

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPEDES SOARES DA ROCHA”  
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPEDES DE MARÍLIA – UNIVEM  
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

**DENISE CORRÊA DA COSTA MACHADO BESERRA**

**CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DOS APOSENTADOS E  
PENSIONISTAS: INCONSTITUCIONALIDADE EM FACE DOS  
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DIREITOS FUNDAMENTAIS**

MARÍLIA  
2014

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPEDES SOARES DA ROCHA”  
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPEDES DE MARÍLIA – UNIVEM  
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

**DENISE CORRÊA DA COSTA MACHADO BESERRA**

**CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DOS APOSENTADOS E  
PENSIONISTAS: INCONSTITUCIONALIDADE EM FACE DOS  
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do Grau de Mestre em Direito, área de concentração: Teoria do Direito e do Estado.

Linha de Pesquisa: Crítica aos fundamentos da dogmática jurídica.

Orientadora: Professora Doutora Iara Rodrigues de Toledo.

MARÍLIA  
2014

**DENISE CORRÊA DA COSTA MACHADO BESERRA**

**CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DOS APOSENTADOS E  
PENSIONISTAS: INCONSTITUCIONALIDADE EM FACE DOS  
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Banca examinadora da dissertação ao Programa de Mestrado em Direito do UNIVEM/F.E.E.S.R., como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito

**Resultado:**

**ORIENTADOR:** \_\_\_\_\_

**Profa Dra Iara Rodrigues de Toledo.**

**1º EXAMINADOR:** \_\_\_\_\_

**2º EXAMINADOR:** \_\_\_\_\_

Marília, \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_\_\_

Dedico este trabalho à minha linda família. Adolpho,  
esposo e pai maravilhoso. Alice, presente de Deus.  
Aos meus amados pais. Às minhas irmãs queridas.

## AGRADECIMENTOS

Quando tracei a meta de fazer o mestrado e elaborar o presente trabalho sabia dos momentos que renunciaria, só não tinha a dimensão de quanto isso atingiria minha vida. Por isso, meus agradecimentos destinam-se a todas as pessoas que participaram e me ajudaram a concluir este estudo, mesmo que, por um lapso de memória, seus nomes não estejam aqui citados.

Àquelas que foram as motoristas das viagens e tornaram as aulas mais divertidas e leves: Elisabeth, Christiano, Muriel e toda a turma da sala.

Aos mais do que colegas de escritório, Diego e Leonardo, que, além de primos, conseguem realizar brilhantemente os afazeres da árdua profissão de advogado.

Meus irmãos de coração, Celso, Rilker e Maria Luiza, pessoas indispensáveis ao meu cotidiano, sem as quais qualquer festa não faz sentido.

Aos professores e alunos da UEMS que me incentivaram ao aperfeiçoamento profissional, quando eu ainda questionava a mim mesma em seguir ou não a carreira de docente, em especial às professoras do Núcleo de Práticas Jurídicas.

Agradeço a professora orientadora Iara Rodrigues de Toledo, que acreditou no tema proposto e sempre proferiu palavras carinhosas e incentivadoras. Da mesma forma, ao professor Ricardo Pinha Alonso que direcionou muito bem os capítulos estudados.

Ao meu dedicado marido Adolpho, pela paciência e doçura com que me trata, e também por superar os medos nos cuidados com a nossa princesa, quando ficava sozinho com ela durante minhas ausências.

Àquela que nasceu durante essa jornada, meu anjo Alice, que trouxe mais intensidade e felicidade à minha vida.

Às demais pessoas que compartilharam comigo deste e de outros momentos tão importantes, o meu muito obrigado.

*Onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação de poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para dignidade humana e a pessoa não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças.*

*(Ingo Sarlet – juiz e jurista brasileiro).*

BESERRA, Denise Corrêa da Costa Machado. Contribuição Previdenciária dos Aposentados e Pensionistas: Inconstitucionalidade em face dos Princípios Constitucionais e Direitos Fundamentais. 2014. 116 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípedes de Marília, Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, Marília, 2014.

## RESUMO

Este trabalho de conclusão de mestrado, na linha de pesquisa: crítica aos fundamentos da dogmática jurídica, tem por objetivo realizar um estudo jurídico-principiológico da contribuição dos aposentados e pensionistas criada pela Emenda Constitucional n.º 41/2003, fazendo com que, através do debate de ideias, se chegue a uma conclusão crítica sobre este dever de determinados cidadãos para com a Previdência Social. O texto é dividido em quatro capítulos, sendo que, no primeiro, é feita exposição acerca dos direitos fundamentais, interligando-os com a proteção social, a seguridade social no Brasil e a distinção entre os regimes previdenciários; no segundo, são apresentados os princípios da Seguridade Social e Previdenciários contidos na Constituição Federal; na terceira parte é analisado, além do poder constituinte e de reforma do texto constitucional, a colisão e ponderação de princípios, os quais são abordados especificamente os mais importantes; e, por fim, no quarto e último capítulo, a inconstitucionalidade da contribuição dos servidores públicos aposentados e pensionistas é posta em questão, por meio da análise crítica dos votos proferidos pelos Ministros dos STF, e ainda sob a ótica da Justiça (jurídica e social). Através da pesquisa bibliográfica, virtual e jurisprudencial, baseando-se no método indutivo-dedutivo, a problemática da contribuição previdenciária instituída em 2003 é trazida ao âmbito acadêmico, a fim de contribuir para o entendimento mais aprofundado sobre o tema.

**Palavras-chave:** Emenda Constitucional n.º 41/2003. Servidores Públicos. Direitos Fundamentais. Princípios da Seguridade Social e Previdenciários. Inconstitucionalidade.

BESERRA, Denise Corrêa da Costa Machado. Social security contribution of retirees and pensioners: unconstitutionality in the face of the constitutional principles and fundamental rights. 2014. 116 f. Dissertation (Master of Law) –University Center of Eurípedes Marília, The Education Foundation “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2014.

## **ABSTRACT**

This paper of master's degree conclusion, in the search line: critique to the foundations of juridical dogmatic, aims to carry out a legal study, based on the principles, about the contribution from retirees created by Constitutional Amendment n. ° 41/2003, causing, through brainstorming, to reach a critical conclusion on this duty of certain citizens towards Social Security. The text is divided into four chapters, on the first, is made an exposure on fundamental rights, linking them with social protection, the social security in Brazil and the distinction between the pension schemes; on the second, the principles of Social Security contained in the Federal Constitution are presented; on the third part is analyzed, in addition to the constituent power and the power of reform of the constitutional text, the collision and weighting of principles, which are specifically broached the most important, and, finally, on the fourth and final chapter, the unconstitutionality of the contribution of pensioners and public servants retired is in question, through the critical analysis of the votes cast by the Ministers of the Supreme Court (STF), and also from the perspective of Justice (legal and social). Through bibliographical, virtual and jurisprudential research, based on the inductive-deductive method, the problem of social security contribution established in 2003 is brought to the academic environment, in order to contribute to a deeper understanding of the topic.

**Keywords:** Constitutional Amendment n.º 41/2003. Public Servants. Fundamental Rights. Principles of Social Security. Unconstitutionality.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>1 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E A SEGURIDADE SOCIAL</b> .....	12
<b>1.1 Breve histórico e conceituação dos Direitos Fundamentais</b> .....	12
<b>1.2 Evolução, classificação e definição dos Direitos Fundamentais Sociais</b> .....	15
<b>1.3 O surgimento da Proteção Social</b> .....	19
<b>1.4 A Seguridade Social no Brasil</b> .....	23
<b>1.5 Aspectos preliminares da Previdência Social</b> .....	26
<b>1.6 Breve distinção dos regimes previdenciários existentes no Brasil</b> .....	30
<b>2 PRINCÍPIOS DA SEGURIDADE SOCIAL E PREVIDENCIÁRIOS</b> .....	32
<b>2.1 Princípios da Seguridade Social</b> .....	34
2.1.1 Solidariedade .....	34
2.1.2 Universalidade da cobertura e do atendimento.....	38
2.1.3 Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais .....	39
2.1.4 Seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços.....	40
2.1.5 Irredutibilidade do valor dos benefícios .....	41
2.1.6 Equidade na forma de participação no custeio .....	41
2.1.7 Diversidade da base de financiamento .....	42
2.1.8 Caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa .....	43
<b>2.2 Princípios Previdenciários</b> .....	44
2.2.1 Da filiação obrigatória.....	44
2.2.2 Do caráter contributivo.....	46
2.2.3 Do equilíbrio financeiro e atuarial.....	47
2.2.4 Da garantia do benefício mínimo .....	49
2.2.5 Da correção monetária dos salários de contribuição .....	50
2.2.6 Da preservação do valor real dos benefícios .....	51
<b>3 OS LIMITES AO PODER DE REFORMA E A COLISÃO DE PRINCÍPIOS NA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 41/2003</b> .....	53
<b>3.1 O Poder Constituinte e a manifestação do Poder Constituinte Derivado</b> .....	53
<b>3.2 A Ponderação de Princípios Constitucionais</b> .....	60
<b>3.3 A Emenda Constitucional n.º 41/2003 e Legislações afins</b> .....	65

<b>3.4 A Colisão de Princípios na Emenda Constitucional n.º 41/2003</b> .....	69
3.4.1 Do direito adquirido .....	71
3.4.2 Do ato jurídico perfeito.....	74
3.4.3 Da irredutibilidade dos vencimentos .....	76
3.4.4 Da vedação de tratamento fiscal diferenciado entre contribuintes da mesma natureza .....	78
3.4.5 Da vedação ao retrocesso social .....	81
<b>4 A INCONSTITUCIONALIDADE DA CONTRIBUIÇÃO DOS APOSENTADOS EPENSIONISTAS DO RPPS E UMA VISÃO DA JUSTIÇA</b> .....	84
<b>4.1 A inconstitucionalidade frente aos princípios</b> .....	84
<b>4.2 Análise das Emendas Constitucionais n.º 20/1998 e n.º 41/2003</b> .....	89
4.2.1 Argumentos favoráveis à contribuição dos aposentados e pensionistas .....	91
4.2.2 Argumentos contrários à contribuição dos aposentados e pensionistas .....	93
<b>4.3 Uma visão de justiça</b> .....	98
4.3.1 Os aspectos da norma jurídica - teoria de Norberto Bobbio.....	99
4.3.2 O termo “justiça” e a busca de seu conceito.....	104
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	108
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	111

## INTRODUÇÃO

O trabalho apresenta um panorama sobre a Seguridade Social no Brasil, desde o surgimento dos primeiros ideais de proteção social até a consolidação do sistema Previdenciário pelas Constituições brasileiras, sendo que o assunto central trata especificamente da contribuição dos aposentados e pensionistas do regime de previdência dos servidores públicos.

A referida contribuição foi instituída pela Emenda Constitucional n.º 41/2003, que através do artigo 4.º, passou a regulamentar a contribuição previdenciária sobre parcela dos proventos dos servidores públicos inativos e pensões de seus dependentes, subtraindo dessa classe valores monetários, atingindo também princípios constitucionais e direitos fundamentais.

O estudo que ora se apresenta, não tem a pretensão de exaurir a polêmica acerca do tema, especialmente no que tange à constitucionalidade ou não da contribuição previdenciária, uma vez que este compreende vasta discussão. Por isso, restringe-se à seara jurídica, para, a partir de argumentações doutrinárias, análise da jurisprudência do STF, bem com fundamentos principiológicos de origem constitucional e previdenciária, atingir o objetivo de sustentação da dissertação.

Inicia-se o trabalho com um breve histórico dos direitos fundamentais, seguida pela definição dos direitos fundamentais sociais e a classificação da Previdência Social no rol destes direitos. Ainda no primeiro capítulo, passa-se a discorrer sobre o surgimento das primeiras ideias de proteção social e como a Seguridade Social foi implantada no Brasil, primeiro por meio de legislações esparsas, e posteriormente, inserida como direitos sociais elencados nas Constituições Federais. Os aspectos preliminares e fundamentos da Previdência Social também foram abordados nesse tópico.

No capítulo subsequente foram analisados individualmente os princípios da Seguridade Social e os princípios Previdenciários, abordando seus significados e características, bem com a aplicação conjunta e coordenada entre eles ao caso concreto.

Depois, passa-se a discorrer sobre o Poder Constituinte e o Poder Constituinte Derivado Reformador, bem como sobre a necessidade de observação dos limites deste último frente às emendas constitucionais, especialmente a EC n.º 41/2003. Continuando o terceiro capítulo, trouxe-se à baila a importância da ponderação de princípios quando surgirem casos de colisão entre eles, bem como alguns princípios fundamentais que, após a edição da referida

emenda, foram atingidos, tais como: o direito adquirido, a irredutibilidade dos vencimentos, e a vedação de tratamento fiscal diferenciado entre contribuintes da mesma natureza.

No capítulo final, abordou-se a questão da inconstitucionalidade da contribuição dos aposentados e pensionistas do Regime Próprio de Previdência Social (RPPS), tomando por base a tensão entre os princípios envolvidos. Foram analisados também os argumentos favoráveis e contrários à contribuição em exame, sob a ótica dos votos proferidos pelos Ministros do STF, uma vez que são permeados de argumentação doutrinária, de modo que possuem o escopo de provocar uma reflexão sobre o perigo de se desrespeitarem as cláusulas pétreas.

Por fim, apresentou-se uma visão da justiça – pois é exatamente isso que se busca quando existem interesses conflitantes – abordando-se a teoria de Bobbio, com o objetivo de inserir a temática na discussão do que seria mais justo: inserir no texto constitucional uma contribuição que antes não havia, ou deixar os inativos permanecerem na situação que se encontravam antes da tão repercutida emenda.

Portanto, essas indagações só demonstram que, apesar do caráter restritivo da EC n.º 41/2003, o tema da previdência social surge constantemente como interesse nacional, uma vez que atinge os governantes, os legisladores e a própria sociedade.

# 1 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E A SEGURIDADE SOCIAL

## 1.1 Breve histórico e conceituação dos Direitos Fundamentais

Com a evolução da história e a existência de inúmeras agressões contra a dignidade da pessoa humana foram desenvolvendo-se, automaticamente, meios para um novo círculo de proteção que atingiram as relações econômicas e sociais. O surgimento só ocorreu através de conquistas humanitárias reconhecidas pelo ordenamento jurídico.

Antes do surgimento dos períodos revolucionários, a religião e a filosofia deixaram legados sobre a preservação dos valores humanos em sua dignidade, liberdade e igualdade.

Sobre os aspectos históricos que antecederam os direitos fundamentais, citamos um trecho da obra de Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 38):

De modo especial, os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens encontram suas raízes na filosofia clássica, especialmente na greco-romana, e no pensamento cristão. Saliente-se, aqui, a circunstância de que a democracia ateniense constituía um modelo político fundado na figura do homem livre e dotado de individualidade. Do Antigo Testamento, herdamos a ideia de que o ser humano representa o ponto culminante da criação divina, tendo sido feito à imagem e semelhança de Deus. Da doutrina estoica greco-romana e do cristianismo, advieram, por sua vez, as teses da unidade da humanidade e da igualdade de todos os homens em dignidade (para os cristãos, perante Deus).

De irrefutável importância para o reconhecimento posterior dos direitos fundamentais nos processos revolucionários do século XVIII, foi a influência das doutrinas jusnaturalistas, de modo especial a partir do século XVI. Já na Idade Média, desenvolveu-se a ideia da existência de postulados de cunho suprapositivo que, por orientarem e limitarem o poder, atuam como critérios de legitimação de seu exercício. De particular relevância, foi o pensamento de Santo Tomás de Aquino, que, além da já referida concepção cristã da igualdade dos homens perante Deus, professava a existência de duas ordens distintas, formadas, respectivamente, pelo direito natural, como expressão da natureza racional do homem, e pelo direito positivo, sustentando que a desobediência ao direito natural por parte dos governantes poderia, em casos extremos, justificar até mesmo o exercício do direito de resistência da população.

Partindo da premissa de que os direitos fundamentais percorreram uma longa história até chegarem à atual conjuntura, pode-se mencionar que para a sua verificação são necessárias as presenças do Estado, do indivíduo e de um texto normativo regulador entre estes dois.

A construção dogmática dos direitos fundamentais surgiu no final do século XVIII. Em 12 de junho de 1776, no Estado norte americano da Virgínia, proclamou-se uma “Declaração de Direitos” (*Bill of Rights*), cujo conteúdo enunciava direitos como a liberdade,

à proteção da vida do indivíduo, a igualdade, etc. Já em 26 de agosto de 1789, na França, “A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” teve reconhecido em seu texto direitos à liberdade, a igualdade, a segurança, a resistência à opressão, etc (DIMOULIS; MARTINS, 2007).

Esses ideais foram sendo aplicados nas Constituições por todo o mundo, sendo que a positivação dos direitos sociais ganhou força primeiramente na Constituição do México, em 05 de fevereiro de 1917. Ao final da primeira Guerra Mundial, em 11 de agosto de 1919 na Alemanha, um extenso rol sobre os direitos fundamentais foi promulgado pela Constituição de Weimar. (DIMOULIS; MARTINS, 2007).

Os direitos fundamentais são uma categoria voltada para a proteção da dignidade da pessoa humana, que é considerado um princípio extremamente importante, visto que preserva o ser humano em sua liberdade e suas necessidades. São direitos que compõem um núcleo intangível de garantias dos seres humanos submetidos a uma determinada ordem jurídica.

Os professores Leonardo Martins e Dimitri Dimoulis (2007, p. 54) explicam o que são direitos fundamentais:

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.

Deste modo, os direitos fundamentais limitam a atuação do Estado sobre as liberdades individuais dos seus cidadãos, ou seja, as ações estatais não podem interferir negativamente na esfera dos direitos considerados fundamentais de uma pessoa.

Complementando a conceituação anterior, os direitos fundamentais sociais são caracterizados de acordo com José Afonso da Silva (2003 apud TAVARES, 2008, p. 769):

É nesse sentido que propõe José Afonso da Silva um conceito, caracterizando os direitos sociais como ‘prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível como o exercício efetivo da liberdade’.

A igualdade amplamente buscada através dos direitos sociais pode ser alcançada por meio da efetivação material desses direitos.

No Brasil, a Constituição do Império de 25 de março de 1824 proclamou direitos fundamentais semelhantes aos textos americano e francês. A Carta de 1891 acrescentou o instituto do *habeas corpus* e os direitos de reunião e associação. A partir da Constituição de 1934 houve a incorporação de alguns direitos sociais, referindo-se particularmente ao direito à subsistência, à assistência aos indigentes, o mandado de segurança e a ação popular. Por fim, a Constituição de 1988 garante os direitos fundamentais por todo seu texto. (DIMOULIS; MARTINS, 2007).

Foi na denominada Constituição Cidadã, após mais de vinte anos de ditadura militar, que foi oportunizado um amplo processo de discussão sobre o seu conteúdo, acolhendo-se, inclusive, os direitos fundamentais sociais em capítulo próprio, dotado de exigibilidade imediata, pois, apesar de previstos constitucionalmente, necessitam que políticas públicas e programas sociais sejam implantados.

Nas palavras do professor Ricardo Pinha Alonso (2012, p. 35):

Pode-se dizer que são direitos tendentes à melhoria das condições de vida digna na sociedade juridicamente organizada que, consagrados pela positivação constitucional, podem ser exigidos do Estado, obrigado ao planejamento, criação e desenvolvimento de políticas públicas voltadas à diminuição das desigualdades sociais e ao resgate das mínimas condições de vida digna.

Assim, as normas constitucionais para serem efetivas deve ser aplicadas direta ou indiretamente na extensão máxima de sua densidade. Em se tratando de direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais, a efetividade encontra barreira na atuação do Estado, que por vezes, não concretiza esses direitos.

A aplicação destes direitos não faz distinção de qualquer natureza, são destinados a todos os indivíduos, independente de sua nacionalidade e situação no Brasil, conforme normatizado no caput do artigo 5º da Magna Carta, principal dispositivo legal onde estão situados estes direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais são uma construção histórica e podem ser entendidos através de gerações ou dimensões, conforme ensina Norberto Bobbio (1992, p.5; 19):

[...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

[...] o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.

Desta maneira, passam a assumir uma dimensão institucional na medida em que pontuam a forma de ser e atuar do Estado, conforme o tempo e as circunstâncias em que os direitos fundamentais passaram a ser reconhecidos.

Sobre os limites de atuação do Estado, o doutrinador André Ramos Tavares (2008, p. 449) assim preleciona:

Realmente, basta atentar para o fato de que estavam ausentes em qualquer desses momentos iniciais de consagração dos direitos do homem, a que se aludiu, os ideais, hoje consagrados no conceito, referentes aos direitos econômicos e sociais. Predominava o ideário liberal, de consagrar formas limitativas do Estado, impondo a este a abstenção da prática de certos atos. Nas palavras de Celso Lafer, os direitos humanos representam, no plano jurídico, inicialmente, apenas uma inversão da figura deontológica originária, quer dizer, a partir deles houve uma passagem do dever de submissão (ideia ainda presente na palavra ‘administrado’, amplamente utilizada em nosso meio jurídico) para o direito do cidadão.

Os direitos fundamentais passaram a ser classificados como garantias mínimas, inalienáveis e imprescritíveis, denominadas cláusulas pétreas, as quais não podem ser abolidas, o que confere ao legislador o poder de tão somente acrescentar outros direitos.

Nesse sentido, os direitos fundamentais são o ponto mais importante do sistema normativo, já que orientam, condicionam e iluminam a interpretação da norma dando coesão ao sistema, devendo ser obedecidos, pois estão sujeitos a corromper o ordenamento do sistema jurídico caso isso não ocorra.

## **1.2 Evolução, classificação e definição dos Direitos Fundamentais Sociais**

Observando o histórico sobre os direitos fundamentais mencionado no item 1.1, destaca-se que as primeiras Declarações de Direitos garantiram ações dos indivíduos contra o Estado, sendo que no decorrer dos tempos essas Declarações revestiram-se de um caráter mais social e econômico.

A partir da Primeira Guerra Mundial o Estado torna-se intervencionista, e não só interfere na esfera individual, mas passa a ser um instrumento de toda a sociedade pela luta contra a injustiça social, inclusive, com a prestação de serviços públicos à população. (BARROSO, 2011).

A definição de Miguel Reale sintetiza bem as alterações ocorridas no âmbito do direito público subjetivo (2005, p. 269):



A primeira Declaração era de cunho essencialmente político, cuidava mais dos direitos públicos do homem enquanto cidadão, ao passo que a segunda não só os amplia, como acrescenta aos direitos políticos os direitos sociais dos indivíduos, e, mais ainda, os direitos dos povos, como por exemplo, o de autodeterminação.

Assim, a evolução dos direitos fundamentais originou-se na luta pela liberdade individual contra os regimes totalitários, e hoje, o ordenamento jurídico vai muito mais além, tendo como prioridade a dignidade da pessoa humana, que serve como uma medida na aplicação dos direitos fundamentais sociais, haja vista sua subjetividade.

A doutrinadora Ana Carolina Lopes Olsen versa sobre a concepção subjetiva dos direitos fundamentais sociais da seguinte maneira (2010, p. 109):

No Brasil, Ingo Wolfgang Sarlet se posiciona em defesa da existência de direitos sociais prestacionais subjetivos, ainda que esta conclusão não possa assumir uma dimensão radical de tudo ou nada. Reconhece a existência de elementos que podem mitigar a exigibilidade de direitos sociais em determinadas circunstâncias – como já analisara Alexy – de modo que o reconhecimento de direitos subjetivos não seria absoluto, mas sim dependente da ponderação entre a norma de direito fundamental social e outros bens jurídicos, outros direitos, e mesmo reservas econômicas do Estado.

Essa presunção de subjetividade implica dizer que, por exemplo, o Estado não pode negar uma aposentadoria digna e adequada na velhice, quando o indivíduo não possui mais condições de prover seu sustento. Entretanto, a concessão do referido benefício estaria vinculada à previsão orçamentária e financeira do Estado.

Somente após a consagração dos direitos fundamentais pelas primeiras Constituições é que a problemática da classificação em gerações ou dimensões assume relevo.

Os doutrinadores divergem quanto à natureza e terminologia dos direitos fundamentais em “gerações” e “dimensões”, sendo que essa classificação geracional não desvirtualiza o momento histórico no qual esses direitos passaram a ser reconhecidos, uma vez que as críticas feitas a esta divisão é a de que uma geração não substitui a outra, além do que os direitos fundamentais não obedecem a uma cronologia exata, por isso, alguns doutrinadores preferem o termo “dimensões” em substituição ao termo “gerações”.

Nas palavras de Ana Carolina Lopes Olsen (2010, p. 45): “Ressalte-se, todavia, que a discordância reside essencialmente na esfera terminológica, havendo, em princípio, consenso no que diz com o conteúdo das respectivas dimensões e gerações de direitos”.

A primeira geração e/ou dimensão são os direitos de defesa perante o Estado. Estes direitos representavam uma ideologia de afastamento do Estado perante relações individuais e sociais.

O Estado possuía apenas o papel de guardião das liberdades que eram consideradas liberdades públicas negativas ou direitos negativos, uma vez que estavam relacionadas a ideia de não intervenção do Estado (direitos à vida, liberdade de expressão, direito ao voto, etc).

A segunda geração e/ou dimensão já atribui ao Estado uma participação ativa na realização da justiça social, evoluindo das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas (direitos à saúde, a educação, ao trabalho, à assistência social, etc.).

Torna-se a preocupação com o ser humano, exigindo do Estado uma atividade prestacional a fim de superar as carências individuais e sociais, são os direitos positivos sociais.

A terceira geração e/ou dimensão que passa a ampliar os horizontes de proteção aos cidadãos, cuja titularidade passa a ser difusa e coletiva. A essência desses direitos é encontrada em sentimentos como a solidariedade e a fraternidade. Começa então a surgir um interesse maior pela proteção de grupos humanos em sua dignidade (direito à paz, ao meio ambiente equilibrado, ao desenvolvimento, etc).

Importante mencionar que existem doutrinadores que mencionam quarta, quinta e até sexta geração. Para o nosso estudo, vamos nos ater à categoria dos direitos sociais, que vincula a atuação do Estado de forma positiva, garantindo ao indivíduo o acesso aos direitos sociais por meio das políticas públicas, com a finalidade de obter a prestação de serviços necessária para uma vida digna.

Assim, para garantir a efetivação dos direitos sociais, o Estado age como artífice e agente de relevante importância para a concretização dos direitos fundamentais de segunda geração. (BONAVIDES, 2012).

Nesse sentido: “o termo ‘direitos sociais’ se justifica porque seu objetivo é a melhoria de vida de vastas categorias da população, mediante políticas públicas e medidas concretas de política social”. (DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 67).

Além de possuir esse cunho positivo, os direitos sociais podem ser denominados “liberdades sociais”, tais como o direito de greve, direito a férias, ao salário mínimo, a fixação da jornada de trabalho, etc. (SARLET, 2010, p. 48).

De forma ampla, os titulares dos direitos sociais são todos aqueles que necessitam das prestações estatais elencadas no art. 6.º, da Constituição Federal, a saber:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Já os direitos sociais descritos nos artigos 7.º a 9.º e 11, da CF restringem a sua titularidade, quando especifica a classe dos trabalhadores urbanos e rurais, dos seus dependentes, dos aposentados, da licença maternidade, dos empregados de grandes empresas, etc.

O reconhecimento desses direitos serviu para a proteção do indivíduo contra os abusos do Estado no âmbito da liberdade e autonomia individual, sendo que o direito à seguridade social passou a ser direito público subjetivo de aplicação imediata, podendo ser requerido perante o Poder Judiciário caso não tenha sua aplicabilidade efetivada.

Desde então, os direitos sociais são considerados direitos fundamentais, conforme esclarece Castro e Lazzari (2008, p. 48):

[...] uma das características do Estado Contemporâneo é a inclusão, no rol de direitos fundamentais, dos chamados Direitos Sociais, de proteção quanto às vicissitudes causadoras de uma perda, ou uma diminuição, da condição de subsistência, a partir da concepção de um Estado intervencionista, capaz de não só regular, mas também impor determinadas obrigações, com a finalidade de amparar as pessoas, tendo por objetivo garantir a todos uma vida com dignidade.

Assim, a preocupação com o ser humano exige do Estado uma atividade prestacional a fim de superar as carências individuais e sociais, são os direitos positivos, classificados doutrinariamente como sendo de segunda geração e/ou segunda dimensão.

Compartilham do mesmo entendimento sobre a classificação dos direitos sociais como sendo de segunda dimensão, os doutrinadores Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, e ainda André Ramos Tavares, sendo que este último apresenta a seguinte definição sobre o tema (2008, p.454; 456-457):

A existência de várias dimensões é perfeitamente compreensível, já que decorrem da própria natureza humana: as necessidades do Homem são infinitas, inesgotáveis, o que explica estarem em constante redefinição e recriação, o que, por sua vez, determina o surgimento de novas espécies de necessidades do ser humano. Daí falar em diversas dimensões de projeção da tutela do Homem, o que só vem corroborar a tese de que não há um rol eterno e imutável de direitos inerentes à qualidade de ser humano, mas sim, ao contrário, apenas um permanente e incessante repensar dos Direitos.

[...]

Os direitos de segunda dimensão são os direitos sociais, que visam a oferecer os meios materiais imprescindíveis à efetivação dos direitos individuais.

Também pertencem a essa categoria os denominados direitos econômicos, que pretendem propiciar os direitos sociais. Trata-se, com essa nova dimensão, não de se proteger contra o Estado, mas, sobretudo, de elaborar um rol de pretensões exigíveis do próprio Estado, que passa a ter de atuar para satisfazer tais direitos.

Como exemplo da citação acima, tem-se o direito à previdência social, que permite ao indivíduo desfrutar das garantias inerentes à condição de aposentado, onde, o que se pretende discutir nessa pesquisa, é justamente se a cobrança de contribuição previdenciária dessa classe pode colidir ou não com outros direitos fundamentais.

### **1.3 O Surgimento da Proteção Social**

Na Antiguidade o homem preocupava-se com as incertezas do futuro, como a possibilidade de faltar bens materiais que garantissem sua subsistência e a de seus descendentes, de modo que o assistencialismo foi o primeiro sistema de proteção social.

Esse cuidado com as pessoas carentes vem mencionado desde o Código de Hamurábi, bem como no Código de Manu e ainda na Lei das Doze Tábuas, sendo que na era contemporânea pelas *Poor Laws*. (TSUTIYA, 2010).

Em 1601, na Inglaterra, no reinado da rainha Isabel I, editou-se o *Poor Law Act*, que previa o pagamento de pequenos valores a desempregados doentes e de idade avançada, por meio de contribuições compulsórias denominadas *poor tax*. (CORREIA, M.; CORREIA, E., 2002).

O mutualismo foi o segundo tipo de sistema de proteção social. Era composto por um grupo de pessoas que contribuía financeiramente para um fundo, cujo objetivo era a proteção recíproca em momentos de dificuldade.

Exemplo desse modelo era a Caixa Econômica, sendo que a primeira surgiu na Alemanha em 1778, cujos depósitos eram feitos individualmente permitindo-se a retirada de quantias mensais. Destaca-se nessa mesma época o seguro privado a prêmio, cujo embasamento jurídico veio da França e a estrutura matemática da Inglaterra. (CORREIA, M.; CORREIA, E., 2002).

