

A Previdência Social e a dignidade da pessoa humana

Felice Valentino Gaio Filardi
Fernando de Oliveira Pontes
José Maria Machado Gomes

Resumo

Considerando que os direitos individuais encontram-se esteados nos fundamentos da República, principalmente na dignidade da pessoa humana, pode-se também, em princípio, concluir que existam direitos sociais intimamente ligados à garantia da dignidade da pessoa aos quais poderia ser estendida a proteção. Daí que o presente artigo pretende analisar a relação da Previdência Social com a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Previdência Social. Dignidade da pessoa humana.

Abstract

Considering that individual rights are based on the foundations of the Republic, especially in human dignity, one can also, in principle, conclude that there are social rights intimately linked to ensuring the dignity of the person to whom it could be extended to protection. This article aims to analyze the relationship of welfare to the dignity of the human person.

165

Keywords: Social Security. Human Dignity.

A Constituição Brasileira protege os valores compreendidos como essenciais à formação de seu pacto social de uma erosão abolicionista e descaracterizadora do Estado, preservando os princípios básicos da estrutura de nossa democracia, a separação dos órgãos do Estado, a descentralização de poderes e os direitos e garantias individuais.

A Constituição não veda a reforma que busque o aperfeiçoamento desses princípios, mas sim uma alteração supressiva ou redutora de sua essência (art. 60, § 4º).

No caso do último inciso do dispositivo referido, o constituinte optou pela utilização da fórmula “direitos e garantias individuais”, que tem gerado controvérsias na doutrina. Alguns autores têm defendido a inclusão dos direitos sociais à cláusula, por meio de interpretação com resultado extensivo, sob o argumento de que os direitos individuais, sem a complementação dos direitos sociais, não conseguem concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual não faz sentido se limitar a proteção somente aos di-

reitos de primeira geração, excluindo os de segunda.¹ Outros, sob uma leitura mais direta e literal da Carta, negam a possibilidade de extensão, principalmente sob o argumento de que os direitos sociais, por não protegerem a liberdade, não são direitos fundamentais.²

Considerando que os direitos individuais encontram-se esteados nos fundamentos da República, principalmente na dignidade da pessoa humana, pode-se também, em princípio, concluir que existam direitos sociais intimamente ligados à garantia da dignidade da pessoa aos quais poderia ser estendida a proteção.

Para tanto, é necessário o aprofundamento do conceito de dignidade e suas implicações.

A dignidade humana é um valor moral prévio à própria organização social, uma qualidade imanente dos seres humanos que os coloca como destinatários de respeito e merecedores de igual atenção por parte do Estado e de seus semelhantes, de tal forma que não percam a possibilidade de exercer autonomia.

A dignidade pressupõe consideração pela vida e pela integridade do ser humano, garantias de presença de condições básicas para uma existência na qual se possa exercer a liberdade e receber respeito como pessoa dotada de razão.

O respeito à dignidade não deve ser encarado somente como um dever de abstenção do Estado na invasão do espaço individual de autonomia. Isto é pouco. Cabe à organização estatal criar mecanismos de proteção do homem para que este não seja tratado como mero instrumento econômico ou político pelos órgãos do poder público ou por seus semelhantes.

A dignidade da pessoa humana ainda é um valor que serve como fundamento para a tríade componente da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade (solidariedade). Através da tríade, legitima as ordens constitucionais e os direitos fundamentais, utilizando, como filtros de inserção dos três valores, os princípios fundamentais do Estado.

Em relação à liberdade, o Estado deve prover mecanismos contra a pobreza, a partir de prestações sociais mínimas, para permitir que as pessoas possam exercer a autonomia privada. A miséria, a doença e a ignorância aprisionam o homem a uma existência indigna e retiram dele a possibilidade de ser livre.

A igualdade como valor em uma República que tem por objetivo a erradicação da pobreza e a redução da desigualdade social³ está relacionada à capacidade de se proporcionarem condições materiais mínimas de acesso aos mecanismos por meio dos quais

¹ É o entendimento de BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, p. 594: “Em obediência aos princípios fundamentais que emergem do Título I da Lei Maior, faz-se mister, em boa doutrina, interpretar a garantia dos direitos sociais como cláusula pétrea e matéria que requer, ao mesmo passo, um entendimento adequado dos direitos e garantias individuais do art. 60.” No mesmo sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 363: “Assim, uma interpretação restritiva da abrangência do art. 60, § 4º, inc. IV, da CF não nos parece a melhor solução, ainda mais quando os direitos fundamentais inequivocamente integram o cerne de nossa ordem constitucional.” Ainda, GALVÃO, Paulo Braga. *Emenda e revisão constitucional na Constituição de 1988*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, vol. 1, Rio de Janeiro: UERJ, Anual, 1993, nº. 1, p. 259: “No que toca aos ‘direitos e garantias individuais’, tal como se refere o inciso IV, do § 42, do art. 60, da Constituição, é de se ressaltar que a expressão deve ser entendida no contexto sistemático da nova Constituição, como alusiva aos direitos e garantias fundamentais, que compõem o Título II e que englobam os direitos não apenas individuais, mas também coletivos e os sociais, cujas regras podem evidentemente ser alteradas, desde que para ampliá-los, e nunca para restringi-los, tendendo à sua eliminação.”

² MENDES, Gilmar Ferreira. *Os limites da revisão constitucional*, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, ano 5, nº. 21, São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro-dezembro, 1997, p. 69-91.

³ Art. 3º, III, da Constituição.

as pessoas possam exercer sua autonomia. A igualdade vinculada à dignidade da pessoa não compromete o Estado a distribuir bens para tornar todos iguais, mas exige que este assegure as condições mínimas necessárias às pessoas contra uma existência degradante. Essa igualdade, a igualdade de oportunidades, pressupõe não a isonomia simétrica dos socialistas, mas a inexistência da desigualdade aviltante.

