



Sociedade Brasileira de Direito Público - SBDP
Escola de Formação 2006

**Reformas da Previdência e Contribuição dos Servidores
Inativos e Pensionistas: como o STF lida com um
problema econômico que conflita com direitos
adquiridos?
(Uma Análise da ADI 3105)**

Monografia apresentada à Sociedade Brasileira de Direito Público, como exigência para conclusão do curso da Escola de Formação do ano de 2006.

Alberto Barbosa Lima
Professor Orientador: Diogo R. Coutinho

Fevereiro/2007

Índice

1. Introdução.....	p. 2
1.1. Problema atual da Previdência, suas reformas e o direito adquirido.....	p. 2
1.2. Breve noção de direito adquirido e ato jurídico perfeito.....	p. 7
2. Estudo jurisprudencial.....	p. 9
2.1. Pesquisa no sítio eletrônico.....	p. 10
2.2. Análise da ADI 3105.....	p. 11
2.2.1. A Emenda Constituição nº 41/03.....	p. 11
2.2.2. Voto da Ministra Ellen Gracie (Relatora).....	p. 14
2.2.3. Voto do Min. Joaquim Barbosa.....	p. 17
2.2.4. Voto do Min. Carlos Britto.....	p. 19
2.2.5. Voto do Min. Cezar Peluso.....	p. 21
2.2.6. Voto do Min. Eros Grau.....	p. 27
2.2.7. Voto do min. Gilmar Mendes.....	p. 29
2.2.8. Voto do Min. Marco Aurélio.....	p. 32
2.2.9. Voto Min. Carlos Velloso.....	p. 34
2.2.10. Voto do Min. Celso de Mello.....	p. 36
2.2.11. Voto do Ministro Sepúlveda Pertence.....	p. 38
2.2.12. Voto do Min. Nelson Jobim.....	p. 41
3. Conclusão a partir da leitura dos votos.....	p. 43
4. Bibliografia e sitiografia.....	p. 47

1. Introdução

A Previdência Social, presente no art. 194, *caput*, da Constituição Federal de 1988, corresponde a um conjunto de ações de iniciativa do Poder Público e da sociedade relativas à seguridade social. Além da previdência, cabe à seguridade social assegurar direitos como saúde e assistência social. Tratam-se, claramente, de direitos sociais ou de segunda geração, que exigem atuação ativa do Poder Público.

Neste trabalho, limitados à previdência, ou melhor, às Reformas da Previdência a partir de 1998, estudaremos como elas se relacionaram com o princípio do direito adquirido, induzindo-nos a uma reflexão crítica de todos esses direitos. Daremos atenção especial às duas Emendas Constitucionais nº 20 e 41, de 1998 e 2003, que ficaram conhecidas como as duas Reformas da Previdência¹.

O objetivo é analisar a jurisprudência constitucional formada sobre isso, com ênfase na última reforma, a EC nº 41/03, que ensejou uma profunda apreciação do tema pelo STF (Supremo Tribunal Federal) ao instituir no texto constitucional a contribuição de servidores inativos e pensionistas. Diz-se que estas teriam direito adquirido a determinada situação jurídica, isto é, o direito subjetivo de ser apenas beneficiário do sistema de previdência, por terem satisfeito as condições e requisitos factuais para se aposentar. Para entender o problema, antes façamos uma breve contextualização da questão, mostrando quais os fatores sócio-econômicos e argumentos jurídicos envolvidos nela.

1.1. Problema atual da Previdência, suas reformas e os direitos adquiridos

¹ É preciso salientar, desde já, que tais reformas se voltaram basicamente para o regime do servidor público. Como veremos, embora não aprofundadamente, é o regime próprio dos servidores que abarca mais vantagens em relação ao regime geral, como a aposentadoria integral, encarecendo enormemente o seu custeio. Assim, este regime, por gerar maior parte do déficit geral da Previdência Social, foi o principal alvo das reformas previdenciárias.

Nas duas Reformas da Previdência, a principal discussão a respeito do direito adquirido se deu em razão da contribuição previdenciária que se tentou instituir sobre os servidores inativos e pensionistas. Em 1996, início do Governo FHC, a discussão já havia sido levantada, em razão da MP 1415 ², que instituía o tributo a estes servidores.

Na primeira reforma, no governo FHC, a proposta de contribuição foi rejeitada pelo Congresso Nacional³, quando da deliberação da EC nº 20/98. Entretanto, um ano depois, a Lei nº 9783/99 persistiu na instituição da cobrança, sendo esta declarada inconstitucional na ADI-MC 2010, embora não em exame de mérito⁴.

Na EC nº 41/03, reforma previdenciária concebida já no início do governo Lula, a instituição da cobrança de contribuição previdenciária foi prevista diretamente pelo poder constituinte derivado, e não mais por ato legislativo ordinário ou do Executivo. A ADI que impugnou a emenda constitucional (ADI 3105) foi a única dentre essas que, levadas ao STF, teve julgamento de mérito, tratada, finalmente, com grande profundidade pelo órgão.

² A ADI-MC 1441, que impugnou a medida do Executivo, perdeu objeto porque a medida provisória não foi reeditada, provavelmente em razão do provável desgaste político que tais reformas poderiam trazer. No julgamento da cautelar, o STF a indeferiu, o que levou à cogitação de que a cobrança seria consagrada pelo órgão.

³ Na PEC nº 33/95 (Proposta de Emenda Constitucional nº 33/95), propôs-se a instituição de contribuição de inativos da União, Estados, DF e Municípios cujos proventos fossem superiores a R\$ 1200 (teto do RGPS). Todavia, o dispositivo foi eliminado pela Câmara dos Deputados.

⁴ A Lei nº 9783/99 foi derogada pela Lei nº 9988/00, fazendo com que a ADI 2010, que impugnava a primeira norma, perdesse parcialmente o seu objeto. Houve, porém, julgamento da medida cautelar (deferida, suspendendo a eficácia da norma), em que os ministros anteciparam claramente o posicionamento que tomariam no julgamento final da ADI. O argumento preponderante foi o de que a Constituição Federal, com o texto da EC nº 20/98, não dava a legitimação necessária que permitiria a instituição da referida cobrança – decisão esta tomada pelos órgãos políticos elaboração da emenda constitucional, não podendo o Judiciário permitir que legislador ordinário a contrariasse.

Essas sucessivas tentativas de cobrança dos servidores inativos e dos pensionistas estão estritamente ligadas ao déficit⁵ gerado pelo RPPS (Regime Próprio de Previdência Social), o regime do servidor público, responsável pela maior parte do déficit e acusado de ser um dos grandes fatores das iniquidades dentro do sistema previdenciário⁶. Embora o RGPS (Regime Geral de Previdência Social), do qual fazem parte os trabalhadores do ramo privado, tenha déficit também, este é menor, além do mais que uma medida de contribuição sobre os aposentados pelo INSS (órgão que administra o RGPS) certamente desvirtuaria alguns dos objetivos da Previdência Social como o de evitar a pobreza e manter uma sustentabilidade digna quando seus beneficiados não puderem mais trabalhar. Isso porque os já baixos valores das aposentadorias destes⁷ não suportaria quaisquer tributações neste sentido, trazendo mais malefícios que vantagens⁸.

⁵ O déficit é causado pelo desequilíbrio entre receitas e despesas. Faltando dinheiro para complementar os gastos com os benefícios previdenciários, cabe ao Poder Público cobrir o prejuízo.

⁶ Uma pequena dimensão das iniquidades do sistema previdenciário pode ser percebida quando se comparam os números do RGPS (Regime Geral de Previdência Social), destinados aos trabalhadores do setor privado, e os do RPPS (Regime Próprio de Previdência Social), regime dos servidores públicos: entre 2001 e 2002, o INSS (RGPS) gastou 88 bilhões de reais para sustentar os 17,5 milhões de aposentados do setor privado, o que gerou um déficit de 17 bilhões; já o RPPS consumiu 61 bilhões de reais para pagar os 3,2 milhões de aposentados do setor público (União, Estados e Municípios), resultando em déficit de 39 bilhões de reais. O rombo da Previdência, portanto, gerou um déficit geral de 56 bilhões de reais, que teve de ser complementado pelo Poder Público. Desses números, percebe-se que o RPPS é o mais deficitário: 64% do gasto total com este regime (39 bi dos 61 bilhões de reais, portanto) foi custeado pelo Poder Público, ao passo que no RGPS a complementação exigida foi de 19% (17 bi de 88 bilhões) [Fonte: Sítio eletrônico do Ministério da Previdência: http://www.previdenciasocial.gov.br/reforma/reforma/reforma_prevatual.htm]. Isso tudo é resultado dos valores que recebem os beneficiários em cada um dos regimes. Por exemplo, a média dos proventos dos servidores públicos inativos federais variam de R\$ 2.310,00 (executivos/civis) a R\$ 13.511,00 (Ministério Público da União). Em contrapartida, no RGPS as médias de aposentadoria variam de R\$ 244,99 (aposentadorias por idade) a R\$ 749,32 (aposentadorias por tempo de contribuição). Como se percebe, as diferenças entre os dois regimes são enormes. Ainda que se acuse manipulação desses números, os fatos não negam a veracidade das injustiças entre os dois regimes ("Diagnóstico do Sistema Previdenciário Brasileiro"- Ministério da Previdência Social - Boletim Estatístico da Previdência Social; Boletim Estatístico de Pessoal – jan-03 / SRH/MPOG; STN/MF Elaboração: SPS/MPS)

⁷ Ver nota de rodapé *supra*.

⁸ Deste modo, no caso do RGPS, a contribuição dos aposentados traria efeitos contraproducentes. No documento "Diagnóstico da Previdência Social" (Ministério da Previdência Social, Secretária da Previdência Social, Brasília, Agosto/2003), após demonstrações de dados estatísticos sobre o RGPS referentes à demografia, arrecadação e gastos previdenciários, bem como outros aspectos sócio-econômicos, concluiu-se que o enfoque para a reforma do RGPS seriam medidas de caráter meramente gerencial (combate à sonegação e fraudes, melhoria dos serviços de atendimento, incentivos à filiação e contribuição, ampliação no esforço de recuperação de créditos), que por si já possibilitariam aumento da arrecadação. Certamente,

Além desse déficit já existente, o dito desequilíbrio atuarial⁹ ameaça causar um colapso econômico gigantesco no futuro – ou na melhor das hipóteses, perpetuação ou mesmo agravamento das iniquidades do sistema¹⁰ – , impelindo o Poder Público a cobrir o rombo previdenciário continuamente em vez de reservar recursos para outros investimentos. De qualquer forma, o alegado déficit previdenciário acaba sendo, assim, empecilho para o próprio crescimento econômico do país, dada as suas proporções. Mais: a cobertura, por parte do governo, desta crescente dívida pode tornar impossível o programa governamental, inviabilizando suas metas econômicas, políticas e sociais.

Como a tendência é o aumento da disparidade entre a contribuintes e beneficiários, em razão da baixa taxa de natalidade, aumento da expectativa de vida e redução do acesso aos quadros funcionais públicos, é plausível que os dois recentes governos (Lula e FHC) tenham se empenhado na inovadora tentativa de incorporar os servidores inativos e pensionistas no custeio da

uma reforma no regime geral (RGPS) também é imprescindível para a adequação da Previdência Social no novo contexto sócio-econômico. Apenas para efeito ilustrativo, vejamos a evolução do déficit neste setor nos últimos anos: em 1995, as contas do INSS estavam equilibradas (gastos e despesas em torno de 5% do PIB). Porém, desde então, as despesas do INSS aumentaram para 7,6% (2005), ao passo que as receitas apenas pararam nos 5,6%. Isso representou um déficit de 38 bilhões de reais para a Previdência Social em uma década. Uma das razões foi, além da queda de contribuintes em relação ao número de beneficiários, o aumento do salário mínimo, já que quase dois terços dos benefícios pagos pelo INSS correspondem ao salário mínimo; o aumento desproporcional das alíquotas de contribuição; e o aumento do mercado informal, com diminuição proporcional do número de contribuintes (*Fontes: Tesouro Nacional e Ipea*).

⁹ O equilíbrio atuarial do regime de previdência, que aparece no art. 40, *caput*, da CF, é um ponto importantíssimo na previdência. É ele que permitiria a auto-sustentabilidade do sistema previdenciário. Como nota o ministro Nelson Jobim, em seu voto na ADI 3105, “o equilíbrio atuarial (...) não tem nada a ver com relação entre pagar e ter que receber. Ele é um conceito que vem da matemática atuarial (...), porque a atuária se refere a uma parte da matemática específica, ou estatística, que investiga problemas relacionados com cálculo de seguros, à probabilidade de eventos, à avaliação de riscos, à fixação de prêmios e à análise de mercado econômico para o estabelecimento de planos e políticas de investimento. A idéia do equilíbrio atuarial determina que o sistema como um todo deva ter viabilidade econômico financeira para o futuro e no futuro. Portanto, o equilíbrio atuarial não remete à noção de direitos e deveres individuais e, assim, não significa que toda contribuição deve ter uma causa eficiente”. Conforme o ministro, não é a visão individual do equilíbrio atuarial que prepondera, mas a sistemática, devendo haver auto-suficiência do sistema inteiro, isto é, equivalência entre o ativo líquido e a sua reserva matemática (a diferença entre a expectativa dos custos previdenciários ou benefícios futuros e receita atual proveniente das contribuições). (ADI 3105/DF, rel. Min. Ellen Gracie, fl. 441)

¹⁰ Ver nota de rodapé 5, p. 3.

previdência. Destarte, o direito adquirido, assim como o ato jurídico perfeito, independentemente de qualquer juízo de valor, quando alegados, tornam-se óbices a essas reformas (justas ou não).

