

O PROJETO DE REFORMA PREVIDENCIÁRIA E A AUSÊNCIA DE NORMAS DE TRANSIÇÃO

Zélia Luiza Pierdoná – Procuradora da República em São Paulo, Mestre em Direito Previdenciário pela PUC/SP e Doutoranda em Direito pela mesma Universidade, Professora de Direito Previdenciário e Tributário.

O presente trabalho tem por objetivo analisar a ausência de disciplina transitória no Projeto de Emenda à Constituição encaminhado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional – PEC 40, o qual versa sobre a reforma da previdência dos servidores públicos.

Para tanto, num primeiro momento, apresentaremos as normas constitucionais referentes às três subáreas da seguridade social. Após, abordaremos a supremacia da Constituição e de seus princípios, mesmo nos casos do exercício do poder de reforma e, finalmente, faremos a análise referida.

A Constituição Federal estabelece, entre os direitos fundamentais, os direitos sociais e, nestes arrola, dentre outros, a saúde, a previdência e a assistência, os quais juntos formam o que a Lei Suprema denomina seguridade social. No entanto, as disposições constitucionais aplicáveis às subáreas da seguridade são diversas, o que nos leva a diferenciar o regime jurídico aplicável a cada uma delas.

Segundo a Constituição, a saúde é direito de todos e dever do Estado (art. 196) e, a assistência social é prestada aos necessitados, independente de

contribuição (art.203). Assim, os direitos relativos à saúde e os relativos à assistência independem de contraprestação direta dos beneficiários.

Já, no que se refere aos direitos previdenciários, as disposições do art. 201, bem como do art. 40, tanto em sua redação original, como na redação atribuída pela EC nº 20/98, exigem a contribuição para que o segurado faça *jus* aos benefícios previdenciários.

O Brasil, historicamente, adotou o modelo alemão, exigindo a contribuição para que o segurado tenha acesso aos benefícios. Dessa forma, embora a Constituição se refira à seguridade social quanto às três subáreas, no que se refere à previdência, tendo em vista a exigência de contribuição para que o segurado tenha direito aos benefícios, estamos diante de um direito de seguridade com características de seguro social.

E, por se tratar de um direito que exige contrapartida, não pode o segurado contribuir para obter determinados benefícios e, quando está diante, ou próximo, ao evento a ser protegido, não poder usufruir o benefício, em razão de mudanças no ordenamento jurídico.

Não se está afirmando que o ordenamento não possa mudar, mas como estamos diante de normas previdenciárias, nas quais há obrigações recíprocas, o novo ordenamento somente poderá ser aplicado a partir de sua publicação. Às relações em andamento, o novo ordenamento deverá ser aplicado proporcionalmente ao tempo que ainda falta para usufruir o benefício, devendo, portanto, serem criadas regras de transição.

Mas devem ser criadas normas de transição adequadas ao sistema como um todo, respeitando-se os princípios constitucionais.

A Constituição, dada a sua supremacia, é o fundamento de validade de qualquer regra, inclusive as provenientes de emendas. Qualquer poder por ela constituído não poderá contrariar seus dispositivos. O poder reformador está previsto na Constituição (arts. 59 e 60) e, portanto, também está submetido aos seus ditames, sob pena de declaração da sua inconstitucionalidade e conseqüente banimento do ordenamento jurídico.

O legislador infraconstitucional tem seus atos vinculados às determinações constitucionais. Portanto, ao produzir uma emenda ou uma lei que introduzirá mudanças nas regras previdenciárias, deverá obedecer tanto ao processo legislativo como ao conteúdo da própria norma, sob pena de serem afastadas do ordenamento jurídico.

Como a Constituição dá fundamento de validade a todas as demais normas, e, como os seus princípios constituem o alicerce do ordenamento jurídico, eles precisam ser obedecidos tanto pelo legislador ordinário como pelo “constituente” reformador. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua obra, *Curso de Direito Administrativo*, “*violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos*”.¹

¹ Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 12 ed., São Paulo, Malheiros, p. 584.

Assim, todas as regras emitidas pelo poder legislativo, incluindo-se as provenientes de emendas, deverão observar os princípios estabelecidos pela Constituição.

O princípio da segurança jurídica não está enunciado num artigo específico da Constituição, uma vez que ele é da essência do tipo de Estado adotado na Constituição. Nesse sentido sustenta Celso Antônio Bandeira de Mello², na obra já citada, que, o princípio da segurança jurídica é da essência do próprio Direito, notadamente do Estado Democrático de Direito e, por isso, faz parte do sistema constitucional como um todo, enquadrando-se, entre os princípios gerais do Direito.