E como último desses valores, a solidariedade pressupõe que o Estado tenha a obrigação de organizar juridicamente a repartição básica de riqueza, fazendo surgir o conceito ora intitulado de solidariedade gerenciada - por meio de medidas de escoamento mínimo de bens do grupo mais abastado para o mais carente, para garantir a existência digna dos últimos.

Sendo assim, quando os direitos sociais são necessários para uma existência digna do homem, acabam por assumir uma função fundamental e passam a ser intitulados direitos sociais do mínimo existencial, enquanto para além deles há os direitos sociais formais. Com isso, está-se a afirmar que existem direitos sociais fundamentais, intimamente vinculados ao valor da dignidade, porquanto não pode haver liberdade e dignidade na miséria e na ignorância, e outros direitos sociais, não dotados de fundamentalidade, que devem ser providos pelo Estado na medida do possível.

Os direitos sociais materialmente fundamentais devem ser incluídos na leitura que resulta da interpretação do dispositivo constitucional, para que possam merecer proteção como cláusula pétrea ou de imutabilidade constitucional. Dessa forma, chegue-se a uma solução intermediária, para aceitar a garantia do limite contra abolição somente para os direitos do mínimo social da Constituição da República.⁴

Qual seria então a configuração mínima de Previdência suficiente para garantir a dignidade humana? O que seria previdência como direito fundamental?

A Previdência fundamental deve ser baseada nos princípios da universalidade, da uniformidade e da solidariedade na proteção dos segurados mais desvalidos, mediante a participação do Estado; na cobertura dos riscos sociais da morte, da idade avançada, da incapacidade, da maternidade e do desemprego involuntário; e no estabelecimento de patamares mínimo e máximo de pagamento dos benefícios, com a manutenção real do valor das prestações.

Esses parecem ser os requisitos mínimos para a configuração da Previdência como direito fundamental e os principais alicerces sobre os quais deve ser estruturada.

Com o atendimento desses pressupostos, a Previdência torna-se um forte instrumento de concretização do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana e dos objetivos de erradicação da pobreza e de redução de desigualdades sociais, possibilitando o acesso às oportunidades e garantindo cidadania. Como Previdência básica, pode ser comparada a um patamar mínimo abaixo do qual ninguém deve recuar, mas acima do qual podem surgir e florescer desigualdades sociais apoiadas na autonomia privada e no talento individual.

⁴ É a mesma conclusão a que chega Oscar Vilhena Vieira em obra de referência sobre o tema no Brasil, *A Constituição e sua reserva de justiça - um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 246: "Os direitos sociais básicos, nesse sentido, podem ser defendidos como direitos individuais à dignidade e à igualdade ou como direitos políticos essenciais à realização da democracia. O processo de autovinculação constitucional não se refere apenas à possibilidade de se retirar direitos de ordem liberal do processo de decisão majoritário mas, também, de vincular as gerações futuras à produção de condições dignas a todos os membros da comunidade." SILVA, Gustavo Just da Costa e, em *Os limites da reforma constitucional*. São Paulo: Renovar, 2000, prefere colocar os direitos sociais como cláusulas materiais implícitas, limitadoras do exercício de reforma constitucional.

Assegurada essa configuração mínima, da qual o Estado não se pode furtar, a proteção perde o caráter de fundamentalidade e passa a ser merecedora de proteção na medida das possibilidades orçamentárias e a partir de uma avaliação de conveniência e oportunidade da maioria do povo, mediante manifestação democrática.

Analisando a tradicional organização do seguro social público no Brasil, conclui-se que a configuração básica do Regime Geral de Previdência Social é dotada das condições mínimas de preservação da dignidade humana como valor.

Sendo assim, seria esse sistema dotado de fundamentalidade, cabendo ao Estado garanti-lo sob pena de romper o próprio pacto social proposto na Constituição, desfigurando-a.⁵

Essa, portanto, é a Previdência fundamental. É o limite mínimo de proteção securitária pública, como se disse a proteção previdenciária diferenciada dos servidores não é um direito fundamental e sua manutenção fica sob avaliação de conveniência e oportunidade da sociedade. A criação e a extinção do regime próprio não é questão vinculada aos Direitos Humanos e à dignidade da pessoa. É, sim, um ponto relacionado com a estrutura do Estado e com a capacidade de prestação de serviços públicos essenciais para a população. Antes, contudo, de avaliarmos a conveniência ou não de manutenção das regras diferenciadas do regime próprio, temos que conhecer as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional nº. 41/2003.

As novas regras previdenciárias dos servidores públicos encontram-se previstas no art. 40 CRFB/88 e aplicam-se também às aposentadorias e às pensões dos agentes públicos investidos em cargos vitalícios: magistrados, membros do Ministério Público e membros de tribunais de contas, por força dos artigos 93, VI; 129, § 42; e 73, § 3º, da CRFB/88. A legislação sobre Previdência é de competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios (art. 24, XII, e art. 30, II). Isto significa que cabe à União a edição de normas gerais sobre a matéria, bem como a produção de regras específicas de interesse dos servidores federais; e aos Estados, Distrito Federal e Municípios, a edição de normas específicas para seus respectivos Planos de Previdência, respeitadas as regras gerais da União.

Apesar de ser possível às leis dos entes da Federação a instituição de diversos benefícios, tais como o Salário Família e a Licença Médica Remunerada, a Constituição somente trata das aposentadorias e de pensão do servidor.

Anteriormente à entrada em vigor da EC nº. 41/2003, a CRFB/88 previa as seguintes modalidades de aposentadorias: aposentadoria por invalidez permanente, que poderia ser proporcional ao tempo de contribuição ou integral, se decorrente de acidente de serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei; a aposentadoria compulsória aos 70 anos de idade, proporcional do tempo de contribuição; e a aposentadoria voluntária, que exigia o preenchimento dos requisitos de dez anos de serviço público, cinco anos de serviço no cargo da aposentadoria, além de 60 anos de idade e 35 de contribuição, se homem, e 55 anos de idade e 30 de contribuição, se mulher, para aposentadoria integral; ou 65 anos de idade, se homem, e 60 anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

Esses benefícios de aposentadoria e pensão observavam duas regras básicas sobre as quais estava baseado o sistema: a integralidade e a paridade.