A influência dos movimentos dos trabalhadores, especialmente através da Revolução Industrial, foi crucial para o surgimento da proteção social ao trabalhador, uma vez que na época a característica marcante era a exploração do proletariado, submetendo-o a condições análogas às dos escravos.

Nas palavras de Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari (2008, p. 34): “Vale dizer, os direitos dos trabalhadores era aqueles assegurados pelos seus contratos, sem que houvesse qualquer intervenção estatal no sentido de estabelecer garantias mínimas”.

Diante da insatisfação popular, houve a necessidade de intervenção do Estado no que diz respeito às relações de trabalho e segurança do indivíduo quanto a infortúnios, surgindo, assim, a formação do conceito de bem estar social.

Desse modo, visando à manutenção da estabilidade do Estado, a instituição da Previdência Social teve início com o plano de Otto Von Bismarck, que entre os anos de 1883 a 1889, deflagrou normas assegurando aos trabalhadores o seguro-doença e a aposentadoria.

A transcrição abaixo explica mais detalhadamente em que consistia essa primeira política previdenciária. (CASTRO; LAZZARI, 2008, p. 41):

Até então, é importante frisar, os planos previdenciários (de seguro social), em regra, obedeciam a um sistema chamado bismarckiano, ou de capitalização, ou seja, somente contribuía os empregadores e os próprios trabalhadores empregados, numa poupança compulsória, abrangendo a proteção apenas destes assalariados contribuintes. Ou seja, embora o seguro social fosse imposto pelo Estado, ainda faltava a noção de solidariedade social, pois não havia a participação da totalidade dos indivíduos, seja como contribuintes, seja como potenciais beneficiários.

O modelo bismarckiano foi o marco inicial da Previdência Social, sendo recepcionado por legislações de diversos países, inclusive o Brasil.

Esse sistema espalhou-se mais precisamente da seguinte maneira:

Na França se criou, em 1898, norma de assistência à velhice e a acidentes do trabalho. Na Inglaterra, a proteção foi ampliada. Em 1907 se criou um seguro obrigatório contra acidentes de trabalho. Passou a vigor o princípio da responsabilidade objetiva do empregador, no qual este era responsabilizado pelo infortúnio, independentemente de ter concorrido com culpa para o acidente, ficando obrigado ao pagamento da indenização ao obreiro. Em 1908, conceberam-se pensões aos maiores de 70 anos, independentemente de contribuição. Em 1911 foi instituído o *National Insurance Act*, iniciando-se na Inglaterra o sistema tríplice de custeio: empregador, empregado e Estado. (TSUTIYA, 2010, p. 06).

A evolução da Previdência passou também pela Primeira Guerra Mundial (1914-1918), cujas consequências econômicas e sociais alavancaram a preocupação com a questão do trabalho.

A primeira Constituição que tratou sobre a Previdência Social foi a mexicana, em 1917, onde o Estado assumiu o papel de criar planos de cobertura aos trabalhadores perante situações de infortúnio.

Como parte integrante dessa evolução, a celebração do Tratado de Versalhes, em 1919, chamou a atenção para os problemas sociais, com ênfase à proteção do trabalho, cujo objetivo foi criar imediatamente a Organização Internacional do Trabalho (OIT) que, até os dias de hoje fixa princípios programáticos ou regras imperativas sobre Direito do Trabalho e Previdência Social.

Foi através da OIT que a ideia do seguro contra o desemprego e da assistência social ganharam força. Segundo informa Wagner Balera (2010, apud, ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Genebra, 1985, p. 157):

La Conferencia General recomienda que cada Miembro de La Organización Internacional del Trabajo organice un sistema eficaz de seguros contra el desempleo, ya sea mediante una institución gubernativa, o bien mediante la concesión de subvenciones gubernamentales a las asociaciones cuyos estatutos dispongan el pago de indemnizaciones del desempleo em favor de sus socios.<sup>1</sup>

Mais do que apenas garantir alguns tipos de seguro obrigatório, a proteção social teve que evoluir para acompanhar as mudanças ocorridas no mundo, o que chamou atenção para a questão do bem estar social.

Nessa época, o capitalismo sofreu uma das maiores crises econômicas em razão da quebra da Bolsa de Nova York em 1929, o que levou o presidente Roosevelt a criar o modelo de Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*), cujo princípio era assegurar ao cidadão um nível de vida suficientemente digno.

Segundo os doutrinadores Marcus Orione Gonçalves Correia e Érica Paula Barcha Correia (2002, p. 29):

Nesse modelo, o Estado intervém de forma contundente, sobrepondo-se à iniciativa privada, a fim de promover o bem-estar de toda a coletividade. Confunde-se com a figura do Estado-fiscalista, guardião da sociedade. No entanto, mesmo dando ênfase aos programas sociais, esse Estado não abandona o modelo de produção capitalista, centrado na propriedade privada. O que se busca no caso é um meio-termo entre os anseios da classe trabalhadora e a preservação do capitalismo.

Outrossim, para sobreviver, o Estado do bem-estar social é essencialmente fiscal. Aliás, é por meio da tributação que haverá possibilidade da promoção das melhorias sociais.

---

<sup>1</sup> A Conferência Geral recomenda que cada membro da Organização Internacional do Trabalho organize um sistema eficaz de seguro-desemprego, quer seja por meio de uma instituição governamental ou através da concessão de subsídios governamentais para as associações cujos estatutos preveem o pagamento de indenizações de desemprego a favor de seus parceiros. (Tradução livre da autora).

Foi ainda com a política do *New Deal* do presidente americano Roosevelt, que o Estado criou em 1935 o “*Social Security Act*”, no qual todo cidadão americano ao nascer tinha sua inscrição obrigatória na Seguridade Social mesmo sem contribuição, de modo que todos os cidadãos eram protegidos contra os riscos sociais. (TSUTIYA, 2010).

A questão da Seguridade Social teve mais ênfase com o Relatório Beveridge, em 1942, na Inglaterra, que estava em guerra contra os nazistas. A ideia foi criar um sistema de proteção do berço ao túmulo, para que o trabalhador e sua família sobrevivessem nos períodos de desemprego, doença ou morte. (TSUTIYA, 2010).

O Plano Beveridge tinha como princípios:

Foram eleitos cinco ‘gigantes da estrada da reconstrução’, a saber: necessidade, doença, ignorância, carência (desamparo) e desemprego. O Plano foi concebido para atacar as necessidades e prover seguridade diante destas, sem se esquecer, no entanto, que deveria apenas fazer parte de uma política mais global de progresso social.

O Plano seria construído a partir da cooperação entre o Estado e o indivíduo. O Estado proveria a seguridade social, mediante a contribuição dos indivíduos, que acobertaria a eles e a sua família. Para acabar com as necessidades da população, era preciso findar com a visão vitoriana de caridade, passando a existir uma atuação mais efetiva e consistente do Estado. Para isso, seis princípios foram implantados: benefícios adequados; benefícios cujos valores fossem divididos de forma justa; contribuições em quotas justas; unificação da responsabilidade administrativa; acobertamento das necessidades básicas da população; classificação das necessidades. Básicos. (CORREIA, M.; CORREIA, E., 2002, p. 08).

Diferentemente do modelo bismarckiano, onde empregadores e empregados contribuía para um fundo compulsório, onde somente os assalariados contribuintes eram protegidos; no modelo beveridgeano propôs um sistema universal, para atender a todos os indivíduos que fossem atingidos por algum evento previsto na legislação, de modo que a contribuição era feita pela sociedade para a criação de um fundo previdenciário comum.

Pode-se afirmar que esses dois modelos de previdência foram incorporados por diversos países. Nas palavras de Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari (2008, p. 43):

Existem, pois, dois modelos fundamentais de proteção social, que coexistem no Estado Contemporâneo após a Segunda Guerra Mundial, ambos, todavia, baseados no ideal de solidariedade e na intervenção do Estado no domínio econômico, diferenciando-se quanto à parcela da população destinatária e os limites da participação do Estado no sistema de proteção: ‘Um sistema previdenciário cuja característica mais relevante seja a de funcionar como um seguro social pode ser designado como Bismarckiano. Um sistema que enfatize funções redistributivas, objetivando também a redução da pobreza pode ser qualificado por Beveridgeano’.

[...] Com isso, concluímos que dessa época em diante se materializa a universalização dos direitos sociais, crescendo-se aí o seu reconhecimento como categoria integrante do rol de direitos fundamentais, o que fica patente em nível mundial a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), mais especificamente em seu art. 25.

Assim, o Estado passa a ser ao mesmo interventor e promotor dos direitos previdenciários, uma vez que interfere na autonomia individual e cria normas jurídicas que regulam a seguridade social – com a prestação de benefícios, exercendo ainda a sua função de promover a diminuição das desigualdades sociais.

#### **1.4 A Seguridade Social no Brasil**

As razões que motivaram o surgimento da Seguridade Social no Brasil não foram diferentes dos demais países pioneiros, uma vez que a sociedade carecia de uma proteção mais ampla e segura, especialmente em virtude da incessante procura pelo bem-estar do cidadão, onde o Estado passou de mero interventor para assumir sua responsabilidade em criar um sistema securitário abrangente o bastante a fim de garantir um padrão de vida digna ao trabalhador, que teve sua capacidade laborativa diminuída, em caso de invalidez ou velhice.

Antes mesmo de serem inseridas nas Constituições brasileiras, as primeiras regras de proteção surgiram no período colonial, com a criação das Santas Casas de Misericórdia em 1543. Já em 1785 criou-se o Plano de Beneficência dos Órfãos e Viúvas dos Oficiais da Marinha. Em 1821 promulgou-se um Decreto concedendo aposentadoria aos mestres e professores após 30 anos de serviço, com um abono de  $\frac{1}{4}$  dos ganhos para quem continuasse em atividade. (CASTRO; LAZZARI, 2008).

No âmbito constitucional propriamente dito, importante frisar cronologicamente os enunciados normativos que tratavam sobre o que viria a ser a Seguridade Social brasileira, o que se passa a expor no parágrafo seguinte.

A Constituição de 1824 dispunha em seu art. 179 a criação dos socorros públicos. Na Constituição de 1891 o termo “aposentadoria” surgiu pela primeira vez no art. 75, destinando-se apenas aos funcionários públicos em caso de invalidez a serviço da Nação. A Constituição de 1934 em seu art. 121, § 1.º, *h*, implantou a forma tríplice de custeio (ente público, empregado e empregador) usando a expressão “previdência”. A Constituição de 1937 estagnou, sendo disciplinada em duas alíneas do art. 137. Na Constituição de 1946 consagrou-



se a nomenclatura “previdência social”, por meio do art. 157, XVI, garantindo-se proteção à maternidade, doença, velhice, invalidez e morte. A Constituição de 1967 não apresentou alterações substanciais. (MARTTINS, 2004).

A Seguridade Social, como sistema de proteção social, teve sua evolução marcadamente ao longo do século XX, tendo como contexto e motor as grandes transformações sociais, políticas, econômicas e institucionais por que passou o país nesse período.

No Brasil, a primeira classe de trabalhadores a conseguir proteção social foram os servidores públicos, conforme explica Gleison Pereira de Souza (2005, p. 57):

Historicamente, os servidores públicos foram a primeira categoria de trabalhadores no Brasil a possuir algum tipo de proteção previdenciária contra os riscos da perda da capacidade de trabalho. Isso se explica devido ao fato de que foram eles os primeiros entre a classe trabalhadora a ter a capacidade de se organizar como um grupo de pressão perante o Estado, pois, no momento em que boa parte do mundo desenvolvido despertava, no século XIX, para a necessidade de dar alguma forma de proteção social ao proletariado, para assegurar a própria proteção ao processo de reprodução do capital, o Brasil era um país ainda eminentemente rural, dando os primeiros passos rumo à urbanização.

Com a edição do Decreto nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923, conhecido como “Lei Eloy Chaves”, a Previdência Social despontou como política pública de caráter permanente e geral, consubstanciada em um sistema de filiação obrigatória, voltado ao resguardo de situações de risco social decorrentes de enfermidade, velhice, incapacidade temporária ou morte dos seus beneficiários, no caso, os ferroviários.

A obra de Miguel Horvath Júnior (2010, p. 29-30) cita um trecho do discurso proferido por Eloy Chaves quando apresentou o respectivo projeto de lei:

[...] O homem não vive só para si e para a hora fugaz, que é o momento de sua passagem pelo mundo. Ele projeta sua personalidade para o futuro, sobrevive a si próprio em seus filhos. Seus esforços, trabalho e aspirações devem visar, no fim da áspera caminhada, o repouso, a tranquilidade. Os espinhos, as angústias, só são suportadas com a esperança do prêmio final, seja este embora incerto e quase inatingido. [...] O projeto vem satisfazer essas necessidades imperiosas da alma humana, criando as pensões para as famílias dos empregados de estrada de ferro e as aposentadorias para estes.

Foi com base nessa política que foram criadas as Caixas de Aposentadoria e Pensões das empresas de estrada de ferro, onde a contribuição dos trabalhadores era obrigatória, bem

como a dos empregadores, sendo que o Estado era o responsável pela regulamentação e fiscalização do sistema. (CASTRO; LAZZARI, 2008).

Posteriormente, os benefícios da Lei Eloy Chaves estenderam-se a outras categorias profissionais, tais como: portuários, marítimos, telégrafos, bancários, etc.

Outro marco importante ocorreu no governo de Getúlio Vargas, com a criação do Decreto n.º 22.872, de 29 de junho de 1933, que implantou o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos (IAPM), seguido pelo Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciários (IAPC). (TSUTIYA, 2010).

Como havia diversas leis esparsas para cada categoria profissional, surgiu a necessidade de uma unificação desses institutos, visando simplificar a aplicação da legislação pertinente.

Criou-se, por meio da Lei 3.807 de 26 de agosto de 1960, a Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), gerenciada pelo Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), instituído pelo Decreto n.º 72, de 21 de novembro de 1966. Em razão de a população brasileira ter incorporado ao sistema, sua reestruturação foi necessária por meio do Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (SINPAS), através da Lei 6.439, de 1.º de julho de 1977.

Finalmente, na Constituição de 1988 estabeleceu-se um novo sistema de Seguridade Social, composto por três áreas: saúde, assistência social e previdência social, direitos elencados nos artigos 194 e 204 da Carta Constitucional.

Nesse sistema as contribuições fomentam as três áreas, cujo gerenciamento fica a cargo do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), criado através do Decreto n.º 99.350 de 12 de abril de 1990, proveniente da Lei n.º 8.029 de 12 de abril de 1990 que extinguiu o Ministério da Previdência e Assistência Social e restabeleceu o Ministério do Trabalho e da Previdência Social.

O art. 6º da Constituição Federal arrola quais são os direitos sociais, a saber: a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, à infância e a assistência aos desamparados.

Pode-se dizer que a Seguridade Social é um conjunto integrado de ações de iniciativa do Poder Público com a participação da sociedade, atuando na área de saúde, assistência social e previdência social.

Nas palavras de Augusto Massayuki Tsutiya (2010, p. 193-194):

As políticas sociais relativas à Seguridade Social brasileira (Saúde, Previdência Social e Assistência Social) estão assentadas nestas duas

diretrizes: prevenção de riscos e instituição de benefícios para garantir que o cidadão, atingido pelas contingências sociais, possa continuar vivendo com dignidade.

[...] No entanto, a despeito das ações preventivas, não há como afastar a ocorrência de sinistros. Estes produzem danos que impedem o cidadão a continuar a viver com dignidade, haja vista que, muitas vezes, inviabilizam o exercício de atividade laboral. Surge, então, a necessidade de reparar o dano, o que é realizado por meios das normas reparadoras, que objetivam remediar os efeitos maléficos da contingência social danosa, mediante mecanismos que protejam o trabalhador nos períodos de inatividade.

Assim, a evolução passou primeiramente pela simples caridade, após pelo mutualismo de caráter privado e facultativo, depois pelo seguro social e, atualmente, implementou-se o sistema de seguridade social, consagrado na Constituição de 1988, que tem como objetivo evitar eventos danosos, e caso esses ocorram, remediar os efeitos decorrentes.

Atualmente, no plano infraconstitucional, a Seguridade Social é regida pelas Leis n.º 8.212/91, que dispõe sobre a sua organização e Plano de Custeio; e a n.º 8.213/91, que instituiu o Plano de Benefícios da Previdência Social, regulamentada pelos Decretos n.º 3.265/99 e n.º 3.668/2000.

## **1.5 Aspectos Preliminares da Previdência Social**

Seguindo a linha constitucional, a Seguridade Social engloba as áreas da Previdência Social; Assistência Social e Saúde. Essas duas últimas, respectivamente, referem-se aos benefícios prestados (independente de contribuição) às pessoas necessitadas, deficientes e idosos, bem como, ao fornecimento de atendimento médico-hospitalar, tratamento e medicação.

A distinção feita por Wladimir Novaes Martinez (2003, p. 391) entre previdência e assistência é pertinente para delimitar a atuação de cada regime:

Sob a ótica da divisão de domínios, é a participação do trabalhador (previdência, sob esse ângulo, a instituição na qual o direito deflui da filiação e da contribuição obrigatórios, e assistência, uma organização onde inexistente direito do titular, mas potestade do Estado, por ausência de contribuição), não é fácil estabelecer onde termina a primeira e começa a segunda.

A seguinte definição mostra-se pertinente para esclarecer o tema em questão:

Previdência Social é o sistema pelo qual, mediante contribuição, as pessoas vinculadas a algum tipo de atividade laborativa e seus dependentes ficam

resguardadas quanto a eventos de infortúnica (morte, invalidez, idade avançada, doença, acidente de trabalho, desemprego involuntário), ou outros que a lei considera que exijam um amparo financeiro ao indivíduo (maternidade, prole, reclusão), mediante prestações pecuniárias (benefícios previdenciários) ou serviços. (CASTRO; LAZZARI, 2008, p. 77).

Nesse mesmo sentido, citamos um trecho da obra de Tárzis Nametala Sarlo Jorge (2005, p. 22):

No que toca à Previdência Social, um dos tripés da Seguridade Social, trata-se de um seguro social compulsório, do qual participam obrigatoriamente, o Estado, os tomadores de serviço e os prestadores de serviço. Isto porque, como se sabe, toda a Seguridade Social é calcada no princípio da dignidade da pessoa humana, que embasa a própria República, na forma do art. 1.º da Carta Basilar de 1988. E é através do trabalho que o homem se realiza e realiza a própria sociedade. Concernentemente à Previdência Social, é por meio da realização do trabalho – ou pela impossibilidade de prestá-lo – que fará jus à participação no sistema, de modo a para o mesmo contribuir e do mesmo obter a proteção social necessária.

Para o nosso estudo, restringimo-nos ao sistema da Previdência Social, que cuida das regras e princípios que regem o custeio e benefícios, destinados àquelas pessoas vinculadas a algum tipo de atividade laborativa mediante contribuição, para o atendimento de uma necessidade futura.

Conforme observado nas citações anteriores, os fundamentos da Previdência Social possuem caráter sociológico e político, uma vez que o intervencionismo estatal justifica-se pela preservação da dignidade humana no âmbito das relações de trabalho, o que permite afirmar, mais uma vez, que os direitos sociais são considerados direitos fundamentais, pois visam diminuir a desigualdades econômica e social em prol do bem estar.

Ainda sobre os fundamentos da previdência, importante destacar que:

Se a principal finalidade da Previdência Social é a proteção à dignidade da pessoa, não é menos verdadeiro que a solidariedade social é verdadeiro princípio fundamental do Direito Previdenciário, caracterizando-se pela cotização coletiva em prol daqueles que, num futuro incerto, ou mesmo no presente, necessitem de prestações retiradas desse fundo comum. (CASTRO; LAZZARI, 2008, p. 49).

Assim, com base no princípio da solidariedade social (abordado mais detalhadamente no próximo capítulo), é que os benefícios ou serviços da previdência são garantidos ao trabalhador.

É através da contribuição para um fundo mútuo que surge a noção de solidariedade, pois se cada indivíduo contribuísse para um sistema individualizado de cotas revertidas para si próprio, o referido princípio não teria razão de ser.

No dizer de Wladimir Novaes Martinez (2003, p. 101) a solidariedade é: a cotização de certas pessoas com capacidade de vertê-la a bem dos econômica ou financeiramente incapazes de fazê-lo. Quando da realização da receita, toda a sociedade contribui; no instante da percepção da prestação, o cidadão dela usufrui.

A Previdência Social possui caráter compulsório de filiação, de modo que o trabalhador que exerce atividade laborativa remunerada adquire automaticamente a qualidade de segurado, conforme estabelece o art. 11, da Lei n.º 8.213/91 em seus vários incisos e parágrafos, que classifica os segurados em diversos grupos, a saber: empregado, trabalhador avulso, segurado especial, empregada doméstica, etc; e ainda nos casos específicos que a lei determina, há a possibilidade da filiação de segurados facultativos, tais como o estudante e a dona de casa.

Portanto, a filiação é o ato pelo qual o indivíduo passa a ser considerado segurado da previdência, de modo que esta decorre automaticamente do exercício de atividade remunerada e devidamente anotada em Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), no caso dos segurados obrigatórios; sendo que para o segurado facultativo, a inscrição formaliza-se com o pagamento da primeira contribuição.

Da mesma forma, os dependentes do segurado são beneficiários do sistema de previdência, nos termos do art. 16, da Lei n.º 8.213/91, que elenca o rol em classes distintas, por exemplo: o cônjuge, a companheira, o filho menor de 21 anos estão em primeiro plano (preferenciais); sendo que os pais estão em segundo; e por fim, o irmão menor de 21 anos ou inválido em terceiro.

Segundo Wladimir Novaes Martinez (2003, p. 98), a relação previdenciária apresenta os seguintes aspectos importantes:

- a) ente criador – o Estado; b) objetivo – a cobertura de necessidades vitais;
- c) clientela – os exercentes de atividades remuneradas e seus dependentes; d) contingência – os eventos previsíveis; e) método – o seguro obrigatório; e f) gestão – o governo e os beneficiários.

Da citação acima conclui-se que o Estado cria e promove a gestão dos benefícios, por meio da contribuição obrigatória, para que haja a cobertura dos riscos aos segurados e seus dependentes.

Os eventos a serem cobertos pela Previdência Social estão previstos nos incisos I a V, do art. 201, da Constituição Federal, sendo que as espécies de benefícios e os requisitos para a concessão dos mesmos estão previstos no capítulo II, entre os artigos 18 e 86, da Lei 8.213/91.

Sobre as prestações, importante destacar a seguinte definição:

Prestações são benefícios ou serviços, valores em dinheiro ou atenções pessoais, de atendimento imediato ou continuado, postos à disposição dos beneficiários, atendidos os requisitos legais exigíveis do órgão gestor, segundo a descrição do titular, por via administrativa ou judicial. (MARTINEZ, 2003, p. 619).

Como existem diversos tipos de benefícios e serviços, alguns de ordem previdenciários e outros de caráter assistencialista, importante para a concessão de qualquer um deles (de um modo geral) é a observância dos requisitos fundamentais, quais sejam: a) qualidade de segurado; b) carência; e c) evento determinante. (MARTINEZ, 2003).

Na definição de Társis Nametala Sarlo Jorge (2005, p. 75-76):

Veja-se, portanto, que a qualidade de segurado, na verdade, significa a qualidade de parte na relação jurídica de benefício, em que o segurado é o sujeito ativo, o INSS (RGPS) ou Poder Público (RPPS), o sujeito passivo, o objeto é o serviço ou benefício a ser prestado pela entidade pública. Por outro lado, além de estar inserido nesta qualidade jurídica – segurado – o beneficiário ainda deverá cumprir outro requisito para obtenção dos benefícios: a carência. A carência é, em termos simples, o número mínimo de contribuições necessárias para colimação de um benefício. Este número mínimo – carência – variará conforme o tipo de benefício pretendido.

Portanto, dependendo do regime em que o segurado está inserido, ele deverá contribuir à previdência por um período mínimo, denominado carência, objetivando receber algum benefício ou serviço em razão de um evento previamente determinado em lei.

Também necessário esclarecer que são três os regimes previdenciários: RGPS – Regime Geral de Previdência Social; RPPS – Regimes Próprios de Previdência Social; e RPPr – Regime de Previdência Privada. (HORVATH JÚNIOR, 2010).

A Ministra do Supremo Tribunal Federal Ellen Gracie, ao proferir seu voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIN n.º 3.105-8, proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), cujo conteúdo será discutido mais adiante, fez um breve resumo do histórico da evolução do sistema de aposentadorias no setor público, vejamos:

A evolução do sistema de aposentadorias no setor público parte de sua caracterização inicial como garantia ou mesmo prêmio, assegurado ao servidor, em razão da natureza de seu vínculo com a atividade estatal. A partir do Estatuto do Servidor Público de 1952, assume o caráter de *pro labore facto*, ou seja, desdobramento de um pacto laboral onde a aposentadoria correspondia a uma extensão da remuneração da atividade. Antes disso, são três os marcos relevantes do sistema previdenciário do servidor público federal: (1) a Constituição de 1934, que deferiu a concessão de benefício integral a quem se tornasse inválido e contasse 30 anos de serviço ou, compulsoriamente aos 68 anos de idade; (2) a criação do IPASE, em 1938, que reconheceu os funcionários públicos como categoria sócio-profissional com direito a tratamento à parte no sistema previdenciário e (3) o estatuto de 1939, que previa a hipótese de aposentadoria por tempo de serviço.

É importante verificar que, com a criação do Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado – IPASE, pelo Decreto-lei nº 288, de 23 de fevereiro de 1938, tornaram-se contribuintes obrigatórios os funcionários civis efetivos, interinos, ou em comissão (art. 3º, a), aos quais se assegurou proventos de aposentadoria (art. 5º). A contribuição corresponsável, escalonada por faixas salariais, variava entre 4 e 7% (art. 22, a, b, c e d), e incidia sobre os vencimentos (art. 22, parágrafo único).

Como o nosso trabalho visa o estudo sobre a classe dos aposentados e pensionistas do RPPS, importante destacar que ambos necessitam, obviamente, de preencher os requisitos anteriormente definidos, porém acrescidos de parâmetros legais específicos estabelecidos no âmbito do ente federativo.

Assim, por ser o Direito Previdenciário um direito social garantido pela Constituição, e conseqüentemente inserido no âmbito dos direitos fundamentais, exigir sua prevalência e efetividade significa fazer valer a premissa do bem estar social.

## **1.6 Breve distinção dos regimes previdenciários existentes no Brasil**

O regime previdenciário é um conjunto de normas e princípios que informam e regem a disciplina previdenciária de determinado grupo de pessoas.

Nesse sentido, importante fazer um breve esclarecimento a respeito da diferença entre os regimes previdenciários, para posteriormente destacar também a diferente aplicação dos princípios informadores da seguridade e previdência social para cada tipo de segurado.

Quando se fala em RGPS – Regime Geral de Previdência Social, a base para o seu fundamento está no pacto social e político entre todas as gerações de uma determinada sociedade, ou seja, pode-se dizer que tal regime é o grande sistema de solidariedade social da coletividade. A regra geral é que estão vinculados a esse regime todos os trabalhadores que

exercçam atividade remunerada e que, simultaneamente, não estejam filiados a regime próprio de previdência.

O RGPS está regulamentado no art. 201 da Constituição Federal e através da Lei n° 8.213, de 24 de julho de 1991, cujo art. 1° destaca serem as prestações destinadas a assegurar aos beneficiários meios indispensáveis de manutenção, em caso de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de contribuição, encargos familiares, prisão ou morte daqueles de que dependiam economicamente.

O RPPS – Regime Próprio de Previdência Social dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios dos servidores públicos de todos os entes da federação: União, Estados, Distrito Federal e Municípios e dos militares dos Estados e do Distrito Federal.

Este regime ligado ao setor público pode ser subdividido em servidor civil e militar. O regime previdenciário do servidor público civil possui amparo constitucional no art. 40 da Carta Magna, bem como na Lei n°. 9.717/1998; já o militar tem seu regime previdenciário disciplinado no art. 142, § 3°, X da Constituição Federal.

O Regime Próprio tem como finalidade garantir o pagamento dos benefícios previdenciários aos seus segurados e dependentes. Para que isso ocorra, o seu custeio previdenciário é financiado pelas seguintes fontes de recursos: contribuições patronais; contribuições dos servidores ativos, inativos e de pensionistas.

Através do método da exclusão, a distinção entre o Regime Geral e o Regime Próprio é feita pelo art. 12 da Lei n.º 8.213/91: “O servidor civil ocupante de cargo efetivo ou o militar da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, bem como o das respectivas autarquias e fundações, são excluídos do Regime Geral de Previdência Social consubstanciado nesta Lei, desde que amparados por regime próprio de previdência social”.



## 2 PRINCÍPIOS DA SEGURIDADE SOCIAL E PREVIDENCIÁRIOS

O direito é orientado pelos princípios, que servem como pautas de valores com o objetivo de nortear o legislador e o aplicador do direito. Sob uma perspectiva ampla, princípio “[...] é uma ideia, mais generalizada, que inspira outras ideias, a fim de tratar especificamente de cada instituto”. (CASTRO; LAZZARI, 2008, p. 97).

Miguel Horvath Júnior, em seu livro de Direito Previdenciário, conceitua os princípios e expõe a importância destes no texto constitucional:

Princípios são fundamentos, proposições básicas, típicas, que condicionam todas as estruturas subsequentes. São alicerces da ciência, enquanto ideias jurídicas materiais são manifestações especiais da ideia de Direito. Quando transcritos para a Carta Constitucional, transmudam-se em normas constitucionais com eficácia, ainda que no grau mínimo, em normas constitucionais programáticas. (HORVATH JÚNIOR, 2010, p.79).

A influência dos princípios no âmbito legislativo brasileiro foi se consolidando com o passar dos anos e com o “amadurecimento jurídico” da Constituição Cidadã de 1988, afinal, os fundamentos emanados da Magna Carta refletem em todo o ordenamento jurídico do país. Assim, “[...] os princípios, uma vez constitucionalizados, se fazem a chave de todo o sistema normativo”. (BONAVIDES, 2012, p. 267).

O ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso (2011, p. 226-227), ensina que:

Os princípios - notadamente os princípios constitucionais - são a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico. Em sua trajetória ascendente, os princípios deixaram de ser fonte secundária e subsidiária do Direito para serem alçados ao centro do sistema jurídico. De lá, irradiam-se por todo o ordenamento, influenciando a interpretação e aplicação das normas jurídicas em geral e permitindo a leitura moral do Direito.

Diferentemente das regras jurídicas, que são “mandados ou comandos definitivos”, os princípios são aplicados de forma ponderada, levando-se em conta os demais existentes em um mesmo ordenamento, sendo classificados de “mandados de otimização”. (BARROSO, 2011, p. 231).

Sobre a ponderação e aplicação de princípios, cita-se:

[...] em uma ordem jurídica pluralista, a Constituição abriga princípios que apontam em direções diversas, gerando tensões e eventuais colisões entre eles. [...] Como todos esses princípios têm o mesmo valor jurídico, o mesmo *status* hierárquico, a prevalência de um sobre o outro não pode ser

determinada em abstrato; somente à luz dos elementos do caso concreto será possível atribuir maior importância a um do que a outro. Ao contrário das regras, portanto, princípios não são aplicados na modalidade tudo ou nada, mas de acordo com a *dimensão de peso* que assumem na situação específica. Caberá ao intérprete proceder à *ponderação* dos princípios e fatos relevantes, e não a uma subsunção do fato a uma regra determinada. Por isso se diz que princípios são *mandados de otimização*: devem ser realizados na maior intensidade possível, à vista dos demais elementos jurídicos e fáticos presentes na hipótese. Daí decorre que os direitos neles fundados são direitos *prima facie* - isto é, poderão ser exercidos em princípio e na medida do possível. (BARROSO, 2011, p.231, grifos do autor).