Nesta discussão gerada em torno do tema, podemos falar de basicamente dois grupos com posicionamentos distintos: de um lado, estão os defensores de uma reforma contributiva e distributiva dos recursos da Previdência, defendendo a inclusão dos servidores inativos, que estão, em tese, protegidos pelo direito adquirido e ato jurídico perfeito; e de outro, aqueles que não reconhecem a possibilidade de modificação do sistema de contribuições e benefícios – mesmo podendo alguns admitir a necessidade de reformas e as boas razões para fazê-la - em relação aos aposentados e pensionistas retroativamente à lei, em seu sentido amplo¹¹.

Poderíamos, não sem certa dose de simplificação, firmar que, ao menos em parte, o primeiro grupo dá relevância ao aspecto econômico e distributivo da discussão. Em contrapartida, no segundo grupo parece prevalecer o respeito pela manutenção de direitos, encarando-os como custos que o Estado, uma vez outorgando-os, tem o dever de garantir. É, assim, um típico conflito entre a racionalidade de decidir pelo direito e a pela economia, que avulta neste cenário de incessante mudança e enxugamento da máquina estatal como grande provedor de direitos e obrigações. Um conflito, entre muitos outros, que representa a crise ou transição pela qual passa o modelo de Estado.

Parece ter ficado claro que o problema da reforma da previdência não leva somente à indagação sobre se o sujeito tem um direito garantido pela Constituição ou não. É necessário também averiguar o quanto pesaria ao Estado se ele arcasse com todas as pretensões do constituinte originário, que expressamente inclui os direitos adquiridos como garantias individuais (art. 5º,

¹¹ Entende-se, aqui, por lei em sentido amplo as diversas espécies de atos legislativos, inclusive, para simplificação, as medidas provisórias, ainda que estas não tenham natureza legislativa, mas executiva.

XXXVI, da CF/88) – daí serem cláusulas pétreas, insuscetíveis de modificação em emendas constitucionais quando estas as ameçarem (art. 60, § 4º). Outrossim, é preciso discutir o quanto de melhoria na prestação dos direitos sociais previdenciários haveria se as barreiras do direito adquirido – que asseguram vantagens aos servidores – fossem suplantadas.

Destarte, essas exigências de reforma esbarram na idéia de direito adquirido e do ato jurídico perfeito, tornando necessária uma reflexão crítica dos direitos sociais – no caso, os da previdência -, em razão da dicotomia direitos/custos que eles representam. Sendo tais direitos sociais pretensamente protegidos pelas garantias do direito adquirido e do ato jurídico - protegidos pelas cláusulas pétreas -, há um ônus argumentativo jurídico, para os defensores da reforma da previdência, além das razões econômicas, para que se possa transpor, neste caso, o direito adquirido¹² - por vezes também tratado por ato jurídico perfeito¹³ -, que, lembre-se, estão intrinsecamente ligados à manutenção da segurança nas relações jurídicas, elemento fundamental do Estado de Direito.

Com isso, acredita-se, parece estar explícito o motivo dessa sondagem especial sobre o relacionamento do direito adquirido e ato jurídico perfeito com as reformas previdenciárias. O dito direito adquirido, quando legitimamente

¹² O respeito ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito está presente no rol de direitos e garantias individuais (art. 5º, XXXVI), sendo, portanto, considerado cláusula pétrea, conforme o art. 60, § 4º da CF/88 (“Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) os direitos e as garantias individuais”). Além disso, a LICC, art. 6º, define: “§1º- Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou (...) §2º-Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem”.

¹³ Como veremos no próximo item (“Breve noção de direito adquirido e ato jurídico perfeito”, p. 7), estes institutos são distintos, apesar de grande proximidade. De forma simplória, pode-se dizer que o ato jurídico perfeito é mais “forte”, sendo designado para qualificar situações jurídicas já perfeitamente consolidadas. A tênue diferença entre uma espécie de direito e outra, gera certa imprecisão, sendo muitas vezes o termo “direito adquirido” usado para “atos jurídicos perfeitos”. Não é nosso objetivo superar essa dificuldade terminológica, por isso não nos esforçaremos para diferenciar um do outro ao longo deste trabalho, a não ser quando isso se fizer realmente necessário. Como nos próprios argumentos a serem estudados há essa falta de rigor conceitual, ficaria difícil se tentássemos resolver este problema no limitado espaço para o trabalho a todo momento em que a dúvida surgir. Por isso, em via das dúvidas, utilizaremos o termo direito adquirido de forma mais ampla, abarcando também os tais atos jurídicos perfeitos.

alegado, torna-se um entrave relevante, porque ele, como foi dito, é cláusula pétrea, um direito individual e necessário para a segurança jurídica no Estado de Direito.

É, nesse contexto, objetivo deste trabalho verificar como se deu a análise destes conflitos de ordem constitucional no Supremo Tribunal Federal. Torna-se relevante saber o que está por detrás da legitimação de tais mudanças e o que foi levantado contra elas, já que, em última instância, isso representa um exercício de fiscalização do cidadão sobre como se dá a interpretação de direitos socialmente relevantes, como o direito à previdência.

Ademais, todas as medidas no sentido de supressão ou restrição de direitos e garantias, mormente as ditas individuais ou fundamentais, como o direito adquirido e a observância ao ato jurídico perfeito, devem passar pelo crivo do STF. Conforme pronunciamento de Ministro Celso de Mello na ADI 3105: “se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas”¹⁴.

Como há, entretanto, vozes díspares dentro do Supremo Tribunal, torna-se imprescindível, para o escopo desta monografia, analisar qualitativa e individualmente os votos nos acórdãos do STF, e assim considerá-los neste trabalho.

1.2. Breve noção de direito adquirido e ato jurídico perfeito

¹⁴ ADI 3105, Ministro Celso de Mello, fl. 369.

Ainda que seja de difícil conceituação, uma tentativa de definição mínima de direito adquirido e ato jurídico perfeito é útil para a continuidade do estudo, já que estes conceitos fazem parte do objeto do nosso trabalho.

Um conceito a respeito do direito adquirido está longe de ser estabelecido com precisão, sendo a noção predominante a que destaca dois principais elementos caracterizadores: 1) ter sido produzido por um fato idôneo para a sua existência; 2) ter se incorporado definitivamente ao patrimônio do seu titular¹⁵. Assim, quando produzida por um fato idôneo, a lei nova não pode atingir esse direito já incorporado ao patrimônio jurídico do titular, nem seus efeitos, ainda que este direito não se tenha efetivado, predominando os termos da lei sob o império do qual se verificou o fato de onde se origina o direito.

Disso fica o entendimento que, se o direito subjetivo não foi exercido, com a nova situação jurídica trazida pela lei posterior, ele se transforma em direito adquirido, não podendo ser suprimido. A lei nova não pode prejudicar o titular só pelo fato de ele não ter exercido o direito antes. Este seria o caso do cidadão que, embora tenha o direito de se aposentar, continua em atividade, ou daquele que, em tese, tenha direito ao começo de exercício de sua aposentadoria num termo prefixo ou condição preestabelecida inalterável pelo arbítrio de outrem (LICC, art. 6º, § 2º).

O ato jurídico perfeito, também presente no art. 5º, XXXVI, da CF/88 e no art. 6º, § 1º, da LICC, difere do direito adquirido por ser ato já consumado, sendo mais que adquirido; é direito esgotado¹⁶. A aposentadoria, quando cumpridos os seus requisitos indispensáveis, é, portanto, ato jurídico perfeito, sendo apto para produzir seus efeitos. Quando concedida a aposentadoria, a lei nova não pode suprimi-la.

¹⁵ GABBA, Francesco; AFONSO SILVA, J. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 434.

¹⁶ AFONSO SILVA, J. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 435.

Porém, ao se estudar estes institutos nas relações previdenciárias, há discussão sobre o que deve ser especificamente tutelado por tais institutos no direito de aposentadoria. Assim, há controvérsia se é o valor dos benefícios – ou proventos, se for servidor público – ou a própria aposentadoria que deve ser protegida – ou ainda se ambos.

Outro problema é saber se a restrição aos benefícios, futuramente à lei, implica agressão ao direito adquirido ou ato jurídico perfeito. Para tanto, necessário saber as implicações das mudanças trazidas pela lei em relação aos beneficiários, aos contribuintes e aos que contribuirão. Assim, é uma atividade de se delimitar a própria extensão destes institutos. Mais: significa saber o que os limita e como isto é feito na realidade jurisprudencial.

Outro agravante nesta discussão é que há um claro conflito e necessidade de ponderação entre o direito adquirido dos prejudicados e o suposto interesse da coletividade em sanar os problemas da previdência. O direito adquirido está no rol dos direitos e garantias individuais, sendo fundamental para a segurança das relações jurídicas, porém, não é absoluto; daí a possibilidade de contrapô-lo a outros valores, como o próprio interesse da coletividade. Disso vem o risco de, em seu afã de otimizar o sistema previdenciário, o Estado suprimir indevidamente este direito.

2. Estudo jurisprudencial

Será utilizada pesquisa de jurisprudência para analisar os votos presentes nos acórdãos referentes às impugnações sobre as medidas de reforma previdenciária. Trata-se, portanto, de um estudo qualitativo de jurisprudência, não quantitativo. Isso porque o principal intuito é saber o teor da argumentação desenvolvida pelos juízes do STF nos casos de forte caráter político-econômico como no das reformas previdenciária.

É preciso adiantar que, por se tratar de tema polêmico, sendo apenas uma das facetas das mudanças neoliberais que influenciam a transição de modelo de Estado, a argumentação de alguns ministros pode se levar pela preferência pessoal que eles têm a respeito de um ou outro modelo estatal. Como veremos, isso é marcante no Min. Marco Aurélio, por exemplo, que teme um retrocesso do Estado de Bem-estar. Ademais, dada divergência de votos e de fundamentações diferentes, até para a mesma decisão, faremos uma análise individual, qualitativa e crítica dos votos. No fim, tentar-se-á fazer uma síntese do julgamento, a fim de se extrair uma resposta institucional do órgão, desconsiderando, então, os individualismos.

Na análise destes votos, serão considerados alguns precedentes¹⁷ apresentados no acórdão, bem como pontos relevantes que possam concernir ao tema central da nossa abordagem. Serão também suscitadas peculiaridades da argumentação dos votos, levando-se em conta a consistência da mesma¹⁸. Isso, embora não pareça ter contato direto com o foco do trabalho, é importantíssimo para se verificar o grau de seriedade e problematização destes conflitos - em que há um claro embate entre a racionalidade econômica e a dos direitos - levados ao STF.

2.1. Pesquisa no sítio eletrônico

Para a reunião de um bom material de jurisprudência, procurou-se, primeiramente, buscar decisões que tivessem palavras-chaves combinadas, como “reforma e previdência”, “direito adquirido e previdência”, “inativos e direito adquirido”, entre outras expressões, utilizando-se as ferramentas de

¹⁷ ADI-MC 2087, MS-MC 23047 e, principalmente, as ADIs 1441 e 2010.

¹⁸ Este exercício inevitavelmente levará a uma avaliação pessoal em torno dos votos, resultando, talvez, numa perda de objetividade do trabalho. Entretanto, como o intuito não é de toda a elaboração de um trabalho descritivo, recorreremos a constantes comparações e críticas aos argumentos apresentados, que exigem uma certa carga opinativa e de sensibilidade do pesquisador.

filtro de busca do sítio do STF. Em razão do grande número de decisões encontradas ¹⁹, não foi possível a leitura do inteiro teor de todos os acórdãos.

Outra forma de coleta utilizada foi a percepção de precedentes levantados nas leituras de certos acórdãos. É o que se deu, por exemplo, com as ADIs 1441 e 2010, ambas citadas nos votos da ADI 3105.

No sítio “<http://www.stf.gov.br>”, na seção “jurisprudência” e sub-seção “pesquisa de jurisprudência”, foram colocados, na caixa “pesquisa livre”, os termos “direito adj adquirido e previdencia”, encontrando-se 74 documentos, com o escopo de localizar ações que oferecessem a pista de discussão sobre direito adquirido já na ementa. Selecionaram-se, com base nos critérios do tópico “2.1. Estudo Jurisprudencial”: ADI 3105, ADI 3128 ²⁰, ADI-MC 2010, ADI-MC 2111, ADI-MC 2087 e MS-MC 23047.

Buscando-se pelo termo “reforma adj4 previdenc\$”, ainda em pesquisa de jurisprudência, foram encontrados 14 documentos, ente eles a ADI 2010, que já tinha sido citada na leitura dos votos da ADI 3105 como uma espécie de precedente e encontrada na pesquisa anterior. Nesta, também foi mencionada a ADI 790, embora não seja relacionado diretamente com o objeto deste trabalho. Ao colocar “reforma adj4 previdenc\$ e direito adj3 adquirido”, tentando focar mais no problema pretendido, encontrou-se a ADI-MC 2087 e o MS-MC 23047 (medida cautelar e na ação direta e no mandado de segurança, respectivamente), redundando 2 (dois) documentos nesta busca.

¹⁹ Somando-se o número de decisões encontradas por meio das expressões “direito adj adquirido e previdencia”, “reforma adj4 previdenc\$”, “reforma adj4 previdenc\$ e direito adj3 adquirido”, “ato adj2 juridico adj2 perfeito e previdencia”, “reforma adj4 previdenc\$ e ato adj juridico adj perfeito”, “inativos e direito adj3 adquirido”, “direito adj3 adquirido e aposentad\$” e “direito adj3 adquirido e inciden\$ adj3 tribut\$”, haveria 476 decisões. Não é, entretanto, um número verdadeiro, porque muitas decisões podem ser encontradas por mais de uma forma de busca. Por exemplo, a ADI-MC 2087 é encontrada quando se procura por “reforma adj4 previdenc\$” e por “reforma adj4 previdenc\$ e direito adj3 adquirido”.

