

MARCOS JOSÉ SANTOS DA SILVEIRA

**A SEGURIDADE SOCIAL E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS:
ANÁLISE DA EMENDA CONSTITUCIONAL 41/03**

CARATINGA
FACULDADES INTEGRADAS DE CARATINGA
2016

MARCOS JOSÉ SANTOS DA SILVEIRA

**A SEGURIDADE SOCIAL E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS:
ANÁLISE DA EMENDA CONSTITUCIONAL 41/03**

Monografia apresentada ao curso de direito das faculdades Doctum, unidade de Caratinga, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Constitucional e Previdenciário

Orientador: Prof. Msc. Frederico Fernandes Dutra.

CARATINGA
FACULDADES INTEGRADAS DE CARATINGA
2016

TERMO DE APROVAÇÃO

TÍTULO DO TRABALHO

A seguridade social e os princípios constitucionais: Análise da emenda constitucional 41/03
por

Nome completo do aluno: **Marcos José Santos da Silveira** Este Trabalho de Conclusão de Curso foi apresentado perante a Banca de Avaliação composta pelos professores Frederico Fernandes Dutra, Humberto Luiz Salustiano Costa Junior e Juliano Sepe Lima Costa, às 11 horas e 10 min do (08 de julho de 2016) como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito. Após a avaliação de cada professor e discussão, a Banca Avaliadora considerou o trabalho: APROVADO (aprovado ou não aprovado), com a qualificação: (Excelente, Ótima, Bom, Satisfatório ou Insatisfatório).

Trabalho indicado para publicação: SIM () NÃO

Caratinga, 08 de JULHO de 2016.

Frederico F. Dutra
Professor Orientador e Presidente da Banca

Professor Avaliador 1

[Assinatura]

Professor Avaliador 2

[Assinatura]

Aluno(a)

Coordenador(a) do Curso

Dedico este trabalho a algumas pessoas mais que especiais em minha vida como meus pais José Batista e Rita, minha irmã Maria Rita, minha esposa Paula e a meus pequenos sobrinhos Túlio José e Tales José, vocês são a esperança de um futuro melhor, mais fraterno, humano e sem corrupções.

“Que os vossos esforços desafiem as impossibilidades, lembrai-vos de que as grandes coisas do homem foram conquistadas do que parecia impossível”.

Charles Chaplin

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por ter me dado forças para seguir durante estes cinco anos. A meus pais José Batista e Rita pelo exemplo de vida e dedicação, vocês que abriram mão de parte de seus sonhos para que os meus se realizassem, vocês são meus verdadeiros heróis, a minha irmã Maria Rita pela atenção, ao meu amor Paula Ribeiro pelas ajudas prestadas e por sempre entender meu silêncio e ausência como resposta em dias difíceis, agradeço a meus colegas de trabalho, da Rede Doctum pelo apoio e incentivo, Agradeço imensamente aos professores Frederico Fernandes Dutra e Juliano Sepe Lima Costa por terem compreendido meu posicionamento e me ajudarem a concluir esse período de estudos. Não poderia esquecer meus companheiros de turma, o destino me colocou diante de eternos amigos, companheiros de batalhas que muitas vezes pensávamos serem infundáveis, vocês serão sempre lembrados em minha vida, e espero que daqui a algum tempo possamos nos reencontrar e rir de tudo isso que juntos passamos, em fim agradeço também aos meus cunhados Patrícia e Ricardo que assim como os meus sogros José Xisto e Amália sempre me incentivaram e motivaram a nunca desistir.

RESUMO

O presente trabalho visa apresentar, por meio de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, uma análise sobre a Emenda Constitucional 41/03 à luz dos Princípios Constitucionais. O estudo pretende abordar a dicotomia existente ao se tratar o pensionista ou beneficiário do Regime Geral da Previdência Social e do Regime Próprio de Previdência Social no que diz respeito à incidência de uma nova contribuição ou bitributação que afrontam a Constituição Federal de 1988 por ir contra uma cláusula pétrea de nossa Constituição e também contras os direitos adquiridos dos aposentados e pensionistas do Regime Próprio da Previdência Social.

Palavras-chave: emenda constitucional; seguridade social; direito adquirido; cláusulas pétreas.

ABSTRACT

This study aims to present, through doctrinal and jurisprudential understanding, an analysis of the Constitutional Amendment 41/03 in the light of the Constitutional Principles. The study aims to address the dichotomy to treat the pensioner or beneficiary of the General Social Welfare and Self Social Security Scheme with regard to the incidence of a new contribution or double taxation that are an affront to the Constitution of 1988 to go against entrenchment clause of our Constitution and also cons the acquired rights of retirees and pensioners Own Social Security System.

Keywords: constitutional amendment; social Security; vested right; entrenchment clauses.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS.....	10
CAPÍTULO I – A SEGURIDADE SOCIAL.....	12
1.1 Seguridade Social no Brasil.....	12
1.2 Princípios Constitucionais da Seguridade Social.....	14
1.3 Tipos de Segurados.....	22
CAPÍTULO II – ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA SEGURIDADE SOCIAL	24
2.1 Breve Análise sobre o Controle de Constitucionalidade no Brasil.....	24
2.2 Cláusulas Pétreas da Constituição.....	27
2.3 Direito Adquirido.....	29
CAPÍTULO III – ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA EMENDA 41/03 FRENTE AOS PRINCÍPIOS APLICADOS À SEGURIDADE SOCIAL.....	31
3.1 Fundamentos Favoráveis à EC 41/03.....	31
3.2 Fundamentos Desfavoráveis à EC 41/03.....	36
3.3 Solução do conflito.....	41
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	44
REFERÊNCIA	46

INTRODUÇÃO

A presente monografia, sob o tema “A Seguridade Social e os Princípios Constitucionais: Análise da Emenda Constitucional 41/03,” visa apresentar, por meio de entendimentos, doutrinários e jurisprudenciais, uma análise a respeito da diferença existente ao se tratar do pensionista ou beneficiário do Regime Geral de Previdência Social e do Regime Próprio de Previdência Social.

Mais especificamente a partir do momento em que, o aposentado ou o familiar dependente do ex-funcionário público neste segundo regime, passa de fato a perceber sua aposentadoria ou quando os familiares passam a receber sua pensão o qual seja o caso, e continuam contribuindo com o sistema previdenciário mesmo não estando mais trabalhando.

O estudo visa examinar especialmente o fato de tal Emenda ter sido editada mesmo estando em desconformidade com as determinações trazidas nos textos dos artigos. 60 §4º, IV, e artigo. 5º inciso XXXVI da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Em síntese, diante de um momento delicado vivido pela economia brasileira em que o cenário econômico estava sendo questionado diante do mercado internacional, o Governo Federal acabou conseguindo do Congresso Nacional a aprovação do Projeto de Emenda a Constituição que determinou a cobrança sobre os proventos de aposentadorias e pensões dos aposentados e pensionistas pertencentes ao Regime Próprio da Previdência Social.

O estudo que se apresenta, não tem a intenção de acabar com a polêmica sobre o tema tratado, uma vez que compreendemos que tal discussão ultrapassa a barreira jurídica, aderindo também a assuntos ou a temáticas políticas. Neste sentido, vamos nos ater ao cenário jurídico, apresentado argumentações jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal e também doutrinas voltadas para os princípios constitucionais e previdenciários, especificamente sobre as cláusulas pétreas e mais ainda, principalmente sobre o direito adquirido.