⁵ Os princípios básicos de funcionamento da Previdência Social, conforme referido, por sua fundamentalidade, integram também o conceito de preceito fundamental para fim de utilização como paradigma constitucional na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e ficam protegidos contra eventuais agressões levadas a cabo por atos do Poder Público.

A regra da integralidade (art. 40, §§ 3º e 7º, antiga redação) determinava que a base de cálculo da aposentadoria ou pensão por morte deveria ser o valor da última remuneração do servidor em atividade.

A paridade (art. 40, § 8º) dispunha: “os proventos de aposentadoria e as pensões serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo estendidos aos aposentados e aos pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei.” Isto significava que o valor das aposentadorias e pensões do serviço público deveria ser modificado sempre que revistas as remunerações dos servidores ativos, bem como deveria sofrer aumento decorrente de benefícios e vantagens remuneratórias conferidas aos servidores ativos.

A principal alteração introduzida no sistema pela EC nº. 41/2003 foi justamente a revogação dessas duas regras para os servidores investidos em cargos públicos efetivos a partir do dia seguinte ao da entrada em vigor da Reforma.

Além disso, a nova redação do *caput* do art. 40, da Constituição da República, inclui a característica de solidariedade no Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos ocupantes de cargo efetivo e esclarece que os entes públicos e os servidores, ativos, inativos e seus pensionistas serão responsáveis pelas contribuições vertidas.

A solidariedade já era um princípio implícito nesse sistema previdenciário, pela adoção do modelo de repartição simples adotado.

Explico. Existem duas formas básicas de organização previdenciária: o sistema de capitalização, consistente na cobrança de contribuição que possibilite o pagamento dos próprios benefícios e das demais despesas de administração, com a formação de um fundo de reserva individualizado ou de capitalização; e o regime de repartição simples, que prevê a fixação anual do valor das contribuições destinadas ao custeio dos benefícios de todos os filiados.⁶

Tanto o Regime Geral de Previdência Social quanto os regimes próprios sempre estiveram baseados no princípio da solidariedade. Estruturados com apoio em um sistema de repartição simples, o filiado não contribui para a formação de um fundo próprio capaz de custear suas futuras prestações previdenciárias. Suas contribuições são vertidas para todo o sistema e servem para pagar as prestações mantidas para o grupo de filiados. O regime de repartição possibilita uma melhor redistribuição de renda e a proteção social mesmo daqueles que, por algum infortúnio, não teriam ainda contribuído com quantia suficiente para, sozinhos, garantir o benefício. A solidariedade do regime de repartição é uma característica dos regimes públicos de previdência brasileiros desde o início de sua organização.⁷ A EC nº. 41/2003 estabelece, de forma clara, quem deverá verter contribuição para o sistema: as entidades públicas, de um lado; e os servidores,

⁶ Vários autores destacam o princípio da solidariedade (até então implícito) como um dos mais importantes na Previdência Social. Este princípio informa o funcionamento do Regime Geral de Previdência Social e dos regimes próprios dos servidores. LEITE, Celso Barroso e VELLOSO, Luiz Paranhos. *Previdência social*. Rio de Janeiro: Zahar, 1963, p. 43; MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da seguridade social*, 17. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 75; COIMBRA, J. R. Feijó. *Direito Previdenciário Brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Ed. Trabalhistas, 1994, p. 48; RUSSOMANO, Mozart, Victor. *Curso de Previdência Social*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 59; RUPRECHT, Alfredo J. *Direito da seguridade social*. São Paulo: Ltr, 1996, p. 72.

⁷ Previdência privada funciona em regime de capitalização (art. 202, da CRFB/88 e LC nº. 109/2001).

ativos e inativos, e pensionistas, de outro.⁸

Até a Reforma, tanto os valores arrecadados dos servidores ativos quanto os gastos com os benefícios previdenciários eram incluídos no orçamento fiscal das entidades da Federação, contrariando a determinação constitucional do art. 165, § 5º, que prevê a separação do orçamento da seguridade social do orçamento fiscal. Assim, quando da apresentação dos dados do orçamento, não eram incluídas as parcelas de responsabilidade dos entes públicos, sob o inconsistente argumento de que não haveria sentido em o Estado contribuir para ele mesmo.

Ocorre que esta não era a intenção do legislador constituinte, quando previu a separação dos orçamentos. Se a despesa com benefícios previdenciários dos servidores não pode ser debitada do orçamento fiscal, deve ser formado um fundo próprio para o qual haverá contribuição estatal, na qualidade de “empregador” dos servidores, tal como ocorre no art. 195, I, a, da CRFB/88, para as empresas, em relação aos trabalhadores. Apesar de a Lei nº 9.717/98 determinar o destaque da contribuição do Estado, isto não era realizado, do que decorria um agravamento do débito do sistema, pois a planilha apresentada não indicava a receita que deveria provir das entidades públicas.⁹

A introdução da necessidade de contribuição do Estado é extremamente moralizadora do orçamento dos regimes próprios, que, a partir de agora, deverá ser destacado do orçamento fiscal, para ser administrado somente em benefício do sistema. O regime continua garantido pelo Estado. Se do fechamento das receitas e despesas resultar débito, cabe à Administração Pública a cobertura do sistema com o que obtiver de outros ingressos públicos.

Por fim, a nova redação do art. 40 impõe a tributação dos servidores ativos e inativos, bem como dos pensionistas.