²⁰ A ADI 3128 tem o mesmo teor da ADI 3105, mudando-se apenas as requerentes e seus advogados, respectivamente: Associação nacional dos Procuradores da República – ANPR/advogado(a/s): Artur de Castilho Neto e Outro(a/s); e Confederação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP/advogado: Aristides Junqueira Alvarenga e outro(a/s).

Com “ato adj2 juridico adj2 perfeito e previdencia”, acharam-se 18 documentos, interessando apenas a ADI 3105 e ADI 3128, já selecionadas pelos meios anteriores. Tentando-se por “reforma adj4 previdenc\$ e ato adj juridico adj perfeito”, nenhum documento foi encontrado.

Outras buscas realizadas foram com as expressões “inativos e direito adj3 adquirido” (42 documentos), “direito adj3 adquirido e aposentad\$” (320 documentos). Estes acórdãos, em sua maioria, se referem a reivindicações meramente particulares, de requisições pessoais de aposentadorias, dos quais pouca contribuição pode se extrair a este trabalho, até porque, em tais casos, aplicava-se a Súmula 359²¹.

No fim da pesquisa, após leitura dos acórdãos e de referências mútuas, pareceu que valeria a pena a leitura da ADI-MC 2087, ADI-MC 2010, ADI 1441, MS-MC 23047, além da ADI 3105, imprescindível para o trabalho. Entretanto, a abordagem profunda de cada um deles demandaria tempo e esforço que não caberiam aos interesses mais limitados deste trabalho, que é o estudo da discussão da contribuição dos inativos e pensionistas, mais especificamente na EC nº 41/03. Ademais, é a ADI 3105 que oferece material mais adequado e necessário para este fim, já que foi ela própria a motivação específica deste trabalho.

Não significa que estes casos serão deixados de lado. Eles serão citados freqüentemente ao longo da análise da ADI 3105, auxiliando-nos até mesmo na compreensão dos argumentos aventados. Deste modo, meras referências a estas decisões, quando necessárias, permitirão que se faça um mergulho desta ADI sem que nos percamos -nas opiniões que surgirão.

2.2. Análise da ADI 3105

²¹ Súmula 359 – “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”, que foi aprovada em sessão plenária em 13/12/1963

2.2.1. A Emenda Constituição nº 41/03

Esta ação direta foi movida pela COMANP contra o art.4º da Emenda Constitucional nº 41/03, cujo teor é o seguinte:

4º Os servidores inativos e os pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em gozo de benefícios na data de publicação desta Emenda, bem como os alcançados pelo disposto no seu art. 3º, contribuirão para o custeio do regime de que trata o art. 40 da Constituição Federal com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.

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 art. 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 art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas da União.

Dos argumentos trazidos pela requerente, o que realmente interessa a este trabalho se refere à alegação de que a contribuição de servidores inativos e pensionistas violaria os direitos adquiridos e a irredutibilidade de proventos²².

²² A garantia da irredutibilidade de proventos (combinação do art. 37, XV –irredutibilidade de vencimentos-, com o art. 40, §4º, da CF) em muito se aproxima, neste contexto, dos efeitos da tutela do direito adquirido. Não é um direito intertemporal, como são os direitos adquiridos, mas

Na petição inicial da ação, os requerentes alegam que os servidores públicos e os que preenchiam as exigências de aposentadoria antes da vigência da EC nº 41/03, teriam garantido o direito de não pagarem mais contribuição previdenciária, ainda que não tivessem se aposentado (direito adquirido incorporado ao patrimônio jurídico a partir do momento em que se tem condições para exercício do direito).

Assim, a norma, segundo as requerentes, no intuito de ampliar fontes de custeio para a Previdência Social e reverter sua situação deficitária, teria violado a garantia individual do direito adquirido e a estabilidade do ato jurídico perfeito.

O Supremo Tribunal, por maioria de votos (7x4), considerou constitucional a “contribuição de inativos e pensionistas”. O grande fator para essa decisão foi o a inauguração do princípio da solidariedade – que, para alguns, encontra embasamento no art. 3º da CF/88, - por parte dos inativos²³ no regime previdenciário, antes de caráter apenas contributivo (agora contributivo e solidário).

Essa discussão, como veremos, trará, junto a si outros questionamentos, por exemplo, se há direito adquirido contra tributo (direito de não vir a ser tributado), em relação a regime jurídico e emenda constitucional; se há sinalagma na relação previdenciária; e qual seria o poder do constituinte reformador frente às cláusulas pétreas. Obviamente, eles nos conduzem diretamente ao problema central do trabalho. Como disse o ministro

uma garantia do servidor público. Alguns dizem, como o ministro Sepúlveda Pertence, que a irredutibilidade seria uma modalidade de direito adquirido. Para o caso, como os efeitos de sua tutela são afins – “resguardo do valor dos proventos” e o “direito de não ser tributado”/“direito resguardado à incolumidade do provento” (irredutibilidade de proventos e direitos adquiridos, respectivamente) -, abordaremos as considerações sobre os dois argumentos das requerentes, assim como nos outros casos a analisar, ainda que os ministros não os tratem exatamente como coisas iguais.

²³ Historicamente, a solidariedade no sistema previdenciário foi dos contribuintes para com os aposentados. Agora, com a EC nº 41/03, haverá solidariedade também dos inativos do serviço público e pensionistas em relação ao sistema como um todo. Certamente representa uma mudança de paradigma do sistema previdenciário em virtude das mudanças demográficas e sócio-econômicas.

Celso de Mello, o cerne da questão é: "(...) pode, o Congresso Nacional, no exercício de seu poder de reforma, alterar a Constituição, para, nela, introduzir prescrições como as ora impugnadas nesta sede de fiscalização abstrata, sem que, com tais modificações, incida em domínio materialmente protegido pelas cláusulas pétreas?". Faríamos o mesmo questionamento, com o condicionante: sob este contexto de necessidade de reforma e reestruturação do sistema previdenciário em razão das mudanças sócio-econômicas ao longo do tempo.

2.2.2. Voto da Ministra Ellen Gracie (Relatora)

No começo de seu voto, a ministra faz considerações, invocando a doutrina, a respeito dos limites de atuação do poder constituinte reformador ou derivado e, por isso, submissa ao controle de constitucionalidade. Assim, o art. 60, § 4º, seria expressamente um desses limites, dos quais podemos destacar a inviolabilidade aos direitos e garantias individuais.

Ao analisar propriamente o art. 4º da EC nº 41/03, objeto impugnado pela ADI, e sua repercussão nos direitos adquiridos ou já exercidos (atos jurídicos perfeitos), diz a ministra:

*"Desta leitura [do art. 4º da EC nº 41/03] não vislumbro qualquer desrespeito, ao menos em termos de **garantias previdenciárias**, a quanto foi assegurado aos aposentados e pensionistas. O artigo 4º, analisado em conjunto com os artigos 3º e 7º ²⁴ da mesma*

²⁴ Teores destes dispositivos:

Art. 3º - É assegurada a concessão, a qualquer tempo, de aposentadoria aos servidores públicos, bem como pensão aos seus dependentes, que, até a data de publicação desta Emenda, tenham cumprido todos os requisitos para obtenção desses benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente.

§ 1º O servidor de que trata este artigo que opte por permanecer em atividade tendo completado as exigências para aposentadoria voluntária e que conte com, no mínimo, vinte e cinco anos de contribuição, se mulher, ou trinta anos de contribuição, se homem, fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal.

emenda, garante aos atuais aposentados e pensionistas a permanência das aposentadorias e pensões, nas condições em que foram deferidas, com previsão de revisão na mesma proporção e na mesma data em que se dê aumento de vencimentos para os servidores em atividade. Aos servidores que já tenham implementado as condições de aposentadoria ela será acessível nos termos postos pela legislação anterior.

Portanto, quem já era aposentado, permanece em idêntica situação; quem reunia condições para a aposentadoria teve o respectivo gozo assegurado. A paridade com os servidores da ativa está mantida pela emenda, seja para efeito de revisão na mesma proporção e na mesma data em que a remuneração daqueles for modificada, seja para estender-lhes quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade. Logo, não há aqui ofensa a direito adquirido ou a ato jurídico perfeito”(grifos originais) ²⁵.

Assim, para a ministra relatora, o fato de haver tributação, não significa alteração do regime jurídico. Deste modo, ela não confronta ou pondera os

§ 2º Os proventos da aposentadoria a ser concedida aos servidores públicos referidos no caput, em termos integrais ou proporcionais ao tempo de contribuição já exercido até a data de publicação desta Emenda, bem como as pensões de seus dependentes, serão calculados de acordo com a legislação em vigor à época em que foram atendidos os requisitos nela estabelecidos para a concessão desses benefícios ou nas condições da legislação vigente.

Art. 7º- Observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal, os proventos de aposentadoria dos servidores públicos titulares de cargo efetivo e as pensões dos seus dependentes pagos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em fruição na data de publicação desta Emenda, bem como os proventos de aposentadoria dos servidores e as pensões dos dependentes abrangidos pelo art. 3º desta Emenda, serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei.

²⁵ ADI 3105, rel. Min. Ellen Gracie, fl. 142.

direitos adquiridos e a inviolabilidade ao ato jurídico perfeito a qualquer outro valor; apenas os põe fora de cena, dizendo que, simplesmente, não se está ferindo direito adquirido algum – o que será objeto de crítica por parte do ministro Joaquim Barbosa.

Quanto à irredutibilidade de proventos, cita casos da Corte em que se verificou que a tributação não configura redução de proventos (RE 70.009, ADIs nº 1441 e 2010). Evoca as palavras do Ministro Celso de Mello na ADI 2010, que mencionava o caráter não-absoluto da garantia de irredutibilidade de proventos, não podendo ser este oponível ao Poder Público a fim de obstar tributação.

Entretanto, a Min. Ellen Gracie vai além destas considerações e então a sua linha argumentativa dá uma guinada. Sobre as exposições de motivos que acompanhou a proposta governamental de Emenda Constitucional²⁶, a ministra considera infundada a razão de tributar em virtude de fatos passados. Fala de uma quebra de sinalagma da relação jurídica previdenciária, uma vez que a retroatividade da emenda, com o objetivo de instituir novamente contribuição aos que já contribuíram, força os beneficiários a uma espécie de “doação”. Isso porque a razão ou causa da contribuição é a alimentação de um fundo (da seguridade social) que financiará as prestações previdenciárias.

Usa argumentos de parte da doutrina que, como José Afonso da Silva, considera que após a percepção da aposentadoria, depois de período de contribuição, acontece uma espécie de “acerto de contas” ente contribuinte e Estado, devendo este, então, custear as aposentadorias devidas. Como a causa da contribuição é a expectativa de recepção de proventos/benefícios, se estes já existem, significa que a instituição de novas contribuições representam tributo sem causa – já que a causa é a referibilidade de prestação

²⁶ Basicamente os motivos foram: déficit na previdência; o erro histórico que resultou na não-contribuição por certo tempo de muitos dos atuais inativos; e o fato de o Brasil ser um dos únicos países em que os aposentados recebem proventos superiores à remuneração da época de atividade, sendo isso grande incentivo a aposentadorias precoces.

estatal, que não haveria, a princípio, para os inativos -, um tipo de capitação, sendo ilegítima mesmo sobre o pretexto de solidariedade entre contribuintes e beneficiários a fim de garantir a viabilidade do sistema previdenciário presente e futuramente.

Esta interpretação considera o caráter sinalagmático (contratual) das relações previdenciárias, estando o Estado obrigado à prestação de benefícios em razão de contribuição do servidor. É a hipótese que considera estrita necessidade de vinculação causal entre benefício e contribuição. Segundo esta interpretação, é esse o sentido da expressão “equilíbrio atuarial” contido no art. 195, § 5º, na CF: se nenhum benefício pode ser criado, estendido ou majorado sem a correspondente fonte de custeio, nenhuma contribuição pode surgir sem que haja benefício a lhe justificar ou compensar²⁷. Isso é, aliás, o que diz o Min. Celso de Mello no julgamento da ADI 2010.

Em suma, diz a ministra: “admitir a permanência desta norma corresponderia a permitir fosse onerado alguém que cumprira tudo o quanto lhe era exigido ao tempo em que entrou em gozo do benefício”²⁸. Assim, ela vota pela inconstitucionalidade da EC nº 41/03 não por essa ter ferido propriamente o direito adquirido, mas por tributar *bis in idem* o ex-contribuinte. A norma fere a garantia individual que veda ao Estado a bi-tributação (art.154, I), instituindo também um tributo sem causa, rompendo o equilíbrio atuarial (art. 195, § 5º).

²⁷ Essa interpretação é conhecida como “regra da contrapartida”. Os adeptos dessa interpretação ampliada do art. 195, § 5º da CF partem de uma premissa lógica *modus tollens* (modo que nega): se para haver benefício é preciso correspondente fonte de custeio, a negação do benefício (conseqüente) deve levar à negação do custeio (antecedente). Esse seria o esquema lógico incorporado pelo sistema de seguridade social. (Revista de Direito Social - 12, 2003, Wagner Balera, P. 44, Notadez). O problema é que esta regra pode ter um efeito contradizente àqueles que a sustentam para o caso. A contribuição do inativo é pode ser vista como acompanhada por um benefício; sendo ele, simultaneamente, contribuinte e beneficiário, ao contribuir, ele sustenta o próprio benefício. Ainda que se diga que esta contribuição é pulverizada como benefício, sem apresentar qualquer resultado nítido nos proventos dos beneficiários, não se pode olvidar que ao menos a um benefício a contribuição visa: a perpetuidade e viabilidade do sistema.

²⁸ ADI 3105/DF, rel. Min. Ellen Gracie, fl. 155.

Declara a inconstitucionalidade do art. 4º da EC nº 41/03.

