

---

# A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional

---



ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo e Constitucional	Belo Horizonte	ano 7	n. 27	p. 1-254	jan./mar. 2007
--	----------------	-------	-------	----------	----------------

# A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

## IPDA

Instituto Paranaense  
de Direito Administrativo

### Direção Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

### Direção Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

### Direção Executiva

Emerson Gabardo

### Conselho de Redação

Edgar Chiuratto Guimarães

Adriana da Costa Ricardo Schier

Célio Heitor Guimarães

### Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari  
Alice Gonzáles Borges  
Carlos Ari Sundfeld  
Carlos Ayres Britto  
Carlos Delpiazzi  
Cármem Lúcia Antunes Rocha  
Celso Antônio Bandeira de Mello  
Clèmerson Merlin Clève  
Clóvis Beznos  
Enrique Silva Cimma  
Eros Roberto Grau  
Fabrício Motta  
Guilherme Andrés Muñoz (*in memoriam*)  
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz  
Jorge Luis Salomoni

José Carlos Abraão  
José Eduardo Martins Cardoso  
José Luís Said  
José Mario Serrate Paz  
Juan Pablo Cajaville Peruffo  
Juarez Freitas  
Julio Rodolfo Comadira  
Luís Enrique Chase Plate  
Lúcia Valle Figueiredo  
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho  
(*in memoriam*)  
Marçal Justen Filho  
Marcelo Figueiredo  
Márcio Cammarosano  
Mária Cristina Cesar de Oliveira

Nelson Figueiredo  
Odilon Borges Junior  
Pascual Caiella  
Paulo Eduardo Garrido Modesto  
Paulo Henrique Blasi  
Paulo Neves de Carvalho (*in memoriam*)  
Paulo Ricardo Schier  
Pedro Paulo de Almeida Dutra  
Regina Maria Macedo Nery Ferrari  
Rogério Gesta Leal  
Rolando Pantoja Bauzá  
Sérgio Ferraz  
Valmir Pontes Filho  
Yara Stropa  
Weida Zancaner

A246 A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional.  
ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum,  
2003.  
Trimestral  
ano 1, n.1, 1999 até ano 2, n.10, 2002 publicada pela  
Editora Juruá em Curitiba  
ISSN: 1516-3210  
1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional.  
I. Fórum.

CDD: 342 CDU: 33.342

© Editora Fórum Ltda. 2007

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Editora Fórum Ltda  
Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andar - Funcionários  
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil  
Tel.: 0800 704 3737  
Internet: [www.editoraforum.com.br](http://www.editoraforum.com.br)  
e-mail: [editoraforum@editoraforum.com.br](mailto:editoraforum@editoraforum.com.br)

Editor responsável: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira  
Projeto gráfico e diagramação: Luís Alberto Pimenta  
Revisora: Olga M. A. Sousa  
Pesquisa jurídica: Fátima Ribeiro - OAB/MG 74868  
Bibliotecária: Leila Aparecida Anastácio  
CRB 2809/MG 6ª região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil  
Distribuída em todo Território Nacional

# Regime próprio de previdência do servidor público – Os princípios da segurança jurídica e proteção da confiança e os direitos em formação<sup>1</sup>

**Marcelene Carvalho da Silva Ramos**

Procuradora do Estado do Paraná. Professora de Direito Constitucional do Curso de Direito das Faculdades Integradas Curitiba (FIC) e de Princípios e Direitos Fundamentais da pós-graduação em Direito da FIC. Mestre em Direito do Estado - Direito Constitucional, pela Universidade Federal do Paraná (UFPR) e *master* em *Democracia e Derechos Humanos en Latino-América* pela Universidade Internacional de Andalucía (UNIA), Espanha, e especialista em Direito Contemporâneo e suas Instituições Fundamentais pelo Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos (IBEJ).

**Palavras-chave:** Regime próprio de previdência do servidor público. Aposentadoria. Direito constitucional. Direitos em formação.

**Sumário:** **1** Introdução: contextualizando a questão previdenciária do servidor público no âmbito normativo constitucional e o poder de reforma constitucional - **2** A previdência social como direito fundamental social na CF/88 - **3** Os limites materiais ao Poder de Reforma do Constituinte Derivado: os direitos em formação - **4** Conclusões propositivas: o sistema principiológico do ordenamento constitucional brasileiro aplicável à previdência social dos servidores públicos como garantia dos direitos em formação - Referências

## 1 Introdução: contextualizando a questão previdenciária do servidor público no âmbito normativo constitucional e o poder de reforma constitucional

O tema objeto do presente trabalho, a seguir delineado, está assim intitulado: “Regime próprio de previdência do servidor público – os princípios da segurança jurídica e proteção da confiança e os direitos em formação”.

O assunto — regime próprio de previdência do servidor público — permanece na agenda político-jurídica nacional como alvo constante de reformas — sendo que a última, como se sabe, resultou na Emenda Constitucional n° 47/05,<sup>2</sup> precedida da Emenda Constitucional n° 41/03<sup>3</sup> — a pretexto de corrigir o déficit público previdenciário<sup>4</sup> nas contas dos governos das 03 (três) esferas verticais de Poder, quais sejam, da União

<sup>1</sup> Monografia apresentada e aprovada durante o XXXII CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DE ESTADO, realizado em NATAL/RN, de 03 a 07 de setembro de 2006, sob o temário de “Direito Constitucional” e subtema: “Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais”.

<sup>2</sup> Emenda Constitucional n° 47, de 05 de julho de 2005, conhecida como PEC Paralela.

<sup>3</sup> Emenda Constitucional n° 41, de 19 de dezembro de 2003, publicada no DOU, em 31.12.2003.

e especialmente, dos Estados e dos Municípios brasileiros.<sup>5</sup> E, com retorno garantido, passadas as próximas eleições de outubro/2006, como já anunciado pelos maiores partidos em disputa (PT e PSDB), nos jornais de circulação nacional.

A partir da nova ordem jurídica inaugurada no Brasil pela Carta Federal em 1988, assistimos às constantes mudanças no regime de aposentadoria dos servidores públicos brasileiros, operadas por meio de emendas à Constituição Federal, que, inicialmente asseguraram direitos conquistados e garantidos ou ao menos, cuidaram de minimizar seus deletérios efeitos sobre os *direitos em curso*, geradores de *expectativas de direito*, por meio de *regras de transição* — como ocorreu com a Emenda Constitucional nº 20/98.

Todavia, as reformas constitucionais que se seguiram (EC nºs 41/03 e 47/05), especialmente a operada pela EC nº 41/03,<sup>6</sup> trataram, mais e mais, de mitigar os direitos previdenciários dos servidores públicos — a teor do que dispõe o art. 3º da referida emenda — que ressalva, apenas, o direito adquirido<sup>7</sup> para aqueles servidores que já completaram os requisitos para a aposentação.

Com efeito, a transição determinada pela EC nº 41, é no sentido

<sup>4</sup> Confira-se o item 39 da Justificativa da PEC nº 40/03: “Todos esses dados demonstram a necessidade de medidas que visem aperfeiçoar o regime de previdência dos servidores públicos, tendo como vetor o Princípio da Isonomia, procurando aproximar as regras desses regimes das regras do Regime Geral, conforme anotado anteriormente. Essas alterações devem ter como escopo dar efetividade ao comando estabelecido pela Constituição qual seja: que o regime seja contributivo e atuarialmente equilibrado colaborando para uma maior equidade social entre os regimes, bem como a redução do desequilíbrio atuarial e, conseqüentemente, da necessidade de financiamento da previdência dos servidores públicos”.