Assim, faz-se necessária a apresentação de posições que sejam favoráveis e contrárias a Emenda Constitucional 41/03, para que possamos estabelecer uma análise crítica.

Como marco teórico da monografia em epígrafe, têm-se as ideias sustentadas pelo Ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal à época que se posicionou contra a Emenda Constitucional, Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto, acompanhando o voto da então Ministra Relatora Ellen Gracie e tendo como aliados pela não constitucionalidade, Celso de Mello e Marco Aurélio,

(...) As três hipóteses invocadas estão acobertadas pelo manto da petrealidade (art. 60, §4º, IV – CF), pois direito individual insculpido no inciso XXXVI do art. 5º (“A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”). Justamente ele, art. 5º, constitutivo dos direitos subjetivos públicos, ou direitos oponíveis ao próprio Estado, marcadamente. Ora, caso a lei venha a entrar em rota de colisão com as régias situações jurídicas ativas, padecerá de vício insanável de inconstitucionalidade. Quanto a essa conclusão, as posições doutrinárias e jurisprudenciais são uníssonas.¹

A partir de então, encontra-se substrato para à confirmação da hipótese de que a Emenda Constitucional 41/03 ao permitir a incidência de uma contribuição a beneficiários aposentados e pensionistas do Regime Próprio da Previdência Social não está em conformidade com o art.60, §4, IV da CF/88 juntamente com o art.5º, XXXVI.

O ganho jurídico dessa pesquisa é demonstrar que a criação de Emenda a Constituição é um meio de intervenção estatal que deve ser utilizado pelo Estado, sempre que necessário, no entanto, é importante cuidar sempre para que os interesses políticos não ultrapassem os direitos e garantias individuais da sociedade.

O ganho social da presente pesquisa seria o de demonstrar e garantir ao cidadão que seus direitos sejam sempre respeitados e preservados como determina a CF/88 em seu artigo 5º, XXXI.

Nesse sentido a presente monografia é dividida em três capítulos distintos. No primeiro deles intitulado, “A Seguridade Social” pretende-se destacar a seguridade social no Brasil, sua parte histórica e atual, tendo como foco a importância do seguro social para o trabalhador, os princípios da seguridade social e os tipos de segurados.

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoBrittoInativos.pdf>>; ACESSO EM 16/02/2016.

Já no segundo capítulo, denominado “Aspectos constitucionais da seguridade social” destaca-se o controle de constitucionalidade do Brasil, bem como o direito adquirido para compreensão do tema.

Por fim já no terceiro capítulo denominado “Análise da constitucionalidade da emenda 41/03 frente aos princípios aplicados a Seguridade Social” encerra-se a discussão trazendo-se os fundamentos favoráveis à Emenda Constitucional 41/03 e fundamentos desfavoráveis à Emenda Constitucional 41/03.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Neste momento faz-se oportuno apresentar os sentidos de cada uma das palavras chaves acima expostas, com intuito de trazer um esclarecimento diante do estudo que iremos analisar a seguir.

O conceito de Emenda à Constituição embora não seja novo, trata-se de uma modificação imposta ao texto da Constituição Federal após sua promulgação.

Esse processo possibilita que a Constituição de um país seja parcialmente modificada, para se adaptar e permanecer atualizada diante das relevantes mudanças sociais.

O caminho é relativamente longo até a aprovação de uma emenda, exige-se tempo para preparo, elaboração e votação, uma vez que modificará a Constituição Federal.

Neste estudo, destaca-se que há limites que norteiam as modificações a serem impostas à Constituição, são as chamadas Cláusulas Pétreas; contidas no art. 60, §4, IV, que trazem os direitos e garantias individuais dos cidadãos brasileiros e determinam os objetos que não serão passíveis de modificação, toda determinação judicial que não observe a tais requisitos padecerá de vício insanável de inconstitucionalidade como veremos no segundo capítulo com Ayres Britto.

Mais adiante vamos expor melhor os assuntos referentes à seguridade social, a previdência social e aos princípios previdenciários, neste sentido apresentamos um breve esboço a respeito do tema utilizando as ideias sustentadas por Wladimir Novaes Martinez.

Os princípios representam a consciência jurídica do Direito. No Direito Social, campo jurídico mutante por natureza, a utilização dos princípios deve ser cercada de maiores cuidados, pois colhidos praticamente em seu berço de nascimento, desenvolvem-se com grande rapidez.²

Segundo Waldir Martinez, os princípios que regem a previdência social brasileira são bases estruturadas na assistência social, ou seja, são de direito social, e outros que foram estruturados por meio de seguros privados, sendo assim torna-se mais visível à origem do direito previdenciário brasileiro.

² MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de Direito Previdenciário**. 4 edição, 2001. p.31.

Os princípios da assistência social estão elencados no artigo 194 da Constituição Federal, neste sentido mais a diante no primeiro capítulo iremos abordar cada um dos princípios da seguridade social com a finalidade de apresentar sua importância para o direito previdenciário.

A contradição da EC 41/03 vai além do inciso IV, artigo 194, violando não somente a irredutibilidade do valor dos benefícios nos princípios da seguridade social, mas se faz contrário também ao dispositivo do artigo 5º, XXXVI, da Constituição, “a Lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Sob a perspectiva da definição legal do direito adquirido, podemos encontra-la no § 2º, do art. 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil, *in verbis*:

Art. 6º: § 2º. Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo de exercício tenha por termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável ao arbítrio de outrem³.

O texto do artigo 6º, expressa bem a situação no que diz respeito à aposentadoria por demonstrar que é um direito subjetivo do trabalhador que poderá ser utilizado por ele ou seus dependentes como seja o caso, fora isso não haverá a possibilidade de outra pessoa beneficiar-se de um direito de terceiro.

³ BRASIL, Código Civil (2002). Brasília, DF: Senado, 2002.

I- A SEGURIDADE SOCIAL.

1.1 Seguridade Social no Brasil.

Os principais marcos das evoluções da proteção social no mundo demonstraram sua íntima ligação com condições fáticas perturbadoras do bem-estar social. É fácil notar que todos os grandes marcos evolutivos da cadeia histórica da proteção social vieram precedidos de enormes conturbações sociais, que culminaram, sempre em maiores ou menores intensidades, na alteração da postura do Estado em relação à condução das políticas públicas⁴.

No Brasil a proteção social foi estabelecida em um primeiro momento “da beneficência, inspirada pela caridade e pelo sentimento cristão, é exemplo à fundação das Santas Casas de Misericórdia no século XVI, pelo Padre José de Anchieta.⁵

A primeira manifestação legislativa brasileira sobre assistência social se deu através da Constituição de 1824 em seu, art. 179, inciso XXXI, onde a proteção social deixou de ser mera beneficência passando a se tornar uma normativa constitucional.

Art.179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte.

[...]

XXXI. A Constituição também garante os socorros públicos.

A proteção social da Constituição de 1824, não teve maiores conseqüências práticas, sendo apenas um reflexo do preceito semelhante contido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1793, a qual, o art. 23, qualificava estes "socorros públicos" como "dívida sagrada"⁶.

