto-lei n. 73/66, diploma legal que se aplicou às entidades de previdência privada.

Em 1970, foi implantada a Fundação Petrobrás de Seguridade Social (PETROS), a qual serviu de modelo para várias empresas estruturarem seus planos de previdência complementar. Esse plano é restrito a empregados das empresas específicas que patrocinam o plano de aposentadoria de seus empregados, também chamados fundo de pensão.

Durante um longo período, o mercado se mostrou indiferente à previdência privada, e somente em 1977 é que adveio a Lei n. 6.435 que marca, historicamente, o início da previdência social privada. Esta lei sofreu alterações com a Lei n. 6.462/77, com o Decreto-lei n. 2053/83, com a Lei n. 8.020/90, com o Decreto n. 81.240/78 (entidades fechadas) e a Lei n. 81.402/78 (entidades abertas), em que os artigos 8 a 33 referiam-se à previdência privada aberta, e os artigos 34 a 50 referiam-se à previdência privada fechada.²⁵³

O regime de previdência privada passou a fazer parte do ordenamento jurídico constitucional previsto no artigo 202 da Constituição Federal, derivado da Emenda Constitucional n. 20/98, dispondo que o regime de previdência privada será de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao Regime Geral de Previdência Social; facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado. A Lei Complementar n. 109, de 29 de maio de 2001, revogou expressamente, no artigo 79, as Leis n. 6.435/77 e n. 6.462/77, dando nova sistematização ao regime de previdência privada

²⁵³ Ibidem.

com a finalidade de maior proteção aos participantes dos planos de benefícios, havendo uma nítida intenção do legislador em fortalecer três aspectos: transparência, sob a forma de fiscalização tanto por parte do Estado quanto do participante; flexibilidade, dando maior liberdade de ingerência do participante sobre os recursos em seu nome; e, segurança, ou seja, criou mecanismos que assegurassem aos participantes reserva de contingência que garantisse o recebimento dos benefícios.²⁵⁴ Vale ressaltar, ainda, que o Estado não participa da relação jurídica do regime de previdência privada, exceto na condição de empregador, quando serão patrocinadores. O sistema de financiamento é de capitalização, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício.

As Leis Complementares n. 108 e n. 109, editadas em 29 de maio de 2001, regulamentam o regime da previdência privada prevista na Constituição Federal. A Lei Complementar n. 108/2001 regulariza a relação entre a União, os estados, o distrito federal e os municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista, outras entidades públicas e suas respectivas entidades fechadas de previdência complementar, também conhecidas como fundo de pensão. A Lei Complementar n. 109/2001 revogou a Lei n. 6.435/77, em seu artigo 79, dispondo sobre a previdência complementar das entidades fechadas e abertas. Sobre esse regime, o professor Wagner Balera aduz que:

Ao regime complementar, por seu turno, compete proporcionar planos de proteção que atendam à demanda daquela parcela da comunidade cujas rendas se situem acima dos limites de proteção estabelecidos pelo regime geral e pelo regime próprio. As entidades que poderão compô-lo classificam-se em fechadas e abertas.²⁵⁵

²⁵⁴ WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcelos. *Previdência privada – atual conjuntura e sua função complementar ao regime geral da previdência social*. 2 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, pp. 32-3.

²⁵⁵ BALERA, op. cit., 2002a, p. 14.

As entidades abertas²⁵⁶ são aquelas constituídas unicamente sob a forma de sociedades anônimas e têm como objetivo instituir e operar planos de benefício de caráter previdenciário, concedidos em forma de renda continuada ou pagamento único, acessíveis a qualquer pessoa física.

Por seu turno, as entidades fechadas²⁵⁷ ou fundos de pensão de previdência privada são constituídas sob a forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos, acessíveis exclusivamente na forma regulamentada pelo órgão regulador e fiscalizador aos empregados de uma empresa (ou grupo de empresas), aos servidores da União, dos estados, dos municípios e do distrito federal e aos associados ou membros, para lhes garantir, na forma de seu estatuto, a administração e a execução de planos de benefícios de natureza previdenciária.

O regime de previdência privada tem a característica fundamental de facultatividade baseada em contrato formal e de adesão, no qual deve constar o tipo de plano de benefícios e suas particularidades. Ao contrário da Previdência Social oficial, que é obrigatória a toda classe trabalhadora e ao servidor público, na previdência privada há liberdade de contratar.

3.2.3.1 Principais inovações da Lei Complementar n. 109/2001

A Lei Complementar n. 109, de 29 de maio de 2001, tem por objeto instituir e executar planos de benefício de caráter previdenciário (art. 2º), podendo ser classificada, de

²⁵⁶ “A primeira entidade de previdência aberta a operar como sociedade anônima, hoje entidade de grande porte, foi a Bradesco Previdência Privada S./A., com carta patente de n. 54, datada de 19/03/81” (BALERA, Wagner (org.). *Comentários à lei de previdência privada – LC n. 109/2001*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 228).

²⁵⁷ “O maior fundo de pensão do mundo é dos professores da Califórnia (EUA) – criado pelo sindicato desta categoria, que administra um patrimônio próximo de US\$ 140 (cento e quarenta) bilhões, quase o triplo do patrimônio somado dos fundos de pensão brasileiros. A administração desse maior fundo de pensão do mundo é de responsabilidade de instituições financeiras privadas, que têm obrigação de prestar contas mensalmente do desempenho financeiro do fundo [...] O sindicato dos professores da Califórnia (EUA) teve a iniciativa, mas a administração é de responsabilidade de instituições financeiras privadas (terceirização que realça o profissionalismo e evita administração política ao invés de técnica).” In: WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcelos, op. cit., 2005, p. 121. Acrescenta o autor que, no Brasil, já foram referendados pela Secretaria de Previdência Complementar os seguintes fundos: o FORÇAPREV, instituído pela Força Sindical, o SEESPREV, instituído pelo sindicato dos engenheiros de São Paulo, o Fundo de Pensão para os cooperados da Cooperativa de Economia e Crédito Mútuo dos Servidores de Minas Gerais e o Fundo de Pensão dos Ex-alunos da Fundação Getúlio Vargas (em criação).

acordo com a relação que mantém com os participantes dos planos de benefícios, em entidades de previdência complementar fechadas e abertas (art. 4º). As entidades fechadas de previdência privada são acessíveis, exclusivamente, aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas e aos servidores públicos dos entes denominados patrocinadores e aos associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, denominados instituidores (art. 31). As entidades abertas de previdência privada devem ser sociedades anônimas que oferecem planos de previdência acessíveis a quaisquer pessoas físicas (art. 36).

Dispõe, ainda, sobre o regime de previdência complementar, explicitando a função institucional do aparelho do Estado neste setor, que é dominado pela contratualidade, conferindo transparência, flexibilidade e segurança ao regime de previdência privada. Os artigos 6º a 11 trazem as seguintes disposições acerca dos planos de benefícios:

- 1) autorização específica (órgão regulador e fiscalizador);
- 2) padrões mínimos que assegurem transparência, solvência, liquidez e equilíbrio econômico, financeiro e atuarial;
- 3) modalidades de planos: benefício definido, contribuição definida e contribuição variável;
- 4) terminologia adequada: participante e assistido;
- 5) constituição de reservas técnicas, provisões e fundos;
- 6) obrigatoriedade de fornecimento a todo participante de documentos essenciais;
- 7) possibilidade de contratação de operações de resseguro.

Os artigos 26 a 30 eludem as regras sobre os planos de benefícios de entidades abertas: 1) tipos de planos: individuais ou coletivos;

2) equiparação aos empregados e associados: diretores, conselheiros ocupantes de cargos eletivos e outros dirigentes ou gerentes da pessoa jurídica contratante;

3) direito à portabilidade, sendo vedado que os recursos financeiros correspondentes transitem pelos participantes dos planos de benefícios e a transferência de recursos entre participantes;

4) direito ao resgate;

5) fixação da competência do órgão regulador;

6) faculdade da utilização de corretores na venda dos planos de benefícios.

As regras a respeito das entidades abertas de previdência complementar foram dispostas nos artigos 36 a 40 com as seguintes disposições:

1) forma única de constituição: sociedades anônimas;

2) planos de benefícios de caráter previdenciário: renda continuada ou pagamento único;

3) acesso a quaisquer pessoas físicas;

4) fixação da competência do órgão regulador;

5) necessidade de prévia e expressa aprovação do órgão fiscalizador: constituição e funcionamento das entidades; comercialização dos planos; eleição de membros; formas de reorganização societária;

6) necessidade de comunicação ao órgão fiscalizador: alterações estatutárias; eleição; responsável pela aplicação dos recursos das reservas técnicas, provisões e fundos;

7) solidariedade dos membros da diretoria executiva (concorrência para danos e prejuízos à entidade);

8) obrigatoriedade de balancetes mensais e balanços gerais.

Nos artigos 41 a 43 há a possibilidade do órgão fiscalizador nomear um diretor-fiscal que, custeado pela entidade, pode propor ao referido órgão a decretação da intervenção ou da liquidação extrajudicial. E os artigos 44 a 46 tratam da intervenção do Estado e prevêm:

1) condições que dão ensejo à intervenção;

2) cessação: quando da aprovação do plano de recuperação da entidade ou decretação da liquidação extrajudicial.

Os artigos 47 a 53 determinam sobre a liquidação extrajudicial:

- 1) efeitos da decretação;
- 2) privilégio de créditos (exceto de natureza trabalhista ou tributária).

As disposições especiais estão nos artigos 54 a 62 e o regime disciplinar é tratado nos artigos 63 a 67, que dispõem:

- 1) responsabilidade civil dos administradores por danos ou prejuízos causados, por ação ou omissão, às entidades;
- 2) indisponibilidade de bens;
- 3) penalidades administrativas.

Por último, os artigos 68 a 79 prevêm sobre as disposições gerais:

1) impossibilidade de vinculação entre o contrato de trabalho e o contrato de previdência complementar, bem como autonomia em relação ao Regime Geral de Previdência Social;

2) benefícios: direito adquirido quando implementadas as condições de elegibilidade (na verdade, não se trata de mera expectativa, mas de “direito expecto”);

3) dedução para fins de imposto de renda;

4) isenção tributária (contribuições/portabilidade);

5) aplicação subsidiária da legislação aplicável às sociedades seguradoras;

6) órgão regulador e fiscalizador: Conselho Nacional de Seguros Privados (CNPS) e Superintendência de Seguros Privados (SUSEP);

7) prazo prescricional: cinco anos (prestações não pagas);

8) entidades abertas sem fins lucrativos: prazo de dois anos para adaptação ao disposto na LC;

9) possibilidade de manutenção de sociedades civis já autorizadas, mediante requisitos e mesmo prazo anterior.

A justificativa para a não-possibilidade de criação de entidades abertas sem fins lucrativos está relacionada à falta de controle pelo Estado dessas entidades, uma vez que se trata de um fundo mútuo, em que o administrador é que se responsabiliza pela entidade e pela publicação de balanços. Vale salientar, ainda, que não há mecanismos e meios de controle suficientes para manter funcionando uma entidade aberta sem o escopo de lucro. Em razão disso, vê-se que o objetivo imediato era acabar com todas, inclusive, as já existentes. Mas isso não foi possível, possibilitando, destarte, a Lei Complementar n. 109/01, a manutenção daquelas já criadas ao tempo da promulgação dessa legislação, que assim dispõe no § 1º do artigo 77, *in verbis*:

Art. 77 – [...]

§ 1º – No caso das entidades abertas sem fins lucrativos já autorizadas a funcionar, é permitida a manutenção de sua organização jurídica como sociedade civil, sendo-lhes vedado participar, direta ou indiretamente, de pessoas jurídicas, exceto quando tiverem participação acionária.

O professor Wagner Balera, ao analisar este dispositivo, considerou que “a versão primitiva do Projeto de Lei Complementar que deu origem à Lei Complementar n. 109/2001 pretendia eliminar a figura das entidades abertas sem fins lucrativos, violando a autonomia da vontade dos instituidores e a tradição do mutualismo, antecedente histórico da seguridade social”. Dessa forma, a inclusão do parágrafo 1º no artigo 77 da lei complementar pelo legislador trouxe equilíbrio à regra ali exposta.²⁵⁸

Os planos de previdência privada constituídos pelas entidades abertas são, em princípio, acessíveis a qualquer pessoa e à participação neles não depende e não é condicionada à existência de um vínculo empregatício anterior. Sendo assim, verifica-se que

²⁵⁸ BALERA, Wagner. *Sistema de seguridade social*, op. cit., p. 96.

prescinde de qualquer vínculo laborista o seu liame com as entidades abertas. O artigo 7º da Lei Complementar n. 109/2001 regula três modalidades de planos de benefícios: benefício definido, contribuição definida e contribuição variável.

Os planos de benefício definido são aqueles em que se conhecem previamente os valores dos benefícios futuros de aposentadoria. Neste plano as contribuições são capitalizadas em padrões pré-fixados para alcançar os benefícios futuros. No entanto, foi constatado, nos últimos anos, que tal plano pode gerar descompasso financeiro apresentado déficit que, em médio prazo, pode comprometer o valor dos benefícios assegurados aos participantes.

No plano de contribuição definida o participante não conhece, previamente, a renda futura a ser paga como benefício de aposentadoria. Nos planos de contribuição definida a reserva é individualizada por participante, pois as provisões técnicas de um determinado participante não implicam a diminuição ou majoração das provisões técnicas para outro participante do mesmo plano.

Os planos de contribuição variável são aqueles nos quais os padrões para determinação do benefício são fixados previamente, sendo que o valor da contribuição poderá variar, conforme a variação dos requisitos pré-fixados para o benefício assegurado.²⁵⁹

Outro avanço da Lei Complementar n. 109/2001 foi a inserção formal dos institutos da **portabilidade e do benefício diferido (vesting)**, materializando um antigo pleito do mercado. Estes institutos são de extrema importância para previdência complementar, pois permitem a continuidade da poupança no sistema, além de representarem uma efetiva medida de justiça com os participantes e reforçarem o caráter previdenciário do regime.

²⁵⁹ Para melhor distinção entre os planos de benefícios de previdência privada, ver Lei n. 11.053, de 2004.

A portabilidade caracteriza-se pela possibilidade de transferência dos valores existentes em nome do participante, de um plano para outro, no caso de perda de vínculo empregatício.

Adacir Reis define portabilidade como

o instituto que permite ao participante portar ou transferir os recursos previdenciários de um plano para outro. Via de regra, a portabilidade ocorre entre planos de entidade distintas, isto é, entre diferentes entidades fechadas ou até mesmo de uma entidade fechada para uma entidade aberta e vice-versa”.²⁶⁰

A portabilidade, para efeito das entidades fechadas de previdência privada, que está prevista no artigo 14 da Lei Complementar n. 109/2001 e que prevê a transferência²⁶¹ do direito acumulado pelo participante para outro plano, não especificou, obrigatoriamente, se o plano pertencerá a uma entidade fechada ou aberta. Existe, portanto, a faculdade da transferência tanto para plano de entidades fechadas de previdência privada quanto para plano de entidades abertas de previdência. O próprio artigo 14, § 4º, da referida lei estabelece que a portabilidade, quando efetuada de entidade fechada para entidade aberta, somente será admitida quando a integralidade dos recursos financeiros correspondentes ao direito acumulado do participante for utilizada para contratação de renda mensal vitalícia ou por prazo determinado, cujo prazo mínimo não poderá ser inferior ao período em que a respectiva reserva foi constituída limitada ao mínimo de quinze anos (observadas normas a serem estabelecidas pelo órgão regulador e fiscalizador).²⁶²

²⁶⁰ REIS, Adacir. *Fundos de pensão em debate*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 22.

²⁶¹ A Resolução CNPS n. 104, define transferência como “a movimentação, na forma regulamentada, de plano ou conjunto de planos de previdência complementar aberta em comercialização ou com comercialização interrompida, incluindo os titulares e assistidos, quando for o caso, assim como as reservas, as provisões, os fundos e os ativos garantidores correspondentes, representados em moeda corrente nacional ou nas modalidades previstas na regulamentação”.

²⁶² BRAGANÇA, Arthur. “O regime de previdência privada e a lei complementar n. 109, de 29 de maio de 2001”. *Publicação RPS*, ano XXV – (250), set./2001, pp. 645-6.

A Lei Complementar n. 109, em seu artigo 15, II, veda, sob qualquer forma, no instituto da portabilidade ligada às entidades fechadas de previdência privada, o trânsito dos recursos financeiros correspondentes pelos participantes dos planos de benefício.

O *vesting*, ou benefício proporcional diferido, é um valor pago ao participante que perdeu o vínculo empregatício com a patrocinadora sem cumprimento total dos requisitos contratuais necessários à percepção de benefício. O valor inclui a contribuição do participante e da patrocinadora. O benefício proporcional decorre do rompimento do vínculo empregatício com a patrocinadora antes da aquisição do direito pleno de benefício de aposentadoria.

O *vesting* tem sua origem no sistema previdenciário dos Estados Unidos. No Brasil o *vesting* é um benefício complementar. Para o atuário Newton Cezar Conde, seu objetivo é

permitir a permanência no plano de benefícios – sem desembolso de contribuições – aos participantes que mudam de emprego mas não querem se desvincular do plano de benefícios. Caso um participante tenha passado por três empregos, por exemplo, e nos três haja planos de benefícios como benefício proporcional diferido, ele terá na inatividade três benefícios proporcionais que, somados seriam equivalentes a um benefício inteiro.²⁶³

A Resolução n. 06, de 30 de outubro de 2003, editada pelo Conselho de Gestão de Previdência Complementar, definiu no artigo 2º benefício definido como

o instituto que faculta ao participante, em razão da cessação do vínculo empregatício com o patrocinador ou associativo com o instituidor antes da aquisição do direito ao benefício pleno, opta por receber, em tempo futuro, o benefício decorrente dessa opção.

No Brasil, a aplicação e obrigatoriedade *do vesting* ocorreu devido ao alto custo atuarial. Este benefício aplica-se a todos os planos de benefícios, benefício definido e

²⁶³ CONDE, Newton Cezar. “Portabilidade e vesting”. In: REIS, Adair (org.). *Fundos de pensão em debate*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 68. Sobre o assunto ver, ainda, JÚNIOR, Miguel Horvart. “Benefício proporcional diferido”. *Revista do Terceiro Congresso Brasileiro de Previdência Complementar*. São Paulo: LTR, 2003.

contribuição definida; no entanto, a opção do segurado pelo benefício proporcional diferido não importa em uma futura opção pela portabilidade e ou resgate.²⁶⁴

As contribuições do empregador regulada no artigo 68 da LC n. 109/2001 é dirigida aos benefícios e às condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios de previdência privada, afirmando que não integram o contrato de trabalho dos participantes. A contribuição da empresa consiste em um incentivo aos empregados. A paridade entre as contribuições dos participantes e das patrocinadoras ligadas ao Estado está disposta no § 3º do artigo 202 da Constituição Federal, que autoriza somente o aporte de recursos estatais à entidade de previdência privada na forma do patrocínio, que nunca poderá exceder a contribuição do participante (segurado).

O máximo permitido da contribuição normal das patrocinadoras é de 50% (cinquenta) do valor total da contribuição. Quanto às contribuições do empregador, estas não integram o contrato de trabalho nem a remuneração dos participantes (art. 68, *caput*). Também a CLT dispõe, em seu artigo 458, § 2º, VI, alterado pela Lei n. 10.243, de 19/06/2001, que a previdência privada não é considerada salário-utilidade.

O objeto da relação jurídica de Previdência Social é a proteção contra riscos sociais, que na relação de previdência privada faz-se por meio de planos de concessão de benefícios complementares, mediante a execução e operação de planos para os quais a entidade fechada tenha autorização específica (LC n. 109 art. 33, I).

O conteúdo da relação previdenciária corresponde às contribuições na maioria dos planos. Essas contribuições possuem caráter dúplice – do participante e do patrocinador ou instituidor –, sendo que a contribuição do participante não é essencial, em relação a determinados benefícios. Porém, a contribuição da empresa patrocinadora é indispensável para o suporte da entidade fechada de previdência privada. Nesse sentido, os planos de

²⁶⁴ BALERA, Wagner (org.). *Comentários à lei de previdência privada*, 2005, pp. 107-9.

previdência privada de regime fechado podem ser custeados, exclusivamente, pelas empresas patrocinadoras e, neste caso, não há que se cogitar a manifestação da vontade do participante, sendo sua adesão presumida. Todavia, se estiver prevista a contribuição do participante, sua adesão ao plano será sempre facultativa e, então, o empregado só terá direito aos benefícios se aderir ao plano de previdência.

A Lei Complementar n. 109/2001 determina que a finalidade principal do regime de previdência complementar é a instituição e a execução de planos de benefícios de caráter previdenciário, excluindo os benefícios assistenciais e de saúde. Assegura, ainda, a intervenção do poder público na preservação dos interesses dos participantes, sendo responsável pela fiscalização²⁶⁵ das operações das entidades de previdência complementar e pela determinação de padrões mínimos de segurança econômico-financeira e atuarial, a fim de preservar a liquidez e o equilíbrio dos planos de benefícios e do sistema previdenciário.

Vale ressaltar, ainda, que a Lei Complementar n. 108, de 20 de maio de 2001, trata das relações em que sejam patrocinadoras a União, os estados, os municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, e as respectivas entidades fechadas de previdência complementar. O artigo 6º da referida lei dispõe sobre o custeio dos planos de benefícios instituídos pelos entes estatais, que será de responsabilidade do patrocinador e dos participantes, inclusive assistidos. E, em hipótese alguma, a contribuição normal do patrocinador poderá exceder a do segurado (art. 202, § 3º, da Constituição Federal, com redação da Emenda Constitucional n. 20).

Conclui-se, portanto, que a previdência complementar engloba as ações dos interessados em poupar, para fins de eventualidade e para a velhice, uma vez que a

²⁶⁵ O órgão com competência normativa das entidades abertas é o Conselho Nacional de Seguros Privados (CNPS), colégio que enquanto não for implementado o artigo 5º da LC n. 109/2001 (agência governamental responsável pelo controle do setor) e a competência executiva da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), a quem compete atuar com poderes de fiscalização e que se vincula à estrutura orgânica do Ministério da Fazenda. Assim, o CNPS e a SUSEP são órgãos regulador e fiscalizador, respectivamente, com competência disposta no artigo 29 da LC n. 109/2001 (art. 74 da LC n. 109/2001).

Previdência Social não permite o pagamento de benefício no valor igual ao da última remuneração do segurado. Acresça-se, por último, que diferentemente dos regimes públicos de Previdência Social, que adotam formas de uniformização de benefícios voltadas à solidariedade social e possuem regime de repartição simples, a previdência complementar, por meio de contrato, oferece diferentes planos. A operação tem natureza financeira e não há transferência de renda entre gerações, sendo os aportes definidos e capitalizados em contas individuais.

CAPÍTULO 4

O PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO FINANCEIRO E ATUARIAL DA SEGURIDADE SOCIAL

4.1 Planejamento e orçamento da Seguridade Social

4.1.1 Planejamento orçamentário

Planejamento é um dos princípios que regem a administração federal, de acordo com o inciso II do artigo 6º do Decreto-Lei n. 200/1967. Segundo a lição de Manuel de Oliveira Franco Sobrinho, planejamento é definido nos seguintes termos:

É um plano que define objetivos, qualifica recursos materiais e humanos, oferece métodos e formas de organização, estabelece equações de tempo e medidas quantificadoras, determinando espaços para o limite das atividades administrativas, além de outros possíveis requisitos necessários ao racional comportamento de pessoas e órgãos, sejam centrados e descentralizados.²⁶⁶

O planejamento tem a noção de ordenação sistematizada e racional e se desdobra nas seguintes características: a) uma ordenação sistemática dos propósitos; b) a racionalização do trabalho; c) a fixação de certos fins determinados.²⁶⁷

Os princípios que regem planejamento são dois: “o princípio da unidade, para que as partes se vejam integradas no conjunto; o princípio da previsão, que permite que uma orientação segura quanto às medidas e aos objetivos de maior alcance no tempo”.²⁶⁸

²⁶⁶ FRANCO SOBRINHO, Manuel de Oliveira. *Comentários à reforma administrativa federal*. Exegese do Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, com as modificações introduzidas pela legislação posterior. São Paulo: [s.e.], 1975, pp. 71-72.

²⁶⁷ FRANCO SOBRINHO, op. cit., p. 72.

²⁶⁸ *Ibidem*.

Como o ato de planejar não é um fim em si mesmo, há que se afirmar que o objetivo do planejamento é buscar a organização da administração pública centralizada e descentralizada, bem como todos os órgãos que integram direta e indiretamente a estrutura do Estado.²⁶⁹ Porém, o artigo 7º do Decreto-Lei n. 200/1967 dá ao planejamento um objetivo que transcende o conceito limitado de organização interna.

Art. 7º – A ação governamental obedecerá a planejamento que vise a promover o desenvolvimento econômico-social do país e a segurança nacional, norteando-se segundo planos e programas elaborados, na forma do Título III, e compreenderá a elaboração e atualização dos seguintes instrumentos básicos:

- a) plano geral de governo;
- b) programas gerais, setoriais e regionais, de duração plurianual;
- c) orçamento-programa anual;²⁷⁰
- d) programação financeira de desembolso.

Por fim, cabe dizer que o planejamento sempre pressupõe uma ação de coordenação em que se destacam as variadas funções administrativas descentralizadas, delegadas e de controle que visam sempre à eficiência do Estado.

4.1.2 Orçamento público

O objetivo primordial do orçamento público é buscar a concretização do princípio do planejamento ou da programação cuja principal característica é a realização do equilíbrio entre as receitas²⁷¹ e as despesas²⁷² realizadas pelo Estado. O orçamento é resultado da

²⁶⁹ Ibidem.

²⁷⁰ Segundo José Afonso da Silva, o “orçamento moderno deve ter conteúdo de programação, que implica, em primeiro lugar, a formulação de objetivos e o estudo das alternativas da ação futura par alcançar os fins da atividade governamental; importa, em segundo lugar, na redução dessas alternativas de um número muito amplo e pequeno e, finalmente, na prossecução do curso da ação adotada através do programa de trabalho”. SILVA, José Afonso. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 713.

²⁷¹ As receitas podem ser tributárias e não-tributárias. As receitas não-tributárias são aquelas que decorrem do “Estado submetida ao direito privado, como, por exemplo, receitas decorrentes de contrato, de herança jacente, de doações, legados etc.”. As receitas tributárias estão positivadas “no art. 145 da Constituição, que são os seguintes tributos: impostos, taxas e contribuições de melhoria” (Cf. OLIVEIRA, Regis Fernandes de Oliveira. *Curso de direito financeiro*. São Paulo: RT, 2006, pp. 115-6.

²⁷² Para Aliomar Baleeiro, há dois conceitos de despesas públicas: o primeiro “é o conjunto dos dispêndios do Estado, ou de outra pessoa de direito público, para o funcionamento dos serviços públicos. O outro é a aplicação de certa quantia, em dinheiro, por parte da autoridade ou agente público competente, dentro duma autorização legislativa, para execução de fim a cargo do governo” (BALEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11 ed. Atualizado por Mizabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: 2000, p. 127).

fixação ordenada da receita fiscal e a patrimonial que, por sua vez, autoriza (tem a finalidade) a realização (despesas) das políticas públicas mediante a outorga de prestações sociais como educação, saúde, seguridade e transportes, entre outras, visando sempre à realização do desenvolvimento econômico, o equilíbrio da economia e da redistribuição de renda. Por outro lado, há uma verdadeira integração ordenada da receita pública, dos investimentos e das despesas que devem ser pautados de acordo com planos anuais ou plurianuais.²⁷³

Existem três modelos de planejamentos orçamentários previstos no artigo 165 da Constituição Federal, quais sejam: a) o plano plurianual, b) as diretrizes orçamentárias e c) o orçamento anual. Estes paradigmas se conjugam de forma concertada, “devendo a lei orçamentária anual respeitar as diretrizes orçamentárias, de acordo com o orçamento plurianual (artigos 165, § 7º, 166, § 4º, 167, § 1º). E têm os três que se compatibilizar com o planejamento global – econômico e social (art. 165, § 4º)”.²⁷⁴

Ricardo Lobo Torres utiliza a expressão “constituição orçamentária” para realçar a relevância das normas orçamentárias no âmbito da Constituição de 1988. Há duas formas de serem interpretadas a “constituição orçamentária”. Ora atende as carências atuais do país ou se mostra em desacordo. O texto constitucional brasileiro, inspirado na Constituição da Alemanha, caracteriza-se pela presença de normas principiológicas que têm a vantagem de propiciar uma interpretação equilibrada do orçamento. O texto constitucional de 1988 apresenta a característica básica de ter se inspirado na Constituição da Alemanha. Daí resulta a sua ambivalência, que apenas poderá ser superada com uma interpretação que se afaste dos pressupostos teóricos contemporâneos à elaboração do modelo germânico e arrede o patrimonialismo e o cartorialismo, bem como impeça a utilização indiscriminada dos

²⁷³ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito financeiro e tributário*. 2 ed. Vol. V. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 59. O artigo 18 do Decreto-Lei n. 200/1967 define o orçamento público como orçamento-programa ao qual deve se ajustar toda atividade governamental: “Toda atividade deverá ajustar-se à programação governamental e ao orçamento-programa e os compromissos financeiros só poderão ser assumidos em consonância com a programação financeira de desembolso”.

²⁷⁴ TORRES, Ricardo Lobo, op. cit., p. 60.

incentivos fiscais, para que propicie a transparência dos gastos e a moralidade das finanças públicas.

A interpretação da “constituição orçamentária” não se dá de forma isolada, mas multidisciplinar. Isto significa que há uma interconexão com os diversos subsistemas do direito, como as constituições financeira e tributária, além da interface que a constituição orçamentária se apresenta com a política e a economia. Frise-se que em matéria de orçamento público há uma constante tensão entre o controle que se exerce do orçamento pelos poderes Executivo e Legislativo. Naturalmente que todas as divergências e tensões existentes serão resolvidas mediante um processo de negociação política perfeitamente legítimas em um Estado Democrático.