É no contexto do Estado Democrático de Direito, implantado pela Constituição de 1988, que o princípio da segurança jurídica deve ser analisado.

O referido autor pondera *“que a ordem jurídica corresponde a um quadro normativo proposto precisamente para que as pessoas possam se orientar, sabendo, pois, de antemão o que devem ou o que podem fazer, tendo em vista as ulteriores conseqüências imputáveis a seus atos. O Direito propõe-se a ensejar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da ‘segurança jurídica’, o qual, bem por isto, se não é o mais importante dentre todos os princípios gerais de Direito, é, indisputavelmente, um dos mais importantes entre eles (...). Esta ‘segurança jurídica’ coincide com uma das mais profundas aspirações do Homem: a segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano. É a insopitável necessidade*

² Celso Antônio Bandeira de MELLO. *Curso de Direito Administrativo*, 12 ed., São Paulo, Malheiros, p. 92.

de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro; é ela, pois, que enseja projetar e iniciar, conseqüentemente, comportamentos cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo. Dita previsibilidade é, portanto, o que condiciona a ação humana. Esta é a normalidade das coisas.”³

Sustenta o constitucionalista português, J.J.Gomes Canotilho que “o homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos constitutivos do Estado de direito.

*(...) O princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo, pois, a idéia de proteção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo tem do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçadas em normas jurídicas vigentes e válidas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos por essas mesmas normas”.*⁴

As palavras acima citadas parecem proferidas especialmente para a relação previdenciária, uma vez que, através da previdência social - importante instrumento de paz social⁵ -, busca-se justamente a segurança para o futuro.

³ Celso Antônio Bandeira de MELLO. *Curso de Direito Administrativo*, 12 ed., São Paulo, Malheiros, p. 93.

⁴ J. J. Gomes CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed. Coimbra, Livraria Almedina, 1999, p. 250.

⁵ Nesse sentido, Maria Garcia pondera: “pode-se afirmar que a Previdência Social constitui-se no mais importante instrumento de paz social”.

Seguramente não haverá paz social, se o segurado ingressar no sistema previdenciário sem vislumbrar alguma previsibilidade para o futuro. Se a segurança jurídica enseja projetar e iniciar comportamentos cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo, as novas regras previdenciárias editadas, tanto pelo legislador, como pelo “constituente” reformador, deverão respeitar proporcionalmente o período que o segurado já contribuiu para um determinado regime.

Canotilho, discorrendo sobre a proteção da segurança jurídica relativamente a atos normativos, sustenta a impossibilidade de normas retroativas, assim se manifestando: *“O princípio do estado de direito, densificado pelos princípios da segurança jurídica e da confiança jurídica, implica, por um lado, na qualidade de elemento objectivo da ordem jurídica, a durabilidade e permanência da própria ordem jurídica, da paz jurídico-social e das situações jurídicas; por outro lado, como dimensão garantística jurídico-subjectiva dos cidadãos, legitima a confiança na permanência das respectivas situações jurídicas. Daqui a idéia de uma certa medida de confiança na actuação dos entes públicos dentro das leis vigentes e de uma certa protecção dos cidadãos no caso de mudança legal necessária para o desenvolvimento da actividade de poderes públicos”*.⁶

O segurado contribui para no futuro usufruir o benefício, ele precisa ter a garantia de que as mudanças respeitarão, proporcionalmente, o que já ocorreu na relação jurídica previdenciária, mais precisamente, o tempo que ele já contribuiu. Do contrário, a previdência, na qual o trabalhador vislumbra a

⁶ J. J. Gomes CANOTILHO, Direito Constitucional e teoria da Constituição, 3ª ed. Coimbra, Livraria Almedina, pp. 252-253.

segurança, que é uma das mais profundas aspirações do homem, transforma-se em insegurança.

Como o novo ordenamento somente pode ser aplicado a partir de sua publicação, ele não poderá reger a totalidade de uma relação jurídica previdenciária já iniciada quando de sua publicação. Às relações em andamento, o novo ordenamento deverá ser aplicado ao tempo que ainda falta para usufruir o benefício. Assim, as novas regras incidirão a partir de sua publicação, garantindo a efetividade dos princípios da irretroatividade e da segurança jurídica.