A questão sobre a constitucionalidade de cobrança de contribuição de servidores inativos e pensionistas é objeto de controvérsia na Doutrina.¹⁰

O argumento utilizado na ADIn nº. 2.010-DF para declarar a inconstitucionalidade de alguns termos do art. 1º, da Lei nº. 9.783/99 que, naquele ano, criou a contribuição sobre proventos dos inativos da União (bem como foram declaradas inconstitucionais leis estaduais e municipais no mesmo sentido) perdeu consistência. É que a EC nº 20/98, ao alterar a redação do art. 195, II, da CRFB/88, vedou a incidência de contribuição sobre aposentadorias e pensões do Regime Geral de Previdência Social, norma que acabou sendo aplicada subsidiariamente ao regime dos servidores por conta do art. 40, § 12, que determina: Além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o Regime Geral de Previdência Social. Portanto, serviram de paradigma para a declaração de inconstitucionalidade da instituição de contribuição sobre proventos de inatividade e pensão do serviço público, a partir de 1998, a combinação do art. 40, § 12, com o art. 195, II, da CRFB/88. Essa combinação somente foi possível porque, no antigo art. 40, da Constituição, que cuida dos regimes próprios, não havia norma permitindo a cobrança. Com a introdução da nova redação do *caput* do art. 40, não se aplica mais aos servidores a

⁸ A contributividade do sistema previdenciário dos servidores foi introduzida na Constituição pela EC nº. 3/93.

⁹ Os dados podem ser obtidos facilmente pela consulta do SIAFI e do Fluxo de Caixa da Previdência.

¹⁰ Contra: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Parecer sobre a proposta de Emenda Constitucional de Reforma da Previdência*; DA SILVA, José Afonso. *Parecer*; MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Parecer*. Página eletrônica: <www.conamp.org.br>. Acesso em 22 de janeiro de 2004, às 15h30. A favor: BARROSO, Luis Roberto. *Constitucionalidade e legitimidade da reforma da Previdência (ascensão e queda de um regime de erros e privilégios)*.

vedação de incidência constante no art. 195, II, da CRFB/88, que agora se torna específica para proteger de contribuição somente os benefícios do RGPS dos trabalhadores.

A partir da nova referência explícita à contribuição dos inativos pela EC nº. 41/2003, não vislumbro como acolher a tese da invalidade porque não estariam sendo agredidas quaisquer das cláusulas pétreas do art. 60, § 4º, da Constituição.

Poder-se-ia argumentar: o aposentado e o pensionista já terão contribuído para o sistema durante a atividade, não se justificando o pagamento posterior à aposentação ou ao pensionamento; e haveria redução de remuneração do servidor.

Em resposta à primeira tese, de falta de contraprestação, em benefícios, à contribuição do inativo e do pensionista, invoca-se a força do princípio da solidariedade, agora expresso no art. 40, da CRFB/88. O aposentado não poderia, com a mesma amplitude do pensionista, utilizar-se desse fundamento, pois ainda teria interesse em contribuir para o fundo necessário à garantia de futura pensão a ser deixada. Mas mesmo o pensionista, como não contribuiu em sistema de capitalização, fica vinculado à responsabilidade inerente a todos os filiados de contribuir para possibilitar a manutenção de todos os benefícios mantidos pelo sistema de seguro. Disso não decorre entendimento pela validade da contribuição sob o mesmo patamar entre o servidor ativo e o inativo, analisado quando estudarmos as regras dessas contribuições sobre os proventos.

Em contraposição ao segundo fundamento, não se pode esquecer que a regra constitucional de irredutibilidade de remuneração e subsídios (art. 37, XV, da CRFB/88) protege o valor nominal da totalidade da remuneração bruta, independentemente da incidência de tributos. A possibilidade de incidência de impostos já era expressa no próprio dispositivo referido, quando remete aos arts. 150 e 153, e agora é complementada com a previsão de incidência de outra modalidade de tributo: a Contribuição Previdenciária.¹¹

O § 1º, do art. 40, da CRFB passa, a partir da Reforma, a fazer referência ao § 17 do mesmo artigo como parâmetro para o cálculo das aposentadorias, além de manter a remissão ao § 3º, que tem nova redação. A referência ao § 17 surge em decorrência do abandono da regra da integralidade.

A partir de agora, as aposentadorias serão calculadas com base na média das remunerações, atualizadas monetariamente.

Ficaram mantidas as regras da aposentadoria compulsória (proporcional ao tempo de contribuição, aos 70 anos, para homens e mulheres) e das aposentadorias voluntárias, integral e proporcional ao tempo de contribuição. Para a obtenção da aposentadoria voluntária integral, o servidor deverá cumprir os seguintes requisitos, cumulativamente: dez anos de efetivo exercício no Serviço Público (mesmo que tenha ocupados cargos diversos, sem continuidade, no Serviço Público da União, Estados, Distrito Federal e Municípios); cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria; 60 anos de idade e 35 anos de contribuição para o homem e 55 anos de idade e 30 anos de contribuição para a mulher. Para a aposentadoria voluntária proporcional ao tempo de contribuição, o servidor deverá cumprir os seguintes requisitos, cumulativamente: dez anos de efetivo exercício no Serviço Público; cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria; 65 anos de idade para o homem e 60 anos de idade para a mulher.

¹¹ Esse posicionamento, que tem a preferência do Supremo Tribunal Federal, estabelece que a irredutibilidade da remuneração dos servidores não tem caráter absoluto e não impede a incidência das contribuições sociais de natureza tributária. ADIn MC nº 2010-DF, rei. Min. Celso de Mello, DJ, do dia 12/4/2002, p. 51.