Acrescenta-se a esta discussão, a argumentação de Lafayette Pozzoli (2006, p. 29) em sua obra sobre a aplicação e interpretação das leis e dos princípios:

Está certo que o ponto de partida de qualquer discussão jurídica é a lei, pois dentre as fontes do Direito ela figura em primeiro plano. Entretanto, esta é uma condição do jogo que permite ao intérprete ir além da própria regra para adequá-la ao sistema jurídico, sendo este pautado pelas regras de calibração ou do princípio jurídico, como querem alguns. Tais regras só podem veicular os valores básicos da cultura humana, que é o viver coletivo, que pressupõe o debate, a igualdade, as ações conjuntas das pessoas e as práticas públicas.

Apesar de a Constituição Federal tratar os incisos do parágrafo único, de seu art. 194, como “objetivos”, a doutrina previdenciária os trata como princípios constitucionais da Seguridade Social.

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

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

- I - universalidade da cobertura e do atendimento;
- II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
- III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
- IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;
- V - equidade na forma de participação no custeio;
- VI - diversidade da base de financiamento;
- VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Do mesmo modo, o *caput* do art. 201, bem como seus parágrafos 2.º, 3.º e 4.º, são classificados doutrinariamente como princípios da Previdência Social. Ressalta-se que há também o princípio da solidariedade, todavia este se encontra implícito nas normas constitucionais que se referem à Seguridade Social.

Assim, passa-se a discorrer individualmente sobre cada um desses princípios, uma vez que são preceitos orientadores e informadores das normas infraconstitucionais previdenciárias.

## **2.1 Princípios da Seguridade Social**

### **2.1.1 Solidariedade**

A solidariedade teve sua origem remota no século XIX, por meio da doutrina social da Igreja, que buscava pregar a caridade e não as leis humanas, pois a caridade reflete o amor divino. Por caridade entende-se o comprometimento desinteressado de ajuda dos homens uns com os outros, visando o bem estar social.

A solidariedade social, vista sob a ótica da justiça, corresponde ao sentimento de sociabilidade inerente a todo ser humano, que decorre da preocupação para a manutenção de uma vida digna de cada indivíduo e a diminuição das mazelas sociais.

Sergio Pinto Martins (2004, p.77) preleciona que o princípio da solidariedade é um postulado fundamental da Seguridade Social, a saber:

Ocorre solidariedade na Seguridade Social quando várias pessoas economizam em conjunto para assegurar benefícios quando as pessoas do grupo necessitarem. As contingências são distribuídas igualmente a todas as pessoas do grupo. Quando uma pessoa é atingida pela contingência, todas as outras continuam contribuindo para a cobertura do benefício do necessitado.

O princípio da solidariedade social, além de estar inserido no preâmbulo e positivado no texto constitucional, nos artigos 1.º, inciso III, 3.º, incisos I, III e IV, 4.º, inciso IV, 170, 193, 194, parágrafo único, incisos I ao IV, e 195; também se encontra implícito no ordenamento jurídico, especialmente no âmbito do Direito Previdenciário.

Esse princípio expressa a ideia de partilha e co-responsabilidade que permeia todos os membros da sociedade, onde reflete a consciência de ajuda e sustento recíproco nas dificuldades e necessidades, seja por meio de cooperação espontânea ou cooperação forçada resultante da coerção estatal, visando uma melhor redistribuição de renda entre os membros da sociedade.

Consiste no fato de que toda a sociedade, indistintamente, deve contribuir para a Seguridade Social, independentemente de se beneficiar dos serviços disponibilizados. Da

mesma forma, independe da classe social, pois ao se consumir produtos e serviços, todos estarão contribuindo para o orçamento. Contudo, os benefícios são distribuídos de acordo com a necessidade pessoal, bem como a previsão legal.

Assim, os jovens contribuem para auxiliar os idosos, os sadios contribuem para auxiliar os enfermos, os trabalhadores empregados contribuem para ajudar os que estão desempregados, os vivos contribuem para ajudar os dependentes do falecido, e aqueles que recebem mais renda contribuem para auxiliar os que nada recebem.

Desta forma, seria correto afirmar que:

A solidariedade social é verdadeiro princípio fundamental do Direito Previdenciário, caracterizando-se pela cotização coletiva em prol daqueles que, num futuro incerto, ou mesmo no presente, necessitem de prestações retiradas desse fundo comum. (CASTRO; LAZZARI, 2008, p.49).

Cabe destacar a seguinte definição do princípio em comento, proferida por Lafayette Pozzoli (2006, p. 33):

Um outro princípio de ordem geral e que se aplica perfeitamente ao universo do Direito Previdenciário é o disposto no art. 3.º, inciso I, da Constituição Federal, e que coloca como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária, o princípio da solidariedade. No universo da lei existem aqueles que têm melhores condições financeiras e, por isto, devem contribuir com uma parcela maior para financiar a Seguridade Social. Ao contrário, os que têm menores condições de contribuir devem ter uma participação menor no custeio da Seguridade Social, de acordo com suas possibilidades, mas não podendo deixar de contribuir. Sendo assim, vai se formando a cotização de cada uma das pessoas envolvidas pela Seguridade Social para a constituição do numerário visando a concessão dos seus benefícios.

A solidariedade, sob a égide da seguridade social, é princípio fundamental e técnico, conforme explica Wladimir Novaes Martinez (2003, p. 86):

Por exemplo, na exigência e na dispensa do período de carência. A maioria dos segurados é obrigada a cumprir o período de carência – isto é, contribuir sem possibilidade momentânea de auferir prestações postas à sua disposição –, e parte da clientela não é obrigada a cumprir esse mesmo período de carência. Os integrantes desse último grupo, é claro, justificadamente, estão dispensados de observar o prazo de espera em razão da necessidade e podem auferir, de imediato, os benefícios do seguro social. O segurado contribuinte durante o prazo de espera carrega recursos em favor daqueles dos beneficiados sem o período de carência. Isto é solidariedade social.

Assim, no sistema previdenciário, o Estado gerencia as contribuições da sociedade (que possui condições de ajudar), para distribuir àquelas pessoas que necessitam de amparo,

ou seja, em nosso ordenamento jurídico está presente a ideia da responsabilidade que cada pessoa tem perante as demais integrantes da sociedade.

Miguel Horvath Júnior (2010, p. 81-82) explica como funciona este “pacto de gerações” do sistema previdenciário baseado no princípio da solidariedade:

Solidariedade social significa a contribuição do universo dos protegidos em benefício da minoria. Precisamos eliminar a ideia de que os benefícios previdenciários só são concedidos a quem está em situação de impossibilidade de obtenção de recursos para sustento pessoal e de sua família, pois isto não corresponde à totalidade das situações. O sistema protetivo visa amparar necessidades sociais que acarretem a perda ou a diminuição dos recursos, bem como situações que provoquem o aumento de gastos. No momento da contribuição, é a sociedade quem contribui; no momento da percepção da prestação, é o indivíduo quem usufrui. Daí vem o pacto de gerações ou princípio da solidariedade entre gerações. Os não necessitados de hoje, contribuintes, serão os necessitados de amanhã, custeados por novos não necessitados que surgem.

Interessante, ainda, constar que Wladimir Novaes Martinez classifica a solidariedade existente no sistema previdenciário como “solidariedade forçada”, uma vez que as contribuições feitas ao “pacto de gerações” ocorrem por força da lei. Transcreve-se tal pensamento:

Tecnicamente, a previdência social é resultado da solidariedade forçada das pessoas ou gerações.

[...].

Cooperação mútua imposta pelo Estado, através da cogência da lei, contrariando a natureza individualista do homem de não se despojar em favor de terceiros. Corroborada, instintivamente, em virtude da possibilidade de o indivíduo precisar dos outros e reconhecer não poder viver isoladamente. (MARTINEZ, 2003, p.101).

No Regime Geral de Previdência Social – RGPS, especificamente no setor da Assistência Social, é onde o princípio da solidariedade se manifesta mais significativamente. A solidariedade fica clara quando se trata dos benefícios assistenciais, uma vez que estes são destinados exclusivamente para a população de baixa renda, onde se percebe que há a contribuição da maioria em benefício da minoria.

Com a promulgação da Lei n.º 8.743/93 (Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS) aliada ao art. 203, inciso V, da Constituição Federal, garante-se ao idoso e a pessoa portadora de deficiência que não tenham condições de se manter ou tê-la provida por sua família, uma renda mensal de um salário mínimo para custear suas necessidades mais urgentes, independente de contribuição à Previdência Social.

Foi observando a situação de miséria, que o legislador pátrio priorizou pessoas em pior situação – idoso e deficiente, pressupondo que normalmente as condições de vidas dessas pessoas por si só já é difícil, ainda mais quando não conseguem sobreviver com dignidade diante da inexistência de renda ou mesmo quando esta é insuficiente.

A relação do princípio da solidariedade com os requisitos para a aplicação do benefício de prestação continuada foi bem explanada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio Mello, que justificou seu voto no Recurso Extraordinário n.º 567.985 da seguinte forma:

Como, então, deve ser interpretada a cláusula constitucional “não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família”? O objetivo do constituinte foi único: conferir proteção social àqueles incapazes de garantir a respectiva subsistência. Os preceitos envolvidos, como já asseverado, são os relativos à dignidade humana, à solidariedade social, à erradicação da pobreza e à assistência aos desamparados. Todos esses elementos fornecem razões para uma interpretação adequada do benefício assistencial estampado na Lei Maior [...]. Nesse último ponto, está incluída a ideia maior de solidariedade social, alçada à condição de princípio pela Constituição. Observem que a ninguém foi dada a escolha de nascer nessa quadra e nessa sociedade, mas, a despeito disso, estamos todos unidos na construção de um destino comum. Esse laço de irmandade, fruto, para alguns, do fortuito e, para outros, do destino, faz-nos, de algum modo, responsáveis pelo bem de todos [...]. Com base nessa visão, conclui-se que existe certo grupo de prestações essenciais básicas que se deve fornecer ao ser humano para simplesmente ter capacidade de sobreviver e que o acesso a tais bens constitui direito subjetivo de natureza pública. A isso a doutrina vem denominando mínimo existencial. (MELLO, 2011).

Já no Regime Próprio de Previdência Social – RPPS, o legislador introduziu duas Emendas Constitucionais (n.º 20/98 e n.º 41/2003), a fim de inserir, além do caráter contributivo, uma posição solidária frente aos servidores públicos, trazendo o princípio da solidariedade para a previdência dessa classe.

Assim, a solidariedade social e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro fundamentam a instituição da cobrança da contribuição previdenciária não só dos servidores públicos ativos, como também dos inativos e dos pensionistas. É esta solidariedade social que autoriza a obrigatoriedade da filiação ao sistema previdenciário e, ainda, o pagamento das contribuições revertidas ao regime próprio.

Segundo o entendimento de Wladimir Novaes Martinez (2003, p. 89), o princípio da solidariedade está mais relacionado com a assistência social e as ações de saúde, sendo que no âmbito da previdência social outros princípios são essenciais:

O princípio fundamental da solidariedade social é amplo e genérico. Para se realizar como técnica previdenciária tem de ser esmiuçado e especificado [...]. A privação do patrimônio de cada contribuinte, sua contribuição pessoal e de quem se serve dos seus serviços e solidariamente contribui (empresas) é fixada em lei, cuidando-se aí de matéria de relevância para o seguro social; representa diminuição do princípio constitucional da liberdade e dos postulados protetores do salário, só se justificando ante o fato de o bem jurídico tutelado ser maior.

Desse modo, considerada como requisito elementar, a capacidade contributiva está mais relacionada à Previdência Social, especialmente no que tange ao RPPS. A solidariedade aqui se manifesta como uma técnica imposta pelo custeio, marcada pelo aspecto financeiro.

### 2.1.2 Universalidade da cobertura e do atendimento

Princípio previsto no art. 194, inciso I, da Constituição Federal, determina que as prestações da Seguridade Social devem cobrir e atender a todos os eventos que causem estado de necessidade, ou seja, que retirem ou diminuam a capacidade de trabalho e/ou ganho do cidadão, como por exemplo, idade avançada, morte, invalidez, deficiência física, maternidade, etc. Desse modo, a proteção social deve alcançar os eventos cuja reparação seja urgente, a fim de manter a subsistência de quem dela necessite.

A universalidade do atendimento é subjetiva, pois se refere a todas as pessoas em estado de necessidade, que devem ser atendidas pela Seguridade Social, mais especificamente, aquelas pessoas que preencherem os requisitos estabelecidos na legislação sobre determinado benefício, devem ser atendidas.

Já a universalidade de cobertura é objetiva, uma vez que garante a cobertura de todos os eventos relacionados aos fatos discriminados pela Seguridade Social, ou seja, deve haver a cobertura daqueles eventos, previsto em lei, que comprometam a capacidade de subsistência do cidadão.

A universalidade do atendimento e da cobertura deriva do princípio da isonomia, pois confere proteção igual para todos, sendo o primeiro dos objetivos da seguridade social dos quais derivam os demais. No sistema de previdência social somente os que contribuem são protegidos, o que não ocorre quando esse princípio é posto em prática, uma vez que ele abrange qualquer pessoa que venha dele necessitar. (BALERA, 2010).

### 2.1.3 Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais

A Constituição Federal, além da máxima da igualdade entre os cidadãos estampada no *caput* do art. 5º, explicita no capítulo sobre os “Direitos Sociais”, em seu art. 7º, a equivalência de tratamento dos trabalhadores urbanos e rurais visando à melhoria da condição social.

O constituinte fez questão de reforçar a igualdade de tratamento dos trabalhadores no que se refere à Seguridade Social. Por este princípio entende-se que, tantos os benefícios na forma de prestações pecuniárias, quanto os serviços, serão disponibilizados aos trabalhadores urbanos e rurais sem distinção, e ainda, serão equivalentes a esses indivíduos os eventos cobertos pelo sistema.

Quando se fala em uniformidade, refere-se “[...] aos aspectos objetivos, às contingências que irão ser cobertas. A equivalência vai tomar por base o aspecto pecuniário ou do atendimento dos serviços, que não serão necessariamente iguais, mas equivalentes, na medida do possível, dependendo do tempo de contribuição, coeficiente de cálculo, sexo, idade, etc”. (MARTINS, 2004, p.79).

Como se observa, o princípio fala em “populações” urbanas e rurais, e não em “trabalhadores”. Sergio Pinto Martins explica os motivos da preferência do uso do vocábulo “populações”:

Menciona ainda o preceito constitucional que a uniformidade e a equivalência dos benefícios e serviços são atinentes às populações urbanas e rurais. O conceito de população é mais amplo, valendo para todo o sistema de seguridade social (previdência social, assistência social e saúde), abrangendo por analogia o pescador e o garimpeiro. Essa orientação vem a corrigir defeitos da legislação previdenciária rural que sempre discriminava o trabalhador rural. Com a Lei n.º 8.213/91 foram instituídos benefícios aos trabalhadores urbanos e rurais, sem qualquer distinção, tanto que a denominação empregada é Regime Geral de Previdência Social. No nosso sistema, ‘populações’ quer dizer todas as pessoas menos os funcionários públicos, que têm regime próprio. (MARTINS, 2004, p.79).

Cumprir constar que os primeiros direitos previdenciários direcionados aos trabalhadores rurais vieram a partir do Estatuto do Trabalhador Rural - Lei n.º 4.214, de 02 de março de 1963, que criou o Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural (FUNRURAL).



#### 2.1.4 Seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços

Contemplado na Constituição Federal, por meio do art. 194, inciso III, permite uma melhor organização social do sistema, escolhendo os benefícios correspondentes a cada caso e distribuindo a renda às pessoas mais necessitadas.

Na seletividade, ocorre a escolha das prestações que melhor atendam aos objetivos da Seguridade Social, que deve apontar os requisitos para a concessão de benefícios e serviços, por exemplo: quando houver incapacidade temporária será concedido auxílio-doença e não aposentadoria por invalidez.

Na distributividade, há a preocupação de atender, prioritariamente, aqueles indivíduos que estão em maior estado de necessidade, como é o caso do benefício assistencial ao idoso ou ao deficiente.

Em resumo, Sergio Pinto Martins (2004, p.79) explica a seletividade e distributividade: “A seleção (escolha) das prestações vai ser feita de acordo com as possibilidades econômico-financeiras do sistema da seguridade social. Nem todas as pessoas terão benefícios: algumas o terão, outras não, gerando o conceito de distributividade”.

Interessante destacar a distinção feita por Wagner Balera (2010, p. 111) dos benefícios e dos serviços prestados pela Seguridade Social:

Os benefícios são fruíveis, individualmente, pelos respectivos titulares. Cada situação jurídica subjetiva dará ensejo a uma prestação certa e determinada. No máximo, o benefício poderá ser concedido ao conjunto familiar e, ainda aqui, há individualidades nas cotas em que o mesmo se divide. A natureza da prestação impede que o benefício seja conferido a coletividades. Já os serviços comportam, além da dimensão individual, aspecto coletivo. É onde se situa toda a gama de serviços de assistência social, cuja vocação consiste no atendimento das necessidades coletivas.

Deste modo, a seletividade e a distributividade contribuem para que um dos objetivos da Seguridade Social seja alcançado: proporcionar melhores condições de vida àqueles que necessitam, afinal, “[...] nem todos possuem as mesmas necessidades e as prestações são, precisamente, os meios que as normas colocam ao dispor dos indivíduos para que nenhuma necessidade deixe de ser suprida” (BALERA, 2010, p.112).

#### 2.1.5 Irredutibilidade do valor dos benefícios

Concedido o benefício, este deve suprir o mínimo necessário à sobrevivência com dignidade, sendo que a prestação não pode ser reduzida, ou seja, o poder aquisitivo do segurado que recebe a prestação da Seguridade Social deve ser mantido.

E ainda, conforme explica Castro e Lazzari (2008, p. 101):

Princípio equivalente ao da intangibilidade do salário dos empregados e dos vencimentos dos servidores, significa que o benefício legalmente concedido [...] não pode ter seu valor nominal reduzido, não podendo ser objeto de desconto.

Entre os anos de 1989 e 1991, os benefícios eram atualizados pelo número de salários mínimos, obedecendo ao art. 58 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

Art. 58. Os benefícios de prestação continuada, mantidos pela previdência social na data da promulgação da Constituição, terão seus valores revistos, a fim de que seja restabelecido o poder aquisitivo, expresso em número de salários mínimos, que tinham na data de sua concessão, obedecendo-se a esse critério de atualização até a implantação do plano de custeio e benefícios referidos no artigo seguinte.

Parágrafo único. As prestações mensais dos benefícios atualizadas de acordo com este artigo serão devidas e pagas a partir do sétimo mês a contar da promulgação da Constituição.

Entretanto, desde dezembro de 1991 a correção dos benefícios passou a ser efetuada com base nos ditames da Lei n.º 8.213/91 (Planos de Benefícios da Previdência Social) em consonância ao disposto no art. 201, §4º, da Constituição Federal: “É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei”.

Por fim, Sergio Pinto Martins observa que “[...] a irredutibilidade do valor dos benefícios é a nominal e não a real, dependente de lei ordinária. Caso a lei ordinária não adote métodos ou índices para se verificar a variação real da inflação, haverá perdas ao segurado, mas esse critério não poderá ser acoimado de inconstitucional”. (MARTINS, 2004, p. 80).

### 2.1.6 Equidade na forma de participação no custeio

Este princípio estabelece que a participação de trabalhadores, empregadores e do Poder Público no custeio da Seguridade Social deve ser feita de maneira proporcional, de forma que cada pessoa contribua na medida de suas possibilidades, ou seja, quem tem maior capacidade econômica deve contribuir com um maior percentual.

A equidade na forma de participação no custeio pode ser considerada “[...] um desdobramento do princípio da igualdade” (MARTINS, 2004, p. 80), ou seja, aqui se encontra a premissa amplamente conhecida e defendida por Rui Barbosa de que se deve “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desigualem” (CAMARGOS; CANÊDO, 2013).

Com o mesmo raciocínio, cita-se Augusto Massayuki Tsutiya (2010, p. 39):

Esse princípio se encontra intimamente ligado à isonomia e à capacidade contributiva, podendo ser entendido como justiça e igualdade na forma de custeio: alíquotas desiguais para contribuintes em situação desigual. Os contribuintes que se encontrarem na mesma situação fática deverão ser tributados da mesma forma.

Tal princípio permite uma tributação maior da empresa/empregador em relação ao segurado, haja vista que são aqueles os de maior poder aquisitivo.

Pode-se concluir então, que este princípio fundamenta-se na ideia de que não pode haver privilégio de qualquer das partes em relação à obrigatoriedade de contribuição para a Previdência.

### 2.1.7 Diversidade da base de financiamento

Este princípio pode ser encontrado expressamente no art. 195, *caput* e incisos I, II, III e IV, da Magna Carta, o qual determina que o financiamento da Seguridade Social deve ser obtido por meio de arrecadação de várias fontes, sendo que as contribuições devem advir de uma diversidade de fatos geradores, tais como: salário, concursos de prognósticos (loterias e jogos de futebol), comercialização da produção rural, etc.

Wagner Balera (2010, p.123) justifica que:

A diversificação das bases de financiamento objetiva a adequação do esquema de custeio da seguridade social à evolução da atividade econômica, permitindo a apreensão de novos signos de riqueza que melhores resultados tragam para o sistema protetivo sem afetarem, por outro turno, a atividade produtiva provocando recessão e desemprego.

O modo de financiamento da Seguridade Social não sofreu grandes modificações ao longo dos anos, pois à época de Bismarck, as fontes de custeios já eram as contribuições dos segurados, empresas e Estado.

### 2.1.8 Caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa

Entende-se por este princípio que a gestão da Seguridade Social deve ser feita mediante discussão com a sociedade. São exemplos de sua aplicação: o CNPS – Conselho Nacional de Previdência Social e o CNAS – Conselho Nacional de Assistência Social, estes órgãos possuem representantes do governo, dos trabalhadores, dos empregadores e dos aposentados.

É necessário que, além do governo, os cidadãos envolvidos diretamente com a Seguridade Social participem de sua administração. Tsutiya (2010, p. 41) argumenta a respeito deste princípio que “o elemento motor da Seguridade Social é a solidariedade, que, nessa instituição, adquire profunda conotação jurídica. Por isso, os próprios interessados são chamados a participar da discussão de seus problemas e a propor soluções adequadas”.

Sobre a gestão quadripartite, e do caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa da Seguridade Social, Wagner Balera (2010, p. 126) dispõe:

Organismos necessariamente abertos aos problemas da comunidade, as instituições da seguridade social devem possuir estruturas transparentes e mecanismos de decisões ágeis e facilmente assimiláveis pelo leigo. As deliberações, que precedidas pela seleção de opções possíveis, e a tomada de decisões pertinentes, são fruto da experiência de cada partícipe.

Este mesmo autor escreve os motivos da necessária participação dos trabalhadores, empregadores e aposentados nesta gestão administrativa da Seguridade Social:

Os trabalhadores terão argumentos ponderáveis a respeito de certos problemas que afetam a atuação dessa classe, cuja solução depende de medidas previdenciárias e assistenciais. Os empresários, sensíveis à questão social, saberão refletir o pensamento das classes produtoras sobre providências que confirmam melhor tranquilidade aos obreiros, a fim de que a produtividade se desenvolva com segurança. Por fim, os aposentados, diretamente beneficiários da seguridade social, operam com valores que dizem respeito à sua própria experiência de vida e situam, concretamente, questões que afetam a seguridade que o direito confere à sua definitiva posição jurídica. (BALERA, 2010, p.126).

Deste modo, deve haver a integração da participação popular com a descentralização administrativa:

A descentralização administrativa, combinada com a participação da comunidade, são instrumentos que se integram. A primeira situa a estrutura burocrática no seu verdadeiro papel de agente da proteção, enquanto que a segunda permite a elaboração de esquemas próprios de avaliação do desempenho dessa estrutura, no cumprimento dos objetivos maiores que o sistema deverá atingir. (BALERA, 2010, p.128).

Assim, os principais interessados no funcionamento correto da previdência podem atuar por meio dos Conselhos específicos, onde cada tipo de contribuinte tem seu representante.

## 2.2 Princípios Previdenciários

Além dos princípios acima expostos relacionados à Seguridade Social, constam no texto constitucional outros específicos, esculpidos no *caput* do art. 201, relacionados diretamente com a Previdência Social já que condicionam e orientam as leis previdenciárias, os quais serão expostos a seguir.

### 2.2.1 Da filiação obrigatória

É a relação jurídica de uma pessoa física com a Previdência Social, que passa a ser considerado segurado, seja no regime geral ou em regime próprio (servidores públicos). Pode-se dizer que essa relação geralmente é automática, no caso de um indivíduo que exerce trabalho remunerado.

Nas atividades relacionadas na lei previdenciária, a obrigatoriedade de filiação se sobrepõe a autonomia da vontade. Com este pensamento, Wladimir Novaes Martinez (2003, p.122):

Filiação é exigência técnica, norma cogente sem comportar exceções; como tal deve ser interpretada. A ela se opõe a autonomia da vontade. Não se condiciona à vontade do beneficiário e sim à da lei. Opera *ope legis*. Se a constituição da relação de seguro privado depende da vontade dos contratantes, a do seguro social está condicionada a da lei.

Ao contrário da obrigatoriedade da filiação à Previdência daqueles que exercem as atividades previstas em lei, há os contribuintes facultativos, para os quais a filiação decorre da vontade em inscrever-se e tornar-se segurado.

De acordo com o art. 29, da Instrução Normativa INSS/PRES n.º 45, de 06 de agosto de 2010, filiação “[...] é o vínculo que se estabelece entre pessoas que contribuem para a Previdência Social e esta, do qual decorrem direitos e obrigações”.

Sobre a obrigatoriedade da filiação, dispõe o § 1º do artigo citado:

A filiação à Previdência Social decorre automaticamente do exercício de atividade remunerada para os segurados obrigatórios, inclusive do aposentado por este Regime, em relação a atividade exercida, observado o

disposto no § 2º deste artigo, e da inscrição formalizada com o pagamento da primeira contribuição para o segurado facultativo.

O parágrafo 3º deste art. 29 expõe, ainda, que aquele segurado que exercer mais de uma atividade remunerada, deverá ser filiado, obrigatoriamente, à Previdência em relação a todas elas, observando o limite máximo de salário de contribuição.

A idade mínima para se filiar à Previdência Social é de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, que poderá ser 14 anos, conforme a Emenda Constitucional n.º 20, de 1998 que alterou o inciso XXIII do art. 7º da Constituição Federal. O art. 30, desta mesma instrução normativa, trata a respeito da idade mínima de filiação na Previdência:

Art. 30. O limite mínimo de idade para ingresso no RGPS do segurado obrigatório que exerce atividade urbana ou rural, do facultativo e do segurado especial, é o seguinte: (Nova redação dada pela IN INSS/PRES Nº 70, DE 16/07/2013)

I - até 14 de março de 1967, véspera da vigência da Constituição Federal de 1967, quatorze anos;

II - de 15 de março de 1967, data da vigência da Constituição Federal de 1967, a 4 de outubro de 1988, véspera da promulgação da Constituição Federal de 1988, doze anos;

III - a partir de 5 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição Federal de 1988 a 15 de dezembro de 1998, véspera da vigência da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, quatorze anos, exceto para menor aprendiz, que conta com o limite de doze anos, por força do art. 7º inciso XXXIII da Constituição Federal; e

IV - a partir de 16 de dezembro de 1998, data da vigência da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, dezesseis anos, exceto para menor aprendiz, que é de quatorze anos, por força do art. 1º da referida Emenda, que alterou o inciso XXIII do art. 7º da Constituição Federal de 1988.

Ressalta-se, ainda, que a partir da publicação da Lei n.º 8.213, de 1991 (dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social), não há limite máximo de idade para se ingressar no Regime Geral da Previdência (parágrafo único do art. 30).

Por fim, necessário constar que filiação e inscrição são atos distintos que o segurado deve observar perante a Previdência Social. Enquanto a filiação é o vínculo entre a pessoa que contribui com a Previdência, gerando direitos e obrigações, a inscrição é o ato de cadastramento da pessoa física no Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS).

Acrescenta-se que é “o meio através do qual o trabalhador recorre à Previdência Social e perante o órgão gestor se identifica, ato meramente administrativo, é a inscrição. É exigência técnica, formalismo necessário ao exercício dos direitos previdenciários”. (MARTINEZ, 2003, p.132).

O art. 38 da IN45/2010 esclarece:

Art. 38. Considera-se inscrição, para os efeitos na Previdência Social, o ato pelo qual a pessoa física, é cadastrada no Cadastro Nacional de Informações Sociais – CNIS, mediante informações prestadas dos seus dados pessoais e de outros elementos necessários e úteis à sua caracterização.

Assim, a identificação da pessoa cadastrada no CNIS é feita através de um Número de Identificação do Trabalhador, conhecido pela sigla NIT.

Parágrafo único. A pessoa física é identificada no CNIS por intermédio de um NIT – Número de Identificação do Trabalhador, que poderá ser NIT Previdência ou NIT PIS/PASEP/SUS ou outro NIS – Número de Identificação Social, emitido pela Caixa Econômica Federal - CEF.

Filiação e inscrição não se coincidem necessariamente, pois quando o segurado é obrigatório, a filiação é automática devido ao exercício da atividade prevista em lei. Todavia, se o segurado é facultativo, a filiação ocorre somente com a inscrição e o pagamento da primeira contribuição.

A filiação dos dependentes do segurado (o rol de dependentes está previsto no art.16 da Lei 8.213/91) também ocorre de forma automática e obrigatória, porém é o próprio dependente que efetua sua inscrição na Previdência no ato do requerimento do benefício a que tem direito (pensão por morte, por exemplo), de acordo com o § 1º, do art. 17, da Lei 8.213/91.

## 2.2.2 Do caráter contributivo

Este princípio determina que em qualquer dos regimes previdenciários o caráter contributivo prevalece, ou seja, haverá contribuição social, isto porque os benefícios e serviços são conferidos a título oneroso. Portanto, o segurado participa com sua contribuição à Previdência para usufruí-la quando necessário.

A participação dos segurados através da criação de hipóteses de incidência, alíquotas e bases de cálculo, é regulamentada por legislação ordinária previdenciária que, no caso do Regime Geral da Previdência Social é a Lei n.º 8.212/91 e, no caso de agente públicos, o que determinar a lei de cada ente federativo.

Desta maneira, conclui-se que “[...] não há regime previdenciário na ordem jurídica brasileira que admita a percepção de benefícios sem a contribuição específica para o regime”, sendo a exceção “[...] quando a responsabilidade pelo recolhimento de tal contribuição tenha

sido transmitida, por força da legislação, a outrem que não o próprio segurado”. (CASTRO; LAZZARI, 2008, p. 106).

Os regimes previdenciários previstos no ordenamento jurídico e constitucional brasileiro observam a “forma de repartição simples entre os segurados que dela necessitem”. Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari (2008, p. 106) explicam este entendimento:

Não há vinculação direta entre o valor das contribuições vertidas pelo segurado e o benefício que possa vir a perceber, quando ocorrer algum dos eventos sob a cobertura legal. Isto significa que há segurados que contribuem mais do que irão receber à guisa de benefícios, e outros que terão situação inversa.