<sup>5</sup> Déficit contestado por vários especialistas na área de previdência. Confira-se entrevista concedida à *Folha de S.Paulo* de 26 jun. 2003, Caderno Brasil, p. A8, pela economista da PUC-SP Rosa Maria Marques e por Eli Iôla Gurgel, especialista da UFMG, para quem os propalados R\$21 bilhões a serem economizados entre 2004 e 2010 (R\$3 bilhões por ano) não justificam a reforma, ao menos do ponto de vista fiscal e ainda, “que o projeto do governo enfraquece o Estado e prejudica injustamente os atuais servidores”, ressalta Marques. Para Gurgel, ainda, “do ponto de vista fiscal, ela é indefensável” e que “o valor, ela afirma, indica que o objetivo fundamental do governo parece ser menos o de fazer economia que o de ‘abrir a picada’ dos fundos complementares para o mercado, interessado no setor, mas incapaz de, por si só, conseguir fazê-lo crescer”. Gurgel “compara os R\$21 bilhões com o déficit previsto para o ano no sistema dos trabalhadores do setor privado. ‘São R\$5 bilhões a menos do que o déficit do INSS (Instituto Nacional do Seguro Social) estimado para este ano. E, no conceito basilar da reforma, o regime geral (INSS) é considerado em situação de sustentabilidade”.

<sup>6</sup> É bem verdade, que a EC nº 47/05 veio alterar algumas disposições da EC nº 41/03, *vg* a questão da *paridade vencimental* entre servidores ativos e inativos (vencimentos e proventos), por meio de seu art. 5º, restabelecendo, aos servidores públicos que ingressaram no sistema até o dia 31.12.2003, o direito de, uma vez aposentados com base nas regras do art. 6º, da EC nº 41/03 (60 anos de idade, se homem e 55 se mulher e 35 anos de contribuição se homem e 30 anos de contribuição se mulher e ainda, 20 anos de efetivo exercício no serviço público, 10 anos de carreira e 05 de efetivo serviço no cargo em que se dará a aposentadoria). Com isso, além da revisão dos valores na mesma proporção e na mesma data dos ativos, os servidores inativos receberão as demais vantagens percebidas pelos servidores em atividade, pertinentes ao cargo em que se deu a aposentadoria.

de que, ao servidor que tiver ingressado até 15.12.1998 no serviço público e optar pela aposentadoria nos termos do art. 2º, da EC nº 41/03, sofrerá — para cada ano antecipado aos limites de idade estabelecidos na alínea “a”, do inciso III, do §1º, do art. 40, CF (60 anos H e 55 M) — uma redução nos proventos de sua aposentadoria de 3,5% (três e meio por cento), se requereu o benefício até 31.12.2005; e de 5% (cinco por cento) se requerer sua prestação após tal data — isso para cada ano de antecipação.

Com isso, as perdas nos proventos, para aqueles que se aposentarem com 53 (H) ou 48 (M) anos de idade, podem chegar a 24,5% (vinte e quatro e meio por cento) ou 35% (trinta e cinco por cento), se requererem a aposentação até 31.12.2005 ou após esse limite temporal, respectivamente.<sup>8</sup>

Por derradeiro, a paridade estipendial entre ativos e inativos foi solapada pelo art. 6º da EC nº 41/03, já que assegurou apenas a revisão dos proventos na mesma proporção e na mesma data dos ativos (paridade parcial). As demais vantagens derivadas do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou a pensão (paridade total) só veio a ser restabelecida pela EC nº 47/05, como visto na nota de rodapé nº 2.

Ora, trata-se a previdência social de direito fundamental social, autêntico direito subjetivo apto a opor-se em face do Estado que se obriga a prestá-lo. É, pois, direito prestacional, consagrado no art. 6º, da Carta Política. E como *prestação material indispensável a uma existência digna*, constitui *diretriz material, a guiar e vincular o Poder Reformador*.<sup>9</sup>

A questão previdenciária dos servidores públicos vai além da justificativa apresentada na (então) PEC nº 40/03 (posteriormente EC nº 41/03) pelo atual Governo Central, para a efetivação de nova reforma constitucional, já que não reside apenas no seu financiamento.<sup>10</sup>

Há propósitos ideológicos de universalização do sistema, com aproximação das regras previdenciárias para o setor privado e para o serviço público, que, entretanto, não condizem com os regimes jurídicos esta-

<sup>7</sup> “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”.

<sup>8</sup> A EC nº 47/05 veio corrigir essa distorção, com nova regra de transição aos servidores públicos que ingressaram no serviço público até o advento da EC nº 20/98 (de 15.12.1998), assegurando a manutenção dos proventos de aposentadoria, qual seja, a integralidade dos proventos no cargo em que se deu a aposentadoria/pensão (art. 3º).

<sup>9</sup> Cf. SARLET. Os direitos fundamentais sociais e o problema de sua proteção contra o poder de reforma na Constituição de 1998. *Revista de Direito Público*, p. 33-34.

<sup>10</sup> Veja-se em *Helmut Schwarzer*, secretário de Previdência Social do Ministério da Previdência Social: *As novas regras da previdência social e o direito adquirido*, no jornal *O Estado do Paraná*, de 17 de agosto

belecidos nas relações travadas, remarcadamente diferenciados, entre empregados da iniciativa privada e patrões, regidos pela CLT e entre servidores públicos efetivos e a administração pública, cujas relações são ditadas por estatutos jurídicos próprios.<sup>11</sup>

Como bem já se observou, a reforma da previdência do atual governo, consistiria:

na diminuição do desequilíbrio atuarial acentuado, que estaria corroendo as finanças públicas, em face das regras vigentes para o regime especial de previdência dos servidores públicos, objetivo esse a ser atingido por medidas que ainda não foram delineadas, com clareza e precisão, ... mas que abrangeriam, em princípio a aprovação do projeto de lei complementar federal dispendo sobre as normas gerais de organização da previdência complementar dos servidores públicos (PLC 9) ...". E mais: "... anunciou o Ministro da Previdência que se cogitava da inclusão dos atuais servidores no regime geral de previdência, sem prejuízo da previdência complementar a ser instituída.<sup>12</sup>

Em igual perspectiva, confira-se: a "Emenda Constitucional n. 41, de 15 de dezembro de 1998 (sic),<sup>13</sup> teve por principal escopo não corrigir as distorções eventualmente existentes nos regimes próprios dos servidores públicos, mas sim, nivelar, por baixo, a previdência mantida pelo Estado, de forma a permitir a introdução de um segundo pilar de previdência: um pilar obrigatório de previdência privada ...".<sup>14 15</sup>

Ademais, como reconhece o próprio Governo Federal na referida PEC nº 40/03, não há, tecnicamente, o propalado *déficit fiscal*: a concessão de novos benefícios e a manutenção daqueles já concedidos não têm como resultado o déficit fiscal, e sim, momentaneamente, há ocorrência de maior despesa com o pagamento dos benefícios — mormente proventos

---

de 2003: o texto da reforma da previdência, aprovado em primeiro turno pela Câmara dos Deputados introduziu avanços na Proposta de Emenda Constitucional 40, mas manteve sua essência. O resultado da votação assegura um processo de convergência entre os regimes previdenciários dos setores público e privado, bem como garante um maior equilíbrio e a redução gradativa de sua necessidade de financiamento no futuro.

