



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

NILTON CÉZAR DA COSTA FERREIRA

A INCONSTITUCIONALIDADE DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
INCIDENTE SOBRE PROVENTOS DE SERVIDORES PÚBLICOS
APOSENTADOS E PENSÃO DE SEUS DEPENDENTES

SOUSA - PB
2006

NILTON CÉZAR DA COSTA FERREIRA

A INCONSTITUCIONALIDADE DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
INCIDENTE SOBRE PROVENTOS DE SERVIDORES PÚBLICOS
APOSENTADOS E PENSÃO DE SEUS DEPENDENTES

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Ma. Jacyara Farias Sousa.

SOUSA - PB
2006

NILTON CÉZAR DA COSTA FERREIRA

A INCONSTITUCIONALIDADE DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA INCIDENTE
SOBRE PROVENTOS DE SERVIDORES PÚBLICOS APOSENTADOS E PENSÃO DE
SEUS DEPENDENTES

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof.^a Jacyara Farias Souza – Orientadora

Membro

Membro

Dedico

À minha mãe, Maria Nilcea, que sempre me apoiou em todas as decisões indistintamente. Obrigado pela confiança dispensada e a dedicação abnegada enquanto à sua guarda e proteção. Ente querido que nunca será esquecido em minha trajetória de vida.

Agradeço

A Deus, por ter me proporcionado força e perseverança.

A Kadydja, minha esposa e companheira, pela paciência e fidelidade.

A garbosa Polícia Militar, em especial àqueles que, de alguma forma, me ajudaram a cumprir essa jornada.

RESUMO

Desde há muito aspiravam apor às costas dos aposentados e pensionistas a cobrança de contribuição social a pretexto do fardo da responsabilidade pelo suposto déficit dos regimes próprios de previdência dos servidores públicos, na alegação que seus proventos de aposentadoria e pensão oneram sobremaneira as receitas dos respectivos fundos do seguro social. Portanto, a discussão sobre a contribuição dos aposentados e pensionistas persiste até os dias atuais dado o clamor pela busca da justiça e o ressentimento decorrente de uma decisão, em sede de controle concentrado, que se esperava a favor de tão plausível. Algumas tentativas, entretanto, fadaram ao fracasso, a exemplo da Lei nº 9.783/99, sob a égide da EC nº 20/98, que pretendeu instituir, no serviço público federal, a taxaço sobre aposentados e pensionistas. Contudo, no julgamento da ADIn nº 2.010-DF, em 29 de setembro de 1999, o STF suspendeu, através medida cautelar, a exaço tributária. Todavia, o Poder Constituinte Derivado não satisfeito enviou nova proposta de emenda, a PEC 40/03, que resultou na EC nº 41/03, viabilizando, doravante, a referida cobrança, com o que se pensou estar superando as objeçoes feitas pela doutrina e pela jurisprudência à criaço do mencionado tributo. Não menos polêmica foi a questionável decisáo proferida pela Alta Corte no julgamento das ADIs nºs 3.105-DF e 3.128-DF, em 18 de agosto de 2004, que declarou a constitucionalidade da imposiço tributária criada pela EC nº 41/03. Portanto, o intento desta pesquisa será demonstrar, através de alguns aspectos, a evidente inconstitucionalidade de que padece a contribuiço instituída pela EC nº 41/03, tendo em vista que a exaço imposta é indubitavelmente destituída de qualquer caráter de racionalidade, não bastasse ser injusta, pois não há justificativa para a criaço da malsinada contribuiço tributária, de forma que os aposentados e os pensionistas não podem ser onerados por conta do suposto déficit previdenciário, que por ele não são responsáveis. Daí justifica-se a escolha do tema porque fere de morte a justiça social tão propalada pela Constituiço Federal. Destarte, para o deslinde da questáo suscitada, serão utilizados os métodos bibliográficos, o histórico-evolutivo e o exegético-jurídico. Assim, verificar-se-á na análise que a contribuiço incidente sobre os proventos de aposentadoria do servidor público e pensáo de seus dependentes é de irrefragável inconstitucionalidade pelos seguintes vícios materiais: violação das cláusulas pétreas, descaracterizaço da natureza de contribuiço social, redutibilidade dos proventos e pensões, efeito confiscatório dos rendimentos, violação do princípio da isonomia e efeito punitivo. Finalmente, cabe lembrar que não foram percorridos, nem discutidos todos os vícios que contaminam a cobrança de contribuiço de proventos de aposentadoria e pensáo, mesmo por que não se cogitou do exame da lei tributária material. A pesquisa foi dirigida principalmente contra o art. 4º, da EC nº 41/03 que, repita-se, determinou a criaço da citada contribuiço previdenciária. Portanto, perfeitamente possível a rediscussáo da matéria, atacando os vícios da Lei nº 10.887/04, que instituiu, no plano federal, a sobredita contribuiço nos mesmos moldes.

Palavras-chave: regimes próprios de previdência dos servidores públicos. contribuiço dos aposentados e pensionistas. inconstitucionalidade.

ABSTRACT

Since there are they much aspired over back to the retired and pensioners exaction of social contribution under pretext of the responsibility bale by the supposed deficit of the own regimes of social welfare of the public servers, in the allegation that your revenue of retirement and pension burden excessively the respective bottoms revenues of the social insurance. Therefore, the discussion on the retired and pensioners contribution persists nowadays given the clamor by justice search and the resentment due to a decision, in headquarters of concentrated control, that we waited in favor of so plausible. Some attempts, however, predestined to the failure, like the Law n° 9.783/99, under EC's aegis n° 20/98, that intended to institute, in the federal public service, the assessment about retired and pensioners. However, in ADIn's trial n° 2.010-DF, in 29 of September 1999, STF suspended, through measure caution, the tributary exaction. However, the Constituent Power Derivative not satisfied sent amendment new proposal, PEC 40/03, that resulted in EC n° 41/03, making possible, ever since, the cited collecting, with that thought to be overcoming the objections done by the doctrine and by the jurisprudence to the mentioned tribute creation. Not less polemic was the questionable decision pronounced by the Supreme Court in ADIs' trial n^{the} 3.105-DF and 3.128-DF, in 18 of August 2004, that declared the constitutionality of the tributary imposition created by EC n° 41/03. Therefore, the intent of this research will be to demonstrate, through some aspects, the evident unconstitutionality that it endures the contribution instituted by EC n° 41/03, having in mind that the imposed exaction is undoubtedly deprived of any rationality character, was not enough be unjust, because there is no excuse for funest creation tributary contribution, so that the pensioners and the pensioners cannot be burdened due to the supposed social welfare deficit, that for it are not responsible. It thence justifies the theme choice because it hurts of death the social justice such divulged by the Federal Constitution. In such case, for inquire into of the raised matter, will be used the bibliographical methods, the historical-evolutionary and juridical interpretation. So, will verify in the analysis that the contribution incident on revenue of retirement of the public server and pension of your dependents to incontestable unconstitutionality by the next material vices: violation of the rocky clauses, unmake of the nature of social contribution, reduction of the revenue and pensions, confiscatory effect of the profit, isonomy principle violation and punitive effect. Finally, it fits remind that they were not to discourse, neither argued all the vices that contaminate revenue contribution collecting of retirement and pension, even why it did not ponder of the exam of the material tributary law. The research was directed mostly against art. 4th of EC n° 41/03 that, it repeat, determined the creation of the cited social welfare contribution. Therefore, perfectly possible to see again of the matter, attacking the Law n° 10.887/04 vices, that instituted, in the federal plan, for cited contribution at the same molds.

Words-key: own regimes of social welfare of the public servers. retired and pensioners contribution. unconstitutionality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
CAPÍTULO 1 A SEGURIDADE SOCIAL E A PREVIDÊNCIA BRASILEIRA.....	11
1.1 Conceito de seguridade social.....	11
1.1.1 Abordagem constitucional da seguridade social.....	12
1.2 Síntese da evolução histórica da previdência social.....	14
1.2.1 Conceito de previdência social.....	19
1.2.2 Regime de financiamento da previdência social.....	21
1.2.3 Equilíbrio financeiro e atuarial.....	23
1.2.4 Natureza jurídica da previdência social.....	24
1.2.5 Natureza jurídica das contribuições previdenciárias.....	26
1.2.6 Regimes previdenciários.....	28
CAPÍTULO 2 AS REFORMAS PREVIDENCIÁRIAS DOS SERVIDORES PÚBLICOS...32	
2.1 A reforma da previdência do servidor público inaugurada pela EC nº 20/98.....	33
2.1.1 Comentário às regras dos arts. 3º e 8º da EC nº 20/98.....	43
2.2 A segunda alteração da previdência funcional instituída pela EC nº 41/03.....	45
2.2.1 A solidariedade e a contribuição dos inativos e pensionistas.....	51
2.2.2 Análise perfunctória das regras de transição da EC nº 41/03.....	54
2.3 Breves considerações sobre as mudanças introduzidas pela EC nº 47/05 no regime próprio de previdência social.....	56
CAPÍTULO 3 A CONTRIBUIÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS APOSENTADOS E PENSIONISTAS.....	58
3.1 A impropriedade do princípio da solidariedade como justificativa à tributação dos inativos e pensionistas.....	59
3.2 A verdade sobre o déficit dos regimes próprios de previdência social.....	60
3.3 Contribuição previdenciária dos inativos e pensionistas e as cláusulas pétreas.....	64
3.4 Descaracterização da natureza de contribuição previdenciária.....	68
3.5 Redutibilidade dos proventos e pensões.....	73
3.6 Efeito confiscatório dos rendimentos.....	74
3.7 Violação ao princípio da isonomia.....	76
3.8 Efeito punitivo da contribuição.....	77
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	79
REFERÊNCIAS.....	84
ANEXOS.....	86

INTRODUÇÃO

No Brasil, a seguridade social está inserta, na Constituição Federal, no Título da Ordem Social, que é integrada pelos segmentos do seguro social, no que toca à previdência social, e assistencial, relativo à saúde e assistência social, constituindo-se na vertente não contributiva do sistema.

Assim, o seguro social é vinculado ao ramo público ou social do Direito, pertencente, portanto, ao Direito Previdenciário, cujo objeto é a previdência social.

A previdência social tem público específico, qual seja, o segurado; ao passo que a seguridade social, por seu turno, visa à universalidade de cobertura e de atendimento para quem dela necessitar.

Nessa ótica, é fácil perceber que o seguro social suscita disciplinamento normativo austero e atenção especial por parte das políticas públicas, pois deve equilibrar sob balança os entes financeiro e atuarial. Porquanto, avulta sobremaneira sua importância no ordenamento jurídico pátrio.

A proteção previdenciária é seguro *sui generis*, visto que exige contribuição direta do protegido para custeio de suas ações como condição necessária para a qualificação do direito subjetivo ao benefício.

Contudo, ao longo da história do sistema protetivo, o déficit dos regimes de previdência dos servidores públicos, cujo recrudescimento é resultado das mais diversas causas, tem se mostrado um vilão a ser batido.

Os mais desavisados insistem em atribuir à responsabilidade pelo colapso dos caixas previdenciários aos servidores públicos aposentados e a seus dependentes, alegando que seus proventos de aposentadoria e pensão oneram sobremodo o seguro social.

A fim de evitar a crise orçamentária na previdência e utilizando-se do argumento odioso imputado aos inativos e pensionistas, decidiram, assim, impor sobre estes, o ônus do pagamento do débito da previdência. Nada mais injusto.

Portanto, desde há muito se tem o intento de estender àqueles, que são os menos abonados, a cobrança de contribuição previdenciária sobre seus rendimentos.

A exemplo da Lei nº 9.783/99, sob a égide da EC nº 20/98, que pretendeu instituir, no âmbito federal, a taxação sobre os inativos e pensionistas; porém, mediante suspensão liminar, o colendo STF, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, declarou, por meio da ADIn nº 2.010-DF, não ser legítima a referida cobrança.

Todavia, o Congresso Nacional não se deu por vencido e enviou nova proposta de emenda, a PEC 40/03, que resultou na EC nº 41/03, viabilizando, por meio da regra do art. 4º, a contribuição incidente sobre proventos de aposentadoria e pensão, que, equivocadamente, cogitou ter superado as contestações feita pela doutrina e a posição sufragada outrora pela jurisprudência à criação da mencionada exação.

Acontece que a EC nº 41/03, publicada em 31 de dezembro de 2003, determinou a taxaço não só dos eventuais servidores aposentados, mas também daqueles já em gozo de aposentadoria e pensão de seus dependentes, bem como dos servidores públicos que, até a data de publicação desta emenda, tenham cumprido todos os requisitos para a obtenção desses benefícios na forma da legislação então vigente.

A controvérsia, portanto, é definir se, mediante Emenda, é constitucional impor contribuição sobre servidores inativos e pensionistas agasalhados pelo direito adquirido ou pelo ato jurídico perfeito. E, ainda, se também é possível taxar os aposentados abrangidos pela previsão contida no § 18, do art. 40 da CF/88, acrescido pelo legislador constituinte derivado de 2003.

Não menos polêmica foi a questionável decisão proferida pela Alta Corte no julgamento das ADIs nºs 3.105-DF e 3.128-DF, em 18 de agosto de 2004, que declarou, por maioria, a constitucionalidade da imposição tributária. Ainda assim, não resta, portanto, exaurida a contenda instalada pela EC nº 41/03.

Com efeito, o intento fundamental desta análise científica será demonstrar, através de alguns vícios, a evidente inconstitucionalidade de que padece a contribuição instituída pela EC nº 41/03, tendo em vista que a exação imposta é indubitavelmente destituída de qualquer caráter de racionalidade, não bastasse ser injusta, pois não há justificativa para a criação da malsinada imposição tributária, de forma que inativos e pensionistas não podem ser onerados por conta do suposto déficit previdenciário, que por ele não são responsáveis.

Daí justifica-se a escolha do tema porque fere de morte a justiça social tão propalada pela Constituição Federal, além do inegável interesse que desperta a matéria, haja vista a questão não está superada a despeito da posição assumida pelo egrégio Tribunal.

Destarte, para o deslinde da questão suscitada, utilizar-se-á, na presente pesquisa, os métodos bibliográficos, com base teórica na coleta de informações; o histórico-evolutivo, direcionado na perquirição das mudanças introduzidas ao longo das reformas da previdência do servidor público e, por último, o exegético-jurídico, para análise das proposições constitucionais e demais leis *lato senso* relativas ao tema.

Para tanto, o capítulo primeiro, de índole predominantemente histórica e conceitual, será constituído da análise da seguridade social e da previdência brasileira, do conceito de seguridade social, da abordagem constitucional da seguridade social, será abordado também a síntese da evolução histórica da previdência social e a definição do seu conceito, o regime de financiamento da previdência social, o equilíbrio financeiro e atuarial, da natureza jurídica da previdência social e das contribuições previdenciárias e, por derradeiro, dos regimes previdenciários.

Logo em seguida, serão abordadas, com modestos comentários, as reformas previdenciárias dos servidores públicos, no que toca a reforma da previdência do servidor público inaugurada pela EC nº 20/98 e o comentário às regras dos arts. 3º e 8º da EC nº 20/98, a segunda alteração da previdência funcional instituída pela EC nº 41/03, bem como a solidariedade e a contribuição dos inativos e pensionistas e a análise perfunctória das regras de transição da EC nº 41/03 e, por fim, breves considerações sobre as mudanças introduzidas no regime próprio de previdência social pela EC nº 47/05.

O último capítulo, portanto, será direcionado a problemática do tema em questão, onde se discutirá primordialmente a contribuição dos servidores públicos aposentados e pensionistas, a impropriedade do princípio da solidariedade como justificativa à tributação dos inativos e pensionistas, a verdade sobre o déficit dos regimes próprios de previdência social, a contribuição previdenciária dos inativos e pensionistas e as cláusulas pétreas, a descaracterização da natureza de contribuição previdenciária, a redutibilidade dos proventos e pensões, o efeito confiscatório dos rendimentos, a violação ao princípio da isonomia e, concluindo a análise, o efeito punitivo da contribuição.

Finalmente, o desiderato desta pesquisa é, como proposto, demonstrar a flagrante violação constitucional da cobrança incidente sobre quem contribui por toda vida laboral no serviço público, e sequer pode, na maioria dos casos, desfrutar da aposentadoria e, na hipótese de dependentes, da pensão, com o mínimo essencial capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família, como determina a Constituição Federal.

CAPÍTULO 1 A SEGURIDADE SOCIAL E A PREVIDÊNCIA BRASILEIRA

A intervenção estatal na seguridade social é obrigatória, por meio de ação direta ou controle, a qual deve atender a toda e qualquer demanda referente ao bem-estar da pessoa humana.

Para uma completa compreensão da seguridade social, é necessário vislumbrar-se a importância e alcance dos valores do bem-estar e justiça sociais, os quais são, de fato, bases do Estado Brasileiro, assim como diretrizes de sua atuação. A seguridade social é então meio para atingir-se a justiça, que é o fim da ordem social.

Daí a atual Constituição inaugurar o Título Da Ordem Social, nesta incluída a seguridade social, prevendo que “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”. Evidencia-se a intenção do constituinte de criar em solo pátrio o chamado Estado de Bem-Estar Social.

Assim, em suma, entende-se por seguridade social o conjunto de ações do Estado, no sentido de atender às necessidades básicas nos segmentos de previdência social, assistência social e saúde.

A Carta Magna, por sua vez, consagra o direito à previdência social como um direito social, que compõe uma realidade mais ampla chamada seguridade social. Assim, a previdência social passa a ser espécie do gênero seguridade social.

Na feliz declaração, o arguto Celso Barroso Leite¹ (*apud* Dias e Macêdo, 2006, p. 31) leciona que “[...] a previdência é, de longe, a parte principal desse todo [da seguridade social]. É, sem dúvida, no Brasil como em qualquer país, a mais importante das medidas de proteção social”.

1.1 Conceito de seguridade social

A expressão “Seguridade Social” foi adotada pelo legislador constituinte brasileiro de 1988, a qual recebeu algumas críticas, pois o termo mais adequado da língua portuguesa seria “segurança”, e não “seguridade”.

¹ A previdência social na nova Constituição, *Revista de Previdência Social*, nº 97, p. 725.

Na oportunidade, acerca da preferência do uso da expressão seguridade social em vez de segurança social, Otávio Bueno Magno² (*apud* Dias e Macêdo, 2006, p. 28), leciona:

Reconhecida a vernaculidade dos dois vocábulos, segurança e seguridade, qual deles se haverá de preferir, para designar o sistema de proteção contra riscos sociais? A resposta encontra-se num excerto de Joaquim Nabuco, em que esse grande prócer da língua nacional explica ser a segurança de caráter material e relativa à atualidade, ao passo que a seguridade possui conteúdo moral e diz respeito ao futuro, visando à ausência de receios.

Não raro a seguridade social brasileira é definida, segundo contornos extraídos da própria Constituição, como 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.

Como lembra Wladimir Novaes Martinez (*apud* Ibrahim, 2006, p. 4), “[...] é interessante observar que, tecnicamente, não se trata de uma definição, já que a Constituição meramente relacionou os componentes da seguridade, embora seja muito comum a norma constitucional ser encarada como a definição da seguridade brasileira”.

Oportuno é a definição de seguridade social pela Organização Internacional do Trabalho – OIT, na Convenção 102, de 1952, nos seguintes termos:

A proteção que a sociedade oferece aos seus membros mediante uma série de medidas publicadas contra as privações econômicas e sociais que, de outra forma, derivam do desaparecimento ou em forte redução de sua subsistência, como consequência de enfermidade, maternidade, acidente de trabalho ou enfermidade profissional, desemprego, invalidez, velhice e também a proteção em forma de assistência médica e ajuda às famílias com filhos.

Por fim, o conceito de seguridade social só pode abranger proteção previdenciária e assistencial, isto é, proteção das contingências geradoras das necessidades sociais definidas em dado ordenamento jurídico.

1.1.1 Abordagem constitucional da seguridade social

A regulamentação constitucional da seguridade social segue tradição dos países desenvolvidos, na busca constante do bem-estar de seus nacionais, justificando, inclusive, uma maior intervenção estatal para a consecução deste objetivo.

² Seguridade Social, *Revista de Previdência Social*, nº 165, p. 611.

No que diz respeito à competência legal, cabe privativamente à União legislar sobre seguridade social, enquanto a competência sobre previdência social é concorrente, conforme preconiza o art. 24, XII.

Suscita-se, com isso, que à União caberá a edição de normas gerais e de regras específicas que se apliquem aos servidores federais, e aos demais entes federados, a edição de normas referentes aos seus respectivos planos de previdência, respeitadas as regras gerais da União, que se encontram balizadas na lei nº 9.717³, de 27 de novembro de 1998.

Dessa forma, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios, a partir de normas gerais da União, irão estabelecer as regras previdenciárias para seus servidores, inclusive a criação, por meio de lei própria, das entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, para seus servidores.

Já o regramento legal do Regime Geral de Previdência Social é privativo da União, ou seja, o regime previdenciário dos trabalhadores em geral é de competência exclusiva da União.

Feitas as considerações formais, imperioso mencionar que o *caput* do art. 194 da Constituição Federal de 1988 diz que “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”.

Como se depreende do dispositivo acima, a seguridade social deve proteger todas as necessidades enumeradas no art. 201 – relativas à previdência social; deve propiciar assistência à saúde, na forma dos arts. 196 e seguintes; e a assistência social, disciplinada pelos arts. 203 e 204.

A previdência social tem caráter contributivo e só protege necessidades decorrentes de contingências expressamente previstas na Constituição e na legislação infraconstitucional. Só com o pagamento de contribuições existe direito público subjetivo do segurado à prestação.

A assistência à saúde e a assistência social são direitos subjetivos que independem de contribuição para o seu custeio. O sujeito de direitos deve preencher as condições previstas em lei, que variam de acordo com a necessidade e o tipo de prestação, para fazer jus a benefícios ou serviços.

³ A referida lei estabelece regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal.

A seguridade social no Brasil contém parcela de seguro social, no que toca à previdência, que se acresce de serviços de saúde e de assistência social, de caráter assistencial.

Os sujeitos passivos da relação jurídica de seguridade social, em qualquer de suas modalidades, são os Poderes Públicos e a sociedade em geral. É sujeito ativo quem dela necessitar. E o objeto é a consequência-necessidade, isto é, a situação de necessidade decorrente da contingência que a gerou.

Finalmente, sobre os princípios particulares da seguridade social, estes se encontram espalhados pela Constituição e leis securitárias. Dentre os mais importantes, têm-se os abordados pelo texto constitucional no parágrafo único do art. 194, que impropriamente os denominam objetivos.

Todavia, na ocasião, não é oportuno, por apreço à brevidade, pormenorizar cada um, à qual fica restrito apenas a sua singela enumeração, e assim têm-se o princípio da universalidade de cobertura e do atendimento, da uniformidade e equivalência de benefícios e serviços às populações urbanas e rurais, da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços, da irredutibilidade do valor dos benefícios, da equidade na forma de participação no custeio, da diversidade da base de financiamento e o do caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com a participação dos empregadores, dos trabalhadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Embora não anunciada no art. 194, a regra da contrapartida é princípio constitucional. Estabelece o art. 195, § 5º, que a criação do benefício, ou mesmo a mera extensão de prestação já existente, somente será feita com a previsão de receita necessária. Por derradeiro, com supedâneo no art. 3º, I, da CF/88, Ibrahim eleva à condição de princípio o objetivo da solidariedade lá exposto. Assim, dentro da seguridade social, este princípio se relaciona com as idéias de seguro social, com maior ênfase a partir do advento da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003 – EC nº 41/03.

1.2 Síntese da evolução histórica da previdência social

A previdência social e seguridade social têm muito em comum, ao passo que a evolução da primeira se confunde com a desta última.

Pode-se afirmar que a proteção social nasceu, verdadeiramente, na família, sendo que o cuidado aos mais idosos e incapacitados era de incumbência dos mais jovens e aptos

para o trabalho, configurando, assim como no regime de financiamento do seguro social por repartição simples – que mais adiante será conhecida – nítida forma rudimentar de “pacto intergeracional”.

As primeiras formas de previdência, de caráter privado, representaram autoproteção, organizados sob o modelo mutualista, onde determinado grupo de pessoas uniam-se, voluntariamente, para a proteção mútua contra os riscos sociais.

Essa idéia de proteção individual coadunava-se como os propósitos apregoados pelo Estado Liberal, absentefista, alheio aos problemas sociais.

No liberalismo, partia-se de uma separação entre sociedade e Estado, sendo que este não podia afetar o patrimônio do cidadão, do mesmo modo não tinha a obrigação de acudi-lo na situação de fracasso ou miséria.

Ao longo dos tempos, a sociedade passou a necessitar da proteção do Estado em face dos eventos sociais que inevitavelmente culminava com o empobrecimento dos trabalhadores. Com efeito, a nova concepção de Estado Social, intervencionista, garantidor dos direitos sociais, trouxe para si a responsabilidade pela proteção do cidadão contra infortúnios que deflagrava um estado de definhamento.

Conforme destaca Dias e Macêdo (2006, p. 28), considera-se o marco primeiro da previdência social a Lei do Seguro-Doença, promulgada por Bismark em 1883, visto ter sido a primeira norma a instituir o seguro obrigatório com forma de custeio tríplice, no fomento da receita mediante as contribuições compulsórias dos trabalhadores, dos empregadores e do Estado.

Neste período, a primeira citação feita à seguridade social foi em 1935, nos Estados Unidos, com o *Social Security Act* (Ato da Seguridade Social). Apesar do nome, não era criação da seguridade social, mas sim da previdência social.

No Brasil, como formas mais remota de proteção social brasileira, tem-se as “Santas Casas” (1543), atuantes na área assistencial, o Plano de Benefícios dos Órfãos e Viúvas dos Oficiais da Marinha (1795), e o montepio para a guarda pessoal de D. João VI (1808).

Em 1821, Dom Pedro I expediu um decreto garantindo aposentadoria aos professores, após trinta anos de serviço, e um abono de 25% aos que continuassem em atividade.

Em 1835, é criado o Montepio Geral dos Servidores do Estado – MONGERAL, entidade privada funcionando sob a forma de mutualismo.

O Decreto nº 9.912, de 1888, concedeu aposentadoria aos empregados dos Correios após o trinta anos de serviço e idade mínima de sessenta anos.

A Constituição de 1891 foi a primeira a conter a expressão “aposentadoria”, em seu art. 75, e a concedia aos funcionários públicos, em caso de invalidez.

A Lei nº 217, de 1892, concedia a aposentadoria por invalidez e a pensão por morte aos operários do Arsenal de Marinha do Rio de Janeiro.