Outro aspecto que merece relevo é a relação que se dá entre a constituição orçamentária e a constituição social. A maior dificuldade é reconhecer quais são os direitos sociais que merecem a proteção efetiva do Estado por meio de prestações positivas e quais direitos sociais não podem ser fornecidos diretamente pelo Estado. De qualquer forma, a realidade dos Estados nacionais nas últimas décadas e no Brasil, principalmente na década de 1990, exigiu a implantação de reformas estruturais que pudessem resolver a equação entre as receitas escassas e a necessidade de implantação de políticas públicas. No caso brasileiro, as constantes modificações feitas na Constituição de 1988, por meio das emendas constitucionais, modificaram os setores em que o Estado se mostrava incapaz de atender a médio e longo prazo as demandas sociais, a exemplo das reformas previdenciárias.

A legitimidade do Estado Orçamentário está assentada no processo de democratização advinda com a Constituição de 1988, que contém dispositivos que proclamam os direitos fundamentais da moralidade e da legitimidade, o que fez com que houvesse a abertura de perspectivas inovadoras aplicadas à norma e ao fato social. Todavia, é preciso registrar que o conceito de legitimidade que vincula o Estado Moderno norteia-se pelo

equilíbrio e pela harmonia entre valores e princípios jurídicos mediante o consenso entre os diversos atores sociais.²⁷⁵

Antonio Luciano de Sousa Franco,²⁷⁶ jurista português, entende que existem regras orçamentares que surgiram durante o liberalismo, sendo originalmente expressão do pensamento e da prática financeira clássica. Para o autor, essas regras seriam “princípios fundamentais a que devia subordinar-se a elaboração e execução do orçamento para poder realiza sua funções”. Apesar, dessas regras terem surgido no século XVIII, muitas subsistem até hoje. Nessa linha de pensamento, destacam-se as seguintes regras do orçamento: anualidade orçamental, plenitude orçamental, discriminação orçamental, regra da não-consignação e, por último, o equilíbrio orçamentário.

4.1.3 A justiça orçamentária e os princípios constitucionais

O conceito de justiça orçamentária abrange os seguintes aspectos simultâneos de despesa e receita e incorpora a idéia de justiça das políticas sociais e econômicas. O conceito de justiça orçamentária é o resultado da síntese *justiça das receitas* e dos *gastos públicos*. Este se desdobra nos postulados da equidade orçamentária, custo/benefício, princípio da solidariedade e universalidade.

²⁷⁵ Idem, pp. 20-22.

²⁷⁶ FRANCO, António Luciano de Sousa. *Manual de finanças públicas e de direito financeiro*. Lisboa: Manuais da Faculdade de Direito de Lisboa, v. I, 1974, pp. 661-74. Para o autor, **a regra da anualidade** possui o seguinte sentido: “o orçamento é um acto jurídico cuja vigência é necessariamente anual”; **a regra da plenitude orçamental** possui duas idéias que estão interligadas; segundo esta regra o orçamento deverá ser um documento com uma visão subjetiva (unidade) e uma objetiva (universalidade), a unidade do orçamento pressupõe que “em cada período orçamental, o Estado deve elaborar um só orçamento”, na universalidade, o orçamento deverá prever a totalidade das receitas e a totalidade das despesas; **a regra da discriminação orçamental** pretende assegurar que o conteúdo do orçamento seja preciso e concreto, garantido a prática de todas as regras do orçamento sem discriminação; **a regra de não-consignação** significa que todas as receitas devem servir para cobrir todas as despesas e só excepcionalmente se deve consentir despesas condicionadas pela cobertura de certas despesas; na **regra do equilíbrio orçamental**, a idéia-base é a seguinte: o orçamento deve ser elaborado de tal forma que todas as despesas nele previstas sejam cobertas pelas receitas; o princípio do equilíbrio é “mais do que um simples enunciado sobre a igualdade entre despesas e receitas totais inscritas no orçamento; representa, sobretudo, uma exigência essencial a ter em conta na própria elaboração do orçamento, adequando certos tipos de receitas a certos tipos de despesas”.

A equidade no direito tributário é recebida em bloco pelo orçamento, posto que este apenas prevê o montante das receitas, sendo-lhe estranha a reflexão sobre os fundamentos da imposição fiscal. Também a equidade pressupõe a preocupação com as gerações futuras. Significa que os empréstimos públicos e as despesas governamentais não devem sobrecarregar as gerações futuras, cabendo à própria geração que delas se beneficia arcar com o ônus respectivo. O problema foi revitalizado no Brasil nas últimas décadas, principalmente na área da Seguridade Social, em razão do aumento da expectativa de vida (no Brasil, passou de 58 anos, em 1978, para 65 anos, em 1989, e 68 anos, em 1998, e de 72 anos, em 2005).²⁷⁷ Esses dois fatores provocaram o desequilíbrio no sistema de repartição no financiamento da Previdência Social, posto que cada vez é menor o número de contribuintes e maior o de beneficiários e aposentados. Há, sem dúvida, o sacrifício das gerações intermediárias, que não poderão contar no futuro com o sistema até então vigente, para o qual chegaram a contribuir, e não terão tempo para aderir às novas regras.

O custo/benefício expressa a adequação entre o custo do bem ou serviço público e o benefício auferido pelo cidadão. Tem duas acepções principais, conforme se vincule a tributos contraprestacionais ou à visão macroeconômica. O princípio da solidariedade se vincula à receita pública e aos tributos ao informar, principalmente, a cobrança das contribuições sociais e econômicas. Sinaliza no sentido de que as contribuições sociais, necessárias ao financiamento da Seguridade Social, devem ser suportadas por todos os que participam do mesmo grupo socioeconômico (ex.: patrões e empregados), ainda que alguns deles não recebam diretamente os benefícios.

Para o postulado da universalidade, o orçamento deve conter todas as receitas e despesas da União, de qualquer natureza, procedência ou destino, inclusive a dos fundos, dos empréstimos e dos subsídios. **É princípio da maior importância para o equilíbrio**

²⁷⁷ Tábua Completa de Mortalidade – Ambos os sexos – 2005, pesquisado no dia 18/03/2007 no site do IBGE, www.ibge.com.br.

financeiro, que se concretiza na norma do artigo 165, § 5º, da CF 88, e que informa diversas constituições modernas. Hodiernamente, com o orçamento da seguridade, desaparecem as dúvidas quanto à subsunção de tais despesas no princípio da universalidade, coisa que ainda persiste em alguns países.²⁷⁸

4.1.4 Equilíbrio orçamentário

O tema do equilíbrio orçamentário está diretamente relacionado às crises por que passou o Estado de Bem-Estar Social. Este modelo de estado, nas décadas de 1980 e 1990, enfrentou uma verdadeira crise nas finanças públicas, porque o custo orçamentário dos direitos passou a ser incompatível com os ingressos que compunham as receitas estatais. Diante da impossibilidade de os Estados arcarem com o financiamento cada mais vez mais elevado das despesas públicas, diversos países adotaram legislações para a criação do que se convencionou denominar equilíbrio orçamentário.²⁷⁹

Questão candente é o aspecto referente ao gasto público que subverte as finanças públicas. Explica-se: a Constituição discrimina as competências dos entes federativos no que diz respeito às receitas públicas, porém inexistente uma discriminação das rendas que correspondam às despesas, que é um fator significativo de desequilíbrio fiscal. Não obstante, já tem havido alterações constitucionais que introduziram mecanismos que proporcionam o equilíbrio das contas públicas, a exemplo da Emenda Constitucional n. 14/96.

²⁷⁸ TORRES, Ricardo Lobo, op. cit., 2000, pp. 197-216.

²⁷⁹ Idem, p. 5. Segundo ainda, o autor, na mesma página, nos Estados Unidos foram editadas as seguintes leis: a) *Congressional Budget and Impoundment Control Act, 1974* (O Congresso assume novas responsabilidades no controle da proposta anual do executivo); b) *Gramm-Rudman-Hollings Act, 1985* (Introduz regras drásticas para redução das despesas que excedam os limites previamente estabelecidos); c) *Ommibus Budget Reconciliation Act, 1990* (Modifica a legislação anterior, inclusive com relação ao próprio processo de aprovação do orçamento).

O equilíbrio orçamentário é princípio constitucional geral²⁸⁰ que atinge todos os princípios específicos do lado da receita e da despesa e que estão vinculados à justiça e à segurança jurídica.

Equilíbrio orçamentário é a equalização de receitas e de gastos, harmonia entre capacidade contributiva e legalidade, redistribuição de rendas e transparência orçamentária, desenvolvimento econômico e universalidade. O desequilíbrio orçamentário é sempre o resultado de contradição entre os princípios constitucionais do Estado de Direito. O orçamento não se desequilibra pela falta de dinheiro, mas pelo desencontro entre valores e princípios jurídicos.²⁸¹

Fernando Lemme Weiss faz uma diferença entre equilíbrio orçamentário e o princípio do equilíbrio orçamentário. Equilíbrio orçamentário, compreendido como referência técnica para a elaboração orçamentária, é o resultado de uma equação matemática em que se coteja a previsão da receita com a estimativa de despesa, cujo objetivo é a organização dos dados e a identificação das despesas ou débitos que devam ser eliminados ou majorados. O princípio do equilíbrio orçamentário, por seu turno, tem um sentido mais amplo e significa a busca da redução do crônico déficit público (despesas superiores à arrecadação tributária) e pretende estimular a redução de despesas e/ou o aumento das receitas. É uma diretriz que se opõe ao endividamento, seja qual for a sua origem, bem como exige uma relação sólida entre investimentos de capital e despesas correntes para que não gerem desequilíbrio no futuro.²⁸²

No magistério de Kiyoshi Harada, o princípio do equilíbrio orçamentário postula o ideal de que não cabe à economia equilibrar o orçamento, mas ao orçamento equilibrar a

²⁸⁰ O princípio do orçamento equilibrado não está positivado, expressamente, na Constituição Federal, contudo deflui implicitamente de diversos dispositivos. A Emenda Constitucional de Revisão n. 1, de 1994, que criou o Fundo Social de Emergência e aponta como objetivo o “saneamento financeiro da Fazenda Pública Federal e de estabilização econômica”, que são termos similares ao conceito de equilíbrio orçamentário, mas que com este não se confundem. Com a mudança para o Fundo de Estabilização Fiscal (EC n. 10/96 e EC n. 17/97) não houve a assimilação do conceito de equilíbrio orçamentário, uma vez que o equilíbrio orçamentário depende da conjuntura econômica e não de preceitos jurídicos.

²⁸¹ TORRES, Ricardo Lobo, op. cit., p. 278.

²⁸² WEISS, Fernando Lemme. *Princípios tributários e financeiros*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 304.

economia, isto é, o equilíbrio orçamentário não pode ser entendido como um fim em si mesmo, mas como um instrumento a serviço do desenvolvimento da nação.²⁸³

Alfredo Augusto Becker propõe a diferença entre equilíbrio econômico-social e o equilíbrio financeiro-contábil. Este é um equilíbrio aritmético ou quantitativo entre a receita, de um lado, e, do outro, a despesa. Aquele é o equilíbrio qualitativo entre, de um lado, a despesa mais a receita, e, do outro, a realidade econômico-social. O equilíbrio financeiro é defendido pelos ortodoxos como sendo não apenas um princípio financeiro óbvio, mas um preceito moral. Não há qualquer contradição no fato de se buscar o equilíbrio econômico e social do país mediante um orçamento público contabilmente desequilibrado. A contradição é apenas na aparência, em razão da ilusão de se analisar o orçamento do ângulo das finanças privadas. Dessa forma, entende o autor que o orçamento tem natureza dinâmica e não estática. Por essa razão, é a dinâmica do equilíbrio orçamentário que torna imperativo, necessário e permanente o desequilíbrio financeiro-contábil, “ora pelo lado da despesa (*déficit*), ora pelo lado da receita (*superávit*)”.²⁸⁴

No direito estrangeiro, especialmente no português, destacamos as considerações feitas, a respeito do princípio do equilíbrio orçamental feitas por António Luciano de Sousa Franco, que entende que o equilíbrio orçamental exerce determinados efeitos sobre o equilíbrio geral da economia. O autor faz distinções entre vários tipos de equilíbrio, porém a mais significativa para compararmos ao direito brasileiro é aquela entre equilíbrio formal e equilíbrio substancial. O equilíbrio formal é a mera expressão da igualdade entre as receitas contabilizadas e as despesas previstas ou realizadas; já o equilíbrio substancial expressa a relação interna entre certos tipos de receitas e certos tipos de despesas que permitem julgar os efeitos de cada orçamento para além do seu período de execução.²⁸⁵

²⁸³ HARADA, Hiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 92.

²⁸⁴ BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. São Paulo: Lejus, 1998, p. 217.

²⁸⁵ FRANCO, António Luciano de Souza Franco, op. cit., pp. 708-13.

Aliomar Baleeiro entende que “o problema, na atualidade, é encarado em ângulo bem diverso daquele em que se situam os financistas clássicos: a preocupação não deve residir em equilibrar o orçamento como se este fosse um fim em si mesmo e não simples meio a serviço da prosperidade nacional. Não se trata de equilibrar o orçamento, mas fazer com que este equilibre a economia nacional.”²⁸⁶

4.1.4.1 Diretivas constitucionais para o equilíbrio orçamentário

Para Ricardo Lobo Torres, o equilíbrio orçamentário não somente se funda em questões financeiras, econômicas e jurídicas. Além desses fatores, agrega-se um viés nitidamente ideológico. A Constituição de 1988, em razão do agravamento da crise econômica nacional, passou a recomendar o equilíbrio orçamentário inspirado nas propostas liberais do governo Fernando Henrique Cardoso ao implementar relevantes reformas constitucionais: da educação (EC n. 14/96), a administrativa (EC n. 19/98) e a previdenciária (ECs n. 20/98, n. 41 e n. 42).

A solução para se ter um equilíbrio orçamentário é a conjugação de regras que obstem o endividamento, adotem a transparência orçamentária e imponham o controle de gastos, de acordo com alguns dispositivos constantes na Constituição Federal de 1988, que, pelo princípio do equilíbrio econômico, *sob a reserva do possível*, impôs a necessidade do equilíbrio orçamentário a ser efetivado de acordo com a legislação ordinária, mas não lhe quis atribuir eficácia vinculante, uma vez que permitiu o endividamento, ainda que limitado. A Magna Carta contém inúmeras normas que induzem o equilíbrio orçamentário, muitas delas inspiradas no modelo alemão:

- a) reserva de lei complementar para as gerais sobre a dívida pública externa e interna, sobre a concessão de garantias pelas entidades públicas externa e interna sobre a concessão de garantias pelas entidades públicas e sobre a emissão e resgate de títulos da dívida pública (art. 163, II, III e IV);

²⁸⁶ BALEEIRO, Aliomar. *Introdução à ciência das finanças*. 2 ed. Rio de Janeiro: [s.e.], 1958, p. 734.

- b) proibição do Banco Central em conceder empréstimos ao Tesouro (art. 164, § 2º);
- c) obrigatoriedade de depósito no Banco Central das disponibilidades de caixa da União (art. 164, § 3º);
- d) unificação dos orçamentos fiscais, das estatais e da seguridade social (art. 165, § 5º);
- e) transparência na concessão de incentivos e nas renúncias de receita (art. 165, § 6º);
- f) inclusão na lei orçamentária de autorização para a contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita (art. 165, § 8º);
- g) reserva de lei complementar para estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta, bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos (art. 165, § 9º, II);
- h) vedação de início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual (art. 167, I);
- i) proibição de realização de despesas ou assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais (art. 167, II);
- j) proibição de utilização de recursos dos orçamentos fiscal e da seguridade social para suprir necessidade ou cobrir déficit de empresas, fundações e fundos (art. 167, § VIII), o que modifica a prática constitucional anterior, que abusou desse expediente, aumentando o endividamento;
- k) vedação de transferência voluntária de recursos e a concessão de empréstimos, inclusive por antecipação de receita, pelos governos federal e estaduais e suas instituições financeiras, para pagamento de despesas com pessoal ativo, inativo e pensionista, dos estados, do distrito federal e dos municípios (art. 167, X, acrescentado pela EC n. 19/98);
- l) limitação das despesas com pessoal ativo e inativo da União, dos estados, do distrito federal e dos municípios, que não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar (art. 169, na redação da EC n. 19/98);
- m) a despesa suscetível de limitação abrange qualquer gasto com pessoal, seja a título de vencimentos e salários, seja sob a forma de gratificações, ajudas de custo ou indenizações;
- n) a Lei de Responsabilidade Fiscal revogou a LC n. 96/99 e passou a disciplinar os limites das despesas com pessoal, na forma da art. 169 da CF, estabelecendo no art. 19 que as despesas totais com pessoal não podem exceder: I – no caso da União: 50% da receita corrente líquida federal; II – no caso dos estados e do distrito federal: 60% da receita corrente líquida estadual; III – no caso dos municípios: 60% da receita corrente líquida municipal. A LRF prevê, ainda no art. 22, que sempre que as despesas com pessoal da União, dos estados, do distrito federal e dos municípios estiverem acima dos limites fixados no art. 19, acima referidos, ficam vedados: a concessão de vantagem ou aumento de remuneração, a qualquer título; a criação de cargo, emprego e função ou alteração de estrutura de carreira; novas admissões ou contratações de pessoal, a qualquer título, ressalvada a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança;
- o) a Constituição prescreve, ainda, no art. 169, § 1º, que a concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas: I – se houver prévia dotação orçamentária suficiente para tender às projeções de despesas de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes; II – se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentária, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista;

p) redução de pelo menos 20% das despesas com cargos em comissão e funções de confiança, a exoneração de servidores não-estáveis e, em casos previstos em lei, a perda do cargo pelo servidor estável (§§ 3º e 4º). A providência do art. 169 da CF, que visa precipuamente a impedir a edição de leis de pessoal que impliquem aumento do gasto sem prévia garantia de cobertura por dotação orçamentária ou previsão nos planos financeiros, tem sido adotada em outros países, pela legislação infraconstitucional, no esforço para a obtenção do equilíbrio orçamentário.²⁸⁷

A Lei Complementar n. 101/2000, que regulamentou os artigos 163 e 169, estabeleceu diretrizes para o equilíbrio das finanças públicas, conforme se verifica nos seguintes dispositivos:

Art. 1º – Omissis:

§ 1º: A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar **o equilíbrio das contas públicas**, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em restos a pagar.

Art. 4º – A lei de diretrizes orçamentárias atenderá o disposto no § 2º do art. 165 da Constituição e:

I – disporá também sobre:

a) equilíbrio entre receitas e despesas (grifo nosso);

4.1.5 O plano plurianual

O planejamento de programas e metas para um período longo de tempo se dá mediante a adoção de um plano plurianual que se encaixa num planejamento conjuntural que visa a atingir o desenvolvimento econômico, do equilíbrio entre as diversas regiões do país e da estabilidade econômica. Porém, como houve um enfraquecimento da função econômica do orçamento e da política desenvolvimentista custeada por ingressos públicos, a contrapartida foi o enfraquecimento da utilização do plano plurianual. Porém, assiste-nos últimos anos um novo interesse pelo plano plurianual no Brasil em função da influência dos países-membros da Organização Econômica e Comercialização para o Desenvolvimento (OECD).

²⁸⁷ TORRES, Ricardo Lobo, op. cit., pp-238-90.

No plano plurianual, algumas rubricas são importantes de destacar: a) despesas de capital; b) despesas de custeio; c) despesas decorrentes dos programas de duração continuada. Destaque-se que a lei complementar referida no artigo 165, § 9º, regulamentará o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual. Entretanto, até que sobrevenha a legislação complementar, incidirá a regra do artigo 35, § 2º, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.²⁸⁸ É importante destacar que o presidente tem um verdadeiro poder discricionário quanto ao plano plurianual, pois “a Constituição não fixa prazo para o plano e deixa ao presidente, no primeiro ano de seu mandato, a incumbência de remeter o projeto de lei estabelecendo as normas básicas para o período de seu governo”.²⁸⁹

A despeito de inexistir a lei prevista no parágrafo artigo § 9º do artigo 165 da Constituição Federal, entende Regis Fernandes de Oliveira que a Lei n. 4.320/1964 foi recepcionada pela Constituição Federal e tem o poder de normatizar a matéria.²⁹⁰ Em relação ao orçamento, a referida lei estatui: a) discriminação de receitas e despesas para evidenciar a política econômico-financeira e o programa de trabalho do governo; b) obedecer aos princípios da unidade, universalidade e anualidade conforme se destaca dos artigos 2º, 3º e 4º do referido diploma legal:

Art. 2º – A Lei do Orçamento conterà a discriminação da receita e despesa de forma a evidenciar a política econômica financeira e o programa de trabalho do governo, obedecidos os princípios de unidade, universalidade e anualidade.

§ 1º: Integrarão a Lei de Orçamento:

I – Sumário geral da receita por fontes e da despesa por funções do governo;

²⁸⁸ “Art. 32, § 2º: Até a entrada em vigor da lei complementar a que se refere o artigo 165, § 9º, I e II, serão obedecidas as seguintes normas: I – o projeto do plano plurianual, para vigência até o final do primeiro exercício financeiro do mandato presidencial subsequente, será encaminhado até quatro meses antes do encerramento do primeiro exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa; II – o projeto de lei de diretrizes orçamentárias será encaminhado até oito meses e meio antes do encerramento do exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento do primeiro período da sessão legislativa; III – o projeto de lei orçamentária da União será encaminhado até quatro meses antes do encerramento do exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa.”

²⁸⁹ TORRES, Ricardo Lobo, op. cit., pp. 61-2.

²⁹⁰ OLIVEIRA, Regis Fernandes de, op. cit., p. 355.

II – Quadro demonstrativo da Receita e Despesa segundo as Categorias Econômicas, na forma do Anexo n. 1;

III – Quadro discriminativo da receita por fontes e respectiva legislação;

IV – Quadro das dotações por órgãos do governo e da administração.

§ 2º: Acompanharão a Lei de Orçamento:

I – Quadros demonstrativos da receita e planos de aplicação dos fundos especiais;

II – Quadros demonstrativos da despesa, na forma dos Anexos n. 6 a 9;

III – Quadro demonstrativo do programa anual de trabalho do governo, em termos de realização de obras e de prestação de serviços.

Art. 3º – A Lei de Orçamentos compreenderá todas as receitas, inclusive as de operações de crédito autorizadas em lei.

Art. 4º – A Lei de Orçamento compreenderá todas as despesas próprias dos órgãos do governo e da administração centralizada, ou que, por intermédio deles, devam-se realizar, observado o disposto no artigo 2º.

4.1.6 A Lei de Diretrizes Orçamentárias

A Lei de Diretrizes Orçamentárias compreende as metas e prioridades da administração pública federal e conterá as seguintes características: a) despesas do capital para o exercício financeiro subsequente; b) orientação para elaboração da lei orçamentária anual; c) disposição sobre as alterações na legislação tributária; d) estabelecimento da política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

Porém, a lei de diretrizes orçamentárias, a exemplo do próprio orçamento anual, tem natureza *formal*. Não é cogente nem vinculante. Serve, tão-somente, de mera orientação e visa à feitura do orçamento anual e deve ser elaborada no primeiro semestre (art. 35 II, do Ato das Disposições Transitórias). Por conseguinte, não cria direitos subjetivos para terceiros nem tem eficácia fora da relação entre os poderes do Estado. De igual maneira que o plano plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias não tem o poder de vincular o Congresso Nacional quanto à elaboração da lei orçamentária, “nem obriga, se contiver dispositivos sobre alterações da lei tributária, a alterá-la efetivamente, nem o impede, em caso contrário, de instituir novas incidências fiscais, que isso significaria o retorno da reserva de iniciativa das leis que criam tributos ao Poder Executivo e conflitaria com o princípio da anterioridade definido no artigo

150, III”²⁹¹. Destarte, não sendo lei no sentido material, não há revogação nem retirada da eficácia das leis tributárias ou das que concedem incentivos. A lei de diretrizes é, “em suma, um plano prévio, fundado em considerações econômicas e sociais, para a ulterior elaboração da proposta orçamentária do Executivo, do Legislativo (arts. 51, IV e 52, XIII), do judiciário (art. 99, § 1º) e do Ministério Público (art. 127, § 3º)”.²⁹²

4.1.7 A lei orçamentária anual

A lei orçamentária anual compreende três espécies de orçamento: a) o orçamento fiscal; b) o orçamento de investimentos das empresas estatais; c) e o orçamento da Seguridade Social. A sistemática desses modelos de orçamento está prevista na Constituição Federal, nos artigos 165 e 167, em que há princípios gerais orçamentários, quais sejam: anualidade, unidade, universalidade, equidade entre as regiões e exclusividade. O artigo 165 prescreve que o orçamento fiscal da União, o orçamento de investimento das empresas estatais e o orçamento da Seguridade Social estão subordinados ao princípio da unidade,²⁹³ que é a integração finalística e a harmônica entre os diversos orçamentos. Porém, a unicidade orçamentária não afeta a autonomia dos outros entes federativos, que terão os seus orçamentos autônomos, em respeito ao princípio federativo.

Na Constituição de 1988 há a integração na mesma lei dos orçamentos fiscal, da seguridade e dos investimentos das estatais, o que permite “o controle da utilização de recursos do orçamento fiscal e da Seguridade Social para suprir necessidade ou cobrir déficit

²⁹¹ TORRES, Ricardo Lobo, op. cit., pp. 66-72.

²⁹² TORRES, Ricardo Lobo, op. cit., pp. 66-72.

²⁹³ A Constituição brasileira de 1946 prescrevia no artigo 73 que “o orçamento é uno, incorporando-se à receita, obrigatoriamente, todas as rendas e suprimentos de fundo, incluindo-se discriminadamente na despesa as dotações necessárias ao custeio de todos os serviços públicos”.

de empresas, fundações e fundos (art. 167, VIII, CF); mas teve a desvantagem de confundir as fontes de financiamento da Seguridade Social com as do tesouro público”.²⁹⁴

A Lei Complementar n. 101/2000 estabelece critérios para a feitura do orçamento anual:

Art. 5º – O projeto de lei orçamentária anual, elaborado de forma compatível com o plano plurianual, com a lei de diretrizes orçamentárias e com as normas desta Lei Complementar:

I – conterá, em anexo, demonstrativo da compatibilidade da programação dos orçamentos com os objetivos e metas constantes do documento de que trata o § 1º do art. 4º;

II – será acompanhado do documento a que se refere o § 6º do art. 165 da Constituição, bem como das medidas de compensação a renúncias de receita e ao aumento de despesas obrigatórias de caráter continuado;

III – conterá reserva de contingência, cuja forma de utilização e montante, definida com base na receita corrente líquida, será estabelecida na lei de diretrizes orçamentárias, destinada ao:

a) (VETADO)

b) atendimento de passivos contingentes e outros riscos e eventos fiscais imprevistos.

A seguir, passo a dissertar sobre os três modelos de orçamento, dando prioridade ao orçamento da Seguridade Social, que faz parte do núcleo central do objeto desta dissertação.

4.2 O orçamento da Seguridade Social

O orçamento fiscal engloba (art. 165, § 5º, I) os poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público. As normas complementares estão regulamentadas pela Lei n. 4.320/64 e nas leis de diretrizes orçamentárias anuais. O orçamento de investimento das empresas controladas direta ou indiretamente pela União visa a obstar transferências de recursos do Tesouro, bem como as emissões de inflacionárias, para suprir as deficiências das gestões das referidas empresas.

²⁹⁴ TORRES, Ricardo Lobo, op. cit., pp. 73-4.

O orçamento da Seguridade Social foi criado pela Constituição de 1988 e está integrado na lei orçamentária anual, segundo o princípio da unidade que abrange (art. 165, III) todas as entidades e órgãos da administração direta ou indireta e os fundos e fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público. A complementação que regulamenta o dispositivo constitucional são as LDO anuais, na ausência de uma lei complementar sobre o orçamento.

De acordo com a que a LDO para 2006 (Lei n. 11.439, de 29/12/2006), o orçamento da Seguridade Social compreende as seguintes rubricas:

Art. 57 – O orçamento da Seguridade Social compreenderá as dotações destinadas a atender às ações de saúde, previdência e assistência social, obedecerá ao disposto nos arts. 167, inciso XI, 194, 195, 196, 199, 200, 201, 203, 204, e 212, § 4º, da Constituição, e contará, entre outros, com recursos provenientes:

I – das contribuições sociais previstas na Constituição, exceto a que trata o art. 212, § 5º, e as destinadas por lei às despesas do orçamento fiscal;

II – da contribuição para o plano de Seguridade Social do servidor, que será utilizada para despesas com encargos previdenciários da União;

III – do orçamento fiscal; e

IV – das demais receitas, inclusive próprias e vinculadas, de órgãos, fundos e entidades, cujas despesas integram, exclusivamente, o orçamento referido no caput. (grifos nossos)

O artigo 58 dispõe, por sua vez, sobre os recursos orçamentários necessários ao atendimento do reajustamento dos benefícios da Seguridade Social:

Art. 58 – O orçamento da União incluirá os recursos necessários ao atendimento:

I – do reajuste dos benefícios da Seguridade Social de forma a possibilitar o atendimento do disposto no art. 7º, inciso IV, da Constituição, garantindo-se aumento real do salário mínimo em percentual equivalente ao crescimento real do PIB per capita em 2006; e

II – da aplicação mínima em ações e serviços públicos de saúde, em cumprimento ao disposto na Emenda Constitucional n. 29, de 13 de setembro de 2000. (grifos nossos)

O artigo 60 regula o fluxo dos ingressos necessários ao equilíbrio orçamentário:

Art. 60 – Será divulgado, a partir do 1º bimestre de 2007, junto com o relatório resumido da execução orçamentária, a que se refere o art. 165, § 3º, da Constituição, demonstrativo das receitas e despesas destinadas à Seguridade Social, na forma do art. 52 da Lei Complementar n. 101, de 2000, do qual constará nota explicativa com memória de cálculo das receitas desvinculadas por força de dispositivo constitucional. (grifos nossos)

As fontes de financiamento da Seguridade Social visam a garantir as ações pertinentes à garantia dos direitos fundamentais e são arcadas pela arrecadação oriunda dos impostos em geral, enquanto a Seguridade Social deve se basear nas contribuições parafiscais de empregadores e empregados.

A Seguridade Social passou por inúmeras crises estruturais desde o final da década de 1970, porque houve um desequilíbrio dos gastos públicos com o financiamento dos benefícios sociais, mormente aqueles que garantem a proteção dos desassistidos, sem que houvesse a contrapartida da fonte de custeio, que abrange tanto as despesas com os benefícios previdenciários quanto o financiamento de gastos da saúde. Em contraste, existiu uma escassez das receitas, em razão de “falhas nos cálculos atuariais das contribuições parafiscais e, sobretudo, pela tendência de se imputar à arrecadação dos impostos e das anômalas contribuições sociais (COFINS, CSLL, CPMF, PIS), que, na realidade, caracterizam-se como impostos com destinação especial, o custeio das despesas da seguridade”.²⁹⁵

Um dos fatores que provocaram o desequilíbrio financeiro da Seguridade Social foi a ausência de uma reforma estrutural do sistema em razão de a Constituição Federal de 1988 ter adotado um modelo de proteção extremada, enquanto que em outros países o sistema de seguridade já estava em franco processo de reforma.