<sup>11</sup> Especialmente sob *regime jurídico único — estatutário* — vigente até o advento da reforma da Administração Pública, operada pela Emenda Constitucional nº 19/98.

<sup>12</sup> RAMOS, Elival da Silva. A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro. *Doutrina ADCOAS*, p. 277.

<sup>13</sup> A Emenda Constitucional nº 41 foi editada em 19 de dezembro de 2003.

<sup>14</sup> ROCHA. *O direito fundamental à previdência social na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro*, p. 80.

<sup>15</sup> No mesmo sentido, GARCIA, Maria: "...o que se encontra por detrás dessa política previdenciária. Fortalecer a previdência privada e os bancos estão por trás da previdência privada. Na verdade o que parece que estão querendo fazer, é privatizar a previdência brasileira nos moldes do Chile...", em aula proferida na Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), em 13 de junho de 2003, sob o título *Os servidores municipais e sua previdência*. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br>>. Acesso em: 05 abr. 2004.

e pensões — do que receita, advinda, principalmente, das contribuições previdenciárias, dos servidores e do ente estatal.<sup>16</sup>

Ora, para obter-se a solidez do sistema próprio de previdência dos servidores da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, basta que sejam efetivados os vetores constitucionais já anteriormente existentes, em especial, o que veio dispor o artigo 40, do Estatuto Político Nacional, com a redação introduzida pela EC nº 20/98, segundo o qual, somente o servidor público titular de *cargo efetivo* faz jus à previdência pelo regime próprio e, principalmente, que tal regime, além de ter caráter contributivo — qual seja, ser custeado por meio de contribuições previdenciárias — também deve, obrigatoriamente, manter-se equilibrado financeira e atuarialmente, por meio de critérios que preservem a higidez do sistema.<sup>17</sup>

Assim, diante do desenho constitucional de um regime próprio e peculiar, inaugurado pela EC nº 20, de 8 dezembro, com as características acima delineadas, ressalta a inoportunidade das novas alterações inseridas no sistema por meio da EC nº 41/03, especialmente por se tratar de previdência, onde os resultados colhem-se, invariavelmente, pelo veículo do tempo, donde a indispensabilidade de normas estáveis, claras e duradouras, a proporcionar segurança e previsibilidade nas relações jurídicas<sup>18</sup> travadas, *in casu*, entre o servidor e o ente público.

Em tal matéria, a imodificabilidade das normas deve prevalecer, inclusive para manter-se um *núcleo constitutivo de identidade constitucional*<sup>19</sup> no que respeita à previdência do servidor público, merecendo ser severamente coibida a prática *reformista* que se instalou na esfera governamental,

<sup>16</sup> “Não há déficit no sistema de previdência”, afirma a economista Laura Tavares Soares, em entrevista à *Folha de S.Paulo* de 22 jun. 2003, Caderno Brasil, p. A6. Segundo a especialista, “o conceito de déficit está errado”. Para ela, pode haver “desequilíbrio no regime público, mas o déficit não existe... Todos os cálculos feitos de déficit são baseados naquilo que os trabalhadores contribuem versus o gasto com aposentadorias. Esse cálculo vai dar desequilíbrio, não porque aumentou o gasto, mas porque diminuiu a receita ... No (setor) público, porque não se contrata há pelo menos dez anos”.

<sup>17</sup> Assim é, pois, há que considerar o comando constitucional contido no artigo 169, da Constituição Federal, que determina, que a despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar. E, quanto ao custeio, há que se observar a norma insculpida no art. 195, §5º, CF, pela qual, deve haver fonte de custeio para a criação, majoração e extensão de benefícios previdenciários, que deve ser aplicada também no que respeita à previdência do servidor público, por expressa determinação da Lei de Responsabilidade Fiscal, e como decorrência do previsto no artigo 40, §12, CF emendada, na melhor hermenêutica.

<sup>18</sup> A respeito, entendendo tratar-se de direito adquirido, confira-se GARCIA, Maria. A emenda previdenciária e os direitos adquiridos. *Revista Interesse Público*, p. 36: “O que decorre efetivamente constatado, nessa questão do direito à aposentadoria, é tratar-se de direito adquirido pela Constituição, que independe, portanto, da vontade de outrem, da lei ou mesmo do Estado. Firmado pelas modalidades implantadas em 1988, integrou, desde esse momento, o patrimônio material e moral de seus titulares, como tal devendo ser preservado das modificações propostas pela Emenda Constitucional Previdenciária incidente, portanto, tão-somente sobre as novas relações jurídicas ocorrentes após a sua promulgação”.

mormente no âmbito dos regimes próprios de previdência, sem a necessária proteção aos direitos subjetivos daqueles servidores que já se encontravam em “*um processo de aquisição de direito iniciado, porém ainda não inteiramente concluído*”.<sup>20</sup>

Nessa perspectiva, deve-se ressaltar que, como é cediço, o Estado Democrático de Direito é informado por princípios constitucionais,<sup>21</sup> que norteiam o arcabouço normativo e constituem cânones<sup>22</sup> aptos a assegurar os direitos dos cidadãos. Dentre eles, destacam-se — mormente nas relações travadas com a administração pública, e em especial em matéria previdenciária — os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança dos cidadãos, traduzida pela boa-fé.<sup>23</sup>

Sendo que, o princípio geral da segurança jurídica, em sentido amplo, abrangendo a idéia de proteção da confiança é assim formulado por Canotilho: “o indivíduo têm do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçadas em normas jurídicas vigentes e válidas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos por essas mesmas normas”.<sup>24</sup>

Assim, as relações jurídicas previdenciárias decorrentes do liame entre o servidor público e a administração pública devem ser cobertas pelo manto da estabilidade das normas que norteiam tal regime jurídico, protegidas pela segurança e certeza da sua imodificabilidade para as relações já estabelecidas.

Dessa forma, não só os *direitos adquiridos*, mas igualmente as *expectativas de direitos* que decorrem de tais relações, devem constituir-se como

<sup>19</sup> Cf. CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 949.

<sup>20</sup> RAMOS. A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro. *Doutrina ADCOAS*, p. 277.

<sup>21</sup> Cf. Também PIEDORNÀ, Zélia Luiza. *Normas de transição em matéria previdenciária – Princípio de proteção da confiança exige regras de transição*, no *Jornal O Estado de S.Paulo*, de 11 de fevereiro de 2003, no caderno Espaço Aberto. A Constituição, dada a sua supremacia, é o fundamento de validade de qualquer norma, inclusive as provenientes de emendas e, como os seus princípios constituem o alicerce do ordenamento jurídico, eles precisam ser obedecidos tanto pelo legislador ordinário como pelo “constituente” reformador.

<sup>22</sup> Cf. GARCIA, Maria: “... Cânones constitucionais são aqueles dispositivos intocáveis pelo poder constituído...”, na supra-referida aula no SBDP.