O Decreto-legislativo nº 3.724, de 1919 criou o seguro compulsório contra acidentes de trabalho. Até então o trabalhador tinha apenas a proteção do art. 159 do Código Civil de 1916. Regulava o presente decreto que cabia ao empregador indenizar seus empregados em caso de acidentes.

Ainda sob a vigência da Constituição de 1891, foi editada o Decreto-legislativo nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923, editado pelo Deputado Federal Eloy Chaves, que leva o seu nome, assim conhecida, portanto, como Lei Eloy Chaves, que determinava a criação de caixas de aposentadorias e pensões para os ferroviários da iniciativa privada, sendo que a responsabilidade pela manutenção e administração do sistema era dos empregadores, cabendo ao Estado somente a autorização para a criação dos referidos fundos.

A primeira Instituição criada foi a Caixa de Aposentadoria e Pensão dos empregados da *Great Western* do Brasil, em vinte de março do mesmo ano. Mais adiante a empresa foi renomeada para Estrada de Ferro Santos-Jundiaí e, depois, FEPASA.

A Lei nº 5.109, de 1926, estendeu o regime da Lei Eloy Chaves aos portuários e marítimos, e a Lei nº 5.485, 1928, ao pessoal das empresas de serviços telegráficos e radiotelegráficos.

Em 1930 ocorreu a primeira grande crise no sistema previdenciário. O então presidente Getúlio Vargas promoveu profunda reformulação dos regimes previdenciários movido por denúncias de fraudes. A partir daí, o sistema previdenciário brasileiro deixou de ser estruturado por empresa, passando a abranger categorias profissionais, representadas pelos seus correspondentes Institutos de Aposentadoria e Pensão (IAP). E, em 1933, com a publicação do Decreto nº 22.872, foi criado o primeiro IAP, o dos Marítimos – IAPM.

A criação dos institutos representou um período de grande desenvolvimento. Cada instituto tinha seu próprio regimento, aprovado por decreto do chefe do Executivo, com regras de custeio e benefícios. A intervenção estatal na área foi outro fator relevante, já que os institutos eram dotados de natureza autárquica e subordinados diretamente à União, em especial ao Ministério do Trabalho.

Para Ibrahim (2006, p. 41):

Não seria exagero considerar a criação do IAPM como o marco inicial da previdência brasileira, já que somente neste momento tem-se de modo evidente a participação e o controle do Estado sobre o sistema securitário de nosso país. Todavia, entende a maioria que tal honra cabe à Lei Eloy Chaves, a ponto de o dia da Previdência Social ser comemorado em 24 de janeiro.

Outros institutos foram criados, sempre por categoria. À época da unificação, em 1966, existiam, além do IAPM, os seguintes institutos, quais sejam o Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Bancários (IAPB), o Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Comerciários (IAPC), o Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Industriários (IAPI), o Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Estivadores e Transportadores de Carga (IAPETC) e o Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Ferroviários e Empregados em Serviços Públicos (IAPFESP).

A Constituição de 1934 foi a primeira a estabelecer a forma triplíce de exação para custeio previdenciário de caráter compulsório, e, também, a primeira a utilizar a palavra “previdência”, mas ainda sem o adjetivo social.

A Constituição de 1937 inovou ao trazer expressão “seguro social” como sinônimo de previdência social.

Já a Constituição de 1946 foi a primeira a utilizar os termos “previdência social” em substituição a seguro social.

Sob sua égide, a Lei nº 3.807, de 1960, unificou toda a legislação securitária e ficou conhecida como a Lei Orgânica da Previdência Social – LOPS, que foi resultado de um projeto apresentado em 1947, mas somente aprovado em 1960.

Assim, a LOPS padronizou o sistema assistencial, ampliou os benefícios, criando vários auxílios, como o auxílio-natalidade, funeral, reclusão, além de estender os benefícios a outras categorias profissionais.

Ainda na Constituição de 1946, foi acrescentado, em 1965, dispositivo que previa a contraprestação, estabelecendo que a prestação de benefício, ou mesmo a mera extensão de prestação já existente, somente será feita com a previsão da receita necessária. Pela primeira vez o legislador constituinte se preocupou com o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema.

O seguro social rural foi aspiração do Estatuto do Trabalhador Rural, sendo criado o FUNRURAL, Fundo de Assistência e Previdência do Trabalhador Rural, pela Lei nº 4.214, de 1963. Mais tarde, a Lei Complementar nº 11, de 1971, instituiu o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural, o PRORURAL.

Esta mesma lei deu ainda natureza autárquica ao FUNRURAL, subordinado-o ao Ministério do Trabalho e Previdência Social, além de atribuir competência para administrar o PRORURAL.

O Decreto-lei nº 72, de 1966, criou o Instituto Nacional de Previdência Social – INPS, autarquia federal, e unificou os institutos então existentes, apenas o IPASE, Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores Estaduais (criado pelo Decreto-lei nº 288/38), não foi extinto à época; mas somente em 1977 (através do art. 27 da Lei nº 6.439/77), assim como o SASSE dos economiários e o FUNRURAL, todos foram absorvidos pelo INPS.

A Constituição de 1967 foi a primeira incluir o seguro-desemprego como benefício previdenciário.

A Lei nº 5.316, de 1967, incorporou o seguro de acidentes de trabalho (SAT) à previdência social, pois outrora subsistia apenas como decreto-legislativo. Entretanto, a Emenda Constitucional nº 20, de 1998, trouxe, em flagrante desvantagem aos segurados, a possibilidade de participação concorrente do setor privado neste seguro.

O art. 6º da Lei nº 6.243, de 1975 determinou ao Poder Executivo a expedição, por decreto, de Consolidação das Leis da Previdência Social – CLPS, refeita anualmente, sem alteração de matéria previdenciária. Assim, foi feita, através do Decreto nº 77.077, de 1976, a primeira CLPS. Contudo, nova CLPS foi publicada, por meio do Decreto nº 89.312, de 1984.

Em 1977, a Lei nº 6.439 instituiu o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social – SINPAS, que se destinava a integrar as atividades dos três segmentos da seguridade social na concessão e manutenção de benefícios, na prestação de serviços, no custeio de atividades e programas e a gestão administrativa, financeira e patrimonial entre as entidades vinculadas ao Ministério da Previdência e Assistência Social.

O SINPAS agregava as seguintes entidades: Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social (INAMPS), Fundação Legião Brasileira de Assistência (LBA), Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM), Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social (DATAPREV), Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social (IAPAS) e a Central de Medicamentos (CEME).

Esta mesma lei criou o INAMPS e o Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência social – IAPAS, este último também integrado à estrutura do SINPAS.

A Constituição de 1988 fez menção, pela primeira vez, à “seguridade social”, compreendida esta como um conjunto de ações do Estado, no sentido de atender às necessidades básicas dos nacionais nas áreas de saúde, previdência e assistência social.

A Lei nº 8.029, de 1990, criou o INSS, Instituto Nacional do Seguro Social, autarquia federal, vinculada ao Ministério da Previdência Social – MPS, por meio da fusão do INPS com IAPAS. Assim, reuniram-se custeio e benefício em única entidade. No mesmo ano o SINPAS foi extinto.

Em 1991, entraram em vigor a Lei nº 8.212, que dispõe sobre a Organização da Seguridade Social e institui o Plano de Custeio, e a Lei nº 8.213, que dispõe sobre o Plano de Benefícios da Previdência Social, revogando totalmente a CLPS. Ambas são regulamentadas pelo Decreto nº 3.048, de 1999.

Assim, como em qualquer outro ramo do Direito, as duas leis básicas previdenciárias têm sofrido diversas alterações legais, e, por consectário, a própria previdência social. E não poderia ser diferente, já que as mudanças são uma necessidade para o amadurecimento do sistema com olhos nos objetivos da Ordem Social, assentados, por sua vez, no bem-estar e na justiça sociais. Destarte, com destaque para alterações introduzidas pelas leis nºs 8.870/94, 9.032/95, 9.528/97, 9.711/98, 9.876/99, 10.256/01, 10.403/02, 10.421/02, 10.666/03 e 10.684/03.

1.2.1 Conceito de previdência social

A preocupação com os infortúnios da vida tem sido uma constante da humanidade. Desde tempos remotos, o homem tem se adaptado, no sentido de reduzir os efeitos das adversidades da vida, como fome, doença, velhice etc.

Não seria exagero rotular este comportamento de algo instintivo, já que até alguns animais têm o hábito de guardar alimentos para dias mais difíceis. O que nos separa das demais espécies é o grau de complexidade de nosso sistema protetivo.

Do exposto acima, assevera-se que as medidas de previdência, genericamente, têm como elementos distintivos a proteção contra contingências causadoras de necessidades.

Em regra, a previdência atua como garante contra riscos, ou seja, na proteção ante eventos futuros e incertos.

Contudo, os caracteres de “futuro” e “incerto” mostraram-se inadequados para a previdência social, fato é que a idéia de contingência revelou-se mais apropriada e técnica. Dessa forma, os acontecimentos que refletir na vida econômica do trabalhador serão merecedores do amparo da previdência social, o que desde já se justifica afirmar que o rol das contingências é exaustivo e carece de legalidade e, portanto, não se coaduna com a primeira idéia abstrata propalada pelos termos de “futuro” e “incerto”. Da mesma forma, o entendimento sobre “risco” dá lugar ao conceito de necessidade, já que aquele é atributo do seguro privado.

A previdência visa resguarda o trabalhador das contingências que afetam a sua atividade laboral e que, por sua vez, implique na elisão ou redução de sua renda, daí Dias e Macêdo (2006, p. 20) afirmarem acertadamente que:

Tudo aquilo que repercutir negativamente na economia do trabalhador deve ser objeto de proteção por parte da previdência social. Mesmo que o evento seja atual, querido ou previsto, ainda assim, se abalar a economia do trabalhador, deve ser alvo de cobertura pela previdência social.

Em relação aos fatos desejados pelo trabalhador e cobertos pela previdência social, Armando de Oliveira de Assis⁴ (*apud* Dias e Macêdo, 2006, p. 20) com argúcia realça que “[...] certos fatos que nada têm de desagradáveis ou temidos, como o nascimento de filho e a constituição de uma família numerosa, passaram a ser cobertos pela previdência social justamente pela sua incidência sobre o salário do trabalhador”.

A propósito, na lição de Dias e Macêdo (2006, p. 20), é destacado, a seguir, o exemplo comentado:

[...] a existência de filhos menores tem como conseqüência o aumento dos encargos familiares. Serão maiores os gastos, v.g., com alimentação, saúde, educação, lazer, e haverá, de certo modo, comprometimento de orçamento familiar. Para compensar o aumento dos gastos decorrentes dos filhos menores, a previdência social concede um benefício que visa a reforçar a renda familiar. E mais: o benefício é devido ainda que o trabalhador já ingresse no sistema de previdência contando com os filhos menores. A previdência social, atenta às conseqüências econômicas da existência de filhos menores no orçamento familiar do trabalhador, presta o devido auxílio, abstraindo o fato de o evento casualmente ser previsto querido e atual.

Ademais, as contingências doença, invalidez, idade avançada, morte, entre outros, são eventos cobertos pela previdência social que têm incidência negativa na capacidade de

⁴ Estrutura da relação de previdência privada (entidades fechadas), *Revista de Previdência Social*, nº 252, p. 781.

subsistência do trabalhador e, por via oblíqua, de seus dependentes, ensejadoras de necessidades, sendo, pois, indiferente se desejadas, previstas ou atuais.

E, pela simples ocorrência do evento, presume a lei que a necessidade terá se instalado para o trabalhador e sua família. Não é preciso comprovar que o evento legalmente previsto efetivamente deflagrou um estado de necessidade. É presunção *juris et de juri* de que a verificação do evento tem como corolário o estado de necessidade respectivo.

Pode-se afirmar, então, que as contingências agasalhadas pela previdência social têm repercussão social, razão pela qual são denominadas contingências sociais e, por óbvio, implicam necessidades sociais.

Em conclusão de tudo o que foi dito até aqui sobre a previdência social, não obstante as divergências conceituais, pode-se, então, defini-la como sendo o segmento contributivo – aí compreendido os dois grandes regimes básicos, a saber, o Regime Geral de Previdência Social – RGPS e os Regimes Próprios de Previdência de Servidores Públicos – RPPS – que protege o trabalhador de contingências sociais previstas na Constituição e na legislação infraconstitucional com implicação desfavorável na economia do protegido e de seus dependentes, à qual se utiliza da técnica do seguro social obrigatório, daí, portanto, sucede que a participação do segurado é compulsória e de contributividade necessária.

Com predominância lexical e esmera eloquência, Jefferson Daibert⁵ (*apud* Dias e Macêdo, 2006, p. 18) explica que:

Previdência é o ato ou qualidade do que é previdente, sendo este aquele que prevê, que é prudente. Sendo prudente aquele que previne, previdência é o ato pelo qual se prevê ou se antecipa determinado fato, no sentido de evitá-lo as conseqüências, dano ou mal. É a maneira de antecipar-se, precaver-se contra um futuro que poderá trazer, a cada um de nós, resultados não queridos.

Diferenças a parte, previdência social é o mesmo que seguro social, tal que as expressões são utilizadas como sinônimas. Apesar de aquela ser uma forma evoluída deste, a legislação brasileira nunca fez distinção entre ambos; e, como será analisado, o uso de uma ou outra expressão será indiscriminada e terá o mesmo valor semântico.

1.2.2 Regime de financiamento da previdência social

⁵ DAIBERT, Jefferson. *Direito previdenciário e acidentário do trabalho urbano*, p. 14.

Através do seguro social, o encargo de suportar a contingência recai diretamente sobre os ombros dos segurados. A eles caberá, mediante o mecanismo do seguro, absorver a necessidade social experimentada pelo beneficiário da previdência.

Para tanto, a previdência social conta com algumas técnicas básicas de financiamento para garantir o equilíbrio do sistema, além de diversas combinações entre elas. Destacam-se, entre as principais, a repartição simples e capitalização.

O sistema de repartição fundamenta-se num modelo onde os recursos vertidos pelos contribuintes são destinados a prover os aposentados. É um pacto social entre gerações, denominado pacto intergeracional, onde aqueles com capacidade laborativa custeiam os benefícios dos aposentados atuais e dos eventuais jubilados.

Não é preciso uma análise detalhada para perceber que este regime sofre influência de fatores sociais. E, decerto, o recrudescimento da população idosa, com a inversão da pirâmide etária, em contrapartida, faz depender de um número cada vez menor de jovens para a manutenção de seus benefícios.

Não menos influentes são os indicadores de natalidade e de expectativa de vida que, não obstante eventualmente serem favoráveis, de nada adiante se o país sucumbir ao desemprego. Estes são alguns dos vetores sociais que afetam a repartição e que autorizam correções urgentes no sistema.

Sobre o sistema de capitalização, Tavares (2006, p. 392) explica que este regime é “[...] consistente na cobrança de contribuições que possibilite o pagamento dos próprios benefícios e das demais despesas de administração, com a formação de um fundo de reserva individualizado ou de capitalização”.

Devido a capitalização existir similitude com o método de contribuição definida -- que será definido logo a seguir -- é que Ibrahim admite a vinculação sistemática entre ambos.

Ao lado dos regimes básicos de financiamento da previdência, têm-se os sistemas de concessão de benefícios, classificados em benefício definido e contribuição definida.

Na sistemática do benefício definido, o contribuinte já tem conhecimento prévio dos requisitos que deverá perfazer para obter a prestação e o qual será o valor da mesma, independente de reservas vertidas para o custeio.

A vantagem desse regime reside na concessão de benefícios não-programados decorrentes de eventos imprevistos, pois a entidade terá de conceder tal valor, mesmo que os rendimentos do capital aplicado não tenham sido suficientes para o sustento do seu benefício. E, aí está a lógica do seguro, já referida no início.

Já o plano de contribuição definida não tem o valor da prestação preestabelecido, ao contrário do benefício definido, mas somente a cotização a ser feita pelo participante, como uma espécie de poupança. Neste sistema, o segurado deverá perfazer certo número de contribuições para fazer jus a benefícios, que serão necessariamente calculados a partir destas entradas e os rendimentos auferidos, durante o período de aplicação do capital.

A concessão de benefícios pela previdência social brasileira exclusivamente na forma de contribuição definida, adverte Ibrahim (2006, p. 30), “[...] é evidentemente inconstitucional, pois excluiria por completo a solidariedade do sistema, além de eliminar a garantia contra eventos não programados [...]”, como incapacidade temporária ou invalidez para o trabalho. Porquanto, se, porventura, um participante que tenha se tornado inválido nos primeiros anos de trabalho fatalmente não terá ingressado com recursos suficientes para a manutenção de um benefício adequado durante o restante de sua vida.

Apesar disso, é este o sistema preferido dos especialistas na área, já que traz maior garantia de equilíbrio financeiro e atuarial do sistema, não obstante o benefício definido, que, alheio às críticas, corresponde a quase totalidade dos benefícios concedidos pelo seguro social, sendo vinculado ao regime de repartição simples, que é o adotado pela previdência social brasileira.

1.2.3 Equilíbrio financeiro e atuarial

O lucro é o fim colimado pelos seguros, mas não pode ser desejado a todo custo, é necessário, ainda, preocupar-se, desde antes, com o equilíbrio financeiro e atuarial para que haja confiabilidade no sistema e garantia de reservas monetárias para atender às prestações da clientela protegida.

Diante disso, no intuito de proporcionar segurança e preservar o sistema, a Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998 – EC nº 20/98, procurou assegurar o equilíbrio financeiro e atuarial nos regimes previdenciários que, aliás, é requisito elementar, sejam eles, pois, estatais ou privados.

Por equilíbrio financeiro, entende-se, em linhas gerais, a constituição de reservas suficientes para saldar as obrigações pecuniárias devidas, no momento atual ou futuro, aos beneficiários da previdência social.

Com brilhante perspicácia, Fabio Zambitte Ibrahim (2006, p. 596) alega que “[...] não é necessária a existência de contínuos superávits, mas simplesmente o encontro positivo ou nulo entre receitas e despesas [...]”. Acrescenta o aclamado autor que até mesmo breves lapsos de déficit orçamentário em razão de política econômica ou conjuntura política atual são toleráveis, desde que não afetem os fundos previdenciários.

Dias e Macêdo (2006, p. 82) vislumbram a “[...] despesa com benefícios sob a perspectiva do direito financeiro, isto é, considerando o orçamento da seguridade social, que é anual nos termos do art. 165, § 5º, da Carta Magna”. Assim, deve as receitas arrecadadas adimplir os compromissos previdenciários segundo as despesas fixadas, obedecido o respectivo orçamento securitário.

Enquanto o equilíbrio atuarial, é algo mais complexo, traz conceitos da atuária, ciência do seguro, e sucinta, antes de desenvolver o plano de benefícios, estudos nesta área com escopo a viabilizar a cobertura rogada.

Este tipo de equilíbrio leva em conta uma série de variáveis que vão dá suporte financeiro ao sistema, considerando, entre os mais importantes, o nível de contribuição, o universo de segurados, a expectativa de vida, o número mínimo de contribuintes.

Enfim, o equilíbrio atuarial não visa ao mero encontro de receitas e despesas, mas sim ao equilíbrio do material humano envolvido, especialmente dentro das expectativas futuras em relação ao envelhecimento e às tendências da natalidade populacional.

1.2.4 Natureza jurídica da previdência social

Como observado, a previdência social utiliza-se da técnica do seguro, que compreende, na sua concepção genuína, a obrigação de o segurador indenizar o dano somente quando haja do outro lado um segurado. Sem o liame entre o segurado e o segurador, não se cogita de indenização do dano, cuja efetivação só se dará se o sinistro ocorrer dentro do prazo de duração do contrato de seguro, ou seja, enquanto existir vinculação contratual entre o segurado e o segurador.

Asseverou-se acima que a previdência social, por adotar a técnica do seguro, tem como pressuposto a participação compulsória do protegido no seu financiamento, por força de lei. Daí o qualificativo social, no sentido de obrigatório, emprestado a este seguro.

A propósito, esclarece Marly A. Cardone⁶ (*apud* Dias e Macêdo, 2006, p. 26) que “A primeira nota característica que emerge é o fato de o seguro social ser obrigatório, a tal ponto de ter um autor afirmado que, ou o seguro social é obrigatório ou não é social”.

Decerto, a sistemática é a de um seguro, visto, nessa abordagem, que a clientela protegida verte contribuições no intuito de transferir o risco para o segurador, adquirindo, destarte, tranqüilidade e a certeza de que, se porventura lhe advir, será coberto por este.

Todavia, sua natureza jurídica não é contratual, pois é excluída por completo a vontade do segurado, tendo como pressuposto a obrigatoriedade de filiação. Não há ato volitivo no acordo de vontades, salvo como segurado facultativo em homenagem ao princípio da universalidade de participação ao RGPS, desde que não seja segurado obrigatório.

Esta filiação compulsória ao sistema protetivo é norma cogente, sendo defeso ao segurado alegar que não deseja ingressar à previdência social, por já custear regime privado previdenciário.

No aclarado entendimento de Ibrahim (2006), a natureza jurídica dos regimes básicos previdenciários é institucional ou estatutária, em decorrência da imposição legal do Estado ao estabelecer a exação obrigatória dos beneficiários.

Em razão dessa natureza institucional ou estatutária, não há terreno fértil para aplicação do Código de Defesa do Consumidor em matéria previdenciária. Pois, como bem lembra Ibrahim (2006, p. 19), “Não há relação de consumo no seguro social, mas sim proteção coercitiva patrocinada pelo Estado, que se utiliza para seu custeio, entre outras fontes, de contribuições do próprio segurado.”

Com lapidar clareza Armando de Oliveira Assis⁷ (*apud* Dias e Macêdo, 2006, p. 27) afirma que:

Os vínculos jurídicos entre segurado e instituição seguradora, no seguro social, se estabelecem automaticamente, por força de lei, donde afirmar-se que se trata de um seguro legal, e não contratual, como se dá no seguro privado. Isto não quer dizer, é claro, que não haja direitos e obrigações recíprocos no seguro social; apenas, eles são estatuídos expressamente na própria lei.

Por isso o seguro social é vinculado a ramo público ou social do Direito – Direito Previdenciário –, ao contrário do seguro tradicional, que é vinculado a ramo privado – Direito Civil.

⁶ CARDONE, Marly A. *Seguro social e contrato de trabalho*, p. 18-19.

⁷ *Compêndio de seguro social*, p. 64.

1.2.5 Natureza jurídica das contribuições previdenciárias

As contribuições é fruto do Estado Social e protetor, com vistas à perene busca do bem-estar e justiça sociais. Estes últimos, na Constituição atual, encontram-se consagrados como objetivos da República, engajados na construção de uma “sociedade livre, justa e solidária” e na promoção do “bem de todos”. Para atingir tais fins, o Estado teve de lançar mão do tributo.

A tributação, nessa perspectiva, firmou-se como um forte instrumento de obtenção de recursos para financiar os regimes previdenciários, entre outros serviços públicos. As contribuições, por conseguinte, se revelam uma ferramenta eficaz de intervenção do Estado na economia e na ordem social.

Com a EC nº 41/03, a Constituição deixa de expressar, na redação original do parágrafo único do art. 149, a possibilidade dos Estados, Distrito Federal e Municípios instituírem contribuição social para, de modo mais claro, externar a necessidade da imposição da mesma, em prol da manutenção do sistema previdenciário. A redação está adequada à previsão do art. 40, *caput* da Constituição, que prevê a obrigação de regime previdenciário contributivo para os servidores.

Na leitura atual do art. 149 destacam-se as contribuições especiais, as quais se subdividem em contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas.

É oportuno salientar que entre as contribuições sociais há uma espécie com destinação vinculada a um componente da seguridade social, no caso, a previdência social, denominadas, portanto, de contribuições previdenciárias, previstas nos incisos I, *a*, e II, do art. 195 da CF/88. As demais contribuições sociais do art. 195, I, *b* e *c*, III e IV podem ser utilizadas em qualquer segmento da seguridade, inclusive na própria previdência social.

Surge, então, a problemática de definir se as contribuições previdenciárias pertencem à categoria do tributo, ou não. A preocupação com tal enquadramento justifica-se diante da necessidade de inserir tais exações no sistema jurídico, retirando daí conseqüências também jurídicas.

A busca de uma unidade de sentido no ordenamento jurídico e de uma visão sistemática que lhe confira uniformidade, coerência e plenitude, acompanha a muito a evolução da ciência do Direito. Daí porque é relevante definir a natureza jurídica das contribuições previdenciárias, de forma a dispensar tratamento coerente às mencionadas

cotizações que, porventura, reúnam traços idênticos e, assim, possibilitar uniformidade jurídica de abordagem. Somente assim se asseguram sistematicidade e segurança ao tratamento da matéria.

Diante disso, de modo amplamente majoritário, tanto perante a doutrina como pela jurisprudência, as contribuições são tratadas como tributo. Tal conclusão decorre, basicamente, do enquadramento destas arrecadações no conceito de tributo, nos termos do art. 3º, no Código Tributário Nacional – CTN e do regime jurídico atribuído às contribuições sociais, ao menos em parte, previstas dentro do Capítulo referente ao Sistema Tributário Nacional, na Constituição. O próprio Supremo Tribunal Federal – STF tem decidido nesse sentido, ao julgar, dentre outros, RE 166.772-RS, DJU de 16 de dezembro de 1994 e ADIn 1.659-UF, Rel. Min. Moreira Alves, de 27 de novembro de 1997, RE 148.754-2/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 04 de março de 1994.

O mestre Harada (2006), na sua habitual clareza, atribui, em face da Constituição vigente, a natureza tributária das contribuições dos arts. 149 e 195.

Para o douto tributarista a contribuição caracteriza-se pelo fato de o Estado, ao proporcionar certa atividade, acaba por ensejar despesas a determinadas pessoas (contribuintes) e, em contrapartida, passam a usufruir benefícios. Por conclusão lógica, “Tem seu fundamento na maior despesa provocada pelo contribuinte e na particular vantagem a ele proporcionada pelo Estado” (*id*, p. 333).

A Lei nº 5.172/66, que instituiu o CTN, prescreve, no seu art. 4º, II, que “a destinação legal do produto da sua arrecadação” é irrelevante para qualificar a natureza jurídica do tributo, fato que arredou a contribuição social de tal enquadramento. Contudo, a partir do advento da Constituição de 1988 pacificou-se, na doutrina e na jurisprudência, a tese da natureza tributária desta exação. Daí restou derogado tacitamente o inciso II, do art. 4º, conforme entendimento de Harada (2006, p. 327).