⁴ PEREIRA JÚNIOR, Aécio. Evolução histórica da Previdência Social e os direitos fundamentais. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 707, 12 jun. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6881>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

⁵ ALVIM, Ruy Carlos Machado. **Uma história crítica da legislação previdenciária Brasileira**. RDT 18/12.

⁶ Idem. Ibidem. p. 12

Em 1888 a Lei nº 3.397 passou a estabelecer-se como a primeira de conteúdo previdenciário no país, prevendo a criação de uma Caixa de Socorros para os trabalhadores das estradas de ferro de propriedade do Estado. Logo em seguida a Constituição Republicana inseriu dois artigos em suas disposições a cerca da proteção social:

Art 5º - Incumbe a cada Estado prover, a expensas próprias, as necessidades de seu Governo e administração; a União, porém, prestará socorros ao Estado que, em caso de calamidade pública, os solicitar.

...

Art 75 - A aposentadoria só poderá ser dada aos funcionários públicos em caso de invalidez no serviço da Nação.

...

Assim, após inúmeros instrumentos legislativos instituindo seguros sociais a diversas categorias de funcionários públicos, iniciou-se a industrialização das grandes cidades, especialmente São Paulo e o Rio de Janeiro e, por conseguinte, passaram a vigorar as escorchantes condições de trabalho, como ocorrido no velho mundo, que resultaram em inúmeros acidentes do trabalho. Sobrevém, em razão disso, o Decreto Legislativo nº 3.724, de 15 de janeiro de 1919, tratando da proteção aos acidentes do trabalho, logo acompanhado da edição da Lei nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923, chamada "Lei Eloy Chaves", tendo esse último ato legislativo criado as Caixas de Aposentadoria e Pensões dos Ferroviários, que funcionaram, em todo o território nacional, por muitos anos⁷.

A "Lei Eloy Chaves" foi considerada em grande parte da doutrina nacional como o marco inicial da história da Previdência Social no Brasil; instituía para um grupo específico de trabalhadores visava cobertura contra riscos de morte, invalidez, velhice.

Em seguida surgiram Caixas em empresas de diversos ramos da atividade econômica. A proliferação do regime de Caixa por empresas criou pequenos regimes de Previdência que tinham por inconveniente o número mínimo de segurados indispensáveis ao funcionamento em bases securitárias. Sem contar o

⁷ PEREIRA JÚNIOR, Aécio. Evolução histórica da Previdência Social e os direitos fundamentais. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 707, 12 jun. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6881>>. Acesso em: 21 abr. 2016

grande número de trabalhadores que permaneciam à margem da proteção previdenciária, por não ocuparem postos de trabalhos em empresas protegidas⁸.

Com a Constituição de 1934 passou a vigorar o regime dos Institutos, de contribuição tripartite, com recursos advindos da União, empregador e empregado.

Já em 1948, no pós-guerra, a seguridade Social, em fim, foi disciplinada através da Declaração Universal dos Direitos Humanos como um sistema garantista do indivíduo contra os riscos sociais, atento a realidade de cada país signatário dentre os quais o Brasil. Isso se deu em seu artigo XXII, que dispõe:

“Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito a segurança social e a realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis a sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade”⁹.

Já em 1947 o Dep. Aluizio Alves apresentou projeto de lei que previa a proteção social a toda a população, que após longo período de tramitação, em virtude dos debates e estudos realizados, resultou na edição da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, denominada de Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS)¹⁰.

Foi somente em outubro de 1966, através do Decreto de Lei nº 72 que houve a unificação administrativa, com a criação do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS).

1.2 Princípios Constitucionais da Seguridade Social

Na Constituição Federal temos os princípios referentes ao direito brasileiro, princípios estes, que tem aplicabilidade em diversos ramos do direito, estes tem a finalidade de fazer com que o interprete da lei tenha a capacidade de chegar o mais próximo da pretensão que aquele legislador teve no momento da elaboração do princípio, a esta capacidade se dá o nome de mens legis ou (espírito da lei).

Neste determinado item do capítulo I abordaremos alguns princípios constitucionais gerais, os que possuem aplicabilidade ao estudo da seguridade

⁸ Idem. Ibidem.

⁹ Disponível em http://portal.mj.gov.br/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em 21 de abril 2016.

¹⁰ FEIJÓ COIMBRA, J. R. **Direito Previdenciário Brasileiro**. 2º ed. Rio de Janeiro: Ed. Trabalhistas, 1990. p. 50

social, como é o caso, por exemplo, do Princípio da Solidariedade, o Princípio do Direito Adquirido, o Princípio da Igualdade e abordaremos todos os princípios da Seguridade Social.

Neste tópico do capítulo primeiro traremos alguns princípios do ordenamento brasileiro que não foram constituídos especificamente para o ramo da seguridade social, mais que possuem um caráter que se agrega aos demais princípios específicos e acabam por valorar ainda mais o ideal da seguridade social e da previdência social como é o caso do Princípio da Solidariedade, o Princípio do Direito Adquirido.

A solidariedade de que retrata o art. 3º, I da CF/88, pode ser entendida um postulado fundamental com tudo sobre a seguridade social, onde no todo uma sociedade contribui e todos se beneficiam inclusive os que possuem rendimento menor ou até mesmo nunca contribuíram com o sistema, Ayres Britto em seu voto sobre a EC 41/03 assim retrata a cerca da solidariedade:

[...] identifiquei essa solidariedade como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, estampado no inciso I do art. 3º:

"Art. 3º[...]

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

Depois, porém, apercebi-me de que a solidariedade, como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, em verdade, é fraternidade, aquele terceiro valor fundante, ou inspirador da Revolução Francesa, componente, portanto -- esse terceiro valor --, da tríade "Liberté, Igualité, Fraternité", a significar apenas que precisamos de uma sociedade que evite as discriminações e promova as chamadas ações afirmativas ou políticas públicas afirmativas de integração civil e moral de segmentos historicamente discriminados, como o segmento das mulheres, dos deficientes físicos, dos idosos, dos negros, e assim avante.¹¹

O Princípio do Direito Adquirido é uma garantia de nossa Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XXXI, que assim diz: "A lei não prejudicará o direito adquirido, ato jurídico perfeito e a coisa julgada", além de princípio em nosso ordenamento é também uma cláusula pétrea, que possui seu conceito retratado no art. 6º, §2º, da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) que assim dispõe: "Consideram-se

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoBrittoInativos.pdf>>; acesso em 23/04/16.

adquiridos assim os direitos que a seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem”.

Já o Princípio da Igualdade contido no caput do art. 5, e inciso I, demonstram que a razão pela igualdade não está somente atrelado ao fato de tecer a concepção de do tratamento igualitário, mas também está intimamente vinculado a ideia de fazer justiça, pois deve tratar de maneira igual os iguais e de maneira desigual os desiguais, na medida de sua desigualdade.

Como mencionado anteriormente além dos princípios de aplicabilidade geral há também os princípios específicos do direito previdenciário, contidos no título “Da Ordem Social” na Constituição de 1988, com base no primado do Trabalho, tendo como objetivo, o bem-estar e a justiça social (art.193).

Os Princípios da Seguridade Social estão expressos na carta Magna, nos artigos 194 e 195 da seguinte forma:

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

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

I - universalidade da cobertura e do atendimento;

II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;

V - equidade na forma de participação no custeio;

VI - diversidade da base de financiamento;

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

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:¹²

Embora a constituição tenha apresentado os dispositivos como objetivos constitucionais, na realidade estes se tratam de princípios específicos, pois orientam a interpretação e aplicação do Direito Previdenciário.