<sup>23</sup> Cf. MOREIRA NETO. *Mutações do direito administrativo*, p. 298: “A busca da segurança jurídica exigia muito mais do que a mera observância da legalidade, entendida em seu sentido formal, pois seria inconcebível que atos de governo, fossem eles normativos ou concretos não exprimissem a legitimidade das escolhas parlamentares e administrativas, como resultantes da expressão de uma democracia substantiva. Em outras palavras: só pode existir segurança jurídica quando valores vigentes na sociedade sejam devidamente captados e possam ser implementados na ação do Estado, ou seja, com a evolução do Estado de Direito em Estado Democrático de Direito e a concomitante adoção de princípios jurídicos, que contenham e ponham em evidência uma axiologia moralmente tridimensional: legal, legítima e lícita”.

<sup>24</sup> Idem, p. 250.

limites materiais ao poder de reforma constitucional, para além de servirem de paradigmas para a edição de *regras de transição*, tudo em homenagem ao princípio da segurança jurídica (corolário do Estado Democrático de Direito), e aos princípios dele decorrentes: princípio da determinabilidade das leis e princípio da proteção da confiança (previsibilidade e boa-fé).

Acerca de tais princípios, confira-se o que ensina Maria Garcia, ancorada em Canotilho:<sup>25</sup>

Pondere-se, por final, e não menos importante, a pairar sobre o ordenamento jurídico, como fonte e causa de ser, o princípio da segurança jurídica e o princípio da confiança do cidadão, conforme expõe Canotilho:

“A idéia de segurança jurídica reconduz a dois princípios materiais concretizadores do princípio geral da segurança:

- 1) o princípio da determinabilidade de leis (exigência de leis claras e densas);
- 2) o princípio da proteção da confiança, traduzido na exigência de leis tendencialmente estáveis, ou, pelo menos, não lesivas da previsibilidade e calculabilidade dos cidadãos relativamente aos seus efeitos jurídicos.”

Na mesma perspectiva, colhe-se ainda a seguinte lição:<sup>26</sup>

O princípio da proteção da confiança exige regras de transição que disciplinem de forma justa e proporcional as situações anteriores e subsistentes no momento da entrada em vigor da nova norma.

Tendo em vista a necessidade de contribuição para a obtenção de benefícios previdenciários, obrigatória é a previsão de regras de transição, na forma acima defendida quando da alteração do ordenamento jurídico. Daí concluirmos que somente com normas transitórias proporcionais ao tempo de serviço já exercido estarão garantidos os princípios constitucionais, especialmente os da segurança jurídica e da proteção da confiança, e, com isso, a manutenção do Estado Democrático de Direito.

Destarte, decorridos apenas 05 (cinco) anos da reforma da previdência social dos servidores públicos, promovida pela Emenda cons-

<sup>25</sup> GARCIA, Maria. A emenda previdenciária e os direitos adquiridos. *Revista Interesse Público*, p. 36. E ainda, conclui a constitucionalista: “Ínsito no sistema de seguridade social do trabalhador — o princípio da segurança de que na hipótese do risco (doença, idade avançada) terá a proteção do benefício previdenciário, na forma como iniciou a sua situação de beneficiário, e não outra — consentâneo com o princípio da dignidade da pessoa”.

<sup>26</sup> PIEDORNÀ, Zélia Luiza. Normas de transição em matéria previdenciária — Princípio da proteção da confiança exige regras de transição. *Estado de S. Paulo*. “E mais: Sobre as regras de transição, Canotilho assevera que, ‘entre a permanência indefinida da disciplina jurídica existente e a aplicação incondicionada da nova normação, existem soluções de compromisso plasmadas em normas ou disposições transitórias’. Entre os instrumentos do direito transitório, Canotilho defende a entrada gradual em vigor da lei nova e a disciplina específica para relações jurídicas que se prolongam nos dois sistemas”.

titucional nº 20, de 15.12.98, sobreveio nova alteração constitucional, que — para além de não conseguir implementar uma fórmula de contenção do aventado déficit previdenciário dos regimes próprios<sup>27</sup> — vem à luz com proposições que desprezam os direitos em formação, forjados no patrimônio jurídico subjetivo daqueles que ingressaram no serviço público, por meio de concurso público, atraídos, certamente, por garantias constitucionais vigentes ao tempo de sua efetivação, tais como, a paridade entre proventos e vencimentos, proventos integrais, aposentadoria por tempo de serviço (ou de contribuição).<sup>28 29</sup>

## 2 A previdência social como direito fundamental social na CF/88

A *Carta Cidadã* plasmou em seu artigo 40 o direito aos proventos e pensões integrais aos servidores públicos e aos seus dependentes (cônjuge, filhos, pais); paridade remuneratória com os servidores em atividade; aposentadoria voluntária aos 35 (trinta e cinco) anos de serviços aos servidores homens e aos 30 (trinta) anos de serviço de mulher servidora; ainda, aposentadoria com proventos proporcionais ao tempo de serviço aos 30 (trinta) anos se homem e aos 25 (vinte e cinco) anos de mulher; ainda, aposentadorias com regras especiais (basicamente tempo

<sup>27</sup> Veja-se a respeito, Daniel Machado da Rocha, "O direito fundamental à previdência social na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro", p. 80: "Os desequilíbrios decorrentes da falta de uma política adequada para a administração pública, agravados pelos vícios no processo de contratação da maior parte dos servidores públicos, acabaram desaguando em uma incorporação indevida de substancial contingente de segurados do regime geral aos regimes próprios — afetando substancialmente as contas da previdência dos servidores públicos — que não tinham sido concebidos de maneira a respeitar um equilíbrio financeiro e atuarial. Em especial, pela inexistência de um limite etário adequado, bem como pela concessão de benefícios que não consideravam as contribuições vertidas e nem um tempo mínimo de serviço público, problemas que só receberam medidas tendentes a aliviar as suas conseqüências a partir de 1998".

<sup>28</sup> Confira-se a justificativa apresentada na PEC nº 40/03, nos itens 43 e 44, para o aniquilamento da integralidade dos proventos: "43. Seguindo a diretriz determinada pelo caput do art. 40 da Constituição Federal em relação ao equilíbrio financeiro e atuarial, propõe-se que a nova fórmula de cálculo dos benefícios, contida no novo texto do art. 40, §3º, seja orientada pelo cômputo das contribuições que o servidor verteu para os regimes de Previdência Social a que esteve vinculado durante a sua vida laboral, inclusive para o Regime Geral de Previdência Social, garantindo, assim, que o valor do benefício reflita o caráter contributivo do sistema, estabelecendo, de maneira consistente, os fundamentos do seguro social. 44. Tais disposições serão regulamentadas na forma da lei, remetendo ao legislador infraconstitucional a tarefa de garantir que a nova metodologia para cálculo dos proventos tenha equidade e eficiência, isto é, seja justa e operacionalmente viável. Desta forma, o cálculo das aposentadorias nos regimes do funcionalismo passa a guardar mais proximidade conceitual com a forma de cálculo das aposentadorias por tempo de contribuição do Regime Geral de Previdência Social, onde é apurada uma média dos salários-de-contribuição, que tende a incluir, futuramente, um período de contribuição equivalente aos 80% melhores meses de contribuição de toda a vida laboral do segurado do INSS." Tal previsão converteu-se, efetivamente, no art. 6º da EC 41/03.