2.2.3. Voto do Min. Joaquim Barbosa

O ministro inicia seu voto realizando uma crítica ao voto da Min. Ellen Gracie: ela teria deixado de lado a questão do direito adquirido e, por extensão, das cláusulas pétreas. Ponderando sobre elas, diz que o ponto de vista das requerentes a respeito destas é conservador, antidemocrático e não-razoável²⁹. Para o Min. Joaquim Barbosa, a Constituição Federal tem outros valores que não só os das cláusulas pétreas, que devem ser ponderados, tais como o caráter social do pacto político (art. 3º, III e IV), e não ignorados quando confrontados com alguma cláusula pétrea. Além disso, deve haver possibilidade de mudança e correção ou adaptação necessárias da Constituição pelo povo, a fim de se eliminar distorções presentes no texto original. Diz o ministro ainda sobre a ilogicidade de uma valoração absoluta das cláusulas pétreas:

*"(...) é insensato conceber que o constituinte originário possa criar aquilo que o professor Canotilho qualifica como uma 'constituição **imorredora e universal**' [CANOTILHO, J.J. direito constitucional e teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1998. p.937] . A evolução do pacto constitucional deve ser regra, sob pena de se criar um choque de gerações, que pode até mesmo conduzir à esclerose do texto constitucional e do pacto político que ele materializa"³⁰*

Sobre o direito adquirido, diz:

"A tese da exacerbação do direito adquirido protegido por cláusulas pétreas, no presente caso, é também absolutamente desarrazoada e antijurídica. Em primeiro

²⁹ ADI 3105/DF, rel. Min. Ellen Gracie, fl. 165-167.

³⁰ ADI 3105/DF, rel. Min. Ellen Gracie, fl. 166.

*lugar, porque não faz sentido sustentar, em um estado democrático e social, que alguém possa adquirir o direito de não pagar tributos. (...) Por outro lado, trata-se de uma concepção não razoável porque não faz sentido não querer isentar de contribuição previdenciária solidária os milhares de pessoas que se aproveitaram de um sistema iníquo de privilégios, de normas frouxas e excessivamente generosas que permitiram a jubilação precoce de pessoas no ápice de sua capacidade produtiva (...)*³¹.

Como se vê, seus argumentos são diversos dos da Min. Ellen Gracie e, como veremos, aos do Min. Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio. Embora a relatora não discuta sob o termo “direitos adquiridos”, ela se referiu às cláusulas pétreas – e daí o direito adquirido e o ato jurídico perfeito – como imutáveis e intransponíveis. Já o Min. Joaquim Barbosa, acredita que o princípio dos direitos adquiridos, assim como outros princípios constitucionais, é passível de ponderação ou confrontação com outros valores igualmente protegidos pela nossa Constituição (relatividade dos princípios constitucionais). Assim, contrapondo à idéia de direitos adquiridos, o ministro eleva o princípio da solidariedade (art. 3º, I e III) a verdadeira pedra de toque de todo o sistema de seguridade social. O art. 40 da CF/88 com o novo texto dado pela EC nº 41/03 reforça esta idéia, tornando-a expressa.

Nessa ponderação de princípios – direito adquirido e o da solidariedade –, deve prevalecer este, segundo o ministro, uma vez que “guarda total coerência com a matriz filosófica da nossa Constituição”³². Além disso, diz que a emenda não aboliu nem suprimiu o “núcleo central intangível” dos princípios protegidos por cláusula pétrea. Apenas os corrigiu com o fim de manter a viabilidade do sistema previdenciário que, da forma como estava sendo

³¹ ADI 3105/DF, rel. Min. Ellen Gracie, fl. 167.

³² ADI 3105/DF, rel. Min. Ellen Gracie, fl. 169.

perpetuado, comprometeria o bem-estar das futuras gerações de agentes estatais. Assim, o seu entendimento de solidariedade abarca este caráter intergeracional. Arremata: “em suma, entendo que a solidariedade deve primar sobre o egoísmo.”³³. Vota pela improcedência da ação.

Nesta argumentação do ministro se vê certa consideração sobre o aspecto econômico da Previdência. Não cita o problema de custeio como pretexto ou razão para o voto, apenas o justifica – e parece enobrecê-lo – como fim, ao relevar o princípio da solidariedade por parte dos inativos e pensionistas. Este aspecto foi plenamente ignorado no voto da relatora, sendo esta, neste sentido, estritamente técnica. É evidente que, na ponderação que faz entre os direitos adquiridos e o artigo 3º da Constituição – para ele, o princípio da solidariedade – o ministro trabalha a limitação de uma garantia individual com uma necessidade coletiva, social e econômica.

2.2.4. Voto do Min. Carlos Britto

O que o argumento do ministro traz de novo é a sua consideração a respeito da responsabilidade do ente público na relação previdenciária e do princípio da solidariedade, além de um interessante debate e interferências de outros ministros em meio a seu voto.

Para o ministro, segundo o art. 40, *caput*, cabe ao Poder Público, enquanto único arrecadador e gestor de verbas, fazer render o fundo previdenciário de modo a assegurar a continuidade vitalícia dos benefícios do sistema, “estabelecendo, para tanto, uma política de funcionários, fixação de base de cálculo e percentual de descontos previdenciários o bastante para o alcance perene daquele patamar de auto-suficiência financeira”³⁴.

³³ ADI 3105/DF, rel. Min. Ellen Gracie, fl. 169.

³⁴ ADI 3105/DF, rel. Min. Ellen Gracie, fl. 177.

Diz que a questão da previdência, quando se fala de déficit, utilizando um trocadilho, é na verdade uma questão de “providência” (providência gerencial do Poder Público), pois é coisa que concerne à responsabilidade do gerente, não do servidor. Sugere que é a má-gestão da previdência a única responsável pelo déficit, ao dizer que, no setor privado de previdência, o mercado é promissor e que os fundos de pensão, “que nadam em dinheiro, evidenciam que o sistema é rentável, é auto-sustentável”. Todavia, ressaltamos: as duas realidades são evidentemente distintas, além do que, de acordo com o que falamos em capítulos anteriores, não se poderia atribuir a problema da previdência a uma simples má “providência” do Poder Público.

Como cautela para o caso de os recursos para o custeio do regime geral previdenciário ser insuficiente, lembra que o legislador derivado da EC nº 20/98 tratou de suplementar a contabilidade atuarial com o aporte de outras fontes de custeio. Assim, cita o art. 249 da CF ³⁵, que, lembra o ministro, foi esquecido por todos dos pareceres.

É a partir desta norma constitucional que o Min. Carlos Ayres Britto concebe o princípio da solidariedade. No início do seu voto, afirma que a tentativa de aproximação do art. 3º da CF/88³⁶ - como faz o Min. Joaquim Barbosa - com este sentido de solidariedade gerava uma relação de pertinência ou defluência entre as duas coisas.

Disso tudo, conclui o ministro que os proventos e eventuais pensões se constituem em direito subjetivo do servidor público (ou seu dependente),

³⁵ Art. 249 – *Com o objetivo de assegurar recursos para o pagamento de proventos de aposentadoria e pensões concedidas aos respectivos servidores e seus dependentes, em adição aos recursos dos respectivos tesouros, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir fundos integrados pelos recursos provenientes de contribuições e por bens, direitos e ativos de qualquer natureza, mediante lei que disporá sobre a natureza e administração desses fundos.*

³⁶ Para Carlos Ayres Britto, o sentido de solidariedade do art. 3º da Constituição Federal de 1988 é o mesmo do princípio da fraternidade, o terceiro valor inspirador da Revolução Francesa. Ou seja, é o princípio que induz a sociedade a diminuir as discriminações e promover as chamadas ações afirmativas ou políticas públicas de integração civil e moral de segmentos historicamente discriminados. Como se vê, a partir da interpretação do ministro, não é esse o sentido da solidariedade da EC nº 41/03.

desde que preenchidos os requisitos constitucionais. A partir do momento em que tiver cumprido todas condições de gozo do benefício, o servidor público já não poderá ser compelido a contribuir para o sistema previdenciário nem por determinação legal, nem por Emenda Constitucional. Se fosse possível às emendas desrespeitarem os direitos adquiridos e as cláusulas pétreas, abrir-se-ia caminho para situações grotescas.

Sobre os que acreditam na possibilidade de emenda constitucional ofender os direitos adquiridos, o ministro diz que é porque eles partem de uma única premissa: a Constituição só proibiu as leis, e não as emendas, de fazê-lo – veremos que isso não é a verdade, pois como o Min. Cezar Peluso, houve argumentos a favor da contribuição ora discutida sem essa premissa. Assim, segundo ele, estes adotam uma interpretação estritamente gramatical do termo do art. 5º, XXXVI, da CF, por esta prescrever “a lei não prejudicará...”. Para demonstrar a incoerência disso, aponta para o caso de crime de responsabilidade (art. 85 da CF/88), em que se diz que o Presidente da República incorreria de crime de responsabilidade quando deixasse de cumprir a lei ou as decisões judiciais. Embora não se fale de emendas, está claro que estas se incluem no mesmo rol. O mesmo ocorre com o direito adquirido: as emendas devem respeitá-las.

Acerca das cláusulas pétreas, diz o ministro, discordando do Min. Joaquim Barbosa, que estas não cumprem uma função conservadora, mas garantidoras do progresso, na medida em que impedem o regresso. Todavia, o Min. Joaquim rebate o Min. Ayres Britto dizendo que o intérprete da Constituição “não pode (...) enclausurar-se naquilo que os juristas anglo-saxões chamam de *ivory tower syndrom* – síndrome da torre de marfim - e discutir conceitos, dogmas, ignorando completamente a realidade social a qual o texto Constitucional se aplica”³⁷. E ainda diz: “o que está em jogo aqui, neste País, é o que todos sabemos: é um sistema de aposentadoria de pessoas que

³⁷ ADI 3105/DF, rel. Min. Ellen Gracie, fl. 185.

se retiram, em sua grande maioria, da vida pública aos 45, 46 anos de idade”³⁸.

A respeito da solidariedade intergeracional, rebatendo a tese do Min. Joaquim Barbosa (a geração contemporânea estaria sacrificando as gerações futuras se o sistema de previdência não tiver reformas, aumentando fontes de custeio), o Min. Carlos Britto diz que este é um argumento recorrente no neoconstitucionalismo europeu, que é a favor de reformas constitucionais, mesmo que passem por cima das cláusulas pétreas. Entretanto, para o ministro, não haveria que se falar em gerações ali, porque a Constituição originária é obra da nação, não de uma geração. Quando uma geração achar que a Constituição se esclerosou, nada a impede de fundar uma nova. Porém, enquanto ela persistir, deve ser respeitada. É clara a oposição deste voto ao anterior.

Acompanha, ao final, o voto da ministra-relatora, Ellen Gracie.

2.2.5. Voto do Min. Cezar Peluso

Neste voto, o argumento econômico e extrajurídico parece relevar no julgamento da ADI 3105. Obviamente, não é provável que este seja o fator decisivo para a sua decisão, nem se deixa transparecer isto. Entretanto, é o ministro Cezar Peluso que primeiro utiliza como parte do seu argumento a racionalidade econômica de forma expressa - ou ao menos utiliza-o como pretexto para decidir.

Após demonstrar em seu voto como se dá a patrimonialização do direito subjetivo vinculado a evento concreto, o ministro expõe por que não há que se falar em direito adquirido contra a contribuição previdenciária a inativos:

³⁸ ADI 3105/DF, rel. Min. Ellen Gracie, fl. 186.

"(...)Não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito. Donde, tampouco poderia encontrar-se, com esse alcance, direito subjetivo que, adquirido no ato de aposentamento do servidor público, o alforriasse à exigência constitucional de contribuição social incidente sobre os proventos da inatividade"³⁹

Para o ministro, o fato gerador da contribuição previdenciária é percepção de proventos da aposentadoria e pensões, e não a aposentadoria em si, como pensam os autores da ação. "Uma coisa é a aposentadoria em si, enquanto fonte e conjunto de direitos subjetivos intangíveis; outra, a tributação sobre valores recebidos a título de proventos da aposentadoria"⁴⁰, diz Cezar Peluso. Por isso, as requerentes alegam que, sob a tutela da garantia constitucional do direito adquirido, não poderia se aplicar futuramente a EC nº 41/03 a eles.

Quanto à irredutibilidade do valor dos proventos, lembra o ministro do posicionamento da Corte em outros casos, no sentido de que a cláusula constitucional de irredutibilidade da remuneração dos servidores públicos não implica em imunidade tributária⁴¹. Assim fosse, nada poderia ser tributado com base no valor dos proventos ou mesmo dos vencimentos (em razão da irredutibilidade de vencimentos). Esse absurdo só revela que a garantia de irredutibilidade não pode ser entendida estrita ou absolutamente – nas palavras do ministro: "todo excesso de conclusão desnuda todo o excesso de premissa"⁴².

³⁹ ADI 3105/DF, rel. Min. Ellen Gracie, fl. 203.

⁴⁰ ADI 3105/DF, rel. Min. Ellen Gracie, fl. 208.

⁴¹ ADI 790 e ADI 2010.

⁴² ADI 3105/DF, rel. Min. Ellen Gracie, fl. 209.

Contra a alegação de que houve, com a instituição de contribuição a inativos, redução de benefícios, o ministro propõe um argumento um tanto confuso. Diz:

*"Nem quadra falar, a rigor, em 'redução de benefícios', sobretudo em relação aos inativos antes do advento da Emenda nº 41/2003, porque, sob o regime anterior, receberiam mais do que os servidores da ativa, pois não se assujeitaram à contribuição previdenciária por estes paga. A respeito, notou a 'Exposição de Motivos' da proposta da Emenda: 'trata-se de uma situação ímpar, sem paralelo no resto do mundo nem qualquer conexão com princípios previdenciários e de política social: pagar-se mais para os aposentados em relação àqueles que ainda permanecem em atividade' "*⁴³.