¹² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 05 de Outubro de 1988. Brasília. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/constituicao>. Acesso em 06 de fevereiro de 2016.

Já o Princípio da Universalidade da Cobertura e do Atendimento, significa dizer, que todas as pessoas devem ser amparadas, é o cuidado que o Estado deve ter para com seus membros elencado no inciso I, do art. 194. Neste princípio verificam-se duas dimensões: a primeira objetiva, voltada para o alcance de todos os riscos sociais¹³ são os que possam culminar no estado de necessidade (universalidade da cobertura), a próxima visa todas as pessoas pertencentes ao sistema protetivo, ou seja, (universalidade do atendimento).

Porém, se concretiza na medida em que recursos financeiros suficientes são obtidos, pois não há como serem criadas diversas prestações sem custeio respectivo, atingindo-se a universalidade dentro das possibilidades do sistema.¹⁴

Esta universalidade por sua vez não é mantida apenas pelo Estado, foi determinado a partir da EC 20/98 a compulsoriedade de filiação, visando assim que todos os trabalhadores contribuam para custeio juntamente com os recursos da união.

O Princípio da Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais tem uma característica que se traduz na isonomia uma vez que independentemente do local de trabalho ou tipo de trabalho visa a abranger todos os trabalhadores independentemente de categorias, se urbano ou rural, “de todos os direitos fundamentais, a igualdade é aquele que mais tem subido de importância no Direito Constitucional de nosso país, sendo deste modo, como não poderia deixar de ser, o direito chave, o direito-guardião do Estado social”¹⁵.

Diante da desigualdade entre o trabalho urbano e o rural, esse princípio justifica o tratamento diferente entre essas classes de indivíduos. Como exemplo cita-se as contribuições diferenciadas para o pequeno produtor rural¹⁶ e a

¹³ ROCHA, Daniel Machado da. **O direito fundamental à previdência social na perspectiva dos princípios constitucionais diretos do sistema previdenciário brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.p 157.

¹⁴ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 8. ed. rev. E atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. P. 53.

¹⁵ BONAVIDES. Paulo. **Curso de Direito Constitucional: A importância do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros editores, 2001, p. 340-341.

¹⁶ Segundo o art. 195, § 8º, da Constituição Federal, “O produtor, o parceiro e o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei”.

aposentadoria por idade com redução de cinco anos concedida ao trabalhador rural¹⁷.

Já o Princípio da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços é mais um dos princípios específicos da seguridade social e previdência social. A lei será a responsável por selecionar para melhor distribuir os serviços e benefícios que serão disponibilizados a população geral¹⁸.

Podemos observar deste modo como este princípio de forma harmônica acaba por se relacionar com outros como, por exemplo, o princípio da solidariedade, o princípio da igualdade, é como demonstra Sérgio Pinto Martins, “a ideia de distributividade também concerne à distribuição de renda”.¹⁹ além de se relacionar ele também traduz certo caráter político, como base para reduzir as desigualdades sociais e econômicas, desde que o Estado esteja organizado de forma coesa, mediante a distribuição de renda entre as classes sociais.

O princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios nos apresenta uma característica em comum com o artigo 468 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), como demonstra Sérgio Pinto Martins²⁰.

Art. 408 – Nos Contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

Há uma previsão no direito previdenciário de que haja reajuste dos benefícios afim de que seja mantido o poder real de compra²¹ considerando-se a balança comercial do país e cuidando para que os beneficiários mantenham suas condições diante de um momento de inflação.

¹⁷ De acordo com o artigo 48, §1 da Lei 8.213/91: “A aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta Lei, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher. § 1º Os Limites fixados no caput são reduzidos para sessenta e cinquenta e cinco anos no caso de trabalhadores rurais, respectivamente homens e mulheres (...)”.

¹⁸ Art. 201. “A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá nos termos seguintes da lei, a:” inciso IV, salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa-renda.

¹⁹ MARTINS. Sérgio Pinto. **Direito de Seguridade Social**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 56.

²⁰ Idem ibidem

²¹ Vide artigo 201, §4º da Constituição Federal.

Esta previsão está contida no art.201, § 4º da Constituição com o seguinte texto:

Art. 201[...]

§ 4º “É assegurado reajustamento dos benefícios para preservá-los, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei”.

Além disso, este princípio visa prestigiar a garantia individual do direito adquirido, com amparo no art. 5º, inciso XXXVI da constituição federal segundo Wagner Balera²².

É importante ressaltarmos também que, segundo o artigo 41-A da Lei nº 8.213/1991 prevê que o benefício será corrigido quando houverem correções, revisões do salário mínimo.

O Princípio da Equidade na forma de participação no custeio visa atribuir a aquele que irá se beneficiar do sistema a obrigação de participação do custeio, o legislador de modo genérico definiu um equilíbrio na forma de participação pode este ser entendido como um desdobramento do Princípio da igualdade, como demonstra Wagner Balera, “justa proporção entre as quotas com que cada um dos atores sociais há de contribuir para a satisfação da seguridade social.”²³ Assim a forma de contribuição se dará com a justiça social, a qual é objetivo do Sistema de Seguridade Social.

Para exemplificar ainda mais a questão da justa proporção traz-se a ideia de Sérgio Pinto Martins que diz: “apenas aqueles que estiverem em iguais condições contributivas é que terão de contribuir da mesma forma.”²⁴ O trabalhador ou operário não terá condições de contribuir com o sistema no mesmo patamar aos quais à empresa contribui, por não possuir as mesmas condições financeiras, assim sendo, é possível entender que a maior parte da receita da seguridade virá, portanto não da contribuição dos trabalhadores mais sim da contribuição das empresas onde estes trabalham.

Não somente a capacidade contributiva, mais também a de gerar contingências deverão ser consideradas para que possam ser divididas a participação no custeio, que será pautada na justiça, mediante a igualdade, a

²² BALERA, Wagner. **Sistema de Seguridade Social**. 4ª edição. São Paulo: LTr, 2006, p. 21.

²³ BALERA, Wagner. **Sistema de Seguridade Social**. 4ª edição. São Paulo: LTr, 2006, p.21.

²⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito de Seguridade Social**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 57.

solidariedade, neste sentido, aderimos ao posicionamento apresentado por, Marisa Ferreira dos Santos:

A equidade na participação no custeio deve considerar, em primeiro lugar, a atividade exercida pelo sujeito passivo e, em segundo lugar, sua capacidade econômico-financeira. Quanto maior a probabilidade de a atividade exercida gerar contingências com cobertura, maior deverá ser a contribuição.²⁵

Deste modo, por meio do princípio da equidade da forma de participação no custeio, fica evidenciada uma estrutura que na mesma medida em prevê o equilíbrio financeiro acaba por promover a redução das desigualdades sociais.

O princípio da diversidade na base de financiamento demonstra que, a sociedade brasileira como um todo é a responsável por financiar as prestações, seja por seus benefício ou serviços.