<sup>29</sup> No mesmo sentido, MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, em parecer emitido sobre a PEC nº 40/03, disponível em: <<http://www.conamp.org.br>>, acesso em: 27 abr. 2004. "E assim é, e deve ser, porque o vínculo entre o servidor e o Estado, uma vez instituído, com existência e validade, subsiste ad vitam, não cessando nem mesmo com sua passagem à inatividade, pois, mesmo depois, a pessoa do servidor continuará sujeita ao estatuto a que aderiu sob alguns aspectos, tais como o remuneratório (a percepção

de serviço reduzido) aos professores e aos militares; também, o cômputo do tempo de serviço prestado no serviço público federal, estadual ou municipal para a aposentação (regime de compensação previdenciária).

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 encerrou um feixe de direitos aos servidores públicos que lhes viriam garantir uma aposentação condizente com as funções exercidas na administração pública. De se ressaltar, com especial destaque, a inclusão da previdência social no Título I, Capítulo II, dentre os *Direitos Sociais*, no artigo 6º, da Carta Magna.<sup>30 31</sup> Com isso, atribuiu à previdência social (inclusive a do servidor público) autêntico direito fundamental, direito objetivo (obrigação estatal) e direito subjetivo, sindicável, exigível dos Poderes Públicos, inclusive, judicialmente (sindicabilidade do direito fundamental à previdência social).

Além do quadro acima delineado, previu ainda, a CF/88, quanto ao custeio, a possibilidade da instituição de contribuição a ser cobrada dos servidores, para a constituição, em seu favor, de sistemas de previdência e de assistência social, nos termos do artigo 149, parágrafo único, da Carta Política de 1988. A Emenda Constitucional nº 03, de 17 de março de 1993, introduziu a obrigatoriedade da cobrança das contribuições previdenciárias dos servidores públicos da União, para, somados aos recursos provenientes do mesmo ente público custear as aposentadorias e pensões.

---

de proventos), o disciplinar (a submissão a padrões mínimos de conduta) e o assistencial (o pensionamento dos dependentes). ... Ao optar por uma carreira pública, que demanda praticamente a entrega toda de sua vida profissional útil, o servidor público, diferentemente do prestador de serviços privados — que se submete aos riscos do mercado de trabalho e, por isso, tem possibilidade de auferir ganhos proporcionais à seu êxito, atuando em um universo competitivo, mas sem estabilidade de situação — a tudo renuncia por vocação pública e para a ela dedicar-se plenamente, sabendo-se garantido pela necessária estabilidade e irredutibilidade estipendial, a salvo de alterações políticas que possam ter significado material de tal ordem que possam comprometer a gama dos direitos inerentes à relação estatutária a que aderiu no início da carreira.”

<sup>30</sup> Aliás, a inclusão dos direitos sociais, direitos fundamentais prestacionais, essencialmente dependentes de ações positivas estatais, foi conquista da sociedade brasileira na Constituição de 1988.

<sup>31</sup> Como bem observa PIEDORNÀ, Zélia Luiza, no Jornal *O Estado de S.Paulo*, de 11 de fevereiro de 2003, no caderno Espaço Aberto: “A Constituição federal estabelece, entre os direitos fundamentais, os direitos sociais e nestes arrola, dentre outros, a saúde, a previdência e a assistência. Juntos eles formam o que a Lei Suprema denomina seguridade social. No entanto, as disposições constitucionais aplicáveis às subáreas da seguridade são diversas, sendo importante diferenciar o regime jurídico aplicável a cada uma delas. Segundo a Constituição, a saúde é direito de todos e dever do Estado e a assistência social é prestada aos necessitados, independentemente de contribuição. Assim, os direitos relativos à saúde e à assistência independem de contraprestação direta dos beneficiários. Já em relação aos direitos 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 tocante à Previdência, por exigir contribuição, estamos diante de seguro social”.

Desde o advento da Carta Federal de 1988, algumas Constituições estaduais e leis orgânicas municipais já previam a contribuição dos servidores e dos poderes públicos para custear a previdência dos mesmos e os benefícios previdenciários aos seus dependentes (art. 39, §4º, da redação original da Constituição do Estado do Paraná,<sup>32</sup> e art. 94, §3º, Lei Orgânica do Município de Curitiba).

As Constituições estaduais e as leis orgânicas dos municípios brasileiros, que se constituíram a partir de 1988, a exemplo do Estado do Paraná e do Município de Curitiba, elencaram dentre os direitos de seus servidores e respectivos dependentes, a previdência social, não fazendo a diferenciação, no entanto, e com a necessária clareza jurídica, entre regime de trabalho e regime de previdência dos funcionários estatutários (arts. 34 e 41 e 42, da Constituição do Estado do Paraná e arts. 89, XIX e 91, da Lei Orgânica do Município de Curitiba).<sup>33</sup>

É de ressaltar, ainda, que a Carta Paranaense já previa que nenhum benefício de previdência social poderia ser criado, majorado ou estendido aos servidores estaduais sem a correspondente fonte de custeio (art. 42, §2º).<sup>34</sup>

Com a edição da Emenda Constitucional nº 20, em 15 de dezembro de 1998, mudou-se o paradigma da previdência dos servidores públicos brasileiros, que, de um elemento dentre o rol de direitos estatutários, alcançou *status* de *regime próprio de previdência*, inaugurando um *regime de caráter contributivo*, alçando o equilíbrio financeiro e econômico à condição de norma constitucional, portanto, de observação compulsória, a todos os detentores de cargos efetivos nas administrações públicas dos 03 (três) planos federativos.<sup>35</sup>

A reforma da previdência operada pela EC nº 20/98 determinou,

<sup>32</sup> Atualmente, a previsão encontra-se no artigo 42, §4º, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 07, de 24 de abril de 2000.

<sup>33</sup> MILESKI. Limite constitucional para a despesa com pessoal ativo e inativo — uma visão conforme a nova realidade jurídica. *Revista de Interesse Público*, p. 94-95, "... no Brasil, a evolução do amparo social deu-se de forma lenta, ganhando impulso de acordo com as alterações que ocorriam na mentalidade social. Evoluiu-se de Assistência, prestada por imposição do sentimento de caridade, até o reconhecimento do direito do servidor às mais variadas formas de garantia contra os riscos sociais ... Pela Constituição Republicana de 1891, os servidores públicos foram os primeiros aquinhoados com a prestação do Estado, que, amparando-os socialmente, prescreveu no seu art. 76: 'A aposentadoria só poderá ser dada aos funcionários públicos em caso de invalidez no serviço da Nação'".

<sup>34</sup> A atual redação do art. 42, §2º, com a redação dada pela EC nº 07/00 é: "Toda prestação de serviços de assistência e a concessão de benefícios de previdência, destinada aos servidores do Estado e a seus dependentes só poderá ser concedida, majorada ou estendida mediante efetiva contribuição".

como se sabe, a instituição de regime próprio de previdência, apenas e tão-somente, àqueles ocupantes de cargos efetivos, remetendo ao Regime Geral de Previdência Social, gerido pelo Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), os demais servidores públicos, v.g., os detentores apenas de cargos comissionados e os temporários (art. 40, §13, CF), os serventuários não-remunerados pelos cargos públicos, os ocupantes de cargos eletivos, e, inclusive, os estabilizados e não-efetivados por força do art. 19, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.<sup>36</sup>

Ainda, instituiu *idade mínima* para aposentação voluntária, aos 60 (sessenta) anos de idade para o servidor homem e aos 55 (cinquenta e cinco) anos de idade se mulher; conjugando o limite de idade mínima aos critérios de tempo de contribuição (tendo transformado o tempo de serviço em tempo de contribuição), sendo de 35 (trinta e cinco) anos de contribuição para o homem e 30 (trinta) anos de contribuição para a servidora; exigindo, também, o cumprimento de 10 (dez) anos de efetivo exercício no serviço público e 05 (cinco) anos no cargo efetivo em que se deva dar a aposentadoria (art. 40, III, “a” e “b”, CF).