Como se vê, a contribuição social é tributo de destinação específica em que o produto da arrecadação é vinculado à despesa que fundamentou sua instituição.

Advirta-se que destinação não só é importante, como verdadeiramente requisito de validade para esta exação. A utilização de tais recursos que não seja o cumprimento com as obrigações previdenciárias deveria, inclusive, invalidar a sua cobrança, apesar de não ser esta a realidade atual.

Não se deve olvidar a corrente minoritária, defendida prioritariamente por alguns especialistas na área previdenciária, cujo entendimento é contrário ao simples enquadramento das contribuições previdenciárias como tributo. Para tais estudiosos, e aqui se situa Ibrahim,

estas exações teriam a natureza de “salário socialmente diferido”, a ser concedido ao beneficiário, em regra, por ocasião da aposentação.

Na verdade, tenta-se de qualquer jeito dá natureza jurídica diversa às contribuições previdenciária que não seja a de tributo, utilizando-se de toda sorte de argumentos.

Cabe aqui observar que a abordagem ora feita está intimamente relacionadas às exações vertidas pelos segurados enquanto na atividade; quanto às contribuições incidentes sobre os proventos e pensões dos servidores públicos de regimes próprios, esta será discutida mais minudente adiante.

Apesar do aparente consenso doutrinário e jurisprudencial sobre a matéria, carece lembrar, mais uma vez, a posição dominante, no sentido de atribuir às contribuições sociais a natureza jurídica de tributo. Aí, repita-se, até o colendo Supremo não se posiciona de outro modo.

1.2.6 Regimes previdenciários

A previdência social não é, porém, homogênea para toda a clientela protegida, dada a diversidade de regimes previdenciários. Indistintamente, todos os filiados estão assegurados pela previdência social, mas as regras de proteção variam de acordo com a modalidade de regime a qual se está vinculado.

Assim, paralelamente ao regime geral de previdência social, disciplinado no art. 201, há o regime específico dos servidores públicos, tratado no art. 40, também da Constituição, e o regime dos militares, dispostos nos arts. 42, §§ 1º e 2º, e 142, § 3º, X da Carta Magna.

Trata-se, em todos os casos, de regimes públicos de previdência. E, ao lado de tais regimes públicos, é prevista a previdência privada com suporte constitucional no art. 202, disciplinada ainda pelas Leis Complementares nºs 108 e 109, de 2001.

O RGPS é o mais amplo, abrange todos os trabalhadores da iniciativa privada regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. Em nível infraconstitucional, o regime geral é disciplinado pela Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, que institui o plano de custeio, e pela Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre plano de benefícios, ambas reguladas pelo Decreto nº 3.048/99.

A competência do RGPS é exclusiva da União, sendo necessariamente mantido com recursos do Poder Público, como determina a Constituição. Sua entidade gestora é o INSS, autarquia federal vinculada ao Ministério da Previdência Social.

Embora o Regime Geral de Previdência Social seja somente um dos componentes do seguro social pátrio, é frequentemente utilizado como sinônimo da previdência social brasileira, devido à sua importância, atendendo a grande massa da população.

A previdência privada, conforme se depreende do art. 202, *caput*, introduzida pela EC nº 20/98, possui caráter facultativo e autônomo, pois a obtenção do benefício complementar independe da concessão da prestação pelo regime geral de previdência social. Além disso, o regime complementar é baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.

O regime complementar ao RGPS será de natureza privada, fechada ou aberta a quaisquer pessoas físicas; enquanto a previdência complementar prevista no art. 40 da Constituição, de instituição facultativa, será entidade fechada, de natureza pública, restrito ao agente político investido em cargo vitalício ou ao servidor detentor de cargo efetivo e vinculado a regime próprio de previdência. Sendo em ambas as hipóteses de ingresso voluntário, tendo como escopo ampliar rendimentos quando da aposentação oferecendo benefícios somente na modalidade de contribuição definida.

Na lição de Tavares (2006, p. 406), “[...] a filiação, mesmo para aqueles que ingressarem no serviço público após a publicação do ato de instituição dos respectivos Planos Complementares, é facultativa.”

Atualmente, tem-se a Lei Complementar nº 109/01 tratando da previdência complementar no âmbito privado, em regime aberto ou fechado, e a Lei Complementar nº 108/01, referente ao regime complementar de empregados públicos na Administração Pública. A criação da norma legal que regulará o regime complementar público dos RPPS é de competência do respectivo ente federativo, respeitado o disposto no art. 202 da Lei Maior.

A previdência privada, logicamente, pelo seu caráter contratual, não pode ser qualificada como social, embora topograficamente esteja inserida no Título “Da Ordem Social”, na Carta Magna. Contudo, a previdência privada integra o sistema da seguridade social com a função específica de complementar a previdência pública.

Os regimes próprios de previdência são destinados, em geral, aos servidores investidos em cargo efetivo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações públicas, visto que ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, bem

como o servidor temporário ou ao empregado público, aplicar-se-á o regime geral de previdência social, com fulcro no § 13, do art. 40 da CF/88.

Também se considera filiado ao RGPS como empregado o exercente de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, desde que não vinculados a regime próprio de previdência social, segundo dispõe o art. 12, I, *h*, da Lei nº 8.212/91. E, da mesma forma, os servidores públicos detentor de cargo efetivo não amparado por regimes próprios.

Registre-se que os membros da Magistratura, do Ministério Público e dos Tribunais de Contas também se submetem às regras do regime peculiar do art. 40, por força dos arts. 93, VI, 129, § 4º e 73, § 3º, *c/c* o 75, respectivamente, todos da Constituição.

Indaga-se se a Constituição Federal, em seu art. 40, *caput*, teria assegurado regime próprio de previdência social para todos os servidores titulares de cargo efetivo. Todavia, o art. 12, *caput*, da Lei nº 8.213/91 deixa claro que o ocupante de cargo efetivo pertencerá ao regime geral se o ente para o qual presta serviço não dispuser de regime próprio. Sendo assim, entende-se que a adoção de regime estatutário não implica a obrigatoriedade de criação de regime próprio de previdência social. Neste particular, o dispositivo logo acima tem caráter de norma geral, nos moldes do art. 24, XII, da CF/88.

A organização dos regimes próprios de previdência deve seguir as regras gerais da Lei nº 9.717/98, com alterações da MP nº 2.187/01 e Lei nº 10.887/04⁸. Enquanto o funcionamento do regime previdenciário dos militares federais segue as diretrizes da Lei nº 6.880/80⁹, com alterações da Lei nº 10.416/02 e MP 2.215-10/01. Como salientado, o fundamento constitucional dos regimes próprios dos servidores está no art. 40, ao passo que dos militares das Forças Armadas é previsto no art. 142, § 3º, X, da Constituição Federal.

Para Ibrahim (2006, p. 23), “[...] nem seria correto falar-se em regime previdenciário dos militares [federais], pois estes simplesmente seguem à inatividade remunerada, custeada integralmente pelo Tesouro, sem perder a condição de militar.”

Cabe observar que o § 20, do art. 40, da Carta Magna faz, contudo, ressalva expressa ao regime de previdência dos servidores militares, que deve ser disciplinado em lei própria, nos termos do art. 142, § 3º, X e do art. 42, §§ 1º e 2º, ambos da Constituição.

Por isso, os milicianos – militares da união e policiais e bombeiros militares dos Estados e do Distrito Federal – possuem um regime próprio de previdência desvinculado dos servidores públicos civis.

⁸ A citada lei dispõe sobre a aplicação de disposições da Emenda Constitucional no 41/03, altera dispositivos das Leis nos 9.717/98, 8.213/91 e 9.532/97.

⁹ Estatuto dos Militares das Forças Armadas.

Porquanto, vale salientar, que a EC nº 41/03 não vinculou as normas de reajustamento de aposentadorias e pensões dos servidores civis aos policiais militares estaduais, desconstitucionalizando a matéria e enviando-a à competência de lei específica, a ser criada pelo respectivo ente estatal ao qual pertença o policial.

Seus proventos de inatividade, bem como as pensões de seus dependentes, utilizará o procedimento do ente estatal, a ser fixado em lei específica, conforme previsão contida nos §§ 1º e 2º do art. 42 da Magna Carta.

Tem-se, com isso, que a prestação do benefício previdenciário terá uma variante quanto à categoria funcional do segurado, distinguindo-se perante o regime filiado. Não obstante os diferentes sistemas, ainda assim são contemplados pela Lei Maior. Entretanto, a presente pesquisa, a partir de então, se debruçará na apreciação dos regimes próprios de previdência dos servidores públicos, delineado no art. 40, mais detidamente na elucidação da constitucionalidade da tributação imposta aos servidores inativos e pensionistas, determinado por força do art. 4º da EC nº 41/03.

CAPÍTULO 2 AS REFORMAS PREVIDENCIÁRIAS DOS SERVIDORES PÚBLICOS

Falar de regime jurídico previdenciário referente aos servidores públicos, com o rigor que a expressão denota, somente faz sentido a partir da EC nº 20/98, que alterou substancialmente o art. 40 da Constituição Federal de 1988, delineando pela primeira vez, normas atinentes à previdência dos servidores públicos de todas as esferas de governo.

Antes desta emenda não existia um conjunto normativo e uniforme de regras com fundamento em determinados princípios referentes à matéria. Na esfera federal, por exemplo, a obrigatoriedade da contribuição somente foi determinada a partir da Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993 – EC nº 3/93, que modificou a redação do § 6^o¹⁰, art. 40, da Magna Carta, iniciando uma transformação, ao determinar que as aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais fossem financiadas com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores. Diversas categorias, por sua vez, nas esferas estadual e municipal, não contribuía.

Por outro lado, só com o advento da EC 41/03 é que se passou a exigir a obrigatoriedade de os Estados, Distrito Federal e Municípios de instituírem contribuição de seus servidores para o custeio, em favor deles, do regime previdenciário previsto no art. 40 da Constituição, em substituição à opção de fazê-lo, antes prevista no art. 149, parágrafo único do mesmo diploma legal.

Assim, na lição de Tavares (2006), no regime anterior à EC nº 20/98, a contribuição cobrada destinava-se apenas à pensão, enquanto as aposentadorias eram mantidas como favor estatal, custeadas pelos respectivos tesouros, à conta de impostos gerais. “Ou seja, toda a sociedade financiava a ‘previdência’ dos servidores públicos, que era tratada como política de pessoal referente aos mencionados agentes públicos” (DIAS; MACÊDO, 2006, p. 74).

Por isso uma reformulação do regime previdenciário tinha sido desde há muito almejada tanto pela classe dos trabalhadores da iniciativa privada e dos servidores públicos quanto pelo Governo, todos insatisfeitos com o modelo ao qual se submetiam. Outro fator propulsor, historicamente comprovado, foi o esgotamento financeiro da previdência nos dois principais regimes principalmente decorrente da má gestão do sistema e da própria inadimplência dos entes estatais, burlando a obrigação legal de financiar o seguro social.

¹⁰ Art. 40, § 6º da CF/88 com redação dada pela EC nº 3/93 que dispõe: “As aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais serão custeadas com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores, na forma da lei”.

Diante dessa conjuntura, o primeiro passo para a reforma da previdência foi dado, de início, pela EC nº 20/98, de 15 de dezembro de 1998, publicada no Diário Oficial da União – DOU em 16 de dezembro do mesmo ano. E, depois pela EC nº 41/03, de 19 de dezembro de 2003, publicada no DOU em 31 de dezembro daquele ano. Esta emenda trouxe considerável mudança aos regimes próprios. Por último, mas sem esgotar a matéria, pela EC nº 47/05, de 5 de julho de 2005, publicado no DOU em 6 de julho do presente ano, com efeito retroativo à data de vigência da EC nº 41/03, resultado da proposta de emenda – PEC 77, de iniciativa do Senado, cujo processo legislativo teve início à mesma época que a EC nº 41/03, fato este que a apelidou de “PEC paralela”.

2.1 A reforma da previdência do servidor público inaugurada pela EC nº 20/98

Somente com a entrada em vigor da EC nº 3/93, houve uma tímida transformação no modo de ver a previdência social. A partir de então, começaram a enxergá-la com a verdadeira essência do seguro social, qual seja, o caráter contributivo, esquecido por muito tempo, mesmo antes da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Com oportunidade, o catedrático Madeira (2005, p. 333) leciona que “Em geral, a aposentadoria dos servidores públicos apresentava-se como direito vinculado ao exercício do cargo público, financiado inteiramente pelo Poder Público, livre, os servidores, de qualquer contribuição”. A exceção se dava aos trabalhadores da iniciativa privada contratados pelo regime da CLT, que ingressavam recursos normalmente ao regime geral da previdência.

Com a reforma da previdência social, inaugurada pela EC nº 20/98, alterou-se o regime jurídico previdenciário então existente, buscando torná-lo mais próximo do sistema vigente no setor privado, expurgando, dessa forma, a sistemática de política de pessoal como era tratada a previdência dos servidores públicos outrora.

A aludida emenda, assim dispôs sobre a modificação do regime geral de previdência social e dos regimes próprios, estendendo-a aos militares das Forças Armadas, dos Estados e do Distrito Federal. Ficou claro, como bem observado anteriormente, a limitação desta análise referente ao regime previdenciário dos servidores públicos dos entes políticos, incluídas suas autarquias e fundações públicas.

A EC nº 20/98 previu dois sistemas de regime previdenciário para os servidores públicos. Certas categorias de servidores públicos ficaram sujeitos ao regime geral de

previdência estabelecido no art. 201, disciplinado pela Lei nº 8.212/91 e 8.213/91, conforme ventilado anteriormente. A outra modalidade de regime previdenciário é a estabelecida, precipuamente, para os servidores ocupantes de cargos efetivos, admitidos através de concurso público, prevista no art. 40, e disciplinada pela Lei nº 9.717/98. Esta lei limita-se a estabelecer normas gerais obrigatórias para todos os níveis de governo, ficando para cada qual a competência para instituir o respectivo regime previdenciário.

Apesar da distinção entre os referidos regimes, destaque-se a existência de peculiaridades entre eles, a saber, ambos são administrados pelo Estado, são de caráter contributivo, geram obrigatoriedade de filiação e se caracterizam pela natureza institucional do vínculo mantido com os respectivos segurados.

Restou assegurado logo acima o regime próprio previdenciário aos detentores de cargos efetivos, admitidos através concurso público de provas ou de provas e títulos. Aos demais servidores, por exclusão, com vínculo diverso com a Administração Pública, resta a condição de empregados e a filiação obrigatória ao RGPS.

Além da ressalva feita alhures, com relação aos agentes públicos investidos em cargos vitalícios, tais como os magistrados, membros do Ministério Público e dos Tribunais de Contas, eis que cabe salientar que ainda estarão abrangidos pelo regime peculiar, como bem lembram Dias e Macêdo (2006, p. 80):

[...] os servidores que ingressaram sem concurso público antes da Constituição de 1988 e foram estabilizados em virtude da regra contida no art. 19 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (por haverem ingressado no serviço público até 05.10.1983), desde que sejam ocupantes de cargos públicos. Mesmo sem ter sido estabilizados, também poderá ser incluídos em sistema próprio de previdência, desde que sejam titulares de cargos públicos ou tenham passado a integrar os regimes jurídicos estatutários instituídos por Estados e Municípios antes do advento da Emenda Constitucional 20/1988 e da Lei 9.717/1998.

Não raro poderá deparar-se com a assertiva de que ao “servidor público titular de cargo efetivo” é assegurado a previdência social. Não olvidar que, aí, também são abrangidos os servidores investidos em cargos vitalícios. O que ocorre é mera repetição do texto constitucional do art. 40, mas não há de se perder de vista as valiosas observações ora feitas. Além do mais, a expressão é de redação meramente pragmática, até porque, a esta altura, já é cediço o universo de abrangência do seguro social *lato sensu*.

Doravante, não será, todavia, comentada as alterações introduzidas pela EC nº 20/98 ao RGPS porque foge a intenção desta pesquisa, tal qual, da mesma forma, as modificações a ele impostas pelas EC nº 41/03 e nº 47/05.

Assim, a EC nº 20/98 estabeleceu no art. 40, *caput*, que aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e suas respectivas pessoas jurídicas de direito público da administração indireta, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

Com as mudanças aventadas, a previdência dos servidores públicos¹¹ se revestiu do caráter contributivo, cujas alíquotas de contribuição dos servidores ativos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para os respectivos regimes próprios de previdência social não serão inferiores às dos servidores titulares de cargos efetivos da União, de acordo com o art. 3º, da Lei nº 9.717/98.

A nova redação do art. 40, *caput*, instituiu para os servidores a necessidade de contribuição direta no curso de sua relação laboral, desde que cumpridos os demais requisitos, para que venha obter o direito a aposentação. A contribuição, por conseguinte, é imanente à previdência social.

A Lei nº 9.717/98, no art. 1º, determina que, os regimes peculiares de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal deverão ser organizados, baseados em normas gerais de contabilidade e atuária, de modo a garantir o seu equilíbrio financeiro e atuarial.

Como se vê, o dispositivo do art. 40 da Constituição Federal refere-se exclusivamente aos servidores da ativa, porque somente estes são titulares de cargos efetivos. O mesmo acontece com o parágrafo único do art. 149 da Constituição Federal, com redação anterior a EC nº 41/03, que faculta aos Estados, Distrito Federal e Municípios a instituição de contribuição, cobrada de seus servidores ativos, para o custeio, em benefício destes, de sistema de previdência e assistência social.

Na órbita federal, a Lei nº 9.783¹², de 28 de janeiro de 1999, estabelece, em seu art. 1º, a contribuição previdenciária do servidor público civil, ativo e inativo, e dos pensionistas dos três Poderes da União, para a manutenção do regime de previdência social dos seus servidores, que será de 11%, incidente sobre a remuneração, provento ou pensão.

¹¹ De agora em diante todas as vezes que as Emendas Constitucionais nºs 20/98, 41/03 e 47/05, ou algum dispositivo constitucional, referir-se a “servidores que ingressaram no serviço público até determinada data”, a regra abrange todos os servidores públicos estatutários ocupantes de quaisquer cargos efetivos, de qualquer esfera da Federação, abrangendo os cargos do Poder Executivo, do Poder Legislativo e do Poder Judiciário.

¹² Tal lei dispõe sobre a contribuição para o custeio da previdência social dos servidores públicos, ativos e inativos, e dos pensionistas dos três Poderes da União.

No comentário do tributarista Harada (2006, p. 365), “Em relação aos aposentados e pensionistas, a inconstitucionalidade é patente, quer pela ausência de previsão constitucional, quer pela inexistência de particular vantagem a ser auferida por eles”.

Com relação à contribuição do servidor inativo e pensionista federais para a previdência social, o douto professor Madeira (2005, p. 334), traz decisão ementada pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ:

Constitucional e previdenciário. Contribuição previdenciária. Servidores inativos. Impossibilidade. Direito adquirido. O aposentado não é servidor público, não tem relação profissional com a Administração e já contribuiu com a Previdência durante quase toda a sua vida. Sua aposentadoria é sustentada com as suas próprias contribuições. Sua aposentadoria é regida pela legislação vigente à época em que o servidor implementou as condições para obtê-la. Qualquer legislação posterior deverá respeitar o direito adquirido (RMS nº 10.842-GO, 1ª T., Rel. Min. Garcia Vieira).

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn nº 2.010-DF¹³, para alegar a inconstitucionalidade de alguns termos do art. 1º, da Lei nº 9.783/99, ajuizada pelo Conselho Federal da OAB, o STF deferiu o pedido de medida cautelar, invocando a circunstância de, no regime geral de previdência social, não ser admitida a cobrança de contribuição de aposentados e pensionistas. Esse entendimento veio a ser confirmado por inúmeras outras decisões¹⁴ em sede de controle concentrado constitucional.

Na lição de Tavares (2006, p. 393), o argumento utilizado na ADIn nº 2.010-DF, naquele ano, perdeu consistência. Assim, afirma o autor que:

[...] a EC nº 20/98, ao alterar a redação do art. 195, II, da CRFB/88, vedou a incidência de contribuição sobre aposentadorias e pensões do Regime Geral de Previdência Social, norma que acabou, sendo aplicada subsidiariamente ao regime dos servidores por conta do art. 40, parágrafo 12 [...].

De fato, a cláusula de remissão fixada pelo § 12 do art. 40 determina que o sistema de previdência dos servidores públicos observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social. Elucida o autor acima (*ibidem*, p. 394) que “Essa combinação somente foi possível porque, no antigo art. 40, da Constituição, que cuida dos regimes próprios, não havia norma permitindo a cobrança [...]”. Com a nova regra introduzida pela EC nº 41/03, “[...] não se aplica mais aos servidores a vedação de incidência constante no art. 195, II, da CRFB/88, que agora se torna específica para proteger

¹³ Relator Min. Celso de Mello, decidido em 29 de setembro de 1999 e publicada no Diário da Justiça da União – DJU de 12 de abril de 2002. Ver ementa nos anexos desta pesquisa.

¹⁴ ADIn nº 2.049-RJ, Rel. Min. Néri da Silveira, ADIn nº 2.087-AM, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, ADIn nº 2.169-RJ, Rel. Min. Moreira Alves, AAGG nº 393.301-MG e 393.509-DF, Rel. Min. Carlos Velloso, AAGG nº 397.817-PA e 408.549-DF, Rel. Min. Celso de Mello.

de contribuição somente os benefícios do RGPS dos trabalhadores [...]”, conclui o eminente professor.

Apesar de ser possível às leis dos entes da Federação a instituição de diversos benefícios, tais como o salário-família e a licença médica remunerada, a Constituição somente trata das aposentadorias e de pensão¹⁵ do servidor.

A Constituição Federal, com a redação da EC nº 20/98, estabeleceu, no § 1º, do art. 40 da CF/88, três espécies de aposentadoria.

A primeira, a invalidez permanente, com proventos proporcionais¹⁶ ao tempo de contribuição, e integrais, se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave contagiosa ou incurável, especificadas em lei, nos termos do inciso I.

Logo em seguida, a compulsória, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, conforme inciso II.

Por último, a voluntária, quando requerida pelo servidor que tenha cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, que será com proventos integrais – sessenta anos de idade e trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta anos de contribuição, se mulher, ou com proventos proporcionais ao tempo de contribuição – sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, na forma do inciso III, *a* e *b*.

A aposentadoria por invalidez permanente, com proventos integrais, no serviço público federal, é entendida como aquela que decorre das doenças graves, contagiosas ou incuráveis, especificadas no § 1º, art. 186, da Lei nº 8.112/90¹⁷.

Configura acidente em serviço, segundo o art. 212 da lei retro citada, o dano físico ou mental sofrido pelo servidor, que se relacione, mediata ou imediatamente, com as atribuições do cargo exercido. Da mesma forma, equipara-se a acidente em serviço o dano decorrente de agressão sofrida e não provocada pelo servidor no exercício do cargo e o

¹⁵ Aposentadoria, no setor público, significa a cessação do exercício das atividades junto a órgãos ou entes estatais, com recebimento de retribuição denominada de proventos. Proventos, por sua vez, é a designação técnica dos valores pecuniários devidos aos inativos – os aposentados e os disponíveis. Já a pensão implica no pagamento efetuado pelo Estado aos dependentes, em conjunto, do segurado (ou servidor público), a contar da data do óbito ou da sentença, no caso de morte presumida.

¹⁶ A proporcionalidade dos proventos deve ser calculada dividindo-se o número de anos de contribuição cumpridos até a data da aposentadoria pelo tempo de contribuição mínimo exigido para aposentadoria voluntária, com a ressalva que, ao final, o valor dos proventos não poderá ser inferior a um salário mínimo, consoante disposto no art. 40, § 12 c/c art. 201, § 2º, da CF/88.

¹⁷ A referida lei dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais.

sofrido no percurso da residência para o trabalho e vice-versa, consoante parágrafo único do mesmo artigo.

Finalmente, moléstia profissional pode ser definida como a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinado cargo e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social, no teor do art. 20, I, da Lei nº 8.213/91.

A segunda modalidade de aposentadoria, a compulsória, somente dará direito a proventos integrais se o servidor cumprir cumulativamente os requisitos para a aposentadoria voluntária nesta condição.

Conforme entendimento jurisprudencial exarado pelo STJ¹⁸, a aposentadoria compulsória, aos setenta anos de idade, também se aplica ao servidor público ocupante de cargo em comissão.

A aposentadoria compulsória será automática, e declarada por ato, com vigência a partir do dia imediato àquele em que o servidor atingir a idade limite de permanência no serviço público, nos termos do art. 187, da Lei nº 8.112/90.

Por último, a aposentadoria voluntária, ocorre quando o servidor tenha cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se daria a aposentadoria, observado as demais condições. A primeira delas, com proventos integrais – sessenta anos de idade e trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta anos de contribuição, se mulher. E, a outra, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição – sessenta e cinco anos de idade, se homem e sessenta anos de idade, se mulher.

No caso de professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio, os requisitos de idade e de tempo de contribuição serão reduzidos em cinco anos, em relação ao disposto no inciso III, *a*, do § 1º, como preceitua o § 5º, do art. 40 da CF/88. A esse respeito, a Súmula 726 do STF, determina que “Para efeito de aposentadoria especial de professor, não se computa o tempo de serviço prestado fora da sala de aula”.

Os proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo ou vitalício em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para concessão da pensão. O § 2º, do art.

¹⁸ RMS nº 10.423-SP, STJ, 6ª T., Rel. Min. Fernando Gonçalves. Todavia, na ADIn nº 2.602-2, com base no art. 40, § 1º, II, da CF/88, o STF decidiu que a aposentadoria compulsória só se aplica aos servidores titulares de cargos efetivos, conforme publicado no DJU, em 6 de junho de 2003.

40 da CF/88 procura evitar a possibilidade de o aposentado ou o pensionista passar a perceber mais do que o servidor em atividade.

A Constituição Federal estabelece no § 7º, do art. 40 da CF/88 que a lei disporá sobre a concessão do benefício da pensão por morte, que será igual ao valor dos proventos do servidor falecido ou ao valor dos proventos a que teria direito o servidor em atividade na data de seu falecimento, observado o disposto no § 3º do mesmo artigo.

É importante notar que, no caso de falecimento do servidor na ativa, o valor da pensão por morte não será o da remuneração, mas, sim, o produto de um cálculo proporcional que indique o eventual provento se a aposentadoria ocorresse na data do falecimento, e que tenderá a ser, portanto, menor do que o valor da remuneração. Esta norma era de eficácia imediata, não obstante dependesse de regulamentação por lei.