De modo parecido com o princípio da universalidade, este princípio possui uma face objetiva e outra subjetiva, que são respectivamente no âmbito objetivo implica na diversificação dos fatos geradores das contribuições, já do ponto de vista subjetivo, expressa um comando de que tanto o poder público como empresas e trabalhadores contribuam com o sistema da seguridade social.²⁶

A lei 8.212/1991, responsável por organizar a seguridade social brasileira instituiu o plano de custeio, tendo feito o legislador expressa menção ao artigo 195, da Constituição Federal, estipulando que a sociedade será responsável pelo custeio que se dará, em âmbito Federal, pela União, contribuições sociais, tanto das empresas quanto dos colaboradores destas empresas, empregados domésticos, incidentes também sobre o faturamento e lucro dos concursos de prognóstico, de receitas e outras fontes.

Neste sentido, se pararmos para analisar bem a esta situação conseguiremos compreender o entendimento da mesma forma que Feijó Coimbra, segundo ele, este financiamento é composto por contribuição de toda a sociedade justamente pelo fato de uma pessoa uma vez acometida por uma adversidade que lhe impeça de trabalhar, irá causar impacto não somente a esta pessoa mais de modo geral a toda a comunidade, uma vez que ela não está em plena atribuição de trabalhar e gerar riquezas para si e também para o país de certo modo.

²⁵ SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito Previdenciário Esquemático**. Coord. Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva 2011, p. 57.

²⁶ BALERA, Wagner. **Sistema de Seguridade Social**. 4ª edição. São Paulo: LTr, 2006, p.22-23.

Como demonstra o próprio art. 195.

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:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

b) a receita ou o faturamento;

c) o lucro; 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;

III - sobre a receita de concursos de prognósticos.

§ 8º O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei.²⁷

Fábio Ibrahim Zambitte²⁸ entende que a diversificação feita na base de financiamento é uma forma de garantir a segurança monetária dos fundos da seguridade social, havendo algum desequilíbrio financeiro que por ventura possa afetar um fato gerador não seria comprometida significativamente a arrecadação de contribuições.

Uma característica do princípio do Caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados, é a de reger a administração do sistema de seguridade nacional, de forma descentralizada e democrática. Para isto como podemos observar no próprio inciso VII, do art. 195, o legislador compôs tal organização exigindo a participação da comunidade interessada que por sua vez são trabalhadores, empregadores, aposentados e o próprio Estado, mantendo-se um sistema democrático e descentralizado.

²⁷ Vide artigo 195, da Constituição Federal.

²⁸ IBRAHIM, Fábio Zambitte, **Curso de Direito Previdenciário**. 16. Ed. Niterói: Impetus, 2011. P. 77.

Deste modo a descentralização acaba por permitir que seus destinatários possam se aproximar da seguridade social e assim propor planos, diretivas, como destaca Wagner Balera:

A descentralização transfere para a periferia do sistema o poder de decisão, permitindo que os conselhos estaduais e municipais discutam e proponham – a partir da situação local, sempre peculiar, da necessidade particular daquela população assistida – diretivas e planos de ação.

(...)

De ordem que a descentralização também adjudica a execução do plano de proteção, que consiste na prestação dos benefícios e dos serviços; na implementação de programas de saúde e de assistência social e dos projetos de enfrentamento da pobreza, aos órgãos locais.²⁹

Para Marisa Ferreira dos Santos³⁰, a criação do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) como autarquia federal competente para executar a legislação previdenciária é um exemplo da descentralização mencionada pelo princípio.

1.3 Tipos de Segurados

Os Tipos de segurados do sistema previdenciário brasileiro atualmente é composto por três categorias³¹ distintas, sendo uma destas categorias um regime de caráter complementar. O primeiro é o Regime Geral da Previdência Social (RGPS), de ingresso de caráter obrigatório, voltado para trabalhadores da iniciativa privada, funcionários públicos concursados e não concursados militares e integrantes do judiciário, legislativo e executivo.

Existem pessoas em nossa sociedade que por sua vez não prestam serviços a empresas sejam estas publicas ou privadas, mesmo assim atuam constante no mercado brasileiro como é o caso dos trabalhadores, autônomos, e empresários que que contribuem de forma individual para o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), além deles é claro outras pessoas que por sua vez não possuam renda própria, como é o caso estudantes, donas de casa e pessoas que estejam desempregadas, podem também participar, contribuindo de forma facultativa para o sistema afim de terem acesso ao benefício mais tarde

²⁹ BALERA. Wagner. **Sistema de Seguridade Social**. 4ª edição. São Paulo: LTr, 2006, p. 24.

³⁰ SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito Previdenciário Esquemático**. Coord. Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 43.

³¹ BRASIL. Ministério da Previdência Social. <http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2014/05/confirma-os-tipos-de-aposentadoria-existentis-no-brasil>. Acesso em 26/04/16.

As modalidades de aposentadoria deste regime estão elencadas no art. 201, §1º, da CF/88, que são: aposentadoria por tempo de contribuição, aposentadoria por invalidez, aposentadoria por idade e a aposentadoria especial.

Outro regime este por sua vez já voltado para os trabalhadores, funcionários públicos de cargos efetivos da União, dos estados e dos municípios, que é o Regime Próprio da Previdência Social (RPPS), também de filiação de caráter obrigatório, as modalidades de aposentadoria neste regime se dará por uma das três vias seguintes, invalidez, compulsória, ou voluntária.

Dentro da estrutura do sistema previdenciário temos os Regimes de Previdência Complementar que por sua vez são de caráter facultativo, é importante dizer também que o fato do trabalhador contribuir com a previdência complementar não exclui a obrigatoriedade da contribuição junto ao INSS.

A Previdência Privada tem por objetivo complementar, complementar o benefício oficial. Visa não promover a subsistência básica do trabalhador, mas complementar a que o Estado não pode prover. Não substitui o sistema oficial, apenas complementa.³²

A previdência complementar de forma contraria a previdência social, vai proporcionar ao trabalhador ou a seu beneficiário, uma renda extra além dá renda à qual ele já terá direito por participar de um dos regimes, seja o RGPS ou RPPS, “A previdência complementar visa manter o padrão de vida que o segurado tinha antes de se aposentar.”³³

³² MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Atlas: 2015, p. 488.

³³ Idem. Ibidem, p. 304.

II- ASPECTOS CONSTITUCINAIS DA SEGURIDADE SOCIAL

Neste capítulo pretende-se abordar o controle de constitucionalidade brasileiro, compreender como ocorre o controle das leis em nosso país.

Abordaremos também as cláusulas pétreas de nossa constituição para que possamos entender sua importância em nosso ordenamento jurídico diante das emendas constitucionais.

E por último, porém não menos importante, faz-se necessário uma análise sobre o direito adquirido, que constituem os direitos subjetivos públicos dos cidadãos para uma melhor compreensão do estudo uma vez que o mesmo busca demonstrar como uma emenda foi criada mesmo em desconformidade com tal instituto.

2.1 Breve análise sobre o controle de constitucionalidade no Brasil

O controle constitucional é um instrumento utilizado por vários países que possuem uma constituição rígida como é o caso brasileiro³⁴, este mecanismo visa sobre tudo garantir a soberania constitucional, mantendo a eficácia normativa de um ordenamento jurídico, frente às leis e outros atos normativos que possam vir confrontar, ou que simplesmente não estejam em harmonia com a Constituição Federal.