O estudo do orçamento da Seguridade Social positivado na Constituição Federal de 1988 partiu de certos equívocos, quais sejam: a) incorreta compreensão da idéia de parafiscalidade; b) o exagerado empenho do texto fundamental em ampliar o *paternalismo estatal* e o fato de ter se evitado a *privatização* de atividades ligadas à proteção dos trabalhadores.

A tese que defende a autonomia de um orçamento próprio para a Seguridade Social tem como objetivo obstar a manipulação do dinheiro dos assalariados para cobrir os rombos

²⁹⁵ Idem, pp. 81-3.

das empresas estatais (art. 167, VIII). Porém, tal perspectiva ensejou grande desvantagem, porque confundiu as atribuições dos órgãos estatais e paraestatais e transferiu os benefícios para a sociedade em geral, por meio de certos ingressos (contribuições sobre o lucro, o faturamento e as movimentações econômicas), o financiamento da saúde pública e da seguridade em geral.²⁹⁶ Mais adiante será abordado, especificamente, o orçamento como fonte de custeio da Seguridade Social.

4.2.1 Despesas orçamentárias da Seguridade Social

Nas despesas com a Seguridade Social, foram inicialmente incluídos os gastos referentes a todas as entidades a ela vinculada, tanto a administração direta quanto a indireta. Dessa forma, não importa qual o órgão dos ministérios ou das entidades da administração indireta, uma vez que haja a prática de ações nas áreas de previdência, assistência e saúde, serão entendidas como unidades orçamentárias. A conclusão é que esse mecanismo subverteu-se à idéia de parafiscalidade, indissociavelmente ligada à de Seguridade Social, “que consiste na destinação de ingressos ao PARAFISCO, e não ao FISCO, isto é, aos órgãos que, não pertencendo ao núcleo da administração do Estado, são *paraestatais*, incumbidos de prestar serviços paralelos através de receitas paraorçamentárias”.²⁹⁷

Ricardo Lobo Torres, entende que quando a Constituição Federal determinou a destinação dos recursos da Seguridade Social aos órgãos estatais e paraestatais, “deixou claro que pretendia unificar dois objetivos perfeitamente diferenciados: a) de um lado, as atividades essenciais do Estado, consistentes na proteção positiva ao mínimo existencial, no combate à miséria e na garantia de ações preventivas na área da saúde pública; b) de outra parte, as atividades não-essenciais e delegáveis à iniciativa privada, quais sejam, a Previdência Social em favor dos trabalhadores, as prestações de saúde curativa e a assistência

²⁹⁶ Idem, pp. 84-6.

²⁹⁷ Idem, p. 87.

social aos pobres (e não aos miseráveis)”. A sistemática constitucional ensejou uma estrutura débil porque ampliou os limites do Estado Providencial e confundiu o Fisco com o Parafisco.²⁹⁸

4.2.2 Receita orçamentária da Seguridade Social

No que tange às receitas houve, também, uma inversão de valores contaminada pela técnica gerada pelas despesas anteriormente descritas. As despesas essenciais que deveriam ser cobertas, como ocorre em quase todos os países, isto é, as transferências do orçamento fiscal custeadas pelas receitas provenientes de toda a sociedade pelos impostos “têm por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte” (art. 16 do CTN). As despesas não-essenciais, por seu turno, “deveriam ter como fonte de financiamento as contribuições sociais, de natureza parafiscal, que são ingressos contraprestacionais pagos pelos que participam do grupo da sociedade em favor do qual o Estado entrega benefícios especiais (trabalhadores e empresas)”²⁹⁹.

Note-se o próprio direito constitucional tributário brasileiro há muito tempo confunde as fontes de financiamento, o que desfigurou o conceito de parafiscalidade – categoria da receita. A parafiscalidade, porém, não se confunde com a fiscalidade, nem as prestações parafiscais se identificam com os tributos, eis que constituiria autêntica *contradictio in terminis* falar em “tributos paratributários” ou em “fiscalidade parafiscal”: o que é paratributário não pode ser ao mesmo tempo parafiscal.

²⁹⁸ Ibidem.

²⁹⁹ Ibidem

4.3 Princípios informadores do custeio da Seguridade Social

A Constituição Federal impõe, na organização da Seguridade Social, como objetivos, os princípios da eqüidade na forma de participação do custeio (inciso V) e a diversidade da base de financiamento (inciso VI), uma vez que inserem no texto constitucional o critério de isonomia entre tipos diferentes de contribuintes, que deverá ser o redutor das desigualdades sociais, e o critério de elaboração de novas fontes de custeio, bem como a seguridade será financiada por toda sociedade;³⁰⁰ caso haja necessidade de expansão do sistema protetivo, servirá como vetor para manter o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema de Seguridade Social introduzido pela Emenda Constitucional n. 20/98, nos artigos 195 e 201 da CF de 1988.

A eqüidade na forma de participação no custeio é o reflexo do princípio da solidariedade que se constitui postulado fundamental da Seguridade Social. Ademais, o artigo 195 *caput* e § 5º, da Constituição Federal³⁰¹ demonstra a relação solidária que deve existir na base de custeio da Seguridade Social, ou seja, a aplicação do princípio da contrapartida. Também, o princípio da igualdade, disposto no artigo 5º da referida Carta, expressa, claramente, mediante o princípio da universalidade da cobertura e do atendimento, preceito contido no inciso I, parágrafo único, do artigo 194 da Constituição Federal, ao dispor que

³⁰⁰ CF: “Art. 195 – A Seguridade Social será financiada **por toda sociedade**, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos estados, do distrito federal e dos municípios, e das seguintes contribuições sociais: [...]” (grifo nosso).

³⁰¹ Art. 195 – “A Seguridade Social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos estados, do distrito federal e dos municípios, e das seguintes contribuições sociais: I – do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998) a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998) b) a receita ou o faturamento; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998); c) o lucro (Incluído pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998); II – do trabalhador e dos demais segurados da Previdência Social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo Regime Geral de Previdência Social de que trata o artigo 201; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998) III – sobre a receita de concursos de prognósticos; IV – do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar (Incluído pela Emenda Constitucional n. 42, de 19/12/2003); [...] § 5º – Nenhum benefício ou serviço da Seguridade Social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”.

igual risco deve corresponder à idêntica proteção jurídica. As diferenças existentes entre os regimes jurídicos previdenciários devem ser eliminadas a fim de que se cumpra a determinação constitucional da universalidade na cobertura e no atendimento.³⁰² Ademais, o princípio da equidade no custeio se relaciona com o princípio da capacidade econômica do contribuinte, insculpido no artigo 145, § 1º, da Constituição Federal.³⁰³ Note-se que o artigo 172, inciso IV, do Código Tributário Nacional (CNT) refere-se à equidade ao levar em consideração “características pessoais ou materiais do caso”.³⁰⁴

Acresça-se, ainda, as observações feitas por Uendel Domingos Ugatti:³⁰⁵

O princípio da equidade no custeio da Seguridade Social não se limita tão-somente à observância do princípio tributário da capacidade tributiva do sujeito passivo da obrigação tributária, visto que a equidade corresponde à busca de justiça no custeio da Seguridade Social, privilegiando o primado do trabalho, do bem-estar e da justiça social.

E, continua:

O princípio da equidade na forma da participação e do custeio possui um plus especializante em face do princípio da capacidade contributiva, obrigando o legislador ordinário, no exercício do seu mister, a considerar outros fatores da atividade econômica da empresa – como condições do trabalho, número de trabalhadores, benefícios sociais concedidos pelo tomador aos trabalhadores etc. – quando da instituição das contribuições para o custeio da seguridade social, *verbi gratia*, com a instituição de alíquotas diferenciadas, nos termos do art. 195, § 9º, da Constituição.³⁰⁶

A Emenda Constitucional n. 20/98 alterou o sistema da contribuição tripartite adotado desde a Constituição de 1934 para uma contribuição quatripartite, uma vez que aquela forma

³⁰² BALERA, Wagner. “Sobre reformas e reformas previdenciárias”. *Revista de Direito Social*, n. 12. Porto Alegre: Nota 10, 2003b, p. 17.

³⁰³ Art. 145. “A União, os estados, o distrito federal e os municípios poderão instituir os seguintes tributos: I – [...]. § 1º – Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a **capacidade econômica do contribuinte**, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”.

³⁰⁴ CNT: “Art. 172 – A lei pode autorizar a autoridade administrativa a conceder, por despacho fundamentado, remissão total ou parcial do crédito tributário, atendendo: [...] IV – **a consideração da equidade, em relação com as características pessoais ou materiais do caso**” (grifo nosso).

³⁰⁵ UGATTI, Uendel Domingues. *O princípio constitucional da contrapartida na seguridade social*. São Paulo: LTR, 2003, pp. 107-8.

³⁰⁶ CF: “Art. 195. [...] § 9º – As contribuições sociais previstas no inciso I deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculos diferenciados, em razão da atividade econômica ou utilização intensiva de mão-de-obra”.

de custeio revelou-se insuficiente para financiar a Seguridade Social. Nesse sentido, a alteração significou um progresso para o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema, pois a elaboração de novas fontes de custeio será indispensável para a expansão do sistema de Seguridade Social.

Outro princípio vinculado ao princípio da equidade é o princípio da equidade entre as gerações ou intergeracional, que, segundo a lição de Flávio Martins Rodrigues,³⁰⁷ somente um efetivo pacto intergeracional pode fazer de forma justa um sistema baseado no financiamento de repartição:

Regimes de previdência podem ser custeados, tradicionalmente, de duas formas: pelo regime de repartição simples e pelo regime de capitalização. O princípio modelo é um sistema de custeio em regime de caixa, pelo qual o que se arrecada é imediatamente gasto, sem que haja, obrigatoriamente, um processo de acumulação. Este regime de custeio, também conhecido como pay-as-yougo (PAYG), pressupõe que um grupo de indivíduos mais jovens arcará com os custos da aposentadoria dos mais velhos, e os mais jovens acreditam que o mesmo será feito ao se tornarem idosos, montando-se aí o que se denominou “pacto entre gerações”, de forma que a geração anterior custeia os benefícios previdenciários da seguinte.

Para Ricardo Lobo Torres,³⁰⁸ a equidade entre as gerações significa que os empréstimos públicos e as despesas governamentais não devem sobrecarregar as gerações futuras, cabendo à própria geração que delas se beneficia arcar com o ônus respectivo:

[...] O problema da equidade entre gerações ganhou novo colorido nas últimas décadas, aqui e alhures, principalmente na área da Seguridade Social. É que com o alongamento da expectativa de vida (no Brasil, passou de 58 anos em 1978 para 65 anos em 1989, e 68 anos em 1998) e o decréscimo dos índices de natalidade, houve o desequilíbrio no sistema de repartição no financiamento da previdência, posto que cada vez é menor o número de contribuintes e maior o de beneficiários e aposentados. Há, sem dúvida, o sacrifício das gerações intermediárias, que não poderão contar no futuro com o sistema até então vigente, para qual chegaram a contribuir e não terão tempo para aderir às novas regras.

³⁰⁷ RODRIGUES, Flávio Martins. *Fundos de pensão de servidores públicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 10.

³⁰⁸ TORRES, Ricardo, op. cit., vol. V, pp. 241 e ss.

Nesse diapasão, se uma geração deve sustentar, ainda que parcialmente, os benefícios da anterior, isto deve se dar de modo a que possa aquela gozar dos mesmos níveis de proteção social.

4.4 Fontes de financiamento da Seguridade Social

A atuação do poder público na Seguridade Social abrange a saúde, a previdência social e a assistência social. Dessa forma, vários são os órgãos da administração direta ou indireta no âmbito federal, como o Ministério da Saúde, o Ministério da Previdência – por meio do INSS –, o Ministério do Desenvolvimento Social, além dos estados e municípios, de acordo com a Constituição Federal, no caput do artigo 194.³⁰⁹

O constituinte de 1988, ao cuidar de cada uma das áreas da Seguridade Social, evidenciou a necessidade de custeio das ações realizadas na saúde, na previdência e na assistência, ao combinar recursos do orçamento da Seguridade Social com recursos orçamentários dos entes políticos e destacou a relevância do equilíbrio financeiro e atuarial da Previdência Social, haja vista a amplitude das ações do poder público que depende de fontes de custeio. No entanto, a exigência de fonte de custeio como pressuposto para criação e majoração de benefícios (art. 195, § 5º, da CF) não implica, necessariamente, a criação de novas contribuições, basta que as já existentes apresentem superávit que suporte as coberturas e serviços existentes.

No mesmo raciocínio, ensina o professor Wagner Balera³¹⁰ “que nenhum dispositivo legal condicional o pagamento dos benefícios à existência de recursos orçamentários”. Ao contrário, o parágrafo único do artigo 16 da Lei n. 8.212/91 é taxativo: “A União é

³⁰⁹ “Art. 194 – A Seguridade Social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e assistência social.”

³¹⁰ BALERA, Wagner. *Curso de direito previdenciário*, op. cit., 2002, p. 32.

responsável pela cobertura de eventuais insuficiências financeiras decorrentes do pagamento dos benefícios de prestação continuada da Previdência Social”.

O financiamento da Seguridade Social por toda a sociedade revela o caráter solidário e a relevância social do sistema, pois pessoas físicas e jurídicas custeiam a Seguridade Social independente de terem ou não relação direta com os destinatários dos benefícios e serviços.

Saliente-se, porém, que há diferenças no custeio da saúde, da assistência e da previdência, pois as ações e serviços da saúde não demandam contrapartida por parte dos usuários, conforme o disposto no artigo 196³¹¹ da Constituição Federal, nem os serviços e benefícios assistenciais, que, por determinação expressa do artigo 203³¹² da Carta Magna, são gratuitos, prestados a quem necessitar, independente de contribuição. A Previdência Social, no entanto, e, de acordo com o artigo 201³¹³ da Constituição Federal, determina filiação obrigatória do segurado e a contribuição compulsória; portanto, nesse caso, aplica-se o princípio da contrapartida expresso no § 5º do artigo 195³¹⁴ da CF.

4.4.1 Orçamento da Seguridade Social

A Seguridade Social conta com orçamento próprio, que não se confunde com o orçamento fiscal. Assim, estabelece o § 5º do artigo 165 da Constituição Federal:

§ 5º: A lei orçamentária anual compreenderá:
 I – o orçamento fiscal...
 II – o orçamento de investimento das empresas...
 III – o orçamento da Seguridade Social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações, instituições e mantidos pelo Poder Público.
 [...]

³¹¹ “Art. 196 – A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido diante de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

³¹² “Art. 203 – A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independente de contribuição à Seguridade Social [...]”

³¹³ “Art. 201 – A Previdência Social será organizada sob forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória [...]”

³¹⁴ “Art. 195 – [...] § 5º: Nenhum benefício ou serviço da Seguridade Social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio.”

O orçamento da seguridade é composto por receitas provenientes de recursos orçamentários dos entes políticos e por contribuições específicas. A Lei n. 8.212/91 também dispõe a respeito no artigo 11, *in verbis*:

Art. 11 – No âmbito federal, o orçamento da Seguridade Social é composto das seguintes receitas:
 I – receita da União;
 II – receitas das contribuições sociais;
 III – receitas de outras fontes;
 Parágrafo único: Constituem contribuições sociais:
 a) as das empresas, incidente sobre a remuneração paga ou creditada aos segurados a seu serviço;
 b) as dos empregadores domésticos;
 c) as dos trabalhadores, incidentes sobre o seu salário-de-contribuição;
 d) as das empresas sobre faturamento e lucro;
 e) as incidentes sobre a receita de consumo de prognósticos.

Note-se que o artigo 11 da Lei n. 8.212/91 não foi alterado após a publicação da Emenda Constitucional n. 42/2003, que acrescentou a contribuição dos importadores no inciso IV do artigo 195³¹⁵ da Carta Magna, e que foi regulamentada pela Lei n. 10.865/04, que dispõe sobre a Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social incidentes sobre a importação de bens e serviços e dá outras providências.

Observa-se, assim, a aplicação do princípio constitucional da diversidade na base de financiamento, pois sendo os recursos orçamentários dos entes políticos advindos do impostos, o custeio da seguridade dá-se mediante imposições tributárias, algumas não vinculadas³¹⁶ (impostos), previamente, à finalidade específica, enquanto outras são instituídas

³¹⁵ “Art. 194 – [...] IV – do importado de bens e serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.”

³¹⁶ A Constituição veda a prévia vinculação dos impostos a órgão ou fundo de despesa. Mas, para o custeio da saúde, impõe aplicação de percentual do produto de arrecadação de impostos, conforme disposto no artigo 167, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 42/2003: “**Art. 167** – São vedados:... IV – a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, **ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a se referem os artigos 158 e 159, a destinação de recursos para ações e serviços públicos de saúde**, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, **como determinado, respectivamente, pelos artigos 198, § 2º, 212, e 37, XXII**, e a prestação de garantias às

com finalidade específica, o que justifica a sua cobrança, dando-lhe suporte constitucional (contribuições sociais de Seguridade Social).

4.4.2 Financiamento direto e indireto

O artigo 195 da Lei Maior, regulamentado pelo artigo 10³¹⁷ da Lei n. 8.212/91, prevê, ademais, o financiamento direto e indireto da Seguridade Social:

Art. 195 – A Seguridade Social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos estados, do distrito federal e dos municípios, e das seguintes contribuições sociais.

O financiamento direto ocorre mediante o pagamento, pelas pessoas físicas e jurídicas, das contribuições instituídas por lei como fontes principais, especificamente para o custeio da Seguridade Social, cobradas dos empregadores e empresas, dos trabalhadores,³¹⁸ dos importadores e também a incidente sobre os concursos de prognósticos.³¹⁹

operações de crédito por antecipação de receita, prevista no artigo 165, § 8º, bem como disposto no § 4º deste artigo” (grifo nosso).

³¹⁷ “Art. 10 – A Seguridade Social será financiada por toda sociedade de forma direta e indireta, nos termos do artigo 195 da Constituição Federal e desta lei, mediante recursos provenientes da União, dos estados, do distrito federal, dos municípios e de contribuições sociais.”

³¹⁸ Todas as alíquotas de contribuição devidas ao empregador estão previstas no inciso I do artigo 22 da Lei n. 8.212/91. O inciso incide uma alíquota de 20% sobre o valor total da mão-de-obra prestada ao empregador e sobre esta mesma base de cálculo incidem as alíquotas que irão financiar os benefícios de aposentadorias especiais prevista nos artigos 57 e 58 da Lei n. 8.213/91. Existem, ainda, alguns empregadores que sofrem um acréscimo de 2,5% sobre a alíquota de 20% (vinte por cento), conforme dispõe o § 1º do artigo 23, da Lei n. 8.212/91: são as instituições financeiras e as entidades de previdência privada. A alíquota do empregador doméstico é de 12% sobre o salário-de-contribuição pago aos trabalhadores domésticos. Pode ser que a empresa venha a pagar uma contribuição adicional, conforme determina o § 4º do artigo 239 da Constituição Federal e, ainda, existem alíquotas diferenciadas para determinados estabelecimentos entre setores econômicos, conforme § 9 do artigo 195. A contribuição dos trabalhadores está prevista no inciso II do artigo 195 da CF e no artigo 20 da Lei n. 8.212/91; as alíquotas destinadas aos trabalhadores empregados variam entre 7,65% a 11% e tem como base de cálculo o salário de contribuição definido no inciso I do art. 28 da Lei 8.212/91 que considera salário-contribuição “todas as verbas que integram a remuneração do obreiro, inclusive certos ganhos habituais que se expressam sobre a forma de utilidades”. Os segurados especiais contribuem com 2,01% sobre a receita bruta comercializada, o contribuinte individual e o segurado facultativo com 20% sobre a remuneração recebida (Cf. BALERA, Wagner. *Curso de direito previdenciário*, op. cit., pp. 53-4).

³¹⁹ “Art. 195 – [...] III – sobre as receitas de concursos prognósticos.” Acresça-se a definição e comentários do professor Balera a respeito da expressão concursos prognósticos: “Essa expressão, *concurso prognósticos*, designou, originalmente, a *loto*, espécie de loteria que foi instituída pela lei n. 6.717, de 12 de novembro de 1977 [...]. Com efeito, os concursos prognósticos são modalidades de jogo ou de apostas que a legislação brasileira só admite sejam exploradas sob certas condições. [...] É o que ficou concretizado no artigo 26 da Lei n. 8.212/91”.

O financiamento indireto faz-se mediante os recursos orçamentários dos entes políticos provenientes dos impostos. De fato, como a Seguridade Social se apresenta como uma das principais atuações do Poder Público na área social (inaugura o Título “Da Ordem Social”), há recursos provenientes de impostos que, mediante as leis orçamentárias, são destinados ao fim da Seguridade Social.

O caput do artigo 16 da Lei n. 8.212/91 trata, expressamente, da participação da União no custeio da seguridade ao instituir que “a contribuição da União é constituída de recursos adicionais de orçamento fiscal, fixados obrigatoriamente na lei orçamentária anual”. O artigo 11 da mesma lei, ressalta-se, dispõe, inequivocamente, que “no âmbito federal, o orçamento da Seguridade Social é composto das seguintes receitas: I – receitas da União; II – receitas das contribuições sociais; III – receitas de outras fontes [...]”. Ou seja, o texto da Lei n. 8.212/91 deixa claro que a União terá de verter recursos para a seguridade que não se confundem com os recursos atinentes às contribuições dos empregadores.

Entretanto, o artigo 17 da mesma lei, pela leitura dos artigos 16 a 19, determina que a União utilize os recursos da Seguridade Social atinentes às contribuições sobre o faturamento/receita e sobre o lucro³²⁰ para o pagamento dos seus encargos previdenciários, assim entendidos os benefícios que ela tem de manter e que desbordam do Regime Geral de Previdência Social.

Havendo necessidade da criação de novas fontes de custeio, além das contribuições existentes e das receitas orçamentárias, a Constituição Federal exige lei complementar. É a

³²⁰ A Lei Complementar n. 7, de 7 de setembro de 1970, trata da contribuição do Programa de Integração Social (PIS), que foi mantida pelo artigo 239 da Carta Magna, e está a financiar o seguro-desemprego. A Lei Complementar n. 70, de 30 de dezembro de 1991, criou a contribuição para o financiamento da Seguridade Social, que, no artigo 2º, define “faturamento mensal como a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza”. A alíquota dessa contribuição social é de 3% (três por cento) sobre o faturamento mensal de acordo com a redação atual do inciso I do artigo 23 da Lei n. 8.212/91. A alíquota da contribuição cobrada sobre o lucro é de 9% (nove por cento), redação atual do inciso II do artigo 23 da Lei n. 8.212/91.

interpretação dada ao § 4º do artigo 195, combinado com o inciso I do artigo 154 da CF.³²¹ Por conseguinte, foi criada a Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF). As verbas arrecadadas com essa contribuição, conforme a Emenda Constitucional n. 12/96, serão destinadas ao Fundo Nacional de Saúde e os aumentos de alíquota desse tributo previstos na Emenda Constitucional n. 21/99 financiarão a Previdência Social.

4.4.3 Responsabilidade subsidiária da União

O parágrafo único do artigo 16 da Lei n. 8.212/91 prevê de modo inequívoco a responsabilidade da União “pela cobertura de eventuais insuficiências financeiras da Seguridade Social quando decorrentes do pagamento de benefícios de prestação continuada da Previdência Social, na forma da Lei Orçamentária Anual”:

Art. 16 – A contribuição da União é constituída de recursos adicionais e do orçamento fiscal, fixados obrigatoriamente na lei orçamentária anual;
Parágrafo único. A União é responsável pela cobertura de eventuais insuficiências financeiras da Seguridade Social, quando decorrentes do pagamento de benefícios de prestação continuada da Previdência Social, na forma da Lei Orçamentária Anual.

Nesse sentido, a União não apenas contribui para o orçamento da Seguridade Social no âmbito federal, ao lado das pessoas físicas e jurídicas indicadas para o pólo passivo de contribuição com tal finalidade, como também garante o pagamento de benefícios previdenciários na hipótese de eventual déficit.

³²¹ “Art. 195 – [...] § 4º – A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da Seguridade Social, obedecido ao disposto no artigo 154, I.”

“Art. 154 – [...] I – mediante lei complementar, impostos não revistos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição.”

4.5 Princípio do equilíbrio financeiro e atuarial

Com o advento da Emenda Constitucional n. 20/98, passou a figurar no artigo 201, *caput*, da Constituição Federal de 1988 e, no artigo 40, *caput*, com a nova redação dada pela Emenda Constitucional n. 41/2003, de forma explícita, o princípio da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial, ao exigir a observância dos critérios utilizados para que os regimes de Previdência Social, diante do caráter contributivo, denotem uma previsão para que o sustento financeiro dos regimes seja mantido no interior do próprio sistema. No entanto, para que este equilíbrio ocorra, faz-se necessário orientar-se por critérios contábeis (financeiro e atuarial) que preservem o equilíbrio, ou seja, não promovam grandes desproporções entre receitas e despesas.

É oportuno fazer a distinção entre equilíbrio financeiro e equilíbrio atuarial. Equilíbrio financeiro é equilíbrio de curto prazo, relativo à suficiência dos recursos de financiamento para a cobertura dos benefícios previdenciários imediatos. Por seu turno, equilíbrio atuarial é o equilíbrio de longo prazo, significando o grau de cobertura das despesas previdenciárias ao longo do tempo.

O equilíbrio financeiro e atuarial dos regimes de previdência têm por base um número mínimo de contribuintes que possam garantir seu funcionamento e a constante avaliação atuarial, isto porque este número mínimo de segurados permite que os sistemas assumam os riscos dos benefícios já cobertos sem que ocorra o desequilíbrio atuarial.

Ademais, a sobrevivência do sistema previdenciário depende, necessariamente, de um equilíbrio entre despesas (benefícios concedidos e prestação a serem pagas) e receitas (contribuições sociais). Este equilíbrio, por sua vez, deve ser observado pelo legislador quando faz novas leis. O legislador, informado dos critérios orçamentários disponíveis, bem como das perspectivas de incremento de receita e da impossibilidade constitucional de futura

redução dos benefícios já concedidos, poderá visualizar as necessidades sociais que precisam ser melhor atendidas, presumindo os parâmetros de sobrevivência do sistema.

Nesse sentido, o equilíbrio financeiro é alcançado quando o que se arrecada com as contribuições é suficiente para manter os benefícios assegurados. A previsão das despesas com benefícios sob a perspectiva do direito financeiro, isto é, por meio do orçamento da Seguridade Social, é anual, como dispõe o artigo 165, § 5º, da Constituição Federal; portanto devem as receitas arrecadadas serem suficientes para cobrir as despesas fixadas.³²² Acresça-se que o equilíbrio financeiro pode ser obtido com a adequação dos regimes previdenciários a uma das formas de financiamento da previdência, resumidas no regime de repartição simples, de capitalização ou de capitalização de capital de cobertura.

O equilíbrio atuarial leva em conta variáveis que vão determinar o valor da contribuição para tornar o sistema viável em uma perspectiva em longo prazo. Entre essas variáveis há: expectativa de vida, número de contribuintes, nível de crescimento econômico do país, dentre outras.³²³

O princípio do equilíbrio financeiro e atuarial tornou-se uma questão tão relevante para a sobrevivência dos sistemas previdenciários que, além de ter adquirido *status* constitucional, vários dispositivos legais adotam a sua obrigatoriedade. A Lei n. 9.717/1998 determina em seu artigo 1º:

Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos estados, do distrito federal e dos municípios, dos militares do estado e do distrito federal, deverão ser organizados, baseados em normas gerais de contabilidade e atuaria, de modo a garantir seu equilíbrio financeiro e atuarial, observados os seguintes critérios.

Estabelece ainda o inciso I do mesmo artigo a avaliação atuarial para implantação de regimes próprios de previdência.

³²² DIAS, Eduardo Rocha & MACEDO, José Leandro Monterito de. *A nova previdência social do servidor público (de acordo com a Emenda Constitucional n. 41/2003)*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, pp. 77-8.

³²³ Idem.

A Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) também trata da matéria ao dispor que deverá estar contida no Anexo de Metas Fiscais da Lei de Diretrizes Orçamentárias (art. 4º, § 2º, IV, “a”) uma avaliação financeira e atuarial dos regimes geral e próprio dos servidores públicos. A inserção desse dispositivo na LRF demonstra a preocupação da lei de gestão fiscal com os sistemas previdenciários e a importância dos planos adequadamente constituídos e atualmente equilibrados para o controle das contas públicas.³²⁴

Vale ressaltar que o princípio em questão é fundamental no interior de um sistema de repartição, em que as contribuições vertidas destinam-se a financiar prestações e estrutura administrativa à medida que são recolhidas, não havendo formação de poupança para o sustento futuro do regime previdenciário. Dessa forma, deve haver um planejamento em relação às fontes da receita e do custo financeiro para manutenção da estrutura operacional de sistema. Há necessidade, ainda, que se verifique o número de beneficiários, valores de benefícios e tempo de sua percepção para que o equilíbrio do sistema seja mantido, sem déficits que devem, no futuro, ser arcados por fontes financeiras externas, ou seja, diretamente pela União.

4.6 Plano de custeio e critérios atuariais

4.6.1 Plano de custeio

O constituinte de 1988 prescreveu, no artigo 59 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que caberia ao legislador ordinário a elaboração de uma lei de organização da Seguridade Social e dos planos de custeio e de benefícios, *in verbis*:

Art. 59, ADCT: Os projetos de lei relativos à organização da Seguridade Social e aos planos de custeio e de benefício serão apresentados no prazo máximo de seis

³²⁴ NÓBREGA, Marcos. “Regimes próprios de Previdência Social e as Emendas Constitucionais n. 41 e n. 47: abrangência, equilíbrio financeiro e atuarial e alíquotas de contribuição”. *Revista de Interesse Público*, n. 36. Porto Alegre: Nota 10, 2006, pp. 149-68.

meses da promulgação da Constituição ao Congresso Nacional. Que terá seis meses para apreciá-los.