Não-obstante ter introduzido um limite (piso) de idade mínima para a aposentadoria do servidor público, a reforma previdenciária de 1998 atentou para as expectativas de direito, preservando-as, ao menos em parte, por meio de *regras de transição* (EC nº 20/98, art. 8º) destinadas aos servidores que ainda não haviam preenchido as condições para obtenção da aposentadoria pelo regime da Constituição de 1988. Tais normas ficaram

<sup>35</sup> MILESKI. Limite constitucional para a despesa com pessoal ativo e inativo — uma visão conforme a nova realidade jurídica. *Revista de Interesse Público*, p. 95. “... até a Emenda Constitucional n. 20/98, a aposentadoria refletia-se como uma garantia constitucional para o servidor público, revelando-se como uma espécie de pensão concedida ao servidor inativado por invalidez ou após longos anos de serviço prestado à sociedade, sem que fosse exigida qualquer contribuição para ser conquistado o benefício. Tratava-se de uma garantia de caráter permanente e assistencial, de obrigação do Estado, mantida direta e unicamente pelo Governo com financiamento tirado das rendas gerais do Estado, cujos pagamentos e serviços não eram limitados. Assim, com a aposentadoria do servidor público sendo uma garantia constitucional, suportada direta e unicamente pelos cofres do Estado, sem qualquer limitação, o fato passou a ser circunstância importante ao comprometimento das dotações orçamentárias do Poder Público, levando a Assembléia Nacional Constituinte de 1988 a incluir esta despesa dentro do limite destinado às despesas realizadas com pessoal”.

<sup>36</sup> Ressalte-se o excelente panorama da situação dos servidores antes da EC nº 20/98, tão-bem traçado pelo juízo crítico de ROCHA. *O direito fundamental à previdência social na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro*, p. 77-81, donde se destaca às fls. 78-9: “A criação de regimes próprios para os servidores públicos não é em si um problema ou uma anomalia como vem sendo apresentado. Ainda hoje são muitos os países que possuem sistemas específicos para os servidores, em especial para os exercentes de funções típicas de Estado. Como exemplo, podemos destacar Alemanha, Canadá, França, Áustria e Bélgica. O grave, no caso brasileiro, foi: a) a ocupação predatória dos cargos públicos, decorrente do patrimonialismo brasileiro...; b) extensão inadequada dos regimes próprios; e c) a falta de uma preocupação financeira e atuarial”.

conhecidas como *pedágio* por estabelecer o cumprimento de período adicional de contribuição de 20 e 40%, respectivamente, para a aposentadoria integral ou proporcional ao tempo de contribuição (de serviço), assegurando ainda, idade mínima de 53 (cinquenta e três) anos aos homens e 48 (quarenta e oito anos) às mulheres.

Embora despidendo, já que o direito adquirido é garantia constitucional (art. 5º, XXXVI, CF), pela qual a lei superveniente não o prejudicará (e a emenda constitucional é lei formal, na forma do art. 59, I, CF), a EC nº 20/98 assegurou, expressamente, a aposentação pelas regras anteriores àqueles servidores que já tinham preenchido as condições para a obtenção da aposentadoria, garantindo, ainda, a inalteração das regras aos que já se encontravam aposentados, bem como, aos dependentes dos servidores que já recebiam pensão (art. 3º, §§1º a 3º, da EC nº 20). Asseverou, ainda, proventos e pensões integrais (art. 40, §§3º e 7º, CF), e, destaque-se, manteve a paridade entre proventos, pensões e a remuneração paga na atividade (art. 40, §8º, CF).

A EC nº 41/03 — no propósito de aproximar as regras do regime Geral (INSS) e do regime próprio dos servidores — instituiu o teto de benefícios do INSS como parâmetro para o cálculo dos proventos de aposentadoria (art. 40, §3º, CF nova); *reduziu as pensões* ao teto do INSS, acrescido de 75% ou 70% da parcela excedente, se o servidor falecido estivesse, respectivamente, na inatividade ou em atividade (art. 40, §7º, incisos I e II, CF, com a redação dada pela EC nº 41/03); aniquilou a *paridade estipendial* (aumento dos proventos na mesma proporção, data e índice concedido à remuneração dos servidores ativos), assegurando apenas a preservação do valor real (art. 40, §8º, CF) e revogou a integralidade dos proventos (inserindo regra de cálculo que será estabelecida em lei — art. 40, §1º, I a III, e §§3º e 17, CF, com a nova redação e arts. 2º e 6º, da EC nº 41/03) como vimos também das pensões (§8º).

Retirou, ainda, a exigência de lei complementar para a instituição de regime de previdência complementar (art. 40, §15, CF atualizada), bastando para isso a edição de lei ordinária, o que facilita, sobremaneira, a sua implementação e a incidência, portanto, do *teto único de benefícios*, tendo por paradigma o do INSS (Regime Geral) (§14º).

Suprimiu-se, ainda, a regra de transição da EC nº 20/98, art. 8º, §1º, que afiançava aposentadoria proporcional ao tempo de contribuição (antigo tempo de serviço) aos servidores, que à época de sua promul-

gação já haviam ingressado no serviço público.

Relativamente à regra de transição para a aposentadoria integral dos servidores que já estavam no serviço público quando da publicação da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, houve drástica alteração em relação ao valor do benefício, que fica reduzido em percentuais de 3,5 % (três e meio) a 5 % (cinco) por cento para cada ano antecipado em relação aos limites de 55 e 60 anos para mulheres e homens, respectivamente (art. 2º, §1º, incisos I e II) da EC nº 41/03). Aliás, tais regras de transição ditadas pela EC nº 20/98, foram expressamente revogadas pela EC nº 41/03, em seu art. 10, o que sofreu toda sorte de ataques da doutrina, que culminaram com a denominada PEC Paralela, cuja emenda foi aprovada e editada sob nº 47/05, amenizando alguns dos deletérios efeitos da EC nº 41/03, como visto acima.

Instituiu, ainda, a malfadada Emenda nº 41/03, de maneira expressa, a cobrança da contribuição previdenciária para os servidores inativos e aos pensionistas — atuais e futuros (art. 40, §18, CF reformada e art. 4º, parágrafo único, I e II, da EC nº 41).

Evidenciam-se, assim, nas alterações constitucionais operadas pela EC nº 41/03<sup>37</sup> na previdência do servidor público, desrespeito aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, na medida em que — ao desconsiderar as situações jurídicas subjetivas dos atuais servidores públicos,<sup>38</sup> consubstanciadas no acervo funcional que lhes garantiria a percepção de proventos e pensões sob as condições até então estabelecidas normativamente — as abruptas mudanças nas regras os compelirá a maior permanência no serviço público do que aquela até então prevista, ou a diminuição de seus proventos em caso de insistência na aposentação pelo tempo anteriormente previsto; ainda, à perda da paridade entre a remuneração que percebiam na atividade e os proventos de inatividade e pensões, estas, aliás, em percentual reduzido e não mais integral.