Não fica claro por que, pelo fato de não se sujeitarem à contribuição paga pelos servidores da ativa, não há redução do benefício dos inativos. Ao que parece, o principal motivo que dá o ministro para não considerar redução de benefício é a existência de uma iniquidade, como consta da "Exposição de Motivos" da referida emenda constitucional. Assim, parece fazer dessa constatação do absurdo a razão para derrubar mais um óbice à Emenda.

No seu voto, o ministro levanta novamente os dois precedentes: as ADIs 1441-MC e 2010-MC, já mencionadas neste trabalho. No primeiro caso, o ministro Sepúlveda Pertence expõe como a argumentação oportunística de ambas as partes prejudica a discussão da crise da Previdência: a que toma a Seguridade Social como se fosse mera relação contratual-sinalagmática e a que considera uma ação estatal independente de cálculos e considerações atuariais. Por considerar o caráter solidário e social de todos os inclusos no sistema, ele indefere a medida cautelar. Cita também trechos do Ministro-

⁴³ ADI 3105/DF, rel. Min. Ellen Gracie, fls. 209 e 210.

relator Octávio Gallotti, cujas idéias foram no mesmo sentido de suas considerações a respeito da inexistência de imunidade tributária dos inativos. O indeferimento da medida cautelar da ADI 1441 significou um entendimento, ao menos provisório, da constitucionalidade da tributação dos inativos.

No segundo caso (ADI 2010), com a Emenda Constitucional nº 20 (instituição do caráter contributivo), havia, segundo alguns ministros, uma outra moldura constitucional para a questão da contribuição de inativos. Não mais caberia o entendimento firmado pelo Tribunal na ADI 1441-MC, como diz o Min. Celso de Mello⁴⁴. Entretanto, com a EC nº 41/03, transmudou-se o regime previdenciário dos servidores públicos com o propósito de equilibrar as contas da previdência. Diz o Min. Cezar Peluso:

*"(...) Sublinho mais uma vez que, com o advento da Emenda nº 41/2003, o regime previdencial deixou de ser **eminentemente contributivo** para se tornar **contributivo e solidário**, como se infere límpido à redação que emprestou ao art. 40, caput ⁴⁵, da Constituição da República."*⁴⁶

O ministro aponta como causas dessa reforma no regime previdencial do servidor público, entre outras razões de ordem político-legislativas, o aumento da expectativa de vida do brasileiro e, assim, do período de percepção do benefício, bem como a preocupação permanente com o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema. E mais: tudo isso agravado pela baixa taxa de natalidade e redução do acesso aos quadros funcionais públicos. A crescente pressão financeira desarranja a equação entre servidores e aposentados e, conseqüentemente, entre receita e gastos, tendendo ao colapso do regime previdenciário como um todo.

⁴⁴ ADI 3105/DF, rel. Min. Ellen Gracie, fl. 215.

⁴⁵ Ver. *Supra*, p. 11, item "3.1. A Emenda Constituição nº 41/03".

⁴⁶ ADI 3105/DF, rel. Min. Ellen Gracie, fl. 221.

Dado interessante é que o ministro, claramente preocupado com a situação econômica da previdência, dedica algumas páginas do seu voto apenas para relatar a situação em que se encontra o sistema previdenciário, em escala global. Adentrando no tema da crise estrutural dos sistemas previdenciários, cita o excerto de um relatório do Banco Mundial ("*Averting the Old Age Crisis, Policies to Protect the Old and Promote the Growth*", 1994), que já alertava, na década passada, sobre este problema mundial, apresentando o diagnóstico do problema⁴⁷. No fim da transcrição, conclui o ministro:

*"Este inquietante quadro social, econômico e político, em que, sob o juízo isento e desapaixonado, não se pode deixar de situar o país, **interessa ao Direito**, porque subjaz como **fonte da razão normativas (ratio iuris)** á aprovação da EC nº 41/2003, que estendeu aos servidores públicos inativos o ônus de compartilhar o custeio do sistema previdenciário. [grifamos]"⁴⁸*

Disso conclui-se que, em seu voto, o ministro leva, sim, em conta o fator econômico do problema no julgamento desta ação direta de inconstitucionalidade. Ao dizer que o conjunto de razões extrajurídicas – diríamos: especialmente a econômica – "interessa ao Direito", o ministro parece admitir, no seu processo decisório, outros critérios que não os estritamente técnico-jurídicos.

A ofensa ao direito adquirido e a irredutibilidade de proventos, argüidos pelas requerentes, não seriam argumentos fortes, uma vez que refletem o "cunho eminentemente capitalizador e contributivo" da premissa que adotam, considerando a relação previdenciária tal qual "relação jurídica de direito

⁴⁷ ADI 3105/DF, rel. Min. Ellen Gracie, fls. 222 a 225

⁴⁸ ADI 3105/DF, rel. Min. Ellen Gracie, fl. 225.

privado, de perfil negocial ou contratual”⁴⁹. De outro lado, contra estes argumentos, apresenta os princípios ou objetivos do sistema de seguridade social presentes no art. 194, § único, art.195, caput e §5º, e art. 40, caput (na forma rescrita pela EC nº 41/2003), revelam a existência, segundo o ministro - subtende-se -, de um caráter solidário, de cunho social e atuante no interesse público e coletivo, predominando sobre o interesse privado.

Apontando o art. 195 da CF/88, que prescreve que a seguridade social será custeada por toda a sociedade, de forma direta e indireta o ministro diz que aí está o princípio estruturante da solidariedade ⁵⁰. Assim, o nosso sistema é organizado para um custeio geral, e não como é no Chile, por exemplo, “para compor fundo privado com contas individuais”. O caráter contributivo trazido pela Emenda nº 20, junto agora com a solidariedade da Emenda nº 41, resultou num sistema híbrido, em que há, de fato, garantia de pagamento de aposentadoria mediante contribuição compulsória por certo período, sem prejuízo, todavia, do caráter universal, seletivo e distributivo da organização securitária (art. 194, § único, incisos I e III).

Outro apontamento que se revela importante nessa detecção dos argumentos extrajurídicos do ministro refere-se à passagem em que diz que o sujeito passivo da relação jurídico-tributária (o contribuinte) se “define apenas por pertencer a um determinado grupo social ou econômico, identificável em função da finalidade específica do tributo de que se cuide”, dividindo, com a mudança da EC n. 41/2003, três subgrupos: i) os aposentados até a data da publicação da Emenda; ii) os que se aposentarão após a data da sua edição, tendo ingressado antes no serviço público; iii) os que ingressaram, ingressarão e se aposentarão, tudo após a publicação da Emenda. Para Cezar Peluso, os integrantes do primeiro grupo –em que os argumentos de direitos adquiridos se apresentam mais patentes- não estão à margem do grupo socioeconômico

⁴⁹ ADI 3105/DF, rel. Min. Ellen Gracie, fls. 225 e 226.

⁵⁰ ADI 3105/DF, rel. Min. Ellen Gracie, fls. 228.

ligado à finalidade da previdência social, interessando-lhes diretamente a manutenção do sistema.

Prosseguindo a respeito da responsabilidade econômica deste grupo, aponta o ministro para o fato de muitos dos aposentados não terem jamais contribuídos para o custeio da previdência, ao menos os que se aposentaram antes da EC n. 3/93, além de estarem recebendo proventos integrais, referentes à última remuneração que tiveram na ativa. Em contrapartida, aqueles que se aposentaram após a edição da EC n. 41, só poderão receber no máximo proventos correspondentes a 10 salários mínimos⁵¹. Situação diferente seria desproporcional e injusta, afrontando o princípio da “eqüidade na forma de participação de custeio”, art. 194, § único, IV, da CF/88.

No fim de seu voto, o ministro deixa evidente que a tarefa do tribunal não é “substituir-se aos órgãos republicanos (...) e definir políticas públicas, nem tampouco de se fazer intérprete das aspirações populares”, todavia, acredita que a ponderação das repercussões é necessária. Não se pode proceder segundo a máxima *fiat justitia, pereat res publica* (“faça-se a justiça, ainda que pereça a república”), pois isso não corresponde certamente à vontade da Constituição, nem aos objetivos da Previdência Social. Termina o seu voto: “E da ponderação das repercussões creio não me ter apartado na formulação deste voto, que tende a garantir a viabilidade econômica de sistema da mais alta importância social”⁵².

Apesar destes argumentos, vota pela parcial procedência da ação, ou seja, pela inconstitucionalidade apenas no tocante à distinção no inciso II do art. 4º da EC nº 41/03, em razão do princípio da isonomia⁵³.

⁵¹ O valor do salário mínimo como referência de cálculo é o a data da Emenda. Assim, o teto é de 2400 reais.

⁵² ADI 3105/DF, rel. Min. Ellen Gracie, fls. 251.

⁵³ Outro ponto impugnado pelas requerentes, além da expressão “servidores inativos e pensionistas”, foi a diferenciação feita nos incisos do art. 4º da EC nº 41/98 entre os servidores inativos e pensionistas da União em relação a outros entes federativos. Isso, porém, não abrange o assunto estudado neste trabalho.

2.2.6. Voto do Min. Eros Grau

Para o ministro, o problema trazido pela emenda se refere não ao art. 60, § 4º, IV (“art. 60 (...) § 4º - não será objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir: (...)IV- os direitos e garantias individuais”), mas ao art. 5º, inciso XXXVI (“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”), que consta no rol de direitos e garantias protegidos pelo art. 60, § 4º, IV. Isso porque a EC nº 41/03 não visa à abolição de um direito ou garantia individual, apenas a viola. Portanto, ele observa a questão neste sentido, não fazendo considerações quanto aos limites do poder de reforma, por exemplo. O dispositivo da emenda, para ele, se defronta diretamente aos direitos adquiridos, portanto.

Entretanto, o ministro parece olvidar que a cláusula pétrea protege não somente contra a “abolição” de um direito tutelado, mas qualquer medida “tendente a abolir”. A nosso ver, o ferimento ao direito é um desrespeito que, levado às últimas conseqüências, ameaça a própria existência do bem jurídico que se pretende resguardar no art. 60, § 4º, IV, sinalizando possível abolição ou abrindo caminho para isso. Com a sua argumentação, neste ponto, Eros Grau passa à margem da discussão, evitando este ponto importantíssimo na discussão (o embate entre a alegação de direito adquirido, protegido constitucionalmente pela petrealidade, e o poder de reforma).

Há intangibilidade ao direito adquirido, de acordo com o ministro, apenas quando este tutelar situações individuais, existindo, de outro lado, alterabilidade quanto às situações gerais (institucionais)⁵⁴. Nas primeiras, os conteúdos são peculiares a cada caso particular; nas segundas, são necessariamente idênticas a todos os indivíduos que delas são titulares. Assim, a situação dos aposentados e pensionistas se enquadraria na segunda categoria, logo, sujeitas à mutabilidade.

⁵⁴ ADI 3105/DF, rel. Min. Ellen Gracie, fls. 259.

Os autores, por alegarem ofensa ao direito adquirido por parte da emenda, pressupõem que há direito adquirido em relação a regime jurídico. Todavia, Eros Grau cita jurisprudência⁵⁵ comprovando o entendimento reiterado do STF de que não há direito adquirido quanto a regime jurídico. Aposentados e pensionistas são titulares do direito adquirido a perceber aposentadorias e pensões, mas não ao regime jurídico de umas e outras⁵⁶.

Quanto à existência de um *bis in idem* (bi-tributação), diz o ministro que não há óbice jurídico a essa política, em razão da origem da instituição da contribuição (emenda constitucional). Diz que o que há é "relação institucional, adstrita a normas de Direito Administrativo, sendo perfeitamente possível a revisão de suas regras, a fim de resguardar-se do interesse público e a continuidade da prestação por parte do Estado"⁵⁷.

Ainda reforçando o caráter estatutário e institucional da relação previdenciária, afasta o caráter sinalagmático desta, dizendo que a equivalência de prestação e contraprestação falta a essa relação. Além disso, esta relação se dá não por avença de vontades, mas da lei. Argumenta o ministro também que, mesmo que fosse admitido a existência de sinalagma nestas relações, o ato jurídico perfeito, em razão das circunstâncias de fatos presentes – provável desequilíbrio econômico entre as partes (o Estado e o contribuinte/beneficiário)-, poderia ser revisado. Lembrando o voto do ministro Paulo Brossard na ADI 493, diz que o "ato jurídico perfeito cederia à teoria da imprevisão".

Esse ponto é importante pois revela, mais uma vez, a real possibilidade de, no STF, a quem cabe a guarda da Lei Maior, suprimir-se direitos – individuais, inclusive, a princípio protegidos pelo art. 60, § 4º, IV da CF/88 – por motivos eminentemente econômicos. Este argumento não é levantado de maneira pertinente. A teoria da imprevisão, como se infere de

⁵⁵ RE 226.855, (rodapés da FL. 262).

⁵⁶ RE 92.232-6, citado nas fls. 263-64 da ADI 3105/DF.

⁵⁷ ADI 3105/DF, rel. Min. Ellen Gracie, fls. 268.

seu próprio nome, exige a existência de plena imprevisibilidade de fato superveniente pelas partes para que possa ser aplicada e, assim, revisar o contrato, violando legitimamente o ato jurídico perfeito. Este fato, externo ao contrato, resultará em grande desequilíbrio pelas partes, gerando um ônus excessivo por uma das partes e vantagens injustificadas (enriquecimento sem causa) pela outra, o que parece não se aplicar ao caso da relação previdenciária.

Dessa desconsideração de existência de sinalagma, o ministro Eros Grau, logicamente, refuta a interpretação do art. 195, § 5º, da CF/88, que redundaria na regra da contrapartida. De acordo com esta, na idéia presente no dispositivo constitucional de que nenhum benefício pode ser criado ou majorado sem correspondente fonte de custeio, estaria incutida uma prescrição implícita *a contrario sensu*, isto é, que nenhum custo pode ser concebido sem benefício que lhe justifique.