Exemplifica-se:

[...] tenha-se um segurado que trabalhe durante trinta e cinco anos, contribuindo para algum regime previdenciário, e outro, ainda jovem, que trabalhe e contribua há apenas um mês; se ambos vierem a sofrer acidente que lhes retire permanentemente a capacidade laborativa, terão direito à aposentadoria por invalidez pelo resto de suas vidas. O primeiro talvez não venha a receber tudo o que contribuiu; o segundo certamente receberá mais do que recolheu aos cofres da Previdência. (CASTRO; LAZZARI, 2008, p.106).

Conforme observado nas citações acima, para viabilizar ao segurado os benefícios previdenciários aos quais faz *jus*, necessária é a compulsoriedade da filiação e o dever de contribuir que dela decorre.

### 2.2.3 Do equilíbrio financeiro e atuarial

O princípio do equilíbrio financeiro e atuarial foi inserido no texto constitucional brasileiro pela Emenda n.º 20, de 1998, mais precisamente nos artigos 40 e 201 da Magna Carta.

Apesar de a inserção deste princípio no ordenamento jurídico ter ocorrido há muitos anos, este ainda “[...] carece ser equacionado apropriadamente, conceituado e bem definido, resultando circunscrito pela norma legal, a experiência da jurisprudência e o bom senso da doutrina especializada”. (MARTINEZ, 2003, p. 91).

Curioso constar que “[...] a origem do princípio é acidental, surgiu em razão da história recente da Previdência Social, do problema das insuficiências do INSS e de muitos fundos de pensão abertos e fechados, privados e estatais”. (MARTINEZ, 2003, p. 95).



Sobre a ideia central de criação deste princípio, escreve Daniel Machado da Rocha (2004, p. 157):

Sendo a previdência social um método da gestão da economia coletiva destinada ao enfrentamento dos riscos sociais, a ideia reitora desse princípio é que as prestações previdenciárias contempladas pelo sistema de previdência possam ser efetivamente honradas, no presente e no futuro, em razão do sistema de financiamento e suas fontes estarem dimensionadas de forma a permitir o cumprimento dos compromissos assumidos ao longo do tempo.

Este princípio baseia-se em dois conceitos: o conceito do equilíbrio financeiro e o conceito do equilíbrio atuarial. Wladimir Novaes Martinez escreve ambas as conceituações:

Por equilíbrio financeiro entende-se literalmente que as reservas matemáticas efetivamente constituídas sejam suficientes para garantir os ônus jurídicos das obrigações assumidas, presentes e futuras.

Equilíbrio atuarial compreende as ideias matemáticas (v.g., taxa de contribuição, experiência de risco, expectativa de risco, expectativa de média de vida, tábuas biométricas, margem de erro, variações, e da massa, etc.) e as relações biométricas que, de igual modo, tornem possível estimar as obrigações pecuniárias em face do comportamento da massa e o nível da contribuição e do benefício. (MARTINEZ, 2003, p. 95).

Estes mesmos conceitos, agora os relacionando diretamente à Previdência Social, nas palavras de Daniel Machado da Rocha:

O equilíbrio fiscal, num sistema de repartição simples, ocorre quando o total dos benefícios que estiverem sendo pagos não ultrapasse as receitas das contribuições vertidas em um determinado período; o equilíbrio atuarial está relacionado com a suficiência das contribuições de um indivíduo para viabilizar o pagamento de seus próprios benefícios. (ROCHA, 2004, p.157).

Interessante ainda destacar as observações tecidas por Martinez (2003, p. 92-93):

Não se pode confundir o instituto enfocado com sua estrutura orgânica; cuida-se de preceito jurídico a ser cumprido pelo legislador infraconstitucional e pelo organizador da Previdência Social, enquanto o elemento material que o informa deflui da natureza mesma dos deveres humanos presentes na relação lógica securitária. Sem esse acerto de contas contábil é impossível dar prosseguimento a proposta formulada de consumir as prestações.

Diz a regra técnica aí contida que a estrutura do regime, seja o geral ou o complementar, tem de ser estimada a partir da clientela protegida, sua capacidade contributiva e a cobertura desejável ou possível num momento histórico e, em razão disso, quais os aportes usuais ou adicionais bastantes, assim como o vulto dos desembolsos realizáveis.

Tais observações querem dizer que este princípio é destinado ao legislador ordinário, o qual deverá editar normas que promovam este equilíbrio financeiro e atuarial de todo o sistema previdenciário, uma vez que também é dele a responsabilidade de criar as leis que disciplinam os regimes da Previdência.

Assim, sucintamente, o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial quer dizer que as despesas e receitas da Previdência Social devem estar em equilíbrio, observando-se a relação entre custeio e pagamento de benefícios. Exemplo desse controle feito pelo governo é o fator previdenciário, que serve como base de cálculo dos benefícios justamente para reduzir o valor das prestações, em razão da idade e da expectativa de vida.

#### 2.2.4 Da garantia do benefício mínimo

Acrescentado ao parágrafo 2º, do art. 201 da Constituição Federal, pela Emenda n.º 20, de 1998, este princípio visa garantir que a renda mensal do benefício concedido pela Previdência não seja inferior ao salário mínimo vigente, no que tange aos benefícios substitutivos do salário de contribuição ou do rendimento do trabalho, como as aposentadorias, auxílio-reclusão, auxílio-doença, pensão por morte e o salário-maternidade.

Além da Constituição, este princípio pode ser observado no inciso VI, do art. 2º, da Lei dos Planos de Benefícios da Previdência Social:

Art. 2º A Previdência Social rege-se pelos seguintes princípios e objetivos:

[...]

VI - valor da renda mensal dos benefícios substitutos do salário-de-contribuição ou do rendimento do trabalho do segurado não inferior ao do salário mínimo;

Essa determinação de um valor mínimo a que tem direito o segurado da Previdência está diretamente ligado ao fundamento da dignidade da pessoa humana, previsto no inciso III, do art. 1º da Magna Carta. Aos olhos do constituinte, o salário mínimo é a renda básica capaz de garantir uma subsistência digna ao cidadão.

O salário mínimo deveria atender às necessidades básicas do cidadão, as quais foram enumeradas no inciso IV, do art. 7º, do Capítulo II da Constituição, intitulado “Dos Direitos Sociais”. Segundo o *caput* do artigo, “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

Contudo, infelizmente a realidade fática é totalmente diferente da letra da Norma Maior da República. O salário mínimo está longe de poder conseguir abarcar todos estes direitos do cidadão, no caso, do segurado da Previdência Social.

O salário mínimo vigente no Brasil atualmente é de R\$ 678,00 (seiscentos e setenta e oito reais), tendo previsão de aumento em janeiro de 2014 para R\$ 722,90 (setecentos e vinte e dois reais e noventa centavos). Todavia, segundo cálculos divulgados pelo DIEESE (Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos), em 03 de outubro de 2013, com base nos preços dos produtos da cesta básica no mês de setembro/2013, o salário mínimo necessário para suprir as necessidades do cidadão brasileiro seria de R\$ 2.621,70 (dois mil seiscentos e vinte e um reais e setenta centavos), ou seja, quase quatro vezes mais que o valor atual<sup>2</sup>.

A existência desta regra da garantia do benefício mínimo justifica-se “porque os benefícios da Previdência Social têm caráter alimentar”, sendo que “[...] nesse rol não se encaixa o salário-família, que tem natureza assistencial, e o auxílio-acidente que tem natureza indenizatória - ambos não são substitutos do salário: os segurados recebem salários pela atividade laboral e um *plus*”. (TSUTIYA, 2010, p. 208).

### 2.2.5 Da correção monetária dos salários de contribuição

Este princípio está descrito no parágrafo 3º, do art. 201, da Constituição Federal, com redação alterada pela já citada Emenda n.º 20/1998: “§ 3º Todos os salários de contribuição considerados para o cálculo de benefício serão devidamente atualizados, na forma da lei”.

Além do artigo acima citado, o princípio da correção monetária dos salários de contribuição está expresso no parágrafo 17, do art. 40, também da Carta Superior, tendo sido inserido neste dispositivo pela Emenda n.º 41, de 2003.

§ 17. Todos os valores de remuneração considerados para o cálculo do benefício previsto no § 3º serão devidamente atualizados, na forma da lei  
[...]

---

<sup>2</sup> Os dados foram obtidos em matéria jornalística de autoria de Beatriz Souza, veiculada pela versão *online* da revista Exame. O site do DIEESE também foi consultado para verificação dos dados. Ver os endereços eletrônicos consultados nas referências deste trabalho.

Ele corresponde à obrigação do legislador, ao fixar o cálculo de qualquer benefício previdenciário, adotar fórmula que corrija o valor da base de cálculo da contribuição vertida, para evitar distorções do benefício pago.

Apesar de constar a obrigatoriedade de adoção de fórmula para correção nominal do valor da base de cálculo da contribuição, a norma constitucional não esclarece o índice a ser adotado, ou seja, fica a critério do legislador escolher o indexador a ser utilizado na atualização monetária que fará com que se preserve o valor real dos benefícios.

### 2.2.6 Da preservação do valor real dos benefícios

O parágrafo 4º, do art. 201 da Constituição, assegura que os benefícios sejam reajustados no sentido de preservar-lhes, em caráter permanente, o seu valor real, de acordo com os critérios definidos em lei.

Este preceito assegura o reajustamento dos benefícios, a fim de preservar o valor das prestações de eventual deterioração, visa também manter o poder de compra dos beneficiários. Conforme ensinamentos de Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari (2008, p. 108), este princípio “[...] suplanta a noção de irredutibilidade salarial (art. 7º, VI, a Constituição) e de vencimentos e subsídios (art. 37, X, da mesma Carta), pois nos dois casos não há previsão de manutenção do valor real dos ganhos dos trabalhadores e servidores, mas apenas nominal”, o que resguardaria o poder de compra.

A regra utilizada para o reajuste é anual e na mesma data do salário mínimo, com a aplicação do INPC – Índice Nacional de Preços ao Consumidor, apurado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE), segundo o disposto no art. 41-A, da Lei n.º 8.213/91.

Com o intuito de padronizar a matéria sobre o índice de reajuste dos benefícios, o Ministério da Previdência Social, através do parágrafo único, do art. 65, da Orientação Normativa n.º 3 / 2004, orienta que, na falta de definição sobre o índice de reajuste, deverão ser utilizados os mesmos aplicados aos benefícios do Regime Geral.

A importância que se atribui aos princípios acima elencados deve-se ao fato de que atualmente eles deixaram de ter somente uma função axiológica e passaram a possuir força jurídica (inclusive são constantemente mencionados em jurisprudências), devendo ser

observados em qualquer conduta, o que demonstra que seu caráter é normativo e não meramente informativo.

Em seguida, no próximo capítulo, será abordado como esses princípios influenciaram na elaboração da Emenda Constitucional n.º 41 de 2003, e conseqüentemente, como esta reforma está condicionada a alguns limites constitucionais.

### **3 OS LIMITES AO PODER DE REFORMA E A COLISÃO DE PRINCÍPIOS NA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 41/2003**

#### **3.1 O Poder Constituinte e a Manifestação do Poder Constituinte Derivado**

Considerado a mais alta expressão do poder político exercido pelo povo (TEIXEIRA, 1991, p. 201), o Poder Constituinte é o principal instrumento de limitação do poder estatal e preservação dos direitos e garantias individuais, na medida em que dele se originam normas dotadas de supremacia às quais o Estado deve se submeter, organizando sua estrutura interna e disciplinando a proteção dos direitos fundamentais, como forma de coibir a prática de arbitrariedades (institucionais ou não). Não por outro motivo, ele traduz a essência do princípio da dignidade da pessoa humana.

Logo, estudar o Poder Constituinte significa aprofundar-se na questão dos fundamentos que deram origem a uma Constituição, documento essencial que disciplina, organiza e delimita todo o ordenamento jurídico de um país.

Partindo desta premissa, pode-se conceituar o Poder Constituinte como sendo “o supremo fornecedor das diretrizes normativas” que constam em uma Constituição (TAVARES, 2008, p. 28), sendo, portanto, o patamar inicial do sistema jurídico do Estado, uma vez que é o responsável pela criação de documento de cujo conteúdo se extraem normas dotadas de superioridade e, em boa parcela, de aplicação imediata (art. 5º, § 1º, da CF).

Celso Ribeiro Bastos (1988, p. 143) considera que o Poder Constituinte é expressão do fenômeno através do qual se elaborara uma Constituição, e também se amolda o documento existente a uma nova ordem social, sem a perda de sua estabilidade, o qual se cristaliza por meio do poder de reforma da Constituição.

Muito embora seja fenômeno que acompanhou o desenvolvimento de todas as sociedades políticas ao longo da História, as primeiras teorias em torno do estudo do Poder Constituinte somente surgiram no século XVIII, na famosa obra do abade Emmanuel Sieyès denominada *Qu'est-ce que le Tiers Etat?* (O que é o Terceiro Estado?), onde manifesta as reivindicações da burguesia na luta contra o privilégio e o absolutismo da época. Ao desenvolver a teoria sobre o Poder Constituinte, Sieyès inova ao diferenciá-lo dos chamados poderes constituídos.

Como bem destaca Paulo Bonavides (2002, p. 123-124):

A teoria do poder constituinte empresta dimensão jurídica às instituições produzidas pela razão humana. Como teoria jurídica, prende-se indissociavelmente ao conceito formal de Constituição, separa o poder constituinte dos poderes constituídos, torna-se o ponto de partida e matriz de toda a obra levantada pelo constitucionalismo de fins do século XVIII e a primeira metade do século passado, assinala enfim o advento das constituições rígidas.

Portanto, não se pode confundir o Poder Constituinte com a sua teoria, até porque o primeiro sempre existiu em toda sociedade política, conforme já destacado. Por outro lado, uma teorização da matéria só veio a existir a partir das reflexões advindas do Iluminismo, da filosofia do contrato social e do Racionalismo francês, com sua concepção da sociedade. (BONAVIDES, 2002).

Assim, não há como negar que o Estado é imposto pela Constituição, já que sua função é regular os órgãos estatais (funcionamento e atuação), além de delimitar a esfera da liberdade individual dos cidadãos e lhes garantir o pleno exercício. Ademais, a Constituição é também um instrumento de governo, na medida em que legitima o poder do Estado, impondo-lhe limites. (BERCOVICI, 2004).

Da diferenciação entre os propósitos de criar uma nova Constituição, ou de reformar o texto já existente, a doutrina extrai uma classificação do Poder Constituinte, dividindo-o entre Poder Constituinte Originário e Poder Constituinte Derivado. André Ramos Tavares (2008, p. 29) apresenta o seguinte conceito de Poder Constituinte Originário:

Segundo definição da doutrina clássica, ‘poder’ constituinte originário corresponde a possibilidade (poder) de elaborar e colocar em vigência uma Constituição em sua globalidade. Esta, por sua vez, entende-se como o documento básico e supremo de um povo que, dando-lhe a necessária unidade, organiza o Estado, dividindo os poderes (constituídos) e atribuindo competências, que assegura a necessária proteção aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos e traça outras regras que terão caráter cogente para o legislador ordinário [...], para o governante [...] e para a maior parte das funções públicas da República.

O Poder Constituinte Originário tem como características o fato de ser inicial, ilimitado, autônomo, incondicionado, absoluto e permanente. Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2007, p. 82) explicam estas características de forma didática:

E um poder inicial (sua obra e a base da ordem jurídica, pois cria um novo Estado, rompendo completamente com a ordem anterior), ilimitado e autônomo (não tem que respeitar limites postos pelo direito anterior), incondicionado (não está sujeito a qualquer forma prefixada para manifestar sua vontade, isto é, não está obrigado a seguir qualquer procedimento predeterminado para realizar a sua obra) e absoluto (pode até atingir direito

adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada consumados na vigência do ordenamento constitucional pretérito).

[...]

O Poder constituinte originário e também um poder permanente, pois não se esgota no momento do seu exercício. Mesmo depois de elaborada uma nova Constituição, o poder constituinte permanece em estado de dormência, de latência, na titularidade do povo, aguardando um momento ulterior oportuno, para nova manifestação, por meio de um movimento revolucionário, que convoque uma nova assembleia nacional constituinte ou outorgue uma nova Carta Política.

Do mesmo modo, André Ramos Tavares (2008, p. 29) define o Poder Constituinte Derivado:

Já a noção de poder “constituinte” derivado é utilizada para designar aquela parcela de competência atribuída, geralmente, ao próprio corpo legislativo encarregado de elaborar as leis em geral, e que no caso brasileiro e, como se sabe, atribuído ao Congresso Nacional, poder esse por meio do qual se procede a modificação da Lei Magna, observadas, contudo, certas limitações jurídicas. Trata-se, portanto, do poder de reforma da Constituição, previsto por ela mesma, vale dizer, por ela instituído, regulado e limitado.

Esta segunda espécie de Poder Constituinte, por sua vez, caracteriza-se por ser subordinada e condicionada, segundo escrevem Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2007, p.84):

E um poder criado pelo poder constituinte originário. Tem como características ser um poder derivado (e instituído pelo poder constituinte originário), subordinado (encontra limitações constitucionais expressas e implícitas, não podendo desrespeitá-las, sob pena de inconstitucionalidade) e condicionado (sua atuação deve observar fielmente as regras predeterminadas pelo texto constitucional).

Em suma, o Poder Constituinte Originário dá início a uma nova ordem jurídica em um Estado, ou modifica, de forma revolucionária, a já existente, por motivos de ordem política e/ou social; já o Poder Constituinte Derivado representa uma continuidade ou evolução do ordenamento jurídico já estabelecido, amoldando as normas constitucionais às demandas sociais de sua época.

No caso específico função reformadora, Sieyès justificava-a partindo da distinção entre poder constituinte e poderes constituídos. Segundo ele, as leis constitucionais, produto do poder constituinte, vinculam os poderes constituídos, mas nunca a Nação (que seria o titular daquele poder). Numa base jusnaturalista, Sieyès afirma que a vontade da Nação independe de toda a reforma; basta que ela queira que se converta em lei suprema. Contudo, está bem evidente que essa ideia de mudança constitucional defendida pelo pensador francês



acaba por colidir com o sistema representativo, já que reserva apenas ao poder constituinte originário a exclusivamente política, não se podendo exercê-lo através poder constituinte derivado. (BONAVIDES, 2002).

José Joaquim Gomes Canotilho (1941, p. 99) explica que:

O poder de revisão constitucional é, conseqüentemente [sic], um poder constituído tal como poder legislativo. Verdadeiramente, o poder de revisão só em sentido impróprio se poderá considerar constituinte; será, quando muito uma paródia do poder constituinte verdadeiro.

Assim, tem-se que o fundamento máximo do poder constituinte derivado repousa na pretensão de se equilibrar uma tensão constitucional permanente, isto é, um conflito entre o que o que a norma constitucional dispõe com os anseios e necessidades do povo. A Constituição, enquanto documento dotado de supremacia no ordenamento jurídico interno, é feita para durar, em nome da segurança jurídica, mas não tem a pretensão de ser um sistema hermético e perene. O poder reformador, sob a ótica da tensão constitucional, deve conjugar sua durabilidade, decorrente da supremacia, com a necessidade de modificação, para que a carta política seja, de modo pleno, um documento que atenda aos desejos de seu titular (o povo).

Desta forma, evita-se aquilo que Ivo Dantas conceituou como “hiato constitucional”, isto é, um choque (ou “divórcio”) entre o conteúdo da Constituição política (uma das formas do direito legislado) e a realidade social (DANTAS, 2004, apud LENZA, 2013, p.166).

A tese da imutabilidade constitucional, portanto, é ideia que colide com a própria dinâmica da vida, que representa mudança, evolução, progresso. Petrificar todo o texto constitucional significaria eliminar os caminhos que levam à reforma pacífica, entregando à revolução e ao golpe de Estado a solução das crises, o que resultaria, impreterivelmente, no descrédito da lei fundamental. (BONAVIDES, 2002).

Observe o seguinte trecho sobre Poder Constituinte e Revolução:

A revolução se distingue de outros movimentos armados pelo fato de que nela se traduz, não o interesse e a vontade de um grupo, mas o interesse e vontade da Nação. A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e radical do Poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como o Poder Constituinte, se legitima por si mesma. Ela destitui o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Nela se contem a força normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória. Os chefes da revolução vitoriosa, graças [...] ao apoio inequívoco da

Nação, representam o povo e em seu nome exercem o Poder Constituinte, de que o Povo é o único titular.

Curiosamente, este trecho foi retirado do Ato Institucional nº 1/1964, instrumento que estabeleceu o Golpe Militar de 64 e instaurou a Ditadura Militar no Brasil.

A classificação do Poder Constituinte ainda subdivide o Poder Derivado em Reformador e Decorrente. Este último trata do poder que a Constituição Federal atribuiu aos Estados-membros para se auto-organizarem através da elaboração de suas próprias Constituições, observadas as regras e limites impostos pela própria lei fundamental.

Por outro lado, o Poder Constituinte Derivado Reformador consiste na “[...] capacidade de modificar a Constituição Federal, por meio de um procedimento específico, estabelecido pelo originário, sem que haja uma verdadeira revolução” (LENZA, 2011, p. 177). Trata-se, portanto, de um “[...] poder de fato, um poder político, ou, segundo alguns, uma força ou energia social” (LENZA, 2011, p. 177).

A forma de manifestação do Poder Constituinte Derivado Reformador é através da edição de emendas constitucionais, cujo processo legislativo é previsto no art. 60 da CF. Em face da rigidez da nossa atual Carta Constitucional, é certo que o procedimento de alteração de seu texto segue um padrão bem mais custoso e rigoroso do que o usado para a edição de leis ordinárias.

A Emenda Constitucional nº 41 de 2003 é exemplo manifesto do Poder Constituinte Derivado Reformador, pois através dele os membros do Poder Legislativo criaram nova regra para desconto nos benefícios dos aposentados, situação que gerou discussões na doutrina e na jurisprudência acerca da constitucionalidade desta nova contribuição previdenciária, o que será melhor discutido nos tópicos seguintes.

A titularidade do poder constituinte, para Sieyès, seria da Nação, que a considera como a “a origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, é a própria lei. Antes dela e acima dela só existe o direito natural”. Todavia, está claro, até mesmo pela atual sistemática constitucional brasileira, que o titular do poder constituinte, em verdade, é o povo, seguindo a tendência moderna. O parágrafo único do art. 1.º da CF estabelece que todo poder emana do povo que, segundo Michel Temer (1999, p. 31), é constituído por aqueles catalogados no art. 12 da CF, transcrito a seguir:

Art. 12. São brasileiros: I – natos: a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país; b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil;

c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira; II – naturalizados: a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral; b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira.

Nesse ponto, vale destacar a observação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, segundo a qual “[...] o povo pode ser reconhecido como titular do Poder Constituinte mas não é jamais quem o exerce. É ele titular passivo, ao qual se imputa uma vontade constituinte sempre manifestada por uma elite” (FERREIRA FILHO, 1985, apud MORAES, 2010, p. 27) que, no caso, é representada através de uma assembleia constituinte. Assim, o exercício do poder constituinte não se traduz, necessariamente, como função inerente ao seu titular, mormente se considerado o atual estágio das democracias representativas, ainda que existentes mecanismos de participação direta.

Celso Ribeiro de Bastos (1999, p. 20) alerta que “o Poder Constituinte só é exercitado em ocasiões excepcionais” e, ainda, acrescenta:

Mutações constitucionais muito profundas marcadas por convulsões sociais, crises econômicas ou políticas muito graves, ou mesmo por ocasião da formação originária de um Estado, não são absorvíveis pela ordem jurídica vigente. Nesses momentos, a inexistência de uma Constituição (no caso de um Estado novo) ou a imprestabilidade das normas constitucionais vigentes para manter a situação sob a sua regulação fazem eclodir ou emergir este Poder Constituinte, que, do estado de virtualidade ou latência, passa a um momento de operacionalização do qual surgirão as novas normas constitucionais.

É claro que, diferentemente do Originário, o Poder Derivado Reformador está submetido a uma série de limitações, em nome não apenas da estabilidade e supremacia constitucionais, mas, sobretudo, da segurança jurídica. Conforme já dito, transformações são inerentes à sociedade e estas devem ser acompanhadas pelo ordenamento jurídico. Todavia, é certo também que, sendo a Constituição o diploma máximo de um Estado, deve manter intacto seu núcleo, com propósitos, princípios e regras básicos para a disciplina jurídica interna. Não por outro motivo, o texto constitucional é repleto de disposições de conteúdo bastante amplo e abstrato, que permitem uma aplicabilidade máxima, sem a necessidade constante de alterações.

Assim, o constituinte originário, ao promulgar o novo texto constitucional, delimita o campo de atuação do Poder Derivado Reformador, cuja função, conforme visto, é promover somente as alterações necessárias. Em geral, procura-se dificultar que essa modificação ocorra, a fim de preservar os princípios postos pelo constituinte originário. As constituições preveem um método de modificar seus próprios preceitos, para que as reformas necessárias sejam aceitas e as mudanças violentas impedidas. (CUNHA, 1985).

No que tange a estes limites, os doutrinadores apontam quatro grupos de limitações que são impostas pelo Poder Originário. De acordo com Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2007, p. 84-85), são os seguintes:

- a) temporais - quando a Constituição estabelece um período durante o qual o seu texto não pode ser modificado;
- b) circunstanciais – quando a Constituição veda a sua modificação durante certas circunstâncias excepcionais, de conturbação da vida do Estado;
- c) materiais – quando a Constituição enumera certas matérias que não poderão ser abolidas do seu texto pelo reformador;
- d) processuais ou formais – quando a Constituição estabelece certas exigências no processo legislativo de aprovação de sua modificação, tornando este distinto e mais laborioso do que aquele estabelecido para a elaboração das demais leis do ordenamento (e a existência dessas limitações que caracteriza uma Constituição como rígida).

Essas são limitações explícitas, insculpidas no próprio texto constitucional. Porém, a doutrina e a jurisprudência ainda consideram que o poder de reforma também está limitado por barreiras de caráter implícito, como, por exemplo, o reconhecimento de cláusulas pétreas implícitas (dignidade da pessoa humana, mecanismos de democracia direta, etc.) (ADIs 829, 830 e 833, do STF).

Assim, o poder constituinte derivado reformador encontra limites nas estipulações constitucionais insertas não apenas nas chamadas cláusulas pétreas encerradas no artigo 60, § 4º da Constituição Federal, mas mesmo nas demais normas, expressas e implícitas do texto constitucional, sob pena de, não as observando, criar um sistema cercado de antinomias, com contradições dentro do próprio texto constitucional, base de todo o sistema jurídico e seu ordenamento. (SILVA, 2006).

Com estas considerações, tem-se um panorama básico acerca do poder constituinte, em especial da função adaptadora advinda do poder derivado reformador. A partir desse instrumento, chegou-se à edição da emenda constitucional nº 41/2003, cujo conteúdo, muito embora tenha passado a integrar o cerne da Carta Magna, é de duvidosa compatibilidade com os demais termos trazidos pelo constituinte originário.

O conflito reside em alguns princípios constitucionais, cuja regra de ponderação pode ser aplicada considerando-se a essência do direito invocado, o que será melhor analisado nos itens subsequentes.

### 3.2 A Ponderação de Princípios Constitucionais

Conforme já destacado, um dos principais mecanismos utilizados pelo constituinte originário para dar mais estabilidade e, ao mesmo tempo, flexibilidade ao texto constitucional foi a inserção de disposições normativas dotadas de caráter extremamente amplo e genérico, que possibilitam um número grande de interpretações e visam abarcar todas as hipóteses fáticas possíveis que, se fossem enumeradas individualmente, tornariam o processo legislativo constitucional bem mais custoso, para não falar da impossibilidade de se dispor sobre todas elas.

E quando o que se tem em jogo é a análise do sentido e alcance dos direitos e garantias individuais, deve-se ter em mente que a estrutura destas normas jurídicas é de matriz basicamente principiológica.

J. J. Canotilho entende que a ponderação no direito constitucional surge para resolver casos de tensão entre bens juridicamente protegidos, sendo que apresenta os seguintes pressupostos básicos (1941, p. 1.240, grifos do autor):

[...] Em primeiro lugar, a existência, pelos menos, de dois bens ou direitos reentrantes no âmbito de protecção de duas normas jurídicas que, tendo em conta as circunstâncias do caso, não podem ser “realizadas” ou ‘otimizadas’ em todas as suas potencialidades. Concomitantemente, pressupõe a inexistência de regras abstractas de prevalência, pois neste caso o conflito deve ser resolvido segundo o balanceamento abstracto feito pela norma constitucional. Excluem-se, por conseguinte, *relações de preferência prima facie*, pois nenhum bem é, *prime facie*, quer excluído porque se afigura excessivamente débil, quer privilegiado porque, *prime facie*, se afigura como valor ‘reforçado’ ou até absoluto. Isto implica a verificação e ordenação, em cada caso ou grupos de casos específicos, de esquemas de prevalência parciais ou relativos, porque, nuns casos, a prevalência pode pender para um lado e, noutros, para outro a do segundo as ponderações ou balanceamentos efectuados *ad hoc*. Finalmente, é indispensável a *justificação* e *motivação* da regra de prevalência parcial assente na ponderação, devendo ter-se em conta sobretudo os princípios constitucionais da igualdade, da justiça e da segurança jurídica.

Como bem destaca Marcelo Campos Galuppo (1999, p. 91): “[...] o estudo dos princípios ajuda na correta compreensão de sua aplicabilidade aos casos concretos, sendo

importante não apenas sob o ponto de vista técnico, mas também serve de fundamento ético do direito moderno”.

No momento atual, a concepção de princípios jurídicos está intrinsecamente ligada a uma referência à Constituição, afinal, por ser a norma jurídica suprema da organização jurídica de um Estado, ela é o documento que alberga os princípios gerais do ordenamento e reflete a filosofia da vida jurídica.

Os princípios são espécies de normas jurídicas e formam, junto com as regras, o conjunto de proposições que compõem o ordenamento jurídico. Na definição de Robert Alexy (2008, p. 87), o conceito e a diferença entre regras e princípios se estabelecem da seguinte forma:

Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandados de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus, e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, como também das jurídicas [...]. De outro lado, as regras, são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então deve-se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm determinações no âmbito fático e juridicamente possível.

Já para Felipe Oliveira de Souza (2011, p. 95-96):

Os critérios que são usados para elaborar a distinção entre princípios e regras mostram-se muito diversos, e, às vezes, até inconciliáveis entre si. Não há um consenso, por exemplo, se entre princípios e regras (i) há uma relação de cogeneralidade, caso em que princípios e regras seriam dois gêneros autônomos de categorias normativas, ou há uma relação de especialidade, caso em que princípios e regras seriam duas espécies de uma mesma categoria conceitual designada, genericamente, com o termo ‘norma jurídica’, ou (iii) há uma relação não entre dois tipos conceituais claramente definidos, mas, sim, uma relação entre dois modos distintos de aplicar enunciados normativos a casos concretos.

É fato que o sistema de direitos e garantias integrado ao texto constitucional é dinâmico e se amolda à realidade social na qual está inserido por intermédio da hermenêutica jurídica. Ante a importância assumida pela carta política constitucional dentro do Estado de Direito, suas raízes se estendem por todo o ordenamento, sintoma típico do caráter integrador decorrente da própria unidade do Direito.