Embora não se referindo a direito previdenciário, mas a tempo de serviço, o qual é pressuposto para a obtenção de benefícios previdenciários, uma vez que as contribuições incidem sobre a remuneração do trabalho, o Supremo Tribunal Federal entende⁷ que deve ser respeitado o princípio da irretroatividade, devendo ser aplicada a lei vigente à data da prestação do serviço.

Se para a contagem do tempo de serviço deve ser aplicada a lei vigente quando da prestação do serviço, deve também ser aplicada a lei vigente quando da prestação do serviço e a correspondente contribuição no que tange a direitos previdenciários. Assim, se o ordenamento previdenciário for alterado no

⁷ “Tempo de Serviço e Irretroatividade das Leis

O tempo de serviço é regido pela lei vigente à data de sua prestação. Com esse entendimento, a Turma, por ofensa ao princípio da irretroatividade das leis (CF, art. 5º, XXXV), deu provimento a recurso extraordinário, do Estado do Rio de Janeiro para reformar acórdão que, aplicando retroativamente lei nova mais benéfica (Lei Estadual 7.674/85) assegurara o cômputo do tempo de afastamento do servidor para tratamento de saúde, em período que não havia previsão legal para tanto. Precedentes citados: RE 82.881-SP(RTJ 79/268) e RE 85.218-SP(RTJ 79/338)”.

RE 174.150-RJ, rel. Min. Octavio Galotti, 4.4.2000. Informativo 184

decorrer da vida laborativa do segurado, as alterações deverão ser aplicadas apenas ao tempo que ainda falta para usufruir o benefício. Dessa forma estará garantida a irretroatividade do novo ordenamento, bem como a aplicação do princípio da isonomia, uma vez que haverá tratamento diferenciado em razão das diferenças apresentadas pelo beneficiário. Aqueles que detêm maior tempo de serviço já exercido terão a aplicação do novo ordenamento em proporção menor, uma vez que o novo ordenamento será aplicado apenas ao período que ainda falta para fazer jus ao benefício.

Não haverá segurança jurídica se um segurado contribuir para a obtenção de determinado benefício e, em razão de mudanças no ordenamento, receber benefício totalmente diverso daquele que ele planejava obter quando estivesse diante do evento ensejador do benefício.

Para que isso não ocorra, o novo ordenamento deve ser aplicado apenas ao tempo que ainda falta para usufruir o benefício, quando de sua alteração, o que exigirá, obrigatoriamente, a previsão de regras de transição.

Sobre as regras de transição, Canotilho assevera que *“a aplicação das leis não se reconduz, de forma radical, a esquemas dicotômicos de estabilidade/novidade. Por outras palavras: entre a permanência indefinida da disciplina jurídica existente e a aplicação incondicionada da nova norma, existem soluções de compromisso plasmadas em normas ou disposições transitórias. Os instrumentos do direito transitório são vários: confirmação do direito em vigor para os casos cujos pressupostos se gerarem e desenvolverem à sombra da lei antiga; entrada gradual em vigor da lei nova; dilatação da*

‘vacatio legis’; disciplina específica para situações, posições ou relações jurídicas imbricadas com as ‘leis velhas’ com as ‘lei novas’.

*No plano do direito constitucional, o princípio da proteção da confiança justificará que o Tribunal Constitucional controle a conformidade constitucional de uma lei, analisando se era ou não **necessária e indispensável** uma disciplina transitória, ou se esta regulou de forma **justa, adequada e proporcionada**, os problemas resultantes da conexão de efeitos jurídicos da lei nova a pressupostos – posições, relações, situações – anteriores e subsistentes no momento da sua entrada em vigor”⁸. (grifos do autor)*

Portanto, segundo o constitucionalista português, o princípio da proteção da confiança exige a análise da necessidade de regras de transição, e, em caso positivo, que elas, de forma justa, adequada e proporcional regulem às situações anteriores e subsistentes, no momento da entrada em vigor da nova norma.

Os direitos previdenciários, em razão de suas características: a necessidade de contraprestação por parte do segurado; a formação do direito num determinado lapso de tempo; e o planejamento prévio da forma como os riscos sociais serão cobertos, exigem em caso de impossibilidade de manutenção das regras previamente estabelecidas, no mínimo, a previsão de disciplina transitória, a qual deverá garantir a aplicação das regras anteriores, no que se refere ao período já exercido, quando da publicação das novas normas.

⁸ J. J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed. Coimbra, Livraria Almedina, p. 256.