Segundo o ministro, isso só faria sentido se a relação fosse contratual bilateral e onerosa, ou seja, se fosse sinalagmática e se o sistema previdenciário fosse de caráter unicamente contributivo, o que não é ⁵⁸. Destarte, existindo já o benefício, pode-se criar diversas fontes de custeio para sustentar-lhe; o que o art. 195, § 5º da CF/88 veda é a criação de benefício sem sua correspondente fonte de custeio. Por fim diz que os inativos, fruindo do sistema de Seguridade Social, não exauriram a obrigação de contribuição para a Seguridade Social, ainda mais agora em razão do princípio da solidariedade.

Vota pela parcial improcedência da ação, considerando inconstitucionais apenas os incisos do art. 4º da EC nº 41/03.

2.2.7. Voto do min. Gilmar Mendes

⁵⁸ ADI 3105/DF, rel. Min. Ellen Gracie, fls. 273-74.

Cita as ADIs 1441 e 1430 como possíveis precedentes a este caso, ambos tratando também da contribuição de inativos e pensionistas. Segundo o ministro, nestas decisões o STF entendeu que o art. 40, § 6º, que estabelecia a possibilidade de instituição de contribuição social sobre a remuneração, e o art. 40, § 4º, que determinava a revisão compulsória dos proventos dos inativos sempre que houvesse alteração dos vencimentos do pessoal ativo, conjugados, tornavam legítima a contribuição social para os servidores inativos e pensionistas. Diz-se que atitude do Tribunal “atribuiu pouco significado à ‘letra da lei’, optando claramente por uma interpretação contextualizada e sistemática da letra constitucional”

O Min. Gilmar Mendes pensa que a mesma interpretação pode ser aplicada a partir da EC nº 20/98. Com efeito, seria insuficiente conjugar o disposto no art. 40, § 12 com o art. 195, II, - considerando em ambas o texto anterior à EC nº 41/03⁵⁹ - numa incorporação mecânica e automática da disciplina do Regime Geral da Previdência Social, em tudo assimétrica, para afastar a possibilidade de cobrança de contribuição previdenciária dos inativos e pensionistas⁶⁰.

De acordo com o ministro, da expressão “equilíbrio financeiro e atuarial” se extrai a legitimidade de se tributar servidores inativos: para o alcance do equilíbrio financeiro (receitas no mínimo equivalentes aos gastos) é preciso respeitar o equilíbrio atuarial (correlação entre contribuição e benefícios que os segurados receberão futuramente). Portanto, para a

⁵⁹ Art. 40, § 12, com redação da época da EC nº 20/98 (a Emenda Constitucional nº 41/03 n ao alterou o § 12 do mesmo artigo): “Aos servidores de cargos efetivos da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (...) § 12 – Além do dispositivo disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social”.

Art. 195, II (teor dado no inciso II pela EC nº 20/98)- “A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (...) 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;”.

⁶⁰ ADI 3105/DF, rel. Min. Ellen Gracie, fls. 286. Ver p. 33 (“3.9. Voto do Min. Carlos Velloso”).

cobertura de uma receita ideal para o custeio das despesas, há um limite factual e normativo para a contribuição dos servidores em atividade: esta não pode assumir valores exorbitantes, que tornem insustentável as suas vidas financeiras, nem pode ser do valor que não justifique, relacionadamente, o valor lhe será pago em benefício futuramente. Assim diz o ministro:

“(...)Destarte, evidencia-se a importância de que todos os beneficiários do regime de previdência social do servidor público, inclusive os servidores inativos, concorram para a solidez e manutenção do sistema previdenciário, assegurando-lhe tanto o equilíbrio financeiro entre receitas e despesas quanto o equilíbrio atuarial entre contribuições e benefícios .” ⁶¹

Após longas considerações doutrinárias a respeito do problema dos limites materiais ao poder de revisão⁶², conclui o ministro Gilmar Mendes que o grande desafio da jurisdição constitucional é saber conciliar o poder revisor e a tendência conservadora, isso sem permitir a eliminação núcleo essencial da Constituição por meio de reformas e sem forçar uma ruptura como única alternativa à interpretação ortodoxa, em vez de se possibilitar o desenvolvimento ou evolução constitucional legítima⁶³.

Assim, o argumento de ofensa ao direito adquirido, embora seja protegido por cláusula pétrea e tenha natureza constitucional, sendo vedada a sua submissão à retroatividade das leis de ordem pública⁶⁴, não procede porque o direito adquirido não subsiste em situação jurídica pessoal em face de uma alteração substancial do regime ou de estatuto jurídico⁶⁵. Esse princípio do direito adquirido não está apto para proteger posições jurídicas contra eventuais mudanças do instituto ou estatuto jurídico previamente fixados, todavia, a ordem jurídica constitucional se vale de outro meio, ainda que

⁶¹ ADI 3105/DF, rel. Min. Ellen Gracie, fls. 287.

⁶² ADI 3105/DF, rel. Min. Ellen Gracie, fls. 293-98.

⁶³ ADI 3105/DF, rel. Min. Ellen Gracie, fls. 298.

⁶⁴ ADI 3105/DF, rel. Min. Ellen Gracie, fls. 303.

⁶⁵ ADI 3105/DF, rel. Min. Ellen Gracie, fls. 304.

menos preciso, para o resguardo da situação anterior mais favorável: o princípio da segurança jurídica. Este princípio permitiria de forma mais proporcionada a adoção de um novo modelo legal, o que traduz no respeito da subsistência das relações de confiança, impedindo uma transição radical de um dado modelo de instituto ou estatuto jurídico.

O argumento da irreduzibilidade de proventos, para o ministro, também não tem consistência alguma. Se procedesse no caso, nenhum tributo poderia ser majorado ou instituído.

Quanto à alegação de ausência de causa suficiente para a instituição (ou majoração) da contribuição previdenciária, o ministro Gilmar Mendes, na linha de outros votos, afasta o caráter essencialmente contributivo que as requerentes querem atribuir à relação previdenciária, como se o benefício futuro devesse refletir exatamente o ônus. A par da contributividade, há o princípio da solidariedade; e tal princípio vem sendo entendido como emanado do art. 3º, I, da CF/88, desassociando-se da idéia meramente civilista (direito ou obrigação à integralidade do crédito ou da dívida) e passando incorporar em si mais a idéia de justiça distributiva. Assim, de uma dimensão puramente ética de fraternidade, a solidariedade passa a ser entendida como norma jurídica: o dever de ajudar o próximo, pensando, inclusive, nas gerações futuras. Desta forma, a contribuição previdenciária de ativos e inativos não está correlacionada à prestação de benefícios de uns e de outros, mas à solvabilidade do sistema. Arremata: "Em suma, o compromisso do contribuinte inativo ou pensionista, ao pagar esse específico tributo, é com sistema como um todo, e não apenas com a sua conta junto ao órgão previdenciário".

Vota pela improcedência da ação, mas declara inconstitucionalidade dos incisos do art. 4º da EC nº 41/03.

2.2.8. Voto do Min. Marco Aurélio

O voto do ministro Marco Aurélio talvez seja, entre todos, o que mais contraria a linha argumentativa então formada pelos votos que vimos, com exceção do voto da relatora e do Min. Carlos Ayres Britto. Trata-se de um voto que vê no direito adquirido instituto irretocável, valendo-se de grande retórica e de imagens mentais - sobre a Emenda Constitucional: “um pesadelo, em si, para aqueles que, nos seus respectivos lares, pensavam que o Estado preservaria a conjuntura existente”.

Logo no início do voto, o ministro critica as últimas tendências da política brasileira, que teve um Executivo sempre acenando com um “plano milagroso”. Ao lado disso, veio predominando a “visão tecnocrata em detrimento da jurídica, como se, de uma hora para a outra, pudessem apagar o que estabelecido, atropelando situações constituídas, direito adquirido, para ter-se um novo regramento”⁶⁶. Assim seria, para ele, a tese de que não há direito adquirido a regime jurídico, o qual o ministro definiu como “fascista”.

A seguir, cita um excerto contendo parte do pronunciamento de Nelson Jobim quando da elaboração da atual Constituição, em face da proposta da Assembléia nacional Constituinte de suprimir a referencia ao direito adquirido (em vez de “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, ficaria “a lei não prejudicará o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”). O então constituinte Nelson Jobim foi contra a proposta, defendendo o direito adquirido, explicando como se dá a formação do direito adquirido, que é a ocorrência de fato que constitui hipótese da norma (eficácia da norma produz o direito, que poderá ser exercido imediatamente ou não). Neste sentido, tenta demonstrar que ocorre uma patrimonialização do direito subjetivo e que, portanto, extinguir tal direito seria um erro, abrindo as portas para a insegurança jurídica.

Após citá-lo, diz Marco Aurélio: “poderia terminar o voto aqui e simplesmente proclamar que as normas em discussão conflitam, a mais não

⁶⁶ ADI 3105/DF, rel. Min. Ellen Gracie, fls. 327.

poder, com o direito adquirido, assegurado constitucionalmente...". Disso, percebe-se que o voto do ministro não está focado na discussão do problema como estavam os outros votos; o ministro parece partir de uma premissa e, disto, utiliza toda a argumentação, com certo teor retórico, visando à defesa desse ponto de partida. Não se demonstra interessado em discutir a situação em si e avaliar o direito adquirido levando em consideração as situações presentes. Tanto é que evoca a argumentação do constituinte Nelson Jobim, como se a situação fosse a mesma. No caso anterior, cogitava-se a supressão do direito adquirido na Constituição; no atual, caso da emenda, nem com certeza se pode dizer que se trata propriamente de uma limitação, tão-somente, a essa garantia. São situações que variam em gênero e em grau.

Para o ministro, a reforma trazida pela EC nº 41/03, com seu impugnado art. 4º - nas suas palavras, uma "maldade feita num mês festas, mês de dezembro (...), surpreendendo aqueles que se encontravam nos respectivos lares, certos do respeito às regras de aposentadoria..." -, apesar de instituir tributo com o fito de minimizar o rombo da previdência social e da previdência dos servidores públicos, isso "certamente não foi provocado pelos servidores públicos"⁶⁷. Deste modo, não discute sob a moldura do princípio da solidariedade, considerando a relação previdenciária como se meramente contratual fosse. Seu enfoque, assim, é na questão "quem é responsável pelo déficit?", o que certamente não contribui muito para uma solução que possibilite uma saída viabilizadora para o problema financeiro da previdência. Como mostraram outros ministros parece fazer mais sentido, ainda mais sob o caráter solidário, a acepção que considera interesse, portanto, responsabilidade de todos que participam do sistema, em mantê-lo, de modo a garantir seus benefícios - seus interesses mais individuais.

Ao contrário dos outros ministros, que mudaram de posicionamento sobre o tema ao longo de quase uma década de reforma da previdência, em razão das diferentes molduras constitucionais, Marco Aurélio se mantém no

⁶⁷ ADI 3105/DF, rel. Min. Ellen Gracie, fls. 341.

mesmo posicionamento – o que não seria um propriamente um problema se ele não mantivesse basicamente a mesma argumentação desde de 1996, quando do julgamento da medida cautelar da ADI 1441. Isso só reforça a crítica de que seu voto parte de uma premissa, quase um dogma, não obstante a variação das circunstâncias, inclusive jurídicas.

Assim, pela EC nº 41/03 ferir cláusula pétrea ao transgredir o direito adquirido, vota pela inconstitucionalidade total do art. 4º da mesma.

2.2.9. Voto Min. Carlos Velloso

Para o ministro Carlos Velloso, as contribuições previdenciárias servem para financiar a seguridade social, e não para a obtenção dos benefícios, especificamente. É uma relação mediata, não-sinalagmática. Disso já se infere que, para o ministro, a regra da contrapartida entre custo e benefício não vale para a relação previdenciária, havendo apenas um sentido, que é o gramatical: “nenhum benefício será criado ou majorado sem a sua correspondente fonte de custeio” (só há benefício se houver custeio, sendo a recíproca não-verdadeira – art. 195, § 5º da CF/88). Diz ainda que “o financiamento da seguridade social tem uma marca, o da solidariedade: toda a sociedade participa desse financiamento”⁶⁸.

Dessa forma, não há formas de escusas, porque não há direito de não ser tributado, com exceção de imunidades daqueles que têm imunidade tributária. No caso dos servidores – ativos e inativos -, não há imunidade tributária. Essas, quanto à contribuição da seguridade social, são aquelas previstas nos art. 195, § 7º e 195, II, que, respectivamente, isentam entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências da lei e os aposentados e pensionistas do regime geral de previdência social.

⁶⁸ ADI 3105/DF, rel. Min. Ellen Gracie, fls. 348-50.

Discutindo a mudança trazida pela EC nº 20/98, demonstra que antes da mesma era possível a incidência de tributação sobre proventos de servidores públicos inativos. Com esta emenda, isso não era mais possível⁶⁹. Inclusive o próprio ministro que, como veremos, votará pela improcedência desta ação de inconstitucionalidade - portanto, a favor da instituição da contribuição sobre os inativos e pensionistas - havia votado pela suspensão, na ADI 2010, do art. 1º da Lei nº 9783/99, que também instituía a tributação sobre inativos e pensionistas, sob a moldura da EC nº 20/98. Esta emenda retirava o art. 6º do art. 40 da CF/88, que podia emprestar legitimidade constitucional à contribuição dos servidores aposentados. Para o ministro, a EC nº 20/98 claramente não permitiria isso, além do que, com o § 12 do art. 40, redação desta emenda, estabeleceu-se: "além do disposto neste art. 40, 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". Como foi dito anteriormente, os aposentados e pensionistas do regime geral estavam imunes à contribuição previdenciária (art. 195, II da CF/88). Isso valeria para os servidores aposentados e pensionistas do regime do servidor público.