A aposentadoria por invalidez permanente poderá ser proporcional ao tempo de contribuição, ou integral, em caso de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei. Aqui houve uma pequena alteração trazida pela EC nº 41/2003. Antes a Constituição dispunha “especificadas em lei”, e agora “na forma da lei”. Portanto, anteriormente a Carta apenas remetia à integração legislativa a especificação das doenças e as condições de acidente em serviço que ensejariam a aposentadoria integral; hoje, respeitados os requisitos básicos previstos na norma do art. 40, da CRFB/88, nada impede que a lei venha a disciplinar a matéria com mais amplitude, cuidando não somente da especificação das doenças, mas também sobre outros parâmetros. A Lei referida deve ser Federal, editada com base na competência da União para disciplinar as regras gerais, pois não parece adequado que o tema fique a cargo das leis sobre normas específicas, do que poderiam resultar doenças consideradas graves para um regime e não para outro, trazendo discriminação injustificável entre servidores em matéria de benefício por invalidez. Uma doença é grave ou não para o fim de possibilitar a aposentadoria integral por incapacidade. Não pode ser grave em um regime e leve em outro, tendo em vista que a gravidade é baseada nas condições clínicas para tratamento, cura e vida independente do portador.

Foi mantido o § 2º, do art. 40, da CRFB/88, que prevê que os proventos de aposentadoria e pensão não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor no cargo efetivo que serviu de referência para a aposentadoria e pensão. Essa é uma limitação já tradicional na Constituição e que impede que a legislação possibilite a fruição de remuneração de proventos acima do cargo efetivo de referência, como acontecia, antigamente, com a concessão de aposentadoria com o adicional de 10% ou 20%, isto é, com a renda bruta do aposentado sendo superior ao do servidor na atividade.

O § 3º, do art. 40, com a nova redação dada pela EC nº 41/2003, é o responsável por uma das maiores alterações no sistema previdenciário próprio - o abandono da regra da integralidade.

A base de cálculo das aposentadorias e pensões dos servidores deixa de ser o valor da última remuneração e passa a ser a média das remunerações percebidas no serviço público e em eventual atividade privada, na forma da lei.

Essa fórmula de cálculo aproxima o Regime de Seguro do Servidor do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, mantido pelo INSS para os trabalhadores da iniciativa privada e é responsável por maior racionalidade do sistema.

Até então, quando o servidor se aposentava ou falecia, seus benefícios, proporcionais ou integrais, eram sempre baseados no montante da remuneração de seu último cargo, o que trazia algumas distorções atuariais. Essa fórmula de cálculo conduzia a uma solidariedade invertida. Como, teoricamente, as contribuições não teriam sido suficientes para sustentar o benefício de aposentadoria naquele patamar, o fundo seria onerado por solidariedade para garantir a aposentação, levando a que as contribuições pagas por servidores mais humildes fossem utilizadas para o custeio desse benefício. E ainda: como tão-só as contribuições do grupo não seriam suficientes, o Estado acabava sendo responsável pela cobertura do déficit, a partir de ingressos públicos outros, principalmente fruto de arrecadação tributária, que deixaria de ser utilizada para outros fins como o atendimento à saúde, habitação, melhoria de estradas etc.

A mudança da base de cálculo, que passa a considerar os valores sobre os quais incidiram as contribuições, tanto no serviço público quanto na atividade privada para o INSS, torna o sistema mais justo socialmente. Sem abandonar o caráter de solidariedade, praticamente impede a ocorrência de beneficiamento dos mais ricos em detrimento dos mais pobres.

A EC nº 41/2003 determina que sejam consideradas as remunerações do servidor vertidas para o sistema próprio e também as que serviram de base para as contribuições para o INSS, caso ele tenha desempenhado atividade como trabalhador em parte de sua vida laboral.

O critério de fixação da nova base de cálculo das aposentadorias no Serviço Público, considerando as referidas remunerações, é matéria a ser disciplinada por lei. Na realidade, caberá à União o delineamento das normas gerais sobre a fórmula de cálculo, não havendo impedimento para que leis específicas dos entes da Federação cuidem de aspectos mais restritos. Assim, a legislação de normas gerais de União pode impor limites à consideração das remunerações como, por exemplo, um número mínimo e máximo de parcelas a serem consideradas na média, sem embargo de a fórmula de cálculo poder ser definida pela legislação específica. A legislação de normas gerais poderá, ainda, instituir uma fórmula de cálculo genérica a ser utilizada pela legislação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, se não houver o exercício legislativo por eles.

Se for utilizado um modelo aproximado do adotado pelo INSS para o Regime Geral de Previdência Social (Lei nº 9.876/99), integrarão a base de cálculo as maiores 80% remunerações do servidor em toda sua vida laboral. A base de cálculo seria então a média aritmética dessas remunerações. Pode-se, ainda, colocar um limite temporal para a utilização das remunerações, como também a legislação do RGPS faz provisoriamente: 80% das maiores remunerações a partir de julho de 1994. Esse comentário é apenas um exercício prognóstico de como pode vir a ser fixado o cálculo. Tanto o percentual das remunerações a serem usadas quanto o limite temporal eventualmente imposto serão definidos em lei. O que temos de certo pela leitura da nova redação do dispositivo constitucional é a obrigação de serem consideradas as remunerações do servidor, quando da aposentadoria ou no cálculo da pensão, tanto aquelas percebidas na condição de servidor quanto as outras recebidas quando do desempenho de atividade privada como trabalhador no período de filiação ao INSS.

A antiga redação do § 7º, do art. 40, da CRFB/88 previa que a pensão por morte deixada pelo servidor para seus dependentes seria de valor igual aos proventos percebidos a título de aposentadoria ou aos proventos a que faria jus o servidor em atividade na data do óbito. Para a pensão também estava prevista a integralidade.