Parágrafo único. Aprovados pelo Congresso Nacional, os planos serão implementados progressivamente nos dezoito meses seguintes.

A falta de dados estatísticos, demográficos e atuariais demonstra que a referida Lei n. 8.212/91 não define plano de custeio; outrossim, cria bases de financiamento sem qualquer embasamento técnico, que é essencial para demonstrar as necessidades financeiras e o destino das receitas para aprovação desse plano.³²⁵

Todavia, o artigo 96 da Lei n. 8.212/91 dispõe que:

Art. 96 – O Poder Executivo enviará ao Congresso Nacional, anualmente, acompanhando a proposta orçamentária da Seguridade Social, abrangendo um horizonte temporal de, no mínimo, 20 (vinte) anos, considerando hipóteses alternativas quanto às variáveis demográficas, econômicas e institucionais relevantes.

No entanto, a Lei n. 3.807, de 23 de agosto de 1960, que antecedeu a Lei n. 8.212/91, por meio de seu Regulamento-Decreto n. 72.711, de 1973, definiu plano de custeio como:

O plano de custeio consistirá em um conteúdo de normas e previsões de despesas e receitas estabelecidas com base em avaliações atuariais e destinadas à planificação econômica do regime e seu conseqüente equilíbrio técnico financeiro.³²⁶

Este conceito foi adotado pela Lei n. 109/2001 e está disposto no artigo 18. Nas entidades fechadas, o plano de custeio delimitará, anualmente, as contribuições necessárias ao plano de benefício com a finalidade de constituir reservas, fundos, provisões e despesas relativas ao pagamento dos benefícios e à administração do próprio plano.

Rio Nogueira,³²⁷ lecionando sobre a importância do atuário na elaboração do plano de custeio de uma entidade securitária, ensina:

³²⁵ BALERA, Wagner. *Curso de direito previdenciário*, op. cit., pp. 42-3.

³²⁶ BALERA, op. cit., 2005, pp. 138-9.

³²⁷ NOGUEIRA, Rio. *A crise moral e financeira da previdência social*. São Paulo: Difel, 1985, p. 34. Importante destacar a definição de Domingos Ugatti de ciência atuarial para melhor compreensão do plano de custeio na elaboração dos sistemas de Previdência Social. Para este autor, “a ciência atuarial essencialmente estuda eventos aleatórios – como morte, invalidez, doença, natalidade etc. – e, por meio de conhecimentos matemáticos e estatísticos, procura instituir mecanismos econômicos e financeiros para compensar os inerentes danos sofridos

Ao fixar essas normas, num dado momento inicial (data avaliação), o atuário tem vasto campo para a escolha dos fluxos de receitas a que alude a definição, devendo atender, todavia, a duas condições:

Princípio do equilíbrio financeiro: o valor descontado provável do fluxo constituído pelas receitas deve igualar o valor descontado provável do fluxo das despesas de prestações e o princípio da solvência. O montante capitalizado das receitas previstas para um lapso qualquer, contando a partir da data da implantação, não pode ser inferior ao montante capitalizado das despesas previstas para esse mesmo lapso.

O primeiro princípio (PEF) exprime a equivalência financeira entre os fluxos de receitas e despesas, assegurando, com certeza prática, que os recolhimento constituam fundos garantidores dos pagamentos previstos pra as despesas das prestações. (grifo nosso)

Contudo, em cumprimento ao artigo 59 dos Atos das Disposições Transitórias da Constituição de 1988, o legislador ordinário instituiu o plano de custeio por meio da Lei n. 8.212/91 e o Plano de Benefícios com a Lei n. 8.213/91, sendo importante salientar que, até mesmo por absoluta inexistência de um serviço atuarial no poder público, os referidos planos – como todos as demais contribuições para a Seguridade Social – não respeitaram a regra constitucional da contrapartida “que funciona como limitação constitucional específica ao poder de criar contribuições para a Seguridade Social”.³²⁸

Para Wagner Balera, a importância da regra da contrapartida está associada ao sistema de proteção do Estado, que está vinculado à noção contábil de CAIXA, pois nenhum caixa terá equilíbrio quando as despesas se tornam maiores que a receita. Acrescenta, ainda, o autor, o princípio que denomina de “necessidade absoluta de planejamento” e o define como “instrumento sem o qual o sistema de seguridade não pode cumprir suas finalidades tão importantes”.³²⁹

Por último, é importante lembrar que a Lei n. 3.807/60 criou como órgão de orientação e controle administrativo, no inciso I do artigo 88, o Departamento Nacional da

pelos indivíduos e, conseqüentemente, por toda a sociedade. Dessa forma, é com base em cálculos atuariais que se desenvolvem os planos de saúde, de vida, de seguro, para a iniciativa privada, pois tais cálculos permitem a elaboração dos respectivos planos de custeio e de prestações, de forma a garantir o retorno financeiro para o empresário e a viabilidade de sua atividade econômica” (UGATTI, Uendel Domingues. *O princípio da constitucional da contrapartida na seguridade social*. São Paulo: LTR, 2003, pp. 76-7).

³²⁸ BALERA, Wagner. *A seguridade social na Constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1989, p. 68.

³²⁹ BALERA, Wagner. *Curso de direito previdenciário*, op. cit., pp. 44-5.

Previdência Social (DNPS), o Conselho Superior da Previdência Social (CSPS) e o Serviço Atuarial (S.At.). As atribuições desses órgãos estavam expressas nos artigos 89 a 100 da Lei n. 3.807/60, revogada pela Lei n. 8.212/91.³³⁰ Apesar da importância desses órgãos para a

³³⁰ “Lei n. 3.807/60: [...] Art. 88 – O sistema da Previdência Social, destinado a ministrar aos segurados e a seus dependentes as prestações estabelecidas nesta lei, constitui-se dos seguintes órgãos, sujeitos à orientação e controle do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio: I – órgãos de orientação e controle administrativo ou jurisdicional: a) Departamento Nacional da Previdência Social (DNPS); b) Conselho Superior da Previdência Social (CSPS); c) Serviço Atuarial (SAt). Art. 89 – Ao DNPS, além de outras atribuições previstas nesta lei, compete: I – planejar, orientar e coordenar, em todo território nacional, a administração da Previdência Social, expedindo normas gerais para esse fim e resolvendo as dúvidas que forem suscitadas na aplicação de leis e regulamentos; II – proceder ao registro e análise dos balanços a que se referem os incisos V e VI do artigo 109 e organizar, com a colaboração dos respectivos conselhos fiscais, os processos anuais de tomada de contas das instituições de Previdência Social; III – verificar as contas dos conselhos fiscais das instituições de Previdência Social, organizando os processos anuais de tomada dessas contas; IV – encaminhar ao Tribunal de Contas os processos de tomada de contas, acompanhados de seu parecer; V – administrar o ‘Fundo Comum da Previdência Social’, expedindo as instruções que forem necessárias a eficiente arrecadação da ‘quotas de previdência’ e para a respectiva fiscalização pelos IAP; VI – movimentar a conta do ‘Fundo Comum da Previdência Social’ no Banco do Brasil e efetuar sua distribuição pelas instituições de Previdência Social, na forma prevista nesta lei; VII – expedir normas para o processamento das eleições destinadas à constituição dos conselhos administrativos e fiscais e das juntas de julgamento e revisão das instituições de Previdência Social, promovendo-as nas épocas próprias; VIII – julgar os recursos interpostos pelos presidentes e membros dos CA e CF, e pelos servidores das instituições de, previdência dos atos das respectivas administrações em que forem interessados; IX – inspecionar, permanentemente, as instituições de Previdência Social; X – rever ‘ex-offício’, mediante representação do Ministério Público da Justiça do Trabalho ou dos demais órgãos ou autoridades de controle, ou ainda, por determinação do ministro do Trabalho, Indústria e Comércio os atos e decisões das instituições de Previdência Social e dos conselhos fiscais, que infringirem disposição legal; XI – executar as diligências solicitadas pelo Conselho Superior da Previdência Social e pelos demais órgãos de controle; XII – preparar, em colaboração com o Serviço Atuarial, o ‘Plano de Custeio da Previdência Social’; XIII – aprovar o plano anual de investimentos de cada uma das instituições de Previdência Social, promovendo a respectiva coordenação; XIV – autorizar as aquisições de bens imóveis pelas instituições de Previdência Social, assim como os financiamentos por ela concedidos nos casos e nos limites estabelecidos no regulamento geral desta lei; XV – representar a Previdência Social, em seu conjunto, sempre que houver necessidade de renunciamento ou manifestação de caráter geral a esse respeito; XVI – elaborar e manter, devidamente atualizados, os estudos, informações técnicas e outros elementos relativos à administração da Previdência Social, divulgando-os para conhecimento geral; XVII – promover e coordenar a divulgação sistemática e racional das atividades das instituições de Previdência Social, para orientação dos segurados e das empresas e esclarecimento do público em geral, bem como editar, com a participação daquelas, uma revista técnica; XVIII – autorizar a alienação de bens móveis e imóveis das instituições de Previdência Social, ouvido o respectivo conselho fiscal, no caso e na forma do item XII do artigo 109; XIX – dirimir, no prazo de 30 (trinta) dias, as dúvidas suscitadas no caso de inscrição de empresa de que trata o § 1º do artigo 21; XX – proceder às intervenções e instaurar os inquéritos nos órgãos enumerados no inciso II do artigo 88, dos termos do artigo 133; XXI – aprovar os orçamentos anuais das instituições de Previdência Social, assim como qualquer alteração neles necessária no decorrer do exercício, com parecer prévio do respectivo Conselho Fiscal; XXII – elaborar o orçamento do Fundo Comum da Previdência Social, submetendo-o à aprovação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio; XXIII – movimentar e distribuir o ‘Fundo de Benefícios da Previdência Social’ a que se refere o artigo 142; XXIV – cumprir e fazer cumprir as disposições legais relativas à Previdência Social; Art. 90 – O DNPS será dirigido por um conselho diretor composto de 6 (seis) membros: 2 (dois) nomeados pelo Presidente da República, 2 (dois) representantes dos segurados e 2 (dois) representantes das empresas; todos com mandato de 4 (quatro) anos. § 1º: O conselho diretor (CD) terá um diretor-geral eleito anualmente entre seus membros que o presidirá, com direito ao voto de desempate. § 2º: Assiste a todos os membros do CD, individual ou coletivamente, o direito de exercer fiscalização nos serviços das instituições de Previdência Social, não lhes sendo, todavia, permitido envolver-se na direção ou execução dos mesmos. Art. 91 – Ao diretor-geral compete cumprir e fazer cumprir as deliberações do conselho diretor, bem como dirigir os serviços administrativos do departamento. Parágrafo único: Ao conselho diretor é facultado fazer delegações de competência, expressa e especificadamente, ao diretor-geral ou

construção do plano de custeio, a Lei n. 8.029/90 extinguiu o Conselho Atuarial do Ministério da Previdência Social, que foi substituído pela Comissão Permanente de Estudos Atuariais, instituída pelo artigo 96 da Lei n. 8.212/91, que não está apta a desenvolver as tarefas previstas na Lei n. 3.807/60 e que eram desenvolvidas pelo Conselho Atuarial. Também o

a diretores das divisões do departamento. Art. 92 – Das decisões do diretor-geral do Departamento Nacional da Previdência Social ou do CD caberá recurso, em última e definitiva instância, para o ministro do Trabalho, Indústria e Comércio quando proferida contra-disposição legal. § 1º: Os prazos para a interposição de recursos, improrrogáveis e contados da publicação da decisão no *Diário Oficial* da União, ou da ciência se ocorrida antes, serão os seguintes: I – de 30 (trinta) dias para o distrito federal e os estados da Guanabara, do Rio de Janeiro, São Paulo, Minas Gerais e Espírito Santo; II – de 60 (sessenta) dias, para os demais estados e territórios. § 2º: Os recursos não terão efeito suspensivo, salvo se, em cada caso, assim o determinar a autoridade recorrida. Art. 93 – Ao CSPS compete julgar os recursos interpostos das decisões das Juntas de Julgamento e Revisão dos Institutos de Aposentadoria e Pensões, bem como as revisões de benefícios, promovidas pelo Departamento Nacional da Previdência Social. Art. 94 – O CSPS será constituído de dez membros, sendo quatro designados pelo Presidente da República, três representantes dos segurados e três representantes das empresas, todos com o mandato de quatro anos. § 1º: O presidente do CSPS será eleito anualmente, pelos seus membros, dentre os designados pelo Presidente da República, cabendo-lhe presidir o conselho pleno e dirigir os serviços administrativos do conselho. § 2º: O CSPS dividir-se-á em três turmas, de três membros cada uma, assegurada igualdade de representações, cabendo a presidência a um dos membros por eleição anual sem prejuízo da função de relator e da participação nos julgamentos. § 3º: À primeira turma compete o julgamento das questões concernentes à aposentadoria por invalidez e auxílio-doença; à segunda, o das demais questões em que sejam interessados beneficiários; e, à terceira, o das relativas a contribuições, multas e demais questões de interesse das empresas. § 4º: Ao conselho pleno compete elaborar o regimento interno, dirimir os conflitos de atribuições entre as turmas e deliberar sobre os assuntos administrativos em geral. Art. 95 – O Ministério Público da Justiça do Trabalho dará assistência às sessões do conselho e oficiará nos recursos e questões da competência das turmas. Art. 96 – As decisões das turmas, quando proferida contra-disposição legal, poderão ser reformadas pelo ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, dentro do prazo de trinta dias, contados da publicação da decisão no Diário Oficial. Art. 97 – O Serviço Atuarial (SAAt), com a organização e as atribuições que lhe são conferidas por sua legislação própria, terá a assistência de um Conselho Atuarial (CAAt), órgão de deliberação coletiva presidido pelo diretor do serviço, e constituído de 4 (quatro) chefes do mesmo serviço, do seu representante no Instituto de Resseguros do Brasil (IRB) de 3 (três) atuários dos Institutos de Aposentadoria e Pensões, de 1 (um) atuário do Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado (IPASE) e de 1 (um) atuário do Instituto de Resseguros do Brasil (IRB). Parágrafo único. Os representantes das instituições de Previdência Social serão designados dentre os seus chefes de serviço atuarial. Art. 98 – Compete, ainda, ao Serviço Atuarial, ouvido o Conselho Atuarial: I – determinar a realização de pesquisas estatísticas de interesse atuarial pelas instituições de Previdência Social, expedindo normas para sua execução; II – expedir normas para as avaliações atuariais das instituições de Previdência Social e controlar sua execução; III – estudar, do ponto de vista atuarial, os orçamentos das instituições de Previdência Social, rever cálculos de custos de riscos e de reservas e propor taxas de despesas administrativas, relativamente a essas instituições; IV – controlar, sob o ponto de vista atuarial, a execução orçamentária das instituições de Previdência Social, examinando os balanços e propondo normas para a distribuição do ‘Fundo Comum da Previdência Social’. Art. 99 – A designação dos representantes do governo e dos respectivos suplentes, no CD do DNPS e no OSPS, deverá recair em pessoas de notórios conhecimentos de Previdência Social. § 1º: Os membros classistas, efetivos e suplentes, serão eleitos por delegados-eleitores, escolhidos pelos conselhos de representantes das confederações e das federações nacionais não-confederadas, bem como pela assembleia geral dos sindicatos nacionais na proporção de três delegados eleitores para as confederações, dois para as federações e um para os sindicatos. § 2º: Aos membros classistas aplica-se o disposto no artigo 472 da Consolidação das Leis do Trabalho. Art. 100 – Os membros do CD, do DNPS, do CSPS e do CAAt perceberão, por sessão a que comparecerem, até o máximo de vinte (20) sessões mensais, para os dois primeiros órgãos, e de 5 (cinco), para o último, uma gratificação de presença igual a um vigésimo do vencimento atribuído ao cargo, em comissão, do padrão 1-C. Parágrafo único. Aos presidentes dos órgãos mencionados neste artigo, o Presidente da República concederá ainda, gratificação de representação, conforme os respectivos encargos” (grifo nosso).

Conselho Nacional de Seguridade Social, órgão da maior relevância instituído nos artigos 6º e 7º, da Lei n. 8.212/91, foi revogado pela Medida Provisória n. 2.216-37, de 31/08/2001. Dessa forma, a organização do sistema de proteção no Brasil ficou, com a extinção do CNPS, sem a coordenação adequada para a elaboração dos programas e planos de custeio da Seguridade Social.³³¹

³³¹ BALERA, Wagner, op. cit., p. 46. Ver, ainda os artigos 6º e 7º da Lei n. 8.212/91 revogados: **Art. 6º** – Fica instituído o Conselho Nacional da Seguridade Social, órgão superior de deliberação colegiada, com a participação da União, dos estados, do distrito federal, dos municípios e de representantes da sociedade civil. [\(Vide Medida Provisória n. 2.216-37, de 31/08/01\)](#) ~~§ 1º: O Conselho Nacional da Seguridade Social terá 15 (quinze) membros e respectivos suplentes, sendo:~~ § 1º: O Conselho Nacional da Seguridade Social terá dezessete membros e respectivos suplentes, sendo: [\(Redação dada pela Lei n. 8.619, de 05/01/93\)](#) a) 4 (quatro) representantes do governo federal, dentre os quais, 1 (um) da área de saúde, 1 (um) da área de Previdência Social e 1 (um) da área de assistência social; b) 1 (um) representante dos governos estaduais e 1 (um) das prefeituras municipais; c) ~~6 (seis) representantes da sociedade civil, sendo 3 (três) trabalhadores, dos quais pelo menos 1 (um) aposentado, e 3 (três) empresários;~~ c) oito representantes da sociedade civil, sendo quatro trabalhadores, dos quais pelo menos dois aposentados, e quatro empresários; [\(Redação dada pela Lei n. 8.619, de 05/01/93\)](#) ~~d) 3 (três) representantes dos conselhos setoriais, sendo um de cada área da Seguridade Social, conforme disposto no Regimento do Conselho Nacional da Seguridade Social.~~ d) 3 (três) representantes membros dos conselhos setoriais, sendo um de cada área da seguridade social, conforme disposto no Regimento do Conselho Nacional da Seguridade Social. [\(Redação dada pela Lei n. 9.711, de 20/11/98\)](#) § 2º: Os membros do Conselho Nacional da Seguridade Social serão nomeados pelo Presidente da República. § 3º: O Conselho Nacional da Seguridade Social será presidido por um dos seus integrantes, eleito entre seus membros, que terá mandato de 1 (um) ano, vedada a reeleição, e disporá de uma secretaria-executiva, que se articulará com os conselhos setoriais de cada área. § 4º: Os representantes dos trabalhadores, dos empresários e respectivos suplentes serão indicados pelas centrais sindicais e confederações nacionais e terão mandato de 2 (dois) anos, podendo ser reconduzidos uma única vez. § 5º: As áreas de Saúde, Previdência Social e Assistência Social organizar-se-ão em conselhos setoriais, com representantes da União, dos estados, do distrito federal, dos municípios e da sociedade civil. § 6º: O Conselho Nacional da Seguridade Social reunir-se-á ordinariamente a cada bimestre, por convocação de seu presidente, ou, extraordinariamente, mediante convocação de seu presidente ou de um terço de seus membros, observado, em ambos os casos, o prazo de até 7 (sete) dias para realização da reunião. § 7º: As reuniões do Conselho Nacional da Seguridade Social serão iniciadas com a presença da maioria absoluta de seus membros, sendo exigida para deliberação a maioria simples dos votos. § 8º: Perderá o lugar no Conselho Nacional da Seguridade Social o membro que não comparecer a 3 (três) reuniões consecutivas ou a 5 (cinco) intercaladas, no ano, salvo se a ausência ocorrer por motivo de força maior, justificado por escrito ao conselho, na forma estabelecida pelo seu regimento. § 9º: A vaga resultante da situação prevista no parágrafo anterior será preenchida através de indicação da entidade representada, no prazo de 30 (trinta) dias. ~~§ 10: As despesas porventura exigidas para o comparecimento às reuniões do conselho constituirão ônus das respectivas entidades representadas.~~ [\(Revogado pela Lei n. 9.032, de 28/04/95\)](#) § 11: As ausências ao trabalho dos representantes dos trabalhadores em atividade, decorrentes de sua participação no conselho, serão abonadas, computando-se como jornada efetivamente trabalhada para todos os fins e efeitos legais. **Art. 7º** – Compete ao Conselho Nacional da Seguridade Social: [\(Vide Medida Provisória n. 2.216-37, de 31/08/01\)](#) I – estabelecer as diretrizes gerais e as políticas de integração entre as áreas, observado o disposto no inciso VII do artigo 194 da Constituição Federal; II – acompanhar e avaliar a gestão econômica, financeira e social dos recursos e o desempenho dos programas realizados, exigindo prestação de contas; III – apreciar e aprovar os termos dos convênios firmados entre a seguridade social e a rede bancária para a prestação dos serviços; IV – aprovar e submeter ao Presidente da República os programas anuais e plurianuais da Seguridade Social; V – aprovar e submeter ao Órgão Central do Sistema de Planejamento Federal e de Orçamentos a proposta orçamentária anual da Seguridade Social; VI – estudar, debater e aprovar proposta de recomposição periódica dos valores dos benefícios e dos salários-de-contribuição, a fim de garantir, de forma permanente, a preservação de seus valores reais; VII – zelar pelo fiel cumprimento do disposto nesta lei e na legislação que rege a Seguridade Social, assim como pelo cumprimento de suas deliberações; VIII – divulgar através do Diário Oficial da União, todas as suas deliberações; IX –

4.6.2 Critérios atuariais

Um sistema previdenciário representa, em essência, um custo. Esse custo será mensurado quanto mais amplos forem os benefícios conferidos por um plano. Planos que possuem ampla cobertura permitem aposentadorias precoces, taxas de reposição elevadas, tornam-se onerosos e demandam, conseqüentemente, amplos recursos para seu adequado financiamento.

O custo previdenciário será o cálculo do Valor Atual dos Benefícios Futuros (VABF) dos atuais aposentados, pensionistas e servidores em atividade. A esse custo devem ser acrescidas as despesas administrativas. Esclareça-se que o cálculo da VABF não é meramente uma operação matemática financeira, pois é necessário adotar, também, hipóteses atuariais, tais como: taxa de juros, taxa de rotatividade de servidores ou segurados e hipótese de crescimento de remuneração ao longo do tempo, entre outras.

O custo previdenciário é variável em três aspectos: base normativa, base cadastral e base atuarial. A base normativa dos benefícios corresponde aos benefícios adotados pelo plano, fórmula de cálculo, critérios de elegibilidade, regras de indexação, ou seja, toda a legislação que estabelece normas para o funcionamento do plano. Importante salientar que as reformas previdenciárias alteram, via de regra, a base normativa, na medida em que modificam as regras de contribuição e de concessão de benefícios ou requisitos necessários para essa concessão.³³²

A base cadastral representa uma das grandes dificuldades para a correta avaliação do plano, pois, para que possa proporcionar um correto cálculo atuarial, os dados do segurado,

elaborar o seu regimento interno (**Artigos revogados pela Medida Provisória n. 2.216-37, de 31/08/2001**). (grifos nossos).

³³² GUSHIKEN, Luiz et al. *Regimes próprios de previdência dos servidores: Como implementar? Uma visão prática*. Brasília: MPAS, 2002 (Coleção Previdência Social, n. 17).

servidor ou participante devem ser minuciosamente observados para cada benefício concedido. São fatores relevantes para base cadastral: nome, número de dependentes, idade, sexo, dentre outros.

A base atuarial ou hipótese atuarial corresponde a mecanismos de projeção de valores futuros como expectativa de vida, expectativa de taxa de juros, morte do indivíduo, fatores demográficos, expectativa de inflação e outros que sejam definidos pelo plano e indispensáveis para o correto cálculo atuarial.³³³ O que interessa no cálculo dos custos previdenciários não é o valor atual financeiro e sim o valor atual atuarial. Definido o custo do plano, deve-se compará-lo ao total de recursos vertidos ao plano para cobrir as despesas; se os valores coincidirem, o plano estará equilibrado financeira e atuarialmente, conforme determinação constitucional.

Dessa forma, entendo que para um plano de benefícios previdenciários atender a orientação constitucional do equilíbrio financeiro e atuarial é mister que o total dos recursos vertidos (valor das contribuições futuras vertidas para o plano mais as despesas administrativas dos planos, mais o patrimônio) coincidam com a cobertura das despesas (pagamento dos benefícios).

4.6.2.1 Reserva matemática e reserva de contingência

A base normativa do plano de custeio deve fixar os critérios de cálculo nos regimes financeiros. Os cálculos das reservas técnicas³³⁴ (reserva de benefícios concedidos e reservas

³³³ No regime próprio dos servidores públicos as possibilidades de hipóteses atuariais são restringidas pela própria lei. O MPAS publicou portaria, n. 4.992/99, que, em seu anexo I, consta as limitações às hipóteses atuariais.

³³⁴ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de direito previdenciário*. Tomo IV: Previdência complementar. São Paulo: LTR, 2002, p. 82. Entende, o autor, que reservas técnicas é “aquilo que pecuniariamente será preciso reunir para bancar a prestação do plano de benefício assegurado”.

de benefícios a conceder) devem pautar-se “na reserva matemática, que é a expressão monetária do direito líquido de qualquer grupo perante a entidade de previdência”.³³⁵

Na previdência complementar, reserva “é o nome dado, em caráter geral, para todos os recursos que tenham por destinação o pagamento de benefícios aos participantes e beneficiários dos planos de benefício complementar”.³³⁶

Luiz Gushiken, Augusto Tadeu Ferrari e Wanderley José de Freitas têm o seguinte entendimento sobre reserva matemática: “Reserva matemática pode ser entendida como sendo a totalidade dos compromissos líquidos do plano para com seus segurados (ativos e inativos) sendo esses compromissos líquidos calculados atuarialmente [...]”.³³⁷

Dessa forma, o direito líquido é variável no tempo e depende dos compromissos futuros assumidos (benefícios) pela entidade diante das contribuições vertidas pelos segurados. Esses compromissos decorrem dos regulamentos da entidade de previdência e de atos do poder público (leis, decretos, portarias, resoluções etc.) que determinam o tipo de plano de benefícios de um grupo e das contribuições atuais e futuras que deverão ser vertidas para cobrir o custeio específico dos benefícios regulamentados. Nesse sentido, o atuário Rio Nogueira define que a reserva matemática de um grupo, no tocante a determinado benefício,

é a diferença entre o valor atual dos compromissos futuros assumidos pela entidade, quando a concessão do benefício aos membros do grupo, e o valor atual da renda de receitas futuras previstas para a cobertura dos referidos encargos, de acordo com o regime financeiro adotado especificamente no plano de custeio vigente.³³⁸

Newton César Conde³³⁹ entende a reserva matemática como “a diferença entre o somatório dos benefícios a pagar e as contribuições futuras a recolher”.

³³⁵ NOGUEIRA, Rio. *Métodos atuariais – variações sobre um modelo simples*. Rio de Janeiro: Serviços Técnicos de Estatística e Atuária (STEA), 1994, pp. 5-7.

³³⁶ BALERA, Wagner. *Comentários à lei de previdência privada – Lei n. 109/2001*, op. cit., p. 79.

³³⁷ GUSHIKEN, Luiz; FERRARI, Augusto Tadeu & FREITAS, Wanderley José de. *Previdência complementar: entendendo sua complexidade*. Indaiatuba, SP: Instituto Integrar Integração, 2001, p. 46.

³³⁸ NOGUEIRA, Rio, op. cit., 1994, p. 7.

³³⁹ CONDE, Newton Cezar, op. cit., 2002, p. 162.

Para a professora Marília Castro,³⁴⁰ o conceito de reserva matemática não pertence ao âmbito jurídico, todavia sua definição é a seguinte:

O valor da reserva matemática pode ser genericamente determinado pela diferença entre o valor atual dos compromissos assumidos pelo plano quanto à concessão de benefícios aos participantes ou beneficiários e o valor atual das contribuições definidas para a cobertura desse encargo, sendo esses valores dimensionados de acordo com o regime financeiro e o método atuarial escolhido para definição do plano de custeio vigente.

Manoel Póvoas³⁴¹ leciona que reservas técnicas “são provisões³⁴² computadas pelo cálculo atuarial, correspondente ao montante das responsabilidades futuras assumidas pelas entidades em relação aos participantes que inscreveu em seus planos, e aos seus beneficiários”. Dentre as reservas técnicas está, também, a reserva de contingência.

A Resolução MPAS/CGPC n. 05, de 2002, define contingências como “incertezas que, dependendo de eventos futuros, poderão ter impacto na situação econômico-financeira da entidade. Quanto à probabilidade de sua ocorrência, podem ser classificadas como: prováveis, possíveis ou remotas”.

Nesse sentido, Wagner Balera entende que reserva de contingência é a reserva patrimonial constituída com valores advindos do superávit apurados nos planos até determinado limite da reserva matemática, para enfrentar riscos ou contingências futuras desconhecidas.³⁴³

³⁴⁰ CASTRO, Marília Vieira Machado. “Alguns conceitos atuariais”. In: REIS, Adacir (org.). *Fundos de pensão em debate*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 97.

³⁴¹ PÓVOAS, Manuel Soares. *Previdência privada – Planos empresariais*. São Paulo: Fundação Escola Nacional de Seguros, 1981, 1º vol., p. 38.

³⁴² “Provisões correspondem às reservas especiais constituídas para diferentes propósitos, todos eles com o objetivo de assegurar o pagamento de benefícios do plano de previdência. Em termos gerais, **provisão é o termo usado para designar reserva em dinheiro ou em valores**” (grifo nosso). BALERA, Wagner. *Comentários à lei de previdência privada – LC n. 109/2001*, op. cit., p. 80.

³⁴³ Idem, pp. 149-50. Acrescenta, ainda, o autor que “déficit, como também superrávit, é o resultado da gestão financeira exercida pela entidade gestora sobre os recursos garantidores de cada um dos planos que administra”.

4.7 Regimes de financiamento dos sistemas de Previdência Social

O regime financeiro é um dos critérios utilizado pelo atuário para fixar normas quantificadoras de receitas para gerar os recursos necessários à cobertura dos compromissos assumidos em um plano de custeio de regime jurídico de sistema de proteção social.

Para Maria Vieira Machado,³⁴⁴ os regimes financeiros são “os diferentes conceitos adotados para financiamento do compromisso do plano, isto é, definição das contribuições necessárias à cobertura das despesas com o pagamento do benefício e de sua administração”.