Segundo Miguel Reale (2005, p. 03):

Como fato social e histórico, o Direito se apresenta sob múltiplas formas, em função de múltiplos campos de interesse, o que se reflete em distintas e renovadas estruturas normativas. Mas é inegável que, apesar das mudanças que se sucedem no espaço e no tempo, continuamos a referir-nos sempre a

uma única realidade. [...] Deve existir, com efeito, algo de comum a todos os fatos jurídicos, sem o que não seria possível falar-se em Direito como uma expressão constante de experiência social.

Assim, é comum o operador do direito se deparar com conflito de normas e/ou princípios difíceis de serem solucionados pela hermenêutica tradicional, por meio somente de textos escritos. Neste contexto, a ponderação surge como técnica jurídica para resolver o conflito de valores que muitas vezes se igualam na importância e na hierarquia quando aplicados ao caso concreto, interpretando-os valorativamente.

Humberto Ávila (2012, p. 164-165) explica como funciona a ponderação:

A ponderação de bens consiste num método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referencia a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento. Fala-se, aqui e acolá, em ponderação de bens, de valores, de princípios, de fins, de interesses.

Para este trabalho é importante registrar que a ponderação, sem uma estrutura e sem critérios materiais, é instrumento pouco útil para a aplicação do Direito. É preciso estruturar a ponderação com a inserção de critérios. Isso fica evidente quando se verifica que os estudos sobre a ponderação invariavelmente procuram estruturar a ponderação com os postulados de razoabilidade e de proporcionalidade e direcionar a ponderação mediante utilização dos princípios constitucionais fundamentais. Nesse aspecto, a ponderação, como mero método ou ideia despida de critérios formais ou materiais, é muito mais ampla que os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade.

Ainda sobre a ponderação de princípios, especialmente aqueles que englobam os direitos fundamentais, Luigi Ferrajoli em seu artigo intitulado “Constitucionalismo Principialista Y Constitucionalismo Garantista” preleciona que (2011, p. 22-23):

[...] Hay después un segundo aspecto de esta concepción del constitucionalismo: la consideración de gran parte de las normas constitucionales – comenzando por los derechos fundamentales – no como reglas susceptibles de observancia o de inobservancia, sino, más bien, como principios que se respetan en mayor o menor medida y que, por ello, son susceptibles de ponderación cuando entran en conflicto entre sí, algo que ocurre a menudo.

[...]

Así pues, este constitucionalismo principialista y argumentativo, de clara matriz anglosajona, se caracteriza, por un lado, por el ataque al positivismo jurídico y a la tesis de la separación entre Derecho y moral; luego, por la tesis de que los derechos constitucionalmente establecidos no son reglas sino, antes bien, principios en virtual conflicto y, por ello mismo, objeto de ponderación y no de subsunción [...].<sup>3</sup>

<sup>3</sup> [...] Há depois um segundo aspecto desta concepção do constitucionalismo: a consideração de grande parte das normas constitucionais - começando com os direitos fundamentais - não como regras suscetíveis de observância ou inobservância, mas sim como princípios que se respeitam em maior ou menor extensão e, portanto, são suscetíveis de ponderação quando entram em conflito entre si, algo que ocorre com frequência.

Dessa forma, a técnica da ponderação deve ser utilizada quando o caso concreto admitir a aplicação de vários princípios conflitantes entre si, conjugando tais preceitos de maneira que eles se entrelacem de forma harmoniosa e resolvam o conflito social, sem que haja a subsunção de qualquer um deles.

Os princípios, segundo Ronald Dworkin (2002, p. 24), não seguem a ideia do “tudo ou nada”, como acontece com as regras, que são disposições de caráter objetivo. Isso não significa, porém, que os princípios possam ser aplicados de forma discriminatória a situações que envolvam o mesmo conflito (dois pesos, duas medidas), podendo, inclusive, haver soluções distintas a depender das particularidades do caso concreto, afinal, os princípios são mecanismos que propiciam critérios para tomada de posição diante de situações concretas indeterminadas.

Como bem destacado também por Robert Alexy (2008, p. 90), os princípios:

Não contêm mandados definitivos mas somente *prima facie*. Do fato que um princípio valha para um caso não se infere que o que o princípio requer deste caso valha como resultado definitivo. Os princípios apresentam razões que podem ser ultrapassadas por outras razões opostas (...). Totalmente distinto é o caso das regras. Como as regras exigem que se faça exatamente como nelas se ordena, contêm uma determinação do âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas.

Sobre conjugação dos princípios quando o julgador utiliza a ponderação, escreve Luis Roberto Barroso (2004, p.357):

A clareza é muito importante para que se possa conhecer a sutil diferença entre os objetos da ponderação que são dignos de sopesamento. E de alguma forma, cada um desses elementos devera ser considerado na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto, de modo que na solução final, tal qual em um quadro bem pintado, as diferentes cores possam ser percebidas, ainda que uma ou algumas delas venham a se destacar sobre as demais. Esse é, de maneira geral, o objeto daquilo que se convencionou denominar Técnica da Ponderação.

A solução do conflito entre regras é diferente da adotada para conflito entre princípios. Enquanto neste prevalece a ponderação, naquele a subsunção é o meio mais adequado. Contrariamente à ideia exposta até aqui, parte da doutrina considera não ser necessária a conjugação de princípios constitucionais quando há conflito entre estes

---

[...]

Portanto, este constitucionalismo principialista e argumentativo, de clara matriz anglo-saxônica é caracterizada, por um lado, pelo ataque ao positivismo jurídico e à teoria da separação entre Direito e moral; logo, pela teoria de que os direitos constitucionalmente estabelecidos não são regras, mas sim princípios em virtual conflito e, como resultado, objeto de ponderação e não de subsunção. (Tradução livre da autora)



postulados de mesma hierarquia. Para esta corrente, liderada por Robert Alexy, quando há conflitos de princípios, um deles deve prevalecer sobre o outro.

Alexy (2008, p. 93) escreve sobre a colisão de princípios:

Se dois princípios colidem - o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder, isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que ele devesse ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições.

Para contribuir com a compreensão da estrutura das soluções de colisões, o filósofo alemão cria a lei de colisão, demonstrando que é o resultado da ponderação que deve ser objeto de fundamentação.

Quando um princípio limita a aplicabilidade jurídica do outro, observando-se o caso concreto, deve-se estabelecer uma relação de “precedência condicionada” entre os dois postulados, ou seja, devem ser apontadas as condições necessárias para que um princípio seja aplicado em detrimento do outro.

Assim, as condições sobre as quais um princípio precede o outro são determinadas por intermédio da análise do peso dos princípios postos em questão. Alexy (2008, p. 97) determina o peso dos princípios opostos da seguinte forma:

O conceito de relação condicionada de precedência oferece uma resposta simples. Em um caso concreto, o princípio P1 tem um peso maior que o princípio colidente P2 se houver razões suficientes para que P1 prevaleça sobre P2 sob as condições C, presentes nesse caso concreto.

A lei de colisão trata da conexão entre relações de precedência condicionada a regras e, e assim definida pelo mesmo doutrinador:

Se o princípio P1 tem precedência em face do princípio P2 sob as condições C: (P1 P P2) C, e se do princípio P1, sob as condições C, decorre a consequência R, então vale uma regra que contem a C como pressuposto de fato e a R como consequência jurídica:  $C \rightarrow R$ . (ALEXY, 2008, p. 99).

Humberto Ávila organiza a ponderação em etapas para que a técnica seja feita de forma estruturada. Para o autor, há três etapas fundamentais: a primeira trata-se da “preparação da ponderação”, onde os elementos e argumentos são analisados de forma minuciosa; a segunda etapa é a “realização da ponderação”, onde se fundamenta a relação existente entre os objetos de sopesamento, sendo que “no caso da ponderação de princípios, essa deva indicar a relação de primazia entre um e outro”; e por fim, a terceira etapa, da

“reconstrução da ponderação” onde se formulam regras de relação, pretendendo a validade para além do caso. (AVILA, 2012, p. 165-166).

Diante de tudo aqui exposto, torna-se evidente que, apesar de haver duas correntes distintas a respeito da ponderação de princípios, o julgador, ao se deparar com a tensão entre enunciados, devera analisar as circunstâncias e características do caso concreto sob julgamento, buscando uma conjugação recíproca dos postulados, de modo que nenhum deles tenha a sua incidência totalmente excluída. Contudo, o julgador deve também ter em mente que, haverá casos onde não será possível alcançar qualquer harmonização, o que acarretará ao afastamento de um dos elementos normativos fundamentantes. Tudo dependerá do caso concreto em análise.

### **3.3 A Emenda Constitucional n.º 41/2003 e Legislações Afins**

O advento da Emenda Constitucional n.º 41/2003 representou um aprofundamento significativo das alterações iniciadas pela Emenda Constitucional n.º 20/1998. As modificações decorrentes da promulgação destas duas emendas inserem-se, num quadro geral, no processo de mudanças feitas em diversos países, ante a crise evidente pela qual passavam seus sistemas previdenciários, causada principalmente pelas dificuldades quanto ao financiamento destes regimes (baseados no sistema de repartição), sendo as causas dessa instabilidade já bem conhecidas: o significativo aumento da expectativa de vida, a redução da natalidade das últimas décadas, o pequeno número de contribuintes do sistema se comparado ao de benefícios concedidos, além da má gestão dos recursos destinados à sua manutenção.

Com a primeira reforma da previdência dos servidores públicos (Emenda Constitucional n.º 20/1998), alterou-se a redação do art. 40 da CF, o qual atribuiu caráter contributivo ao sistema, com a observância de critérios que buscassem manter o equilíbrio financeiro e atuarial, com participação significativa do ente público. Essas foram as primeiras mudanças significativas implantadas, muito embora nem todas tenham sobrevivido, posteriormente, a uma análise do controle de constitucionalidade. Sobre o sistema contributivo, discorre Odete Medauar (2004, p. 335):

O regime de caráter contributivo é aquele em que há contribuição direta do servidor para que este tenha direito à aposentadoria. Além disso, há também o aporte de recursos do respectivo ente estatal. Com o objetivo de assegurar recursos para o pagamento dos proventos de aposentadoria e pensões concedidas aos respectivos servidores e dependentes, em adição aos recursos dos respectivos tesouros, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão construir

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 desse fundo (art. 249 das Disposições Constitucionais Gerais, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 20/98).

Nesse contexto, após a promulgação da Emenda Constitucional nº 20/1998, entrou em vigor, em 28 de janeiro de 1999, a Lei n.º 9.783/99, que dispunha sobre a contribuição do servidor público ativo e inativo para financiamento da previdência, calculado na base de 11% sobre a totalidade dos proventos, para fins de complementação do sistema. Foi a primeira tentativa de enquadrar os inativos e pensionistas no rol de contribuintes do Regime Próprio de Previdência dos servidores. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal concedeu liminar favorável na ação direta de inconstitucionalidade nº 2.010, impetrada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil contra a cobrança de contribuições previdenciárias sobre aposentadorias e pensões, bem como o aumento progressivo de alíquotas:

[...]

A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NÃO ADMITE A INSTITUIÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL SOBRE INATIVOS E PENSIONISTAS DA UNIÃO.

- A Lei no 9.783/99, ao dispor sobre a contribuição de seguridade social relativamente a pensionistas e a servidores inativos da União, regulou, indevidamente, matéria não autorizada pelo texto da Carta Política, eis que, não obstante as substanciais modificações introduzidas pela EC no 20/98 no regime de previdência dos servidores públicos, o Congresso Nacional absteve-se, conscientemente, no contexto da reforma do modelo previdenciário, de fixar a necessária matriz constitucional, cuja instituição se revelava indispensável para legitimar, em bases validas, a criação e a incidência dessa exação tributaria sobre o valor das aposentadorias e das pensões.

O regime de previdência de caráter contributivo, a que se refere o art. 40, caput, da Constituição, na redação dada pela EC no 20/98, foi instituído, unicamente, em relação ‘Aos servidores titulares de cargos efetivos...’, inexistindo, desse modo, qualquer possibilidade jurídico- constitucional de se atribuir, a inativos e a pensionistas da União, a condição de contribuintes da exação prevista na Lei no 9.783/99. Interpretação do art. 40, §§ 8o e 12, c/c o art. 195, II, da Constituição, todos com a redação que lhes deu a EC no 20/98. (ADI nº 2010 – MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 14/04/2002). (BRASIL, 1999).

Ao conceder a liminar, o STF considerou relevante a arguição de inconstitucionalidade, entendendo que a Constituição Federal havia excluído expressamente os inativos e pensionistas das fontes de custeio da Previdência. Ademais, como no RGPS não havia previsão semelhante, os Ministros entenderam, por analogia, que no Regime Próprio de Previdência também não deveria haver. Com a revogação do art. 2º da Lei nº 9.783/1999 pela

Lei nº 9.988/2000, a ADI nº 2.010 foi considerada prejudicada por falta de objeto e extinta sem o julgamento do mérito.

A preocupação com a reforma da Previdência, contudo, não parou por aí, pois ainda persistiam os argumentos acerca da necessidade do aumento da arrecadação, para equilibrar as finanças públicas, e ainda equalizar a necessidade do pagamento dos benefícios para uma imensa quantidade de beneficiários, que, em sua maioria, são constituídos de aposentados e pensionistas.

Com o objetivo de trazer novas fontes de custeio para o sistema, o Governo Federal conseguiu, em articulação com o Congresso Nacional, a aprovação da proposta que resultou na Emenda Constitucional nº 41/2003 (por várias vezes rejeitada), através da qual se autorizou a instituição de contribuição previdenciária a incidir sobre os proventos dos aposentados e pensionistas do serviço público, alcançando até mesmo aqueles que já estavam na inatividade antes da data da promulgação da referida emenda. A segunda Reforma da Previdência modificou o art. 40 da CF e revogou a Emenda Constitucional nº 20/1998:

Art. 1º. A Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, e assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

§ 18. Incidirá contribuição sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas pelo regime de que trata este artigo que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.

[...]

Art. 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.

Com essa modificação, aposentados e pensionistas, que antes tinham seus proventos isentos de contribuição previdenciária, foram alçados à categoria de contribuintes obrigatórios, igualados àqueles que ainda estavam em atividade. Referida contribuição foi instituída e regulamentada através da Medida Provisória nº 167/2004, posteriormente convertida na Lei nº 10.887/04.

Como se pode ver, os fins almejados pela Segunda Reforma da Previdência foram, em síntese: diminuir as distorções entre as aposentadorias concedidas aos trabalhadores do setor privado e aos servidores públicos, reduzindo as diferenças entre o Regime Próprio e o Regime Geral de Previdência Social. Da mesma forma, tal como estabelecido pela primeira vez com a Emenda Constitucional nº 20/1998, a intenção do Governo Federal era diminuir gastos com inativos, estabelecendo um equilíbrio que, muito além de atuarial, também reflete na responsabilidade fiscal dos administradores, já que gastos com pessoal encontram limite fixo estabelecido pela Lei Complementar 101/00. Eis um trecho da exposição de motivos da reforma:

Dessa forma, com as medidas ora propostas, almeja-se corrigir as distorções do atual modelo, propiciando, também, maior equidade entre os regimes de Previdência Social, flexibilidade para a política de recursos humanos, adequação ao novo perfil demográfico brasileiro, melhoria dos resultados fiscais e, sobretudo, a garantia de que as obrigações decorrentes das previsões constitucionais serão, efetivamente, cumpridas em relação ao direito de o servidor público ter uma aposentadoria digna de forma sustentável e sem privar o restante da sociedade dos recursos necessários para o crescimento e desenvolvimento desta Nação.

O cálculo da contribuição obedece aos parâmetros estabelecidos pelo art. 1º da Lei nº 10.887/04, *in verbis*:

Art. 1º—No cálculo dos proventos de aposentadoria dos servidores titulares de cargo efetivo de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, previsto no § 3º do art. 40 da Constituição Federal e no art. 2º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, será considerada a média aritmética simples das maiores remunerações, utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência a que esteve vinculado, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência.

§ 1º—As remunerações consideradas no cálculo do valor inicial dos proventos terão os seus valores atualizados mês a mês de acordo com a variação integral do índice fixado para a atualização dos salários-de-contribuição considerados no cálculo dos benefícios do regime geral de previdência social.

§ 2º—A base de cálculo dos proventos será a remuneração do servidor no cargo efetivo nas competências a partir de julho de 1994 em que não tenha havido contribuição para regime próprio.

§ 3º—Os valores das remunerações a serem utilizadas no cálculo de que trata este artigo serão comprovados mediante documento fornecido pelos órgãos e entidades gestoras dos regimes de previdência aos quais o servidor esteve vinculado ou por outro documento público, na forma do regulamento.

§ 4º—Para os fins deste artigo, as remunerações consideradas no cálculo da aposentadoria, atualizadas na forma do § 1º deste artigo, não poderão ser:

I - inferiores ao valor do salário-mínimo;

II - superiores ao limite máximo do salário-de-contribuição, quanto aos meses em que o servidor esteve vinculado ao regime geral de previdência social.

§ 5º—Os proventos, calculados de acordo com o caput deste artigo, por ocasião de sua concessão, não poderão ser inferiores ao valor do salário-mínimo nem exceder a remuneração do respectivo servidor no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria.

Além da contribuição sobre proventos, a Emenda Constitucional nº 41/2003 fixou, ainda, que os inativos e pensionistas em gozo dos benefícios na data da publicação da Emenda contribuiriam para o custeio do regime com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos (art. 4º da Emenda Constitucional 41/2003).

Com isso, estabeleceu-se, mais uma vez, a tributação dos inativos e pensionistas do serviço público, a par de todas as discussões que já rondavam em torno da causa quando da primeira reforma da Previdência. As disposições normativas encontram-se ainda em vigor, mas diversas ações de controle de constitucionalidade já foram propostas no intuito de questionar a medida, mormente sob o fundamento de que os aposentados, por já não se encontrarem mais em atividade, e os pensionistas por estarem no gozo de benefício que lhes são devidos face a condição de dependentes, estariam amparados pelo direito adquirido à não incidência de contribuições previdenciárias sobre seus proventos.

### **3.4 A Colisão de Princípios na Emenda Constitucional n.º 41/2003**

Da análise do conteúdo da Emenda Constitucional n.º 41/2003, é possível verificar inequívoca colisão entre princípios constitucionais, além de brutal afronta a direitos e garantias fundamentais dos aposentados e pensionistas, que passaram a ser iguados aos contribuintes ativos para fins de financiamento do regime especial previdenciário, senão veja-se.

De um lado percebe-se que o legislador, no exercício do Poder Reformador, ao alçar os inativos à categoria de contribuintes obrigatórios, foi de encontro aos princípios do direito adquirido, da segurança jurídica, da irredutibilidade dos vencimentos, e da vedação de tratamento fiscal diferenciado entre contribuintes da mesma natureza.

Por outro lado, ao mesmo tempo em que suprimiu tais garantias dos servidores públicos, justificou-se a atitude em benefício de outros interesses constitucionais relevantes, tais como: princípios da solidariedade, dignidade humana, e equilíbrio atuarial.

Diante dessa colisão entre princípios constitucionais, o Poder Constituinte Derivado Reformador não pode simplesmente modificar ou inserir uma regra com base em princípios mais ou menos importantes, usando o método de ponderação entre eles, uma vez que os princípios são relativos e dependem de possibilidades valorativas e contextuais.

Nas palavras de Humberto Ávila (2012) nem todos os princípios são aplicados de maneira concorrente com outros e nem todos podem ser “calibrados” de tal modo a receber um “peso” maior ou menor diante do caso concreto.

O mesmo autor critica o conceito restrito de ponderação ou balanceamento dos princípios:

O critério de distinção entre regras e princípios, baseado no conceito restrito de ponderação, conduz a um outro critério – o ‘modo de colisão’: quando duas regras entram em colisão, ou se abre uma exceção que afasta o conflito, ou uma das duas regras deve ser declarada inválida, ao passo que quando dois princípios entram em conflito, ambos mantêm a sua validade, estabelecendo-se, porém, uma espécie de hierarquia móvel e concreta entre eles.

Desse modo, a questão crucial passa a ser a de descobrir se os princípios podem ser definidos como ‘normas carecedoras de ponderação’. Em outras palavras, e preciso perquirir se a ponderação é um elemento essencial, definitório, dos princípios, de tal sorte que o uso da palavra ‘princípio’ conote, necessariamente, a propriedade da ‘defectibilidade’ no sentido restrito de ‘afastabilidade’ por razões contrárias. Aceitar essa propriedade e

conceituar os princípios como normas derrotáveis, vencíveis ou afastáveis em razão de outra norma. Todos esses adjetivos podem ser sintetizados na expressão ‘relativismo axiológico’. (AVILA, 2012. p. 137).

Com esse entendimento, pretende-se defender que os princípios não podem estar em um grau de concorrência, mas, sim, de complementaridade.

O posicionamento da professora Iara Rodrigues de Toledo sobre a colisão de princípios também merece destaque (2009, p. 9780):

Portanto, supondo-se o julgamento de um caso *sub judice*, no qual colocam-se dois ou mais direitos fundamentais em rota de colisão, dever-se-á maximizar, na interpretação, o princípio da dignidade da pessoa humana, minimizando-se o outro ou os demais. Num outro plano, urge considerar não se paramentar como absoluto este princípio-mor, sendo certo que no jogo de balanceamento, imanente ao princípio constitucional implícito da proporcionalidade e respectivos corolários, este poderá sofrer relativização no plano decisório do discurso jurídico.

Nesse sentido, os princípios que justificaram a votação favorável à contribuição dos aposentados e pensionistas, bem como os outros princípios que serviram de base para os votos

contrários, são de igual relevância e não podem ser excluídos uns em detrimento de outros, devendo ser observado uma complementação entre eles, em conjunto também com as normas constitucionais.

Assim, quando certos princípios estão concorrendo entre si, torna-se necessário direcionar a ponderação e harmonizar os valores, realizando as menores restrições sobre as disposições normativas envolvidas e da maneira mais proporcional possível, com o objetivo de encontrar uma otimização que suplante o conflito posto.

De toda forma, a mudança da disciplina constitucional acerca da previdência dos servidores públicos causou discussões sérias, sobretudo quanto à (in)segurança jurídica que a medida acabou por gerar, pois deixou transparecer a ideia de uma grave instabilidade institucional, em face das constantes mudanças da legislação, senão veja-se.

### 3.4.1 Do direito adquirido

Pela redação originária da Constituição de 1988, bastava ao servidor público adquirir o tempo de serviço para que ele pudesse se aposentar, recebendo proventos com base no cargo efetivo, como se não houvesse a interrupção na carreira. É evidente, portanto, que o regime anterior era bem mais benéfico ao aposentado/pensionista, já que reposicionamentos, gratificações, aumentos salariais ou qualquer outro tipo de vantagem era estendida também ao servidor aposentado.

De acordo com a antiga redação do art. 40 da CF, têm-se:

O servidor será aposentado: I - por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrentes de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, e proporcionais nos demais casos; II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço; III - voluntariamente: a) aos trinta e cinco anos de serviço, se homem, e aos trinta, se mulher, com proventos integrais; b) aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais; c) aos trinta anos de serviço, se homem, e aos vinte e cinco, se mulher, com proventos proporcionais a esse tempo; d) aos sessenta e cinco anos de idade, se homem, e aos sessenta, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço. § 1º - Lei complementar poderá estabelecer exceções ao disposto no inciso III, 'a' e 'c', no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas. § 2º - A lei disporá sobre a aposentadoria em cargos ou empregos temporários. § 3º - O tempo de serviço público federal, estadual ou municipal será computado integralmente para os efeitos de aposentadoria e de disponibilidade. § 4º - Os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos 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, na forma da lei. § 5º - O benefício da pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, até o limite estabelecido em lei, observado o disposto no parágrafo anterior.

Importante destacar que a Constituição anterior impedia que o aposentado recebesse mais na inatividade se comparado à renda percebida durante a atividade, na medida em que os anos corroíam os proventos sem que houvesse uma justa recomposição. (MATTOS, 2005).

Conforme dito anteriormente, o Poder Constituinte derivado é cercado por uma série de limitações de ordens variadas, em especial, as de aspecto material, ou seja, barreiras que impedem o legislador de dispor do poder de reforma para tratar sobre todo e qualquer assunto, havendo cláusulas sobre as quais o âmbito de atuação é muito restrito (cláusulas pétreas). Assim, o art. 60, § 4º. IV, da CF estabelece as limitações materiais que, entre outros, impedem que haja deliberação de Emenda Constitucional tendente a abolir direitos e garantias individuais. Na lição de José Afonso da Silva (2003, p. 67):

Discute-se, em doutrina, sobre os limites do poder de reforma constitucional. É inquestionavelmente um poder limitado, porque regado por normas da própria Constituição que lhe impõem procedimento e modo de agir, dos quais não pode arredar sob pena de sua obra sair viciada, ficando mesmo sujeita ao sistema de controle de constitucionalidade.

Dessa forma, o constituinte derivado, jamais pode se valer do poder de reforma para abolir normas que extingam ou prejudiquem a proteção e alcance de direitos fundamentais, contidos na Lei Maior, dentre eles o direito adquirido.

Celso Bastos (1994, p. 43) assim dispôs acerca do direito adquirido:

[...] constitui-se num dos recursos de que se vale a Constituição para limitar a retroatividade da lei. Com efeito, esta está em consoante mutação; o Estado cumpre o seu papel exatamente na medida em que atualiza as suas leis. No entretanto, a utilização da lei em caráter retroativo, em muitos casos, repugna porque fere situações jurídicas que já tinham por consolidadas no tempo, e esta é uma das fontes principais da segurança do homem na terra.

É sabido que as emendas constitucionais estão sujeitas à análise das ações de controle concentrado de constitucionalidade, de forma a verificar se o legislador-reformador respeitou os parâmetros fixados no art. 60 da Constituição Federal, afinal, todos os atos jurídicos devem respeito à Carta Magna, sob pena de se deturpar toda a ordem construída após anos de lutas e conquistas do povo. (MORAIS, 2010).

Partindo dessa premissa, com a promulgação da Emenda Constitucional n.º 41/2003 algumas questões vêm à tona: referida emenda, ao estabelecer que inativos e pensionistas devem contribuir para o Sistema Previdenciário, violou o direito fundamental ao ato jurídico perfeito? Poderia o Poder Reformador desfazer uma situação jurídica já consolidada pelo ordenamento jurídico pátrio?

Nas lições de Carlos Ayres Britto e Valmir Pontes Filho (1995, p. 75-76), tem-se a seguinte concepção de direito adquirido:

1.1. Há direito adquirido, sim, contra as emendas constitucionais. O que não há é direito adquirido contra a Constituição, tal como originariamente posta, [...] 1.2. Noutros termos [...] somente a Constituição originária é que se põe na linha de largada do Direito Positivo. [...] Isto, pelo fato de que seu órgão de elaboração (Assembléia Nacional Constituinte, no caso brasileiro) é o único a se caracterizar como instância capaz de normar sem ser normada; [...] 1.3. Nada escapa à força de construção e ao mesmo tempo de demolição normativa da Constituição originária [...] É exprimir: todas as relações possíveis e imagináveis estão à mercê da Constituição e por isso é que se pode ajuizar que contra ela não há direito adquirido.

.....  
2.1. Não é bem isso o que sucede com as emendas à Constituição, que já se encontram a meio caminho do Direito Positivo. Seu órgão de elaboração é destituído da característica de instância exclusivamente normante, exatamente porque já derivado da primária manifestação de vontade normativa daquele que elabora a Constituição. [...] 2.2. Pois bem, por não ser possível reconhecer ao órgão de produção das emendas constitucionais a ontologia de um verdadeiro poder constituinte, mas apenas a de um poder reformador, é centro deliberativo que não exercita a plenitude de um poder correlatamente desconstituinte. Ele não zera a contabilidade jurídica anterior e daí a compreensão de se tratar de um aparelho decisório que não tem a força de ignorar de todo a Constituição preexistente, pois somente pode normar nos termos em que pela Constituição mesma já se encontra normado. 2.3. Daqui se conclui, obviamente, que a permanência ou não de um direito já adquirido é matéria que se equaciona, antes de tudo, à face do originário texto Maior. E não das emendas à Constituição, propriamente. É sempre necessário ver se existe, no assoalho da própria Constituição, um regime específico para o chamado direito adquirido, imune à incidência das próprias emendas.

O direito adquirido é um direito fundamental alcançado constitucionalmente no art. 5º, XXXVI da Constituição Federal. O Decreto-lei nº 4.657/42, conhecido como Lei de Introdução ao Código Civil, com as alterações da Lei nº 3.238/57, estabelece em seu art. 6º, § 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 pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem’.

Quanto ao direito dos inativos e pensionistas do serviço público, Hely Lopes Meirelles (apud SILVA, 2006, p.69) defende que não existe um direito adquirido a regime jurídico, mas afirma a existência do chamado “direito adquirido de ordem individual”, ou

seja, os efeitos jurídicos produzidos no passado e que foram incorporados ao patrimônio jurídico dos servidores ativos e inativos, bem como de seus pensionistas:

[...] os efeitos jurídicos já produzidos, não as meras expectativas de direito, na medida em que estas não caracterizam direito adquirido, justamente porque, por serem expectativas, ainda não terem se concretizado, não produziram efeitos anteriormente à norma nova.

A questão, portanto, conforme mencionado supra, vai muito além do dogma do direito adquirido a um regime jurídico, enveredando pelo aspecto da segurança jurídica dos negócios legais, pois as condições iniciais que justificaram a adesão do servidor ao sistema não estariam sendo respeitadas. Grosso modo, é como se fosse fomentado um contrato, no qual durante anos uma das partes adimpliu sua obrigação, e no ato de percepção da obrigação da outra parte e aperfeiçoamento do negócio, o sujeito ora passivo, que já se beneficiou das contribuições vertidas pelo pólo ativo do negócio, impusesse nova obrigação como condição para o cumprimento de sua parte no negócio, em prejuízo única e exclusivamente do segurado, mesmo porque, diante de tamanhos desmandos, a ele não seria dado sequer pleitear o desfazimento do negócio e a repartição dos valores já pagos, sob o argumento de descumprimento contratual, dado o caráter impositivo atribuído à nova sujeição tributária. Em que pese a alegação de que a relação ora tratada é de direito público, sendo portanto indevida a analogia com negócios de ordem privada, vale destacar que mesmo nas relações de direito público os princípios legais e constitucionais 'costumam' ser observados, sendo o princípio da segurança jurídica comum a todos. (SILVA, 2006, p. 69).

Ademais, como muito bem destaca Carlos Velloso (1994, p. 448-449), o poder constituinte derivado deve respeito ao direito adquirido, posto tratar-se de obra do poder constituinte original: "Ademais, um direito adquirido por força da Constituição, obra do Poder constituinte originário, há de ser respeitado pela reforma Constitucional, produto do Poder Constituinte instituído, ou de 2º grau, vez que este é limitado, explícita e implicitamente, pela Constituição".

Resta claro, portanto, que o sistema previdenciário dos servidores públicos inaugurado originariamente com a Constituição Federal de 1988 constitui direito adquirido pela classe quando da promulgação da nova ordem constitucional e, sendo mais benéfico, integra, plenamente o patrimônio jurídico desses indivíduos, não podendo ser suprimido ou drasticamente alterado em prejuízo destes.