A nova redação dada ao dispositivo pela EC nº 41/2003 cria um fator de proporcionalidade para as pensões de valor mais elevado e abandona o valor dos proventos como base de cálculo para a pensão deixada pelo servidor falecido em atividade, passando a utilizar a remuneração.¹²

Assim, a regra do art. 40, § 7º, incide sobre todas as pensões cujo óbito do servidor ocorrer no dia seguinte ao da vigência da EC nº 41/2003 (1/1/2004), mesmo para falecimento dos servidores atualmente aposentados. Aplicam-se os dispositivos antigos para as pensões cujo óbito ocorrer até o dia de início de vigência da Emenda (31/12/2003), mesmo que o requerimento seja posterior, pois o direito ao benefício estará assegurado, garantido, pelo preenchimento dos requisitos, independentemente de pleito administrativo. A limitação da pensão a um percentual do valor da aposentadoria ou da remuneração parte da lógica de que, com o óbito de um dos integrantes da família, há diminuição de algumas despesas, tais como a de alimentação, vestuário, transporte etc. Essa fórmula já foi utilizada no Regime Geral de Previdência Social quando estava em vigor a

¹² O art. 4º, da PEC nº 77/2003, do Senado, hoje em trâmite na Câmara dos Deputados, prevê a manutenção do princípio da paridade para as pensões dos servidores que tenham sido investidos em cargo efetivo até 31/12/2003.

antiga Lei nº 3.807/60 e na redação inicial da Lei nº 8.213/91, sendo depois abandonada naquele sistema. Hoje as pensões concedidas pelo INSS são integrais em relação ao montante da aposentadoria, se o segurado estiver aposentado, ou da aposentadoria por invalidez (que é integral), em caso de falecimento em atividade. O contingenciamento proporcional das pensões é também comum nos regimes previdenciários adotados em diversos países da Europa, como, por exemplo, Portugal e Espanha.

Nos regimes próprios, a partir de agora, a limitação somente vai incidir sobre as pensões de maior valor. O sistema permanece semelhante ao Regime Geral para pensões de até R\$ 2.400,00, com cálculo integral; aplicando-se a proporcionalidade apenas para os valores que excederem *esse* limite.

O novo § 8º do art. 40, da CRFB/88, é responsável pelo abandono da regra da paridade entre as aposentadorias e pensões do Serviço Público em relação às revisões remuneratórias e às concessões de gratificações dotadas de caráter remuneratório para as respectivas categorias funcionais ativas.

Antes, os proventos de aposentadoria e as pensões eram revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que havia modificação na remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e pensionistas quaisquer benefícios concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei.

O novo dispositivo é igual ao previsto para os reajustes dos benefícios mantidos pelo INSS, nos termos do art. 201, § 4º (há apenas a substituição do termo “definidos” por “estabelecidos”, que possui o mesmo significado). A regra constitucional: 1) assegurado reajustamento dos benefícios, as aposentadorias e pensões devem ser corrigidas monetariamente; 2) tem por objetivo a garantia permanente da manutenção do valor real - o poder de compra das aposentadorias e pensões deve ser protegido contra os efeitos depreciativos da inflação, e 3) os critérios para garantir a manutenção serão definidos em lei.

Sua eficácia não permite ao legislador eleger qualquer índice destinado a corrigir as prestações. Ao contrário, impõe o dever de legislar para manter permanentemente o poder aquisitivo dos benefícios. A regra constitucional não fica refém de qualquer índice estipulado em lei; este é que deve cumprir o mandamento da Lei Maior, sob pena de ser inválido. O legislador não pode escolher qualquer índice de reajuste. Deverá corrigir os benefícios pelo percentual que garanta seu poder de compra.

Cuida-se, portanto, diferentemente do princípio da irredutibilidade de remuneração dos servidores que protege o valor nominal, de manutenção de valor real, conforme critérios definidos em lei.

Como a legislação em matéria de Previdência Social é de natureza concorrente, parece-me correto que a Legislação Federal estipule o índice mínimo de manutenção de valor real para toda a Federação, nada obstante as legislações específicas poderem corrigir os benefícios em valor acima do previsto pela União.

Se o exame do caso concreto demonstrar que os reajustes aplicados pela legislação não têm cumprido a determinação constitucional, pois não acompanham razoavelmente os índices de inflação colhidos no espaço amostral de bens de consumo dos aposentados e pensionistas, pode o juiz ou tribunal, no exercício do controle difuso de constitucionalidade, afastar a incidência da lei, por entendê-la inconstitucional, e integrar a norma fundamental com outro índice inflacionário aferido de forma reconheci-

damente técnica, que represente mais realisticamente a evolução dos preços dos serviços e produtos relacionados com o padrão de vida dos beneficiários.

A atuação do Poder Judiciário nesses casos não o transforma em legislador positivo ou em usurpador de funções legislativas e agressor do princípio da separação dos poderes. Faz-se no exercício da competência precípua de resolução de demandas e aplicação do Direito, com a preservação e na defesa da força normativa da Constituição, garantindo o direito subjetivo individual agredido, na dimensão dos direitos fundamentais e do princípio da dignidade da pessoa humana.

A EC nº 41/2003 alterou a redação do § 15, do art. 40, da CRFB/88, mas manteve os §§ 14 e 16, que pertencem ao mesmo sistema de instituição de um Regime Complementar de Previdência para os servidores.

Conclusão

Ao lado do reconhecimento quanto à coragem e à inovação da Reforma, o processo político de aprovação da proposta é merecedor de crítica por ter comportado um debate demasiadamente simples.

O discurso de defesa das mudanças foi focado quase que exclusivamente no fundamento da insuficiência orçamentária, sem que fossem também apresentadas suas principais causas.

Não houve esforço de esclarecimento da população para informar quais teriam sido os principais motivos da existência do déficit atual: 1) a transformação de um sistema assistencial em previdenciário de servidores; 2) a criação do regime jurídico único para servidores pela Constituição de 1988; 3) a administração irresponsável de boa parte dos Fundos Públicos de Previdência, e 4) a existência de regras infraconstitucionais criadoras de privilégios no seguro.