Os sistemas previdenciários são classificados quanto à sua forma de organização em: repartição simples, capitalização, misto ou capitalização escritural.³⁴⁵

As vantagens e desvantagens são bem ponderadas pelos técnicos na escolha do regime de financiamento para um sistema de Previdência Social: “A principal desvantagem da capitalização são as reservas por conta de que é difícil manter o valor do patrimônio acumulado [...] o principal defeito da repartição consiste na ausência de reservas [...]”.³⁴⁶

Neste diapasão, tem-se o entendimento de Onorato Castellino e Elsa Fornero:³⁴⁷

Como é sabido, um regime previdenciário operado por meio da capitalização implica na salvaguarda de reservas das contribuições no período inicial, até que tais reservas e seus frutos civis sejam necessários para o pagamento do respectivo

³⁴⁴ CASTRO, Marília Vieira Machado da Cunha Castro, op. cit., p. 147.

³⁴⁵ Arthur Bragança leciona que “existe uma diferença entre regime previdenciário de repartição simples e o regime de repartição de capital de cobertura. No regime de repartição de cobertura, os pagamentos efetuados por todos os participantes são empregados na constituição de um fundo necessário para os pagamentos das obrigações futuras relativas a contingências ou eventos não programados, que tenham probabilidade periódica de ocorrência. Exemplos dessas contingências não programadas são: a invalidez, a morte, ou a reclusão. Todavia, nem sempre a lei é clara na diferenciação dos dois regimes, igualando, por vezes, benefícios não-programados aos previsíveis” (cf. WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcelos. *Previdência privada – doutrina e jurisprudência*, op. cit., p. 51).

³⁴⁶ COPPINI, Mario Alberto & MICICCI, Marco. *Dalla ripartizione allá capitalizzazione*. Publicação oficial do INSS – Itália, 2002, pp. 21-22.

³⁴⁷ CASTELINO, Onorato & FORNERO, Elsa. *Sostenibilita'ed equita'del regime enpav nel lungo período*. Publicação do CERP. Turim: Universidade de Turim, 23/10/2003, pp. 88-9.

benefício [...]. Um regime que opera pela repartição consiste, ao contrário, na utilização imediata das contribuições dos segurados [...].

Wladimir Novaes Martinez³⁴⁸ diferencia sistema de repartição de sistema de capitalização da seguinte forma:

O regime de capitalização é o próprio do neoliberalismo, enquadrado como poupança individual e disponível, da iniciativa privada, para o plano do tipo contribuição definida, com baixo nível de solidariedade, hodierno e com tendências a se universalizar. Bom para as prestações programadas. Por outro lado, o regime de repartição simples, ideologicamente seria social democrático, técnica previdenciária, de iniciativa estatal, para o plano tipo benefício definido, com elevada solidariedade, ultrapassado no tempo e com tendência a desaparecer. Própria das prestações programadas.⁰

4.7.1 Regime de repartição simples

O regime de repartição simples, também conhecido como regime da solidariedade entre as gerações, está fundamentado em um modelo em que os recursos recolhidos dos contribuintes atuais são destinados a cobrir os gastos com os benefícios ou aposentadorias pagas atualmente pelo sistema. Entre os países que adotam este sistema estão Brasil, Estados Unidos, França, Alemanha e Espanha.

Nesse regime não existe acumulação de reservas que possam ser utilizadas no futuro. Os benefícios a serem pagos aos atuais contribuintes, quando futuramente passarem à condição de inativos, estarão garantidos pelas contribuições das futuras gerações de trabalhadores.

Para que o sistema de proteção que adota o regime de repartição simples se mantenha equilibrado é necessário que, ao longo do tempo, o número de contribuintes seja equivalente ao número de beneficiários. Nesse sentido, pelo sistema de repartição simples, o volume das

³⁴⁸ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Previdência complementar*, op. cit., p. 226.

quantias arrecadadas em cada período servirá para o custeio das prestações devidas no mesmo período.³⁴⁹

4.7.2 Regime de capitalização

O regime de capitalização está baseado na idéia de poupança individual. As contribuições realizadas pelos segurados ou participantes são depositadas em uma conta específica e acumuladas ao longo da vida ativa do trabalhador. Assim, o contribuinte, segurado ou participante, no momento da aposentadoria, terá direito a receber de volta o montante que contribuiu, acrescidos dos rendimentos do capital. O Chile é um dos países que adotam esse sistema.

Neste regime, a cotização do segurado é definida e constante, o que acaba por garantir o equilíbrio financeiro-atuarial por um período bastante longo. A capitalização integral ou plena³⁵⁰ pode ainda se dar de duas formas diversas: a 1) coletiva; ou a 2) individual. No sistema de capitalização plena coletiva (CPC), as contribuições dos segurados, em seu conjunto, são consideradas favorecendo a coletividade segurada. Ou, em outras palavras, os recursos se formam por cotas conjuntas de uma geração de segurados. Já no sistema de capitalização plena individual (CPI), as cotizações se creditam à conta individual de cada segurado. Ou seja, a equivalência dos compromissos recíprocos no início do seguro é realizada para cada segurado tomado individualmente.

4.7.3 Regime de capitalização escritural

³⁴⁹ FEIJÓ COIMBRA, José dos Reis. *Direito previdenciário brasileiro*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1999, p. 47.

³⁵⁰ FEIJÓ COIMBRA, op. cit., p. 235.

A capitalização escritural ocorre quando os ativos financiam os inativos, regra do sistema de repartição simples, porém a aposentadoria de cada indivíduo é calculada com base em suas próprias contribuições, regra do sistema de capitalização. Na Suécia e na Itália, a Previdência Social organiza-se com base na capitalização escritural.³⁵¹ O Brasil, até antes da reforma constitucional n. 20/98, organizava-se pelo sistema de repartição simples; atualmente o sistema previdenciário brasileiro adota no Regime Geral de Previdência Social o financiamento pela repartição simples, porém, na nova fórmula de cálculo das aposentadorias, com a inserção do fator previdenciário, introduziu princípios regidos pelo sistema de capitalização escritural. Depois da edição da Emenda Constitucional n. 41/2003, este sistema misto também foi aplicado ao Regime Próprio do Servidor Público. Por conseguinte, quando o valor do benefício do servidor é menor ou igual ao valor-teto determinado em lei, as regras do cálculo do valor do benefício são regidas pelo sistema de repartição simples. Para os servidores que recebem acima desse limite estabelecido como pilar básico, há uma previdência complementar obrigatória, estruturada em sistema de capitalização.

Este regime de financiamento possui a vantagem de facilitar o controle, pelo próprio trabalhador, do pagamento das contribuições pelo seu tomador de serviços, algo extremamente desejável em países em que a evasão e a sonegação previdenciárias são praticadas, a exemplo do Brasil.

Outra vantagem refere-se à questão demográfica e seus reflexos no sistema previdenciário. Os regimes de repartição puros são bastante criticados porque não conseguem

³⁵¹ Este tipo de financiamento diferencia-se de repartição simples anteriormente analisado pelo acréscimo de instrumento de capitalização virtual ou ainda de modelo de contas imaginárias. Este modelo não é adotado no Brasil. Seu funcionamento se dá por meio de um esquema no qual a cada trabalhador é atribuída uma conta nacional ou imaginária específica, na qual, virtualmente, são depositadas as suas contribuições, com remuneração por meio de taxas de juros. As contas se dizem (e são) imaginárias ou virtuais porque, de fato, o dinheiro não é depositado lá e sim utilizado para o pagamento dos benefícios em vigor. Esta conta serve para que, quando do cálculo do benefício daquele trabalhador, possa-se estabelecer uma mais perfeita relação entre o que se contribui e o que se receberá. No cenário internacional, pode-se indicar a Itália e a Suécia, entre outros, como países que adoram este sistema (MESA-LAGO, Carmelo. *Las reformas de pensiones en América Latina y su impacto en los principios de la seguridad social*. Santiago do Chile: CEPAL, mar./2004).

se manter imunes ao fator de envelhecimento populacional. Pois, com o número cada vez maior de pessoas passando para a inatividade e com o baixo índice de natalidade, o número de inativos fica cada vez maior e cada vez menor o de ativos. Dessa forma, pelo fato de o sistema de repartição operar basicamente com a transferência intergeracional de fundos, há um momento em que o sistema passa a ser altamente deficitário, podendo ficar inviável. O sistema de capitalização escritural, segundo técnicos especialistas na matéria, pode imunizar o sistema dos fenômenos demográficos, uma vez que a tábua de vida que serve para o cálculo do benefício é atualizada conforme o envelhecimento da população.

Entretanto, no Brasil não se adotou o sistema de repartição com contas nacionais ou capitalização escritural. O que ocorreu, a partir da Emenda Constitucional n. 20/98 – e em decorrência da “desconstitucionalização” da forma de cálculo dos benefícios –, foi a adoção, por lei infraconstitucional, do chamado fator previdenciário. Assim entende Miguel Horvath Jr:

A fórmula de cálculo dos benefícios calculados com base nas 80% maiores remunerações do segurado e ajustados pela alíquota e expectativa de vida (aposentadoria por tempo de contribuição) introduz no sistema princípios que regem o sistema de capitalização escritural.³⁵²

4.8 Relação do princípio da contrapartida com o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial

O princípio da contrapartida passou a fazer parte do ordenamento jurídico constitucional a partir da Constituição de 1946, quando o legislador constituinte reformador, por meio da Emenda Constitucional n. 11, de 31 de março de 1965, acrescentou ao artigo 157, § 2º, da Constituição de 1946, com a seguinte redação, *in verbis*:

Art. 157, § 2º: Nenhuma prestação de serviço de caráter assistencial ou de benefício compreendido na previdência social poderá ser criada, majorada ou estendida sem a correspondente fonte de custeio total.

³⁵² HORVATH JR., Miguel. *Direito previdenciário*. 4 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 277.

A esse respeito é o magistério de Wagner Balera,³⁵³ que leciona:

Embora a respectiva emenda assim tenha enunciado, a Lei n. 8.212/91 não é um verdadeiro plano de custeio. Referido diploma legal carece de qualquer tipo de levantamento (estatístico, demográfico e atuarial), cria bases de financiamento sem nenhum apoio técnico. Nele é fixado, decerto, o catálogo das diversas fontes financeiras do sistema de seguridade, como veremos adiante. Todavia, não cuida das projeções que legitimariam tanto a criação como a majoração de contribuições sociais. Lei que cria ou aumenta contribuições para a seguridade deve ter por pressupostos certos estudos, elaborados na seara técnica, que demonstrem as necessidades financeiras do sistema e o destino do incremento de receitas que advirão do plano aprovado. Pelo grande relevo que teriam, na construção do plano, os atuários, é estranhável que, em 1990, a já citada Lei n. 8.029 tenha extinguido o Conselho Atuarial do Ministério da Previdência Social no exato momento em que, pela mola do sistema de seguridade, mais e mais se exige permanente avaliação a respeito da solidez atuarial do esquema protetivo. É verdade que, para tentar suprimir essa lacuna, impeditiva da elaboração da projeção de que cuida o artigo 96 da Lei n. 8.212/91, o Ministério da Previdência Social institui a Comissão Permanente de Estudos Atuariais. Mas o órgão nem está integrado formalmente na estrutura do MPAS nem a respectiva composição é apta a desempenhar as graves tarefas que incumbiram, outrora, ao Conselho Atuarial.

A exigência constitucional de total correspondência entre fonte de custeio e prestação de Seguridade Social é de crucial importância para o equilíbrio econômico e financeiro do sistema.

Ainda que não seja instituída, estendida ou majorada determinada prestação, caso se apresente uma situação deficitária no sistema protetivo, também para a manutenção do equilíbrio econômico e financeiro, seguindo critérios atuariais, nova fonte de custeio poderá ser instituída ou as já existentes deverão ser majoradas, a fim de não prejudicar o mínimo de proteção social garantido aos beneficiários da Seguridade Social.

O princípio constitucional da contrapartida é um pressuposto lógico de qualquer sistema de Seguridade Social. Contudo, sua expressa consagração pelo constituinte delimita a atuação do legislador ordinário, obrigando-o a observá-lo no exercício de seu mister.

³⁵³ BALERA, Wagner. *Curso de direito previdenciário*, op. cit., pp. 38-41.

A essência do mencionado princípio reside na “total correspondência entre as prestações e as fontes de custeio”, para manutenção do equilíbrio econômico e financeiro do sistema.

Tal equilíbrio é um pressuposto lógico de implementação e sobrevivência de qualquer sistema. A União, que possui a competência legislativa para instituir contribuições e prestações de Seguridade Social, não poderá exercê-la senão quando houver total correspondência entre a prestação instituída, estendida ou majorada e a respectiva fonte de custeio. A mencionada “total correspondência” deverá ser definida em consonância com os critérios traçados pelo atuário, a fim de garantir o equilíbrio atuarial do sistema. Nesse sentido, é pontual destacar um julgado com o tema referenciado.

Contribuição Social. Majoração percentual. Causa suficiente. Desaparecimento. Consequência. Servidores públicos Federais. O dispositivo no art. 195, § 5º, da Constituição Federal, segundo o qual “nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio”, homenageia o equilíbrio atuarial, revelando princípio indicador da correlação entre, de um lado, contribuições e, de outro, benefícios e serviços. O desaparecimento da causa da majoração do percentual implica o conflito da lei que a impôs com o texto constitucional. Isto ocorre em relação aos servidores públicos federais, considerado o quadro revelador de que o veto do Presidente da República relativo ao preceito da Lei n. 8.112/90, prevendo o custeio integral da aposentadoria pelo Tesouro Nacional, foi derrubado pelo Congresso, ocorrendo, no interregno, a edição da lei – a de n. 8.162/91 – impondo percentuais majorados.

O citado precedente do Supremo Tribunal Federal, proferindo entendimento sobre o artigo 195, § 5º, da Constituição, como princípio que homenageia o equilíbrio atuarial do sistema e indica necessária correspondência entre fonte de custeio e prestação de Seguridade Social e privilegia o conteúdo normativo traçado para o princípio da contrapartida no presente trabalho.

O princípio da contrapartida é, de forma nítida, o fundamento de validade de todo o sistema de Seguridade Social, pois todas as prestações, sejam nas áreas de saúde, previdência ou assistência social, apenas podem existir ou ser instituídas pelo legislador ordinário com a

respectiva previsão da fonte de custeio total, assim como a criação de fontes de custeio encontra-se atrelada às prestações sempre de acordo com o plano atuarial, sob pena de sua nulidade, por absoluta ausência de fundamento de validade.

4.8.1 Reserva do possível

A reserva do possível é outro aspecto que faz relação entre o princípio da contrapartida e o equilíbrio financeiro e atuarial. Trata-se de tema intermediário entre o princípio da equidade entre as gerações e o princípio da contrapartida.

Gilmar Mendes Ferreira, ministro do STF, em uma de suas decisões, comenta a respeito da reserva do possível em precedente do Tribunal Constitucional alemão que se deparou com o problema da restrição do acesso de alunos em universidades da Alemanha. No caso abordado, embora aquela Corte Constitucional tenha se manifestado favoravelmente à pretensão autoral, salientou o conceito da reserva do financeiramente possível: a idéia de que todos teriam demandas ilimitadas perante o Estado somente pode se firmar em detrimento da coletividade, sendo incompatível com o princípio do bem-estar social para todos.³⁵⁴

Ocorre que, diante da reserva do possível, o legislador deverá realizar uma série de critérios vinculados aos grupos sociais e às principais necessidades que deverão ser implementadas. A respeito desse tema, importante a doutrina do professor Ricardo Lobo Torres:³⁵⁵

Pertence, pois, à temática das relações entre ética e orçamento a questão das escolhas trágicas. A lei orçamentária anual é o instrumento que sintetiza as políticas e opta entre as suas diversas possibilidades. Depois que se esgotou a

³⁵⁴ *Revista Diálogo Jurídico*, disponível no site www.direitopublico.com.br. Consulta em: 10/03/2007.

³⁵⁵ TORRES, Ricardo Lobo, op. cit., pp. 43-4.

ideologia da inesgotabilidade dos recursos públicos, sustentada pelos empréstimos internos e externos ilimitados, e que se reacendeu a convicção de que a escassez deve ser considerada não só nos cálculos da economia nacional mas também nos do orçamento, transferiram-se para as alocações anuais de verbas as decisões básicas das políticas sociais. Em outras palavras, não é mais apenas problema administrativo a execução de certos serviços à entrega de determinadas prestações, senão que se transformou o orçamento no plano final de distribuição de recursos financeiros escassos. E as decisões trágicas, de diferentes graus, consistem nas opções entre as poucas soluções possíveis.

Dessa forma, a escolha dos riscos a serem cobertos deverão ser priorizados no orçamento da Seguridade e Previdência Social, ressaltando os direitos mínimos sociais.

4.9 Panorama geral das reformas previdenciárias

As reformas previdenciárias vêm ocorrendo nos sistemas previdenciários não somente na América latina, mas também na Europa. Essas reformas têm como principais características: a) os pressupostos do cenário político interno e as influências do Banco Mundial; b) os modelos adotados pelos países; c) as reformas paramétricas ou incrementais e as reformas estruturais ou radicais.

Os pressupostos políticos dizem respeito à estrutura partidária forte e coesa, e os incentivos econômicos e técnicos às reformas do Banco Mundial, que recomenda a adoção de regime de financiamento de capitalização individual.³⁵⁶

Carmelo Mesa-Lago e Katharina Muler demonstram a diversidade de modelos de reformas adotados pelos países na América Latina:

Modelo substitutivo. Tem como base a extinção do sistema público anterior e sua substituição por um sistema “privado” (Chile, México, El Salvador, Bolívia).

³⁵⁶ KAY, Steffen J. “Privatizações inesperadas: política e reforma da previdência no Cone Sul”. In: COELHO, Vera Schattan (org.). *Reforma da previdência na América Latina*. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

Modelo paralelo. O sistema privado é introduzido como alternativa ao sistema público, resultando na coexistência e concorrência dos dois sistemas (Peru, Colômbia).

Modelo misto. Consiste em dois segmentos compulsórios – o sistema público reformado, que garante a pensão básica, e um novo segmento plenamente capitalizado, que paga a pensão complementar (Argentina, Uruguai, Costa Rica).

A doutrina, como já se disse, classifica as reformas ocorridas nos diversos países em paramétricas (incrementais) e estruturais (ou radicais). As reformas estruturais normalmente envolvem os seguintes aspectos: provisão coletiva para provisão individual (repartição para capitalização); do Estado para o mercado como supridor principal dos benefícios previdenciários; de solidariedade-eqüidade para concorrência-eficiência como princípios fundamentais do sistema. As reformas estruturais são assim conhecidas porque transformam regimes de repartição em regimes de capitalização, o que importa um alto custo fiscal. Flávio Martins Rodrigues discorre sobre a matéria, aludindo que

a imensa dificuldade da passagem do regime de repartição para o regime de capitalização está no custo da transição, pois pode significar que uma determinada geração pague duas vezes pelo regime previdenciário: uma vez por força dos benefícios devidos à geração já aposentada e uma segunda vez para acumulação com vistas a seu próprio benefício futuro³⁵⁷.

No mesmo sentido, a lição de Carlos Maurício Figueiredo e Marcos Nóbrega:³⁵⁸

Após a discussão sobre a introdução de um pilar de repartição, discutiremos as implicações do estabelecimento de um segundo pilar, caracterizado por ser capitalizado, de contribuição definida obrigatório. Antes, porém, cabe discutir o porquê de não termos uma previdência representada por apenas um único pilar capitalizado, por exemplo, como no Chile. O ponto fundamental é o chamado “custo de transição”, que corresponde ao valor das aposentadorias atualmente pagas, bem como aquelas que serão pagas no futuro a todos os aposentados vinculados ao sistema de repartição simples, acrescido do valor presente das contribuições dos ativos quando da edição da reforma [...]. Esses custos são

³⁵⁷ RODRIGUES, Flávio Martins. *Fundos de pensão de servidores públicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 12.

³⁵⁸ FIGUEIREDO, Carlos Maurício & NÓBREGA, Marcos. “O sistema multipilar e a reforma da previdência: Análise, perspectivas e controle”. *Revista Interesse Público*, n. 22. Porto Alegre: Nota 10.

produzidos porque a transição repartição/capitalização transforma custos implícitos em explícitos. Nesse contexto, o sistema novo passa a não receber as receitas de contribuições vertidas para o sistema de repartição simples. Essa dívida implícita corresponde, portanto, a todas as aposentadorias pagas aos aposentados no sistema de repartição simples, mais uma compensação pelas contribuições feitas por todos os trabalhadores ativos até a data da reforma e que se incorporam ao novo sistema. A título de exemplo, suponha que um determinado servidor tenha descontado para a previdência pública nos últimos vinte anos em um regime de repartição simples, portanto, não enseja acumulação de recursos no sistema. A partir de determinado momento, há a implantação de novo sistema previdenciário, desta feita capitalizado e de contribuição definida. Sendo assim, o servidor passará nos 15 anos restantes (suponha que ele se aposente aos 35 anos de contribuição) contribuindo para a sua própria aposentadoria, fazendo jus, de acordo com comando constitucional, à integralidade de proventos. Ocorre que há um problema financeiro. Não houve acumulação de recursos nos vinte anos iniciais e, portanto, esses valores devem ser aportados para fazer frente aos dispêndios relativos à aposentadoria do servidor. Várias alternativas são possíveis. Uma proposta seria o caso da Colômbia que estabeleceu uma contribuição adicional de 1% sobre toda a população. Outra alternativa seria emitir títulos públicos em valor referente a essa dívida de transição. O Chile e o Peru adotaram essa última hipótese, implementando o chamado “bônus” de reconhecimento, que teria a vantagem de explicitar uma dívida implícita e permitir ao Estado planejar adequadamente o seu fluxo de caixa através do tempo. No entanto, esses títulos aumentariam a dívida pública e diminuiriam às condições do Estado de ajuste previdenciário no longo prazo. Sendo assim, estimar este custo passa a ser fundamental. [...] No caso dos pequenos municípios brasileiros, uma boa referência seriam os municípios pernambucanos integrantes do Consórcio Amprev. Que apresentam uma média de 629 servidores ativos efetivos e uma média de 65 servidores aposentados e pensionistas. Logo, nesse caso, o custo de transição poderia ser financiado por alíquotas adicionais às contribuições. Sendo assim, diante dos altos custos de transição e considerando que os sistemas de repartição simples vêm apresentando problemas, uma alternativa para minimizar as imperfeições do sistema seria incentivar, entre outras coisas, a poupança pública. Formuladores de política econômica advogam a tese de implantação de um segundo pilar (acrescentando a um primeiro pilar), que teria como características básicas ser do tipo capitalizado com contribuições individuais de cada participante; obrigatório do tipo contribuição definida.

Com a passagem do sistema de repartição para o de capitalização pura individual, os atuais ativos começam a economizar para sua própria aposentadoria, deixando, assim, de contribuir para o custeio dos benefícios ora em vigor. Esta queda vertiginosa de receita – podendo evidentemente chegar ao valor zero – é assumida pelo Estado, que passa a integrá-la em seu orçamento fiscal e a custeá-la com os recursos advindos das receitas tributárias fiscais. Esta situação dura para mais de duas décadas, tendo em vista a expectativa de sobrevida

daqueles que, no momento da reforma, já estão aposentados, ou já tem direito adquirido à aposentadoria pelos moldes anteriores.

Outra causa do déficit ocorre em função do grande número de trabalhadores que se encontram na ativa no momento da transformação do regime, tendo em vista já estarem no sistema há um considerável período de tempo e, portanto, levando também em consideração o tempo de contribuição que lhes resta não terão um período contributivo suficientemente longo já na nova sistemática de capitalização para lhes garantir nem ao menos um benefício mínimo. Essa diferença em desfavor do segurado geralmente é assumida pelo Estado, da mesma forma que o déficit da geração já inativa. Dessa forma, o custo será maior na reforma estrutural que acompanhe o modelo substitutivo, no qual há uma troca total do vigente modelo de repartição para um de capitalização pura individual.

Como uma das formas de redução do custo fiscal de transição, os países que estão fazendo reformas previdenciárias têm escolhido o modelo misto-multipilar – obrigatório, em que há um pilar básico normalmente público e obrigatório e um outro pilar, público ou privado, complementar e também obrigatório que funciona como pilar básico ainda no regime da repartição e o complementar no regime de capitalização, que é uma das formas de redução do custo fiscal da transição.³⁵⁹

As reformas paramétricas (ou incrementais) são aquelas que, não trazendo modificações no cerne das estruturas previdenciárias, tentam ajustar os sistemas às modificações do mercado de trabalho, tendo em vista a manutenção (ou obtenção) do equilíbrio atuarial. Para Carmelo Mesa-Lago, “as reformas não-estruturais ou paramétricas melhoram o sistema de pensões público para fortalecê-lo financeiramente em longo prazo, por

³⁵⁹ LETTIERI, Antonio. *Jonas o della crisi dei sistemi pensionistici*. Informe INPS Itália, disponível em: www.inps.it. Vários acessos de 2004 a 2007.

exemplo, aumentam a idade de aposentadoria ou as cotizações ou regulam de forma mais estrita a fórmula de cálculos das pensões”.³⁶⁰

Esta a modalidade de reforma que vem prevalecendo no Brasil. Não somente as modificações do critério de cálculo para os benefícios – modificações para 80% do tempo contributivo, como também o aumento da aposentadoria mínima, e, ainda, a modificação de tempo de serviço para tempo de contribuição e mesmo a contribuição previdenciária dos inativos, todos são exemplos de reformas paramétricas e não de reformas estruturais.

O sistema previdenciário brasileiro se caracteriza, principalmente, pela baixa cobertura que é determinada pelo mercado informal e pelo desemprego. Conforme estudo do Ministério da Previdência Social, existem 40,7 milhões de trabalhadores ativos que não contribuem para a Previdência Social. Esse contingente corresponde a 57,7% da população ativa, ou seja, quase 58 em cada cem trabalhadores ativos não possuem vínculo contributivo com a previdência.³⁶¹

4.9.1 As conseqüências das alterações oriundas das Emendas Constitucionais n. 20 e n. 41 e o equilíbrio financeiro e atuarial dos regimes de Previdência Social

O principal fator que motivou a última reforma previdenciária foi a questão do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema e a pressão fiscal sobre o Estado brasileiro. A reforma constitucional de 1998 que resultou na Emenda Constitucional n. 20 atingiu principalmente o Regime Geral de Previdência Social – tendo por base, principalmente, a criação do fator previdenciário e a ampliação do período de cálculo do benefício – aumentou as idades mínimas e estabeleceu regras mais rígidas para concessão de benefícios. Além disso, incentivou o desenvolvimento da previdência complementar.

³⁶⁰ MESA-LAGO, Carmelo, op. cit., 2004, p. 29.

³⁶¹ *Informe de Previdência Social*. Brasília: MPS, n. 3, v. 15, mar./2003.

A reforma que resultou na Emenda Constitucional n. 41/2003 atingiu de forma contundente os servidores pertencentes aos regimes próprios de previdência social que já tinham sido alterados pela Emenda Constitucional n. 20/98. Essa reforma segue a mesma linha da EC n. 20/98 suprimindo benefícios, só que agora o grupo atingido é o de servidores públicos. Também tratou da implementação dos fundos de pensão com regimes de capitalização e com planos de benefícios de contribuição definida.

Outra medida adotada pela Emenda Constitucional n. 41/2003 foi a ampliação do teto do benefício previdenciário do Regime Geral de Previdência Social.

4.9.1.1 Regime Geral de Previdência Social

O modelo de financiamento da Seguridade Social brasileira, fundada na tríplice contribuição de trabalhadores, empregadores e do Estado, inspira-se no sistema delineado na Alemanha no final do século XIX.

Para Eduardo Rocha Dias e José Leandro Monteiro de Macedo,³⁶² o custeio da Seguridade Social, nos termos do artigo 195 da Constituição, incumbe ao Estado, por meio de recursos provenientes dos orçamentos da União, dos estados, do distrito federal e dos municípios, e à sociedade, pelas contribuições cobradas dos trabalhadores e das empresas. A Emenda Constitucional n. 42/2003 acrescentou o inciso IV ao mencionado artigo 195, prevendo mais uma fonte de custeio: a contribuição do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar. Assim, as contribuições vertidas por empresas e trabalhadores de hoje custeiam os benefícios de quem trabalhou ontem, configurando um

³⁶²DIAS, Eduardo Rocha & MACÊDO, José Leandro Monteiro de. *A nova previdência social do servidor público (de acordo com a Emenda Constitucional n. 41/2003)*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, pp. 60-1.

“pacto intergeracional”, que qualifica o sistema de financiamento da Seguridade Social em um sistema de repartição simples. Esse sistema difere do sistema de capitalização que, em vez de um caixa único, permite a existência de contas individualizadas por segurado. O montante existente nessas contas determina o valor dos benefícios. O regime de capitalização é um mecanismo de formação de poupança. Portanto, é preciso uma eficiente fiscalização governamental para evitar que a má gestão das entidades privadas acarrete prejuízos aos participantes.

A Emenda Constitucional n. 20/98 manteve o Regime Geral de Previdência Social como um sistema de repartição simples, a cargo do poder público, sem prejuízo da existência da previdência privada, que tem caráter complementar. Da mesma forma, os deveres do Estado no tocante à assistência social e à saúde não foram diminuídos.

A diversidade da Seguridade Social e das técnicas protetivas correspondentes não podem conduzir ao entendimento de que os gastos do Estado com ela devem merecer uniformidade de tratamento. Não se pode considerar a previdência, de caráter contributivo, da mesma forma que a assistência social, na qual o elemento solidário e redistribuidor de renda é mais visível. Para Ilídio das Neves,³⁶³ o sistema de seguridade português vislumbrou de forma nítida a solidariedade, e sobre o tema fez as seguintes considerações:

De facto, longe de ser unitário e homogêneo, isto é, materialmente unificado, como poderia parecer do ponto de vista formal da organização e gestão, o sistema português apresenta-se como uma realidade bastante complexa e diversificada, com uma estrutura interna que deve ser considerada compósita, já que exprime três realidades sistêmicas perfeitamente diferenciadas.

As realidades sistêmicas que integram o sistema de Seguridade Social portuguesa são: por um lado, o sistema de segurança social que, por seu turno, comporta o subsistema previdencial, que assegura uma protecção económica com referência a rendimentos mínimos, de base não contributiva, isto é, heterofinanciada; por outro lado, o sistema de acção social, que providencia uma protecção em serviços sociais, também de base não-contributiva, embora admita participações financeiras dos utentes e disponha de algumas receitas próprias ou consignadas por lei.