### 3.4.2 Do ato jurídico perfeito

Importante destacar a relevância deste princípio, uma vez que o direito adquirido foi estudado no item anterior. A Constituição Federal, em seu art. 5.º, XXXVI, determina que: "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

Portanto, essas garantias visam impedir que o indivíduo seja prejudicado por um lei nova que modifique situações já consolidadas na vigência de lei pretérita. Trata-se de uma proteção e uma segurança jurídica frente ao Estado.

Como bem conceitua André Ramos Tavares (2008, p. 704): “O ato jurídico perfeito é aquela relação reconhecida pelo Direito que já se completou em sua inteireza, ainda que não tenham produzido todos os efeitos previstos no momento de sua finalização”.

Celso Ribeiro Bastos expressa seu conceito sobre o ato jurídico perfeito no seguinte sentido (1999, p. 220):

A rigor, o ato jurídico perfeito está compreendido no direito adquirido. Em outras palavras, não se pode conceber um direito adquirido que não advenha de um ato jurídico perfeito.

Parece que o constituinte teve mais em mira, ao cogitar desta matéria, de seus aspectos formais, vale dizer, é ato jurídico perfeito aquele que se aperfeiçoou, que reuniu todos os elementos necessários à sua formação, debaixo da lei velha.

Assim, se alguém desfruta de um direito por força de um ato que cumpriu integralmente as etapas da sua formação debaixo da lei velha, não pode ter este direito negado só porque a lei nova exige outra exteriorização do ato.

Sobre o ato jurídico perfeito o seguinte posicionamento merece destaque:

O direito adquirido situa-se antes do ato jurídico perfeito, porém, depois da expectativa de direito [...].

Em tais condições, o direito à aposentadoria do atual servidor, ainda que não consumado, já se encontra constituído e integrado ao seu patrimônio material, na qualidade de direito adquirido, desde o momento de seu ingresso no serviço público como exercente de cargo efetivo, oponível à lei nova, por força do mandamento contido no art. 5.º XXXVI, da Magna Carta.

[...] Essa inovação de tributar inativos fere mais do que o direito adquirido, pois atinge frontalmente o ato jurídico perfeito. Uma vez aposentado o servidor, dentro das regras vigentes, configura-se ato jurídico perfeito que o torna imutável. É o que decorre dos textos constitucionais examinados. (HARADA, 2003).

Nesse sentido, o ato jurídico perfeito corresponde àquele já realizado, sob as normas vigentes na época, o que trazendo para o caso em estudo, corresponde aos servidores públicos aposentados, ou ainda, aos seus dependentes pensionistas, que preencheram os requisitos legais para a aquisição do direito sob a égide da lei anterior que não exigia contribuição.

### 3.4.3 Da irredutibilidade dos vencimentos

No que tange à tributação dos inativos e pensionistas, importante observar que o art. 194, parágrafo único, da CF, ao elencar os princípios que regem o sistema previdenciário, acolhe, em seu inciso IV, a chamada irredutibilidade do valor dos benefícios, que, de acordo com Augusto Massayuki Tsutiya (2008, p. 38), “[...] visa manter o poder aquisitivo dos segurados que recebem benefícios da Seguridade Social”.

Como bem destacou Fábio Zambitte Ibrahim (2006, p. 28), as novas regras trazidas pela Emenda Constitucional nº 41/2003 excluíram a garantia da integralidade da remuneração na inatividade, já que o benefício passou a ser calculado por meio de média, além da extinção da paridade remuneratória entre ativos e inativos.

A incidência de contribuição previdenciária sobre proventos dos servidores que se aposentaram antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 41/2003, constitui clara violação ao jurídico perfeito (direito exercido, direito satisfeito, direito realizado), na medida em que esses indivíduos já estavam em gozo do benefício sob a égide do antigo regime, porque cumpriram todos os requisitos até então estabelecidos. “Trata-se de uma situação jurídica subjetiva definitivamente constituída que não pode ser alterada pelo legislador”. (GUARNIERI, 2004, p. 620).

Ademais, mesmo no caso dos servidores que consolidaram sua aposentadoria depois da EC 41/2003, ou os pensionistas que passaram a receber verbas após a Reforma da Previdência, vale lembrar que o sistema previdenciário é caracterizado por seu caráter retributivo, isto é, o indivíduo contribui para a manutenção do sistema, para, posteriormente, poder usufruir os benefícios. Desse modo, constitui um grande contrassenso a incidência de contribuição previdenciária sobre proventos de aposentados e pensionistas, na medida em que a tributação constituiria uma clara redução dos proventos percebidos.

No que tange ao caráter contributivo, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2004, p. 146-147) destaca que o regime previdenciário não cogita qualquer traço de solidariedade intergeracional que justifique a incidência dessa contribuição dos aposentados. A exação tem mero caráter contraprestacional, impondo-se do mesmo modo que os tributos:

As contribuições assemelhadas os tributos constituem um grupo de contribuições *sui generis*, em razão de sua exclusiva vinculação às contraprestações que deverão, sob termo e condição, ser prestadas ao servidor e aos seus dependentes, vindo a ser, enfim, o seu próprio benefício da aposentadoria e da pensão. (CONAMP, 2004, p. 146-148).

O mesmo autor ainda sublinha que o servidor, atingida a fase da inatividade, não mais custeia sua aposentadoria, nem se beneficia da contribuição, afinal, já atingiu o status de aposentado e, como tal, merece usufruir do benefício com o qual contribuiu durante a atividade. Na atual sistemática, porém, inativos e pensionistas são submetidos a regime diverso do contributivo, desvirtuando-se a ideia preconizada ao se estabelecer o sistema previdenciário. (CONAMP, 2004).

E mais: esses indivíduos alcançaram a qualidade de beneficiários após um longo caminho percorrido, preenchidos todos os requisitos legais (inclusive o pagamento de valores para o sustento da previdência), depois de anos contribuindo, enquanto ativos, para o equilíbrio atuarial e financeiro do sistema e, atingindo a inatividade (ou consolidada a situação do pensionista), não se justifica o enquadramento destes indivíduos no rol de contribuintes obrigatórios, justificando-se com a necessidade do aumento de arrecadação para a manutenção da previdência.

A tributação, nesse caso, constitui uma clara afronta ao princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios, já que retira do beneficiário parte de sua verba (que tem indiscutível caráter alimentar) para continuar a manter um sistema com o qual ele já contribuiu. Neste contexto, manter a exação dos inativos e pensionistas é situação que vai totalmente de encontro com a disciplina constitucional sobre a matéria.

Aposentados e pensionistas possuem direito adquirido também com relação aos valores e regras de atualização dos proventos recebidos, e não podem ser suprimidos ou modificados via emenda constitucional, de modo a prejudicar seus titulares. No destaque de R. Limongi França (2000, p. 155-156), “[...] a diferença entre expectativa de direito e direito adquirido está na existência, em relação a este, de fato aquisitivo específico já configurado por completo”.

Logo, as aposentadorias e pensões, enquanto benefícios previdenciários, não podem ter o valor reduzido, mormente a título de exação, já que devem suprir os mínimos necessários à sobrevivência dos beneficiários com dignidade, o que está em consonância com o princípio da irredutibilidade dos benefícios.

Segundo o doutrinador Wladimir Novaes Martinez (2006, p. 49):

A irredutibilidade do montante dos benefícios significa duas coisas: 1) eles não podem ser onerados, em particular, com deduções previdenciárias (contribuição); e 2) devem manter o poder aquisitivo do quantum original, apurado em certo momento, por meio do parâmetro definido segundo lei ordinária e em face das circunstâncias de cada momento histórico.

Ainda sobre a questão do preceito fundamental da irredutibilidade do valor dos benefícios, Wagner Balera menciona em sua obra que (2010, p. 275):

As necessidades básicas do indivíduo e de seu grupo familiar serão atendidas em conformidade com o princípio da integridade que PATRICIO NOVOA explicita como sendo a '*garantia del valor real de las prestaciones*'.

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

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

Tão importante é a garantia da manutenção do poder monetário da prestação que dela cogita um dos princípios da seguridade social, denominado irredutibilidade do valor dos benefícios (art. 194, IV, da Constituição), que se concretiza por diversos modos, um dos quais aquele previsto na própria Lei Suprema, concernente ao reajustamento periódico das prestações.

Prossegue o mesmo autor:

Entendo que não pode a emenda à Constituição, em virtude do princípio da irredutibilidade, provocar diminuição nos proventos da inatividade mediante critérios que, adredemente, tornem impossível a obtenção de padrão de vida digno do trabalhador. (BALERA, 2010, p. 281).

Dessa forma, qualquer dedução nos benefícios da Previdência Social deveria ser rechaçado, uma vez que inconstitucional por afrontar o princípio em comento, sendo que, ao reduzir os proventos, atinge negativamente o padrão de vida do aposentado e pensionista.

#### 3.4.4 Da vedação de tratamento fiscal diferenciado entre contribuintes da mesma natureza

O art. 195, II, da CF estabelece como uma das fontes de custeio da Seguridade Social a contribuição do trabalhador e demais segurados, excluindo, expressamente, exação sobre proventos de aposentadoria e pensão concedidas pelo RGPS, estabelecendo-se imunidade de contribuição previdenciária aos aposentados e pensionistas.

Por outro lado, quando a reforma trazida pela Emenda Constitucional nº 41/2003 estabeleceu que servidores aposentados e pensionistas do regime específico estariam incluídos no rol de contribuintes do sistema previdenciário, criou-se um tratamento claramente diferenciado para a categoria, muito embora as situações não comportem tal diferenciação.

Eis a contradição: há imunidade para o regime geral e não há para o regime específico dos servidores públicos.

É evidente que o mero fato de o segurado integrar regime jurídico diferenciado não constitui razão plausível a justificar a derrubada do direito à imunidade, que, aliás, é garantia fundamental de todo contribuinte, integrando o chamado “estatuto do contribuinte” que, de acordo com Humberto Ávila (2001, p.01), “[...] denota um conjunto de normas que regula a relação entre o contribuinte e o ente tributante”.

Nesse sentido, vejam-se as anotações de José Afonso da Silva (2003, p. 21):

Em conclusão, de duas uma, a contribuição dos inativos é uma forma de tributo sem causa, um tipo de capitação, ou se caracteriza como uma tributação da renda (proventos de qualquer natureza). No primeiro caso, tem-se uma apropriação de recursos de uma categoria de pessoas, que não se enquadra em nenhuma forma legítima de tributação constitucionalmente prevista. Em tal situação a exação padece de inconstitucionalidade, porque retira parte do patrimônio de um grupo de pessoas, sem causa. No segundo caso, a inconstitucionalidade é ainda mais brutal, porque faz incidir uma espécie de tributação da renda apenas sobre uma categoria de pessoas, num *bis in idem* ilegítimo, que caracteriza um tratamento desigual em relação a quem não pertence à mesma categoria.

É certo que o regime jurídico dos servidores públicos ativos é bastante diferenciado se em comparação aos dos trabalhadores da iniciativa privada, sendo estes regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, e aqueles por estatutos específicos. Contudo, no que se refere às normas gerais da previdência social, ambos são regidos pelos mesmos princípios e devem ter tratamento igual, até porque os dois regimes são de caráter contributivo e estão disciplinados, expressamente, na Constituição Federal. O tratamento diferenciado estabelece uma clara ofensa ao princípio da isonomia, já que está se atribuindo tratamento diferenciados para situações equivalentes, desigualando servidor aposentado do trabalhador inativo.

O princípio da isonomia ou igualdade tributária está previsto no art. 150, II, da CF. Além disso, o § 12 do art. 40 da Magna Carta prevê que “além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social”. Ou seja, as normas do RGPS complementam o regimento específico dos servidores, desde que com ele sejam compatíveis. É certo, portanto que a base de ambos os sistemas são iguais e, portanto, não admite tratamentos diferenciados entre seus beneficiários, aplicando-se, plenamente, o art. 195, II, da CF, que veda a exação dos inativos e pensionistas.



Com relação aos critérios adotados pelo legislador para se estabelecer tratamentos diferenciados, sob a ótica da isonomia, destacam-se as observações de Eduardo Sabbag (2012, p. 137, grifo do autor):

Vale dizer que esta dimensão da igualdade mostra-se como cláusula geral de proibição do arbítrio, obstaculizando ao legislador a adoção de critérios casuísticos e opções políticas no tratamento normativo das situações equivalentes, que o levem a promover discriminações gratuitas e artificiais.

Na perspectiva da 'igualdade na lei', a isonomia se mostra como a paridade entre pessoas perante situações semelhantes ou, no plano da diferenciação possível, como a disparidade entre pessoas, em face de situações dessemelhantes.

A propósito destas últimas, insta mencionar que o legislador será chamado a enfrentar a legitimidade dos critérios adotados, com base na *razoabilidade*. Sendo assim, o Estado, diante de diferenças reais, pode se abrir à discriminação, desde que esta seja razoável, ou seja, mostre-se como racionalmente tolerável.

Nesse contexto, a aplicação das normas trazidas pela Emenda Constitucional nº 41/2003 deve passar pelo crivo da razoabilidade, a fim de que se estabeleça um cenário justo. A exação dos inativos, por certo, não sobrevive a uma análise minuciosa da igualdade tributária, na medida em que traz cenários distintos a situações semelhantes. Não há como admitir que os servidores públicos aposentados e pensionistas do regime específico tenham seu direito fundamental à isonomia tributária tolhido através do poder reformador, somente por estarem em situação jurídica diferenciada quando da atividade.

Assim, viola o princípio da igualdade tributária estabelecer contribuição apenas para servidores públicos inativos e pensionistas do regime específico, em detrimento da imunidade estabelecida para os segurados do RGPS. Tratar desigualmente indivíduos que estão na mesma situação jurídica viola a Constituição Federal. Celso Antônio Bandeira de Mello (1998, p. 10) destaca que não é só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas também durante a sua própria edição, que deve dispensar tratamento equânime aos indivíduos:

A lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes. Ao próprio ditame legal é interdito deferir disciplinas diversas para situações equivalentes.

Nestes termos, é flagrante a discriminação operada pelo constituinte reformador ao estabelecer a incidência de contribuições previdenciárias para aposentados e pensionistas dos servidores públicos, na medida em que nada justifica o tratamento diferenciado dado pelo

legislador reformador entre os segurados do RGPS, que gozam da imunidade prevista no artigo 195, II, da CF, e os segurados do regime próprio do serviço público. A mera distinção entre os regimes previdenciários não justifica a exação, já que não atua como fator preponderante a fundamentar que se crie uma suplementação da fonte de custeio para uns e não para outros.

Ademais, vale lembrar que o regime dos servidores públicos já conta com arrecadação bem superior se comparada ao do RGPS, dado o percentual cobrado de seus segurados, quando na ativa. Esta contribuição apresenta base de cálculo e alíquotas maiores do que as operacionalizadas pelo regime geral de previdência.

Portanto, não há justificativa à exação com base em benefícios pretensamente maiores, os quais, caso o sejam, são expressão tão somente de contraprestação dos valores pagos a maior a título de contribuição.

Feitas tais considerações com base no estudo do Poder Constituinte Derivado, e ainda considerando a colisão de alguns princípios constitucionais, passa-se a discorrer sobre a questão mais relevante desse trabalho: ser ou não constitucional a regra trazida pela Emenda Constitucional em comento.

### 3.4.5 Da vedação ao retrocesso social

Denominado pela doutrina como princípio da vedação ao retrocesso social, manifesta-se de modo a impedir o legislador de diminuir o direito social já positivado. Em outras palavras, significa dizer que os direitos sociais já reconhecidos e sedimentados não podem ser reduzidos, sob pena de a norma modificadora ser declarada inconstitucional.

Como bem salienta Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari (2008, p. 98): “Impõe-se, com ele, que o rol de direitos sociais não seja reduzido em seu alcance (pessoas abrangidas, eventos que geram amparo) e quantidade (valores concedidos), de modo a preservar o mínimo existencial”.

A jurisprudência já vem aplicando esse princípio em seus julgamentos, inclusive no âmbito da assistência social, conforme decisões que seguem do Tribunal Regional Federal da 3.<sup>a</sup> Região:

[...] VI - A Lei n.º 4.870/65 foi recepcionada pela atual Constituição Federal, pois, de acordo com os artigos 1º, III e 3º, III, da CF, fica claro que uma lei que instaura a cooperação do governo e da iniciativa privada, com o intuito de erradicar as desigualdades sociais e de promover a busca pela dignidade humana, está em plena conformidade com o texto constitucional. A consonância da lei debatida com os preceitos constitucionais demonstra a

primazia que os valores sociais têm. Qualquer iniciativa que opte pela efetivação dos princípios constitucionais deve ser aceita pela ordem jurídica em vigor, dado o grau de importância que possui em qualquer Constituição que existiu no país. VII - A primazia dos direitos sociais decorre da fundamentalidade desses direitos, ou seja, do reconhecimento dessa categoria como direitos fundamentais, pois, em essência, dizem respeito aos direitos humanos e à dignidade da pessoa humana. Desse modo, os direitos sociais já efetivados através de medidas legislativas - como é o caso do plano de assistência social proposto pela Lei n.º 4.870/65 para os trabalhadores da indústria canavieira - devem ser considerados garantidos constitucionalmente, de modo que quaisquer medidas legislativas ou interpretações por parte do poder público que procurem, pura e simplesmente, anular, suprir ou revogar esses direitos devem ser consideradas inconstitucionais, sob pena de violação ao princípio vedação ao retrocesso social. VIII - A implantação por parte das agroindústrias canavieiras do Plano de Assistência Social em benefício dos seus trabalhadores, como veiculado na Lei n.º 4.780/95, encontra-se em plena convergência com o texto constitucional. Ora, os direitos fundamentais, como o são os direitos sociais, possuem eficácia imediata e irrestrita, nos termos do art. 5º, § 1º, da CF. Desse modo, a sua observância não deve ser respeitada apenas poder público, mas são exigíveis também pelos entes privados, como preconiza a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. (...) XI - Preliminares rejeitadas. Recurso de apelação do Ministério Público Federal provido. (TRF-3.ª Região – Ação Civil Pública n.º 2005.61.02.013545-1/SP, Relator: Juiz Convocado David Diniz, Data de Julgamento: 26/07/2011, Décima Turma). (SÃO PAULO, 2011).

[...] Trata-se de apelação contra sentença que julgou improcedente o pedido de benefício assistencial de prestação continuada previsto no art. 203, V, da CF. O benefício da assistência social, de caráter não contributivo, tem como alguns de seus princípios norteadores a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e o enfrentamento da pobreza no nosso País, que constituem os objetivos fundamentais consagrados nos incisos I e III do art. 3º da CF, garantindo-se os mínimos sociais àqueles que efetivamente necessitam. [...].

Cabe à legislação infraconstitucional a definição dos critérios e requisitos para concessão do benefício, conforme prevê o inc. V do art. 203 da Constituição. Deve, para isso, obedecer aos princípios do art. 194, dentre eles a seletividade e distributividade. Ou seja, cabe ao legislador ordinário selecionar as contingências merecedoras de proteção e distribuí-las de acordo com o número de beneficiários e o orçamento de que dispõe.

A seletividade e a distributividade, contudo, por serem princípios setoriais, estão conformadas ao princípio geral do respeito à isonomia. Não pode a lei eleger como discrimen critério violador da isonomia. O § 3º do art. 20 da LOAS é, efetivamente, inconstitucional, não só por violar o princípio da isonomia, mas, também, por configurar autêntico retrocesso social, proibido pelo sistema jurídico democrático. Direitos sociais já conquistados formam o patrimônio jurídico e social da humanidade. Traduzem a segurança que o homem tem para conviver como um igual entre os demais, com respeito às peculiaridades próprias do indivíduo e do grupo. São o pano de fundo da dignidade da pessoa humana. A ordem jurídica constitucional e infraconstitucional não pode ‘voltar para trás’ em termos de direitos fundamentais. O *princípio do não retrocesso social* foi muito bem exposto por J. J. Gomes Canotilho, valendo a transcrição: ‘...A *idéia aqui expressa também tem sido designada como proibição de ‘contra-revolução social’ ou*

*da ‘evolução reacionária’. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjctivo. A ‘proibição de retrocesso social’ nada pode fazer contra as crises económicas (reversibilidade fática), mas o princípio em análise limite a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. O reconhecimento dessa protecção de ‘direitos prestacionais de propriedade’, subjctivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjctivamente alicerçadas. A violação do núcleo essencial efectivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada ‘justiça social’. O princípio da proibição de retrocesso social é, antes de tudo, comando dirigido ao legislador, que põe à sua atuação as fronteiras dos direitos adquiridos garantidores do mínimo necessário à existência com dignidade. A interpretação das normas também não pode levar ao retrocesso social, aniquilando aquele ‘núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana’. O salário mínimo é conquista no campo dos direitos sociais que não pode ser descartada. Ao fixar em ¼ do salário mínimo a linha divisória entre a miséria e a sobrevivência com dignidade, a LOAS feriu a cláusula da proibição de retrocesso social (...)*  
 (TRF-3.<sup>a</sup> Região – Ação Cautelar n.º 2011.03.99.002779-6/SP, Relatora: Desembargadora Federal MARISA SANTOS, Data de Julgamento: 22/07/2011). (SÃO PAULO, 2011).

Desse modo, a proibição ao retrocesso social serve para garantir que os direitos adquiridos, especialmente os direitos sociais citados nos julgamentos, sejam mantidos em sua integralidade, a fim de que não sofra restrição ou diminuição em seu núcleo essencial.

Com efeito, a discussão no presente trabalho gira em torno na Emenda Constitucional n.º 41/2003, que trouxe modificação prejudicial, pois reduziu o valor das aposentadorias e pensões, quando instituiu a cobrança de contribuição dos inativos e pensionistas, os quais na ordem jurídica anterior não eram obrigados a contribuir, infringindo o princípio em comento.

Considerando-se todos os motivos até aqui expostos, passa-se ao próximo capítulo, onde a questão da inconstitucionalidade será abordada mais detalhadamente, com a exposição dos votos favoráveis e contras à Emenda Constitucional.

## **4 A INCONSTITUCIONALIDADE DA CONTRIBUIÇÃO DOS APOSENTADOS E PENSIONISTAS DO RPPS E UMA VISÃO DA JUSTIÇA**

Inicialmente cumpre esclarecer que apesar de se tratar de um trabalho científico, o que, por muitas vezes, exige uma comprovação ou ao menos uma solução sobre o assunto tecido, considerando ainda que o campo do direito engloba opiniões doutrinárias divergentes sobre um mesmo tema, especialmente quando se questiona se uma norma é justa ou não, pede-se licença para adentrar nessa seara da justiça que tantos questionamentos nos trás.

Todavia, antes de mesmo de usar o termo “justiça” o quarto e último capítulo do presente estudo iniciará com a inconstitucionalidade em face da contribuição dos aposentados em pensionistas, proveniente da Emenda Constitucional n.º 41/2003, sendo que após, tecerá argumentos acerca do referido tema.

### **4.1 A Inconstitucionalidade frente aos Princípios**

Na contemporaneidade as normas constitucionais possuem papel essencial na organização e promoção das atividades inerentes ao Estado, inclusive as de cunho social e econômico. Não mais é aceitável o cumprimento das leis infraconstitucionais pura e simplesmente, devendo ser observando o caráter valorativo dos princípios.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso (2011, p. 108):

Do ponto de vista dogmático, as últimas décadas assistiram a um movimento decisivo, que foi o reconhecimento e a consolidação da força normativa da Constituição. No constitucionalismo europeu – e na maior parte do mundo, que vivia sob sua influência – prevalecia o entendimento de que as normas constitucionais não seriam propriamente normas jurídicas, que comportassem tutela judicial quando descumpridas, mas sim diretivas políticas endereçadas sobretudo ao legislador. A superação dessa perspectiva ganhou impulso no segundo pós-guerra, com a perda de prestígio do positivismo jurídico e da própria lei e com a ascensão dos princípios constitucionais concebidos como uma reserva de justiça na relação entre o poder político e os indivíduos, especialmente as minorias. Essa mudança, uma verdadeira revolução silenciosa, tornou-se possível graças à disseminação da jurisdição constitucional, com a criação de inúmeros tribunais constitucionais pelo mundo afora.

Essa afirmação de que a “Constituição é direito” (BONAVIDES, 2012) preconiza que os princípios ali elencados, especialmente os direitos fundamentais, devem ser

interpretados com o objetivo de se preservar os valores da pessoa humana enquanto titular e destinatário da norma.

Obviamente que a norma constitucional é mutável, pois “[...] tal mutabilidade indica seu caráter histórico-social; as forças sociais, em sua dinâmica, submetem-se a mudanças” (DINIZ, 2003, p. 93).

Porém essa mudança deve passar pelo crivo do controle da constitucionalidade, sem violar os preceitos constitucionais fundamentais, como as cláusulas pétreas previstas no § 4.º, do art. 60, da Carta Maior.

Dessa forma, quando uma norma constitucional é modificada, sob o argumento da prevalência de alguns princípios constitucionais (supostamente mais importantes) em detrimento de outros, tem-se uma colisão entre princípios, cuja solução torna-se imensamente difícil, pois, em tese, não haveria superioridade normativa entre eles.

Sobre a ponderação de normas, esclarece Luís Roberto Barroso (2004, p. 357):

Tal fórmula, todavia, não seria constitucionalmente adequada: por força do princípio instrumental da unidade da Constituição, o intérprete não pode simplesmente optar por uma norma e desprezar outra em tese também aplicável, como se houvesse hierarquia entre elas. Como consequência, a interpretação constitucional viu-se na contingência de desenvolver técnicas capazes de lidar com o fato de que a Constituição é um documento dialético – que tutela valores e interesses potencialmente conflitantes – e que os princípios nela consagrados frequentemente entram em rota de colisão.

No caso da Emenda Constitucional n.º 41/2003, que alterou a redação do art. 40 da Constituição Federal, atribuindo caráter contributivo obrigatório aos aposentados e pensionistas do RPPS, quando tal regra não existia anteriormente no texto, entende-se que houve um prestígio do princípio do equilíbrio financeiro e atuarial em detrimento dos princípios do direito adquirido (que tem sua sustentação no princípio da segurança jurídica) e da irredutibilidade dos vencimentos.

De acordo com o jurista português José Joaquim Gomes Canotilho, o princípio da segurança jurídica é consagrado constitucionalmente e pode ser exigido contra atos do poder público (1941, p. 257):

[...] Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexas com elementos objectivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a protecção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza,

racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante qualquer acto de qualquer poder – legislativo, executivo e judicial. O princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo, pois, a ideia de protecção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo têm do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixado pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos previstos e prescritos no ordenamento jurídico [...].

É este princípio que permite a todo cidadão refletir sobre seus atos e efeitos jurídicos deles decorrentes, diante da proteção e confiança que deposita nas normas jurídicas vigentes emanadas pelo Estado. É com base nessas regras que o indivíduo tem a liberdade de agir, ou seja, o servidor público quando estava na ativa cumpriu as regras inerentes confiando que futuramente poderia aposentar-se com o valor correspondente ao salário percebido, sem qualquer redução.

Não é por mero capricho e sim para assegurar a dignidade humana, que a Constituição Federal previu, no capítulo da seguridade social, o princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios. Esse princípio, como visto no segundo capítulo, apresenta-se sobre dois prismas: o da irredutibilidade nominal e o da irredutibilidade real, de modo que não pode sofrer descontos mesmo que por norma emanada do Poder Reformador.

Da mesma forma, o direito adquirido no caso em apreço corresponde à situação jurídica dos servidores públicos aposentados e pensionistas já consolidada constitucionalmente, cuja proteção também encontra resguardo no ato jurídico perfeito.

Em contrapartida, a justificativa apresentada pelos defensores da constitucionalidade é a tese de que não existe direito adquirido à ausência de tributação, ou seja, os servidores inativos e pensionistas não são imunes à cobrança de tributos.

Apesar de ter tratado especificamente sobre o direito adquirido no terceiro capítulo, imperioso retomar as definições doutrinárias sobre esse princípio, sob a perspectiva da inconstitucionalidade:

Vinculando os conceitos de Direito Subjetivo e Direito Adquirido, JOSÉ AFONSO DA SILVA observa que cumpre relembrar o que se disse acima sobre o direito subjetivo: é um direito exercitável segundo a vontade do titular e exigível na via jurisdicional quando seu exercício é obstado pelo sujeito obrigado à prestação correspondente. Se tal direito é exercido, foi devidamente prestado, tornou-se situação jurídica consumada (direito consumado, direito satisfeito, extinguiu-se a relação jurídica que o fundamentava).

Se o direito subjetivo não foi exercido, vindo a lei nova, transformou-se em direito adquirido, porque era direito exercitável e exigível à vontade de seu titular. Incorporou-se no seu patrimônio, para ser exercido quando convier. A lei nova não pode prejudicá-lo, só pelo fato de o titular não ter exercido antes. (SILVA, 1995, apud, DANTAS, 2004, p. 71)

A respeito da constitucionalidade da taxaão dos servidores aposentados e pensionistas, houve questionamentos acerca da natureza jurídica da contribuição previdenciária, no sentido de que esta seria tributária, e por isso, não haveria direito adquirido à tributação futura.

Quanto ao argumento de que este desconto é uma tributação e, por isso, as aposentadorias e pensões não possuem qualquer imunidade, deve ser interpretado com ainda mais cuidado, afinal, se é um tributo, qual é a contraprestação que o “contribuinte” será beneficiado?

Sobre a natureza jurídica dos descontos, Martins (2009, p. 155) acrescenta:

A natureza jurídica da exigência da contribuição de inativos é de imposto (art. 16 do CTN), porque é geral e não serve para custear a aposentadoria já obtida do segurado. Não há contraprestação, por parte do Estado, de no futuro conceder benefício ao segurado. Ocorre o pagamento de um valor sem que exista uma atividade estatal específica relativa ao contribuinte, justamente a característica de imposto.

Sob esse aspecto, vejamos um trecho da obra de Tárzis Nametala Sarlo Jorge (2005, p. 34-35):

A questão em torno da natureza da contribuição previdenciária – e aqui nos referimos as contribuições no RGPS e no RPPS voltou à baila com a Emenda Constitucional 41/03. O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADIN 3105-8/DF, na qual se discutia uma série de teses acerca da inconstitucionalidade inclusive da contribuição dos servidores públicos inativos, reafirmou a natureza tributária da contribuição previdenciária, inclusive decidindo, como aliás, já vinha se manifestando parte da doutrina, no sentido de que não há direito adquirido à tributação futura.

O que queremos aqui acrescentar é que essa definição não é o suficiente para se delimitar o quadro doutrinário acerca desta figura exacional. Aliás, segundo o nosso pensar, o momento em que se terá uma versão definitiva desta ainda confusa aquarela ainda está bastante distante.

Kiyoshi Harada publicou artigo esclarecedor sobre o tema, cujos pontos mais relevantes são (2003):

A confusão é múltipla. Aqui não se trata de direito adquirido de não pagar tributo. Na verdade, estão se referindo à imunidade tributária. Certamente, aposentados e pensionistas não têm imunidade tributária, tanto é que pagam



o imposto de a renda com as majorações periódicas, que nunca foram contestadas. E por que pagam? Porque o fato gerador do imposto de renda é a renda ou proventos de qualquer natureza e, com toda certeza, aposentados e pensionistas percebem rendas como outros contribuintes em geral, nada tendo a ver com o regime de previdência pública. O que não é possível constitucionalmente é a lei instituir um tributo tendo como fato gerador a percepção de proventos da aposentadoria, a ser cobrado de quem já está aposentado antes da instituição desse tributo. Aqui haveria clara ofensa ao ato jurídico perfeito. Tampouco cabe falar em engessamento da ordem jurídica, ou de perenização do ‘privilégio’ como se o aposentado e pensionista estivessem imunes ao evento morte. Do jeito que estão sendo tratados é possível que morram antes da expectativa normal de vida. Outrossim, a palavra ‘privilégio’ é inaceitável, porque o benefício previdenciário surge como retribuição do Estado a quem participou do sistema previdenciário de natureza contributiva, asseguradora do seu equilíbrio financeiro e atuarial.