Entendiam Dias e Macêdo (2006, p. 139, grifo do autor) que, “[...] na hipótese de o servidor falecer em atividade, a pensão corresponderia ao valor da aposentadoria **por invalidez** a que teria direito na data do falecimento”. Assim, concluem os autores que “Os proventos da respectiva aposentadoria por invalidez seriam integrais, se a morte fosse decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, e proporcionais nos demais casos”.

Esses benefícios de aposentadoria e pensão observavam dois importantes critérios: a integralidade e a paridade.

O critério da integralidade do § 3º, do art. 40 da CF/88 determina que a base de cálculo da aposentadoria ou pensão deveria ser o valor da última remuneração do servidor em atividade.

Expresso no § 8º desse mesmo artigo, o critério da paridade dispunha sobre a vinculação entre a revisão, na mesma proporção, dos proventos de aposentadorias e as pensões e as modificações da remuneração dos servidores em atividade, com a extensão aos aposentados e pensionistas, observado o disposto no art. 37, XI. Era norma de eficácia imediata e não dependia de lei específica para sua aplicação.

Os insignes Dias e Macêdo (2006, p. 93) reportam-se para o entendimento que foi adotado pelo STF, de que:

[...] diversas vantagens, de caráter remuneratório ou não, não se estendem aos inativos, como é o caso das gratificações de atividade, pagas em virtude do exercício da função, e incompatíveis com a situação de inativos, e de vantagens indenizatórias, como o auxílio-alimentação, que não tem natureza salarial e é devido unicamente aos ativos (Súmula 680 do Supremo Tribunal Federal).

O mestre Meirelles (2003) destaca na norma o princípio da isonomia, cujo propósito seria evitar tratamento desigual e injusto entre inativos e pensionistas em face de servidores em atividade. O saudoso magistrado (*ibidem*, p. 433) lembra a lição do TJSP¹⁹: “A majoração de vencimentos decorrente das modificações ou alterações do poder aquisitivo da moeda há de aproveitar, nas mesmas bases, aos inativos, sob pena de não se cumprir o preceito constitucional atinente”.

O § 4º, do art. 40 da CF/88 veda a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata o referido artigo, ressalvados os casos de atividades exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física do servidor, definidos em lei complementar. É a aposentadoria especial do servidor.

A lei complementar não foi, até o momento, editada. Aplica-se, então, o disposto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213/91, no que não conflitar com o texto constitucional, como norma geral, conforme se depreende do disposto no art. 24, XII, da CF/88.

Em relação à acumulação de proventos de inatividade decorrente do art. 40, ou dos arts. 42 e 142, com remuneração de cargo, emprego ou função, o § 10 do art. 37 somente admite nas hipóteses de remuneração de cargo, emprego ou função acumulável na atividade, nos termos do art. 37, XVI, de cargos eletivos e de cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração. Também é possível a acumulação decorrente do regime próprio com aqueles provenientes do regime geral de previdência social, desde que obedecido o teto, nos termos do § 11, do art. 40, e ressalvado, obviamente, a circunstância do inciso XVII, do art. 37, todos da Constituição.

Para ser mais razoável, e ninguém melhor que o consagrado Meirelles (2003, p. 431), na interpretação do § 6º supracitado, “Vale dizer, se a Carta permitir a acumulação remunerada será possível a dupla percepção de benefício; caso contrário, não.”

O tempo de contribuição federal, estadual ou municipal será contado apenas para efeito de aposentadoria e tempo de serviço para efeito de disponibilidade, nos termos do § 9º. Com efeito, não há mais tempo de serviço, e sim tempo de contribuição, sendo vedada qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício, nos moldes do § 10, ambos do art. 40, da CF/88.

¹⁹ TJSP, RT 454/68, STJ, MS 40.092-DF, DJU 4.9.95.

Por tempo de contribuição deve ser entendido aquele em que o servidor esteve ligado a qualquer das entidades que integram a União, os Estados, o Distrito Federal e aos Municípios, durante o qual verteu recursos para o sistema previdenciário.

O tempo de contribuição havido numa esfera será contado na outra para fins de aposentadoria, bem como no cálculo do valor dos proventos a que teria direito o servidor falecido ainda em atividade, para fins de pensão, como se depreende do § 7º do artigo em comento.

A Constituição Federal, no art. 201, § 9º, ainda assegura, para efeito de aposentadoria e cálculo da pensão, a contagem recíproca do tempo de contribuição na Administração Pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, conforme critérios estabelecidos na Lei nº 9.796/99²⁰, regulamentada pelo Decreto nº 3.122, de 6 de julho de 1999.

Por tempo de contribuição fictício, definem Dias e Macêdo (2006, p. 89), “[...] é todo aquele considerado pela lei tempo de serviço para fins de aposentadoria sem que tenha havido simultaneamente contribuição e exercício de atividade”. Assim sendo, como exemplo, temos o tempo de licença-prêmio, contado em dobro dado que o servidor que a ela fazia jus não a gozou.

Por conclusão, nenhum outro tempo que não seja o de contribuição poderá ser contado para fins de aposentadoria ou pensão do servidor público titular de cargo efetivo ou vitalício.

O teto remuneratório fixado pelo art. 37, XI, com redação dada pela EC nº 19/98, aplica-se, como estabelece o § 11, à soma total dos proventos de inatividade, inclusive quando decorrentes da acumulação de cargos ou empregos públicos, bem como de outras atividades sujeitas a contribuição para o regime geral de previdência social, e ao montante resultante da adição de proventos de inatividade com remuneração de cargo acumulável na forma desta Constituição, cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, e de cargo eletivo.

O regime de que trata o art. 40 da CF/88, além, é claro, das normas que lhe são pertinentes, observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral, segundo a regra de aproximação (ou remissão) do § 12.

²⁰ A supramencionada lei dispõe sobre a compensação financeira entre o Regime Geral de Previdência Social e os regimes de previdência dos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos casos de contagem recíproca de tempo de contribuição para efeito de aposentadoria.

Esta regra, como visto, foi invocada pela ADIn nº 2.010-DF para afastar a cobrança de contribuição de servidores aposentados e pensionistas, uma vez que, no regime geral de previdência social, é estabelecida tal imunidade no art. 195, II.

A redação do § 13, do art. 40 da CF/88 impõe ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, bem como de outro cargo temporário²¹ ou de emprego público à obediência ao regime geral de previdência social previsto no art. 201, que é o regime dos trabalhadores regidos pela CLT.

É interessante observar que a EC nº 20/98 trouxe a novidade de que os servidores ocupantes unicamente de cargos em comissão terão incidência das regras do RGPS para fins de concessão de aposentadoria, embora sujeitos ao regime estatutário enquanto ativos.

Então, na hipótese de um servidor aposentado vir a ocupar, exclusivamente, cargo comissionado, a sua contribuição se destinará ao regime geral de previdência social, nada obstante seu vínculo jurídico anterior com a Administração Pública. De outro modo, na explicação do imortal Meirelles (2003, p. 430), “Se o servidor for vitalício ou efetivo e, sem perder a titularidade de cargo, passar a ocupar cargo em comissão, cargo temporário ou emprego público, continuará enquadrado no regime peculiar”.

A EC nº 20/98 trouxe a possibilidade de a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituírem regime de previdência complementar para os servidores submetidos a regimes próprios, podendo, então, fixar o valor dos proventos e da pensão, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social, na previsão do § 14, do art. 40 c/c art. 201.

A instituição desse regime complementar de previdência deverá observar o disposto no art. 202, bem como a lei complementar²² que estabelecer as normas gerais sobre a matéria, como determina o § 15, do art. 40 da CF/88.

Todavia, a previdência complementar que vier a ser instituída somente poderá ser aplicada ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação da lei

²¹ Advirta-se que a expressão “outro cargo temporário”, utilizada pelo § 13 do art. 40, revela-se imprópria, já que não existe “cargo temporário”, mas sim a possibilidade de contratação por prazo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37, todos da Constituição Federal. A propósito, nesta pesquisa, anteriormente, já havia sido empregado corretamente a expressão na seguinte passagem: “[...] bem como o ‘servidor temporário’ [...], aplicar-se-á o regime geral [...]”

²² A Lei Complementar nº 108, de 29 de maio de 2001, dispõe sobre a relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios suas autarquias, fundações, sociedade de economia mista e outras entidades públicas, e suas respectivas entidades fechadas de previdência complementar. E a Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, dispõe sobre o regime de previdência complementar.

que a instituir, mediante sua prévia e expressa opção, conforme inteligência do § 16, do mencionado artigo.

2.1.1 Comentário às regras dos arts. 3º e 8º da EC nº 20/98

Não é a intenção descartar a importância dos demais artigos do compêndio da EC nº 20/98. Claro que não. Mas, tão só destacar o relevo destes dois artigos no cenário das mudanças estreadas no regime jurídico da previdência social do servidor público.

Aos servidores que ingressaram no serviço público até a data da publicação da emenda EC nº 20/98, mas que ainda não haviam cumprido todos os requisitos para a aposentadoria voluntária com base nos critérios da legislação então vigente, não poderiam ser aplicadas as novas regras, sob pena de ofensa ao direito adquirido. Para estes, a EC nº 20/98 estabeleceu as denominadas regras de transição, que, saliente-se, não estão incorporadas ao texto da Constituição, mas sim contidas no corpo da mencionada emenda.

De relance, ressaltam-se a olhos vistos as regras do direito adquirido e de transição previstas, respectivamente, nos arts. 3º e 8º da EC nº 20/98.

O legislador constituinte derivado assegurou, no art. 3º da referida emenda, o direito adquirido à aposentadoria e pensão, a qualquer tempo, por servidor efetivo ou vitalício que já tenha cumprido, até 16 de dezembro de 1998, os requisitos para a obtenção dos benefícios, na forma da lei regente à época. Esta regra se insurge contra a retroatividade de emenda constitucional sobre leis anteriores.

O douto Madeira (2005, p. 344) arremata o alcance do dispositivo anterior acrescentando que:

São mantidos todos os direitos e garantias assegurados nas disposições constitucionais vigentes à data de publicação desta Emenda aos servidores e militares, inativos e pensionistas, aos anistiados e aos ex-combatentes, assim como àqueles que já cumpriram, até aquela data, os requisitos para usufruírem tais direitos, observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal.

Destarte, normas provenientes de emenda constitucional não alcançarão o direito adquirido de servidor público que já implementou, na vigência de lei anterior, as condições necessárias à fruição do benefício da aposentadoria, bem como as pensões de seus dependentes.

O fundamento para esta afirmação encontra-se esteio no art. 5º, XXXVI, ao asseverar que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Na mesma vertente, o art. 60, § 4º, ambos da Constituição, criva que não pode ser objeto de deliberação emenda constitucional tendente a abolir direitos individuais, entendendo-se aqui incluído o direito adquirido.

Os efeitos das novas normas constitucionais poderão alcançar, entretanto, os servidores que se encontrarem na modalidade expectativa de direito, situação esta diversa à anterior, os quais não fazem jus ao direito adquirido.

O art. 8º da EC nº 20/98, a propósito, fixou as regras de transição para os servidores públicos, efetivos ou vitalícios, que ingressaram regularmente na Administração Pública direta, autárquica e fundacional até a data de sua publicação, mas não conseguiram completar a tempo os pressupostos das antigas regras de aposentadoria. Tais normas de transição visam a proteger, na realidade, expectativas de direito, para evitar maior gravame aos servidores.

Como não há direito adquirido à manutenção de regime jurídico, no entendimento consolidado do Supremo²³, os servidores não fazem jus à aplicação das normas do regime em vigor à época da investidura no cargo.

De outro modo, não se concebe uma alteração brusca no regime jurídico decorrente do Poder Derivado sem qualquer traço de razoabilidade, sob pena de ferir de morte a segurança jurídica, tácito na Constituição brasileira, além de desrespeitar o princípio de legalidade por que pauta a Administração e seus súditos.

Tavares (2006, p. 417) é menos flexível, ao ponto de alegar que “[...] seria inconstitucional uma modificação radical nas relações institucionais que desprezassem a expectativa legítima, forte e consolidada de um servidor a pouco tempo de preencher os requisitos de aposentadoria sob a égide da legislação anterior de regência.”

Contudo, a promulgação da EC nº 41/03 fez nascer a controvérsia a respeito do direito adquirido. Outrossim, novamente há regras permanentes e regras de transição.

²³ Destaque-se, a exemplo, o julgamento do RE nº 255.328/CE, Rel. Ellen Gracie, 1ª Turma, Diário da Justiça – DJ do dia 11 de outubro de 2001, no qual fica consignado: “Não pode o servidor invocar a garantia do direito adquirido para reivindicar a percepção de proventos segundo o sistema vigente ao tempo da atividade. A Administração Pública, observados os limites ditados pela Constituição Federal, atua de modo discricionário ao instituir o regime jurídico de seus agentes e ao elaborar novos Planos de Carreira”.

2.2 A segunda alteração da previdência funcional instituída pela EC nº 41/03

A EC nº 41/03 alterou dispositivos da EC nº 20/98, aplicando-se, sobretudo, ao regime próprio dos servidores públicos previsto no art. 40 da Constituição. Outro aspecto a ser considerado é o fato de que aquela emenda não dispõe exclusivamente sobre o sistema previdenciário. Além deste último, referida reforma trouxe mudanças na seara do Direito Administrativo, ao atribuir nova redação ao art. 37, XI da CF/88, e do Direito Tributário, ao instituir o § 1º ao art. 149 CF/88.

A EC nº 41/03 teve como diretriz básica os regimes peculiares não alterando, portanto, consideravelmente os direitos previdenciários dos trabalhadores abrangidos pelo RGPS.

Na verdade, a EC nº 41/03 veio concluir a reforma previdenciária iniciada pela EC nº 20/98²⁴ no que concerne à previdência social do servidor público. Nesse contexto, alguns dispositivos do art. 40 da Constituição Federal foram alterados. Restou praticamente sem alteração o § 1º, e ficaram incólumes os §§ 2º, 4º, 5º, 6º, 9º, 10, 11, 12, 13, 14 e 16²⁵.

A nova redação do *caput* do art. 40 manteve o caráter contributivo introduzido na Constituição pela EC nº 3/93, entretanto acrescentou a este a roupagem solidária e ampliou o universo de contribuintes, já que, além dos servidores ativos, agora passarão a verter recursos para o financiamento da previdência social os respectivos entes públicos, os inativos e pensionistas.

A propalada solidariedade, a expressa menção à exigência de contribuição previdenciária dos inativos e pensionistas, comando depois detalhado no § 18 do mesmo artigo, e a obrigação da União, Estados, Distrito Federal e Municípios de contribuir para o respectivo regime, foram explicitados somente a partir da reforma da previdência de 2003.

Para um melhor entendimento, os dois primeiros aspectos explicitados serão analisados *a posteriori*.

Como observado, na primeira reforma da previdência, o legislador reformador de 1998 não impôs, para custeio do sistema de previdência social, a contribuição dos seus respectivos entes públicos, como também não determinou que estes cobrassem, de seus

²⁴ A PEC nº 33/95, que resultou na EC nº 20/98, já previa vários pontos que foram finalmente aprovados somente com a EC nº 41/03.

²⁵ Recomenda-se reportar aos comentários alhures que trata da reforma previdenciária introduzida pela EC nº 20/98.

servidores públicos, contribuição com o fito de financiar, em benefício destes, sistema de seguro social próprio.

O Poder Derivado, ao emendar a constituição em 2003, acrescentou ao *caput* do art. 40 da Constituição que a União, Estados, Distrito Federal e os Municípios contribuirão para a previdência social de seus servidores públicos, cuja alíquota não poderá ser inferior ao valor da contribuição do servidor ativo, nem superior ao dobro desta contribuição, conforme disposto no art. 2º da Lei nº 9.717/98, c/c o art. 8º da Lei nº 10.887/04.

A EC nº 41/03 acrescentou ainda ao art. 149 da CF/88, o § 1º ao determinar a exação previdenciária dos servidores para custeio de regime de previdência de que trata o art. 40 cobrado pelo respectivo ente público, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União, qual seja, 11%, como estabelece o art. 4º, da Lei nº 10.887/04.

A partir de então, serão comentados os dispositivos do art. 40, preferindo aqueles modificados e acrescidos pela emenda em destaque.

Ficaram mantidas as regras da aposentadoria compulsória prevista no inciso II do § 1º, do art. 40 da CF/88, e das aposentadorias voluntárias, integral e proporcional ao tempo de contribuição, do § 1º, III, *a* e *b* do mesmo artigo.

Quanto ao § 1º, I, a aposentadoria por invalidez permanente poderá ser proporcional ao tempo de contribuição, ou integral, em caso de acidente em serviço moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei. Aqui, a única alteração foi a substituição da expressão “especificadas em lei” por “na forma da lei”. Afora isso, o legislador constituinte reformador de 2003 contentou-se com as demais regras permanentes introduzidas pela EC nº 20/98 para a concessão de aposentadorias na previdência funcional.

Explicam Dias e Macêdo (2006, p. 118) que:

O fato de a Emenda Constitucional 41/2003 ter substituído a expressão “especificadas em lei” por “na forma da lei” autoriza a afirmar que a lei deverá relacionar não só as doenças graves, contagiosas ou incuráveis, bem como definir o que se entende por moléstia profissional e acidente em serviço.

Segundo os autores, a lei referida deverá ser expedida pela União, por força do art. 24, XII, da CF/88, que tem competência legiferante para estabelecer normas gerais sobre previdência social, já que o tema demanda tratamento uniforme para todos os servidores públicos, a fim de evitar injustificável discriminação entre servidores em matéria de benefício por invalidez.

Uma das principais alterações no que concerne às aposentadorias do servidor público diz respeito ao abandono da regra da integralidade. O servidor público, pelo regime anterior à EC nº 41/03, tinha os proventos de aposentadoria calculados com base na remuneração integral do cargo efetivo em que se aposentava, independente do tempo de contribuição.

Com a quebra da integralidade, a nova redação do § 3º, art. 40 da CF/88 institui que os proventos serão calculados com base nas remunerações do servidor vertidas não só para os regimes próprios, como no regime geral, caso tenha se filiado a este regime no período básico de cálculo do benefício, na forma da lei.

Adotando o modelo utilizado no regime geral de previdência social previsto na Lei nº 9.876/99²⁶, a Lei nº 10.887/04 prevê, nos termos do art. 1º, *caput*, que integram a base de cálculo as 80% maiores remunerações do servidor público a partir de julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior a esta data, mediante média aritmética simples.

Todos os valores de remuneração considerados para o cálculo das aposentadorias serão devidamente atualizados, na forma da lei, como determina o § 17, do art. 40 da CF/88.

A Lei nº 10.887/04, prevê, através do art. 1º, § 1º, que o índice será o mesmo adotado para o reajuste dos salários de contribuição integrantes do período básico de cálculo dos benefícios do regime geral e o art. 29-B da Lei nº 8.213/91, por seu turno, elege o Índice Nacional de Preços ao Consumidor – INPC²⁷, para tal escopo.

Os proventos e as pensões dos dependentes do servidor público não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor no cargo efetivo que serviu de referência para os benefícios, como se depreende do § 2º²⁸, do art. 40 da CF/88. Contudo, esta norma perdeu o sentido, passando a ser incompatível com o novo critério de cálculo da aposentadoria. “Ora, se os proventos da aposentadoria deverão refletir a média das remunerações sobre as quais incidiu contribuição previdenciária, para premiar o esforço contributivo, não faz sentido limitar o valor do benefício à remuneração do cargo efetivo em que se deu a aposentadoria” (DIAS; MACÊDO, 2006, p. 132-133).

Convém lembrar mais uma vez que a Constituição permite a contagem recíproca de tempo de contribuição entre os diversos regimes próprios de previdência e entre estes e o

²⁶ Esta lei dispõe sobre contribuição previdenciária do contribuinte individual, o cálculo do benefício, altera dispositivos das Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências.

²⁷ Índice calculado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, que mede a inflação referente aos produtos consumidos por uma família na faixa de renda de até oito salários mínimos.

²⁸ Adverte-se que a limitação do § 2º, do art. 40, refere-se ao valor final dos proventos de aposentadoria, e não a média simples das remunerações da base de cálculo.

regime geral de previdência social, nos termos do art. 201, § 9º e art. 40, § 9º. Havendo a mudança de regime, os diversos regimes se compensarão financeiramente, conforme prescreve a Lei nº 9.796/99.

Essa nova fórmula de cálculo do § 3º, do art. 40 da CF/88 aproxima o regime peculiar do servidor público ao regime geral, e torna o sistema mais justo socialmente.

A nova redação dada ao § 7º do referido artigo reza que lei disporá sobre a concessão do benefício de pensão por morte, que a será igual:

I – ao valor da totalidade dos proventos do servidor falecido, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso aposentado à data do óbito; ou

II – ao valor da totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu o falecimento, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso em atividade na data do óbito.

Analisando a nova regra, a diferença de tratamento da base de cálculo da pensão reside na circunstância do servidor está aposentado ou em atividade à data do óbito, isto é, até o limite do teto máximo dos benefícios do RGPS, se vier a óbito no gozo da aposentadoria ou em atividade, o valor da pensão por morte corresponderá à totalidade dos proventos da aposentadoria ou da remuneração do cargo efetivo, respectivamente. Em qualquer destes, se a pensão ultrapassar aquele limite, a parcela excedente sofrerá um redutor de trinta por cento.

Ao comentar a nova realidade da concessão da pensão por morte, o colendo Tavares (2006, p. 400) realça para o detalhe:

Se fosse mantida a fórmula de cálculo da pensão do funcionário na ativa, de primeiro se fazer o cálculo da média das remunerações e então aplicar-se a limitação de 70%, poderia haver, em alguns casos, uma perda de grande vulto em prejuízo dos dependentes, de forma repentina. Assim, parece-me que andou bem o legislador constituinte derivado, ao destacar a diferença entre as duas situações.

E conclui o catedrático autor (*ibidem*, p. 400):

A limitação da pensão a um percentual do valor da aposentadoria ou da remuneração parte da lógica de que, com o óbito de um dos integrantes da família, há diminuição de algumas despesas, tais como a de alimentação, vestuário, transporte etc. essa fórmula já foi utilizada no Regime Geral de Previdência Social quando estava em vigor a antiga Lei nº 3.807/60 e na redação inicial da Lei nº 8.213/91, sendo depois abandonada naquele sistema.

O professor Marco André (*apud* Alexandrino e Vicente Paulo, 2006, p. 234) atenta para o caso do servidor que faleça em situação de disponibilidade, nos termos do art. 41, §

3º, da CF/88, e manda aplicar a regra do inciso II, do § 7º do art. 40 da CF/88, porquanto específica pra o servidor que esteja em atividade na data do óbito, com isso a pensão será calculada com base na totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu o falecimento.

O dispositivo é norma de aplicação imediata, todavia Dias e Macêdo (2006, p. 140) entendem que carece de lei específica nos casos de determinação dos critérios de concessão da pensão em relação os dependentes do servidor.

O novo critério de cálculo da pensão por morte somente será adotado para os óbitos ocorridos a partir do dia seguinte á entrada em vigor da Lei nº 10.887/04, promulgada em 21 de junho de 2004. Assim, para os óbitos ocorridos após o dia 31 de dezembro de 2003, mas antes da vigência da Lei nº 10.887/04, aplica-se as regras da EC nº 20/98. Contudo, para os óbitos ocorridos após a EC nº 41/03, é vedada a paridade, nos termos do art. 7º da referida emenda, ainda que calculada com base no critério revogado.

Outra importante inovação foi o fim da paridade, antes assegurada no então derogado § 8º, do art. 40 da CF/88, instituído pela EC nº 20/98, que previa a revisão, dos proventos e pensões, na mesma proporção e na mesma data em que se modificasse a remuneração dos servidores em atividade, sendo estendidos aos aposentados e pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens, de natureza geral.

Aplicar-se-á o mesmo critério de reajuste dos benefícios do regime geral, constante no art. 201, § 4º, da Constituição. Tanto o é, que no renovado § 8º, na sua redação, há apenas a substituição do termo “definidos”, daquele dispositivo, por “estabelecidos”, deste outro, que, na verdade, possui o mesmo significado.

O reajustamento dos benefícios é assegurado, na nova ordem introduzida pelo reformador de 2003, para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei.

Na lição de Meirelles (2004 p. 435), “A nova regra, ao dizer ‘em caráter permanente’ e ‘valor real’, no nosso entender, impõe o dever do reajustamento, pelo menos anualmente, e, assim, dá ao beneficiário um direito subjetivo de buscá-lo judicialmente.”

Os parágrafos que tratam do regime de previdência complementar, somente o § 15, do art. 40 da CF/88 foi modificado pela EC nº 41/03, permanecendo com a mesma redação o §§ 14 e 16 do aludido dispositivo.

A principal alteração, nesse sentido, foi a desnecessidade de lei complementar para instituir o benefício complementar, bastando simples lei ordinário de iniciativa do Chefe do Poder Executivo de cada esfera de Governo, ou seja, sua criação será de competência do

Presidente da República, do Governador de Estado ou do Distrito Federal, ou do Prefeito, conforme o caso.

A atual redação ainda delinea algumas características de funcionamento do sistema complementar: deverá observar, no que couber, o disposto no art. 202 e seus parágrafos; ficará a cargo de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública; e serão oferecidos planos de benefício complementar somente na modalidade de contribuição definida.

A regra do § 19, do art. 40 da CF/88 é auto-explicativa. O servidor com direito a aposentadoria voluntária integral, nos termos do § 1º, III, *a*, que opte por permanecer em serviço até a aposentadoria compulsória, aos setenta anos de idade, fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição (ou a dispensa do pagamento do tributo referido).

O magistral Harada (2006, p. 366, grifo do autor), em termos técnicos, define:

Em direito tributário, isso significa imunidade temporária e condicional. O servidor fica imune de contribuição social se continuar trabalhando além do necessário, mas, se ele cair na aposentadoria compulsória, por **presumível perda de capacidade laborativa**, passa a ser **contribuinte novamente**.

Os professores Alexandrino e Vicente Paulo (2006, p. 242) ainda apontam mais duas hipóteses de direito ao abono de permanência em serviço previsto pela EC nº 41/03 e art. 7º, da Lei nº 10.887/04, sendo a primeira, ao servidor que ingressou no serviço público até a EC nº 20/98, e com direito a optar pela aposentadoria voluntária de acordo com as regras de transição do art. 2º da EC nº 41/03, preferam permanecer em atividade até a aposentadoria compulsória, nos termos do art. 2º, § 5º da EC nº 41/03. A outra, assegura ao servidor, que tenha implementado os requisitos para aposentadoria voluntária, até 31 de dezembro de 2003, e que opte por permanecer em atividade até a aposentadoria compulsória, na forma do art. 3º, § 1º, da EC nº 41/03.