³⁶³ NEVES, Ilídio das. *Crise e reforma da segurança social – equívocos e realidades*. Lisboa: Edições Chambel, 1998, pp. 60-1.

A diferenciação de cada uma das realidades sistêmicas manifesta-se em aspectos essenciais, que mutuamente as distinguem de modo claro, ou seja, quanto aos pontos seguintes: objectivos específicos de protecção social prosseguidos, âmbito pessoal ou universo diferenciado dos destinatários (pessoas protegidas), técnicas próprias de definição da natureza e do conteúdo dos direitos sociais, quadro normativo adoptado e suas características, formas de financiamento e de captação das receitas.

O número crescente de aposentados, se comparado com o de trabalhadores em atividade, aliado ao aumento da expectativa de vida da população, são fatores que justificam o desequilíbrio na Seguridade Social brasileira. No entanto, a Constituição Federal dispõe que o financiamento da Seguridade Social é responsabilidade dos trabalhadores, das empresas que são responsáveis pelo maior volume de contribuições, principalmente pelas contribuições sobre a receita ou o faturamento e o lucro. Como se trata de regime de repartição simples em que a contribuição individual do segurado não é a única fonte de custeio, é oportuno constatar que o elevado nível de trabalho informal na economia brasileira (decorrente, entre outros fatores, dos altos encargos sobre a folha), engrossado por políticas governamentais levam ao aumento do desemprego e, conseqüentemente, à redução das contribuições incidentes sobre a folha de salários.

No Regime Geral de Previdência Social há um equívoco ao se considerar que as despesas com benefícios de trabalhadores rurais, que pouco contribuíram para o sistema de Previdência Social, da mesma forma que as despesas com benefícios de segurados urbanos, constituem um dos motivos do déficit da previdência, pois o que ocorre é um erro de custeio do sistema de Seguridade Social, uma vez que os benefícios dos trabalhadores rurais deveriam ser cobertos pela assistência social.³⁶⁴

³⁶⁴ Os segurados especiais são contribuintes da Seguridade Social. Em 2003, as contribuições rurais somaram R\$ 20,6 bilhões, o que gerou um resultado negativo de R\$ 17,7 bilhões, representando 67,3% da necessidade de financiamento total do Regime Geral de Previdência Social, que foi de R\$ 26,4 bilhões (*Informe da Previdência*, v. 16, n. 2, fev./2004, disponível em: www.mps.gov.br. Acesso em 01/2007). “CF: Art. 195 – [...] § 8º: o produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a

As contribuições dos empregadores previstas no art. 195, inciso I, da Constituição Federal alterado pela Emenda Constitucional n. 20/98, diz que as contribuições são devidas não só pelos empregadores, mas também pela empresa e pela entidade a ela equiparada por lei, incidindo não apenas sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro, mas, também, sobre os rendimentos do trabalho pagos a qualquer título à pessoa física, mesmo que sem vínculo empregatício e sobre a receita. As contribuições incidentes sobre o faturamento e o lucro são arrecadadas pela União, por meio da Receita Federal e cabe ao INSS a arrecadação das contribuições incidentes sobre a folha de salários.³⁶⁵ A Seguridade Social possui orçamento próprio distinto do orçamento fiscal da União, conforme se verifica no artigo 165, § 5º, da Constituição. Assim, todas as receitas arrecadadas em virtude da cobrança das ditas

Seguridade Social mediante aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei” (redação dada pela Emenda Constitucional n. 20/98).

³⁶⁵ Hugo de Brito Machado (*Curso de direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 313) ressalta que o Supremo Tribunal Federal considerou constitucional essa dualidade, sob o argumento de que o importante não é quem arrecada a contribuição, mas sim a destinação orçamentária. Lei n. 8212/91, art. 33 – “Ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas ‘a’, ‘b’ e ‘c’ do parágrafo único do art. 11, bem como as contribuições incidentes a título de substituição; e à Secretaria da Receita Federal (SRF) compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas ‘d’ e ‘e’ do parágrafo único do art. 11, cabendo a ambos os órgãos, na esfera de sua competência, promover a respectiva cobrança e aplicar as sanções previstas legalmente. [\(Redação dada pela Lei n. 10.256, de 09/07/2001\)](#) § 1º: É prerrogativa do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e do Departamento da Receita Federal (DRF) o exame da contabilidade da empresa, não prevalecendo para esse efeito o disposto nos artigos 17 e 18 do Código Comercial, ficando obrigados a empresa e o segurado a prestar todos os esclarecimentos e informações solicitados. § 2º: A empresa, o servidor de órgãos públicos da administração direta e indireta, o segurado da Previdência Social, o serventário da Justiça, o síndico ou seu representante, o comissário e o liquidante de empresa em liquidação judicial ou extrajudicial são obrigados a exhibir todos os documentos e livros relacionados com as contribuições previstas nesta Lei. § 3º: Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e o Departamento da Receita Federal (DRF) podem, sem prejuízo da penalidade cabível, inscrever de ofício importância que reputarem devida, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário. § 4º: Na falta de prova regular e formalizada, o montante dos salários pagos pela execução de obra de construção civil pode ser obtido mediante cálculo da mão-de-obra empregada, proporcional à área construída e ao padrão de execução da obra, cabendo ao proprietário, dono da obra, condômino da unidade imobiliária ou empresa co-responsável o ônus da prova em contrário. § 5º: O desconto de contribuição e de consignação legalmente autorizadas sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa a isso obrigada, não lhe sendo lícito alegar omissão para se eximir do recolhimento, ficando diretamente responsável pela importância que deixou de receber ou arrecadou em desacordo com o disposto nesta lei. § 6º: Se, no exame da escrituração contábil e de qualquer outro documento da empresa, a fiscalização constatar que a contabilidade não registra o movimento real de remuneração dos segurados a seu serviço, do faturamento e do lucro, serão apuradas, por aferição indireta, as contribuições efetivamente devidas, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário. § 7º: O crédito da Seguridade Social é constituído por meio de notificação de débito, auto-de-infração, confissão ou documento declaratório de valores devidos e não recolhidos apresentado pelo contribuinte [\(Incluído pela Lei n. 9.528, de 10/12/97\)](#).

contribuições devem destinar-se ao custeio das ações referentes à previdência, assistência e saúde e a integrar o orçamento próprio da seguridade.

Quanto ao déficit do Regime Geral de Previdência Social, a cargo do INSS, causa espécie a circunstância de muitas manifestações oficiais levarem em conta apenas as contribuições arrecadadas pelo próprio INSS, desconsiderando as contribuições incidentes sobre o faturamento e o lucro, arrecadados pela Receita Federal.³⁶⁶

No ano de 2003, quando o referido “déficit” teria atingido vinte e um bilhões de reais, segundo dados do Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário, o aumento da arrecadação ocorreu, sobretudo, com majorações da alíquota da COFINS de 2% para 3% e posteriormente para 7,6%.³⁶⁷

Ao analisar os dados supramencionados, Hugo de Brito Machado³⁶⁸ fez as seguintes considerações:

O exame dos balanços gerais da União revela que as contribuições de previdência, que representavam, em 1989, apenas 34% da receita tributária, passaram a oscilar entre 110 % e 121% nos anos de 1990 até 1994. Em 1995, a arrecadação dessas contribuições correspondeu a mais de 148% da receita tributária. Em outras palavras, as contribuições de previdência corresponderam, em 1995, a quase vez e meia de tudo quanto a União arrecadou com todos os seus tributos.

E continua:

É mais razoável acreditar-se que as receitas desta [da Seguridade Social], arrecadadas pelo Tesouro Nacional, sob as vistas complacentes do Supremo Tribunal Federal, estejam sendo desviadas para outras finalidades.

³⁶⁶ A informação publicada pelo jornal *Folha de S.Paulo*, em suas edições de 29 de outubro de 1998 (suplemento especial referente ao Pacote Fiscal, p. 16) e de 6 de novembro de 1998 (idem, p. 8), de que o déficit do INSS para 1998 possivelmente atingiria R\$ 7,8 bilhões, levava em conta somente a diferença entre o que o próprio INSS arrecadava e o que despende com o pagamento de benefícios; omitiu, no entanto, que a Seguridade Social brasileira também deve ser custeada com recursos das contribuições sobre o faturamento e o lucro, mais do que suficientes para gerar saldo positivo nas contas da previdência. No ano de 1998, o déficit de Regime Geral de Previdência Social (diferença entre o valor dos benefícios previdenciários pagos e a arrecadação apenas do INSS) alcançou R\$ 7,4 bilhões. A arrecadação da Receita Federal, no mesmo ano, referente às contribuições sobre o faturamento (COFINS) e lucro alcançou R\$ 26,4 bilhões.

³⁶⁷ Dados divulgados pelo jornal *Gazeta Mercantil*, nas edições de 5, 6, e 7 de março de 2004, p. A-4.

³⁶⁸ Hugo de Brito Machado, op. cit., p. 313.

A observação de Hugo de Brito é confirmada por diversas medidas adotadas pelo governo, como a aprovação pela Emenda Constitucional n. 20/98 da Desvinculação de Receita da União (DRU), que reconhece que as receitas de contribuições da seguridade eram desviadas, principalmente, as incidentes sobre o faturamento e o lucro, para outras finalidades, a exemplo do pagamento de juros da dívida pública. Nesse sentido, foi acrescentado, por meio da Emenda Constitucional n. 20/98, o inciso XI, ao artigo 167 Carta Magna, redigido nos seguintes termos:

Art. 167 – São vedados:

[...]

XI – a utilização dos recursos provenientes das contribuições sociais de que trata o art. 195, I, a, e II, para a realização de despesas distintas do pagamento de benefícios do Regime Geral de Previdência Social de que trata o art. 201.³⁶⁹

As contribuições de que trata o artigo 195, I, “a”, e II, com a redação da Emenda Constitucional n. 20/98, são, respectivamente, as contribuições da empresa incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho e as contribuições dos trabalhadores. Por outras palavras, as contribuições de que trata o artigo 195, “b” e “c”, que são as incidentes sobre o faturamento e o lucro, podem ser utilizadas para despesas distintas do pagamento de benefícios do Regime Geral de Previdência Social.³⁷⁰

Assim, é flagrantemente inconstitucional a utilização desses recursos para finalidades diversas daquelas atribuídas pela Constituição à Seguridade Social. A interpretação do mencionado artigo 167, inciso XI, da Constituição deve servir para coibir os abusos até agora praticados na gestão desses recursos.

³⁶⁹ Aplica-se esse dispositivo ao Regime Próprio de Previdência Social, por força do artigo 40, § 12, da Constituição Federal e do artigo 1º, inciso III, da Lei n. 9.717/98.

³⁷⁰ Sobre este tema entende-se que a única interpretação capaz de compatibilizar a referida norma, editada pelo poder constituinte originário, que fixou a autonomia orçamentária da Seguridade Social e a destinação específica das contribuições sociais (artigos 165, § 5º, e 195, *caput*), é a que admite como despesas distintas do pagamento de benefícios do Regime Geral de Previdência Social unicamente as referentes ações na área da saúde e da assistência social.

Nesse sentido, Wagner Balera³⁷¹ aduz que,

portanto, a crise financeira do sistema de Seguridade Social vem sendo, sistematicamente agravada pelos desvios crescentes e prolongados de suas receitas para outras atividades do Estado. As reformas previdenciárias atacam o problema reduzindo direitos sociais e as reformas fiscais agravam-no reduzindo receitas fiscais. Cria-se, assim um verdadeiro círculo vicioso pelo qual de nada adianta reduzir despesas porque, ao mesmo tempo, estão reduzindo (ou melhor dizendo, desviando) receitas. Portanto, podemos identificar que estão em marcha reformas e contra-reformas no sistema de proteção social brasileiro. Alguns reduzem direitos sociais – como as emendas n. 20/98 e n. 41/2003 – enquanto outras desviam receitas da Seguridade Social.

Com relação ao cálculo das aposentadorias, a Emenda Constitucional n. 20/98 retirou da Constituição a fórmula de cálculo até então vigente e prevista no artigo 202 da Constituição originária, ao deixar ao legislador infraconstitucional a tarefa de regulamentar a nova fórmula de cálculo. Até a promulgação da EC n. 20/98, a aposentadoria era calculada só com a média aritmética dos últimos 36 meses. A primeira medida do legislador infraconstitucional, após a emenda, foi aumentar o período de cálculo. A partir da regulamentação da reforma, a aposentadoria passou a ser calculada de acordo com a média aritmética simples de 80% (oitenta por cento) dos maiores salários-de-contribuição do segurado, multiplicada pelo fator previdenciário. O principal objetivo foi criar uma proporção entre o tempo contribuído e o tempo de recebimento de benefício. O fator previdenciário foi instituído pela Lei n. 9.876/99, que combinou os fatores idade mínima, tempo de contribuição e expectativa de vida do segurado. O fundamento constitucional está prescrito no artigo 201, que determina a observância do equilíbrio financeiro e atuarial.³⁷²

A Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101, de 04 de maio de 2000), em seu artigo 2º, IV, incide no mesmo vício de inconstitucionalidade ao definir a

³⁷¹ BALERA, Wagner. “Sobre reformas e reformas previdenciárias”. *Revista de Direito Social*, n. 12. Porto Alegre: Nota 10, out./dez.-2003, p. 25.

³⁷² O Supremo Tribunal Federal não concedeu liminar na postulação de inconstitucionalidade do fator previdenciário, pois a preservação do equilíbrio financeiro e atuarial está prevista na Carta Magna, dando respaldo a que o fator previdenciário seja instituído por lei ordinária (Pleno, ADInMC 2.110-DF e ADInMC 2.111-DF, j. 16.03.2000, Rel. Min Sydney Sanches, Informativo STF n. 181, de 13 a 17/03/2000).

receita corrente líquida para a União Federal com a exclusão, somente, das contribuições dos trabalhadores, das incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho (art. 195, incisos I, alínea a, e II) e da contribuição ao PIS (art. 239 da Constituição). Ou seja, as contribuições incidentes sobre o faturamento ou receita e o lucro são consideradas integrantes da receita corrente líquida da União, a despeito de sua vinculação constitucional à seguridade.

4.9.1.2 Regime próprio dos servidores públicos

Antes da Emenda Constitucional n. 41/2003, os servidores públicos se aposentavam com proventos no mínimo iguais aos de seus vencimentos na atividade, enquanto os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, além de estarem sujeitos a um teto previdenciário, instituído pelo Poder Executivo, possuíam regras de cálculo que acarretava invariavelmente um valor inferior ao do último salário-de-contribuição do segurado. Assim, enquanto a contribuição dos servidores incidia sobre o total de sua remuneração, a contribuição dos segurados do RGPS encontrava-se sujeita ao teto previdenciário.

A diversidade de regras existentes entre os segurados do RGPS e os servidores públicos do RPPS é lesiva ao princípio da isonomia e indicativa de privilégios para os servidores; entretanto, é possível de ser defendida como instrumento de proteção do próprio Estado e da sociedade, na medida em que permite aos servidores exercerem suas funções com maior autonomia, sem se sujeitarem a pressões decorrentes da preocupação em complementar sua aposentadoria. Ressalte-se que o regime jurídico dos servidores públicos consagra restrições quanto ao exercício de outras atividades, seja no próprio serviço público (regras de acumulação), seja na iniciativa privada (exercício de atividade comercial), e, além disso, impõe um regime disciplinar específico. Os servidores públicos, por sua vez, constituem um elemento humano indispensável à instituição de políticas públicas, ao exercício de atividades

típicas de Estado (como fiscalização e arrecadação) e à própria construção de um Estado Social.

As atividades do Estado e os fins que ele deve atingir demandam a atuação, imprescindível, de seus servidores, muitos dos quais exercem funções que não aconselham a aplicação das mesmas normas referentes ao setor privado para disciplinar seu relacionamento com o poder público, até mesmo no que toca a seus direitos previdenciários.

A Constituição Federal, em seu artigo 247, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 19/98, refere-se à necessidade de se estabelecerem, por lei, critérios e garantias especiais para a perda do cargo pelo servidor público estável que, em decorrência das atribuições de seu cargo efetivo, desenvolva atividades típicas de Estado. Portanto, existe previsão constitucional de servidores que exercem atividades típicas de Estado e outros que não exigem a importância das atribuições dos primeiros devido a normas diferenciadas.

Nesse sentido, foi a decisão adotada pelo Supremo Tribunal Federal, a respeito da Lei n. 9.986, de 18 de julho de 2000 (DUO de 19/07/2000), que determinou que o regime de pessoal das agências reguladoras seria o da CLT. Esta determinação legal viola a independência técnica – que é a de exigir do quadro de servidores das agências – e, portanto, foi suspensa pela Corte Maior, mediante liminar concedida na ADIn 2.310-1-DF, relatada pelo Ministro Marco Aurélio de Mello.³⁷³ O ministro considerou que o regime de emprego público é incompatível com a tarefa de fiscalização desenvolvida pelas agências, a qual constitui uma atividade típica de Estado. Assim, temos o seguinte trecho do voto:

Os servidores das agências reguladoras hão de estar, necessariamente, submetidos ao regime de cargo público, ou podem, como previsto na lei em exame, ser contratados para empregos públicos?

Ninguém coloca em dúvida o objetivo maior das agências reguladoras, no que está ligado à proteção do consumidor, sob os mais diversos aspectos negativos – ineficiência, domínio do mercado, concentração econômica, concorrência desleal e aumento arbitrário dos lucros.

³⁷³ Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 01/2007.

Hão de estar as decisões desses órgãos imunes a aspectos políticos, devendo fazer-se presente, sempre, o contorno técnico. É isso o exigível não só dos respectivos dirigentes – detentores de mandato – mas também dos servidores – reguladores, analistas de suporte à regulação – Anexo I da Lei n. 9.986/2000 – que, juntamente com os primeiros, hão de corporificar o próprio Estado nesse mister da mais alta importância, para a efetiva regulação dos serviços.

Prescindir, no caso, da ocupação de cargos públicos, com os direitos e garantias a eles inerentes, é adotar flexibilidade incompatível com a natureza dos serviços a serem prestados, igualizando os servidores das agências a prestadores de serviços subalternos, dos quais não se exige, até mesmo, escolaridade maior, como serventes, artífices, mecanógrafos, entre outros.

Atente-se para a espécie. Está-se diante de atividade na qual o poder de fiscalização, o poder de polícia fazem-se com envergadura ímpar, exigindo, por isso mesmo, que aquele que a desempenhe sinta-se seguro, atue sem receios outros, e isso pressupõe a ocupação de cargo público, a estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição Federal.³⁷⁴

A Emenda Constitucional n. 20/98, que alterou o artigo 40 da Constituição originária, traçou, pela primeira vez, normas atinentes à previdência dos servidores públicos de todas as esferas de governo. Antes desta emenda não existia um corpo orgânico e uniforme de regras referentes à matéria. Na esfera federal, por exemplo, muito embora diversas categorias de servidores contribuíssem para o seu sistema previdenciário, a obrigatoriedade da contribuição somente foi determinada a partir da Emenda Constitucional n. 03/1993, que modificou a redação do § 6º do artigo 40 da Constituição, prevendo que “as aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais serão custeadas com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores, na forma da lei”. O parágrafo único do artigo 149 da Carta Maior, em sua redação originária, não exigia a contribuição de forma obrigatória, mas dizia que os entes estatais poderiam cobrá-la. Assim, já que algumas vezes a contribuição cobrada destinava-se apenas à pensão, faz sentido dizer que benefícios (aposentadoria e pensão) eram custeados pelos respectivos tesouros à conta de impostos gerais. Ou seja, toda a sociedade financiava a “previdência” dos servidores públicos, política de pessoal referente aos mencionados agentes públicos.

³⁷⁴ Decisão divulgada no site *Consultor Jurídico* (www.conjur.com.br), em sua edição de 20/12/2000.

A inexistência de regras claras a respeito da contribuição do ente público (diversamente do que se verificava para o empregador no âmbito do INSS) fazia com que o Estado não se preocupasse em contribuir. Ademais, o Estado, seria credor e devedor de si mesmo. No entanto, a experiência mostrou que a ausência dessas regras levou a uma série de distorções. Não se tratou a previdência dos servidores com o rigor técnico necessário, concedendo integralidade entre o benefício e a última remuneração sem qualquer preocupação com o histórico contributivo do servidor.³⁷⁵

Outro fator preponderante era a paridade entre ativos e inativos, estendendo-se aos últimos vantagens e reajustes concedidos aos primeiros sem haver correspondência com o nível de contribuição que tiveram em atividade. Havia mecanismos de incorporação à remuneração e aos proventos de aposentadoria de vantagens transitórias (auferidas durante algum tempo), onerando ainda mais a folha de pagamento do Estado.

A previsão de um Regime Jurídico Único por parte da Constituição Federal de 1988, que implicou a mudança de regime de celetista para estatutário de um grande número de servidores, acarretou conseqüências para seu regime de previdência, tendo em vista que, na situação anterior, se aposentavam pelo Regime Geral de Previdência Social, ao passo que, após a conversão de regime jurídico, passaram a se aposentar por seus sistemas próprios de previdência, onerando os cofres públicos, já que passaram a ter direito à integralidade de sua última remuneração, bem como à paridade com os ativos.³⁷⁶

³⁷⁵ Nesses casos era possível ter contribuído a maior parte da vida laboral sobre um valor pequeno para o INSS; ou ser aprovado em um concurso público de remuneração mais elevada e se aposentar com um valor alto que não correspondia ao montante sobre o qual o servidor contribuiu.

³⁷⁶ No momento da instituição do regime jurídico único, Lei n. 8.112/90, dos 750 mil servidores civis da União naquela data, mais de 150 mil eram regidos pela Lei n. 1.711/52 (estatutários) e aproximadamente 600 mil eram celetistas (SILVA, Delúbio Gomes da. *Regime de previdência social dos servidores públicos no Brasil: perspectivas*, op. cit., p. 21). Ademais, o impacto financeiro e orçamentário dessas medidas se fez sentir a partir da estabilidade monetária propiciada pelo Plano Real, em 1994. Em 2002, por exemplo, a diferença entre os gastos com aposentadorias e pensões no serviço público e o valor das contribuições vertidas, compreendendo União, estados, DF e municípios, chegou a aproximadamente 39,1 bilhões de reais. No plano da União Federal, o déficit é de 22,1 bilhões de reais e nos estados é de 14,5 bilhões. E tais valores já incluem, além das contribuições dos servidores, a contribuição dos entes estatais, considerada como o dobro (dois para um) da

A Emenda Constitucional n. 20/98 criou um autêntico sistema previdenciário para os servidores e instituiu a previsão de seu caráter contributivo obrigatório com regras para preservar o equilíbrio financeiro e atuarial ao impor as seguintes medidas: a) transformou o conceito de tempo de serviço em tempo de contribuição; b) proibiu a contagem de tempo de serviço fictício; c) extinguiu a aposentadoria proporcional por tempo de serviço; d) criou a aposentadoria por tempo de contribuição vinculada a requisitos de tempo de contribuição e idade mínima; d) aproximou o regime dos servidores ao Regime Geral de Previdência Social pela cláusula prevista no § 12 do artigo 40 e pela previsão da possibilidade de instituir uma previdência complementar, hipótese em que os servidores poderiam ser sujeitos ao mesmo teto do RGPS. Adotou, ademais, regras mais claras sobre a aplicação do teto remuneratório nas acumulações de remunerações e proventos de aposentadorias e pensões, mas manteve-se, porém, a integralidade e a paridade entre ativos e inativos. Estas são as chamadas regras permanentes, válidas a princípio para os que ingressaram no sistema a partir da publicação da Emenda Constitucional n. 20/98. Manteve-se a proteção a situações de direito adquirido, bem como foram previstas regras de transição, de forma a beneficiar quem não tivesse ainda direito adquirido às normas anteriores.³⁷⁷

A Emenda Constitucional n. 41, de 31 de dezembro de 2003, concluiu as alterações iniciadas com a Emenda Constitucional n. 20/98. Assim, quanto aos requisitos para a concessão da aposentadoria, foram mantidas as regras permanentes do artigo 40 da Constituição Federal e alteradas as regras transitórias para quem era servidor em 16 de dezembro de 1998. Nesse sentido, foi extinta a aposentadoria com proventos proporcionais,

contribuição dos primeiros (Dados fornecidos pelo Ministério da Previdência Social e indicados na exposição de motivos que acompanhou a proposta de emenda constitucional que resultou na EC n. 41/2003 e que foi publicada na obra *Reforma da previdência em questão*, organizada por Lauro Morhy, cf. p. 385).

³⁷⁷ Posteriormente ou simultaneamente com a Emenda Constitucional n. 20/98, foram editados outros atos normativos que concretizaram várias de suas disposições. No tocante aos regimes de previdência dos servidores públicos, foram editadas as Leis n. 9.717/98 e n. 9.796/99, estabelecendo respectivamente normas gerais para os referidos regimes, dentre as quais a obrigação de o ente público contribuir para o sistema com até o dobro do valor da contribuição dos segurados, e as regras referentes à compensação previdenciária entre os diferentes sistemas.

prevista no artigo 8º, § 1º, da Emenda Constitucional n. 20/98, bem como foi imposta a aplicação de um redutor no valor da aposentadoria com proventos integrais por cada ano antecipado em relação às idades previstas no artigo 40, § 1º, alínea “a”, e § 5º da Constituição Federal. O objetivo dessas alterações foi evitar aposentadorias precoces a partir dos quarenta e oito anos de idade, para a mulher, e cinquenta e três anos de idade, para o homem, principalmente levando-se em conta que a expectativa de vida do brasileiro superou a casa dos setenta anos.

No que concerne ao critério de cálculo das aposentadorias, a Emenda Constitucional n. 41/2003 acabou com a regra da integralidade. Antes desta EC, os proventos de aposentadoria eram calculados com base na remuneração integral de cargo efetivo em que se dava a aposentadoria. O tempo máximo exigido de permanência no cargo efetivo em que se concedia a aposentadoria era de apenas cinco anos, ainda assim somente para a modalidade de aposentadoria voluntária. Por consequência, a regra da integralidade possibilitava a concessão de aposentadoria em valor superior ao esforço contributivo do servidor. A nova regra adotada pela Emenda Constitucional n. 41/2003 determina que o valor da aposentadoria seja calculado com base nas remunerações sobre as quais incidiu contribuição previdenciária para o Regime Geral de Previdência Social e para o Regime Próprio de Previdência Social, ou seja, a base de cálculo da aposentadoria passou a considerar a vida laboral e o esforço contributivo do servidor, homenageando, dessa forma, o princípio da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial, necessário para a manutenção do sistema protetivo.

Com relação ao critério de reajuste dos proventos de aposentadoria e pensões, extinguiu-se a regra da paridade. Os benefícios dos servidores passaram a ser reajustados,

conforme critérios definidos em lei, de forma a preservar o seu valor real, igualando ao Regime Geral de Previdência Social.³⁷⁸

A Emenda Constitucional n. 41/2003 introduziu no cálculo da pensão por morte aplicação do redutor de 30% sobre o valor excedente ao teto do regime de Previdência Social, tendo como justificativa que os rendimentos, com a morte do servidor, deverá sustentar um grupo familiar menor, com a finalidade de manter o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema protetivo.

Os §§ 14, 15 (alterado pela EC n. 41/2003), e 16 do artigo 40 da Constituição passaram a regulamentar a instituição da previdência complementar do servidor público como condição para a aplicação do teto do regime geral nos benefícios da previdência do regime próprio. Esta emenda determinou a criação de previdência complementar por lei de iniciativa do Poder Executivo, conforme o disposto no artigo 202 da Constituição Federal, por intermédio de entidade fechada de previdência complementar, de natureza pública, que oferecerá planos somente na modalidade contribuição definida. As alterações, assim, facilitaram a criação da previdência complementar e garantiram que essa poupança coletiva seria gerida por ente de natureza pública, sem finalidade lucrativa, o que traz segurança para os servidores que aderirem ao sistema. Acresça-se que esses fundos têm a finalidade de desonerar o Tesouro do aporte de recursos para financiamento dos sistemas próprios de previdência de seus servidores e dependentes, até mesmo para limitar suas despesas. Todavia, é importante salientar que os servidores que ingressarem no serviço público antes da instituição dos regimes de previdência complementar poderão optar pela sistemática imposta no § 15 do artigo 40.³⁷⁹

³⁷⁸ No serviço público federal, a título de exemplo, existem 942 mil inativos e pensionistas e 851 mil ativos, ou seja, há mais inativos e pensionistas do que servidores em atividade. Dados coletados no site www.mps.gov.br, *Informativo da Previdência Social* de nov./2002. Acesso em 01/2007.

³⁷⁹ “CF: Art. 40 – [...] § 14: A União, os estados, o distrito federal e os municípios, desde que instituíam regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão fixar, para o

A fixação do novo teto remuneratório, como limite para o somatório do total de proventos e da remuneração de servidores, aposentados e pensionistas, incluídas as vantagens de caráter pessoal, tem dois obstáculos a serem superados: operacionais e jurídicos. O operacional relaciona-se à necessidade de se instituir um sistema informatizado de banco de dados, a ser compartilhado pelas diferentes esferas do governo. A perspectiva jurídica se foca na existência ou não de impedimentos à aplicação do novo teto para o efeito de aumentar o valor pago a servidores, aposentados e pensionistas, cujos critérios de cálculo de remuneração ou proventos sejam decorrentes de normas anteriores à Emenda n. 41/2003. Quanto às situações com fundamento no artigo 17 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, não se poderia diminuir o que já vinha sendo pago aos servidores, pois não se aplica alteração por meio de emenda constitucional retroativamente com a finalidade de atingir situações anteriores já constituídas em que se tenha fixado determinada fórmula de cálculo do valor da remuneração ou dos proventos. Nesse sentido, haveria direito adquirido inatingível, sob a forma do princípio da irredutibilidade da remuneração ou dos proventos.³⁸⁰

valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata este artigo, o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social de que trata o artigo 201. [\(Incluído pela Emenda Constitucional n. 20, de 15/12/98\)](#) § 15: O regime de previdência complementar de que trata o § 14 será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, observado o disposto no artigo 202 e seus parágrafos, no que couber, por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional n. 41, de 19/12/2003\)](#) § 16: Somente mediante sua prévia e expressa opção, o disposto nos §§ 14 e 15 poderá ser aplicado ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar. [\(Incluído pela Emenda Constitucional n. 20, de 15/12/98\)](#) **A previdência complementar prevista no § 15º do artigo 40 da Constituição Federal não se confunde com a instituição de fundos, integrados por recursos provenientes de contribuições e por bens, direitos e ativos de qualquer natureza, destinados a assegurar recursos para o pagamento de proventos de aposentadorias e pensões concedidas aos respectivos servidores e seus dependentes, previstas pelo artigo 248 da Constituição, acrescido pela Emenda Constitucional n. 20/98.”** (grifo nosso)

³⁸⁰ **ADIn n. 1898-1 Distrito Federal.** Relator Ministro Octávio Gallotti. **EMENTA:** Ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República contra ato normativo da presidência do Conselho da Justiça Federal, onde se baixaram tabelas de remuneração de magistrados, com base em valor atribuído aos subsídios de ministro do Supremo Tribunal, antes que venham estes a ser fixados por lei formal. Relevância do fundamento jurídico da inicial, perante o artigo 37, inciso XI da Constituição, com a redação dada pela Emenda n. 19, cujo artigo 29 não foi reputado auto-aplicável em decisão administrativa do Supremo Tribunal. Medida cautelar deferida, por maioria, com efeitos ex- tunc.