Porém, com a EC nº 41/03, isso seria perfeitamente possível, não havendo que se falar em direito adquirido de não ser tributado. Menciona ainda os argumentos "metajurídicos" - que não tiveram influência alguma sobre a formulação de seu voto, diz Carlos Velloso⁷⁰ - que foram levantados no debate.

⁶⁹ A EC nº 20/98 retirou o § 6º do art. 40 ("As aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais serão custeadas com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores, na forma da lei" -grifamos). Assim, podia-se interpretar se a parte destacada podia ser entendida por servidor inativo também. Um argumento que foi levantado na ADI 1441, que discutia a questão justamente neste contexto, é que a exigência de paridade entre proventos e vencimentos (remuneração do servidor inativo e do servidor ativo, respectivamente), corroborava a evidência de que, apesar de inativos, estes não deixavam de participar do serviço público - diferentemente dos trabalhadores da área privada que, ao se aposentarem, não conservam mais um liame com seus empregadores. Se tinham direito de atualização da remuneração toda vez que se aumentava o "salário" do servidor ativo, não havia porque imunizá-los de eventual incidência tributária.

⁷⁰ "(...)é um raciocínio metajurídico, que não cabe ao Judiciário fazer e que certamente foi feito pelos poderes políticos, Executivo e o Legislativo" (ADI 3105/DF, rel. Min. Ellen Gracie, fls. 359). Estas palavras de Carlos Velloso refletem a sua visão de que o STF não deve fazer ponderações que não as jurídicas. Diferença de entendimento clara em relação à de Cezar Peluso.

Destarte, amargando déficit, a Previdência deve contar com a colaboração de todos que dela fazem parte, inclusive dos inativos e pensionistas, já que seus proventos são financiados por toda a sociedade, ainda que esteja o sistema em crise. Aliás, financiada, por meio indireto, pelo trabalhador que ganha um salário-mínimo, inclusive, quando ele compra o seu “cigarro miserável” (incidência do IPI e ICMS).

Declara constitucionalidade da contribuição, mas considera o § único e incisos ofensivos ao princípio isonômico, declarando a inconstitucionalidade destes.

2.2.10. Voto do Min. Celso de Mello

O ministro diz que, embora seja evidente a gravidade atual do sistema previdenciário, que ameaça colapso não só comprometimento para as futuras gerações, mas sério risco de colapso atual, as reformas não podem ser efetivadas sem estrito respeito os valores delineados e limites impostos pela Constituição da República. O Supremo Tribunal Federal, cúpula do Judiciário, não poderia se deixar levar simplesmente por “argumentos de necessidade”, “por mais respeitáveis que possam ser”⁷¹. Razões de Estado, evocadas pragmaticamente para frustrar a plena eficácia da ordem constitucional, não podem sobrepujar valores e princípios essenciais do nosso Direito Constitucional Positivo⁷².

As mudanças, portanto, devem observar as limitações formais, circunstanciais e materiais que conformam e disciplinam o poder derivado ou reformador. A Constituição democrática deve ser preservada a toda maneira, não sendo compensador qualquer ato de desrespeito ou infidelidade a ela, pois este seria o estatuto representa “a expressão mais intensa do processo de transformação histórica da sociedade e do Estado, nela concentrando-se o

⁷¹ ADI 3105/DF, rel. Min. Ellen Gracie, fls. 365.

⁷² ADI 3105/DF, rel. Min. Ellen Gracie, fls. 366.

modelo legitimador das práticas governamentais e do exercício de direitos, garantias e deveres individuais e coletivos.”⁷³. Assim, “a defesa da Constituição não (...) deve submeter-se (...) a qualquer juízo de oportunidade ou de conveniência, muito menos a avaliações discricionárias fundadas em razão de pragmatismo governamental”⁷⁴.

Negando a possibilidade de a Constituição ser manipulada pelas circunstâncias, o ministro concebe o caráter de supremacia da Constituição ante os detentores do poder. É inaceitável para o ministro, a tendência de desrespeito sistemático à Constituição, viabilizada pela deformação da vontade do constituinte originário, culminando na “erosão da própria consciência constitucional”⁷⁵.

Apesar disso, diz que a rigidez dos preceitos constitucionais não significa a perpetuidade das constituições, pois estes documentos são mutáveis por natureza⁷⁶, “em função, até mesmo, de novas exigências políticas, econômicas, culturais ou éticas, ditadas pela própria complexidade ou necessidade da vida social”⁷⁷. Entretanto, este poder de reforma não tem a mesma força do poder originário, que impõe limites quanto ao alcance, ao conteúdo e a forma de atuação deste poder derivado.

Para o ministro, direito adquirido é matéria que o poder constituinte derivado não poderia vulnerar. A EC nº 41/03, em seu art. 4º, altera de forma gravosa o regime daqueles que já incorporaram, aos seus respectivos patrimônios jurídicos, o direito de não mais contribuir. Diz o ministro:

“Atingir ou suprimir as conseqüências que se irradiam, por efeito causal, da aposentadoria adquirida em momento que precedeu a promulgação da EC nº

⁷³ ADI 3105/DF, rel. Min. Ellen Gracie, fls. 368-9.

⁷⁴ ADI 3105/DF, rel. Min. Ellen Gracie, fls. 369.

⁷⁵ ADI 3105/DF, rel. Min. Ellen Gracie, fls. 371.

⁷⁶ ADI 3105/DF, rel. Min. Ellen Gracie, fls. 372.

⁷⁷ ADI 3105/DF, rel. Min. Ellen Gracie, fls. 372.

41/2003 significa reconhecer a inadmissível possibilidade de o Poder Público, mediante ato estatal superveniente, atingir, modificar ou suprimir a própria causa (a cuja noção se ajusta ao ato de aposentação), fazendo instaurar, com a modificação gravosa a desvalorização lesiva das posições jurídicas pré-existentes e definitivamente consolidadas, a inaceitável ocorrência do fenômeno da retroatividade, ainda que em seu grau mínimo, violando-se princípio, que, ao amparar o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, confere-lhes um círculo indevassável de proteção”⁷⁸.

O grande problema é que ele não demonstra o artigo (o fundamento jurídico) que imunizaria os inativos e pensionistas de tributos desta ordem. Além disso, não rebate a idéia contida em votos anteriores de que o servidor ainda permanece ligado ao serviço público, permanecendo apenas qualificado como inativo. Nem refuta o argumento de que não haveria direito adquirido quanto a regime jurídico. Deixa assim de dialogar com os outros, não dando a motivação de sua contrariedade em relação aos argumentos da maioria que parecia se formar naquele momento.

Por outro lado, Celso de Mello afirma que a preservação do direito adquirido não representaria a consagração de privilégios, mas sim uma tutela no sentido de proteger aqueles cujas situações jurídicas foram definitivamente consolidadas contra o arbítrio do Estado⁷⁹.

Outra razão de inconstitucionalidade é o desrespeito ao equilíbrio atuarial, pois a cobrança do tributo não preserva a correlação entre custo e benefício. “(...) o regime contributivo, por sua natureza mesma, há de ser essencialmente retributivo, qualificando-se como constitucionalmente ilegítima

⁷⁸ ADI 3105/DF, rel. Min. Ellen Gracie, fls. 392.

⁷⁹ ADI 3105/DF, rel. Min. Ellen Gracie, fls. 399.

(...) a instituição de contribuição sem o correspondente oferecimento de nova retribuição(...)”. Assim, o tributo estaria despojado de causa suficiente.

Diz que o princípio da solidariedade “nada mais significa a explicitação de um critério que já se revelava imanente ao próprio sistema de seguridade social”⁸⁰, no mesmo sentido do Min. Carlos Britto. Assim, a idéia de financiamento global por toda a sociedade estaria presente na CF/88 antes mesmo das Emendas Constitucionais nº 20/98 e 41/03. Com isso, o que fez a EC nº 41/03 foi apenas explicitar uma idéia embutida já na Constituição, não a legitimação para a cobrança de contribuição de todos, inclusive dos inativos e pensionistas.

O ministro Celso de Mello fala ainda de um outro parâmetro de controle que justifica a inconstitucionalidade da EC nº 41/03: princípio da proibição do retrocesso. Este princípio protege direitos fundamentais de caráter social que, uma vez alcançados determinado nível de concretização (como as situações dos inativos e pensionistas antes da emenda), não poderiam ter as suas situações garantidoras desconstituídas, a não ser que políticas compensatórias sejam implementadas.

Vota, como o Min. Marco Aurélio, pela integral inconstitucionalidade do art. 4º da EC nº 41/03.

2.2.11. Voto do Ministro Sepúlveda Pertence

O ministro diz que o seu voto já está delineado, de certo modo, em razão dos precedentes já levantados (ADI 1441, ADI 2010 e ADI 2087). Nestas duas últimas decisões, sob o molde da EC nº 20/98, o ministro considerou impossível a cobrança de inativos e pensionistas, em razão da combinação do art. 40, § 12, e do art. 195, II ⁸¹. Diz, porém, que devido às circunstâncias

⁸⁰ ADI 3105/DF, rel. Min. Ellen Gracie, fls. 410.

⁸¹ Ver p. 29, nota de rodapé 58.

específicas, tais votos não podem servir de argumento de que houve contradição com o voto que ele estava a emitir na ADI 2010.

Para o ministro, a discussão sobre o que significa o direito adquirido frente ao poder reformador da emenda constitucional não é o pomo da discórdia em si: “ninguém, rigorosamente, contesta a existência de direito adquirido na relação estatutária ou na previdenciária; ninguém contesta o direito adquirido à aposentadoria, no momento em que reunidos os seus pressupostos, ou aos proventos calculados conforme o direito vigente naquele mesmo momento”. Tanto é que o STF fez uso, por mais de 40 anos, da súmula 359⁸². Quanto à garantia de irredutibilidade de proventos, o ministro Sepúlveda Pertence considera-a uma modalidade específica de direito adquirido⁸³. Assim, a questão da irredutibilidade estaria afastada do cerne da discussão também.

O que realmente é delicado na discussão é a questão sobre a tributabilidade. Para o ministro, não há direito adquirido em relação à não-incidência tributária, com estatuto pessoal de intributabilidade, exceto em casos de imunidade constitucional, como fez a EC nº 20/98, conforme se verifica a partir da conjugação dos art. 4º. § 12, e art. 195, II. Na EC nº 41/03, não há qualquer imunidade, mas sim explicitação da incidência de tributos sobre os proventos da aposentadoria e das pensões.

Outro argumento das requerentes, que também foi alegado por José Afonso da Silva em parecer, é que a contribuição dos inativos e pensionistas seria “sem causa”. Porém, os adeptos desta tese partem da consideração de que contribuição previdenciária é taxa ou pressupões que a relação

⁸² Súmula 359 – “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”, que foi aprovada em sessão plenária em 13/12/1963.

⁸³ O ministro Carlos Ayres Britto questiona Sepúlveda Pertence, a respeito da irredutibilidade de proventos, o que aconteceria se o governo, a partir do entendimento deste ministro, fosse aumentando sucessivamente o tributo. Sepúlveda Pertence responde que embora o poder de tributar possa ter poder para destruir, isso não acontecerá enquanto houver tribunais. Alega que a própria CF 88/03, com seu art. 150, IV, expressamente proíbe tributação com efeito de confisco. Diz ainda: “Não vamos raciocinar com o absurdo”.

previdenciária é sinalagmática ou contratual. Conforme o que foi dito na sessão daquele julgamento, a maioria havia entendido que não se tratava de nenhuma dessas hipóteses. Assim, não procederá uma leitura invertida do art. 195, § 5º da CF/88, ou seja, a adoção da regra da contrapartida da prescrição constitucional de que nenhum benefício será criado ou majorado sem a correspondente fonte de custeio. Arremata dizendo que o princípio basilar do regime previdenciário é o da solidariedade, daí o art. 195 da CF/88: “a seguridade social será financiada por toda a sociedade...”.

Neste ponto, o Min. Carlos Ayres Britto interrompe dizendo que, apesar de os votos dos Min. Cezar Peluso, Eros Grau e Gilmar Mendes parecerem ter decidido com fundamento no princípio da solidariedade, este princípio não é uma novidade da EC nº 41/03, mas já estava presente na CF/88, no art. 194⁸⁴, que significa simplesmente que o Estado e a sociedade devem se emparceirar para garantir direitos relativos à seguridade social. Para ele, solidariedade tem o sentido de “integração”. Em suma, argumento do Min. Carlos Britto pareceu ser o de que a EC nº 41/03 não trouxe uma moldura legitimadora para a instituição de uma cobrança dos inativos e pensionistas, sendo que a solidariedade da CF/88 nunca abarcou esta possível significação.

Para o Min. Sepúlveda Pertence, em contrapartida, o art. 195 da CF/88 é que conteria o princípio, em razão da sua especialidade (quanto ao financiamento). Assim, a solidariedade do financiamento seria o custeio geral, por toda a sociedade. Além disso, os art. 194 e 195 – aventados pelo Min. Carlos Britto para sustentar a sua tese de que a EC nº 41/03 não traz novidade a respeito do princípio da solidariedade – se referiam apenas ao regime geral de previdência (RGPS), e não ao do servidor público (RPPS), a que a EC nº 41/03 trouxe alterações.

⁸⁴ Art. 194, *caput* – 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.

Continuando o diálogo, o Min. Carlos Britto diz ainda há um argumento que parece “irrespondível”: a seguridade social, conforme o art. 194, *caput*, “destina-se a garantir direitos [sociais], não a subtraí-los ou mutilá-los”⁸⁵. A isso, Sepúlveda responde: “Ministro, lamentavelmente, esses direitos custam dinheiro. Então, por isso, vem o art. 195 a dizer que essas ações integradas serão financiadas por toda a sociedade.”⁸⁶.