Sobre a conveniência do abono de permanência para a Administração Pública, Tavares (2006, p. 408) brilhantemente salienta:

A lógica do abono reside na economia que a permanência do servidor traz para o orçamento da previdência do regime próprio. Quando o servidor, que completou os pressupostos da aposentação integral voluntária permanece no trabalho, a Administração economiza duas vezes: por não ter que pagar a aposentadoria e também por não ter que pagar remuneração para o servidor que será investido o cargo público no lugar daquele que se aposentou. Além disso, o Poder Público pode estar perdendo um servidor experiente e terá que substituí-lo por outro que, possivelmente, terá que passar por processo de treinamento até possuir a experiência do anterior.

O § 20, do art. 40 da CF/88 institui a unidade de regime de previdência peculiar e de administração em cada uma das entidades federativas, a exceção do regime de pensão dos militares²⁹, previsto no art. 142, § 3º, X.

Na interpretação de Tavares (2006, p. 408), caberá ao Poder Executivo a sua própria administração previdenciária e a dos Poderes Legislativo e Judiciário, em cada um dos entes da Federação, pois detém atividade administrativa precípua.

Adverte o autor (*ibidem*, p. 409) que o princípio da separação dos poderes não resta agredido pela simples unidade de gestão administrativa da previdência, pois sequer, não há como o Poder Executivo invadir o exercício das funções dos outros, haja vista existir o sistema de *checks and balances*, que é o método de freios e contrapesos, em que um Poder vigia ao outro.

Alexandrino e Vicente Paulo (2006, p. 231) lecionam que a medida é protetiva e visa a evitar manobras que possam alçar privilégios para determinada categoria em detrimento de discriminação gratuita para outra, e até mesmo coibir a criação de sistema de previdência para cada Poder – e nesse caso não é preciso pensar muito longe para perceber que os servidores do Poder Executivo seriam os mais prejudicados.

Até aqui foram comentadas com singelezas as regras permanentes do art. 40 da Carta Política. Reserva-se, de agora em diante, ao debate do clímax da segunda reforma da previdência, analisando precipuamente, com mais vagar, os imperativos do dispositivo do art. 4º, da EC nº 41/03, responsável pela alteração mais profunda no regime previdenciário do servidor público.

2.2.1 A solidariedade e a contribuição dos inativos e pensionistas

Importa lembrar que o orçamento destinado aos servidores advém de contribuições destes e dos entes federados, não integrando o orçamento da seguridade social, como prevê o art. 165, §º 5º, III, da CF/88 e, que, com a nova redação dada pela EC 41/03, passaram a se incluir neste rol contributivo os inativos e os pensionistas, sob alegação de revestir-se do manto da solidariedade.

²⁹ Apesar do § 20, do art. 40 da CF/88 excepcionar somente ao regime de pensão dos militares da União, os policiais e bombeiros militares estaduais e do Distrito Federal também tiveram seus regimes previdenciários segregados dos regimes próprios dos servidores civis dos Estados e do Distrito Federal, nos termos dos §§ 1º e 2º, do art. 42, da Constituição.

Com efeito, a EC nº 41/03 positivou constitucionalmente, no regime de previdência social do servidor público, o princípio da solidariedade, vetor de todo o arcabouço do seguro social, verificável tanto na interpretação ou aplicação quanto na criação de suas normas.

Na acepção de Alexandrino e Vicente Paulo (2006, p. 229), “Certamente, a repetição do princípio da solidariedade no *caput* do art. 40 teve o intuito de reforçar a legitimidade da exigência da contribuição dos aposentados e pensionistas.”

A respeito, o jurista Madeira (2005, p. 366, grifo do autor) adverte que:

Em princípio, pode-se, concluir erroneamente, que a solidariedade se constitui numa novidade no regime geral e nos regimes próprios, o que, de fato, não se coaduna com a realidade, posto que a solidariedade já se constituía, segundo alguns estudiosos do tema, em um dos mais importantes princípios na previdência social. O **princípio da solidariedade** rege-se pelo sistema de repartição simples e não pelo sistema de capitalização.

O princípio da solidariedade será objeto de questionamento logo adiante.

Ademais, a questão trazida pela aludida emenda que fixa a contribuição previdenciária sobre inativos e os pensionistas, sem dúvida, é uma das mais polêmicas.

A nova emenda recriou as regras para tributação sobre proventos e pensões, alterando o *caput* do art. 40 da Constituição Federal de forma a suprir a ausência da matriz constitucional, indispensável para legitimar a exação tributária, atacada, outrora, pela Corte Maior na análise do art. 1º, da Lei nº 9.783/99, sob a égide da EC nº 20/98.

Assim dispõe o referido artigo da EC nº 41/03:

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.

Daí, infere-se que o contestado dispositivo da EC nº 41/03 prevê que o servidor aposentado e o pensionista já em gozo desses benefícios na data da publicação da mencionada emenda, e aqueles que até 31 de dezembro de 2003 tenham cumprido todos os requisitos para a obtenção desses benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente, contribuirão com alíquota igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos para a manutenção do respectivo regime próprio de previdência social.

É de bom alvitre ressaltar que os incisos I e II do parágrafo único, do art. 4º, da EC nº 41/03 foram declarados parcialmente inconstitucionais. Estes incisos, referindo-se ao disposto no *caput*, estabeleciam bases de cálculo diferentes daquela estabelecida no § 18, do

art. 40 da Constituição para aposentados e pensionistas dos Estados, Distrito Federal e dos Municípios, e para aqueles da União. Os primeiros, contribuía com proventos e pensões excedentes a 50% do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral da previdência social; os segundos, só pagariam sobre proventos e pensões que excedessem 60% desse limite.

No julgamento das ADIs nºs 3.105-DF e 3.128-DF³⁰ do art. 4º, da EC nº 41/03, a Suprema Corte, por maioria, decidiu pela constitucionalidade da cobrança da contribuição dos aposentados e pensionistas, porém, como limite de imunidade, o valor do teto dos benefícios do regime geral de previdência social, e declarou, por unanimidade, a inconstitucionalidade das expressões “cinquenta por cento do” e “sessenta por cento do” contidas, respectivamente, nos incisos I e II daquele artigo, pelo que se aplica, à hipótese do art. 4º da EC nº 41/03, o § 18 do art. 40 da Constituição Federal, introduzido pela mesma emenda.

O fundamento da decisão unânime que considerou procedente ação direta de inconstitucionalidade quanto aos incisos I e II do parágrafo único, do art. 4º, da EC nº 41/03, lastreou-se no princípio da isonomia tributária, que veda tratamento jurídico diferenciado entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente.

Por outro lado, o *decisorium litis* que indeferiu o pedido de alegação de inconstitucionalidade do *caput* do art. 4º foi tomado por maioria dos votos (sete a quatro)³¹, “[...] sendo vencidos os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, Ellen Gracie e Carlos Ayres Britto, que julgavam procedente a ação [quanto ao art. 4º], porque a Emenda não pode suprimir direitos e garantias asseguradas, por força do inciso IV, do § 4º do art. 60 da CF” (HARADA, 2006, p. 368).

Os principais argumentos que serviram de supedâneo ao STF em favor da tributação em foco encontram-se delineado no Informativo STF nº 357, pelo qual não se furtou em transcrevê-lo na íntegra em razão de sua relevância, conquanto seja um tanto extenso. O mesmo cuidado foi dispensado à decisão ementada das ADIs nºs 3.105-DF e 3.128-DF, cujas transcrições encontram-se nos anexos desta pesquisa.

³⁰ As ADIs nºs 3.105-DF e 3.128-DF foram propostas pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP e pela Associação Nacional dos Procuradores da República – ANPR, respectivamente. Rel. original Min. Ellen Gracie, Rel. para acórdão Min. César Peluso. Registre-se que, pela importância e repercussão no cenário jurídico, preferiu-se, entretanto, fazer referência as supramencionadas ações.

³¹ Vale a ressalva que o STF considerou constitucional, em 18 de agosto de 2004, com as ressalvas do voto condutor do Min. César Peluso, a taxação de inativos e pensionistas, diante da ideia de “financiamento da seguridade social” ou do “princípio estrutural da solidariedade”, conforme verificado no julgamento das ADIs 3.105-DF e 3.128-DF.

Dessa forma, prevaleceu a base de cálculo referida logo atrás, com a redação dada pela EC nº 41/03, que reza:

§ 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.

Em suma, o § 18, do art. 40 da CF/88 detalha a regra da famigerada contribuição aplicada aos aposentados e pensionistas. Devendo, a partir da data de publicação dessa emenda, incidir contribuição³² sobre os proventos e pensões concedidas pelo regime de que trata o art. 40 que superem o teto máximo³³ dos benefícios concedidos pelo regime do art. 201, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos da União que, repita-se, será de 11%, como determina o art. 4º, da Lei nº 10.887/04.

Para Alexandrino e Vicente Paulo (2006, p. 239) quaisquer arguições que venha, doravante, contestar a constitucionalidade da cobrança de contribuição previdenciária dos aposentados do serviço público e seus pensionistas, restam infrutíferas, por considerarem constitucional a incidência da exação tributária, uma vez que o julgamento das ações aludidas, na opinião dos autores, pôs fim à celeuma.

Todavia, a questão não está meramente pacificada e ainda suscita calorosas discussões jurídicas. Alguns aspectos tratados nas ações diretas de inconstitucionalidade não foram valorados no seu âmago com o devido zelo. Decerto, o tema não está exaurido na sua plenitude.

Portanto, como desiderato desta pesquisa, necessário há de debruçar-se na alegação de inconstitucionalidade da taxação incidente sobre proventos de aposentadoria e pensão do servidor público filiado a regime próprio de previdência social.

2.2.2 Análise perfunctória das regras de transição da EC nº 41/03

³² Lembrando que a contribuição em tela passou a ser exigida somente no mês de abril de 2004, em obediência à anterioridade mitigada de noventa dias, por força do art. 149 c/c o art. 195, § 6º, da CF/88, a partir da publicação da EC nº 41/03, em 31 de dezembro de 2003.

³³ O art. 5º, da EC nº 41/03 fixou o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, à época, em R\$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais), com previsão de reajuste permanente. No entanto, até o encerramento da 10ª edição do livro *Direito Administrativo*, da obra de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, o valor máximo daquele benefício era R\$ 2.668,15 (dois mil, seiscentos e sessenta e oito reais e quinze centavos).

Não poderia escoar por entre as mãos o exame das regras de transição para quem já se encontrava no serviço público na data da publicação da EC nº 41/03, em 31 de dezembro de 2003, enquadrando-se, pois, na modalidade expectativa de direito, embora não sejam objeto de maior detalhamento, pois escapam às intenções perquiridas, por isso mesmo não serão estudadas todas as regras, tão só àquelas mais pertinentes à presente pesquisa.

Assim, o art. 2º da emenda supracitada praticamente repete o revogado art. 8º da EC nº 20/98, e assegura o direito à opção pela aposentadoria voluntária ao servidor que ingressou no serviço público em cargo efetivo até a data de 16 de dezembro de 1998, com proventos calculados de acordo com as novas regras dos §§ 3º e 17, do art. 40 da CF/88, introduzido pela EC nº 41/03, visto que atendido, cumulativamente, todos os requisitos dos seus respectivos incisos.

Ou seja, caso o servidor opte pela aposentadoria voluntária de acordo com as novas regras permanentes da reforma, os seus proventos serão determinados considerado como base de cálculo a média aritmética simples dos oitenta por cento dos maiores salários de contribuição – a partir de julho de 2004 – atualizados mês a mês, nos termos do §§3º e 17, observado o disposto nos §§ 2º e 8º, todos do art. 40, da CF/88, desde que preenchidos cumulativamente àquelas condições previstas nos incisos do art. 2º da EC nº 41/03.

Vale dizer, neste caso, que resta vedada a integralidade; tampouco haverá direito à paridade entre proventos e pensões e a remuneração do cargo efetivo.

A opção pela regra de transição do supra art. 2º que o servidor venha a fazer, na prática, pode tornar desinteressante à aposentadoria, diante de eventual perda do poder aquisitivo do benefício.

O art. 3º da EC nº 41/03, tal qual o art. 3º da EC nº 20/98, assegura o direito adquirido a aposentadoria ou pensão, a qualquer tempo, ao servidor que, até a data da publicação desta emenda, tenha implementado todos os requisitos para a obtenção desses benefícios, com base nos critério da legislação regente à época.

A esse servidor é salvaguardada a aposentadoria com proventos integrais e vinculação dos proventos e pensões com a remuneração dos ativos nas hipóteses de modificações e atualizações, que é a regra da paridade.

Em contraposto à regra do direito adquirido, e afigurando-se como verdadeiro contra senso, impõe-se, por força dos exatos termos do art. 4º da EC nº 41/03 – já abordado –, a exigência de contribuição previdenciária de aposentados e pensionistas. Por óbvio, não há razoabilidade entre os dispositivos. Afinal, o art. 4º respeitou o direito adquirido consagrado no art. 3º da mesma emenda? Certamente que não, como se observará.

A integralidade, por sua vez, poderá alcançar o servidor público que tenha ingressado no serviço público até a data da publicação da EC nº 41/03, mas sem direito adquirido, desde que preenchidos, cumulativamente, as condições estabelecidas nos incisos do art. 6º da emenda retro mencionada.

Não foi garantida para estes servidores a paridade entre os proventos e a remuneração da ativa.

Convém lembrar que a paridade era aplicável aos aposentados e pensionistas em gozo desses benefícios na data da publicação da EC nº 41/03, e àquelas pessoas de que trata o art. 3º da citada emenda com direito adquirido à aposentadoria e à pensão na mesma data, de forma que a única regra da paridade existente hoje no ordenamento constitucional se encontra fincada no art. 7º da EC nº 41/03.

2.3 Breves considerações sobre as mudanças introduzidas pela EC nº 47/05 no regime próprio de previdência social

Como já é do conhecimento, a EC nº 47/05, de 5 de julho de 2005, começou a tramitar no Congresso Nacional paralelamente à EC nº 41/03, razão pela qual foi apodada de “PEC paralela”. O Senado Federal, para não alterar o texto da PEC 40/2003, que resultou na EC nº 41/03, aprovado na Câmara dos Deputados, o que implicara no retorno da matéria à casa de origem, introduziu as alterações que entendia necessárias por meio da PEC 77/03 (ou “PEC paralela”), ficando acordado que a emenda constitucional assim promulgada teria efeitos retroativos à data de publicação da EC nº 41/03, em 31 de dezembro de 2003.

Destarte, todos os dispositivos da EC nº 47/05, de natureza permanente ou transitória, retroagem a esta data, de acordo com o art. 6º da EC nº 47/05. É simples, é como se as Emendas nºs 41/03 e 47/05 tivessem sido promulgadas em 31 de dezembro de 2003, não obstante esta última, como se sabe, ter sido publicada no DOU em 6 de julho de 2005.

Sobre as “PEC Paralelas”, o ilustre professor Lenza (2006, p. 600) afirma que “[...] a técnica das ‘PEC Paralelas’ vem sendo largamente utilizada pelo Congresso Nacional, sempre que, em nome de agilização das votações, se aprova a matéria consensual, deixando-se para discutir as modificações em novas PECs [...]”.

Apesar do autor, em outras edições, questionar esse procedimento, atualmente é favorável a esta técnica de “fracionamento”, inclusive, como afirma, o próprio STF também

tem aceitado com receptividade as “PECs Paralelas”. Isso porque, na explicação do professor, em respeito ao princípio do bicameralismo federativo, caso uma proposta de emenda seja rejeitada por uma das casas, a matéria terá que, necessariamente, ser reapreciada pela outra casa, para não incorrer em vício formal de inconstitucionalidade. Ao que parece, é verdadeiro entrave no processo legislativo, postergando a aprovação de diversas matérias de relevante interesse nacional em nome da enfadonha marcha legiferante.

Feitas as observações, tem-se que a EC nº 47/05 pouco inovou quanto à previdência do servidor público, sendo algumas alterações com exclusivo reflexo no âmbito da Administração Pública.

Assim, em linhas gerais, para não delongar, a emenda determinou, de maneira expressa, que as parcelas de caráter indenizatório não serão computadas para efeito do teto previsto no art. 37, XI, como determina o art. 37, § 11; facultou aos Estados e Distrito Federal instituir “subteto”, nos termos do art. 37, § 12; estendeu a possibilidade de aposentadoria especial para os servidores portadores de deficiência e para os que exercem atividades de risco, conforme se observa no art. 40, § 4º; elevou a faixa de imunidade dos aposentados e pensionistas portadores de doença incapacitante para o dobro do teto do benefício do regime de que trata o art. 201, segundo o art. 40, § 21.

Por derradeiro, a emenda trouxe regras transitórias, estendendo aos servidores, que tenha ingressado no serviço público até 31 de dezembro de 2003, que se enquadrem no art. 6º da EC nº 41/03, o direito à paridade, nos termos do art. 7º da mesma emenda, entre os proventos de aposentadoria e a remuneração do cargo na atividade. Ressalta-se que a regra da paridade, constante do art. 2º da EC nº 47/05, só se aplica aos proventos de aposentadoria, não aos de pensão.

Nos termos do art. 3º da EC nº 47/05, ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas permanentes estabelecidas pelo art. 40 da CF/88 ou pelas regras estabelecidas pelos arts. 2º e 6º da EC nº 41/03, o servidor, que tenha ingressado no serviço público até a data de publicação da EC nº 20/98, em 16 de dezembro de 1998, poderá aposentar-se com proventos integrais, desde que preencha, cumulativamente, as condições previstas nos seus incisos. E, inda, nos termos do parágrafo único do art. 3º da EC nº 47/05, a garantia do direito à paridade prevista no art. 7º da EC nº 41/03.

Mas, a paridade verificada só se aplica aos proventos de aposentadoria e aos de pensão cujos servidores falecidos tenham se aposentado em conformidade com a regra do art. 3º da EC nº 47/05.

CAPÍTULO 3 A CONTRIBUIÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS APOSENTADOS E PENSIONISTAS

Questão extremamente polêmica é definir a constitucionalidade da previsão contida no art. 4º da EC nº 41/03, de que os servidores inativos e pensionistas em gozo desses benefícios na data da publicação desta emenda ou aqueles que até a mesma data tenham cumprido todos os requisitos para a obtenção da aposentadoria e pensão, com base nos critérios da legislação então vigente, deverão contribuir para o custeio de previdência de trata o art. 40 da Constituição Federal. Menos problemática, mas ainda assim passível de críticas, é a redação do § 18, do art. 40, acrescido pela aludia emenda, que estabelece a incidência de contribuição sobre os futuros aposentados e pensionistas.

Mencionou-se ainda, no *caput* do art. 40, o caráter solidário do regime de previdência de que trata o dispositivo para justificar a contribuição dos aposentados e pensionistas.

Convém desde já distinguir as duas situações para efeito de análise. Isso porque, no que tange à primeira, tem aplicação o argumento de que existiria direito adquirido ou ato jurídico perfeito a impedir a incidência de contribuição sobre proventos e pensões concedidos antes da EC nº 41/03. Tal argumento, porém, em relação aos servidores alcançados pelo § 18, do art. 40, resta enfraquecido, ante a inexistência de direito adquirido a regime jurídico, tese reiteradamente sufragada pela Suprema Corte e que se funda na supremacia do interesse público sobre o particular. Mas, nesta última situação, vale salientar que não significa dizer que a referida taxaço seja constitucional.

No âmbito federal, tais disposições foram concretizadas pelos arts. 4º, 5º e 6º, da Lei 10.887/04, que dispõe sobre a aplicação de disposições da EC nº 41/03, ao regular a contribuição dos inativos e pensionistas na forma do § 18, do art. 40, daqueles em gozo de benefícios e em relação aos servidores abrangidos pelo art. 3º da mesma emenda, respectivamente.

Assim, surge a controvérsia acerca da constitucionalidade da indigitada taxaço dos inativos, já que os mesmos por se encontrarem aposentados ou recebendo pensões estariam amparados pelo direito adquirido ao não pagamento das contribuições previdenciárias.

Inúmeras ações diretas de inconstitucionalidade já foram propostas perante a Corte Maior, visando o reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 4º, da EC nº 41/03,

sob o argumento de que não pode haver proposta de emenda tendente a abolir direitos e garantias fundamentais, dentre os quais se encontra o direito adquirido.

Em meio a tantos argumentos, exsurgem ainda outros que atacam veementemente aquele dispositivo da EC nº 41/03, não obstante a questionável decisão proferida pelo Supremo no julgamento das ADIs nºs 3.105-DF e 3.128-DF, que declarou, por maioria, a constitucionalidade da referida exação tributária, cujo posicionamento controverso também não escapa aos embates jurídicos na alegação da inegável inconstitucionalidade da cobrança.

Entrementes, serão abordadas, a seguir, todas as possíveis questões envolvendo a famigerada tributação dos inativos e pensionistas da mais polêmica das reformas da previdência dos servidores públicos, demonstrando a manifesta ilegalidade constitucional do poder reformador derivado quando da promulgação da EC nº 41/03.

3.1 A impropriedade do princípio da solidariedade como justificativa à tributação dos inativos e pensionistas

O princípio da solidariedade, indevidamente invocado pelos defensores da taxação, não é argumento plausível e por isso mesmo não resiste a um exame cuidadoso.

A solidariedade, assim como a universalidade de cobertura e do atendimento, a irredutibilidade do valor dos benefícios e a equidade na forma de participação no custeio, entre outros, são os valores levados em conta pelo legislador constituinte, exteriorizados em forma de princípios expressos ou implícitos.

O princípio da capacidade contributiva, que está inserto no § 1º do art. 145 da CF/88, nada mais é que uma das expressões da solidariedade humana à medida que se proíbe a instituição de progressividade de alíquotas na razão inversa da grandeza presumível de renda ou de bens sobre os quais incide o imposto, ou seja, quem muito pode, paga mais; quem pode menos, paga pouco e quem nada pode, não paga.

Outra normatização constitucional desse valor que diz respeito à contribuição previdenciária, está no art. 195 da Constituição, segundo o qual a seguridade social – com mais ênfase à previdência social – será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta.

O que se pretende explicar com tais considerações, é o fato de que a solidariedade não pode servir de fundamento para imposição tributária fora dos limites balizados pela Carta

Política. Não pode se sobrepor, por exemplo, aos princípios constitucionais da legalidade, da isonomia e da vedação de efeitos confiscatórios.

A solidariedade apesar de ser um valor incorporado no nosso ordenamento jurídico, ainda assim não tem o condão de autorizar a criação de tributos. O que se poderia sustentar com razoabilidade é que alguns dos tributos previstos no ordenamento constitucional estão fundamentados no princípio da solidariedade.

Sobre o princípio da solidariedade, Dias e Macêdo (2006, p. 114) asseveram o verdadeiro conteúdo de seu significado, expondo que:

O ato de instituição da previdência social já constitui uma manifestação de solidariedade, é o reconhecimento de que a ação individual não é suficiente para debelar as necessidades decorrentes das contingências sociais, razão da atuação comum (solidária) de todos os membros da sociedade em face dessas necessidades.

A solidariedade, sem dúvida, traduz o verdadeiro espírito da previdência social, através do mecanismo do mútuo, característica do seguro, pois a contribuição dos segurados acautela a manutenção de toda rede protetiva. Caso contrário, se assim o fosse, com certeza, individualmente, as pessoas não teriam condições de compor um fundo suficiente para seu sustento nos casos de infortúnio.

É este princípio que permite e justifica uma pessoa ser aposentada por invalidez em seu primeiro dia de trabalho, sem qualquer contribuição recolhida para o sistema.

O mestre tributarista Harada (2006, p. 366, grifo do autor) afirma que o termo solidário foi enxertado no texto constitucional com semântica distorcida, e afirma: “O sistema previdenciário sempre repousou no **princípio da solidariedade**, no sentido de que a **geração atual**, que mantém um **vínculo laboral**, sustenta a **geração antiga**, já na **inatividade**”, dando contornos ao regime de repartição simples.

Observadas estas considerações, seguramente pode-se afirmar que a contribuição previdenciária incidente sobre proventos de aposentados e pensionistas, própria de servidores da ativa, não pode ser atribuída a pretexto da solidariedade.

3.2 A verdade sobre o déficit dos regimes próprios de previdência social

Não raro o déficit do regime previdenciário é atribuído ao servidor público, em especial aos inativos e pensionistas. Tenta-se de todo modo, perante a opinião pública, execrar esses agentes culpando-os pela oneração dos caixas da previdência.

Nada obstante as oportunas modificações introduzidas pela EC nº 20/98 na previdência social do servidor público, este regime de previdência, que paga benefícios a 3,2 milhões de beneficiários, apresentou uma necessidade de financiamento em 2002 de R\$ 39 bilhões (64% do total), ao passo que o regime geral de previdência social, que possui 19 milhões de aposentados e pensionistas, recebeu um financiamento de R\$ 17 bilhões (19% do total), segundo dados do Ministério da Previdência Social, destacado por Dias e Macêdo (2006, p. 13).

A informação de plano desperta ao público leigo reprovação e, conseqüentemente, simpatia a continuidade da cobrança previdenciária de quem já se aposentou e daqueles que recebem pensão de servidores já falecidos.

Todavia, os dados apresentados não esclarecem que esse rombo, em grande parte, foi devido à introdução do Regime Jurídico Único, felizmente já abolido pela EC nº 19/98³⁴, que implicou na mudança de regime, de celetista para estatutário, de um grande número de servidores nas mais diversas esferas de governo, acarretando maléficas conseqüências financeiras para o regime próprio de previdência, tendo em vista que, na situação anterior, se aposentavam pelo regime geral de previdência, ao passo que, após a conversão de regime jurídico, passaram a se aposentar por seus sistemas próprios de previdência, onerando ainda mais os cofres públicos, já que também passaram a ter direito à integralidade da sua última remuneração, bem como à paridade com os ativos. Foi um verdadeiro holocausto aos caixas previdenciários.

O impacto causado no quadro do funcionalismo público foi alarmente quando da instituição do Regime Jurídico Único, como bem observa Delúbio Gomes Pereira da Silva³⁵ (*apud* Dias e Macêdo, 2006, p. 76):

Quando da publicação da Lei nº 8.112/90, momento da instituição do regime jurídico único, por força do art. 243, *caput*, dos cerca de 750.000 servidores civis da União naquela data, não mais de 150.000 eram regidos pela Lei nº 1.711/1952 (estatutários) e aproximadamente 600.000 eram celetistas.

O abalo financeiro e orçamentário causado pelo precipitado Regime Jurídico Único se fez sentir a partir da estabilidade monetária propiciada pelo Plano Real, em 1994.