Até a promulgação da Emenda Constitucional nº 3/93 não havia um sistema propriamente previdenciário para os servidores, organizado na Constituição. Em algumas entidades da Federação, as aposentadorias e as pensões eram um favor do Estado, enquanto em outras, os funcionários contribuía somente para pensão, como ocorre, ainda hoje, com os militares. Em um sistema que funciona nessas bases, não se aplicam princípios previdenciários, em especial o de equilíbrio atuarial. O raciocínio é bem diferente: a sociedade sustenta seus servidores mediante ingressos públicos obtidos com receita tributária genérica, em reconhecimento à relevância de serviços prestados. Por este motivo, justificavam-se alguns institutos na legislação, como a cassação de aposentadoria dos funcionários inativos que não se mostram dignos do reconhecimento do povo, medida incompatível em um sistema de previdência, no qual não se pode cassar um provento em relação ao qual houve correspondente contribuição. O fato é que as legislações foram aos poucos sendo modificadas até a consolidação da proteção dos servidores na forma previdenciária. Contudo, tal mudança não pode ser operada sem que seja gerado *déficit*, a não ser que as entidades que até então mantinham os proventos dos inativos e pensionistas em regime assistencial arquem com suas responsabilidades na compensação financeira da transformação, o que, não é preciso afirmar, não foi realizado no Brasil. Assim, os servidores migraram de um sistema assistencial sob responsabilidade total do Estado para um

regime previdenciário, no qual deveria ser mantido equilíbrio orçamentário e respeito a regras atuariais, sem a devida contrapartida dos entes públicos.

Ocorre que a Constituição de 1988 ainda desferiu outro golpe no Sistema de Previdência, com a instituição do regime jurídico único para os servidores efetivos, com a transformação de milhões de relações trabalhistas mantidas sob a égide da ordem anterior em vínculos institucionais¹³. Com isso, esses milhões de empregados públicos foram compulsoriamente acolhidos pelos regimes próprios de Previdência sem que tenha havido compensação financeira correspondente por parte do INSS. Naquele momento de promulgação da Carta, a modificação pareceu interessante para a maioria dos prefeitos e governadores, com visão obscurecida pela vantagem imediatista de os entes da Federação passarem a não mais ter que contribuir para o INSS, na qualidade de empregadores, bem como não terem obrigação de recolhimento ao FGTS. A transformação foi vista somente pelo lado positivo, pois aliviava momentaneamente as contas do orçamento fiscal das obrigações tributárias previdenciárias e fundiárias. Mas a bomba de retardo já estava armada. Fundos de previdência pública foram formados e vinculados aos Estados e Municípios, sem que houvesse um período inicial de capitalização natural do sistema, pois muitos dos “novos” servidores ingressaram nos regimes próprios portando substanciais tempos de serviço e passaram a se aposentar nos anos seguintes, sem que os fundos estivessem devidamente preparados: Isto é bom que se diga, quando houve formação de fundos, pois em muitos municípios não havia sequer separação de orçamentos fiscal e previdenciário, sendo o pagamento de benefícios debitados do total dos ingressos públicos.

176

Também não se pode esconder da população que muitos desses fundos de previdência dos regimes próprios, quando existem, vêm sendo geridos com irresponsabilidade, tanto por falta de um controle administrativo eficiente, quanto pela existência de regras legais que permitem o desvio de receitas para outras finalidades que não sejam o sustento do sistema: são leis dos entes da Federação que liberam a utilização de valores para empréstimos subsidiados aos servidores, para a realização de obras públicas, tudo sempre sem uma avaliação técnica profissional de investimento dos valores.

Por fim, boa parte da legislação previdenciária infraconstitucional é permeada de regras que criam privilégios injustificáveis: sejam, até há bem pouco, diversas formas de contagem fictícia de tempo de serviço, seja a possibilidade de contagem recíproca de tempo de contribuição do regime geral para os regimes próprios sem que haja compensação financeira suficiente para arcar com o pagamento de benefícios no novo sistema. Hoje, temos que admitir que muitos progressos foram realizados nesta área,¹⁴ mas o regime próprio ainda sofre consequências da concessão de muitos benefícios privilegiados. Quando as contribuições vertidas pelos servidores não são suficientes para o sustento do fundo, cria-se uma solidariedade invertida, na qual uma parcela mais rica da sociedade recebe auxílio da mais pobre, mediante repasse de receita tributária, o que é injusto. Por isso considero que as contribuições dos atuais aposentados é justa por impedir a referida solidariedade invertida em benefício daqueles que, pelo menos em boa

¹³ A previsão constitucional do regime jurídico único foi abolida pela EC nº 19/98. Isto não significa, porém, que as legislações dos entes da Federação tenham sido atualizadas. Veja-se, por todas, a Lei nº 8.112/90, que mantém a mesma configuração desde aquela época: o regime jurídico único ainda hoje é uma realidade na União, por força legal.

¹⁴ A EC nº 20/98 passou a exigir cumulativamente os requisitos de tempo mínimo de Serviço Público e tempo mínimo no cargo em que dará a aposentadoria, o que praticamente resolve o problema. A atual reforma torna-os ainda mais rigorosos.

parte do período laboral, não contribuíram, causando prejuízo aos demais servidores que verteram contribuições regulares para o fundo, ou toda a sociedade, se a diferença for arcada com carga tributária genérica.

A condução política em defesa da Reforma, quando do trâmite da Proposta de Emenda Constitucional, prestou um desserviço à causa da Previdência, sendo responsável pelo fortalecimento de uma imagem negativa do servidor perante a população e encobriu o problema da falta de uma Política de Estado em relação ao Serviço Público.

Manter ou não um Sistema de Previdência diferenciado para servidores não é questão de direito, mas de conveniência da sociedade. Observado o mínimo da configuração previdenciária, o foco desloca-se da teoria dos direitos fundamentais para a discussão sobre modelo de administração pública que se pretende para o país.