Em relação às cláusulas pétreas, o ministro as interpreta restritivamente, pois uma exegese radical e expansiva da intangibilidade constitucional, “antes de assegurar estabilidade institucional, é a que arrisca legitimar rupturas revolucionárias ou dar pretexto fácil à tentação dos golpes de Estado”. Complementa: “A confusão dentre qualquer dado de *status quo* e o direito adquirido será talvez o maior risco dessa hermenêutica temerária das cláusulas pétreas”⁸⁷.

Vota pela procedência parcial da ADI 3105, apenas no tocante ao parágrafo único da EC nº 41/03. Apesar do voto nesse sentido, diz o ministro que reconhece o impacto que isso causará no âmbito do orçamento doméstico de milhares de famílias. No entanto, diz implicitamente, essa solidariedade não é suficiente para por cobro ao problema da previdência, marcada pela “taxa imoral de inadimplência dos grandes devedores da Previdência Social, cevada pela inépcia, quando não pela corrupção sistêmica, do seu aparelho administrativo”⁸⁸.

2.2.12. Voto do Min. Nelson Jobim

No início do seu voto, o Min. Nelson Jobim tenta esclarecer que a EC nº 41/03 trouxe, sim, uma inovação em relação à EC nº 20/98, ponto que foi discutido, como vimos no voto anterior, entre os ministros Carlos Ayres Britto

⁸⁵ ADI 3105/DF, rel. Min. Ellen Gracie, fls. 433.

⁸⁶ ADI 3105/DF, rel. Min. Ellen Gracie, fls. 433.

⁸⁷ ADI 3105/DF, rel. Min. Ellen Gracie, fls. 438.

⁸⁸ ADI 3105/DF, rel. Min. Ellen Gracie, fls. 436.

e Sepúlveda Pertence. Para o Min. Nelson Jobim, na recente emenda o Congresso Nacional concebeu a base legitimadora da instituição da cobrança de inativos e pensionistas que fora excluída do texto da EC nº 20/98, em razão de modificações introduzidas por esse órgão na época. Assim, a EC nº 41/03 acabou com o óbice que impedia a legitimação da tributação ao “incluir no texto da Constituição uma decisão política que somente àquele Congresso caberia fazer”⁸⁹.

Após fazer considerações a respeito do equilíbrio atuarial⁹⁰, o ministro aborda o tema do direito adquirido, retomando o que já havia dito na ADI 2010. Para ele, os direitos adquiridos não podem ser considerados a partir da visão dos séculos XIX e XVIII, quando os direitos fundamentais eram os direitos civis e políticos, absolutos e negativos, que exigiam apenas uma postura omissiva do Estado no sentido de não desrespeitá-los – portanto, direitos sem custos. Porém, com o século XX, com a introdução do “welfare state”, teve-se o surgimento dos chamados direitos econômicos-sociais, que representam custos, para o Estado (toda a sociedade).

Como, no caso, o direito adquirido protege direitos sociais, como pretendem as requerentes, o ministro quer dizer que, em razão desses custos que eles representam, tanto os direitos sociais como o direito adquirido a eles devem ser interpretados por uma óptica crítica.

Seguindo o voto, comenta o trecho trazido pelo Min. Marco Aurélio do debate na Assembléia Constituinte, a respeito da defesa de Nelson Jobim à manutenção do direito adquirido no texto constitucional⁹¹. Ali, o que ele pretendeu foi a defesa do direito adquirido contra a lei infraconstitucional, sem

⁸⁹ ADI 3105/DF, rel. Min. Ellen Gracie, fls. 440.

⁹⁰ Para o ministro, como foi colocado em outra nota de rodapé deste trabalho (nota 2, página 3), “o equilíbrio atuarial (...) não tem nada a ver com relação entre pagar e ter que receber”, como pensam outros ministros, mas sim como conceito que “determina que o sistema como um todo deva ter viabilidade econômico financeira para o futuro e no futuro”. Assim, se estiver certo, os argumentos de que a tributação dos inativos seria uma “contribuição sem causa eficiente” não parece fazer sentido, bem como inaplicação da regra da contrapartida.

⁹¹ Ver ps. 31.

a intenção de petrificar a Constituição, que poderia ser indesejável quando houverem situações sociais adversas. Assim fosse, seria mais um modo de encorajar golpe e derrubada da Constituição.

Assim, segundo a interpretação puramente gramatical, a emenda constitucional poderia desrespeitar o direito adquirido, já que emenda não é lei em sentido estrito. Porém, a extensão deste raciocínio leva a conclusões como a que ensejou a perplexa pergunta do Min. Carlos Ayres Britto:

"O SR. MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - (...) Se apenas a lei não pode ferir o direito adquirido e a emenda, por consequência, poderia fazê-lo, concluiremos: então, a emenda pode também ferir o ato jurídico perfeito e até a coisa julgada.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Ministro, vamos tratar daquilo que eu disse. Não vamos estender esse debate, porque não resolve. Refiro-me, exclusivamente, à lei."

É evidente, aí, a inconsistência do argumento do Min. Nelson Jobim. Como se infere da pergunta pertinente do Min. Carlos Britto, a interpretação puramente gramatical é extremamente perigosa e deveria ser dita com mais cautela por um ministro do STF. A falta de disposição por parte do Min. Nelson Jobim em responder a pergunta revela a própria inconseqüência do seu argumento, admitida, implicitamente, por ele mesmo, ao se furtar a responder.

Um argumento interessante que o ministro utiliza é a respeito da função revisora que a EC nº 41/03 teria no âmbito das relações previdenciárias. Muitas pessoas recebem proventos integrais, ainda que tenham ficando bom período sem ter contribuído ou contribuído com bem pouco. Utiliza-se como exemplo.

Vota pela improcedência da ação, considerando constitucional o art. 4º da EC nº 41/03.

3. Conclusão a partir da leitura dos votos

Neste julgamento, o STF – por 7 x 4 - mudou o seu posicionamento sobre a contribuição dos inativos. No precedente anterior ao caso analisado, a ADI-MC 2010, o tribunal se posicionou contra a participação dos servidores inativos e pensionistas no custeio da previdência social, em razão da falta de legitimidade constitucional para isso. Assim, a EC nº 41/03 teria sando o problema que impossibilitou a constitucionalidade da Lei nº 9783/99.

Com o intuito de clarear os posicionamentos dos ministros a respeito de temas importantes da questão que compõem o objeto deste trabalho, elaborou-se a tabela a seguir:

Ministros	Voto	Sinalagma nas relações previdenciárias	Opinião do ministro a respeito do princípio da Solidariedade e razões econômicas levadas	Consideração a respeito dos direitos adquiridos e cláusulas pétreas (alguns não tocam neste último conceito)
Ellen Gracie	Inconstitucional	Existe	São razões insuficientes	Não aborda a questão
Joaquim Barbosa	Constitucional	Não menciona	São razões centrais	Não considera a Constituição imutável. Rechaça a teoria das cláusulas pétreas com o princípio da relatividade

				dos princípios constitucionais
Carlos Britto	Inconstitucional	Não menciona	Razões insuficientes	Clausulas pétreas devem ser respeitadas, logo, o direito adquirido também
Cezar peluso	Constitucional	Não existe	Razões importantes	Direito adquirido, como cláusula pétreas, deve ser respeitado, mas não pode imunizar contra tributação.
Eros Grau	Constitucional	Não existe	Razões importantes	Direito adquirido não é abolido, apenas violado com a lei. Portanto, para ele, é respeitado como cláusula pétrea ainda. Não o considera, portanto, como valor absoluto.
Gilmar Mendes	Constitucional	Existe, mas deve preponderar a justiça distributiva	Razões importantes	O direito adquirido não subsiste à alteração de regime jurídico
Marco Aurélio	Inconstitucional	Existe	São razões infundadas	Direito adquirido é considerado absoluto
Carlos Velloso	Constitucional	Não existe	Razões importantes, mas não determinam	Não aborda

			nantes	
Celso de Mello	Inconstitucional	Existe	Razões insuficientes	São conceitos limitadores de reformas pelo poder constituinte derivado
Sepúlveda Pertence	Constitucional	Não menciona	Razões importantes, mas não determinantes	Direito adquirido não pode ser imune à tributação
Nelson Jobim	Constitucional	Não menciona	Razões importantes	Direito adquiridos para tutelar direitos econômicos e sociais devem ser observados com ressalva. Não é direito absoluto

Para os que votaram pela improcedência da ADI 3105, o direito adquirido não foi considerado um óbice difícil de ser suplantado, sendo levantados diversos argumentos que justificavam o afastamento de sua tutela. O que pareceu mais embasado, do ponto de vista técnico-jurídico, foi o levantado pelo ministro Gilmar Mendes, para quem o direito adquirido não pode subsistir às alterações de regimes jurídicos. Na prática, isso faz todo o sentido, pois, caso contrário, nenhuma reforma poderia ser feita, já que todos teriam direito à manutenção de uma situação institucional. Alguns ministros (Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence) equipararam as alegações ao direito adquirido a uma pretensão de direito de não ser tributado, o que seria absurdo, já que esta imunidade teria de ser expressa na Constituição aos inativos.

Outrossim, vimos argumentos temerários, como foi o do Min. Nelson Jobim, tratando de forma literal o art. 5º, XXXVI da CF/88. Segundo ele, o

dispositivo só proibiria a lei, e não a emenda constitucional, de prejudicar o direito adquirido – o que seria uma incongruência, já que este artigo, estando no rol dos direitos e garantias individuais, não poderia, em tese, sequer ser objeto de deliberação do constituinte reformador, por ser cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV). Como reparou o Min. Carlos Britto, esse pensamento nos levaria a concluir que emendas poderiam desconstituir o ato jurídico perfeitos e a coisa julgada – outro disparate. A indisposição do Min. Nelson Jobim em responder a essa observação, só revelou a inconsistência do argumento.

Marco Aurélio e Celso de Mello, contrariamente, protegeram o instituto do direito adquirido veementemente, apoiando-se na petrealidade deste na Constituição. Fica porém a saber se a EC nº 41/03 tenta abolir ou suprimir o direito adquirido na Constituição. Parece que não; apenas veio confirmar o que já era patente: o direito adquirido não é um direito absoluto.

Como se vê, o problema concreto leva a outro questionamento – na verdade, trata-se de uma ampliação daquele: quais os limites do poder constituinte reformador frente às cláusulas pétreas. Nesse sentido, foram ousadas e interessantes as opiniões do Min. Joaquim Barbosa, ao dizer que as cláusulas pétreas não devem ser absolutas, uma vez que podem se tornar conservadoras, antidemocráticas e desarrazoadas caso não fossem possíveis certas adequações.

Por meio do exercício da análise particular dos votos dos ministros do STF no julgamento da ADI 3105, vimos que são diversos os seus fundamentos. Todos eles consideram o aspecto sócio-econômico, bem como o déficit previdenciário, seja para incorporá-los como razões dos seus argumentos em prol da constitucionalidade da EC nº 41/03, seja para afastá-los como pretexto. A exceção foi a Min. Ellen Gracie, relatora do acórdão, que aparentemente elaborou um voto estritamente técnico-jurídico.

De certo, quando o Judiciário – quanto mais o STF – leva em consideração aspectos econômicos ou outras razões extrajurídicas para decidir, especialmente se o resultado da decisão aparentar a afetação a certos direitos e garantias individuais, certo desconforto pode ser gerado naqueles que acompanham uma discussão que envolva reforma, como a previdenciária. Muitos especialistas deste âmbito, bem como os ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, se opõe à medida da emenda constitucional justamente pela motivação que ela tem (um problema econômico), imaginando que seria uma porta aberta para o retrocesso dos direitos sociais, na medida em que ameaça a idéia inerente de contrapartida no sistema previdenciário, ainda que ignorando o direito adquirido.

O STF, neste caso, surpreendendo boa parte dos estudiosos, permitiu essa grande mudança na relação do servidor contribuinte e beneficiário com o administrador público (o respectivo ente federativo com o qual mantém liame empregatício). Da análise dos votos, afora certas extravagâncias argumentativas, pode se depreender que o STF, mais do que argumentos necessidades, levou em consideração as mudanças fáticas na sociedade e economia do fim do século XX. O direito deve acompanhar tal processo, de forma prudente e correta, respeitando tanto as regras do processo político como da Constituição. O STF, de um modo geral, ao longo do julgamento da ADI 3105 procurou legitimar seu posicionamento com base na moldura jurídica possível. Caso fosse tão sensível ao apelo de políticos e dos pró-reformas, a contribuição dos inativos estaria sendo realizada desde 1999, por exemplo, com da Lei nº 9783/99.

Para a superação de argumentos excêntricos e inconseqüentes – estes, sim, perigosos – tanto a favor como contra as reformas, espera-se que o Supremo Tribunal Federal possa evoluir na tarefa de dialogar – não só com elementos externos a ele, mas principalmente internamente. Foram suscitadas diversas opiniões que, em raros momentos, eram confrontadas. O resultado foi, como se vê na tabela feita *supra*, uma decisão que está muito longe do

que seria uma resposta do Supremo Tribunal Federal. Viu-se, sim, uma mistura de argumentos que são forçados a terem valores binários, para efeitos de julgamentos, sem que suas idéias sejam confrontadas entre si. Fica a impressão de que, para quem ler a decisão, isso deveria ter sido mais aproveitado num acórdão de 327 folhas..

4. Bibliografia e Sitiografia

AFONSO SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

NOVAES MARTINEZ, Wladimir. *Reforma da Previdência dos Servidores – Comentários à EC n. 41/03*. São Paulo: LTr, 2004.

PINTO MARTINS, Sérgio. *Reforma Previdenciária*. São Paulo: Atlas, 2004.

BALERA, Wagner; PENTEADO GUELLER, Marta Maria R.; CALDEIRA, Andrize Leite. *Revista de Direito Social* nº 12. São Paulo: Notadez, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

Sítios Eletrônicos:

Ministério da Previdência Social - <http://www.mpas.gov.br/>

Supremo Tribunal Federal – <http://www.stf.gov.br>