Isso somente será possível com a aplicação do novo ordenamento apenas ao tempo que ainda falta para usufruir o benefício, ou seja, através de sua aplicação proporcional, atendendo, assim, o requisito de proporcionalidade a que se refere Canotilho, o que lhe garante a adequação do sistema como um todo, uma vez que atenderá os princípios constitucionais da irretroatividade, da segurança jurídica e da proteção da confiança e, em última instância, a manutenção do Estado Democrático de Direito.

Verificando o projeto de emenda encaminhado ao Congresso Nacional pelo Poder Executivo – PEC 40, o qual versa sobre a reforma dos regimes próprios de previdência que são os destinados aos servidores titulares de cargos efetivos, observamos a ausência de disciplina transitória.

O art. 8º do projeto estabelece regras para os servidores titulares de cargos efetivos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios que ingressarem no serviço público até a data da publicação da emenda.

A principal mudança que o projeto apresenta está disciplinada no § 1º do artigo acima referido, o qual estabelece que o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, considerará as remunerações do servidor que serviram de base para as contribuições efetuadas aos regimes geral (administrado pelo INSS) e próprios (de cada ente federativo para os seus servidores), não sendo, portanto, mais calculados com base na remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria e correspondente a totalidade da remuneração do servidor, conforme o atual ordenamento prevê, no art. 40, § 3º da Constituição Federal.

Por outro lado, os reajustamentos serão efetuados conforme critérios estabelecidos em lei e não mais garantirá a paridade com os servidores em atividade.

Percebemos que o art. 8º trata todos os servidores que ingressarem no serviço público até a publicação da emenda da mesma forma, independentemente se já estão quase se aposentando ou se ingressaram a pouco no serviço público. Não há qualquer disciplina transitória que diferencie os servidores segundo o tempo de serviço já exercido.

Com isso, é flagrante a violação aos princípios da irretroatividade das leis e da segurança jurídica, neste incluído, conforme Canotilho, a idéia de proteção da confiança, o que pelas razões retro elencadas, dispensa maiores comentários.

Nem precisa ser aplicador do direito para perceber que mudanças no ordenamento jurídico previdenciário sem que haja qualquer previsão de proporcionalidade em relação ao tempo de trabalho já exercido, gera muita insegurança, o que é inadmissível, não só no campo previdenciário, mas principalmente quando estamos diante de um Estado de Direito.

Exemplos são sempre elucidativos: um servidor público passa quase toda sua vida laborativa pensando e contribuindo para a obtenção de um determinado tipo de benefício previdenciário e quando está próximo do risco ensejador do benefício, o ordenamento jurídico é modificado e os efeitos jurídicos previstos e prescritos anteriormente não mais ocorrerão. Além de não

ocorrerem, o servidor tem o mesmo tratamento que outro servidor que acabou de ingressar no serviço público.

Por fim, não podemos deixar de tecer considerações sobre o art. 2º do Projeto encaminhado pelo executivo. A EC nº 20/98, em seu art. 8º, estabelece regras de transição aos servidores que até a data de sua publicação haviam ingressado no serviço público⁹. Entre os requisitos para a aposentadoria, a regra de transição exige o limite de idade de 48 anos para a servidora e 53 para o servidor. Com a norma prevista no art. 2º do Projeto querem que o servidor “esqueça” a regra de transição, uma vez que reduz os proventos da inatividade em cinco por cento para cada ano antecipado, em relação à regra definitiva, a qual prevê o limite de 55 anos de idade, para a servidora e de 60, para o servidor.

O Estado de Direito certamente não admite regras como a que almejam implantar com o art. 2º do Projeto, uma vez que geraria uma insegurança não só em relação à norma específica, mas no campo previdenciário como um todo: hoje estatuem determinadas regras, amanhã determinam que o estatuído já não mais tem validade. Admitir isso significa retirar da previdência a sua essência que é justamente a previsão antecipada da proteção a certas situações que geram necessidades.

Assim, verificamos que a ausência de disciplina transitória, bem como a eliminação da regra transitória da EC nº 20/98, por violarem os princípios da irretroatividade das normas e da segurança jurídica, afetam o tipo de Estado

⁹ Sobre as regras de transição da EC nº 20/98, no que se refere ao servidor público, sustentei a inconstitucionalidade do limite de idade da forma como foi estabelecido, uma vez que não atendeu ao tempo de serviço já exercido quando da publicação da referida emenda, conforme artigo “A aposentadoria do servidor público e as normas de transição da Emenda Constitucional nº 20/98, *in* Revista de Direito Social, nº 01.

adotado pela Constituição de 1988, o que seguramente não é possível pela via do poder reformador.