Importante destacar o entendimento do professor Wagner Balera³⁸¹ a respeito do teto remuneratório:

Entendo que não pode a emenda à Constituição, em virtude do princípio da irredutibilidade, provocar diminuição nos proventos da inatividade mediante critérios que, adredemente, tornem impossível a obtenção de padrão de vida digno do trabalhador. De igual modo, a emenda constitucional não é veículo idôneo para repercutir de modo instantâneo sobre cláusulas imodificáveis.³⁸² [...] A única possibilidade de ocorrência de redução no valor do benefício já concedido foi contemplada pelo artigo 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 05/10/1988, explicitando que se tratava de direito adquirido.³⁸³

E, continua:

Tratava-se, por conseguinte, de limitação constitucional transitória da cobertura previdenciária já anteriormente concedida que, a partir daquele momento, de imediato, se via reduzida ao teto pelo qual o sistema de proteção social instaurado pelo Estatuto Fundamental considerava suficientemente amparados todos quantos dele fruissem as prestações continuadas de que beneficiavam até então. Naturalmente, nenhum sentido teria o preceito quando considerado o futuro da proteção social em nosso país. Todas as futuras prestações já nasceriam debaixo do limite de cobertura que veria a ser descrito na hipótese de incidência da lei a ser editada com fundamento no artigo 48, inciso XV, da Constituição.³⁸⁴

Ocorre que a lei de iniciativa conjunta dos chefes dos três poderes da República jamais foi editada; assim, o STF decidiu pela inaplicabilidade do teto remuneratório na forma prevista pela EC n. 19/98.³⁸⁵ Esse entendimento foi reiterado no julgamento da ADI n. 1898-1, no qual conclui-se que o inciso XI do artigo 37, com redação dada pela EC n. 19/98, não era auto-aplicável. Portanto, na ausência de lei de iniciativa conjunta, vigeria a redação original do CF/88. Logo, o STF entendeu que o teto remuneratório, até o advento da EC n.

³⁸¹ BALERA, Wagner. “Sobre reformas e reformas previdenciárias”, op. cit., pp. 35-7.

³⁸² **EC 41/2003 – Art. 9º** – “Aplica-se o disposto no artigo 17 do Ato das Disposições Transitórias aos vencimentos, remunerações e subsídios dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autarquia e fundacional, dos membros de qualquer dos poderes da União, estados, distrito federal e municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza”.

³⁸³ **CF/88 – ADCT – Art. 17** – “Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadorias que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso de qualquer título”.

³⁸⁴ **CF/88 – Art. 48 – [...] inciso XV**: “fixação do subsídio dos ministros do Supremo Tribunal Federal, observado o que dispõem os artigos 39, § 4º; 150, II; 153, III; e 153, § 2º, I”.

³⁸⁵ Informativo n. 128 do STF.

41/2003, corresponderia à remuneração de ministro de Estado, excluindo as vantagens pessoais.³⁸⁶

A Emenda Constitucional n. 41/2003 introduziu significativa mudança com relação ao teto remuneratório, pois incluiu as vantagens pessoais ao valor do teto, que continua sendo o subsídio do ministro do STF. Todavia, O Supremo Tribunal Federal, na sessão administrativa de 05/02/2004, definiu o que seria entendido como maior remuneração do ministro do STF, fixada por lei em 31/12/2003: o teto provisório corresponderá ao vencimento acrescido da representação mensal e da parcela correspondente ao tempo de serviço.³⁸⁷

Quanto à contribuição dos aposentados e pensionistas, não se pode inovar a existência de direito adquirido a determinado regime jurídico com a finalidade de alegar a inconstitucionalidade de sua instituição para os que, quando da entrada em vigor das novas normas, ainda não preencheram os requisitos para aposentadoria ou percepção de pensão. Já para os que se encontravam aposentados ou percebendo pensão na data da publicação da Emenda Constitucional n. 41/2003, ou possuíam direito adquirido aos citados benefícios naquela ocasião, a cobrança deve-se justificar com fundamento na inexistência de direito a não ser tributado. Não se atinge a forma de cálculo do valor dos proventos, mas estes são submetidos à tributação. A contribuição destina-se, então, a assegurar a redução do déficit e um equilíbrio do sistema, justificando-se, ainda, porque a situação de referidos inativos é idêntica à dos ativos, ou seja, ambos possuem direito à integralidade e paridade entre

³⁸⁶ Há de se observar, ainda a norma provisória da EC n. 41/2003: “Art. 8º – Até que seja fixado o valor do subsídio de que trata o artigo 37, XI, da Constituição Federal, será considerado, para fins do limite fixado naquele inciso, o valor da maior remuneração atribuída por lei na data da publicação desta emenda a ministro do Supremo Tribunal Federal, a título de vencimento, de representação mensal e da parcela recebida em razão de tempo de serviço [...]”.

³⁸⁷ Consulta ao site do STF em 30/03/2005. Disponível em: www.stf.gov.br.

vencimentos e proventos (artigo 7º da Emenda Constitucional n. 41/2003). Ademais, consagrou-se um teto-limite de recebimento dos proventos à cobrança de contribuições.³⁸⁸

Vale ressaltar, no entanto que a justificativa do Poder Executivo para enviar a proposta de emenda que culminou na Emenda Constitucional n. 41/2003, teve como idéia principal o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, uma vez que já havia sido introduzido no artigo 201 da Constituição Federal pela EC n. 20/98. De fato, até a promulgação da EC n. 20/98, não havia previsão legal da necessidade do equilíbrio financeiro e atuarial dos regimes próprios de Previdência Social geridos pela União, estados, municípios e distrito federal.

³⁸⁸ ADIn 3.105-8, DF. Relatora originária: Min. Ellen Gracie. Relator para o Acórdão: Min. Cezar Peluso. EMENTAS: 1. Inconstitucionalidade. Seguridade Social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadorias e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Ofensa a direito adquirido no ato da aposentadoria. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Emenda Constitucional n. 41/2003 (art. 4º, *caput*). Regra não retroativa. Incidência sobre fatos geradores ocorridos depois do início de sua vigência. Precedentes da corte. Inteligência dos artigos 5º, XXXVI, 146, III, 149, 150, I e III, 194, 195, *caput*, II e § 6º, da CF e artigo 4º, *caput*, da EC n. 41/2003. No ordenamento jurídico vigente, não há norma, expressa nem sistemática, que atribua à condição jurídico-subjetiva da aposentadoria de servidor público o efeito de lhe gerar direito subjetivo como poder de subtrair *ad aeternum* a percepção dos respectivos proventos e pensões à incidência de lei tributária que, anterior ou ulterior, submeta-os à incidência de contribuição previdencial. Noutras palavras, não há em nosso ordenamento nenhuma norma jurídica válida que, com efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, imunize-lhe os proventos e as pensões, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não houver, a respeito, direito adquirido com o aposentamento.

2. Inconstitucionalidade. Ação direta. Seguridade Social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária, por força de Emenda Constitucional. Ofensa a outros direitos e garantias individuais. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Regra não retroativa. Instrumento de atuação do Estado na área da Previdência Social. Obediência aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como aos objetivos constitucionais de universalidade, equidade na forma de participação e no custeio e diversidade da base de financiamento. Ação julgada improcedente em relação ao artigo 4º, *caput*, da EC n. 41/2003. Votos vencidos. Aplicação dos artigos 149, *caput*, 150, I e III, 194, 195, *caput*, II e § 6º, e 201, *caput*, da CF. Não é inconstitucional o artigo 4º, *caput*, da Emenda Constitucional n. 41, de 19 de dezembro de 2003, que instituiu contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadorias e as pensões dos servidores públicos da União, dos estados, do distrito federal e dos municípios, incluídas suas autarquias e fundações.

3. Inconstitucionalidade. Ação direta. Emenda Constitucional (EC n. 41/2003, art. 4º, § único, I e II). Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Bases de cálculo diferenciadas. Arbitrariedade. Tratamento discriminatório entre servidores e pensionistas dos estados, do distrito federal e dos municípios, de outro. Ofensa ao princípio constitucional da isonomia tributária, que é particularização do princípio fundamental da igualdade. Ação julgada procedente para declarar inconstitucionais as expressões “*cinquenta por cento do*” e “*sessenta por cento do*”, constante no artigo 4º, § único, I e II, da EC n. 41/2003. Aplicação dos artigos 145, § 1º, e 150, II, cc artigo 5º, *caput* e § 1º, e 60, § 4º, IV, da CF, com restabelecimento do caráter geral da regra do artigo 40, § 18. São inconstitucionais as expressões “*cinquenta por cento do*” e “*sessenta por cento do*”, constantes do § único, incisos I e II, do artigo 4º da Emenda Constitucional n. 41, de 19 de dezembro de 2003, e tal pronúncia restabelece o caráter geral da regra do artigo 40, § 18, da Constituição da República, com a redação dada por essa mesma emenda. Decisão do STF quanto às contribuições.

A Emenda Constitucional n. 41/2003 pretendeu corrigir as deficiências atuariais provocadas pela não-contribuição dos servidores públicos, contrariando o preceito constitucional da contrapartida, até a década de 1990. Dessa forma, baseado em deficiências financeiras nos regimes próprios de Previdência Social, o Poder Executivo resolveu transferir aos beneficiários do regime próprio – os atuais e os futuros – a obrigatoriedade da cobertura do déficit de caixa apurado, rompendo a proteção social dos servidores e contrariando os direitos sociais constitucionais. Descumpriu, ainda, outros preceitos constitucionais, tais como: a isonomia, a segurança, jurídica, a irretroatividade, a irredutibilidade e o direito adquirido. Violou, também, o princípio federativo, artigos 1º e 60º, § 4º, I, da Constituição Federal e o caráter atuarial do custeio da previdência previsto no artigo 40, *caput*, da Constituição Federal.³⁸⁹

Diante da constatação da violação do direito adquirido, pela cobrança de contribuição, dos servidores que já se encontravam na inatividade até a promulgação da Emenda Constitucional n. 41/2003, defendo a necessidade de planejamento em matéria previdenciária. Uma vez que é por meio da elaboração do plano de custeio que ocorre o planejamento do sistema protetivo, quando serão determinadas as necessidades do grupo protegido e a devida forma de custeio, o que trará confiabilidade aos beneficiários, bem como protegerá o sistema de oscilações econômicas, estruturais e políticas.

4.9.1.3 Regime de previdência privada

A Constituição Federal, ao tratar de previdência privada, consagrou, expressamente, o princípio do equilíbrio econômico e atuarial dos planos das entidades abertas e fechadas. A Lei n. 6.435/77, já revogada, dispunha sobre a necessidade dos órgãos fiscalizadores das entidades fixarem padrões mínimos que objetivassem a solvência, a liquidez e o equilíbrio

³⁸⁹ BALERA, Wagner. *Sobre reformas e reformas previdenciárias*, op. cit., pp. 44-7.

econômico-financeiro dos planos de benefícios. Com a edição da Lei Complementar n. 109/2001, foram acrescentados, no artigo 7º,³⁹⁰ dois critérios de fixação dos padrões mínimos: a transparência e o equilíbrio atuarial. A transparência refere-se ao fornecimento das informações de interesse dos participantes e beneficiários dos planos de previdência complementar que alcança as informações sobre critérios para recebimento de benefícios previdenciários e a sua forma de cálculo, mas também sobre a situação econômica e atuarial da entidade e dos planos e dos resultados das aplicações financeiras que mantêm.³⁹¹

O equilíbrio econômico-financeiro versa sobre a solidez do resultado apurado sobre a suficiência de recursos arrecadados (receita) pelo plano de benefícios, para cobrir as despesas com os pagamentos dos benefícios. Dessa forma, os fluxos de pagamento de benefícios aos participantes deverão corresponder aos recursos ingressados no respectivo plano.

O equilíbrio atuarial é um novo elemento para fomentar a necessidade financeira e econômica do plano de benefícios, pois corresponde à capacidade de projeção dos recursos financeiros necessários para garantir os benefícios previdenciários oferecidos pelos planos. Assim, o cálculo atuarial leva em consideração o número de participantes e beneficiários do plano, a idade, a expectativa de vida, os níveis salariais dos participantes e beneficiários, além de outras condições previstas no regulamento. Portanto, a menção expressa do equilíbrio atuarial entre os objetivos a serem traçados pela regulamentação dos órgãos fiscalizadores é de grande relevância para o crescimento do mercado, uma vez que o controle dos passivos e ativos da entidade de previdência como um todo, e, de cada plano individualmente, protegerá situações de iliquidez e insolvência dos planos de benefícios.³⁹²

³⁹⁰ LC n. 109/2001: Art. 7º – “Os planos de benefícios atenderão a padrões mínimos fixados pelo órgão regulador e fiscalizador, com o objetivo de assegurar transparência, solvência, liquidez e **equilíbrio econômico e atuarial**” (grifo nosso).

³⁹¹ A resolução CGPC n. 11, de 2002, faz menção à transparência.

³⁹² BALERA, Wagner. *Comentários à lei de previdência privada – LC n. 109/2001*, op. cit., pp. 66-8.

Conforme já descrito no capítulo III deste trabalho, a portabilidade é uma das ferramentas de flexibilização e crescimento da previdência complementar no Brasil, pois permite ao participante optar pela forma mais atrativa de organizar sua poupança previdenciária, tanto em relação à estrutura da entidade aberta ou fechada, quanto no que se refere às modalidades dos planos oferecidos. Em contrapartida, as entidades de previdência complementar têm como aspecto positivo a continuidade da aplicação de recursos em planos de benefícios, sem que retirem do sistema de previdência privada os recursos aplicados.³⁹³

O inciso I do artigo 29 da LC n. 109/2001 determina que o Conselho Nacional de Seguros Privados (CNPS) deverá fixar padrões adequados para a segurança atuarial econômico-financeira, para preservar a liquidez e solvência dos planos de benefícios e das entidades abertas. Este dispositivo visa a determinar que as entidades abertas ofereçam planos de benefícios com critérios de equilíbrio atuarial e financeiro, de forma que não haja inadimplemento das obrigações asseguradas aos segurados e beneficiários. Pode-se observar, ainda, que o artigo 3º da LC n. 109/2001 fixa objetivos que deverão ser cumpridos pela ação do Estado: segurança econômico-financeira e atuarial, preservação da liquidez e da solvência, bem como equilíbrio dos planos de benefícios primordiais para quaisquer atos e negócios praticados no âmbito do regime.

Wladimir Novaes Martinez ,citado por Wagner Baleraartigo comenta o citado art. e aduz que

o desequilíbrio econômico financeiro ou atuarial de um plano ou regime compromete sua execução, daí a necessidade de ser plantada providência basilar que obstaculize ou dificulte medidas inadequadas, e até vede soluções incongruentes, como a criação de prestação sem fonte própria de custeio ou a extensão de tributos sem prévia destinação. Por custeio e outras políticas conducentes à ordenação sistêmica do edifício previdenciário. Por esse motivo, o artigo 7º da lei dispõe que os planos de benefícios atenderão padrões mínimos fixados pelo órgão regulador e fiscalizador, com o objetivo de assegurar transparência, solvência, liquidez, e equilíbrio econômico-financeiro e atuarial.³⁹⁴

³⁹³ Idem, p. 63.

³⁹⁴ Idem, p.64

Em síntese, as alterações operadas pelas Emendas Constitucionais n. 20/98 e n. 41/2003 são justificadas, tendo em vista o inegável descompasso entre receitas e despesas dos regimes previdenciários, o que onera a sociedade de forma que há a necessidade de controle e adequação de medidas para tornarem o sistema protetivo mais equilibrado e justo financeira e atuarialmente.³⁹⁵ Portanto, espera-se que com o alcance do equilíbrio financeiro e atuarial dos regimes de previdência e com a introdução do programa de inclusão previsto no artigo 201, § 12,³⁹⁶ da Constituição Federal, o número de pessoas beneficiadas pela Previdência Social aumente e possua recursos suficientes para instaurar seu maior objetivo constitucional, qual seja o bem-estar e a justiça social.

³⁹⁵ Segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), de 1998, existem 38,7 milhões de trabalhadores do setor privado que não contribuem para a Previdência Social. Considerando a população ocupada privada, que é de 65,4 milhões, verifica-se que o sistema previdenciário brasileiro cobre somente 41% do total das pessoas ocupadas. Ainda de acordo com dados do IBGE, para cada beneficiário da Previdência Social existem em média 2,5 pessoas que são indiretamente beneficiadas. Pesquisa retirada do site www.ibge.gov.br. Acesso em: 09/2006.

³⁹⁶ “CF: Art. 201 – [...] § 12: Lei disporá sobre sistema especial de inclusão previdenciária para atender a trabalhadores de baixa renda e àqueles sem renda própria que se dediquem exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencentes a famílias de baixa renda, garantindo-lhes acesso a benefícios de valor igual a um salário-mínimo. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 47, de 2005).”

CONCLUSÃO

A conclusão adota, concisamente, o resumo dos conteúdos fundamentais dos capítulos da dissertação.

1. O pensamento jurídico assimilou a compreensão de que as normas constitucionais são todas as regras que integram uma Constituição e que, dotadas de supremacia, situam-se no vértice do ordenamento jurídico e servem de fundamento e validade a todas as demais normas.

2. A concepção jurídica de Constituição, denominada de “normativismo jurídico”, que considera apenas como direito positivo o “puro dever-ser”, sem qualquer pretensão à fundamentação sociológica ou filosófica, ou seja, meramente formalista, está superada. A doutrina moderna se preocupa com um conceito material de Constituição que possa adequar o direito à realidade social ou possibilite a modificação dessa realidade pela norma jurídica.

3. A norma constitucional é o modelo de ordenação juridicamente vinculante e orientada à concretização material, constituída por meio de um programa normativo e por um conjunto de fatores econômicos e sociais que sintetizam os valores do Estado Democrático de Direito.

4. Numa perspectiva metodológica aberta aos valores, a normatividade da Constituição compreende o direito constitucional como uma ciência que milita a partir do direito positivamente normatizado. Ademais, a Lei Fundamental, democraticamente pactuada em um sistema de valores, legitima o ordenamento jurídico e regula a vida política da sociedade.

5. O capítulo da Constituição de 1988, denominado “Da Ordem Social”, está condicionado à observância do mandamento do artigo 193, segundo o qual “a ordem social” tem como base o primado do trabalho e, como objetivo, o bem-estar e a justiça social. Isso significa que esse dispositivo é norma-princípio e assegura o cometimento das demais normas integradoras da cadeia normativa “seguridade social”, que representa uma gama de valores cuja observância é imprescindível ao alcance do fim ao qual o Estado se propõe: a realização da justiça social.

6. A reforma constitucional é um procedimento formal e parcial que modifica uma Constituição circunscrita a certas regras, condições e limites previstos pela própria Carta Magna.

7. Poder constituinte é um corpo capaz de estabelecer a organização política e o ordenamento jurídico posto em vigor pela Constituição.

8. O poder de reforma constitucional é um poder constituinte limitado pelo constituinte originário, porque está condicionado por restrições materiais, circunstanciais e temporais.

9. A titularidade do poder de reforma da Constituição foi desenvolvida a partir de três teorias: a primeira, formulada por Jean-Jacques Rousseau; a segunda, por Emmanuel Sieyès; e a terceira, por Thomas Paine, sendo esta a teoria que prevaleceu nos Estados modernos.

10. No Brasil, o poder de reforma está previsto no artigo 60 da Constituição Federal. O poder originário outorga competência ao poder derivado para reformar ou modificar a Constituição que é limitada, devendo o poder derivado respeitar os procedimentos delimitados na Constituição, sejam eles formais ou materiais, explícitos ou implícitos. A questão dos limites implícitos é bastante complexa, pois estão em jogo questões políticas e ideológicas.

11. O direito adquirido é aquele cujo exercício não se efetivou antes da entrada em

vigor da lei nova. É direito de que se goza, que não foi exercido na vigência da lei antiga, mas que se pode exercer a qualquer tempo, inclusive na vigência da lei nova, ainda que ela tenha passado alguma modificação ou tenha sido extinta.

12. A regra do direito adquirido (artigo 5º, inciso XXXVI) dirige-se, originariamente, ao legislador e provoca reflexos nos órgãos judiciários e administrativos, alcançando, ainda, o constituinte derivado. Em função da não-retroatividade que está protegida pelo artigo 60, § 4º, da Constituição Federal, as emendas à Constituição e as leis infraconstitucionais não podem ferir o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, não alcançando o poder constituinte originário.

13. A expectativa de direito configura-se por uma seqüência de elementos constitutivos, cuja aquisição faz-se gradativamente. Portanto, não se trata de um fato jurídico que provoque instantaneamente a aquisição de um direito. O direito está em formação e constitui-se quando o último elemento advém. Se houve fatos adequados para a sua aquisição, que, contudo, ainda dependem de outros fatos não ocorridos, caracteriza-se uma situação jurídica preliminar. Logo, o interessado tem expectativa em alcançar o direito em formação, ou não.

14. As normas de transição se referem à disciplina de situação jurídica e se baseiam em expectativa de direito, não se tratando de direito adquirido, nem de direito consumado, pois não se perfizeram todas as condições necessárias à sua aquisição. Nesse contexto, as normas de transição estabelecem um regime intermediário entre a lei antiga e a lei nova e atendem ao interesse público.

15. As causas geradoras das reformas previdenciárias no direito brasileiro se originaram na dinâmica demográfica com a diminuição da taxa de mortalidade e da taxa natalidade, e o conseqüente aumento da longevidade da população. No campo econômico, a

informalidade, gerada pelo desemprego e pelos baixos salários, diminuiu a receita do orçamento da seguridade, o que causou o desequilíbrio financeiro e a atuarial do sistema.

16. A Emenda Constitucional n. 20/1998, quanto ao caráter contributivo dos servidores ativos e inativos, estabeleceu: a) obrigatoriedade de contribuição (princípio da contributividade) e necessidade de equilíbrio financeiro e atuarial; b) inseriu no texto constitucional o regime de previdência privada de caráter complementar, autonomia com relação ao Regime Geral de Previdência Social, exigências de reservas matemáticas, facultatividade e regulamentação por lei complementar; c) desconstitucionalizou o cálculo do benefício de aposentadoria, antes previsto no artigo 202, da Constituição originária de 1988, passando o cálculo a ser regulamentado por lei ordinária que criou o fator previdenciário, conjugando na sistemática do cálculo fatores como idade, tempo de contribuição e expectativa de sobrevida do segurado visando ao equilíbrio financeiro e atuarial do regime.

17. A EC n. 20/98 modificou a redação do artigo 195, incisos I e II da Constituição Federal com finalidade de ampliar as fontes de custeio do regime geral. Isentou no inciso II os benefícios de aposentadorias e pensões da incidência de contribuição previdenciária.

18. A Emenda Constitucional n. 41/2003, quanto ao regime próprio de previdência dos servidores públicos, estabeleceu: a) aproximação dos dois subsistemas previdenciário público (RGPS e RPPS), financiados mediante repartição simples e aportes orçamentários; b) aproximação do regime privado de previdência complementar dos servidores públicos empregados de empresas estatais com o regime de previdência complementar aplicável aos titulares de cargos efetivo; c) ampliação do distanciamento do regime de previdência dos servidores civis em relação ao regime de previdência dos militares, englobado no Regime Próprio de Previdência Social; d) vinculação entre os sistemas de repartição do sistema público e o regime de capitalização da previdência complementar, mas mantendo os sistemas diferenciados e regidos por regras próprias.

19. As alterações trazidas pela Emenda n. 41/2003 ao regime próprio da previdência dos titulares de cargos efetivos não igualou o funcionamento do sistema público próprio ao Regime Geral de Previdência Social, nem ao regime jurídico de previdência complementar, que continuam com regras diferenciadas.

20. A Emenda Constitucional n. 47, de 05/12/2005, provocou profunda alteração nas regras de transição do sistema previdenciário, ECs n. 20/1998 e n. 41/2003, que refletiu mais efetivamente sobre os servidores públicos do Regime Próprio de Previdência Social e, em parte, no regime geral; irradiou efeitos sobre as minorias discriminadas (portadores de deficiências e parte de trabalhadores da informalidade, como donas-de-casa e trabalhadores de baixa renda que pertençam a famílias de baixa renda, como desempregados e estudantes), o que a emenda denominou de “sistema especial de inclusão previdenciária”. Essas alterações ocorreram por meio de normas de eficácia limitada, pois dependem de regulamentação por lei infraconstitucional, que não poderá escusar-se de fixar alíquotas diferenciadas, respeitando o preceito constitucional que ordena o caráter contributivo e o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema protetivo.

21. As reformas previdenciárias no direito comparado seguiram dois modelos: o modelo do Banco Mundial e o modelo da Comunidade Européia.

22. O Banco Mundial estabelece as seguintes diretrizes para as reformas: a) custeio com impostos gerais que representa um benefício básico e se equiparam aos modelos dos países latino-americanos, bem como do Reino Unido; b) um benefício obrigatório capitalizado; c) previdência privada voluntária e subordinada à capitalização aberta ou individual. Para sustentar a estabilidade do novo sistema há que existir efetividade da gestão, supervisão e regulação dos fundos de aposentadorias relacionados à redução de custos administrativos e à redução do trabalho informal, bem como a ampliação da cobertura das aposentadorias.

23. Na Europa, as reformas previdenciárias foram consequência de razões demográficas, econômicas, políticas e sociais. O mercado internacional desequilibrado, a instabilidade da economia interna, a inflação descontrolada e o próprio Produto Interno Bruto dos países foram preponderantes na crise econômica e social. Para escapar do desequilíbrio financeiro e atuarial dos sistemas públicos, foi preciso incrementar a previdência privada complementar.

24. Os princípios da Seguridade Social são fontes informadoras do legislador e fundamento axiológico da norma jurídica para o aplicador do direito. Os princípios previdenciários constitucionais fundamentais são aqueles que ocupam uma posição hierarquicamente superior às demais normas jurídicas. Dentre os princípios constitucionais gerais, aqueles que impõem diretrizes básicas a todas as áreas do direito, inclusive à Seguridade Social, destacam-se a solidariedade, a liberdade, a igualdade, a legalidade, a dignidade humana, o direito adquirido e o devido processo legal.

25. O sistema de Seguridade Social no Brasil é o conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade destinado a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

26. A Constituição Federal prevê três tipos de regimes previdenciários, ou seja, três formas de proteção social: o Regime Geral de Previdência Social (RGPS), o regime próprio de previdência concedido aos servidores públicos civis e militares e o regime de previdência privada.

27. O RGPS caracteriza-se por ser contributivo, de caráter público e obrigatório e tem o objetivo de proporcionar aos destinatários renda para prover as necessidades básicas dos indivíduos, mantendo o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema.

28. O regime próprio dos servidores públicos tem caráter contributivo e deve observar critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial dos benefícios.

29. Com a alteração do *caput* do artigo 40 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 41, passou a figurar a exigibilidade legal do princípio da contributividade, com regime de financiamento misto (repartição e capitalização) para assegurar critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

30. O regime de previdência privada tem caráter complementar e facultativo, e é organizado de forma autônoma em relação ao Regime Geral de Previdência Social. Baseia-se na constituição de reservas que garantam o benefício contratado e é regulado por lei complementar, além de ser parte integrante do sistema de seguridade social.

31. O planejamento é a ordenação sistematizada e racional e se desdobra nas seguintes características: a) uma ordenação sistemática dos propósitos; b) a racionalização do trabalho; c) a fixação de certos fins determinados.

32. O objetivo primordial do orçamento público é buscar a concretização do princípio do planejamento ou da programação, cuja principal característica é realização do equilíbrio entre as receitas e as despesas realizadas pelo Estado.

33. A justiça orçamentária abrange os aspectos simultâneos de despesa e receita e incorpora a idéia de justiça das políticas sociais e econômicas. É o resultado da síntese *justiça das receitas* e dos *gastos públicos*. Este se desdobra nos postulados da equidade orçamentária, custo/benefício, princípio da solidariedade e universalidade.

34. O equilíbrio orçamentário é a conformidade harmoniosa entre os seguintes itens: receitas e gastos; capacidade contributiva e legalidade; redistribuição de rendas e transparência orçamentária; desenvolvimento econômico e universalidade. O desequilíbrio orçamentário é, por seu turno, sempre o resultado de contradição entre os princípios constitucionais do Estado de Direito. O orçamento não se desequilibra pela falta de dinheiro, mas pelo desencontro entre valores e princípios jurídicos.

35. Plano plurianual é o planejamento de programas e metas para um período longo de tempo e se encaixa em um planejamento conjuntural que visa a atingir o desenvolvimento econômico, e o equilíbrio entre as diversas regiões do país, bem como a estabilidade econômica.

36. A Lei de Diretrizes Orçamentárias compreende as metas e prioridades da administração pública federal, que contém as seguintes características: a) despesas do capital para o exercício financeiro subsequente; b) orientação para elaboração da lei orçamentária anual; c) disposição sobre as alterações na legislação tributária; e d) estabelecimento da política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

37. A lei orçamentária anual compreende três espécies de orçamento: a) o orçamento fiscal; b) o orçamento de investimentos das empresas estatais; c) e o orçamento da Seguridade Social. A sistemática destes modelos de orçamento está prevista na Constituição Federal, nos artigos 165 e 167, em que há princípios gerais orçamentários, quais sejam: anualidade, unidade, universalidade, equidade entre as regiões e exclusividade.