³⁴ Intitulada Reforma Administrativa, de 4 de junho de 1998.

³⁵ *Regime de previdência dos servidores públicos no Brasil: perspectivas*, p. 21, da obra de Delúbio Gomes Pereira da Silva.

Em 2002, por exemplo, a diferença entre os gastos com aposentadorias e pensões no serviço público e o valor das contribuições vertidas, compreendendo União, Estados, Distrito Federal e municípios, chegou a aproximadamente R\$ 39,1 bilhões de reais. No plano da União, o déficit era de R\$ 22,1 bilhões de reais e no dos Estados, era de R\$ 14,5 bilhões de reais, conforme dados indicados na Exposição de Motivos que acompanhou a proposta de emenda constitucional nº 40, que resultou na EC nº 41/03, segundo assinala Lauro Morhy³⁶ (*apud* Dias e Macêdo, 2006, p. 76).

Outro fator desencadeador da crise previdenciária foi a concessão da integralidade entre o benefício e a última remuneração do servidor público sem nenhuma preocupação com o histórico contributivo do servidor, no regime anterior à EC nº 41/03. Era possível ter contribuído a maior parte da vida laboral sobre um valor pequeno ou para o regime geral; ser aprovado em um concurso público de remuneração mais elevada e se aposentar com um valor alto que não correspondia ao montante sobre o qual o servidor contribuiu. Com a integralidade, registre-se, o inativo chega mesmo a ter uma renda na aposentadoria superior à que tinha no serviço público. E a ela se agregou a paridade entre ativos e inativos, estendendo-se aos últimos, vantagens e reajustes concedidos aos primeiros sem haver correspondência com o nível de contribuição que tiveram em atividade.

Assim, considerando o regime anterior à EC nº 41/03 – apontado como responsável pelo déficit previdenciário –, tomando-se um caso hipotético, imagine que um servidor público, federal, estadual ou municipal, de qualquer dos poderes, ganhe R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), logo, conseqüentemente, ele estará contribuindo, sobre seu salário de contribuição, com R\$ 550,00 (quinhentos e cinqüenta reais) ao mês, cuja alíquota será, invariavelmente, de 11%. De outra forma, um trabalhador da iniciativa privada que ganhe os mesmos R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) contribuirá também com alíquota de 11%³⁷ somente até teto do RGPS – atualmente na ordem de R\$ 2.668,15 (dois mil, seiscentos e sessenta e oito reais e quinze centavos) –, já que os benefícios deste regime limitam-se a este valor máximo. Sendo assim, na ocasião, verterá para o INSS a quantia mensal de R\$ 293,49 (duzentos e

³⁶ Dados fornecidos pelo Ministério da Previdência Social e indicados na Exposição de Motivos que acompanhou a proposta de emenda constitucional que resultou na EC nº 41/03 e que foi publicado na obra *Reforma da previdência em questão*, organizada por Lauro Morhy, p. 385.

³⁷ A alíquota do empregado é progressiva à medida que o salário de contribuição é aumentado, sendo definida em lei como 8, 9 e 11% (art. 20 da Lei nº 8.212/91). Atualmente, as alíquotas têm sofrido certa alteração em virtude da CPMF. Por isso a razão de existir quatro alíquotas, pois a faixa de 9% foi subdividida em duas: uma parte inferior a três salários mínimos, com redução de alíquota, e a parcela superior a três salários mínimos, com a aplicação da alíquota integral de 9%. A alíquota de 11% é irredutível. Caso a CPMF venha, de fato, a ser extinta, as alíquotas voltarão a seus percentuais originais.

noventa e três reais e quarenta e nove centavos) para se beneficiar tanto da aposentadoria, como da assistência à saúde, além do FGTS e outros direitos de que o servidor público não dispõe. Sequer assistência à saúde é abrangida pelo regime previdenciário do setor público.

Justifica-se, portanto, mesmo do ponto de vista atuarial, que o servidor que reuniu condições para aposentar-se sob a vigência do regime instituído pela EC nº 20/98 vá para inatividade com proventos integrais, não sendo isso um privilégio ou uma desigualdade em face do trabalhador da iniciativa privada, sendo descabido atribuir-se ao servidor aposentado a responsabilidade pelo déficit na previdência social, apesar daquele regime garantir a integralidade.

Aduz ainda que até a vigência da EC nº 20/98 perdurou a inexistência de regras claras a respeito da contribuição do ente público, diversamente do que se verificava para o empregador no âmbito do regime geral. Este estado de letargia fazia com que o Poder Público não se preocupasse em contribuir para seu sistema de previdência. Ademais, ele era credor e devedor de si mesmo, acarretando verdadeira confusão orçamentária.

Deve se levar em conta que a crise financeira do sistema previdenciário do servidor público também vem sendo agravada pelos desvios crescentes e prolongados de suas receitas para outras atividades do Estado, desvirtuando a verdadeira essência das contribuições sociais, que é fomentar os fundos previdenciários e reverter os aportes de recursos em benefício dos contribuintes.

Estes são alguns dos motivos, dentre outros, que corroboraram para o caos previdenciário, sendo certo asseverar que não podem ser esquecidos os inúmeros casos de corrupção, inclusive objeto de diversas reportagens jornalísticas e de alguns processos judiciais.

É claro que em um regime de financiamento de repartição simples, cuja população de inativos supera o contingente de servidores ativos, a existência do déficit é inevitável. A questão não é extinguir o déficit, mas controlá-lo.

Não é tão simples assim – como se imagina – mas certamente uma serena administração dos caixas previdenciários associado com adequados planejamentos, entre outras ações, ajudariam a reduzir consideravelmente este colapso por que passa o regime peculiar de previdência.

Mais uma vez, atribuir aos inativos e pensionistas como sendo os grandes vilões do rombo previdenciário é argumento desarrazoado e desconhecimento de causa, para dizer o mínimo.

3.3 Contribuição previdenciária dos inativos e pensionistas e as cláusulas pétreas

Declarada a inconstitucionalidade da contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e pensões de alguns termos do art. 1º, da Lei nº 9.783/99, ainda sob a égide da EC nº 20/98, mediante o controle concentrado na ADIn nº 2.010-DF, o Congresso Nacional, não satisfeito, enviou nova proposta de emenda com a finalidade de viabilizar a cobrança daquela exação, desta vez suprindo a lacuna através de matriz constitucional permissiva.

Coloca-se, então, a questão de saber se, mediante Emenda à Constituição, é possível instituir contribuição a ser cobrada dos aposentados e pensionistas já em gozo desses benefícios ou com todos os requisitos satisfeitos à data da publicação da funesta EC nº 41/03.

Importante trazer a baila que o Poder Constituinte Derivado ou Poder de Reforma, responsável pela edição de emendas, está subordinado às condições fixadas pelo Poder Constituinte Originário, este, por sua vez, é ilimitado por qualquer regra jurídica anterior, podendo desconsiderar de maneira absoluta o ordenamento constitucional preexistente, inclusive as cláusulas pétreas.

As manifestações do poder constituinte reformador, também conhecido como Poder de Emenda, verifica-se através de suas emendas constitucionais, todavia, como é condicionado pelo originário, sofre restrições quanto à sua competência, dentre estas, destaca-se as limitações materiais.

Dessa forma, são materialmente intocáveis pelo poder reformador as cláusulas pétreas previstas no § 4º, do art. 60, da CF/88 que, desrespeitadas, causariam danos irreparáveis à ordem constitucional.

Entre as matérias intangíveis do citado dispositivo, não será objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais, e aí se inclui seguramente o direito adquirido. E, nesta vertente, faz-se remissão tácita a mesma reserva de proteção ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, nos termos do art. 5º, XXXVI da Lei Maior.

Do exposto, em se tratando de manifestação do poder constituinte derivado reformador, em virtude do limite material da cláusula pétrea ínsita no art. 60, § 4º, IV, o direito adquirido, portanto, será protegido pelo Poder Originário e preservado em toda sua substância, em homenagem a segurança jurídica prevista genericamente no *caput* do art. 5º da Magna Carta.

Desta feita, cuidando-se de norma veiculada pela atuação do Poder de Reforma, o respeito ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito é medida que se impõe como condição para sua própria validade.

E sendo assim, o direito de recebimento dos proventos de aposentadoria e pensão, nos termos da lei regente à época em que foram completadas as condições para a aposentação, é o melhor exemplo de um direito adquirido, na mais límpida e indubitosa concepção em que tal expressão pode ser tomada, pois esses benefícios, como direito subjetivo concreto, resultam sempre de fatos que estão definitivamente consumados, daí intocáveis pelo legislador constituinte reformador.

Corroborando nesta linha, com inteira propriedade, o professor Machado³⁸ (1999), em lapidar parecer abordando o tema, que assevera:

Quem completou todas as condições para aposentar-se tem o direito de obter sua aposentadoria segundo as leis então vigentes. Nenhuma alteração subsequente das leis pode alcançar os direitos do aposentado, que foram gerados em decorrência de fatos que se encontram, todos, no passado.

Portanto, o ato que concedeu proventos de aposentadoria aos servidores e pensão aos seus dependentes consumado no passado, sob a égide da legislação então vigente, produzirá, desta forma, seus efeitos jurídicos contra qualquer fato posterior que atente contra sua integridade enquanto ato jurídico concreto e acabado.

Alterar os termos em que tal aposentadoria e pensão foram concedidas, fazendo incidir sobre esses benefícios contribuição outrora inexistente, representa flagrante violação aos direitos fundamentais descrito no art. 5º, XXXVI, da Constituição, que estabelece que a lei não prejudicará o ato jurídico perfeito e o direito adquirido.

Decerto, não é possível constitucionalmente a lei instituir uma contribuição previdenciária a ser cobrada de quem já está aposentado, antes da criação desse tributo, ofendendo abertamente ato jurídico perfeito.

Nos termos do § 1º do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil – LICC, ato jurídico perfeito está definido como sendo o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou, e considera direito adquirido, nos termos do § 2º, aquele que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aquele cujo começo do exercício tenha termo pré-fixado, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

³⁸ Excelente parecer, do renomado tributarista Hugo de Brito Machado, analisando detalhadamente a natureza, a justiça e a constitucionalidade da contribuição previdenciária dos inativos, instituída pela Lei 9783/99, ainda sob a égide da Emenda Constitucional nº. 20/98, mas que se apresenta pertinente à análise em questão.

A respeito do direito adquirido, o pesquisador Acquaviva (1998, p. 477), na sua obra léxica, traz a seguinte definição:

Direito adquirido é aquele que a lei considera definitivamente integrado ao patrimônio de seu titular. Assim, quando alguém, na vigência de uma lei determinada, adquire um direito relacionado a esta, referido direito se incorpora ao patrimônio do titular, mesmo que este não o exercite, de tal modo que o advento de uma nova lei, revogadora da anterior relacionada ao direito, não ofende o *status* conquistado, embora não tenha este sido exercido ou utilizado [...].

O constitucionalista Moraes (2002, p. 105), leciona que ato jurídico perfeito:

É aquele que se aperfeiçoou, que reuniu todos os elementos necessários a sua formação, debaixo da lei velha. Isto não quer dizer, por si só, que ele encerre em seu bojo um direito adquirido. Do que está o seu beneficiário imunizado é de oscilações de forma aportadas pela lei nova.

Com base nas definições propostas, pode-se dizer que a lei que regula o direito à aposentadoria, e à pensão, incide sobre os fatos nela previstos, produzindo efeitos continuados e para o futuro. Em outros termos, o recebimento de proventos de aposentadoria pelo servidor público, ou da pensão pelos seus dependentes, é apenas um efeito de uma incidência que se aperfeiçoou no passado, e que por isso mesmo não pode mais ser alterado sob pena de violação ao direito adquirido, e ao princípio basilar de irretroatividade das leis. Conforme o entendimento de Ibrahim, salientado no início desta pesquisa, a aposentadoria do servidor decorre de um “salário socialmente diferido”, porque oriundo do trabalho já desempenhado no passado e por isso mesmo deve ser garantido.

Sobre o tema, Moraes (2006, p. 214) afirma com propriedade que:

Todos os aposentados e pensionistas, portanto, possuem direito adquirido, não só em relação à existência da aposentadoria, como situação jurídica já concretizada, mas também em relação aos valores e regras de atualização dos proventos recebidos, regidos pela Constituição e legislação atuais, inatacáveis por meio de proposta de emenda constitucional, uma vez que, nas palavras de Limongi França, “a diferença entre expectativa de direito e direito adquirido está na existência, em relação a este, de fato aquisitivo específico já configurado por completo”.

E segue finalizando:

Igualmente, aqueles que já preencheram todos os requisitos exigidos para a aposentadoria, na vigência da Constituição Federal e legislação atual, porém continuam a exercer suas funções, têm a garantia do direito adquirido, não só, repetimos, em relação à aquisição da aposentadoria, como também de que seus proventos da inatividade regular-se-ão pela legislação vigente ao tempo em que reuniram os requisitos necessários.

A propósito do direito adquirido às regras vigentes na época da aposentação, a Súmula 359 da Alta Corte cristalizou o entendimento de que, “ressalvada a revisão prevista

em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou servidor civil, reuniu os requisitos necessários [para aposentar-se]”.

Assim, o fato de o servidor agasalhado pelo direito adquirido à época do então regime jurídico vigente está se opondo contra a Administração Pública para fazer respeitar a tutela desse direito fundamental, não induz à inexistência de ver seus proventos de aposentadoria e pensão serem intocáveis pelo legislador constituinte reformador. Serve, *a contrario sensu*, para mostrar a tais servidores aposentados, e aos seus pensionistas, e também aos que eventualmente estarão nessa condição, que as garantias dos servidores são legais e devem ser respeitadas sempre, e que a defesa dos interesses do Estado têm limites constitucionais, até porque é o maior garantidor dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Não se afirma, aqui, que há direito adquirido a regime jurídico³⁹ ou direito a não ser tributado⁴⁰; o que se sustenta é direito adquirido de ordem individual, isto é, os efeitos jurídicos produzidos no regime pretérito e já incorporados ao patrimônio jurídico do servidor, ativo e inativo, e de seus pensionistas.

Perfilhando este entendimento, o sempre oportuno Meirelles (2003, p. 482, grifo do autor) discorre que:

[...] por força dessa *clausula pétrea*, a garantia do *direito adquirido* há de ser respeitada e preservada mesmo pelo chamado *poder constituinte derivado*. Vale dizer, nenhuma pessoa – e, portanto, nenhum servidor – poderá ter seu *direito adquirido* desrespeitado ou afrontado, ainda que remotamente, por qualquer emenda constitucional. Nas palavras do STF – nosso maior guardião e intérprete da Constituição –, as “limitações constitucionais explícitas, definidas no § 4º do art. 60 da Constituição da República, incidem diretamente sobre o poder de reforma conferido ao Poder Legislativo da União, inibindo-lhe o exercício quanto às categorias temáticas ali referidas”.

Por óbvio, a criação de contribuição exigida dos servidores aposentados e de seus pensionistas é de indubitável violação da norma material constitucional, haja vista ser desprovida do caráter retributivo, essencial nessa espécie de tributo.

Ora, se a aposentadoria é um prêmio reservado ao servidor por ter dedicado grande parte de sua vida aos serviços públicos, não podem, por uma questão de amenizar o déficit da previdência, ao livre arbítrio, prejudicar diretamente os aposentados e pensionistas, que já verteram recursos suficientemente para a manutenção do minguado restante de suas vidas e, repita-se, não são responsáveis pela defasagem do seguro social.

³⁹ Recomenda-se relembrar a nota 23.

⁴⁰ O STF estabelece que a irredutibilidade da remuneração e proventos de aposentadoria e pensão dos servidores públicos não tem caráter absoluto, e por isso não impede a incidência das contribuições sociais de natureza tributária (ADIn nº 2.010-DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ, de 12 de abril de 2002, p. 51).

O Min. Marco Aurélio (*apud* Harada, 2006, p. 370), nas ADIs nºs 3.105-DF e 3.128-DF, sustenta que o art. 4º, da EC nº 41/03 afrontou as cláusulas pétreas do inciso IV do § 4º, do art. 60 da CF/88, e com solar clareza acrescentou:

E a esta altura, considerados servidores que estão aposentados há 15 anos ou mais, introduzir quanto a eles, a título de contribuição, um ônus, diminuindo-se os proventos, é algo que conflita frontalmente com a Constituição Federal e implica até mesmo o maltrato à dignidade da pessoa humana.

Em conclusão, o poder constituinte derivado, e especificamente a EC nº 41/03, há de observar que o inciso XXXVI, do art. 5º do Diploma Maior traduz garantia individual, daí estar protegido como cláusula pétrea, prevista no art. 60, § 4º, IV da CF/88. De forma que a violação de regra constitucional é mais gravosa que o descumprimento de simples mandamento legal. Neste último, a ofensa reserva-se meramente a declaração de ilegalidade da norma infraconstitucional; naquele, a lesão atinge todo o ordenamento constitucional, que é expressão soberana e livre da vontade de um povo.

3.4 Descaracterização da natureza de contribuição previdenciária

Vêm de algum tempo as tentativas de estender aos servidores públicos inativos a cobrança de contribuição previdenciária, mencionando-se, por exemplo, a Lei nº 9.783/99, que, no particular, teve sua eficácia suspensa pelo Supremo no julgamento da ADIn nº 2.010-DF, cujo relator, lembre-se, foi o Min. Celso de Mello.

Entretanto, agora, a instituição da contribuição sobre os proventos de aposentadoria e pensões foi veiculada pela EC nº 41/03, com o que se pensou estar superando as objeções feitas pela doutrina e pela jurisprudência à criação do mencionado tributo. Mera ilusão, uma vez que permanecem graves máculas de inconstitucionalidade, como se verá.

Como já salientado, observou-se, em entendimento final, que a contribuição social é espécie autônoma de tributo, constituindo-se em segmento das contribuições especiais, as quais configuram espécie distinta de impostos, taxas, contribuições de melhoria e empréstimos compulsórios.

Dito isto, contribuição social é tributo vinculado à atuação estatal, ou seja, é tributo de natureza intrínseca, que existe em função da necessidade de custear serviços determinados ou benefícios específicos em prol de certas pessoas, que são os contribuintes.

Com efeito, apenas os servidores detentores de cargos efetivos são beneficiários da previdência pública, por isso, somente podem ser contribuintes, daí serem chamados de sujeitos passivos da contribuição previdenciária. Por raciocínio lógico, só pode ser sujeito passivo da exação o servidor público investido em cargo efetivo e, evidentemente, na atividade.

Sendo assim, resta evidente que o aposentado não presta mais serviço na Administração Pública. Não está em atividade. Portanto, não pode ser qualificado como sujeito passivo de contribuição para a previdência social. Também não é segurado, posto que não mais está na condição de precisar do benefício da aposentadoria, da qual já está a desfrutar.

Dessa forma, portanto, verifica-se que a exação prevista no § 18, do art. 40 da Constituição, com redação dada pela EC 41/2003, poderá ser classificada como contribuição caso reúna determinadas características, e não simplesmente porque o legislador, ainda que constituinte derivado, assim a denominou.

Como se sabe, a denominação não define a natureza jurídica de tributo. É o que dispõe o inciso I, do art. 4º do CTN. Entretanto, o mesmo não se pode dizer quanto à destinação legal do produto da sua receita⁴¹, nos termos do inciso II do mesmo artigo, que, após a consolidação da natureza tributária das contribuições sociais, restou, portanto, derogado.

Pois, como dito, diferentemente dos impostos, as contribuições têm uma finalidade específica e constitucionalmente determinada. Aqueles, ao revés, na aclarada e sempre bem vinda lição de Harada (2006, p. 328):

[...] são exações desvinculadas de qualquer atuação estatal, decretadas exclusivamente em função do *jus imperii* do Estado. Seu fato gerador é sempre uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte. O imposto sempre representa uma retirada da parcela de riqueza do particular, respeitada a capacidade contributiva deste.

Por outro lado, o *caput* do art. 4º do CTN, assevera que a natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador⁴² da respectiva obrigação, e a partir disto fornece o critério fundamental para a identificação de cada espécie tributária.

Então, conforme já analisado, a contribuição previdenciária assenta-se na vantagem auferida pelo servidor, propiciada pelo Estado, desde que preenchida certas

⁴¹ A destinação das contribuições sociais para outro fim, que não seja a previdência social, é pressuposto para sua invalidação.

⁴² O fato gerador da obrigação tributária principal é “a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência”, conforme se depreende do art. 114, do CTN.

condições, após verter recursos para fundos próprios, no caso para a previdência social de cada ente político.

Daí, infere-se que não há vantagem proporcionada pela nova contribuição aos aposentados e pensionistas. Evidentemente, somente um novo benefício específico fundamentaria a nova exação.

Ora, não se precisa ir muito longe para corroborar com esta cognição, bastando constatar que no § 5º, do art. 195 da CF/88 está expresso que “nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio global”. Ou de outro modo, para ser mais persuasivo, nenhuma fonte nova de custeio poderá ser criada sem que haja o correspondente benefício ou serviço.

Aproveitando o ensejo, em artigo publicado, Telho e Cunha (2004) destacam que:

Já por ocasião do julgamento liminar da ADI n. 2.010-DF, que tinha como objeto a Lei n. 9.783/99, surgiu a tese de que “sem causa suficiente, não se justifica a instituição (ou a majoração) da contribuição de seguridade social, pois, no regime de previdência de caráter contributivo deve haver, necessariamente, correlação entre custo e benefício. A existência de estrita vinculação causal entre contribuição e benefício põe em evidência a correção da fórmula segundo a qual não pode haver contribuição sem benefício, nem benefício sem contribuição”.

Prosseguem magistralmente as administrativistas discorrendo sobre o voto decisivo do Relator Min. Celso de Mello no excelente artigo a respeito da ADIn nº 2.010-DF:

Também se referiu o Relator – Ministro Celso de Mello – a argumentação expendida em outra ADI (n. 2.016-DF) no sentido de que “inocorre, quanto a inativos e a pensionistas, a necessária correlação entre custo e benefício, pois o regime contributivo, por sua natureza mesma, há de ser essencialmente retributivo, qualificando-se como constitucionalmente ilegítima, porque despojada de causa eficiente, a instituição de contribuição sem o correspondente oferecimento de uma nova retribuição, um novo benefício ou um novo serviço”. Continuou: “Se é certo, portanto, que nenhum benefício ou serviço da seguridade⁴³ 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”.

Ato contínuo, as autoras salientam no voto do ministro relator⁴⁴ a doutrina do Min. Carlos Ayres de Brito, questionando a afrontosa inconstitucionalidade da referida cobrança, afirmando que:

⁴³ Entenda-se, neste caso, previdência social do servidor público.

⁴⁴ Obviamente o que se vê aqui, aplica-se inescusavelmente ao debate enfocado quanto à taxação dos inativos e pensionistas, por força da EC nº 41/03.

[...] os servidores efetivos da administração direta, autárquica e fundacional pagam suas contribuições previdenciárias e, assim, compram a cada mês a sua futura aposentadoria ou a pensão de seus dependentes. Uma e outra (aposentadoria e pensão), já inteiramente livres de contribuições, assim como se dá com o recebimento de um seguro, pagos os prêmios e preenchidas as demais condições do resgate.

Nestes termos, naquela ocasião, na concepção acertada do Min. Celso de Mello, o pagamento efetuado para o seguro social, como ocorre na conjuntura atual dos inativos e pensionistas, era o mesmo que os contribuintes do plano de previdência complementar, aberta ou fechada, tivessem que continuar contribuindo após o implemento da condição para fruição do benefício. Ou, melhor ainda, no entendimento sarcástico do Ministro Marco Aurélio (*apud*, Telho e Cunha, 2004) que “[...] jocosamente, observou que, embora se estivesse vivendo uma época rotulada de ‘real’, talvez se tenha cogitado, em visão espiritual, de ‘uma aposentadoria no além’”.

Afinando-se com a transcrição proposta, o tributarista Machado (1999), com lapidar clareza, destaca:

Não é razoável pretender-se que alguém, depois de haver sido satisfeito no benefício a que tem direito, pela seguradora, venha a ser obrigado a pagar a esta, novamente, o mesmo prêmio que havia pago anteriormente. [...] Quem já está aposentado já cumpriu com todos os seus deveres, segundo as leis então vigentes, para com a seguridade social. A imposição desse ônus adicional viola a equidade; é injusto e inaceitável sob todos os aspectos. [...] Na verdade, nenhum ônus pode ser atribuído a quem exerce regularmente os seus direitos.

E as críticas não param por aí. No voto do Min. Celso de Mello (*apud* Telho e Cunha, 2004), destacando a doutrina de Misabel Derzi, declara que:

[...] Se o servidor já goza de aposentadoria, a meta constitucional permitida para a cobrança já foi alcançada, inexistente a despesa a ser custeada do ponto de vista do aposentado, pois os servidores públicos em atividade a financiam. Falta então o fundamento constitucional necessário e impostergável, que funda o exercício da competência da União. [...] as despesas não são constitucionalmente permitidas, porque não guardam relação de causa e efeito com o sujeito passivo tributário. Nova contribuição sobre os proventos de aposentadoria significa dupla cobrança, dupla contribuição, com ofensa profunda à equidade (art. 194, V). A primeira foi cobrada dos servidores e trabalhadores ainda em atividade, sob a promessa de aposentadoria futura a ser custeada pela próxima geração, a segunda – sem justificção – é a quebra do contrato, com nova cobrança para os mesmos fins, metas e despesas.

Feitas estas considerações, a taxaçoão ora tributada aos inativos e pensionistas, como se verifica, tem destinaçoão extrínseca – ao contrário do que se espera das contribuiçoões

sociais –, já que desvinculada de qualquer prestação estatal específica, relativo ao contribuinte.

A partir destas conclusões, observou Harada (2006, p. 367, grifo do autor) que:

[...] a chamada **contribuição social dos inativos e pensionistas**, dentro da classificação de tributos em espécie, caracteriza-se como um **imposto**, isto é, tributo desvinculado de qualquer atuação específica referida ao contribuinte, destinado tão-somente a retirar parcela de riqueza produzida pelo particular, para consecução da finalidade estatal. Não há contrapartida, nem benefício específico.

Como se vê, o imposto, criado com o nome de contribuição, tem o mesmo fato gerador ou a mesma base de cálculo do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza. Isso mesmo, aquele descrito no art. 153, III da Constituição Federal.

Logo, a suposta contribuição previdenciária dos inativos tem a natureza, na verdade, de imposto de renda. E, sendo imposto de renda, submete-se à hipótese do art. 43, do CTN que assim prescreve:

[...] Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior [...].