Manter a harmonia constitucional de um país é necessário para que se possa haver a efetivação dos direitos e deveres dos cidadãos, para que não existam dois pesos e duas medidas, e garantir que o Estado possa realmente exercer seu papel de observar no ceio da sociedade quais as necessidades ele deve tutelar, compondo o bem de todos, não havendo injustiças e garantindo a harmonia no convívio social.

A ideia de controle de constitucionalidade está ligada à Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à de rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais.³⁵

A Constituição Federal de 1988 mantém um sistema híbrido, o qual faz uma incorporação, ou seja, há uma junção entre os dois modelos, tanto o controle de

³⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª Ed. São Paulo. Malheiros: 2011.

³⁵ MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

constitucionalidade difuso, quanto do controle de constitucionalidade concentrado como veremos.

A ideia de controle de constitucionalidade realizado por todos os órgãos do Poder Judiciário nasceu do caso Madison versus Marbury (1803), em que o juiz Marshall da Suprema Corte Americana afirmou que é próprio da atividade jurisdicional interpretar e aplicar a lei. E ao fazê-lo, em caso de contradição entre a legislação e a Constituição, o tribunal deve aplicar esta última por ser superior a qualquer lei ordinária do Poder Legislativo³⁶.

Esta primeira espécie o controle difuso é aplicado pelos juízes de primeiro grau e de instâncias recursais, onde o magistrado, identificando a ocorrência de desacordo entre normas não só poderá como deverá declarar sua inconstitucionalidade em relação a um caso concreto, como demonstrado por Luís Roberto Barroso em um trecho de seu livro.

No Brasil, o controle difuso vem desde a primeira Constituição Republicana e subsiste até hoje sem maiores alterações. Do juiz estadual recém-concursado até o Presidente do Supremo Tribunal Federal, todos os órgãos judiciários tem o dever de recusar aplicação às leis incompatíveis com a Constituição.³⁷

No momento em que um juiz de primeira instância se manifesta sobre a inconstitucionalidade observada durante os tramites de uma ação, ele passa então a deixa de visar o objeto da lide e passa a fazer uma análise da questão prévia que se torna indispensável para que possa haver a coisa julgada.

Deste modo para a parte interessada será outorgada a declaração de inconstitucionalidade, está declaração tem apenas a finalidade de torna-lo isento do seu dever de cumprir a lei ou ato normativo que se encontre em desconformidade com a Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal por sua vez é que tem de fato o importante papel de guardião da Constituição Federal, assim sendo é ele também que será o responsável por exercer o controle de constitucionalidade concentrado, como está preconizado no artigo. 102, inciso I, alínea a, da Constituição Federal, decidindo sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade em âmbito estadual ou federal

³⁶ US Court – 137 (1803). Conferir a íntegra da decisão: MORAES, Alexandre de. Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais. São Paulo: Atlas, 2000. p. 97-100.

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva 2006. p.47.

no caso concreto exposto pelos juízes de primeiro grau ou de instancias recursais como apresentado acima,

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar originalmente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; Redação dada pela EC 03/1993³⁸.

Desta forma além de invalidar os atos que não estejam compatíveis com a constituição, o Supremo Tribunal Federal, acaba fazendo com que a ordem jurídica brasileira tenha mais integridade.

O modelo do controle de constitucionalidade concentrado surgiu na Áustria entre os anos de 1920 e 1929 criado por Hans Kelsen. Deste modo o sistema concentrado teve sua entrada no sistema brasileiro com o advento da Emenda Constitucional 16/1965, onde a partir de então passou a ser atribuição do Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar leis e quais quer outros atos normativos tanto na esfera estadual quanto na esfera federal, expostos pelo Procurador-Geral da República.

Embora o Procurador Geral da República faça a exposição para o Supremo Tribunal Federal, existem outros legitimados conforme o artigo 103 da Constituição Federal, como é o caso do Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, da Assembleia Legislativa do Distrito Federal e o Governador de Estado ou do Distrito Federal e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Esse controle é exercido nos moldes preconizados por Hans Kelsen para o Tribunal Constitucional austríaco e adotados, posteriormente, pelo Tribunal Constitucional alemão, espanhol italiano e português, competindo ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originalmente, ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.³⁹

Uma característica em comum entre o controle de constitucionalidade difuso e concentrado é que da mesma forma ambos visam independentemente da existência

³⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 05 de Outubro de 1988. Brasília. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/constituicao>. Acesso em 03 de março de 2016.

³⁹ KELSEN, Hans apud MORAES Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 115-119.

de um caso concreto assegurar que a invalidação da lei ocorra para que não haja baseamento em normas que possam estar em inconformidade com a Constituição.

Gize-se que temos no controle concentrado, em abstrato, o ataque direto e fulminante, em tese, e que expulsa do mundo jurídico a norma viciada, formal ou materialmente, considerando-a nula, ex-radice, como se nunca tivesse existido, embora no direito comparado alemão seja acolhida a tese da inconstitucionalidade sem declarar a norma nula.⁴⁰

Isto ocorre justamente pelo fato de que não há espaço no ordenamento jurídico para leis em desconformidade, ou seja, uma lei que esteja viciada inconstitucionalmente em relação à outra de maior poder normativo.

2.2 Cláusulas Pétreas da Constituição

As cláusulas pétreas são determinações, regras criadas pelo poder constituinte originário, surgem com a finalidade de preservação tanto de ideais quanto de valores do poder Constituinte originário, também chamado de poder genuíno, que podemos exemplificar como quem foi por sua vez o criador da primeira constituição de um país firmando assim o Estado de direito. Tais limitações visam ainda a impedir a abolição de matérias que formam um “núcleo intangível.”⁴¹

Já o poder constituinte de reforma ou revisor, é o poder capaz de fazer alterações com a finalidade de melhor atender aos anseios sociais, mantendo a Constituição Federal e a sociedade em harmonia acompanhando o desenvolvimento e estando sempre condizente com a realidade social.

O significado último das cláusulas de imutabilidade está em prevenir um processo de erosão da Constituição. A cláusula pétrea não existe tão-só para remediar situação de destruição da carta, mas tem a missão de inibir a mera tentativa de abolir o seu projeto básico.⁴²

As cláusulas pétreas não visam ou não propõe que a constituição seja imutável, ao contrário elas existem com a finalidade de que se mantenham inalteráveis apenas alguns pontos essenciais e principiológicos que o legislador

⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional. O Controle Abstrato de Normas*. São Paulo: Ed. Saraiva 1996.

⁴¹ MORAIS. Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 621.

⁴² MENDES. Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 253.

originário fez questão de manter, justamente com a intenção de resguardar alguns interesses gerais a toda sociedade.

Alguns autores como é o caso de Audi Lammêgo Bulos entendem que a doutrina convencionou o título de cláusulas pétreas justamente para estes limites que existem ao poder constitucional

Um dos problemas encontrados quando se fala em cláusulas pétreas está justamente no inciso IV do artigo 60, §4º, onde encontramos a vedação para a criação de Emendas Constitucionais que possam ir contra os direitos e garantias individuais.

As cláusulas pétreas possuem outras nomenclaturas, tais como cláusulas permanentes, cláusulas intangíveis, cláusulas absolutas, cláusulas imodificáveis entre outras ainda, certo é que independentemente de como nos referimos a elas, estas são disposições imodificáveis que visam proteção, segurança jurídica no que diz respeito ao Estado, aos poderes, ao voto e aos direitos e garantias individuais dos cidadãos⁴³.