Assim, quando da elaboração da referida Emenda, o conflito entre direitos fundamentais não teve uma solução constitucionalmente adequada.

Outros princípios que também são alvo de questionamento, quando se fala em inconstitucionalidade da contribuição dos servidores públicos inativos, são o da solidariedade, segundo o qual todos devem custear os benefícios de forma igualitária; e o da equidade entre as gerações, onde uma geração deve sustentar os benefícios da anterior.

Tais princípios justificam a constitucionalidade da cobrança, vejamos o seguinte entendimento:

[...] A solidariedade ultrapassa a dimensão puramente ética da fraternidade para tornar-se uma norma jurídica: o dever de ajudar ao próximo. Pois bem: o sistema de Previdência Social é fundado, essencialmente na ideia de solidariedade, especialmente quando se trata do regime próprio dos servidores públicos. Em primeiro lugar, existe solidariedade entre aqueles que integram o sistema em um dado momento, como contribuintes e beneficiários contemporâneos entre si. Além disso, no entanto, existe solidariedade entre as gerações, um pacto de confiança entre elas. À vista de tais premissas, a contribuição previdenciária de ativos e inativos não está correlacionada a benefícios próprios de uns e de outros, mas à solvabilidade do sistema. (BARROSO, 2011, apud JORGE, 2005, p. 168-169)

Ainda relacionada à tese acima, outra justificativa seria manter o equilíbrio entre os servidores públicos ativos, uma vez que a maioria dos inativos (antes da EC n.º 41) não contribuiu para os benefícios da geração a ela precedente. (JORGE, 2005).

Já o doutrinador Ivo Dantas discorda dessas premissas, alegando que (2004, p. 128-129):

Em síntese: mesmo que se aceite a cobrança daqueles servidores que se encontram em atividade, sem terem implementado as condições de aposentadoria (posição que muitos discordam), e muito mais ainda dos futuros servidores, sob o ponto de constitucional, quando interpretada a Constitucional com seriedade e sem comprometimentos políticos e partidários, jamais a contribuição dos inativos encontrará agasalho, visto que compromete os institutos jurídicos da segurança, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, além, em alguns casos, da coisa julgada.

Se contribuir é exigência, obrigação do segurado, visando, futuramente algum benefício, inclusive aposentadoria, certamente é essa a função da contribuição, financiar benefício próprio do segurado.

Então, qual seria o raciocínio mais correto: considerar os inativos e pensionistas como contribuintes de seu próprio regime previdenciário – a aqui consagrar os princípios da solidariedade e equilíbrio financeiro, perpetuando ainda a ideia de não imunidade a tributação futura – ou, considerá-los beneficiários do regime com o qual contribuíram durante toda uma vida de trabalho – o que consagraria os princípios do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da irredutibilidade dos benefícios?

Além disso, o aposentado ou pensionista já não mais possui a garantia de proteção previdenciária caso necessite de algum auxílio ou benefício que não seja a aposentadoria.

## **4.2 Análise das Emendas Constitucionais n.º 20/1998 e n.º 41/2003**

As Emendas Constitucionais n.º 20/1998 e n.º 41/2003 foram as responsáveis pelas reformas previdenciárias ocorridas entre os mandatos dos Presidentes Fernando Henrique Cardoso e Luiz Inácio Lula da Silva, que geraram um profundo e acalorado debate no Congresso Nacional, com acirradas discussões entre seus defensores e críticos.

De um modo simplificado, algumas das principais alterações promovidas pela Emenda Constitucional n.º 20/1998, destinadas aos RGPS e RPPS, foram:

- a) supressão da regra de cálculo do valor dos benefícios;
- b) constitucionalização da previdência complementar;
- c) introdução do princípio da necessidade de observância do equilíbrio financeiro e atuarial do regime;
- d) substituição do conceito de aposentadoria por tempo de serviço por aposentadoria por tempo de contribuição;
- e) limitação do salário família e do auxílio reclusão aos dependentes dos trabalhadores considerados de baixa renda;

f) vedação de percepção simultânea de proventos de aposentadoria concedidos no âmbito do regime de previdência dos servidores públicos com remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvadas as acumulações constitucionalmente permitidas;

g) caráter contributivo do regime;

h) exigência de que o servidor possua, para passar para a inatividade, tempo mínimo de 10 anos de efetivo exercício no serviço público e de 5 anos no cargo efetivo em que se der a aposentadoria.

Apesar das mudanças trazidas por esta Emenda, o Congresso Nacional apresentou a PEC n.º 40/2003, convertida posteriormente na Emenda Constitucional n.º 41/2003, cujo foco principal foi modificar algumas regras do RPPS dos servidores públicos, a saber:

a) nova fórmula de cálculo da pensão pelas mesmas regras do RGPS, correspondente a média dos salários contributivos e não mais pela última remuneração;

b) contribuição previdenciária de inativos e pensionistas sobre a parcela do benefício excedente ao teto do RGPS;

c) fixação de alíquota mínima de contribuição, que não pode ser inferior à cobrada do servidor efetivo da União, estipulada no percentual de 11%.

d) a extinção da paridade, referente aos reajustes vinculados às remunerações dos servidores da ativa, passando-se a aplicar o reajustamento para preservação do valor real do benefício, a exemplo do ocorre no RGPS.

e) vedação de mais de um regime próprio de previdência para os servidores públicos, e de mais de uma unidade gestora por ente federado.

Pois bem, para os Ministros chegarem até essas mudanças promovidas pelas reformas previdenciárias, posicionamentos favoráveis e contrários foram amplamente debatidos, sendo que a previdência social foi colocada em uma posição depreciativa, no sentido de estar falida e ser a responsável pelo desequilíbrio das contas públicas.

Desse modo, o STF considerou constitucional a contribuição previdenciária dos servidores públicos inativos, inclusive daqueles que já estavam aposentados e eram pensionistas antes da publicação da EC n.º 41/2003. Portanto, independentemente da data da aposentadoria ou do início da pensão, a contribuição tornou-se obrigatória, incidindo sobre o valor dos proventos que ultrapassar o limite máximo pago pelo RGPS.

#### 4.2.1 Argumentos favoráveis à contribuição dos aposentados e pensionistas

Para a consolidação da EC 41/2003 no ordenamento jurídico, alguns Ministros do STF apresentaram suas justificativas favoravelmente à constitucionalidade da Emenda e pela improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIN n.º 3.105-8, conforme veremos nos votos a seguir colacionados.

O posicionamento do Excelentíssimo Senhor Joaquim Barbosa pode ser resumido da seguinte maneira:

[...] No constitucionalismo moderno, somente por intermédio dos procedimentos da emenda constitucional e da jurisdição constitucional, fenômeno jurídico hoje quase universal, é que se consegue manter a sincronização entre a Constituição e a realidade social, cuja evolução é contínua e se dá em ritmo avassalador.

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

Numa palavra, estamos diante de princípios constitucionais relativos, que admitem ponderação com outros princípios, desse confronto podendo resultar o afastamento pontual de um deles.

Ora, o princípio da solidariedade, que guarda total coerência com a matriz filosófica da nossa Constituição, quando confrontado com o suposto direito adquirido de não pagar contribuição previdenciária, necessariamente deve prevalecer [...]. (BRASIL, 2004).

O primeiro argumento contido na citação acima demonstra que as leis devem ser modificadas para se adequarem à nova realidade social, o que se concorda. Entretanto, não se pode aceitar que o princípio da solidariedade seja tão importante ao ponto de afastar o direito adquirido e demais princípios inerentes à previdência social.

Aliás, a solidariedade demonstra sua essencialidade nos benefícios da assistência social, pois as contribuições previdenciárias de um modo geral são revertidas àquelas pessoas que pouco ou nada contribuem; já no sistema de previdência, prevalece o caráter contributivo para aqueles que estão em atividade.

O Exmo. Ministro César Peluzo, apresentou os argumentos a seguir sintetizados:

[...] Noutras palavras, 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. Onde, 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.

Que a condição de aposentadoria, ou inatividade, represente situação jurídico-subjetiva sedimentada, que, regulando-se por normas jurídicas

vigentes à data de sua perfeição, não pode ser atingida, no núcleo substantivo desse estado pessoal, por lei superveniente, incapaz de prejudicar os correspondentes direitos adquiridos, é coisa óbvia, que ninguém discute. Mas não menos óbvio, posto que o discutam alguns, é que, no rol dos direitos subjetivos inerentes à situação de servidor inativo, não consta o de *imunidade tributária absoluta* dos proventos correlatos.

Em síntese, tampouco deste segundo ângulo depara-se ofensa à garantia constitucional do *direito adquirido*, pois se cuida de tributo que, na modalidade de contribuição previdenciária, é só exigível em relação a fatos geradores ocorridos após a data da publicação da EC nº 41/2003, observados os princípios constitucionais da irretroatividade e da anterioridade (art. 150, III, a, e art. 195, § 6º).

Nem quadra falar, a rigor, em “redução de benefícios”, sobretudo em relação aos inativados antes do advento da Emenda nº 41/2003, porque, sob o regime anterior, receberiam mais do que os servidores da ativa, pois não se as sujeitavam à contribuição previdenciária por estes paga.

A previdência social, como conjunto de prestações sociais (art. 7º, XXIV), exerce relevante papel no cumprimento desses objetivos e, nos claros termos do art. 195, *caput*, deve ser financiada por toda a sociedade, de forma equitativa (art. 194, § único, V).

De modo que, quando o sujeito passivo paga a contribuição previdenciária, não está apenas subvencionando, em parte, a própria aposentadoria, senão concorrendo também, como membro da sociedade, para a alimentação do sistema, só cuja subsistência, aliás, permitirá que, preenchidas as condições, venha a receber proventos vitalícios ao aposentar-se [...]. (BRASIL, 2004).

A tributação justificada no voto transcrito constitui afronta ao princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios, justamente porque reduz um benefício de caráter alimentar e prol da manutenção de um sistema para o qual o servidor inativo já contribuiu. E não é só, a exação contraria também o princípio da vedação de tratamento fiscal diferenciado entre contribuintes da mesma natureza, pois somente no regime geral há isenção em relação aos aposentados e pensionistas.

O Excelentíssimo Senhor Sepúlveda Pertence também emitiu seu parecer no seguinte sentido:

[...] O carro-chefe da fundamentação da presente ADIn e dos notáveis pareceres que a respaldam é a violação da cláusula pétrea do artigo 60, § 4º, IV, combinado com o artigo 5º, XXXVI da Constituição. O tema ameaçava ser a grande discussão desta causa: o que significava a aplicação da garantia de que a lei não prejudicará o direito adquirido frente a uma emenda constitucional?

Ninguém, rigorosamente, contesta a existência de direito adquirido na relação estatutária ou na previdenciária; ninguém contesta a existência de direito adquirido à aposentadoria, no momento em que reunidos os seus pressupostos, ou aos proventos calculados conforme o direito vigente naquele mesmo momento.

Com efeito, Sr. Presidente, não há direito adquirido, decididamente, não há direito adquirido a uma hipótese de não incidência tributária.

Alegou-se, então, lesão à garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos e proventos e, mais especificamente, dos benefícios

previdenciários. Creio que o Ministro Cezar Peluso liquidou o problema ao mostrar que a invocação da irredutibilidade prova demais, porque também seria oponível à própria existência da contribuição previdenciária ou ao aumento da contribuição previdenciária, fosse ele qual fosse, sobre os vencimentos do pessoal da ativa, que hoje goza também da garantia da irredutibilidade de vencimentos.

Certo, em seu conjunto, a EC 41 — uma vez podada, como está sendo hoje, da esdrúxula discriminação que continha —, corrige desigualdade manifesta entre os dois regimes de previdência social — a geral e a dos servidores públicos — e, com relação a esse último, elimina indefensáveis e insuportáveis estímulos às aposentadorias precoces.

Mas é verdade também que a imposição da contribuição previdenciária dos inativos — malgrado coerente com a nota de solidariedade da seguridade social —, representará um impacto violento no orçamento doméstico de milhares e milhares de famílias, tanto mais quanto coincide com uma época de perverso esmagamento da classe média, onde se situam os que não têm como furtar-se pela sonegação, atingidos pela nova exação [...]. (BRASIL, 2004).

Dos respectivos votos extrai-se que as principais teses utilizadas foram: a necessidade da emenda para adequar a Constituição à realidade social; a ponderação de princípios, cuja prevalência de um (solidariedade) afasta a utilização de outros; inexistência de imunização tributária aos proventos; exigência de contribuição dos inativos, pois antes da EC 41/2003 estes não estavam sujeitos a esta, sendo que recebiam mais do que os servidores da ativa.

#### 4.2.2 Argumentos contrários à contribuição dos aposentados e pensionistas

Em razão da EC 20/1998, foi promovida uma Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIN n.º 2.010-2, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, tendo como Relator o Ministro Celso de Mello, contra a cobrança de contribuição previdenciária dos servidores públicos inativos e pensionistas, bem como ao aumento progressivo de alíquotas, a qual restou vitoriosa.

A decisão do STF foi unânime pela inconstitucionalidade da Lei n.º 9.783/99, inclusive deferindo o pedido de medida cautelar para suspender, até a decisão final da ADIN as expressões “e inativo, e dos pensionistas” e “do provento ou da pensão”, contidas no caput do art. 1.º, da Lei 9.783/99.

Merece destaque o voto proferido pelo Ministro Celso de Mello, o qual transcreve-se a seguir alguns trechos:

[...] Pode a União Federal, sob o novo regime introduzido pela EC n.º 20/98, instituir e exigir contribuição para a seguridade social dos servidores federais inativos e dos pensionistas?

Entendo que não.

Esse entendimento – que sustenta a impossibilidade jurídico-constitucional de instituição da contribuição de seguridade social sobre servidores inativos e sobre pensionistas – é também perfilhado por eminentes juristas, que, não desconhecendo que a EC n.º 20/98 introduziu substanciais modificações no regime de previdência dos servidores públicos, pronunciaram-se, correta e fundamentadamente, sobre a inconstitucionalidade das normas inscritas na Lei n.º 9.783/99, no ponto em que tais regras legais, não obstante a ausência da necessária matriz constitucional, dispuseram, indevidamente, sobre matéria não autorizada pelo texto da Carta Política.

Se é certo, portanto, que nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total (CF, art. 195, § 5.º), não é menos exato que também não será lícito, sob uma perspectiva estritamente constitucional, instituir ou majorar contribuição para custear a seguridade social sem que assista, àquele que é compelido a contribuir, o direito de acesso a novos benefícios ou a novos serviços.

Também não ignoro que se impõe, a todos – cidadãos e governantes – o dever de buscar, em atenção ao princípio da solidariedade social e em face da necessidade de realização do bem comum, a superação dos obstáculos que impedem a construção de uma sociedade efetivamente justa.

A realização dessa tarefa, contudo, não pode ser efetivada sem que se respeitem, com estrita fidelidade, os valores delineados e as limitações impostas no texto da Constituição da República. Argumentos de necessidade, por mais respeitáveis que possam ser, não devem prevalecer, jamais, sobre o império da Constituição. Razões de Estado, por sua vez, não podem ser invocadas para legitimar o desrespeito e a afronta a princípios e a valores essenciais que informam o nosso sistema de direito constitucional positivo.

A defesa da Constituição não se expõe, nem deve submeter-se, por isso mesmo, a qualquer juízo de oportunidade ou de conveniência, muito menos a avaliações discricionárias fundadas em razões de pragmatismo governamental. A relação do Poder e de seus agentes, com a Constituição, há de ser, necessariamente, uma relação de respeito. (BRASIL, 2004).

Do mesmo modo, a EC 41/2003 sofreu impugnação por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIN n.º 3.105-8, proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), tendo como Relatora a Ministra Ellen Gracie.

Trazemos à baila trechos dos votos proferidos na respectiva ADIN, cujos argumentos foram contrários à contribuição dos inativos.

A Relatora Ellen Gracie posicionou-se da seguinte maneira:

[...] Conforme entendo, o que se fez, mediante a edição do referido art. 4º, da EC n.º 41/03, foi estender a contribuição previdenciária a um grupo de pessoas sobre o qual até então ela não incidia. Trata-se, portanto, de imposição de natureza tributária, que deve ser analisada à luz dos princípios constitucionais próprios.

Dessa leitura, verifica-se que, com a finalidade de alcançar o saneamento das finanças da previdência social, aposentados foram ‘reinstalados’ na condição de contribuintes do sistema e pensionistas – que, estes, nunca estiveram na situação de contribuintes – passaram a sê-lo.

O equívoco em que, a meu sentir, incorrem os defensores da alteração introduzida pelo artigo ora em exame consiste em confundir sistemas diversos.

No sistema estatutário, regido por direitos e deveres próprios, o indivíduo pode apresentar-se em uma de duas condições: ou é servidor ativo ou é servidor inativo. No regime previdenciário, ele é contribuinte, enquanto em atividade, e será beneficiário, quando passar à inatividade, após cumprir todas as condições de tempo de serviço e contribuições previstas em lei, ou se, acaso, for considerado inválido.

A emenda nº 41/03, em seu art. 4º, portanto, quebra o sinalagma da relação jurídica previdenciária, forçando aposentados e pensionistas a efetuarem verdadeira ‘doação’ de parte de seus proventos em nome do princípio da solidariedade intergeracional que, embora respeitável, nem por isso faz tábula rasa de outros princípios de igual dignidade constitucional, como a garantia contra a bi-tributação (CF, art. 154, I) e o princípio do não-confisco (CF, art. 150, IV).

Por corresponder a nova contribuição despida de causa eficiente, posto que não corresponde à necessária contrapartida de novo benefício, ferido está o disposto no art. 195, parágrafo 5º, da Constituição Federal, que impõe para o sistema previdenciário a manutenção do equilíbrio atuarial [...].(BRASIL, 2004).

O posicionamento da Ministra diz respeito ao princípio da vedação de tratamento fiscal diferenciado entre contribuintes da mesma natureza, uma vez que há exigência legal de contribuição dos aposentados e pensionistas do regime próprio dos servidores públicos, ao contrário do que acontece com aqueles inseridos no regime geral de previdência social.

O Exmo. Ministro Celso de Mello apresentou os argumentos a seguir sintetizados:

[...] O poder de reformar a Constituição, portanto, não confere, ao Congresso Nacional, atribuições ilimitadas e, muito menos, não lhe outorga o poder de destruir a ordem normativa positivada no texto da Lei Fundamental do Estado.

A proteção ao direito adquirido, que assume qualificação constitucional em nosso sistema, acha-se consagrada em norma de sobredireito, destinada, em sua formulação, a preservar - contra atos estatais supervenientes e lesivos - a integridade das situações jurídicas definitivamente consolidadas.

Em uma palavra: o Congresso Nacional não tem poder, nem autoridade, para, a pretexto de reformar o texto constitucional, destruir a própria Constituição, mediante desrespeito frontal àquele conjunto de valores que informam e dão substância à declaração de direitos, dentre os quais avulta, em função de seu sentido histórico, político e social, a necessária observância, pelo Estado, das situações jurídicas definitivamente consolidadas.

Dentro dessa perspectiva, a emenda constitucional em causa (EC nº 41/2003) efetivamente agride e afronta, em seu art. 4º, o regime dos direitos fundamentais dos aposentados e pensionistas, na medida em que viabiliza a alteração gravosa do regime daqueles que já incorporaram, aos seus



respectivos patrimônios jurídicos, o direito à insuscetibilidade de sofrer a incidência da contribuição previdenciária sobre o valor dos respectivos proventos e das pensões.

É por essa razão que se tem proclamado – em face dos postulados da confiança do cidadão no Estado e da segurança jurídica – que a edição de resolução estatal superveniente e gravosa, ainda que impregnada de retroatividade em seu grau mínimo, traduz situação de inconstitucionalidade. O princípio do direito adquirido, portanto, além de representar limitação constitucional ao poder reformador do Estado, traduz prerrogativa fundamental das mais relevantes que a Carta da República, impregnada de inquestionável significado democrático, assegura à generalidade dos cidadãos.

Nesse contexto, o direito adquirido – que não ostenta caráter periférico, secundário ou acidental – ganha relevo e assume aspecto de fundamentalidade, subsumindo-se ao âmbito de proteção das cláusulas pétreas, cujo domínio – a partir de exigências inafastáveis fundadas no princípio da segurança jurídica e apoiadas no postulado que respeita a confiança do cidadão no Estado – impede que qualquer ato estatal, como uma emenda à Constituição, incida, com força de retroatividade máxima, média ou mínima, sobre situações jurídicas definitivamente consolidadas.

Se é certo, portanto, que nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total (CF, art. 195, § 5º), não é menos exato que também não será lícito, sob uma perspectiva estritamente constitucional, instituir ou majorar contribuição para custear a seguridade social sem que assista, àquele que é compelido a contribuir, o direito de acesso a novos benefícios ou a novos serviços [...]. (BRASIL, 2004).

Esse trecho do voto expressa claramente a importância do direito adquirido como princípio constitucional garantidor da segurança jurídica, bem como representa fonte limitadora ao Poder Reformador do Estado, no sentido de assegurar ao titular do direito o gozo dos efeitos da lei antiga mesmo quando esta não estiver mais em vigor.

O Ministro Carlos Britto expressou sua opinião da seguinte maneira:

[...] A solidariedade de que trata a Emenda nº 41 não decola do inciso I do art. 3º da Constituição. São figuras jurídicas, portanto, estanques, separadas, autônomas, que não mantêm entre si uma relação de pertinência ou de defluência.

Prossigo na etiologia do sistema jurídico constitucional previdenciário para recordar que ele, já a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de agosto de 1998, passou a ser caracterizado pelo trinômio contribuição-retribuição-paridade (art. 40).

Noutros termos, o objetivo específico do sistema é oferecer proteção a quem previdentemente desembolsou recursos para formação de uma economia que, embora comum ao funcionalismo (a eminente Ministra Ellen Gracie falou dessa economia conjunta), é de aplicabilidade benfazeja individual. É ainda afirmar: a finalidade do regime previdenciário público é conferir benefícios (e não malefícios) a cada um dos participantes do sistema.

Agora, do ângulo do Poder Público, exclusivamente, o dispositivo constitucional em causa (art. 40, caput) estabeleceu que a Previdência Social deverá ser organizada com observância de critérios que preservem o

equilíbrio financeiro e atuarial do sistema. É deduzir: cabe ao Poder Público, enquanto exclusivo gestor das verbas arrecadadas, fazê-las render o suficiente para assegurar a continuidade vitalícia dos benefícios que são próprios do sistema; estabelecendo, para tanto, uma política de número de funcionários, fixação de base de cálculo e de percentual de descontos previdenciários o bastante para o alcance perene daquele patamar da auto-suficiência financeira.

Ou seja, a questão do equilíbrio atuarial e financeiro não diz respeito ao servidor, diz respeito ao gerente. Compete ao gerente administrar a arrecadação de recursos para fazê-los render o suficiente para a auto-sustentação financeira do sistema.

Quando a Constituição emite o discurso de que ‘a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada’ (art. 5º, XXXVI), ela está dizendo direito/lei, qualquer ato da ordem normativa constante do art. 59 da Constituição. A emenda está ali, prefigurada.

Então, entendo que as emendas estão proibidas de ofender as três emblemáticas e estelares figuras: o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada [...]. (BRASIL, 2004).

O parecer do Vice Procurador-Geral da República, Sr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, foi favorável à ADIN n.º 3.105-8, o qual se cita os principais tópicos:

É totalmente desprovida de consistência a interpretação atribuída ao preceito sob análise, no sentido de que somente seria inconstitucional a alteração do próprio inciso XXXVI, do artigo 5º, e não o prejuízo imposto ao seu conteúdo. É que sem a proteção dos direitos adquiridos singularmente considerados, o preceito constitucional restaria inócuo e sem aplicação. Afinal, de que adiantaria garantir a proteção genérica dos direitos adquiridos se o conteúdo de cada direito adquirido individualmente considerado, pudesse ser diretamente atingido por emendas ao texto constitucional?

Não pode, desse modo, o legislador constituído ou constituinte derivado pretender emendar a Constituição com normas retroativas, as quais atingem situações já concretizadas, ferindo direitos públicos e sociais constitucionalmente assegurados pelo legislador constituinte originário.

De igual modo, revela-se inconstitucional, sob o aspecto das normas constitucionais tributárias, a instituição da ora analisada contribuição previdenciária sobre os inativos e pensionistas.

A contribuição previdenciária, não se discute, tem natureza de tributo, devendo, por via de consequência, possuir todas as características inerentes à espécie.

Vê-se, desse modo, que a contribuição previdenciária só existe em função da necessidade de que sejam custeados serviços e benefícios específicos, os quais pressupõem a existência de uma determinada parcela da população beneficiária, a saber, os contribuintes.

Observando-se, portanto, que a Emenda Constitucional apenas instituiu nova contribuição previdenciária, sem especificar qualquer novo benefício, tem-se a criação de tributo sem causa, inconstitucional, portanto.

Enfim, a criação de uma contribuição previdenciária somente poderia ocorrer caso houvesse uma finalidade concreta vinculada à instituição do novo tributo, isto é, um novo benefício a ser concedido ao contribuinte, não sendo a solidariedade causa ou razão legítima para a imposição da aludida contribuição, haja vista não existir na Constituição Federal previsão acerca de contribuição social para inativos e pensionistas, nem tampouco, comando

que possibilite, ainda que por meio de Emenda Constitucional, tributá-los com contribuição cujos sujeitos passivos são, na realidade, os servidores exercentes de cargos efetivos.

Utiliza-se como justificativa para a imposição de exações diferenciadas aos servidores aposentados antes da Emenda Constitucional nº 41 e àqueles aposentados após a entrada desta em vigor, o fato de terem sido submetidos a um tempo de contribuição menor, ou não terem sido submetidos a qualquer contribuição, no caso dos aposentados e pensionistas regidos pelas normas anteriores à EC nº 20/98.

A afirmação leva a crer que o legislador buscou punir, através da cobrança de uma contribuição maior, aqueles que se aposentaram antes da edição da EC nº 41/2003, a despeito de terem preenchido todos os requisitos constitucionalmente previstos à época da aposentação. Trata-se de raciocínio ilógico, porquanto não há fundamento para a imposição de verdadeira punição, consubstanciada na obrigatoriedade de recolher valor contributivo maior, a quem conquistou o direito à aposentadoria, exatamente por ter obedecido às normas legais então vigentes. (SOUZA, 2004).

A contribuição previdenciária foi abordada como deveria no respectivo parecer, haja vista tratar-se de tributo que existe em função da necessidade de custear serviços ou benefícios específicos, ou seja, ao criar uma nova contribuição, novo benefício deve ser disponibilizado ao contribuinte.

Portanto, conclui-se que os votos acima citados, bem como o respectivo parecer, deixam claro que os argumentos suscitados corroboram o fato de que o artigo alterado pela EC n.º 41/2003 caracteriza-se como inconstitucional, pois: a nova contribuição não corresponde, em contrapartida, à criação de um novo benefício; o servidor possui direito adquirido a não sofrer incidência de contribuição previdenciária sobre os proventos e pensões, uma vez que preencheu os requisitos necessários vigentes à época; a Constituição proíbe que uma emenda ofenda as cláusulas pétreas do direito adquirido e do ato jurídico perfeito.

### **4.3 Uma visão da Justiça**

Além de questionar a constitucionalidade da contribuição dos servidores públicos aposentados e pensionistas, torna-se interessante aprofundar a temática na seara da justiça, pois, é exatamente isso que se busca quando existem interesses conflitantes, como o que ocorreu na EC 41/2003.

### 4.3.1 Os Aspectos da Norma Jurídica – Teoria de Norberto Bobbio

Para se aplicar o termo “justiça” no caso em apreço, é importante acrescentar uma análise da Teoria da Norma Jurídica, do jurista italiano Norberto Bobbio, pois, assim poderemos indagar se a norma, apesar de ser válida e eficaz, seria justa do ponto de vista dos contribuintes aposentados e pensionistas.

Para Bobbio as normas jurídicas podem ser analisadas sob três critérios de valoração distintos, sendo estes independentes uns dos outros. Destaca o autor:

De fato, frente a qualquer norma jurídica podemos colocar uma tríplice ordem de problemas: 1) se é justa ou injusta; 2) se é válida ou inválida; 3) se é eficaz ou ineficaz. Trata-se dos três problemas distintos: da justiça, da validade e da eficácia de uma norma jurídica. (BOBBIO, 2001, p. 45-46).

Esta “trilogia” tão celebrada nos ensinamentos de Norberto Bobbio, também é destaque na obra de outros juristas, todavia, cada um a molda de acordo com sua linha de pensamento e se utiliza de outros termos. Miguel Reale (2005, p. 105) utiliza os termos *validade formal* ou *técnico-jurídica* para se referir à vigência; *validade social* para se referir à eficácia ou efetividade; e *validade ética* para se referir ao fundamento.

No que se refere à justiça, Bobbio considera a existência de valores supremos evidentes e, com estes valores, o ato de questionar se uma norma é justa ou injusta equivale a questionar se é apta ou não a realizar esses valores. Deste modo “[...] estudar o problema da justiça de uma norma jurídica requer o exame da sua aptidão para o ideal do bem comum”. (LEITE, 2000).

O problema de valoração da norma jurídica sob o aspecto da justiça se refere à divisão entre mundo ideal ou mundo real, ou seja, entre o dever ser e o ser, o que é chamado de problema deontológico do direito. Norma justa é aquela que deve ser e injusta é aquela que não deveria ser.

O problema da validade diz respeito se a norma é jurídica ou não, ou seja, sua existência quanto regra jurídica, independentemente do juízo de valor (justa ou injusta). Deve haver uma análise se a norma existe e se ela é juridicamente uma norma. O questionamento que se faz nesta seara é: o que se entende por direito?

Para Bobbio, validade e vigência se confundem, enquanto que para outros autores são termos distintos.

José Afonso da Silva (2004, p. 52) explica o que é a vigência:

*Vigência* (do verbo *viger*, do latim *vigere*) é, no sentido indicado, a qualidade da norma que a faz existir juridicamente e a torna de observância obrigatória, isto é, que a faz exigível, sob certas condições. Vigência, pois, é o modo específico da existência da norma jurídica.

O jurista italiano escreve que para julgar a validade de uma norma “[...] é preciso realizar investigações do tipo empírico-racional, que se realizam quando se trata de estabelecer a entidade e a dimensão de um evento” (BOBBIO, 2001, p. 47). Assim sendo, apresenta três operações para realizar estas investigações do tipo empírico-racional:

- I – Averiguar se a autoridade de quem ela emanou tinha o poder legítimo para emanar normas jurídicas [...];
- II – Averiguar se não foi ab-rogada já que uma norma pode ter sido válida, no sentido de que foi emanada de um poder autorizado para isto, mas não quer dizer que ainda o seja, o que acontece quando uma outra norma sucessiva no tempo a tenha expressamente ab-rogado ou tenha regulado a mesma matéria;
- III – Averiguar se não é incompatível com outras normas do sistema (o que também se chama de ab-rogação implícita), particularmente com uma norma hierarquicamente superior (uma lei constitucional é superior a uma lei ordinária em uma Constituição rígida) ou com uma norma posterior, visto que em todo ordenamento jurídico vigora o princípio de que duas normas incompatíveis não podem ser ambas válidas. (BOBBIO, 2001, p. 47).