Reproduzindo as sempre oportunas palavras do mestre Harada (2006, p. 368): “Aí está a verdadeira natureza jurídica específica desse novo tributo [a de imposto de renda], que é determinado pelo exame do respectivo fato gerador, conforme determina o art. 4º do CTN, sendo absolutamente irrelevante a denominação [...]”.

Ainda o tributarista Machado (1999) pondera com propriedade que “[...] tratando da contribuição que se pretendeu instituir pela Lei n. 9.783/99, dúvida não havia de que configurava imposto sobre a renda. Esta seria sua natureza jurídica, indiscutivelmente”. Isto, inescusavelmente, ainda persiste na taxaçoão déspota imposta pelo legislador constituinte reformador de 2003.

Revestindo-se da natureza de imposto de renda – IR, a contribuição passa a ser terrivelmente injusta, pois elevaria em 11% o imposto⁴⁵ sobre proventos de aposentadoria e pensão, podendo atingir até 38,5%. Estaria sendo contrariada, a um só tempo, a regra do art.

⁴⁵ O art. 1º, da Lei nº 11.119, de 25 de maio de 2005, que altera a Legislação Tributária Federal, estabelece que o imposto de renda incidente sobre os rendimentos de pessoas físicas será calculado, mensalmente, de acordo com as seguintes alíquotas progressivas: a) até R\$ 1.257,12 será isento do imposto; b) de R\$ 1.257,13 até R\$ 2.512,08 incidirá alíquota de 15%; e c) acima de 2.512,08 será aplicada a de 27,5%.

145, § 1º, da CF/88, que determina sejam os impostos, sempre que possível, graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, e a do art. 150, IV, que veda a utilização de tributo com o efeito de confisco.

Não obstante a inarredável natureza de imposto de renda da exação então criada com o nome de contribuição, agora, analise fato novo. Seria, porventura, o IR com alíquota aumentada? Ou então seria um imposto adicional de renda criado através da competência residual da União?

Ocorre que a vigente Constituição não autoriza essa criação, seja como imposto adicional de renda, seja como elevação da alíquota do imposto de renda já existente, tendo em vista que já subsiste esse imposto com fato gerador ou base de cálculo sobre rendas e proventos de qualquer natureza, que é o imposto previsto no art. 153, III, conforme disposto no art. 154, I. Além do mais, o §4º do art. 195 c/c o art. 154, I, todos da Constituição, determina ainda que o imposto da competência residual seja instituído por lei complementar; inobservado, portanto, também está esta exigência.

Sem prejuízo, diga-se, da natureza de imposto de renda quando da perquirição da análise ora feita, haja vista ser despiciendo ao comentário doravante, se, acaso, nova contribuição for criada, novo benefício deverá ser outorgado; do contrário, caracterizaria a cobrança de imposto *sui generis*, que teria como fato gerador a percepção de proventos da aposentadoria, que já constitui fato gerador do imposto de renda, a qual equivale afirmar que a contribuição criada a partir da EC nº 41/03 é inexoravelmente inconstitucional, já que detém, como insistentemente afirmado, fato imponível de tributo de há muito existente.

3.5 Redutibilidade dos proventos e pensões

A Constituição Federal assegura aos servidores públicos a irredutibilidade de vencimentos e subsídio, e aos aposentados e pensionistas, a irredutibilidade do valor dos benefícios, nos termos do inciso IV do parágrafo único, do art. 194, por força da regra de aproximação do § 12, do art. 40, não os imunizando, portanto, da incidência de tributos⁴⁶, tanto que os remete aos arts. 150, II, 153, III e 153, § 2º, I; aqueles, por previsão do art. 37, XV; estes, mediante a regra do art. 153, III, todos da Constituição.

⁴⁶ Reporte-se a nota 40.

Vale lembrar, como já fora observado, que a suposta contribuição tem hipótese de incidência ou base de cálculo própria do IR. Então, a dissimulada exação é, sem dúvida, novo imposto de renda, por se revestir irrefragavelmente dessa natureza. Todavia, nunca é demais advertir que, a competência residual da União veda a criação, ainda que não seja mediante lei complementar, de impostos já previstos no Sistema Tributário brasileiro, dentre eles o afamado imposto de renda.

Ora, sabendo que a denominação é irrelevante para tipificar o tributo, já que sua determinação fica por conta do respectivo fato gerador, resta claro, pois, que a nova exação trata-se de verdadeiro imposto sobre proventos de qualquer natureza. Neste caso, tem-se que, por já existir tal imposto, a contribuição atacada é de flagrante inconstitucionalidade. E, sendo assim, evidencia-se a incontestável redução dos proventos dos servidores aposentados e da pensão de seus dependentes, violando o inciso IV do parágrafo único, do art. 194 c/c o § 12, do art. 40, da CF/88, que é princípio que veda a redução de proventos e pensão.

Além da redução assim verificada, aduz ainda que alíquota de 11% adicionada a correspondente do imposto de renda, configura, como se verá, em indubitável efeito confiscatório.

3.6 Efeito confiscatório dos rendimentos

Antes da aposentadoria, ou da pensão, a contribuição pode justificar-se como forma de assegurar o direito a esses benefícios. Depois disso, porém, o ônus fiscal passa a não mais possuir qualquer relação com uma futura aposentadoria, representando, pois, uma apropriação dos rendimentos daqueles que já contribuíram.

Com efeito, o novo imposto incidente sobre a aposentadoria e pensão, sem relação de custo e benefício, implica claramente na redução desses benefícios sem fundamentação legal. Essa diminuição afigura-se nitidamente confiscatória, já que, adicionado ao imposto de renda, pode chegar a ordem de 38,5%⁴⁷ sobre os ganhos do aposentado e do pensionado.

Entretanto, salta aos olhos a dificuldade de definir o alcance do que seja “tributo com efeito de confisco”, prevista no art. 150, IV, da Carta Maior. A expressão é vaga e imprecisa, e não menos divergente entre os estudiosos nesta área. Entretanto, o professor Harada (2006) elege a razoabilidade como critério indicador dessa intrincada questão. E

⁴⁷ Rever nota 45.

adverte ainda que o princípio da capacidade contributiva também deve ser levado em conta na avaliação do efeito confiscatório.

Sobre o princípio da vedação de efeitos confiscatórios, o STF, no julgamento da ADIn nº 2.010-DF, discorre que:

[...] A proibição constitucional do confisco em matéria tributária nada mais representa senão a interdição, pela Carta Política, de qualquer pretensão governamental que possa conduzir, no campo da fiscalidade, à injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, pela insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais (educação, saúde e habitação, por exemplo)[...]

Mais adiante, na mesma ADIn, a Suprema Corte traçou parâmetros para a identificação do efeito de confisco, mencionando os critérios da razoabilidade e da capacidade contributiva como vetores, que assim expôs:

[...] A identificação do efeito confiscatório deve ser feita em função da totalidade da carga tributária, mediante verificação da **capacidade de que dispõe o contribuinte** – considerado o montante de sua riqueza (renda e capital) – para suportar e sofrer a incidência de todos os tributos que ele deverá pagar, dentro de determinado período, à mesma pessoa política que os houver instituído (a União Federal, no caso), condicionando-se, ainda, a aferição do grau de insuportabilidade econômico-financeira, à observância, pelo legislador, de padrões de **razoabilidade** destinados a neutralizar excessos de ordem fiscal eventualmente praticados pelo Poder Público. Resulta configurado o caráter confiscatório de determinado tributo, sempre que o efeito cumulativo – resultante das múltiplas incidências tributárias estabelecidas pela mesma entidade estatal – afetar, substancialmente, de maneira irrazoável, o patrimônio e/ou os rendimentos do contribuinte [...] [grifo nosso].

Na mesma esteira, o mestre Harada (2006) explica que para caracterizar o caráter de confisco de um tributo é preciso analisá-lo sob o princípio da capacidade contributiva em consonância com o da razoabilidade, verificando ainda se a onerosidade da eventual imposição fiscal agride o direito de propriedade, da liberdade de iniciativa, da função social da propriedade, etc.

Nesse aspecto, estabelece a Constituição Federal, em seu art. 145, § 1º, que os impostos serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte. Assim, os servidores públicos aposentados e pensionistas não são os contribuintes com maior capacidade contributiva, por isso sua capacidade econômica não suporta a elevação do imposto de renda em 11%, a cuja alíquota corresponde a falsa contribuição previdenciária instituída pela EC nº 41/03.

Já quanto ao princípio da razoabilidade espera-se dele a busca da aprovação pela razão humana, pela prudência e pelo senso comum.

A contribuição previdenciária que é devida pelo servidor público encontra razoabilidade na justificativa de que serve para assegurar eventual direito ao benefício da aposentadoria e pensão. Contudo, torna-se irracional aceitar que aposentados e pensionistas continuem a contribuir quando já em gozo desses benefícios, ainda mais quando não lhe é revertido nenhuma benefício em contrapartida, haja vista o caráter retributivo daquela exação.

A razoabilidade, aliás, foi registrada pelo Supremo, já na ADIn nº 2.010-DF, nos seguintes termos: “Poder Público, especialmente em sede de tributação (as contribuições de seguridade social revestem-se de caráter tributário), não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade”.

A vedação ao confisco, a propósito, nada mais é que proteção ao direito de propriedade, e está inegavelmente abrangida pela referência feita ao art. 60, § 4º, IV, da CF/88 como cláusula não sujeita a modificação por emendas constitucionais.

3.7 Violação ao princípio da isonomia

O princípio genérico da igualdade formal de todos perante a lei está esculpido no *caput* do art. 5º; já, o princípio específico tributário da igualdade de todos perante o fisco — princípio da isonomia tributária — é uma decorrência natural do princípio genérico.

É bom esclarecer que a condição para que um ato de discrimen ocorra sem que seja reputado inconstitucional é que guarde relação de pertinência lógica com o fator erigido como critério discriminatório, bem como se há justificativa racional para atribuir tratamento jurídico diferenciado em função da desigualdade argüida.

Dito isto, a Constituição, no art. 195, II, parte final, estabelece que não incide contribuição sobre o valor de aposentadoria e pensão concedidas aos trabalhadores e demais segurados do regime geral de previdência social. Por óbvio, não existe razão jurídica lógica para justificar a discriminação. Nada justifica, assim, a tributação sobre proventos de aposentadoria de quem se aposentou por outros regimes previdenciários, pois a natureza jurídica da aposentadoria, e dos proventos dela decorrentes, é exatamente a mesma, independente da seguradora.

E, no caso em exame, dúvidas não há que o fator utilizado para o discrimen é desprovido de qualquer fundamento lógico, eis que os inativos das distintas esferas governamentais, a rigor, encontram-se em idêntica situação, somente diferindo a fonte pagadora, que, ainda assim, não justifica o tratamento diferenciado.

Assim, observa-se que somente os servidores públicos aposentados e pensionistas suportam a contribuição aqui questionada. Os demais contribuintes, por sua vez, somente vertem recursos durante o período laborativo.

Evidentemente, a instituição do tributo tendo como contribuinte apenas o servidor público jubilado de quaisquer dos entes federativos, estando os demais trabalhadores aposentados imunes da imposição fiscal, representa evidente violação ao princípio da isonomia e da equidade no custeio, nos termos dos arts. 150, II e 194, V, respectivamente, ambos da CF/88.

3.8 Efeito punitivo da contribuição

O § 19, do art. 40 da Constituição, regulado pelo art. 7º da Lei nº 10.887/04, concede imunidade de contribuição aos servidores que, completando as exigências para a aposentadoria voluntária estabelecida no § 1º, III, *a*, do art. 40 da CF/88, optem por permanecer em serviço até a aposentadoria compulsória.

Na verdade, essa imunidade representa restrição ao direito de aposentadoria, garantido ao servidor público pelo art. 40 da Carta Magna.

Com efeito, a contribuição, no caso, é utilizada com efeito punitivo. O servidor que implementar os requisitos para requerer a aposentadoria é coagido a permanecer em serviço, sob a ameaça de contribuir com 11% sobre seus proventos de aposentadoria, em evidente violação do art. 40 da CF/88.

No mesmo sentido Machado (1999) revela: “Assim, a contribuição de que se cuida passou a ser uma punição para quem se aposenta, como se aposentar-se fosse algo ilícito”.

A ironia é que a Lei nº 10.741/03⁴⁸ garante ao servidor público direito a desfrutar de sua jubilação com todos os benefícios e vantagens a que faz jus. A falta de respeito, à luz

⁴⁸ Estatuto do Idoso, publicado em 1º de outubro de 2003.

desta lei, àquele que reuniu todos os requisitos para aposentar-se é patente, já que, em geral, o beneficiário que conclui sua trajetória no serviço público a perfaz, ao menos, com sessenta anos de idade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão sobre a contribuição dos aposentados e pensionistas dos regimes próprios de previdência social não é recente, mas os debates jurídicos ainda perduram até os dias atuais, dado o clamor pela busca da justiça e o ressentimento decorrente de uma decisão que se esperava a favor de tão plausível.

Inicialmente, pôde-se perceber que o regime de financiamento da previdência social brasileira dá-se mediante repartição simples, que nada mais é que um pacto entre gerações.

A técnica utilizada neste sistema encontra fundamento no princípio da solidariedade, como ocorre no seguro privado através do mútuo; daí a importância da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial para a manutenção dos fundos previdenciários.

Por essa razão, e também por receber influências de indicativos externos como natalidade e expectativa de vida, a repartição é veementemente criticada por estudiosos na área.

Essa fragilidade ficou bem evidenciada quando da instituição insensata do Regime Jurídico Único estatutário para todos os trabalhadores da iniciativa privada que passaram a ser jubilados por esse regime com todos os direitos e vantagens próprios dos servidores públicos, felizmente revogado pela reforma Administrativa introduzida pela EC nº 19/98.

Não bastasse a babel instaurada, a reforma inaugurada pela EC nº 20/98, apesar das oportunas modificações no regime jurídico previdenciário do servidor público, possibilitou a integralidade e paridade entre ativos e inativos, comprometendo ainda mais as receitas e a atuária do sistema.

Estes e outros fatores foram suficientes para desencadear um movimento de simpatia, inclusive propagado na opinião pública, em favor da cobrança de contribuição dos aposentados e pensionistas do serviço público, como se pelo déficit previdenciário fossem responsáveis.

Algumas tentativas foram sufocadas, a exemplo da Lei nº 9.783/99, que tentou instituir, no serviço público federal, a taxação sobre aposentados e pensionistas. Contudo, no julgamento da ADIn 2.010-DF, o STF suspendeu, através medida cautelar, a contribuição ao invocar a circunstância de, no regime geral de previdência social, não ser admitida a referida cobrança aos trabalhadores aposentados e seus pensionistas.

Achava-se, todavia, que a controvérsia estava superada, no entanto volta à tona através da EC nº 41/03, de 31 de dezembro de 2003, a insaciável cobiça de parcela de proventos de aposentadoria e pensão, mediante exação tributária.

No regime anterior, inexistia matriz constitucional permitindo a cobrança, todavia a EC nº 41/03 cuidou de suprir esta ausência, alterando o texto do art. 40 da CF/88, fazendo estender, portanto, a contribuição aos aposentados e pensionistas, fundamentada no caráter solidário.

Neste sentido, a solidariedade foi invocada inadvertidamente. A solidariedade é princípio que revela a verdadeira essência da previdência, sendo o produto da ação comum voltada para debelar as necessidades decorrentes das contingências sociais; portanto não tem o condão de autorizar a criação de tributos.

Notou-se que o *caput* do art. 4º, da EC nº 41/03, determinou a taxaço dos aposentados e pensionistas em gozo desses benefícios antes mesmo de sua promulgaço e aos servidores públicos que, até a data de publicaçao desta emenda, tenham reunido todas as condições para a obtenço desses benefícios, com base nos critérios da legislaço regente à época.

A regra contida no § 18, do art. 40 da CF/88, por sua vez, determina a contribuço dos futuros aposentados e pensionistas segundo as regras permanentes do regime de previdência prevista neste artigo.

A polêmica logo ganhou os pretórios em todo o Brasil. Várias Ações Diretas de Inconstitucionalidades foram demandadas contra o tributo ao Supremo Tribunal Federal, dentre elas destacaram-se as ADIs nºs 3.105-DF e 3.128-DF, propostas pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP e pela Associação Nacional dos Procuradores da República – ANPR, respectivamente.

Mas, a decepço surgiu de onde menos se esperava. Pois, na verdade, não se cogitava sequer que a questão viesse a ser reapreciada.

Assim, em pronunciamento proferido em 18 de agosto de 2004, o Min. César Peluso considerou constitucional a taxaço de inativos e pensionistas diante da idéia de “financiamento da seguridade social” ou do “princípio estrutural da solidariedade”, conforme verificado no acórdão das ações supramencionadas, cujo *decisio litis*, prevista numa só ementa, foi bastante contestada nesta pesquisa. Contudo, o relator julgou procedente somente em relação aos incisos I e II, do art. 4º da EC nº 41/03.

Ou seja, o Min. César Peluso admitiu a cobrança de contribuço incidente sobre proventos de aposentadoria e pensão na parcela que supere o limite máximo estabelecido para

os benefícios do regime geral da previdência social de que trata o art. 201 da CF/88, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União, qual seja, 11%.

A frustração foi inevitável, pois não se imaginava que a colenda Corte decidisse em contrário àquelas pessoas que faziam jus ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, intocável, portanto, mesmo por emenda à Constituição, dado serem cláusulas pétreas, prevista no art. 60, § 4º, IV e art. 5º, XXXVI, todos da CF/88. Já aqui permeia a inconstitucionalidade por vício material. Mas, não é só isso, ainda permanecem graves máculas de inconstitucionalidade na indigitada contribuição.

Assim, como foi observado, os servidores aposentados e os pensionados não podem ser sujeitos passivos da contribuição previdenciária, pois não mais prestam serviço na atividade pública. Também não é mais segurado, visto que já está a desfrutar do benefício da aposentadoria ou pensão. Logo, só pode ser chamado a contribuir quem tem o *status* de servidor titular de cargo efetivo ou vitalício.

Sendo assim, ficou entendido que a contribuição social corresponde a eventual contraprestação, tendo em vista seu caráter retributivo, pois nova imposição tributária implica, necessariamente, em novo benefício, como determina o § 5º, do art. 195 da CF/88. Donde se concluiu que, ao menos, não havia nenhuma razoabilidade a justificar a malsinada contribuição.

Considerando esta cognição, permitiu-se concluir que o tributo criado com o nome de contribuição tem, indiscutivelmente, natureza de imposto de renda, pois não é a denominação que determina a natureza jurídica de um tributo e, sim, seu fato gerador, nos termos do art. 4º do CTN. E, no caso, a hipótese de incidência do imposto em questão são os proventos de qualquer natureza, conforme disposto no art. 153, III da CF/88 c/c o art. 43, II do CTN.

Por si só a mera descaracterização da natureza jurídica da contribuição já constitui flagrante inconstitucionalidade. Todavia, como salientado, a constituição veda a criação de novo imposto, ainda que não seja mediante lei complementar, com fato imponible de imposto já existente. Então, como se pôde perceber, a falsa contribuição tem o fato gerador ou base de cálculo própria do imposto de renda, de forma que o *bis in idem*, nesta hipótese, é inconstitucional.

Neste diapasão, ainda se conclui que o bitributação do imposto de renda, que pode chegar a 38,5%, agride de morte o princípio da capacidade contributiva. A redução, destarte, provocada nos rendimentos dos aposentados e pensionistas configura-se verdadeiro confisco.

Após analisado, não se pode ainda descartar o efeito punitivo da imposição fiscal, visto que se o servidor público optar por permanecer em serviço até os setenta anos de idade, fará jus a um abono de permanência. Interpretando *a contrario sensu*, caso o servidor decida aposentar-se, será penalizado com dedução de seus proventos com valor equivalente ao de sua contribuição, pago quando em atividade. Como se aposentar fosse algo ilegal.

Outro aspecto apontado foi a falta de razão para o discrimen entre os trabalhadores inativos do regime geral de previdência social e do serviço público. Mesmo em situação idêntica, apenas os últimos contribuem na inatividade, afigurando-se manifesta violação ao princípio da isonomia e da equidade no custeio, nos termos dos arts. 150, II e 194, V, respectivamente, ambos da CF/88.

Não há assentimento na doutrina a respeito do tema, visto que está dividida em duas posições. O argumento predominante dos defensores da taxa dos inativos e pensionistas é que não há direito a não ser tributado. Ao revés, os estudiosos contrários a contribuição invocam precipuamente o direito adquirido e o ato jurídico perfeito.

Tendo em vista todos os aspectos mencionados até aqui, constata-se que a contribuição incidente sobre os proventos de aposentadoria do servidor público e pensão de seus dependentes é de irrefragável inconstitucionalidade pelos vícios materiais ora elencados nesta pesquisa.

Outrossim, a respeito do tema não há súmula vinculante, cujo efeito é o mesmo de uma decisão definitiva de mérito, pois esta figura pressupõe certeza de julgamento e exaurimento de todos os pontos controvertidos. Como se observa, as discussões jurídicas ainda permanecem acaloradas e divergentes. Assim, o veredicto proferido pelo Supremo não foi suficiente para acalantar a discussão, que insiste em sobreviver face à injustiça instaurada sobre aqueles, em grande parte, de menor capacidade econômica.

Portanto, considerando os vícios materiais de inconstitucionalidade manifesta na exação criada pela EC nº 41/03 e a observação dos preceitos constitucionais de bem estar e justiça sociais, da existência digna e da valorização do trabalho despendido no serviço público, imperioso, destarte, garantir novamente a imunidade contra contribuição previdenciária incidente sobre os proventos de aposentadoria do servidor público e pensão de seus dependentes, tutelado outrora no regime jurídico previdenciário introduzido pela EC nº 20/98, de forma a se fazer respeitar o princípio da segurança jurídica nas relações do Estado com seus agentes públicos.

Finalmente, cabe lembrar que não foram percorridos, nem discutidos todos os vícios que contaminam a cobrança de contribuição dos servidores públicos aposentados e

pensão de seus dependentes, mesmo por que não se cogitou do exame da lei tributária material. A pesquisa foi dirigida principalmente em face da análise do art. 4º, da EC nº 41/03 que, repita-se, determinou a criação da citada contribuição previdenciária. Portanto, perfeitamente possível a rediscussão da matéria, atacando os vícios da Lei nº 10.887/04, que instituiu, no plano federal, a sobredita contribuição nos mesmos moldes.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcos Cláudio. *Dicionário jurídico brasileiro Acquaviva*. 9ª ed. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1998.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 de dezembro de 1998.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003. Modifica os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do § 3º do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 de dezembro de 2003.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional nº 47, de 5 de julho de 2005. Altera os arts. 37, 40, 195 e 201 da Constituição Federal, para dispor sobre a previdência social, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 06 de julho de 2005.

BRASIL. *Vade mecum*. Organizado por Anne Joyce Angher. 1ª edição. São Paulo: Rideel, 2004.

DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. *Previdência social do servidor público*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2006.

Ementa da ADIn nº 2.010-DF Rel. Min. Celso de Mello, decidido em 29 de setembro de 1999 e publicada no DJU em 12 de abril de 2002. Disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=ADIN&s1=2010&u=http://www.stf.gov.br/Processos/adi/default.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=ADINN&p=1&r=15&f=G&n=&l=20>>. Acessado em: 23 out. 2006.

Ementa das ADIs nºs 3.105-DF e 3.128-DF. Rel. original Min. Ellen Gracie, Rel. para acórdão Min. César Peluso. Decidido em 18 de agosto de 2004 e publicado no DJU em 18 de fevereiro de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acessado em: 23 out. 2006.

HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

Informativo STF nº 357, de 16 a 20 de agosto de 2004. Resumo não oficial da decisão proferida pelo STF nas ADIs nºs 3.105-DF e 3.128-DF. Disponível em:

<<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info357.asp#Contribuição%20de%20Aposentados%20e%20Pensionistas%20-%203>>. Acessado em: 23 out. 2006.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Método, 2006.

MACHADO, Hugo de Brito. Parecer sobre a contribuição previdenciária dos inativos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 32, jun. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=271>>. Acessado em: 2 nov. 2006.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Servidor público na atualidade*. 3ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____. *Direito administrativo brasileiro*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

_____. *Direito constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito previdenciário*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2006.

TELHO, Eloína Corrêa G. M. M.; CUNHA, Ludmila Alves da. Apontamentos sobre a contribuição previdenciária dos inativos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 494, 13 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5912>>. Acessado em: 2 nov. 2006.