<sup>37</sup> Ressalvando-se, sempre algumas correções operadas pela EC nº 47/05, que recolocaram a previdência do servidor em situação jurídica equivalente à trazida pela EC nº 20/98.

<sup>38</sup> Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo: "Em razão disso, todos os servidores da ativa têm incorporado a seu patrimônio jurídico um direito subjetivo público de natureza estatutária, nascido com a sua investidura, tanto à aposentação como à percepção de proventos irredutíveis, pois são essas as eficácias imediatas das respectivas investiduras, ao tempo que se tornaram atos jurídicos perfeitos, restando-lhes, apenas, alcançar exequibilidade desse direito, o que se dá com a satisfação das condições e cumprimento dos termos vigentes." Parecer acerca da PEC 40/2003. Disponível em: <<http://www.conamp.org.br>>. Acesso em: 27 maio 2004.

Com isso, EC nº 41/03 negou efetividade às expectativas geradas pelo direito em curso, em afronta aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, que conferem estabilidade às relações jurídicas, corolários do Estado Democrático de Direito. É contra essa ordem jurídica mitigadora dos direitos fundamentais, *in casu*, à previdência social (do regime próprio dos servidores) que o presente trabalho insurge-se, objetivando trazer subsídios científicos para embasar o tema, com o intuito de preservar os direitos em formação na área de previdência.

### 3 Os limites materiais ao Poder de Reforma do Constituinte Derivado: os direitos em formação

Diante da edição da malfadada EC nº 41/03, que modificou as regras da previdência dos servidores públicos, fazendo-as incidir também sobre as relações jurídicas em curso,<sup>39</sup> tem-se a pretensão de trazer a lume a discussão acerca da contemplação, pela Constituição, das *expectativas de direito* dos servidores, inclusive por meio da edição de *regras de transição* entre as normas antes vigentes e as atuais, como verdadeiro limite material ao poder de reforma do poder constituinte derivado.

Assim, a manutenção da concessão dos benefícios previdenciários sob as regras vigentes, enquanto o servidor encontra-se em processo de aquisição dos requisitos para a inativação, ou seja, a proteção às expectativas de direito em homenagem ao princípio da segurança das relações jurídicas,<sup>40</sup> essencial à democracia e ao Estado de Direito, deve se impor como limite ao Poder de Reforma do Constituinte Derivado.<sup>41</sup>

Para José Afonso da Silva e também para Maria Garcia,<sup>42</sup> os servidores públicos que estavam no serviço público antes da edição da emenda constitucional, têm a proteção do patrimônio jurídico formado pelo direito em curso, por força do que dispõe o art. 5º, XXXVI, CF, já que se trata de autêntico *direito adquirido*. Confira-se:

Ora, a natureza da norma, como se disse, é a de converter expectativa de direito

<sup>39</sup> Em grande parte corrigidos pela EC nº 47/05, como se viu.

<sup>40</sup> Confira-se em PIEDORNÁ. Normas de transição em matéria previdenciária – princípio da proteção da confiança exige regras de transição. *Estado de S. Paulo*: "Para Celso Antônio Bandeira de Mello, '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'. Embora o princípio da segurança jurídica não esteja enunciado num artigo específico da Constituição, nas palavras do autor acima citado, 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".

<sup>41</sup> A questão comporta diversos matizes: a de que as novas normas não incidam sobre as relações jurídicas anteriormente estabelecidas (Diogo f. Moreira neto, José Afonso da Silva e Maria Garcia), há também o A & C R. de Dir. Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, p. 137-156, jan./mar. 2007

em direito subjetivo para ser exercido no futuro sob a condição do preenchimento dos requisitos indicados, o que significa que, vindo novas normas, esse direito não pode ser desfeito, porque, sendo direito subjetivo, passa a ser direito adquirido em face da superveniência daquelas novas normas. Se não for assim, estar-se-á diante de uma verdadeira fraude constitucional, numa brincadeira de dar e retirar incessante, ao sabor dos detentores do Poder. Normas constitucionais, mesmo provenientes de Emendas à Constituição, nos podem ser manobradas assim como um boneco de cera, ao sabor dos donos do Poder, em prejuízo dos direitos constituídos.<sup>43</sup>

Todavia, a jurisprudência, como é notório, tem-se orientado no sentido da inexistência de direito adquirido em face de emendas constitucionais, inclusive em matéria previdenciária, e em especial, em se tratando de regime de previdência próprio do servidor público, por se tratar de regime jurídico estatutário que pode ser modificado pela administração pública (em flagrante confusão entre o regime administrativo de trabalho e o regime previdenciário). Nesse sentido, o julgamento proferido pela excelsa Corte na ADI nº 3128/DF — Relatora: Min. Ellen Gracie, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Cezar Peluso. Julgamento: 18 ago. 2004. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: *DJ*, p. 00004, 18 fev. 2005; EMENT v. 02180-03, p. 00450.

#### 4 Conclusões propositivas: o sistema principiológico do ordenamento constitucional brasileiro aplicável à previdência social

entendimento de que deva incidir parcialmente, como se vê em PIEDORNÀ, Luiza, em artigo já citado: "Assim, não pode o segurado contribuir para obter determinados benefícios e, quando está diante ou próximo do evento a ser protegido, deixar de usufruir o benefício em razão de mudanças no ordenamento jurídico. Não se está afirmando que o ordenamento jurídico não possa mudar, mas, como estamos diante de normas de seguro social, 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, o que exige a criação de regras de transição".

<sup>42</sup> Confira-se na nota de rodapé nº 18 tal posicionamento da Profa. Maria Garcia.

<sup>43</sup> Tal posição está expressa em: SILVA, José Afonso da. Dissertando acerca da revogação das regras de transição do art. 8º, da EC 20/98, pela PEC 40/03, em parecer disponível no site <www.conamp.org.br>, acesso em 27 maio 2004, destacando-se ainda: "Pois bem, esse art 8º, tal como o art. 6º da PEC, assegura o direito de auferir, no futuro, o benefício nas condições previstas no momento de transição de um sistema para outro. Como dissemos acima em referência ao art. 6º, o texto confere um tipo de direito subjetivo ao regime de aposentadoria, na medida em que preserva o direito de aposentar-se basicamente nas mesmas condições previstas no momento em que o servidor ingressou no serviço público. Se a norma constitucional dá garantia de gozo de um direito, no futuro, cumpridos os requisitos específicos que ela indica, isso significa criar direito subjetivo à estabilidade dessa situação jurídica subjetiva, no sentido de que ela não pode ser desfeita nem modificada em prejuízo de seu titular. Esse direito subjetivo, como é da natureza dessa situação jurídica subjetiva, se transforma em direito adquirido no momento da entrada em vigor de eventual norma nova que modifique as bases sob as quais ele se incorporou no patrimônio do titular. Significa isso que a emenda constitucional, que decorrer da PEC, não pode prejudicar aquele direito, que, como todo direito adquirido, encontra proteção direta, plena e específica no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal".

## dos servidores públicos como garantia dos direitos em formação

Em face da imodificabilidade que deve caracterizar os preceitos constitucionais em matéria previdenciária, em decorrência dos princípios constitucionais da segurança jurídica e da proteção da confiança — corolários do Estado Democrático de Direito —, que devem guiar e vincular o poder de reforma constitucional, este encontra limite material nos direitos subjetivos em formação a partir da investidura do servidor ou de sua efetivação no serviço público: (i) não podendo as novas regras alcançar os atuais servidores, em efetiva *proteção às expectativas de direito geradas pelas relações jurídicas já estabelecidas*; (ii) tal proteção deve dar-se por meio da edição de *regras de transição*, sendo que, às relações em andamento, o novo ordenamento deve ser aplicado proporcionalmente ao tempo que ainda falta ao servidor para usufruir o benefício.