Para Miguel Reale (2005, p. 110), uma norma só é considerada válida se reunir três critérios:

- I – que o órgão que elabora a norma seja competente;
- II – que esse órgão tenha competência *ratione materiae* para editá-la;
- III – que o processo de elaboração da norma seja legítimo (procedimento legislativo – *due process of law*).

Pode deduzir que os critérios de Reale estão inseridos na primeira operação de investigação de Bobbio, pois a competência formal, a competência material e o modo com que o órgão cria a norma são intrínsecos a legitimidade de emanar regras jurídicas. Norberto Bobbio acrescenta requisitos ligados ao ordenamento jurídico no qual a nova norma será inserida. A validade é o problema ontológico do direito.

O problema da eficácia está relacionado à questão da norma ser ou não obedecida/aceita/seguida pelos seus destinatários e, no caso de violação, se é imposto o seu cumprimento ou determinada sanção. Aqui a questão é se a norma produz ou não efeito, uma vez que a sua simples existência não quer dizer que ela é constantemente seguida.

Miguel Reale (2005, p. 112) define: “A eficácia se refere, pois, à aplicação ou execução da norma jurídica, ou por outras palavras, é a regra jurídica enquanto momento da conduta humana”.

O mesmo autor faz uma apreciação deste critério de valoração das normas jurídicas de acordo com o contexto social e a aceitação dos destinatários da norma:

Ocorre todavia, que os legisladores podem promulgar leis que violentam a consciência coletiva, provocando reações por parte da sociedade. Há lei que entram em choque com a tradição de um povo e que não correspondem aos seus valores primordiais. Isto não obstante, *valem*, isto é, vigem.

Há casos de normas legais, que, por contrariarem as tendências e inclinações dominantes no seio da coletividade, só logram ser cumpridas de maneira compulsória, possuindo, desse modo, validade formal, mas não *eficácia* espontânea no seio da comunidade.

[...]

A sociedade deve viver o Direito e como tal reconhecê-lo. Reconhecido o Direito, é ele incorporado à maneira de ser e de agir da coletividade.

[...]

O Direito autêntico não é apenas declarado mas reconhecido, é vivido pela sociedade, como algo que se incorpora e se integra na sua maneira de conduzir-se. A regra de direito deve, por conseguinte, ser *formalmente válida e socialmente eficaz*. (REALE, 2005, p.112-113, grifos do autor)

Há certa confusão entre validade e eficácia da norma, apesar de serem critérios de valoração independentes. José Afonso da Silva (2004, p. 52) escreve que a “[...] vigência não se confunde com eficácia, como veremos mais embaixo; mas para que a eficácia se verifique é necessário que a norma comece a vigorar”.

O jusfilósofo brasileiro, Miguel Reale, também destaca a importância de se diferenciar a vigência da eficácia, e acrescenta:

*Validade formal ou vigência* é, em suma, uma propriedade que diz respeito à competência dos órgãos e aos processos de produção e reconhecimento do Direito no *plano normativo*. A *eficácia*, ao contrário, tem um caráter experimental, porquanto se refere ao cumprimento efetivo do Direito por parte de uma sociedade, ao “reconhecimento” (*Anerkennung*) do Direito pela comunidade, *no plano social*, ou, mais particularizadamente, aos efeitos sociais que uma regra suscita através de seu cumprimento. (REALE, 2005, p.114).

Não é tarefa do direito a busca pelos motivos que levam a sociedade a seguir ou não uma norma jurídica. Este papel é da sociologia e tem caráter histórico-sociológico. A eficácia refere-se ao problema fenomenológico do direito. Sobre estes pontos, transcrevem-se os ensinamentos de Norberto Bobbio:

Não é nossa tarefa aqui indagar quais possam ser as razões para que uma norma seja mais ou menos seguida. Limitamo-nos a constatar que há de existir normas que são seguidas universalmente de modo espontâneo (e são as mais eficazes), outras que são seguidas na generalidade dos casos somente quando estão providas de coação, e outras, enfim, que são violadas sem que nem sequer seja aplicada a coação (e são as mais ineficazes). A investigação

para averiguar a eficácia ou a ineficácia de uma norma é de caráter histórico-sociológico, se volta para o estudo do comportamento dos membros de um determinado grupo social e se diferencia, seja da investigação tipicamente filosófica em torno da justiça, seja da tipicamente jurídica em torno da validade. Aqui também, para usar a terminologia doutra, se bem que em sentido diverso do habitual pode se dizer que o problema da eficácia das regras jurídicas é o problema fenomenológico do direito. (BOBBIO, 2001, p. 47-48).

Por fim, é interessante, mais uma vez destacar que os três critérios de valoração de uma norma são independentes entre si, isto é, a existência de um não requer a existência do outro. Norberto Bobbio realizou seis proposições em sua obra “Teoria da Norma Jurídica” para demonstrar as várias relações de independência, são elas:

I) *Uma norma pode ser justa sem ser válida* – o direito natural é o exemplo desta proposição, pois seus teóricos “formulavam em seus tratados um sistema de normas advindo de princípios jurídicos universais”, todavia estas normas não possuíam validade enquanto não fossem positivadas pelo poder político. “O direito natural pretende ser o direito justo por excelência, mas somente pelo fato de ser justo não é também válido.” (BOBBIO, 2001, p. 48).

II) *Uma norma pode ser válida sem ser justa* - fatos históricos podem ser utilizados para exemplificar esta proposição. A escravidão e normas de segregação racial (Apartheid) eram comuns nas sociedades passadas, sendo que estes regimes eram baseados em normas que nenhuma pessoa racional consideraria justa, todavia, como estavam positivadas, estas normas eram consideradas válidas.

III) *Uma norma pode ser válida sem ser eficaz* - Bobbio exemplifica com as leis de proibição de bebidas alcoólicas nos Estados Unidos da América, que vigoraram durante vinte anos entre as duas guerras. Afirma-se que mesmo diante do regime proibicionista, o consumo de bebidas alcoólicas continuou sendo praticado pela população americana com a mesma intensidade quando as normas foram abolidas. Na atualidade, citam-se as leis que determinam o período máximo de espera em filas de agências bancárias, pois estas normas são válidas, porém, ineficazes.

IV) *Uma norma pode ser eficaz sem ser válida* – aqui se enquadram as regras que são seguidas habitualmente pela sociedade, todavia, estas não pertencem a um sistema jurídico, ou seja, não adquirem validade jurídica. Exemplo: regras de boa educação. Ensina Bobbio (2001, p. 50):

[...] nenhum costume se torna jurídico só através do uso, porque o que o faz tornar-se jurídico, o que o insere no sistema, é o fato de ser acolhido e reconhecido pelos órgãos competentes desse sistema para produzir normas jurídicas, como o legislador ou o juiz. Enquanto for apenas eficaz, uma norma consuetudinária não se torna jurídica. Transforma-se em jurídica quando os órgãos de poder lhe atribuem validade, o que confirma que a eficácia não se transforma diretamente em validade, e portanto uma norma pode continuar a ser eficaz sem por isso se tornar jurídica.

V) *Uma norma pode ser justa sem ser eficaz* – Norberto Bobbio cita o dito popular “não há justiça neste mundo” para se referir ao de que muitos são aqueles que exaltam a justiça com palavras, mas poucos são os que a transformam em ato. Acrescenta-se aos ensinamentos do autor o exemplo dos direitos do preso, os quais são justos, porém ineficazes.

VI) *Uma norma pode ser eficaz sem ser justa* – Se uma norma é universalmente seguida, isto não demonstra sua justiça, assim como o fato de que se esta não é obedecida, não deve ser considerado como injusta.

Assim, a questão da obrigatoriedade de contribuição previdenciária dos servidores públicos inativos, cujo surgimento ocorreu por meio de uma Emenda à Constituição, pode ser definida, com base nos ensinamentos acima, como sendo uma norma válida, uma vez que reuniu os critérios formais e materiais para a sua criação; sendo também uma norma eficaz, porque de fato cumpre a função para a qual foi criada, produzindo o efeito desejado.

Porém a discussão se concentra na justiça desta determinação, mais precisamente na justiça social. O desconto é previsto pelo direito, mas ele é justo? Neste caso, o direito está ligado à ideia de justiça a todos os servidores públicos (ativos e aposentados)?

Sérgio Pinto Martins (2009, p. 155) expressa sua opinião sobre a contribuição dos aposentados:

Não há dúvida de que exigir contribuição do aposentado é injusto. O segurado já contribuiu o suficiente para o sistema para fazer jus ao benefício, tanto que se aposentou. Do contrário, ele não seria concedido. Não há qualquer vantagem ao aposentado em contribuir. Sua aposentadoria não vai ser melhor, nem vai ser concedida outra aposentadoria. Não há direito a pecúlio, com a devolução do que já pagou, quando parar de trabalhar.

Do mesmo modo, a questão da justiça está também intimamente ligada à aplicação dos princípios constitucionais, tais como: o direito adquirido, ato jurídico perfeito, a irredutibilidade de vencimentos, a vedação de tratamento fiscal diferenciado entre contribuintes de mesma natureza, entre outros.



### 4.3.2 O termo “justiça” e a busca de seu conceito

A busca pelo conceito de “justiça” e os melhores meios para poder chegar à plenitude de sua aplicação é desafio constante aos juristas, operadores do Direito e tribunais brasileiros, contudo, apesar de anos de pesquisas, elaboração de teorias e métodos jurídicos, ainda hoje não há norma perfeita ou justiça plena.

É comum a associação do termo justiça ao sentido de normas jurídicas, todavia, a justiça não se resume apenas às leis, ela possui significado muito mais amplo e em diversos segmentos.

O debate acerca do significado do vocábulo justiça e seus respectivos fundamentos está presente há anos nos estudos jurídicos ao redor do mundo. Cada doutrinador, pesquisador ou operador do direito busca um conceito que se enquadre de forma perfeita em inúmeros ramos acadêmicos, como por exemplo, na Filosofia, Ciência Política, Moral, Ética, entre outros.

Nas palavras de J.J. Canotilho, o Estado de Direito aponta para a ideia de um Estado de Direito Justo, que pode assim ser definido (1941, p. 245):

[...] Estado de justiça é aquele em que se observam e protegem os direitos (*rights*) incluindo os direitos das minorias (*Dworkin*). Estado de justiça é também aquele em que há equidade (*fairness*) na distribuição de direitos e deveres fundamentais e na determinação da divisão de benefícios da cooperação em sociedade (*Rawls*). Estado de Justiça considerar-se-á ainda o ‘estado social de justiça’ (*justiça social*) em que existe igualdade de distribuição de bens e igualdade de oportunidades (Marx). Embora a ideia de justiça compreenda diversas esferas, nela está sempre presente (embora com ela não se identifique) uma ideia de igualdade: ‘direito a ser considerado como um igual’ (*Rawls*), ‘direito a ser titular de igual respeito e consideração’ (*Dworkin*), ‘direito a iguais atribuições na comunicação política’ (*Ackerman, Habermas*), ‘direito a ser tratado igualmente pela lei e pelos órgãos aplicadores da lei’. A justiça fará, assim, parte da própria ideia de direito (*Radbruch*) e esta concretizar-se-á através de princípios jurídicos materiais cujo denominador comum se reconduz à afirmação e respeito da dignidade da pessoa humana, à proteção da liberdade e desenvolvimento da personalidade e à realização da igualdade.

No entanto, é necessário que se tenha em mente a ideia de que uma sociedade só se torna justa quando alcança o real significado da palavra justiça de forma clara e objetiva, além de compreendê-lo no contexto em que seus cidadãos vivem e se relacionam.

Miguel Reale (2005, p. 375) descreve esta relação histórica entre justiça-sociedade: “Cada época histórica tem a sua imagem ou a sua ideia de justiça, dependente da escala de

valores dominante nas respectivas sociedades, mas nenhuma delas é toda a justiça, assim como a mais justa das sentenças não exaure as virtualidades todas do justo”.

Na obra “O que é justiça - Uma abordagem dialética”, o autor Aguiar (1982, p.15) faz uma metáfora sobre a justiça:

Bailarina inconstante e volúvel, a justiça troca de par no decorrer do jogo das contradições da história. Ora a vemos bailar com os poderosos, ora com os fracos, ora com os grandes senhores, ora com os pequenos e humildes. Nesse jogo dinâmico todos querem ser seu par e, quando ela passa para outras mãos, logo será chamada de prostituta pelos relegados ao segundo plano.

O Ministro Joaquim Barbosa (2012), em seu discurso de posse como presidente do Supremo Tribunal Federal disse a respeito da justiça:

A justiça, por si só e só para si, não existe. Só existe na forma e na medida em que os homens a querem e a concebem. A justiça é humana, é histórica. Não há justiça sem leis nem sem cultura. A Justiça é elemento ínsito ao convívio social. Daí por que a noção de justiça é indissociável da noção de igualdade. Vale dizer: a igualdade material de direitos, sejam eles direitos juridicamente estabelecidos ou moralmente exigidos. (BRASIL, 2012)

Conceituar justiça é tarefa árdua na doutrina jurídica. No entanto, os filósofos jusnaturalistas defendiam que o sentimento de justiça é intrínseco à consciência humana, ou seja, qualquer homem possui o discernimento necessário entre o bem e o mal, o certo e o errado, e do justo e injusto.

A justiça é o valor-fim do Direito, sendo ela, também, o meio de se organizar toda a estrutura de um Estado Democrático e a vida dos indivíduos que constituem uma sociedade, de modo que esta se torne harmônica e justa.

Acrescenta Aguiar (1982, p. 17) que “[...] a justiça é o dever-ser da ordem para os dirigentes, o dever-ser da esperança para os oprimidos”.

Contudo, ainda segundo Roberto de Aguiar (1982, p. 65):

[...] esse dever-ser não pode subsistir desconectado das contradições e da história. Assim, o que podemos notar é o fato de encontrarmos, fundamentando as visões formais de justiça, uma articulação dedutiva, lógico-formal, na medida em que deduz de princípios gerais ou de entidades abarcantes os critérios que vão orientar as atitudes concretas. Para se elaborar uma visão concreta de justiça, mister se faz a introdução da temporalidade na reflexão sobre as tensões e contradições reais que perpassam a vida social. Procurar a justiça é buscar uma interpretação histórica da sociedade.

O termo justiça pode ser analisado sobre várias vertentes e contextos. A justiça pode ter a finalidade de resolução de conflitos pessoais, regionais e até mais amplos, os conflitos a nível mundial, ou seja, aqueles que envolvem nações, governos e/ou povos diferentes.

Há também a possibilidade de associação da justiça com o intuito de obtenção de pacificação da ordem social, promovendo a igualdade dos cidadãos.

Em resumo, vários contextos podem ser utilizados para se compreender e encaixar o significado de justiça. Tem-se a justiça quanto aos valores morais, éticos, sociais e históricos da sociedade; a justiça quanto aos direitos que compõem a ordem jurídica da sociedade, os quais advêm da evolução histórica do contexto social; a justiça advinda dos direitos individuais; a justiça da ordem jurídica internacional.

Assim, por se tratar de termo amplo, a justiça pode ser compreendida quanto à finalidade de contemplar os interesses de todos, ou seja, a justiça sob o aspecto do Direito é a fonte que rege uma sociedade.

Ela é um dos mecanismos para que a ordem seja alcançada, possibilitando a vida em uma sociedade organizada; além da igualdade, essencial em uma democracia. Justiça e Democracia quando andam em conjunto, possibilitam a vida em sociedade de forma organizada e plena.

O ordenamento jurídico prevê os aspectos essenciais da convivência social, exprimindo-a através das normas jurídicas impostas aos cidadãos para que sejam respeitadas e, conseqüentemente, cumpridas. Assim, a ordem jurídica tem a justiça como objetivo final.

Pode-se inferir que a justiça é a base de toda a estrutura da vida em sociedade. Desde a construção das normas jurídicas, até a concepção de ética e moral dos cidadãos que compõem a sociedade, em tudo a justiça estará presente, ou será o objetivo final das discussões.

Desta feita, a justiça exerce papel importante para a legitimação da ordem social, política e econômica, devendo cada cidadão, bem como o Estado, criar meios de efetivar a justiça, não a deixando apenas no campo das ideias e das leis. Todavia, o acesso à justiça deve ser amplo e garantido, uma vez que previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Apesar de a Previdência Social ter como base o princípio da solidariedade, a Constituição traz em seu art. 1º, III, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, princípio este intimamente relacionado à polêmica em questão, afinal, fazer com que aqueles que passaram a vida toda trabalhando e contribuindo para ter uma velhice tranquila e digna tenham descontados valores que lhes são importantes neste estágio, é um tanto inconcebível. Ainda mais quando se observa que estes não possuem qualquer amparo adicional pelo órgão previdenciário, a não ser a aposentadoria.

A letra fria da lei em alguns casos além de injusta é cruel, portanto, cabe ao Poder Judiciário, em determinadas situações, interpretar a legislação de forma integrada, para que o verdadeiro anseio social possa ser extraído da norma jurídica e beneficiar todos àqueles que buscam sua proteção, e não apenas instituir a cobrança de contribuição sem respeitar o direito adquirido daqueles que não contribuía antes da nova lei.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Seguridade Social no Brasil é um conjunto de iniciativas da sociedade e dos poderes públicos para assegurar direitos relativos à saúde, à assistência e à previdência social dos cidadãos que preencherem determinados requisitos, tendo o princípio da solidariedade como base.

No ideário constitucional, o sistema previdenciário atua diretamente no campo dos direitos sociais ao conceder as aposentadorias e demais benefícios definidos em lei, com o objetivo de estabelecer a justiça social e preservar a dignidade da pessoa humana.

Diante dessas diretrizes traçadas pelo constituinte de 1988, o legislador brasileiro se sentiu autorizado a aprovar a Emenda Constitucional n.º 41, de 19 de dezembro de 2003, cujo conteúdo de seu art. 4º prevê a obrigatoriedade de contribuição dos servidores públicos aposentados e pensionistas.

O desconto na aposentadoria e pensão, apesar de já pacificado pela dita Emenda, gerou inúmeras discussões acerca de sua constitucionalidade, levando-se em consideração os princípios constitucionais que regem a matéria e ainda aqueles princípios que não podem ser alterados por serem fundamentais, como as cláusulas pétreas.

Ao tratarmos dos princípios norteadores da seguridade social e da previdência, tais como: a solidariedade, a irredutibilidade do valor dos benefícios, o caráter contributivo, o equilíbrio financeiro e atuarial; deparamos-nos com outros princípios tão importantes quanto, que foram colocados em uma categoria secundária a fim de justificar a instituição da cobrança, são eles: o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a vedação de tratamento fiscal diferenciado entre contribuintes da mesma natureza.

Conforme podemos verificar nesse estudo, a Emenda Constitucional em questão percorreu um caminho tortuoso até a sua promulgação, uma vez foi proposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.105-8 com o intuito de barrar a cobrança, apesar do seu insucesso. Mesmo assim, como a votação não foi unânime, os votos de alguns Ministros e também o parecer do Vice Procurador-Geral da República foram de suma importância para exemplificar os argumentos contrários à mudança do artigo constitucional.

Os argumentos suscitados corroboram o fato de que a Emenda caracteriza-se como inconstitucional, pois: a nova contribuição não corresponde, em contrapartida, à criação de um novo benefício; o servidor possui direito adquirido a não sofrer incidência de contribuição previdenciária sobre os proventos e pensões, uma vez que preencheu os requisitos necessários

vigentes à lei da época; a Constituição proíbe ofensa às cláusulas pétreas do direito adquirido e do ato jurídico perfeito; proibindo também o tratamento fiscal diferenciado entre o contribuinte do regime geral e o do regime próprio.

A atuação do Poder Reformador pode e deve sofrer limites na sua atuação, sob pena de incorrer em tantas mudanças que chegaria ao ponto de nenhuma pessoa conseguir concretizar direito algum. Explico, é justamente porque o direito muda de tempo em tempo que a Constituição determina que os efeitos da lei antiga continuem atingindo àqueles cujo direito adquirido já teve início (ingresso no serviço público), ou ainda, quando o ato jurídico perfeito tenha se concretizado (aposentadoria ou pensão).

Importante mencionar também, que na elaboração da Emenda não houve qualquer apreciação quanto à taxaço dos aposentados e pensionistas do INSS (contribuintes por natureza). Ora, se a solidariedade foi o princípio mais utilizado para a justificação da cobrança, bem como o equilíbrio financeiro e atuarial, não há razão para isentar esses contribuintes do pagamento, aqui a solidariedade perdeu sua função, sendo que os cofres públicos perderam em arrecadação. Assim, mais um princípio caiu por terra: o da igualdade, pois é lição introdutória no direito que devemos tratar os iguais igualmente na medida de sua igualdade.

Então o legislador reformador poderia ter instituído cobrança para os contribuintes de ambos os regimes (RGPS e RPPS), com a possibilidade de um percentual menor (algo em torno de 5% para cada um), ao contrário dos 11% sobre o valor excedente ao teto de pagamento da aposentadoria do INSS. Seria esta uma possível solução para igualar os contribuintes, sem reduzir tanto o valor das aposentadorias e pensões, e ainda manter o equilíbrio financeiro do Estado.

O direito se constrói através de normas voltadas a coletividade e ao bem-estar social. Contudo, apesar destas normas serem válidas no sentido técnico, ou seja, emanadas pela autoridade competente e obedecidos os critérios legais; e eficazes, por serem cumpridas pela sociedade ou compulsoriamente implementadas pelo poder público.

Muitas vezes estas normas podem não parecer ou ser justas, ainda mais quando princípios constitucionais entram em colisão, necessitando da intervenção do instituto da ponderação para equacionar e manter a devida importância que cada um possui no ordenamento jurídico e na vida das pessoas envolvidas.

Para que a norma seja considerada justa, deve ser aplicada sob uma visão humanística, que ressalta a importância tanto daquele senhor que passou anos contribuindo sob a égide previdenciária de sua época, ou ainda, daquela viúva pensionista que era

sustentada pelo marido – todos eles recebiam o benefício integralmente, e depois da emenda não mais – bem como dos atuais contribuintes ativos.

Assim, antes de se criar qualquer emenda ou lei, o legislador deve se ater às questões sociais e fazer valer a justiça social, pois a Constituição de 1988 não possui a alcunha de “cidadã” por acaso. O anseio por uma justiça social passa pelos diversos ramos do direito, e também requer a aplicação dos princípios básicos que garantem a sobrevivência digna do ser humano.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALONSO, Ricardo Pinha. **Os direitos fundamentais sociais e o controle judicial das políticas públicas**. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica, São Paulo. Disponível em: <[www.sapientia.pucsp.br/tde\\_busca/processaPesquisa.php](http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/processaPesquisa.php)>. Acesso em: 14 fev. 2014.

ÁVILA, Humberto. Estatuto do Contribuinte: conteúdo e alcance. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 3, p. 1-26, jun., 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 out. 2013.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BALERA, Wagner. **Noções preliminares de direito previdenciário**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. **Dicionário de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1994.

BARROSO, Luís Roberto.; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988. v.1.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Política: uma escolha difícil. **Revista Luanova**, nº 61, p.5-24, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro, RJ: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade n.º 3.105-8/DF. Brasília, 18 ago. 2004. **Diário da Justiça**, 18 fev. 2005. Disponível em: <[http://sbdp.org.br/arquivos/material/141\\_ADI\\_3105.pdf](http://sbdp.org.br/arquivos/material/141_ADI_3105.pdf)>. Acesso em: 13 set. 2013.

\_\_\_\_\_. **Constituição (1988). Emenda Constitucional n.º 41/2003**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc41.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc41.htm)>. Acesso em: 24 jan. 2013.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI-MC 2010 DF / 1999. Relator: Celso de Mello. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 30 de setembro 1999. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/738683/medida-cautelar-na-acao-direta-deinconstitucionalidade-adi-mc-2010-df-stf>>. Acesso em: 24 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 567.985 – Mato Grosso**. Reclamante: Instituto Nacional de Seguro Social – INSS. Reclamado: Alzira Maria de Oliveira Souza. Relator Marco Aurélio Mello. Brasília, 17 nov. 2011. Disponível em: <[www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/re567985.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/re567985.pdf)>. Acesso em: 17 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Destaques. Ministro Joaquim Barbosa toma posse como presidente do STF, Brasília, DF, 22 de novembro 2012. Disponível em: [http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesClipping.php?sigla=portalStfDestaque\\_pt\\_br&idConteudo=224615](http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesClipping.php?sigla=portalStfDestaque_pt_br&idConteudo=224615). Acesso em: 11 mar. 2014.

BRITTO, Carlos Ayres; PONTES FILHO, Valmir. Direito Adquirido contra as Emendas Constitucionais. **Revista de Direito Administrativo**, nº 202, out-dez. 1995.

CAMARGOS, Daniel; CANÊDO, Felipe. Presidente do Supremo defende cotas raciais durante homenagem em Ouro Preto. **Correio Braziliense**. Brasília, 22 abr. 2013. Disponível em: <[http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2013/04/22/interna\\_politica,361893/presidente-do-supremo-defende-cotas-raciais-durante-homenagem-em-ouro-preto.shtml](http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2013/04/22/interna_politica,361893/presidente-do-supremo-defende-cotas-raciais-durante-homenagem-em-ouro-preto.shtml)>. Acesso em: 26 set. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1941.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. Florianópolis, SC: Conceito Editorial, 2008.

CONAMP - Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. **Reforma da Previdência (Emenda Constitucional nº 41/2003) Texto da Emenda, Pareceres e ADIns**. Rio de Janeiro, 2004.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha Correia. **Curso de direito da seguridade social**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CUNHA, Therezinha Lúcia Ferreira. Poder Constituinte e poder de revisão constitucional. Controle de constitucionalidade da emenda constitucional. **Revista Informação Legislativa**, Brasília-DF, ano 22, n. 26, abr/jun, 1985.

DANTAS, Ivo. **Direito adquirido, emendas constitucionais e controle da constitucionalidade**. 3. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

DIEESE. **Cesta básica nacional**: salário mínimo nominal e necessário. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>>. Acesso em: 03 out. 2013.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus efeitos**. 6. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo Principialista y Constitucionalismo Garantista. **DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho**, 34, p. 15-53, 2011.

FRANÇA, R. Limongi. **A irretroatividade das leis e o direito adquirido**. São Paulo: Saraiva, 2000.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os Princípios Jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, v. 36, n. 143, p. 191-209, jul./set. 1999.

GUARNIERI, Bruno Marcos. Da contribuição previdenciária incidente sobre proventos de aposentadoria e pensão: distorções e inconstitucionalidades. **Revista de Previdência Social**. v. 28, n. 284, jul., 2004.

HARADA, Kiyoshi. Tributação dos inativos e pensionistas. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 66, 1 jun. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4183>>. Acesso em: 11 mar. 2014.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. 8. ed. compl. rev. atual. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

JORGE, Társis Nametala Sarlo. **Teoria Geral do Direito Previdenciário e Questões Controvertidas do Regime Geral (INSS), do Regime dos Servidores Públicos e dos Crimes Previdenciários**. Rio de Janeiro, RJ: Editora Lumem Juris, 2005.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Justiça, validade e eficácia das normas jurídicas**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_24/artigos/Art\\_Carlos.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_24/artigos/Art_Carlos.htm)> Acesso em: 17 jan.2013.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Comentários à lei básica da previdência social**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2006.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito previdenciário: Previdência Social**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003. - Tomo II.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. São Paulo: Atlas, 2004.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Aposentadoria dos servidores públicos federais após as reformas da Constituição. In: **Revista de Direito Administrativo**, n. 239, jan./mar., 2005.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente a reserva do possível**. Curitiba, PR: Juruá, 2010.

PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

POZZOLI, Lafayette. **Vade Mecum previdenciário: doutrina, legislação, prática e jurisprudência**. São Paulo: Primeira Impressão, 2006.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROCHA, Daniel Machado da. **O Direito fundamental à previdência social**. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2004.

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal Regional Federal (3. Região). **Ação Civil Pública n.º 2005.61.02.013545-1/SP**. Relator: Juiz Convocado David Diniz, Décima Turma. São Paulo, 2 jul.2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=previdenci%C3%A1rio%3B+princ%C3%ADpio+da+veda%C3%A7%C3%A3o+ao+retrocesso+social&p=2>>. Acesso em: 11 mar. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal (3. Região). **Ação Cautelar n.º 2011.03.99.002779-6/SP**. Relatora: Desembargadora Federal Marisa Santos, São Paulo, 22 jul. 2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=previdenci%C3%A1rio%3B+princ%C3%ADpio+da+veda%C3%A7%C3%A3o+ao+retrocesso+social&p=2>>. Acesso em: 11 mar. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SIEYÈS, Emmanuel. **O que é o terceiro estado**. Disponível em: <<http://ebookbrowse.net/o-que-e-o-terceiro-estado-sieyes-pdf-d390022189>>. Acesso em: 10 out. 2013.

SILVA, Caroline Medeiros e. Vícios da EC 41/2003. Inconstitucionalidade da contribuição de inativos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 54, p. 62-75, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. **Parecer sobre a Reforma da Previdência**. Consulta feita pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB e pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. 28 de nov. de 2003.

\_\_\_\_\_. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOUZA, Antônio Fernando Barros Silva de. Parecer sobre ADIN n.º 3.105-8/DF. **MPF - Ministério Público Federal**. Vice Procurador-geral da República. Brasília, 20 abr. 2004. Disponível em: <[www.diap.org.br/~diap/images/stories/files/491.doc](http://www.diap.org.br/~diap/images/stories/files/491.doc)>. Acesso em: 13 set. 2013.

SOUZA, Beatriz. Salário mínimo precisaria ser de R\$ 2.621,70, diz DIEESE. **Exame.com**. Economia. São Paulo, 03 out. 2013. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/economia/noticias/salario-minimo-precisaria-ser-de-r-2-621-70-diz-dieese?page=1>>. Acesso em: 03 out. 2013.

SOUZA, Felipe Oliveira de. O raciocínio jurídico entre princípios e regras. **Revista de informação legislativa**, v. 48, n. 192, p. 95-109, out./dez. 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242932/000936212.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 14 out. 2013.

SOUZA, Gleison Pereira de. **O regime de previdência dos servidores públicos: comentários às emendas constitucionais n. 20/98 e n. 41/03**. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Presidente do STF diz que conceitos de justiça e igualdade são indissociáveis**. Notícias. Brasília, 22 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=224522>>. Acesso em: 11 jan.2013.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

TEIXEIRA, Jose Horacio Meirelles. **Curso de direito constitucional**. Organização e Atualização por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TOLEDO, Iara Rodrigues de. **O Direito autoral na jurisdição constitucional: a proteção da obra intelectual e a dignidade da pessoa humana**. Disponível em: [www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao\\_paulo/2962.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2962.pdf). Acesso em: 14 fev. 2014.

TSUTIYA, Augusto Massayuki. **Curso de direito da seguridade social**. São Paulo: Saraiva, 2010.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Temas de direito público**. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 27 ago. 2013.