ANEXOS

Anexo A – Ementa da decisão da ADIn nº 2.010-DF

SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS - CONTRIBUIÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL - LEI Nº 9.783/99 - ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL DESSE DIPLOMA LEGISLATIVO - RELEVÂNCIA JURÍDICA DA TESE PERTINENTE À NÃO-INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL SOBRE SERVIDORES INATIVOS E PENSIONISTAS DA UNIÃO FEDERAL (CF, ART. 40, CAPUT, E RESPECTIVO § 12, C/C O ART. 195, II, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 20/98) - ALÍQUOTAS PROGRESSIVAS - ESCALA DE PROGRESSIVIDADE DOS ADICIONAIS TEMPORÁRIOS (ART. 2º DA LEI Nº 9.783/99) - ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO QUE VEDA A TRIBUTAÇÃO CONFISCATÓRIA (CF, ART. 150, IV) E DE DESCARACTERIZAÇÃO DA FUNÇÃO CONSTITUCIONAL INERENTE À CONTRIBUIÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL - PLAUSIBILIDADE JURÍDICA - MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA EM PARTE. PRINCÍPIO DA IRREPETIBILIDADE DOS PROJETOS REJEITADOS NA MESMA SESSÃO LEGISLATIVA (CF, ART. 67) - MEDIDA PROVISÓRIA REJEITADA PELO CONGRESSO NACIONAL - POSSIBILIDADE DE APRESENTAÇÃO DE PROJETO DE LEI, PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA, NO INÍCIO DO ANO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE SE DEU A REJEIÇÃO PARLAMENTAR DA MEDIDA PROVISÓRIA. - A norma inscrita no art. 67 da Constituição - que consagra o postulado da irrepetibilidade dos projetos rejeitados na mesma sessão legislativa - não impede o Presidente da República de submeter, à apreciação do Congresso Nacional, reunido em convocação extraordinária (CF, art. 57, § 6º, II), projeto de lei versando, total ou parcialmente, a mesma matéria que constituiu objeto de medida provisória rejeitada pelo Parlamento, em sessão legislativa realizada no ano anterior. - O Presidente da República, no entanto, sob pena de ofensa ao princípio da separação de poderes e de transgressão à integridade da ordem democrática, não pode valer-se de medida provisória para disciplinar matéria que já tenha sido objeto de projeto de lei anteriormente rejeitado na mesma sessão legislativa (RTJ 166/890, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI). Também pelas mesmas razões, o Chefe do Poder Executivo da União não pode reeditar medida provisória que veicule matéria constante de outra medida provisória anteriormente rejeitada pelo Congresso Nacional (RTJ 146/707-708, Rel. Min. CELSO DE MELLO). RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR - INCIDÊNCIA NOS CASOS TAXATIVAMENTE INDICADOS NA CONSTITUIÇÃO - CONTRIBUIÇÃO DE

SEGURIDADE SOCIAL DEVIDA POR SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS EM ATIVIDADE - INSTITUIÇÃO MEDIANTE LEI ORDINÁRIA - POSSIBILIDADE. - Não se presume a necessidade de edição de lei complementar, pois esta é somente exigível nos casos expressamente previstos na Constituição. Doutrina. Precedentes. - O ordenamento constitucional brasileiro - ressalvada a hipótese prevista no art. 195, § 4º, da Constituição - não submeteu, ao domínio normativo da lei complementar, a instituição e a majoração das contribuições sociais a que se refere o art. 195 da Carta Política. - Tratando-se de contribuição incidente sobre servidores públicos federais em atividade - a cujo respeito existe expressa previsão inscrita no art. 40, caput, e § 12, c/c o art. 195, II, da Constituição, na redação dada pela EC nº 20/98 - revela-se legítima a disciplinação do tema mediante simples lei ordinária. As contribuições de seguridade social - inclusive aquelas que incidem sobre os servidores públicos federais em atividade -, embora sujeitas, como qualquer tributo, às normas gerais estabelecidas na lei complementar a que se refere o art. 146, III, da Constituição, não dependem, para o específico efeito de sua instituição, da edição de nova lei complementar, eis que, precisamente por não se qualificarem como impostos, torna-se inexigível, quanto a elas, a utilização dessa espécie normativa para os fins a que alude o art. 146, III, a, segunda parte, da Carta Política, vale dizer, para a definição dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes. Precedente: RTJ 143/313-314. 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 válidas, a criação e a incidência dessa exação tributária 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. DEBATES

no processo de interpretação constitucional, não se reveste de caráter absoluto. Qualifica-se, no entanto, como expressivo elemento de útil indagação das circunstâncias que motivaram a elaboração de determinada norma inscrita na Constituição, permitindo o conhecimento das razões que levaram o constituinte a acolher ou a rejeitar as propostas que lhe foram submetidas. Doutrina. - O registro histórico dos debates parlamentares, em torno da proposta que resultou na Emenda Constitucional nº 20/98 (PEC nº 33/95), revela-se extremamente importante na constatação de que a única base constitucional - que poderia viabilizar a cobrança, relativamente aos inativos e aos pensionistas da União, da contribuição de seguridade social - foi conscientemente excluída do texto, por iniciativa dos próprios Líderes dos Partidos Políticos que dão sustentação parlamentar ao Governo, na Câmara dos Deputados (Comunicado Parlamentar publicado no Diário da Câmara dos Deputados, p. 04110, edição de 12/2/98). O destaque supressivo, patrocinado por esses Líderes partidários, excluiu, do Substitutivo aprovado pelo Senado Federal (PEC nº 33/95), a cláusula destinada a introduzir, no texto da Constituição, a necessária previsão de cobrança, aos pensionistas e aos servidores inativos, da contribuição de seguridade social. O REGIME CONTRIBUTIVO É, POR ESSÊNCIA, UM REGIME DE CARÁTER EMINENTEMENTE RETRIBUTIVO. A QUESTÃO DO EQUILÍBRIO ATUARIAL (CF, ART. 195, § 5º). CONTRIBUIÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL SOBRE PENSÕES E PROVENTOS: AUSÊNCIA DE CAUSA SUFICIENTE. - Sem causa suficiente, não se justifica a instituição (ou a majoração) da contribuição de seguridade social, pois, no regime de previdência de caráter contributivo, deve haver, necessariamente, correlação entre custo e benefício. A existência de estrita vinculação causal entre contribuição e benefício põe em evidência a correção da fórmula segundo a qual não pode haver contribuição sem benefício, nem benefício sem contribuição. Doutrina. Precedente do STF. A CONTRIBUIÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS EM ATIVIDADE CONSTITUI MODALIDADE DE TRIBUTO VINCULADO. - A contribuição de seguridade social, devida por servidores públicos em atividade, configura modalidade de contribuição social, qualificando-se como espécie tributária de caráter vinculado, constitucionalmente destinada ao custeio e ao financiamento do regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo. Precedentes. A GARANTIA DA IRREDUTIBILIDADE DA REMUNERAÇÃO NÃO É Oponível À INSTITUIÇÃO/MAJORAÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL RELATIVAMENTE AOS SERVIDORES EM ATIVIDADE. - A contribuição de seguridade social, como qualquer outro tributo, é passível de majoração, desde que o aumento dessa exação tributária observe padrões de razoabilidade e seja estabelecido em bases moderadas.

Não assiste ao contribuinte o direito de opor, ao Poder Público, pretensão que vise a obstar o aumento dos tributos - a cujo conceito se subsumem as contribuições de seguridade social (RTJ 143/684 - RTJ 149/654) -, desde que respeitadas, pelo Estado, as diretrizes constitucionais que regem, formal e materialmente, o exercício da competência impositiva. Assiste, ao contribuinte, quando transgredidas as limitações constitucionais ao poder de tributar, o direito de contestar, judicialmente, a tributação que tenha sentido discriminatório ou que revele caráter confiscatório. A garantia constitucional da irredutibilidade da remuneração devida aos servidores públicos em atividade não se reveste de caráter absoluto. Expõe-se, por isso mesmo, às derrogações instituídas pela própria Constituição da República, que prevê, relativamente ao subsídio e aos vencimentos “dos ocupantes de cargos e empregos públicos” (CF, art. 37, XV), a incidência de tributos, legitimando-se, desse modo, quanto aos servidores públicos ativos, a exigibilidade da contribuição de seguridade social, mesmo porque, em tema de tributação, há que se ter presente o que dispõe o art. 150, II, da Carta Política. Precedentes: RTJ 83/74 - RTJ 109/244 - RTJ 147/921, 925. CONTRIBUIÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL - SERVIDORES EM ATIVIDADE - ESTRUTURA PROGRESSIVA DAS ALÍQUOTAS: A PROGRESSIVIDADE EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA SUPÕE EXPRESSA AUTORIZAÇÃO CONSTITUCIONAL. RELEVO JURÍDICO DA TESE. - Relevância jurídica da tese segundo a qual o legislador comum, fora das hipóteses taxativamente indicadas no texto da Carta Política, não pode valer-se da progressividade na definição das alíquotas pertinentes à contribuição de seguridade social devida por servidores públicos em atividade. Tratando-se de matéria sujeita a estrita previsão constitucional - CF, art. 153, § 2º, I; art. 153, § 4º; art. 156, § 1º; art. 182, § 4º, II; art. 195, § 9º (contribuição social devida pelo empregador) - inexistente espaço de liberdade decisória para o Congresso Nacional, em tema de progressividade tributária, instituir alíquotas progressivas em situações não autorizadas pelo texto da Constituição. Inaplicabilidade, aos servidores estatais, da norma inscrita no art. 195, § 9º, da Constituição, introduzida pela EC nº 20/98. A inovação do quadro normativo resultante da promulgação da EC nº 20/98 - que introduziu, na Carta Política, a regra consubstanciada no art. 195, § 9º (contribuição patronal) - parece tornar insuscetível de invocação o precedente firmado na ADI nº 790-DF (RTJ 147/921). A TRIBUTAÇÃO CONFISCATÓRIA É VEDADA PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende cabível, em sede de controle normativo abstrato, a possibilidade de a Corte examinar se determinado tributo ofende, ou não, o princípio constitucional da não-confiscatoriedade consagrado no art. 150, IV, da Constituição. Precedente: ADI 1.075-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (o Relator

ficou vencido, no precedente mencionado, por entender que o exame do efeito confiscatório do tributo depende da apreciação individual de cada caso concreto). - A proibição constitucional do confisco em matéria tributária nada mais representa senão a interdição, pela Carta Política, de qualquer pretensão governamental que possa conduzir, no campo da fiscalidade, à injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, pela insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais (educação, saúde e habitação, por exemplo). A identificação do efeito confiscatório deve ser feita em função da totalidade da carga tributária, mediante verificação da capacidade de que dispõe o contribuinte - considerado o montante de sua riqueza (renda e capital) - para suportar e sofrer a incidência de todos os tributos que ele deverá pagar, dentro de determinado período, à mesma pessoa política que os houver instituído (a União Federal, no caso), condicionando-se, ainda, a aferição do grau de insuportabilidade econômico-financeira, à observância, pelo legislador, de padrões de razoabilidade destinados a neutralizar excessos de ordem fiscal eventualmente praticados pelo Poder Público. Resulta configurado o caráter confiscatório de determinado tributo, sempre que o efeito cumulativo - resultante das múltiplas incidências tributárias estabelecidas pela mesma entidade estatal - afetar, substancialmente, de maneira irrazoável, o patrimônio e/ou os rendimentos do contribuinte. - O Poder Público, especialmente em sede de tributação (as contribuições de seguridade social revestem-se de caráter tributário), não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade. A CONTRIBUIÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL POSSUI DESTINAÇÃO CONSTITUCIONAL ESPECÍFICA. - A contribuição de seguridade social não só se qualifica como modalidade autônoma de tributo (RTJ 143/684), como também representa espécie tributária essencialmente vinculada ao financiamento da seguridade social, em função de específica destinação constitucional. A vigência temporária das alíquotas progressivas (art. 2º da Lei nº 9.783/99), além de não implicar concessão adicional de outras vantagens, benefícios ou serviços - rompendo, em consequência, a necessária vinculação causal que deve existir entre contribuições e benefícios (RTJ 147/921) - constitui expressiva evidência de que se buscou, unicamente, com a arrecadação desse plus, o aumento da receita da União, em ordem a viabilizar o pagamento de encargos (despesas de pessoal) cuja satisfação deve resultar, ordinariamente, da arrecadação de impostos. RAZÕES DE ESTADO NÃO PODEM SER INVOCADAS PARA LEGITIMAR O DESRESPEITO À SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - A invocação das razões de

Estado - além de deslegitimar-se como fundamento idôneo de justificação de medidas legislativas - representa, por efeito das gravíssimas conseqüências provocadas por seu eventual acolhimento, uma ameaça inadmissível às liberdades públicas, à supremacia da ordem constitucional e aos valores democráticos que a informam, culminando por introduzir, no sistema de direito positivo, um preocupante fator de ruptura e de desestabilização político-jurídica. Nada compensa a ruptura da ordem constitucional. Nada recompõe os gravíssimos efeitos que derivam do gesto de infidelidade ao texto da Lei Fundamental. A defesa da Constituição não se expõe, nem deve submeter-se, 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. Se, em determinado momento histórico, circunstâncias de fato ou de direito reclamarem a alteração da Constituição, em ordem a conferir-lhe um sentido de maior contemporaneidade, para ajustá-la, desse modo, às novas exigências ditadas por necessidades políticas, sociais ou econômicas, impor-se-á a prévia modificação do texto da Lei Fundamental, com estrita observância das limitações e do processo de reforma estabelecidos na própria Carta Política. A DEFESA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA REPRESENTA O ENCARGO MAIS RELEVANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. - O Supremo Tribunal Federal - que é o guardião da Constituição, por expressa delegação do Poder Constituinte - não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas. O inaceitável desprezo pela Constituição não pode converter-se em prática governamental consentida. Ao menos, enquanto houver um Poder Judiciário independente e consciente de sua alta responsabilidade política, social e jurídico-institucional.

Anexo B – Informativo STF nº 357, de 16 a 20 de agosto de 2004. Resumo não oficial da decisão proferida pelo STF nas ADIs nºs 3.105-DF e 3.128-DF.

O Tribunal concluiu julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP e pela Associação Nacional dos Procuradores da República - ANPR contra o art. 4º, da EC 41/2003, que impõe aos servidores públicos aposentados e aos pensionistas, em gozo de benefícios na data de publicação da referida Emenda, bem como aos alcançados pelo disposto no seu art. 3º, a obrigação tributária de pagar contribuição previdenciária com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos ("Art. 3º É assegurada a concessão, a qualquer tempo, de aposentadoria aos servidores públicos, bem como pensão aos seus dependentes, que, até a data de publicação desta Emenda, tenham cumprido todos os requisitos para obtenção desses benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente. § 1º O servidor de que trata este artigo que opte por permanecer em atividade tendo completado as exigências para aposentadoria voluntária e que conte com, no mínimo, vinte e cinco anos de contribuição, se mulher, ou trinta anos de contribuição, se homem, fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal. § 2º Os proventos da aposentadoria a ser concedida aos servidores públicos referidos no caput, em termos integrais ou proporcionais ao tempo de contribuição já exercido até a data de publicação desta Emenda, bem como as pensões de seus dependentes, serão calculados de acordo com a legislação em vigor à época em que foram atendidos os requisitos nela estabelecidos para a concessão desses benefícios ou nas condições da legislação vigente. Art. 4º Os servidores inativos e os pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em gozo de benefícios na data de publicação desta Emenda, bem como os alcançados pelo disposto no seu art. 3º, contribuirão para o custeio do regime de que trata o art. 40 da Constituição Federal com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos. Parágrafo único. A contribuição previdenciária a que se refere o caput incidirá apenas sobre a parcela dos proventos e das pensões que supere: I - cinquenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; II - sessenta por cento do limite Máximo estabelecido para os

benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas da União") - v. Informativo 349. Ressaltou-se, inicialmente, que as contribuições são tributos, sujeitas a regime jurídico próprio, e cuja propriedade decorre da destinação constitucional das receitas e da submissão às finalidades específicas estabelecidas pelo art. 149, da CF, do qual se extrai que as mesmas podem ser instituídas pela União e pelos Estados e Municípios como instrumento de atuação na área social. Daí, por força do disposto no art. 195, da CF, com a redação da época da edição da EC 41/2003, a atuação estatal nas áreas da saúde, previdência e assistência social, cujos direitos são o conteúdo objetivo da seguridade social, deve ser custeada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, por meio dos recursos provenientes dos orçamentos dos entes federados e das contribuições sociais previstas nos incisos I a III do referido artigo. Em relação ao caput do art. 4º da EC 41/2003, as ofensas alegadas pelos requerentes foram afastadas por estas razões: a) por serem as contribuições espécie de tributo, não há como opor-lhes a garantia constitucional ao direito adquirido: a.1) a norma que institui ou majora tributos incide sobre fatos posteriores à sua entrada em vigor; a.2) não consta do rol dos direitos subjetivos inerentes à situação de servidor inativo o de imunidade tributária absoluta dos proventos correlatos. Assim, sendo a percepção de proventos de aposentadorias e pensões fato gerador da contribuição previdenciária (EC 41/2003, art. 4º, parágrafo único), não obstante a condição de aposentadoria, ou inatividade, representar situação jurídico-subjetiva sedimentada que, regulando-se por normas jurídicas vigentes à data de sua consolidação, é intangível por lei superveniente no núcleo substantivo desse estado pessoal, não se poderia conferir ao servidor inativo nem ao pensionista verdadeira imunidade tributária absoluta, sem previsão constitucional, quanto aos fatos geradores ocorridos após a edição da EC 41/2003, observados os princípios constitucionais da irretroatividade e da anterioridade (CF, art. 150, III, a e art. 195, §6º); b) o princípio constitucional de irredutibilidade da remuneração dos servidores públicos não se estende aos tributos porque não implica imunidade tributária; c) a utilização da percepção de proventos como fato gerador da contribuição previdenciária não configura bis in idem de imposto sobre a renda: as contribuições previdenciárias não constituem imposto. Para discerni-las, além do fato gerador e da base de cálculo, há de se levar em consideração os fatores distintivos constitucionais da finalidade da instituição e da destinação das receitas (CF, arts. 149 e 195). Também não consubstancia bitributação o fato de as contribuições apresentarem a mesma base de cálculo do imposto sobre a renda em relação aos inativos, haja vista a existência de autorização constitucional expressa (CF, art. 195, II); d) a contribuição instituída não se faz sem causa,

razão por que não se há de falar em confisco ou discriminação sob o fundamento de que "não atende aos princípios da generalidade e da universalidade (art.155, parágrafo 2º, I), já que recai só sobre uma categoria de pessoas": d.1) a EC 41/2003 transmudou a natureza do regime previdencial que, de solidário e distributivo, passou a ser meramente contributivo e, depois, solidário e contributivo, por meio da previsão explícita de tributação dos inativos, "observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial", em face da necessidade de se resolver o colapso havido no sistema, em decorrência, dentre outros fatores, da queda da natalidade, do acesso aos quadros funcionais públicos, do aumento da expectativa de vida do brasileiro e, por conseguinte, do período de percepção do benefício; d.2) o sistema previdenciário, objeto do art. 40 da CF nunca foi de natureza jurídico-contratual, regido por normas de direito privado. O valor pago pelo servidor a título de contribuição previdenciária nunca foi nem é prestação sinalagmática, mas tributo destinado ao custeio da atuação do Estado na área da previdência social; d.3) o regime previdenciário público visa garantir condições de subsistência, independência e dignidade pessoais ao servidor idoso por meio do pagamento de proventos da aposentadoria durante a velhice e, nos termos do art. 195 da CF, deve ser custeado por toda a sociedade, de forma direta e indireta, o que se poderia denominar princípio estrutural da solidariedade; d.4) o regime previdenciário assumiu caráter contributivo para efeito de custeio eqüitativo e equilibrado dos benefícios, sem prejuízo da observância dos princípios do parágrafo único do art. 194 da CF: universalidade, uniformidade, seletividade e distributividade, irredutibilidade, equidade no custeio e diversidade da base de financiamento. Assim, os elementos sistêmicos figurados no "tempo de contribuição", no "equilíbrio financeiro e atuarial" e na "regra de contrapartida" devem ser interpretados em conjunto com os princípios supracitados; e) a cobrança, em si, da contribuição dos inativos não ofende o princípio da isonomia: e.1) o advento da EC 41/2003 estabeleceu, em tese, a existência de três grupos de sujeitos passivos distintos: os aposentados até a data da publicação da Emenda (que se aposentaram com vencimentos integrais); os que se aposentarão após a data de sua edição, mas que ingressaram no serviço público antes dela (que, numa fase de transição, poderão aposentar-se com proventos integrais, observadas as regras do art. 6º da EC 41/2003); os que ingressaram e se aposentarão após a publicação da Emenda (que poderão, no caso do §14 do art. 40 da CF, sujeitar-se ao limite atribuído ao regime geral da previdência - CF, art. 201 - e equivalente a dez salários mínimos); e.2) o fato de já estarem aposentados à data da publicação da Emenda não pode retirar a responsabilidade social pelo custeio, já que seu tratamento previdenciário é diverso do reservado aos servidores da ativa; e.3) o caráter contributivo e solidário da previdência social impede essa distorção,

que implicaria ofensa ao princípio da "equidade na forma de participação de custeio" (CF, art. 194, IV). De outro lado, em relação ao parágrafo único do art. 4º da norma impugnada, entendeu-se configurada a violação ao princípio da igualdade por estes fundamentos: a) o fato de alguns serem inativos ou pensionistas dos Estados, do DF ou dos Municípios não legitima o tratamento diferenciado dispensado aos servidores inativos e pensionistas da União, que se encontram em idêntica situação jurídica; b) o fato de ter-se aposentado o servidor antes ou depois da publicação da Emenda não justifica tratamento desigual quanto à sujeição do tributo. Salientou-se que o parágrafo único do art. 4º da EC 41/2003, ao criar exceção à imunidade prevista no §18 do art. 40 da CF, com a redação dada pela própria Emenda, faz exceção, da mesma forma, à imunidade do inciso II do art. 195 da CF, aplicável, por extensão, aos servidores inativos e pensionistas, por força da interpretação teleológica e do disposto no §12 do art. 40 da CF ("Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.... §12. Além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social.... §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. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:... II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;"). Diante disso, e considerando o caráter unitário do fim público dos regimes geral de previdência e dos servidores públicos e o princípio da isonomia, concluiu-se que o limite a que alude o inciso II do art. 195 da CF - R\$2.400,00 (EC 41/2003, art. 5º) - haveria de ser aplicado a ambos os regimes, sem nenhuma distinção. Julgou-se, por maioria, improcedente o pedido em relação ao caput do art. 4º da EC 41/2003. Vencidos, no ponto, os Ministros Ellen Gracie, relatora, Carlos Britto, Marco Aurélio e Celso de Mello que consideravam que a norma impugnada ofendia dispositivos constitucionais que estariam a salvo da atividade reformadora (CF, art.

60, §4º, IV). Declarou-se, por unanimidade, a inconstitucionalidade das expressões "cinquenta por cento do" e "sessenta por cento do" constantes, respectivamente, dos incisos I e II do parágrafo único do art. 4º da EC 41/2003, pelo que se aplica, à hipótese do artigo 4º da EC 41/2003, o §18 do artigo 40 do texto permanente da Constituição, introduzido pela mesma Emenda constitucional.

ADIn nº 3105/DF e ADIn nº 3128/DF, Rel. original Min. Ellen Gracie, Rel. para acórdão Min. Cezar Peluso, decidiu em 18 de agosto de 2014.

Anexo C – Ementa da decisão das ADIn nº 3.105-DF e ADIn nº 3.128-DF

RELATOR PARA ACÓRDÃO: MIN. CÉZAR PELUSO

EMENTAS: 1. Inconstitucionalidade. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Ofensa a direito adquirido no ato de aposentadoria. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Emenda Constitucional nº 41/2003 (art. 4º, caput). Regra não retroativa. Incidência sobre fatos geradores ocorridos depois do início de sua vigência. Precedentes da Corte. Inteligência dos arts. 5º, XXXVI, 146, III, 149, 150, I e III, 194, 195, caput, II e § 6º, da CF, e art. 4º, caput, da EC nº 41/2003. No ordenamento jurídico vigente, não há norma, expressa nem sistemática, que atribua à condição jurídico-subjetiva da aposentadoria de servidor público o efeito de lhe gerar direito subjetivo como poder de subtrair ad aeternum a percepção dos respectivos proventos e pensões à incidência de lei tributária que, anterior ou ulterior, os submeta à incidência de contribuição previdencial. Noutras palavras, não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos e as pensões, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não haver, a respeito, direito adquirido com o aposentamento.

2. Inconstitucionalidade. Ação direta. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária, por força de Emenda Constitucional. Ofensa a outros direitos e garantias individuais. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Regra não retroativa. Instrumento de atuação do Estado na área da previdência social. Obediência aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como aos objetivos constitucionais de universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento. Ação julgada improcedente em relação ao art. 4º, caput, da EC nº 41/2003. Votos vencidos. Aplicação dos arts. 149, caput, 150, I e III, 194, 195, caput, II e § 6º, e 201, caput, da CF. Não é inconstitucional o art. 4º, caput, da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, que instituiu contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e as pensões dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações.

3.

Inconstitucionalidade. Ação direta. Emenda Constitucional (EC nº 41/2003, art. 4º, § único, I e II). Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Bases de cálculo diferenciadas. Arbitrariedade. Tratamento discriminatório entre servidores e pensionistas da União, de um lado, e servidores e pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de outro. Ofensa ao princípio constitucional da isonomia tributária, que é particularização do princípio fundamental da igualdade. Ação julgada procedente para declarar inconstitucionais as expressões "cinquenta por cento do" e "sessenta por cento do", constante do art. 4º, § único, I e II, da EC nº 41/2003. Aplicação dos arts. 145, § 1º, e 150, II, cc. art. 5º, caput e § 1º, e 60, § 4º, IV, da CF, com restabelecimento do caráter geral da regra do art. 40, § 18. São inconstitucionais as expressões "cinquenta por cento do" e "sessenta por cento do", constantes do § único, incisos I e II, do art. 4º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, e tal pronúncia restabelece o caráter geral da regra do art. 40, § 18, da Constituição da República, com a redação dada por essa mesma Emenda.

DECISÃO:

- O Tribunal, por unanimidade, rejeitou as preliminares. Votou o Presidente. Em seguida, após os votos da Senhora Ministra Ellen Gracie, Relatora, e Carlos Britto, que julgavam procedente a ação e declaravam a inconstitucionalidade do artigo 4º, caput, parágrafo único, incisos I e II, da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, e do voto do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, que a julgava improcedente, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Cezar Peluso. Falaram, pelas requerentes, Associação Nacional dos Procuradores da República-ANPR, o Dr. Artur Castilho Neto e pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP, o Dr. Aristides Junqueira Alvarenga; pelas amici curiae, Federação Nacional dos Auditores Fiscais da Previdência Social-FENAFISP; Sindicato dos Policiais Cíveis de Londrina e Região-SINDIPOL; Associação Nacional dos Advogados da União e dos Advogados das Entidades Federais-ANAJUR; Sindicato Nacional dos Docentes das Instituições de Ensino Superior-ANDES; Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Previdência Social-ANFIP; Federação Nacional dos Sindicatos de Trabalhadores do Judiciário Federal e Ministério Público da União-FENAJUFE; Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal-UNAFISCO SINDICAL; Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário e do Ministério Público da União no Distrito Federal-SINDJUS-DF, os Drs. Mauro Menezes e José Luiz Wagner; pela Advocacia-Geral da União,

o Dr. Álvaro Ribeiro Costa e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Cláudio Lemos Fonteles, Procurador-Geral da República. Presidência, em exercício, do Senhor Ministro Nelson Jobim, Vice-Presidente. Plenário, 26.05.2004. - Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Cezar Peluso, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 23.6.2004. - O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação em relação ao caput do artigo 4º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, vencidos a Senhora Ministra Ellen Gracie, Relatora, e os Senhores Ministros Carlos Britto, Marco Aurélio e Celso de Mello. Por unanimidade, o Tribunal julgou inconstitucionais as expressões "cinquenta por cento do" e "sessenta por cento do", contidas, respectivamente, nos incisos I e II do parágrafo único do artigo 4º da Emenda Constitucional nº 41/2003, pelo que aplica-se, então, à hipótese do artigo 4º da EC nº 41/2003 o § 18 do artigo 40 do texto permanente da Constituição, introduzido pela mesma emenda constitucional. Votou o Presidente, o Senhor Ministro Nelson Jobim. Redigirá o acórdão o Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 18.08.2004.