No entanto o próprio autor afirma que existe a necessidade de se entender o sentido dos vocábulos para evitar que possam ser utilizados de maneira indevida neste sentido a palavra cláusula vem do Latim que significa disposição, condição e pétreo também do Latim significa relativo a pedra resistente como pedra.

Logo, se verificarmos a pretensão para a qual foram criados e ainda mais o significado o sentido deste vocábulo chegaremos ao consenso de que as cláusulas pétreas são preceitos constitucionais fundamentais que não podem, nem admitem sofrer alteração por qualquer que seja outro ato normativo de revisão.

Sendo assim vamos entender que para que haja alguma alteração considerável nas disposições das cláusulas pétreas ou em sua base, em seu elemento seria necessário que se estabelecesse uma nova Constituição.

Um dos problemas encontrados quando se fala em cláusulas pétreas está justamente no fato de haver a necessidade de se observar sempre as determinações trazidas pelo inciso IV do artigo 60, §4º, Constituição Federal, pois será onde encontraremos justamente as vedações referentes aos assuntos que não poderão ser propostos para fazer alteração ao texto Constitucional. Esta vedação não é para que não possa haver uma Emenda ao texto constitucional, mais para que

⁴³ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 5ª Ed. Saraiva: São Paulo, 2003, p.828.

não haja nenhuma emenda seja contrária ou desconforme os direitos e garantias individuais dos cidadãos brasileiros.

Art. 60. A constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I – a forma federativa de Estado.

II – o voto direto, secreto, universal e periódico;

III – a separação dos poderes;

IV – os direitos e garantias individuais.⁴⁴

O artigo 60 caput da Constituição, logo em seus primeiros incisos e parágrafos trazem as disposições sobre como deverá ocorrer um projeto de emenda a Constituição Federal, já o paragrafo 4º, inciso IV, que se faz como um dos pontos mais importante deste estudo traz as determinações de quais assuntos não poderão ser projeto de emenda a nossa constituição.

2.3 Direito Adquirido.

O direito adquirido tem a função proteger e dar garantias sobre tudo àquilo que já está integrado ao patrimônio, sendo assim é defeso ao Estado a exclusão desta garantia por qualquer meio, garantindo assim o princípio da segurança jurídica, fazendo com que o patrimônio adquirido, não se perca por reforma constitucional como demonstra José Afonso da Silva:

A doutrina ainda não fixou com precisão o conceito de direito adquirido.

[...]

Se tal direito é exercido, foi devidamente prestado, tornou-se situação jurídica consumada (direito consumado, direito satisfeito, extinguiu-se a relação jurídica que o fundamentava). Por exemplo, quem tinha o direito de casar de acordo com as regras de uma lei, e casou-se, seu direito foi exercido, consumou-se. A lei nova não tem o poder de desfazer a situação jurídica consumada. A lei nova não pode descasar o casado porque estabeleceu regras diferentes para o casamento.⁴⁵

O direito adquirido pode ser entendido como direito do cidadão propriamente dito pensado a partir do momento em que surge uma nova lei que modificará uma

⁴⁴ ⁴⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 05 de Outubro de 1988. Brasília. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/constituicao>. Acesso em 03 de março de 2016.

⁴⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª Ed. São Paulo. Malheiros: 2011.p. 435.

situação já definida e garantida, que tenha sido incorporado ao patrimônio, é de certo modo uma garantia não contra lei nova, mais contra seus efeitos que podem retroagir ocasionando a perda de benefícios ou direitos adquiridos.

Sendo assim, faz-se necessário falarmos sucintamente também sobre o ato jurídico perfeito e coisa julgada, afim de que possamos complementar o nosso raciocínio sobre o assunto e compreendermos melhor o artigo 5º inciso XXXVI da Constituição.

O direito adquirido anda lado a lado com o ato jurídico perfeito e coisa julgada, e para melhor visualizarmos esta condição buscamos auxílio na doutrina com José Afonso da Silva, “A diferença entre direito adquirido e ato jurídico perfeito está em que aquele emana diretamente da lei em favor de um titular, enquanto o segundo é o negócio fundado em lei.”⁴⁶

O ato jurídico perfeito de que trata o inciso XXXVI, do art. 5º, é algo que tem caráter concreto por cumprir os requisitos determinado na lei anterior, somente assim pode produzir seus efeitos que se referem à situação consumada seja incorporado ao patrimônio jurídico ou intelectual o qual seja personalidade do respectivo titular do direito.

Tratando da coisa julgada temos:

A garantia, aqui refere-se à coisa julgada material, não à coisa julgada formal. Ficou, pois, superada a definição do art. 6º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil. Prevalece, hoje, o conceito do Código de Processo Civil:

Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário (art. 467).

[...]

A coisa julgada é, em certo sentido, um ato jurídico perfeito; assim já estaria contemplada na proteção deste, mais o constituinte a destacou como um instituto de enorme relevância na teoria da segurança jurídica.⁴⁷

Deste modo podemos entender que o ato jurídico perfeito é aquele consumado segundo o que reza a lei vigente ao seu tempo onde se efetuou a coisa, sem que haja condição de se alterar como uma decisão judicial onde não haja mais recurso.

⁴⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª Ed. São Paulo. Malheiros: 2011.p. 437.

⁴⁷ Idem Ibidem.

III- ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA EMENDA 41/03 FRENTE OS PRINCÍPIOS APLICADOS À SEGURIDADE SOCIAL

Com tudo que vimos acima nos últimos capítulos, sobre controle de constitucionalidade, princípios constitucionais, previdenciários e cláusulas pétreas esperamos ter criado uma base um pouco mais sólida que nos dê capacidade de melhor entender o tema abordado e seus motivos.

Visamos a partir de então apresentar fundamentos, posicionamentos que sejam favoráveis e desfavoráveis a Emenda Constitucional 41/03, de modo que possamos seguir um dos posicionamentos a fim de construir uma conclusão para o trabalho exposto.

Pretendemos entender os motivos que levaram a criação de tal emenda, os impactos que a sua produção trouxeram para o destinatário final da norma, seja no dia a dia ou tão somente ao tornar-se um ex-servidor público com a passagem para a situação de beneficiário ou aposentado do Regime Próprio de Previdência Social.

3.1 Fundamentos favoráveis à EC 41/03

Como vimos no primeiro capítulo mais especificamente, que tratou da temática da Seguridade Social no Brasil, das evoluções ocorridas na seguridade em nosso país que tiveram início com as casas de beneficência através do padre José de Anchieta, passando mais tarde pela Lei nº 3.397 que se estabeleceu como primeira sobre conteúdo previdenciário no país.

Com as mudanças ocorridas no decurso do tempo, pudemos chegar às caixas de socorros e mais tarde com o advento da Lei 4.862 ou simplesmente, Lei Eloy Chaves, foram ocorrendo diversos aprimoramentos até chegarmos ao RGPS que trata dos trabalhadores de empresas privadas e ate mesmo de funcionários públicos quando o estado ou município não estão vinculados ao Regime Próprio de Previdência Social.

Como mencionado, o Regime Próprio da Previdência Social, é mantido pelas contribuições realizadas por União, Estados, Municípios e também com a contribuição dos funcionários públicos e a partir da Emenda Constitucional 41/03, com contribuição dos aposentados e pensionistas pertencentes ao Regime Próprio da Previdência Social.