Constitui proposta deste trabalho provocar um despertar para uma possibilidade — dentro da teórica constitucional contemporânea, e em face dos preceitos — normas e princípios — constitucionais da Carta Federal de 1988, analisando-se as posteriores mudanças no regramento fundamental, até o advento da Emenda Constitucional nº 20/98 e comparando-as às novas regras ditadas pela Emenda Constitucional nº 41/2003 — de revelar a necessidade da *proteção constitucional das expectativas de direito*, pelo prisma da aplicação do princípio constitucional da segurança e da proteção da confiança, ensejadores da estabilidade das relações jurídicas e corolários do princípio fundante do Estado Democrático de Direito (art. 1º, CF), constituindo-se como verdadeiros limites vinculantes ao Poder de Reforma do Constituinte Derivado e propulsores da edição de *regras de transição*.

E ainda, oferecer, de outro vértice, a partir de outra ética e outra racionalidade, alternativas para que as normas constitucionais que consubstanciam o regime próprio de previdência dos servidores públicos, ao sofrer mudanças, possam contemplar não só os direitos adquiridos, mas, igualmente, as expectativas de direito, a partir da observância dos princípios constitucionais que informam o Estado Democrático de Direito, em especial, o princípio da segurança jurídica, que garante a estabilidade das relações jurídicas previamente estabelecidas, funcionando como proteção da confiança dos cidadãos no Estado de Direito, por meio, ainda, da previsibilidade das normas constitucionais veiculadoras de direitos previdenciários dos servidores públicos.

Desde as normas constitucionais, regras e princípios, ressaltando

o caráter principiológico da Carta-Cidadã, é possível construir uma dogmática constitucional limitadora do Poder de Reforma do Constituinte Derivado, a partir do marco dos direitos fundamentais sociais, onde está inserida a previdência social; buscando a máxima eficácia das normas veiculadoras da previdência do servidor público, em especial, evidenciando a necessidade da *edição de normas de transição* que protejam os direitos previdenciários em curso.

É possível construir uma teoria jurídica constitucional-previdenciária, com especial relevo para os princípios constitucionais informadores do Estado Democrático de Direito, e com ênfase no princípio da segurança jurídica e seus sub-princípios — da previsibilidade das normas constitucionais-previdenciárias e da proteção da confiança —, ensejadora de uma dogmática constitucional emancipatória que acolha a imodificabilidade das regras constitucionais de cunho previdenciário para aqueles que já estabeleceram a relação jurídica com o poder público.

O assento de uma tal proposta está no feixe principiológico que caracteriza o ordenamento constitucional brasileiro, na densidade normativa que garanta a previdência social digna ao servidor público, *capaz de albergar as expectativas de direito em formação*, a partir da efetividade dos princípios constitucionais (com especial destaque para a regra principiológica insculpida no art. 5º, §1º, CF, de maximização de eficácia das normas constitucionais veiculadoras de direitos fundamentais), em especial da estabilidade das relações jurídicas, enquanto corolário da norma-princípio do Estado Democrático de Direito plasmado constitucionalmente, ensejadores, inclusive, da edição de *regras de transição*, que garantam a eficácia do mega-princípio da dignidade da pessoa humana, plasmado como fundamento da república democrática brasileira, *in casu*, traduzido como previdência digna do servidor público.<sup>44</sup>

## Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o

<sup>44</sup> Luís Roberto Barroso fala em "Direito a uma transição razoável" em sua mais recente obra: *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. t. 3, p. 196.

papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 232, p. 141-176, abr./jun. 2003.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Ed., 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1997.

FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. *O direito adquirido e as emendas constitucionais*. Disponível: <<http://www.teiajuridica.com/consdirad.htm>>.

GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madrid: Civitas, 1991.

GARCIA, Maria. A emenda previdenciária e os direitos adquiridos. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, Notadez, 13, p. 25-36, 2002.

GARCIA, Maria. A previdência social e a questão do déficit previdenciário. *IOB – Repertório de Jurisprudência*, n. 24, caderno 1, p. 922, 2. quinzena dez. 2002.

GARCIA, Maria. A previdência social dos servidores públicos reformas e manutenção do regime. *BDA – Boletim de Direito Administrativo*, p. 793-800, out. 2003.

GARCIA, Maria. *Os servidores municipais e sua previdência*. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br>>. Aula proferida em 13. jun. 2003 no SBDP.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.

MACRUZ, José Carlos. *Os servidores municipais e sua previdência*. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br>>. Aula proferida em 13 jun. 2003 no SBDP.

MEDINA GUERRERO, Manuel. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: MacGraw Hill, 1996.

MILESKI, Hélio Saul. Limite constitucional para a despesa com pessoal ativo e inativo – uma visão conforme a nova realidade jurídica. *Revista de Interesse Público*, Porto Alegre, n. 11, p. 94-95, 2001.

MONEREO PEREZ, Jose Luiz. La política social en el estado del bienestar: los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de “desmercantilización”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, jul./sept. 1995.

MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. In: LEGITIMIDADE e legitimação da justiça constitucional: colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Ed., 1995. A & C R. de Dir. Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, p. 137-156, jan./mar. 2007

- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. São Paulo: Renovar, 2001.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Parecer acerca da PEC 40/2003*. Disponível em: <<http://www.conamp.org.br>>.
- MÜLLER, Friedrich. Concepções modernas e a interpretação dos direitos humanos. In: ENCONTRO NACIONAL DA OAB, 14., Fortaleza, 1997. Conferência proferida.
- PIEDORNÀ, Zélia Luiza. Normas de transição em matéria previdenciária – Princípio da proteção da confiança exige regras de transição. *Estado de S.Paulo*, 11 fev. 2003. Caderno Espaço Aberto.
- RAMOS, Elival da Silva. A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro. *Doutrina ADCOAS*, p. 276-278.
- ROCHA, Daniel Machado da. *O direito fundamental à previdência social na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais e o problema de sua proteção contra o poder de reforma na Constituição de 1998. *Revista de Direito Público*, n. 2, p. 5-35, out./dez. 2003.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SILVA, José Afonso da. *Parecer acerca da PEC 40/03*. Disponível em: <<http://www.conamp.org.br>>.
- SOUZA, Leny Xavier de Brito e. *O servidor público e as suas múltiplas previdências sociais*. São Paulo: LTr, 2000.
- SCHWARTZER, Helmut. *As novas regras da previdência social e o direito adquirido*. Disponível em: <<http://www.previdenciasocial.gov.br>>.
- SOUZA, Hamilton dias de. Contribuições para a seguridade social. *Caderno de Pesquisa Tributária*, São Paulo, n. 17, 1992.
- STEPHANES, Reinholdt. *Reforma da Previdência, sem segredos*. Rio de Janeiro: Record, 1998.
- TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito previdenciário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. Regime próprio de previdência do servidor público – os princípios da segurança jurídica e proteção da confiança e os direitos em formação. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, p. 137-156, jan./mar. 2007.

|