Acredito que Previdência Social, como direito fundamental, deve ter uma configuração mínima de garantia da dignidade da pessoa humana, baseada nos princípios da universalidade, da uniformidade e da solidariedade na proteção dos segurados mais desvalidos, mediante a participação do Estado; a cobertura dos riscos sociais da morte, da idade avançada, da incapacidade, da maternidade e do desemprego involuntário; e o estabelecimento de patamares mínimo e máximo de pagamento dos benefícios, com a manutenção real do valor das prestações.

Para além dessa configuração mínima, a proteção previdenciária depende da reserva das disponibilidades orçamentárias do Estado.

A Reforma da Previdência modifica o regime próprio, dando-lhe configuração semelhante à do Regime Geral de Previdência Social dos trabalhadores da iniciativa privada. A alteração, apesar de reduzir a proteção previdenciária dos servidores, não atinge o núcleo fundamental do seguro, não devendo, portanto, ser considerada inconstitucional.

Nossa sociedade, por meio de seus representantes, optou pela inconveniência da manutenção de um regime previdenciário diferenciado para seus servidores.

É legítimo que faça a escolha, dentro do espaço político de discussão sobre o tema, concordemos ou não individualmente com ela.

Contudo, essa medida, acompanhada de outras como o aviltamento de remuneração dos cargos efetivos, o enfraquecimento de prerrogativas funcionais, a ocupação de cargos-chave da administração mediante critérios político-partidários e a falta de definição de planos de carreira podem conduzir ao enfraquecimento do próprio Estado, que ficará impossibilitado de cumprir seus objetivos de proporcionar paz e segurança social e deixará de atrair talentos profissionais para o Serviço Público.

É tempo de se definir, de forma clara, que tipo de burocracia se pretende para o país: uma capaz de manter o Estado funcionando com continuidade e estabilidade na prestação de serviços públicos básicos e de qualidade; ou uma servil e submissa aos interesses momentâneos do Governo.

Referências bibliográficas

- DURAND, Paul. *La politique contemporaine de sécurité sociale*. Paris: Dalloz, 1953.
PEREZ LE TERO, José. *Fundamentos de la seguridad social*. Madri: Aguilar, 1956.
ALMANSA PASTOR, José Manuel. *Derecho de la seguridad social*. Madri: Tecnos, 1973.
DE FERRARI, Francisco. *Los principios de la seguridad social*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1972.

- PERSIANI, Mattia. *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, I - parte; generale, Pádua: Cedam, 1981.
- ALFANDAR Elie. *Aide soriale - action sociale*. Paris: Dalloz, 1974.
- DUPEYROUX, Jean-jaques. *Droit de la sécurité sociale*. Paris: Dalloz, 1975.
- MARC, Jorge Enrique. *Los riesgos del trabajo*. 20. ed. Buenos Aires: Depalma, 1978.
- VIEIRA, Hermes Pio Eloy Chaves. *Precursor da previdência social no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.
- SOARES FILHO, Gabriel R. *A nova lei de benefícios da Previdência Social*. São Paulo: LTr, 1992.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. *A seguridade social na Constituição Federal*. São Paulo: LTr, 1989.
- LEITE, Celso Barroso. *A proteção social no Brasil*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1978.
- LEITE, Celso Barroso. *Um século de Previdência Social*. Rio de Janeiro: Zahar, 1983.
- ALLY, Raimundo do Cerqueira. *Normas previdenciárias no direito do trabalho*. São Paulo: IOB, s/data.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de direito previdenciário*. São Paulo: Tr, 4 vols., a saber: tomo I - *Noções de direito previdenciário*. 2001; tomo II - *Previdência Social*. 24. ed. 2003; tomo III *Direito previdenciário procedimental*, 1998; tomo IV - *Previdência complementar*. 2. ed., 2002.
- POVOA, Manuel Sebastião Soares. *Previdência privada - filosofia, fundamentos técnicos*. Rio de Janeiro: Funenseg, 1985.
- MOREIRA, Aroldo; LUSTOSA, Paulo R. *A previdência supletiva e o fundo de pensão empresarial*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1978.
- SIMÕES, Aguinaldo. *Princípios de segurança social*. São Paulo: s/editora, 1967.
- COIMBRA, J. R. Feijó. *Direito previdenciário brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Trabalhistas, 1993.
- SUSSEKIND, Arnaldo. *Previdência social brasileira*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários à lei básica da previdência social*. São Paulo: LTr, vol. I, 4. ed. 2003, vol. II, 6. ed., 2003.
- ASSIS, Armando de Oliveira. *Compêndio de seguro social*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1963.
- MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da seguridade social*. 19. ed., São Paulo: Atlas, 2003.
- COSTA, Eliane Romeiro. *Previdência privada e fundos de pensão*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 1996.
- BALERA, Wagner (coord.) *Curso de direito previdenciário - homenagem a Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira*, 5. ed. São Paulo: LTr, 2002.
- CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LUZZARI, Julio Batista. *Manual de direito previdenciário*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2003.
- BALERA, Wagner. *Sistema de seguridade social*, São Paulo: LTr, 2002.
- BALERA, Wagner. *Curso de direito previdenciário*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2002.
- RIBEIRO, Júlio César Garcia. *Previdência social do regime geral na Constituição Brasileira*. São Paulo: LTr, 2001.
- DELGADO, Ignácio Godinho. *Previdência social e mercado no Brasil*. São Paulo: LTr, 2001.
- PEREIRA KETTO, Juliana Presotto. *Previdência social em reforma*. São Paulo: LTr, 2002.
- OLIVEIRA, Aldemir de. *Previdência social na Carta Magna*. São Paulo: LTr, 1997.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de direito previdenciário*, 4. ed. São Paulo: LTr, 2001.
- SOUZA, Leny Xavier de Britto e. *Servidor público e suas múltiplas previdências sociais*. São Paulo: LTr, 2000.
- RODRIGUES, Flávio Martins. *Fundos de pensão de servidores públicos*. Rio de Janeiro: Re-