38. As fontes de financiamento da Seguridade Social visam a garantir as ações pertinentes à garantia dos direitos fundamentais e são suportadas pela arrecadação oriunda dos impostos em geral, enquanto a Seguridade Social deve se basear nas contribuições parafiscais de empregadores e empregados.

39. A Seguridade Social passou por inúmeras crises estruturais desde o final da década de 1970, em razão da existência de desequilíbrios dos gastos públicos em consequência do financiamento dos benefícios sociais, mormente aqueles que garantem a proteção dos desassistidos, sem que houvesse a contrapartida da fonte de custeio, que abrange tanto as despesas com os benefícios previdenciários quanto o financiamento de gastos da saúde.

40. Um dos fatores que provocaram o desequilíbrio financeiro da Seguridade Social foi a ausência de uma reforma estrutural do sistema em razão de a Constituição Federal de 1988 ter adotado um modelo de proteção extremada, enquanto que em outros países o sistema de seguridade já estava em franco processo de reforma.

41. A autonomia de um orçamento próprio para a Seguridade Social tem como objetivo obstar a manipulação do dinheiro dos assalariados para cobrir os rombos das empresas estatais (art. 167, VIII). Porém, essa perspectiva ensejou grande desvantagem, porque confundiu as atribuições dos órgãos estatais e paraestatais e transferiu os benefícios para a sociedade em geral, por meio de certos ingressos (contribuições sobre o lucro, o faturamento e as movimentações econômicas), o financiamento da saúde pública (CPMF) e da seguridade em geral.

42. As despesas orçamentárias da Seguridade Social subverteram a idéia de parafiscalidade, indissocialmente ligada à de Seguridade Social, que consiste na destinação de ingressos ao PARAFISCO e não ao FISCO, quer dizer, aos órgãos que não pertencem ao núcleo da administração do Estado, isto é, paraestatais.

43. Nas receitas orçamentárias da Seguridade Social houve uma inversão de valores oriundos da técnica gerada pelas despesas essenciais e não essenciais. As despesas essenciais deveriam ser cobertas com as transferências do orçamento fiscal custadas pelas receitas provenientes de toda sociedade e as despesas não essenciais deveriam ter como fonte de financiamento as contribuições sociais de natureza parafiscal, que são ingressos contraprestacionais pagos por toda sociedade.

44. Os princípios informadores do custeio da Seguridade Social são: o princípio da equidade na forma de prestação do custeio e o princípio da diversidade da base de financiamento. O princípio da equidade é o reflexo do princípio da solidariedade porque demonstra a relação solidária que deve existir na base do custeio, ou seja, a aplicação do

princípio da contrapartida. Já o princípio da diversidade da base de financiamento é aplicação do critério de isonomia entre tipos diferentes de contribuintes que serve de redutor de desigualdade social e a elaboração de novas fontes de custeio que servirá de vetor para manter o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema.

45. O princípio da equidade no custeio se relaciona com o princípio da capacidade contributiva/econômica do contribuinte porque a equidade corresponde a busca de justiça no custeio que privilegia o primado do trabalho, bem-estar e justiça social.

46. O princípio da equidade entre as gerações ou intergeracional impõe que as despesas governamentais não devem sobrecarregar as gerações futuras.

47. As fontes de financiamento da Seguridade Social foram ampliadas por ações do Poder Público, por meio da Emenda Constitucional n. 20/98, que resultou no equilíbrio financeiro e atual do sistema.

48. O princípio do equilíbrio financeiro e atuarial da Seguridade Social exige a observância do caráter contributivo dos regimes de Previdência Social para manter o sustento financeiro interno dos regimes, o que impõe a utilização de critérios contábeis (financeiro e atuarial) para preservar o equilíbrio entre receitas e despesas.

49. O plano de custeio é um programa de normas e previsões de despesas e receitas estabelecido com base em avaliações atuariais e destinado à planificação econômica do regime e seu conseqüente equilíbrio técnico-financeiro.

50. O planejamento da Seguridade Social é o instrumento indispensável para a instituição do plano de custeio.

51. Os critérios atuariais correspondem a mecanismos de valores futuros, como expectativa de vida, fatores demográficos, expectativa de inflação e outros que devem ser definidos pelo plano de custeio para correto cálculo atuarial. Para que ocorra o equilíbrio

financeiro e atuarial dos planos de regimes financeiros, é necessário que os recursos vertidos ao plano cubram a cobertura das despesas dos pagamentos dos benefícios.

52. A reserva matemática se constitui na totalidade dos compromissos líquidos do plano para com o segurado. É a diferença entre o valor atual dos benefícios assumidos pelo plano e o valor atual das contribuições para a cobertura do pagamento dos benefícios.

53. A reserva de contingência é a reserva patrimonial constituída pelo superávit apurado nos planos para enfrentar as contingências futuras e desconhecidas.

54. O regime financeiro dos sistemas de previdência é um dos critérios utilizados para a fixação de normas quantificadoras visando à geração de recursos necessários à cobertura dos benefícios assumidos e administração do plano de custeio.

55. Para o equilíbrio do regime de repartição simples é mister que o quantitativo de contribuintes seja equivalente ao número de beneficiários ao longo do tempo, para evitar desequilíbrio do sistema protetivo.

56. O regime de capitalização é baseado na idéia de poupança individual em que as contribuições realizadas pelo segurado são depositadas numa conta específica ao longo da vida ativa do trabalhador que, no momento da aposentadoria, receberá de volta o montante que poupo acrescido dos rendimentos do capital. Nesse sistema somente se mantém o equilíbrio financeiro e atuarial com a poupança prolongada.

57. O regime de capitalização escritural ocorre quando os ativos financiam os inativos, porém a aposentadoria de cada segurado é calculada com base nas suas próprias contribuições. Trata-se de um sistema de financiamento misto que resulta da junção do regime de repartição simples e de capitalização.

58. O princípio da contrapartida é o fundamento de validade de todo o sistema de Seguridade Social, uma vez que toda prestação somente poderá ser criada com a respectiva

previsão da fonte de custeio que atende o princípio, conseqüentemente, do equilíbrio financeiro e atuarial.

59. A reserva do possível é o intermediário entre o princípio da eqüidade entre as gerações e o princípio da contrapartida, pois deverá escolher os critérios que atendam às principais necessidades a serem implementadas por um plano de benefício a um determinado grupo social.

60. As principais características das reformas previdenciárias contemporâneas são: os pressupostos do cenário político interno e as influências do Banco Mundial, além dos modelos de sistema público-privado. Os tipos de reformas podem ser paramétricas ou incrementais e estruturais ou radicais.

61. A reforma constitucional de 1998, que resultou na Emenda Constitucional n. 20/98, atingiu principalmente o Regime Geral de Previdência Social, tendo por base a criação do fator previdenciário, a ampliação do período de cálculo do benefício, a majoração das idades mínimas e de regras mais rígidas para a concessão de aposentadorias e o incentivo para a adesão da previdência complementar. Essas alterações foram fundamentais para o equilíbrio financeiro e atuarial do RGPS.

62. A emenda constitucional n. 41/2003 atingiu de forma visceral os servidores pertencentes ao Regime Próprio de Previdência Social. A referida emenda continuou as alterações implementadas pela emenda constitucional n. 20/98, porém inovou ao tentar igualar as regras da concessão dos benefícios dos servidores públicos aos segurados do regime geral.

63. O princípio do equilíbrio econômico-financeiro e atuarial da previdência privada foi consagrado constitucionalmente pela emenda n. 20/98. O equilíbrio atuarial inexistia no regime de previdência privada antes da referida emenda e corresponde à capacidade de projeção dos recursos financeiros indispensáveis para a garantia do pagamento dos benefícios oferecidos pelos planos de proteção.

64. Conclusão geral. Os desequilíbrios econômico, financeiro ou atuarial de um plano ou regime, público ou privado, comprometem a sua execução, o que exige a necessidade de serem implantadas medidas técnicas para obstar a criação de prestações sem fonte própria de custeio e outras políticas que desvirtuem o equilíbrio financeiro e atuarial da ordenação do sistema protetivo da Seguridade Social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. M. Atienza & I. Espejo. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ALMEIDA, J. C. Moitinho. *O contrato de seguro no direito português e comparado*. Lisboa: Coimbra Editora, 1971.
- ALMIRO, Affonso. *A previdência supletiva no Brasil*. São Paulo: LTR, 1978.
- ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- ANDRADE, Darcy Bessone. *Do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claire, 2001.
- ARRUDA, Maria da Glória Chagas. *A previdência privada aberta como relação de consumo*. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: Pontifícia Universidade de São Paulo, 2000.
- ÁVILA, Pe. Fernando Bastos de. *Solidarismo – Alternativa para a globalização*. 2 ed. São Paulo: Santuário, 1997.
- BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11 ed. Atualizado por Mizabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: FORENSE. 2000.
- _____. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. Atualizado e comentado por Mizabel A. Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- _____. *Introdução à ciência das finanças*. 2 ed. Rio de Janeiro: FORENSE. 1958.
- BALERA, Wagner. *Sistema de seguridade social*. 4 ed. São Paulo: LTR, 2006.
- _____. (org.) et al. *Comentários à lei de previdência privada – LC n. 109/2001*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

- _____. *Noções preliminares de direito previdenciário. Atualizada com a reforma previdenciária*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.
- _____. “Aspectos gerais da reforma previdenciária”. *Revista de Direito Social*, nº 10. Porto Alegre: Nota 10, 2003a.
- _____. “Sobre reformas e reformas previdenciárias”. *Revista de Direito Social*, nº 12. Porto Alegre: Nota 10, 2003b.
- _____. “As contribuições no sistema tributário brasileiro”. In: MACHADO, Hugo de Brito (org.). *As contribuições no sistema tributário brasileiro*. São Paulo: Dialética, 2003c.
- _____. “Fontes do direito previdenciário”. Apontamentos recolhidos nas aulas de direito previdenciário, março de 2003d.
- _____. *Curso de direito previdenciário. Homenagem a Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira*. 5 ed. São Paulo: LTR, 2002a.
- _____. “A organização e o custeio da seguridade social”. In: *Curso de direito previdenciário em homenagem a Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira*. 5 ed. São Paulo: LTR, 2002b.
- _____. *Processo administrativo previdenciário*. São Paulo: LTR, 1999.
- _____. “O valor social do trabalho”. *Revista LTR* (58). São Paulo: LTR, 1994.
- _____. *Seguro-desemprego no direito brasileiro*. São Paulo: LTR, 1993.
- _____. (org.). *A seguridade social na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- _____. *Introdução à seguridade social*. São Paulo: RTR, [s.d.].
- BARRETO, Paulo Ayres. “Emenda constitucional”. *Revista dos Tribunais* (21), 1997.
- BARROSO, Luis Roberto. “Constitucionalidade e legitimidade da reforma da previdência (Ascensão e queda de um regime de erros e privilégios)”. In: MODESTO, Paulo (org.). *Reforma da previdência: análise e crítica da emenda constitucional 41/2003 (doutrina, pareceres e normas selecionadas)*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

- _____. “A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo”. In: *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- _____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996a.
- _____. *Curso de direito constitucional*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1996b.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. São Paulo: Lejus, 1998.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980.
- _____. *Teoria geral do direito civil*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2001.
- _____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 2 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1992a.
- _____. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992b.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BROOKS, Sarah M. “Proteção social e integração econômica – a política da reforma previdenciária na era da mobilidade do capital”. In: COELHO, Vera Schattan (org.). *A reforma da previdência social na América Latina*. Rio de Janeiro: FGV, 2003.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.
- _____. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. *Teoria da norma tributária*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- CARVALHO FILHO, Celcino de. “Tendências dos sistemas de previdência social na América do Sul”. *Revista de Previdência Social*, nº 233. São Paulo: RPS, abril de 2000.

- CASTRO, A. O. Viveiros de. *Tratado dos impostos (Estudos teóricos e práticos)*. Rio de Janeiro: Ribeiro dos Santos, 1910.
- CASTRO, Marília Vieira Machado. “Alguns conceitos atuariais”. In: REIS, Adacir (org.). *Fundos de pensão em debate*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- CASTELINO, Onorato & FORNERO, Elsa. “Sostenibilita’ed equita’del regime enpav nel lungo período” *Publicação do CERP*. Itália: Universidade de Turim, 23/10/2003.
- CONDE, Newton Cezar. “Portabilidade e vesting”. In: REIS, Adacir (org.). *Fundos de pensão em debate*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- COPPINI, Mario Alberto & MICICCI, Marco. “Dalla ripartizione allá capitalizzazione”. Publicação oficial do INSS – Itália, 2002.
- COSTA, Eliane Romeiro. “Sistemas previdenciários estrangeiros. Análise das reformas estruturais de previdência complementar”. *Revista de Previdência Social*, ano 29, nº 299. São Paulo: RPS, out./2005.
- _____. *Previdência complementar na seguridade social – O risco velhice e a idade para aposentadoria*. São Paulo: LTR, 2003.
- _____. *Previdência privada e fundos de pensão – Brasil, Chile e França*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1996.
- COSTA, Regina Helena. *Princípio da capacidade contributiva*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CRISAFULLI, Vezio. *La contituzione e le sue disposizioni di principio*. Milão: Giuffrè, 1952.
- DANTAS, Ivo. *Direito adquirido, emendas constitucionais e controle da constitucionalidade*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997.
- _____. *Princípios constitucionais e interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1995.

- DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. In: *Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*. 2ª tiragem. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 1997.
- DERZI, Heloísa Hernandes. “A Emenda Constitucional n. 20/1998 e a reforma da previdência no Brasil”. *Revista de Direito Social*. Ano 1, nº 12. Porto Alegre: Nota 10, 2001.
- DIAS, Eduardo Rocha & MACÊDO, José Leandro Monterito de. *A nova previdência social do servidor público (de acordo com a Emenda Constitucional n. 41/2003)*. Rio de Janeiro: Letra Legal Editora, 2004.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, franquia, terceirização e outras formas*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1997.
- DI RUFFIA, Biscaretti. *Direito e constituição*. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1994.
- DUPEYROUX, Jean-Jacques. *Securité sociale*. Paris: Latis, 1969.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. João Baptista Machado. 7 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- ESPÍNOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: RT, 1999.
- FAJARDO, Martins. *Derecho de la seguridad social*. 2 ed. Lima: CHILE. 1985.
- FAORO, Raimundo. *Constituinte ou congresso com poderes constituintes: constituição e constituinte*. São Paulo: RT, 1987.
- FARIAS, Edison Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1996.

- FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- FEIJÓ COIMBRA, José dos Reis. *Direito previdenciário brasileiro*. 10 ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1999.
- FERNANDES, Aducto. *O contrato no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1945, v. II.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. São Paulo: Atlas, 1988.
- FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- FIGUEIREDO, Carlos Maurício & NÓBREGA, Marcos. “O sistema multipilar e a reforma da previdência: análise, perspectivas e controle”. *Interesse Público*, n. 22. Porto Alegre: Nota 10. 2006
- FIGUEROA, Afonso Garcia. *Principios y positivismo jurídico*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- FILHO, Gilberto Guezoni. “Eficiência política, consistência atuarial e ajuste fiscal: comentários sobre a Emenda Constitucional n. 41/2003”. In: MODESTO, Paulo (org.). *Reforma da previdência, análise e crítica da Emenda Constitucional n. 41/2003 (doutrina, pareceres e normas selecionadas)*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- FILHO, Osvaldo de Souza Santos. “Execuções das contribuições previdenciárias na justiça do trabalho: mudanças na forma de cobrança”. *Revista de Direito Social*, n. 16. Porto Alegre: Nota 10, 2004.
- FLÓREZ-VALDEZ, Joaquín Arce. *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*. Madri: Cuadernos Civitas, 1990.

- FRANÇA, Rubens Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- FRANCO, António Luciano de Sousa. *Manual de finanças públicas e de direito financeiro*. Vol. I: *Manuais da Faculdade de Direito de Lisboa*. Lisboa:ALMEDINA 1974.
- FRANCO SOBRINHO, Manuel de Oliveira. *Comentários à reforma administrativa federal*. Exegese do Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, com as modificações introduzidas pela legislação posterior. São Paulo: SARAIVA,1975.
- FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1988.
- FUENSALIDA, Patricio Novoa. *Derecho de la seguridad social*. Santiago do Chile: CCR, 1989.
- GAFFURI, Franco. *L'attitudine allá contribuzione*. Milão: Giuffrè, 1969.
- GOMES, Orlando. *Escritos menores*. São Paulo: Saraiva, 1981.
- _____. *Contrato de adesão: condições gerais dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.
- _____. *Contratos*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.
- GONÇALVES, Nair Lemos. *Novo benefício da previdência social, auxílio-inatividade*. São Paulo: Ibrasca, 1976.
- GUIMARÃES, Arianna Stagni. *A importância dos princípios jurídicos no processo de interpretação constitucional*. São Paulo: LTR, 2003.
- GUSHIKEN, Luiz; FERRARI, Augusto Tadeu & FREITAS, Wanderley José de. *Previdência complementar: entendendo sua complexidade*. Indaiatuba, SP: Instituto Integrar Integração, 2001.
- GUSHIKEN, Luiz et al. *Regimes próprios de previdência dos servidores: Como implementar? Uma visão prática*. Brasília: MPAS, 2002 (Coleção Previdência Social, n. 17).

- HALPERIN, Isaac. *Seguros: exposición crítica de la ley 17.418*. Buenos Aires: Depalma, 1976.
- _____. *Contrato de seguro*. 2 ed. Buenos Aires: Depalma, 1966.
- HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 15 ed., revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2006.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 3 ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: FCG, 1994.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal Alemã*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1998.
- HOLZMANN, Robert. “Uma perspectiva do Banco Mundial sobre o futuro da seguridade social”. *Revista Conjuntura Social*. Brasília: MPAS, v. 10, jan./fev./mar. 1999.
- HORVATH JR., Miguel. *Direito previdenciário*. 4 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2004.
- _____. “Benefício proporcional diferido”. *Revista do Terceiro Congresso Brasileiro de Previdência Complementar*. São Paulo: LTR, 2003.
- HUNICKEN, Javier. *Manual de derecho de la seguridad social*. Buenos Aires: CCR, 1989.
- IHERING, Rudolf Von. *El fin en el derecho*. Granada: Editorial Comares, 2000.
- JELLINEK, George. *Teoria del estado*. Prólogo y traducción de Fernando de los Ríos. México: FCE, 2000.
- KAY, Stephen J. “Privatizações inesperadas: política e reforma da previdência no Cone Sul”. In: COELHO, Vera Schattan (org.). *Reforma da previdência na América Latina*. Rio de Janeiro: FGV, 2003.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1996.

- _____. *Teoria pura do direito*. Trad. José Florentino Duarte. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- _____. *A justiça e o direito natural*. 2 ed. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1979.
- KOOGAN/HOUAIS. *Enciclopédia e dicionário ilustrado*. Rio de Janeiro: Koogan, 1995.
- KRINGER FILHO, Domingos Afonso. *O contrato de seguro social brasileiro*. Rio de Janeiro: Frater et Labor, 2000.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lammego. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.
- LEITE, Celso Barroso. “Previdência social nos Estados Unidos”. *Revista de Previdência Social*, nº 294. São Paulo: RPS, maio de 2005.
- _____. “Conceito de seguridade social”. In: BALERA, Wagner (org.). *Curso de direito previdenciário. Homenagem a Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira*. 5 ed. São Paulo: LTR, 2002.
- _____. *A proteção social no Brasil*. 3 ed. São Paulo: LTR, 1986.
- LEITE, Alinne Arquette. *A teoria contratual e o código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- LETTIERI, Antonio. “Jonas o della crisi dei sistemi pensionistici”. *Informe INPS Itália*. Disponível em: www.inps.it. Acessos entre 2004 e 2007.
- LIMA, Silvio Wanderley do Nascimento Lima. *Regulação e previdência complementar fechada*. São Paulo: LTR, 2004.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MADRID, Raúl. “Política e economia nas privatizações da previdência da América Latina”. In: COELHO, Vera Schattan (org.) *A reforma da previdência social na América Latina*. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

MAGANO, Octavio Bueno. “Previdência complementar”. *Revista de Previdência Social* (74).

São Paulo: LTR, jan./1987.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. “Execução de contribuição previdenciária na justiça do trabalho – aspectos materiais: natureza jurídica das verbas trabalhistas”. *Revista de Direito Social*, n. 16. Porto Alegre: Nota 10, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de direito previdenciário. Tomo IV: Previdência complementar*. 2 ed. São Paulo: LT, 2002.

_____. *Primeiras lições de previdência complementar*. São Paulo: LTR, 1998.

_____. *Princípios do direito previdenciário*. 3 ed. São Paulo: LTR, 1995.

_____. *A seguridade social na constituição federal*. 2 ed. São Paulo: LTR, 1992.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MAZZONI, G. “Existe um conceito jurídico de seguridade social?” *Revista dos Industriários*, traduzido da *Revista I Problemi della Ssicurezza Sociale* (2), mar.-abr./1967, São Paulo: EPG, MELLO, Celso Antonio Bandeira. “Parecer”. In: MODESTO, Paulo (org.). *Reforma da previdência: análise e crítica da Emenda Constitucional n. 41/2003 (doutrina, pareceres e normas selecionadas)*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____. *Curso de direito administrativo*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. São Paulo: RT, 1977.

_____. *Curso de direito administrativo*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 1990.

MENDES, Gilmar Ferreira. “Os limites da revisão constitucional”. *Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política* (69). São Paulo: RT, out./dez. 1997.

- MESA-LAGO, Carmelo & MÜLLER, Katharina. *Las reformas de pensiones em América Latina y su impacto em los principios de la seguridad social*. Santiago do Chile: CEPAL, mar./2004.
- _____. “Política e reforma da previdência na América Latina”. In: COELHO, Vera Schattan (org.). *A reforma da previdência social na América Latina*. Rio de Janeiro: FGV, 2003.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.
- _____. *Manual de direito constitucional. Introdução à teoria da constituição*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1994/Coimbra: Coimbra Editora, tomo IV, 1993.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n. 1 de 1969*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- _____. *Tratado de direito privado*. Coimbra: Coimbra Editora, 1954.
- MODESTO, Paulo (org.). *Reforma da previdência: análise e crítica da Emenda Constitucional n. 41/2003 (doutrina, pareceres e normas selecionadas)*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- MONTEIRO, Meire Lúcia (org.). *Introdução ao direito previdenciário*. São Paulo: LTR, 1998.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 1.
- MOREUA, André. *O financiamento da seguridad social na União Européia e no Brasil*: São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- MORTATI, Costantino. *La constitución en sentido material*. Trad. Almudena Bergareche Gros. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- MONTORO FILHO, André Franco & PORTO, Cornélio Nogueira. *Previdência social e previdência complementar*. São Paulo: Instituto de Pesquisas Econômicas, 1982.

- NEVES, Ilídio das. *Crise e reforma da segurança social – equívocos e realidades*. Lisboa: Edições Chambel, 1998.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Proteção contratual. Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- NÓBREGA, Marcos. “Regimes próprios de previdência social e as emendas constitucionais 41 e 47: abrangência, equilíbrio financeiro e atuarial e alíquotas de contribuição”. *Revista de Interesse Público*, nº 36. Porto Alegre: Nota 10, 2006.
- NOGUEIRA, Rio. *Métodos atuariais – variações sobre um modelo simples*. I Congresso Brasileiro de Atuaria Rio de Janeiro: Serviços Técnicos de Estatística e Atuaria (STEA), 1994.
- _____. *A crise moral da previdência social*. São Paulo: Difel, 1985.
- _____. *Previdência privada – as opções da empresa usuária (um livro em forma de conferência)*. Goiânia: Ed. da Universidade Federal de Goiás, 1981.
- OLIVEIRA, Ademir de. *A previdência social na carta magna. Análise do direito e do antidireito das prestações previdenciárias*. São Paulo: LTR, 1997.
- OLIVEIRA, Antonio Carlos de. *Direito do trabalho e previdência social: estudos*. São Paulo: LTR, 1996.
- OLIVEIRA, Jayme Araújo & TEIXEIRA, Sonia Fleury. *Previdência social: 60 anos de história da previdência social no Brasil*. Petrópolis: Vozes, 1985.
- OLIVEIRA, Moacyr Velloso Cardoso de. *Previdência social: doutrina e exposição da legislação vigente*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de Oliveira. *Curso de direito financeiro*. São Paulo: RT, 2006.

- PACHECO, Iara Alves Cordeiro. “A competência da justiça do trabalho e a Emenda Constitucional nº 20/1998”. *Revista de Previdência Social*, nº 240. São Paulo: LTR, nov./2000.
- PASTOR, José Manuel Almansa. *Derecho de la seguridad social*. 4 ed. Madri: T.I., 1987.
- PAULO II, João. Encíclica *Laborem Exercens*. Vaticano, 1979.
- _____. *Derecho de la seguridad social*. Madri: Tecnos, 1977, v. I.
- PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da constituição e os princípios fundamentais – Elementos para uma hermenêutica constitucional renovada*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. I.
- PIERDONÁ, Zélia Luiza. *Contribuições para a seguridade social*. 1 ed. São Paulo: LTR, 2003a.
- _____. “Direito adquirido e direito acumulado”. *Revista de Direito Social*, n. 16. Porto Alegre: Nota 10, 2003b.
- PIETERS, Danny. *Últimas tendências nos sistemas de seguridade social europeus, com especial atenção para as reformas das aposentadorias*. Disponível no site do Ministério da Previdência e Assistência Social: www.mpas.gov.br. Acesso em: 20/09/1999.
- PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4 ed. São Paulo: Max Limonard, 2000.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de direito privado*. 5 ed. Rio de Janeiro: Borsori, 1981, tomo I.

- _____. *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda nº 1 de 1969*. Rio de Janeiro: Borsori, tomo I, 1967.
- PÓVOAS, Manuel Soares. *Seguro e previdência: na rota das instituições do bem-estar*. São Paulo: Green Forest do Brasil, 2000.
- _____. *Previdência privada – Filosofia, fundamentos técnicos e conceituação jurídica*. São Paulo: Fundação Escola Nacional de Seguros, 1985.
- _____. *Previdência privada: planos empresariais*. São Paulo: Fundação Escola Nacional de Seguros, 1981, v. I e II.
- PULINO, Daniel. *A aposentadoria por invalidez no direito positivo brasileiro*. São Paulo: LTR, 2001.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- _____. *Fontes e modelos do direito*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1994.
- _____. *Filosofia do direito*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1987.
- REIS, Adacir. *Fundos de pensão em debate*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- RITTER, Gerhard A. “La sécurité sociale em Allemagne de Bismarck à nos jours”. In: *Um siècle de protection sociale em Europe*. Paris: Association pour de l’histoire la Sécurité Sociale, 2001.
- RODRIGUES, Flávio Martins. *Fundos de pensão dos servidores públicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. *Los principios de derecho del trabajo*. Montividéu: MBA, 1975.
- ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional*. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1977.
- ROMITA, Arion Sayão. “Estruturas da relação de previdência privada (entidades fechadas)”. *Revista de Previdência Social – RPS*, Ano XXV (252), nov./2001.

- ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1999.
- ROUBIER, Paul. *Droits subjectifs e situations juridiques*. Paris: Dalozz, 1963.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Os pensadores*. Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, especialmente o v. I, livro I, e v. 2, 1997.
- _____. *O contrato social*. Trad. Leonardo Manuel Pereira Brum. São Paulo: Publicações Europa América, 1974.
- RUPRACHT, Alfredo J. *Direito da seguridade social*. São Paulo: LTR, 1996.
- RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de previdência social*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- _____. *Curso de direito previdenciário*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- SALDANHA, Nelson. *O poder constituinte*. São Paulo: RT, 1986.
- SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.
- SANTIAGO FILHO, Willis. *Teoria processual da constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Madri: Alianza Univerdad Textos, 1982.
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: Qu'est-ce que lê Tiers État*. Trad. Norma Azeredo. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1998.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 17 ed. Atualizado por Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- SILVA, Delúbio Gomes Pereira da Silva, *Regime de previdência dos servidores públicos no Brasil: Perspectiva*. São Paulo: LTR, 2003.

- SILVA, José Afonso da. “Parecer complementar”. In: MODESTO, Paulo (org.). *Reforma da previdência: análise e crítica da Emenda Constitucional n. 41/2003 (doutrina, pareceres e normas selecionadas)*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- _____. *Curso de direito constitucional positivo* 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. *Curso de direito constitucional positivo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- SILVA, Caio Mário. *Instituições do direito civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1995, v. I.
- SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. *Contornos dogmáticos e eficácia da boa-fé objetiva: o princípio da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.
- SOARES DE MELLO, José Eduardo. *Curso de direito tributário*. 5 ed. São Paulo: Dialética, 2004.
- SOUZA, Cláudio Ferreira de. “As reformas da previdência social: uma análise comparativa dos sistemas de previdência sob o aspecto das principais mudanças contemporâneas no atual cenário mundial”. In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves & VILLELA, José Corrêa (orgs.). *Previdência privada. Doutrina e comentários à lei complementar nº 109/01*. São Paulo: LTR, 2004.
- SUSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições do direito do trabalho*. 12 ed. São Paulo: LTR, 1991.
- TAVARES, André Ramos. *As tendências do direito público no limiar de um novo milênio*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Organizado e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

- TOLEDO, Cláudia. *Direito adquirido e estado democrático de direito*. Curitiba: Landy Editora, 2003.
- TOMES, Igor. “Visão geral dos modelos de reforma dos sistemas previdenciários nos países da Europa Central e Oriental”. *Revista Conjuntura*. Brasília: MPAS/ACS, 1999 (trimestral).
- TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito financeiro e tributário*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, vol. V.
- UGATTI, Uendel Domingues. *O princípio constitucional da contrapartida na seguridade social*. São Paulo: LTR, 2003.
- VENTURI, Augusto. *I fundamenti scientifici della sicurezza sociale*. Milão: Giuffrè, 1954.
- VILLATORE, Marco Antonio César. “Previdência complementar no direito comparado”. *Revista de Previdência Social*, nº 232. São Paulo: RPS, mar./2000.
- WALD, Arnoldo. *Obrigações e contratos*. 14 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. *Curso de direito civil brasileiro: introdução e parte geral*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcelos. *Previdência privada – doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- _____. *Previdência privada: atual conjuntura e sua função complementar ao regime geral da previdência social*. 2 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- _____. *Previdência privada: atual conjuntura e sua função complementar ao regime geral da previdência social*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- WEISS, Fernando Lemme. *Princípios tributários e financeiros*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.