Este regime, no passado, havia sido pensado justamente para arrecadar fundos dos próprios funcionários públicos, como já ocorria com o RGPS, criando uma contribuição por parte do funcionário com base em seus rendimentos, a fim de lhes garantir uma aposentadoria equivalente aos seus rendimentos, deixando de ser esta aposentadoria custeada somente pelo Tesouro, mas também por contribuição do próprio funcionário.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 03, de 17 de março de 1993, no entanto, e, mais especificamente, com a inclusão do § 6º no art. 40 da Lex Máxima, introduziu-se um dispositivo para possibilitar a cobrança de contribuições dos servidores públicos, visando ao custeio, juntamente com recursos do Tesouro, das respectivas aposentadorias e pensões. Ato contínuo, questionou-se nesta egrégia Corte a extensão do dever de contribuir aos aposentando e pensionistas do Setor Público.⁴⁸

A regulamentação trazida pela Emenda Constitucional 03/93, embora tenha agregado a novidade da contribuição durante o tempo de serviço para o servidor público ativo, o traz para um patamar mais próximo ao trabalhador autônomo e ao trabalhador de empresa privada vinculado ao RGPS, pelo fato de obrigá-lo a contribuir durante determinado tempo como requisito para ter direito a uma aposentadoria ao finalizar sua carreira, como já ocorria com o funcionário de empresa privada.

Alguns anos mais, e é inserido no ordenamento jurídico a Emenda Constitucional 41/03, onde se determina pela cobrança de contribuição aos aposentados e pensionistas do Regime Próprio de Previdência Social tendo sido apresentado ao Congresso Nacional na oportunidade como justificativa para tal, a alegação de déficit previdenciário, além de crise de larga crise interna de repercussão internacional.

Justamente pela criação da Emenda Constitucional 41/03, o Supremo Tribunal Federal, acabou sendo provocado a manifestar-se sobre a contribuição por meio da ADIns 3.105-8 e 3.128-7, onde a Suprema Corte por maioria de votos entendeu que a cobrança de contribuição por parte dos aposentados e pensionistas do Regime Próprio de Previdência Social é sim constitucional.

A partir de então, apesentamos alguns argumentos utilizados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal que entenderam na época pela constitucionalidade de

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoBrittoInativos.pdf>>; ACESSO EM 25/03/2016.

tal Emenda Constitucional, votando pela sua entrada em vigor em nosso ordenamento jurídico.

Neste raciocínio Marcelo Leonardo Tavares, se posiciona a favor da emenda e ainda ressalta que a mesma não fere ao direito adquirido justamente por entender não existir direito subjetivo a não incidência futura de tributo, e ainda sobre a ótica de que os atuais aposentados já teriam contribuído suficientemente com o sistema o autor relata:

[...]se observarmos que, somente com a entrada em vigor da EC nº 3/93 à Constituição de 1988, houve previsão de que o sistema protetivo dos servidores pressupunha pagamento de contribuição e que em quase a totalidade dos casos os sistemas próprios apenas cobravam do funcionalismo contribuição para pensão (como acontece ainda hoje com os militares), chegaremos a conclusão de que o argumento parte de uma premissa da supervalorização histórica da contribuição dos servidores para a previdência. A verdade é que os servidores até pouco tempo não pagavam contribuição para o sustento de suas aposentadorias. Ou não vertiam qualquer tributo para o regime, que eram mantidos exclusivamente com ingressos públicos e as aposentadorias e pensões. Sendo assim, não seria razoável o acolhimento da tese. Poder-se ia dizer que o sistema antigamente foi assim estruturado e que esta foi uma opção legítima à época. Se os servidores não eram cobrados, isso se deu por falta de previsão legal. Sem dúvida. Ocorre que se hoje os regimes próprios de previdência são deficitários, e realmente são, alguma parcela da sociedade ou toda ela terá que arcar com o ônus. Cobrar de todos, mediante aumento de carga de impostos, não me parece traduzir bom critério de justiça, pois conduz, mais uma vez, a solidariedade invertida.⁴⁹

Outra observação feita também é a de que a contribuição não retroage atingindo o sujeito já aposentado e que na verdade ela recai sobre os fatos gerados a partir da Emenda, assim além de aproximar um pouco mais as características para obtenção de aposentadoria entre trabalhadores públicos e privados, a União acabaria como de fato ocorreu por arrecadar mais fundos para a previdência social em todo o país.

Em seu voto o ministro Nelson Jobim do Supremo Tribunal Federal, se apresentou favorável a Emenda demonstrando alguns argumentos sobre os quais inclusive referem se a crítica que se fez ao Supremo, por entender que Emenda Constitucional 41/03 estaria ferindo a uma cláusula pétrea de nossa Constituição Federal de 1988, por ser contrária ao direito adquirido e as cláusulas pétreas do art.

⁴⁹ TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito previdenciário**: Regime Geral de Previdência Social e Regimes Próprios de Previdência Social. 8 ed. ver. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 413-4.

60, §4, IV, onde o Ministro fez observações justamente sobre o que entende atualmente sobre estas cláusulas.

Não passa de uma construção intelectual conservadora, antidemocrática, não razoável, com uma propensão oportunista e utilitarista a fazer abstração de vários outros valores igualmente protegidos pelo nosso sistema constitucional.⁵⁰

Segundo o ministro é um pensamento conservador uma vez que permite a conjugação com outros valores, a teoria das cláusulas pétreas perturba a desigualdade, a solidariedade deve primar sobre o egoísmo.

O ministro ainda demonstra entender que há uma antidemocracia impedindo o povo e seus representantes eleitos de promover as correções que se fazem necessárias descartando privilégios sociais, e a tese dos direitos adquiridos tutelados por cláusula pétreas é incoerente.

[...] não faz sentido querer isentar de contribuição previdenciária solidária os militares de pessoas que se aproveitaram de um sistema iníquo de privilégios. De normas frouxas e excessivamente generosas que permitiram a jubilação precoce de pessoas no ápice da sua capacidade produtiva, muitas delas mal entradas nos quarenta anos de vida.⁵¹

Nelson Jobim entende que a questão do equilíbrio financeiro e atuarial deve ser viabilizada para o futuro, e este equilíbrio não traduz a noção de direitos e deveres individuais, a contribuição não necessariamente deve ter uma causa eficiente quanto ao direito de receber sobre o que pagou, mas sim a de se ter um sistema que seja autossuficiente, ou seja. “se tivéssemos que ter, a todo aumento ou criação de contribuições e tributo, um benefício subsequente, é evidente que não teríamos, em hipótese alguma, a possibilidade de trabalhar nesse sentido”⁵², assim jamais poderá ser resolvida qualquer questão de déficit previdenciário.

Para o Ministro Cezar Peluso, fazendo uma análise sob a natureza jurídica da contribuição, tem-se por resolvida à questão, a partir do momento em que se concordarem as posturas da doutrina e do Supremo Tribunal Federal em qualificá-las como sendo um tributo, tornando-os com esta característica para um regime constitucional específico, assim não haveriam argumentação contrárias, ou com

⁵⁰ Supremo Tribunal Federal. ADIn 3105-8 e 3128-7.

⁵¹ Idem ibidem.

⁵² Idem.

intuito de modifica-las não há como se criar situações para fazer contraprestações referentes aos tributos pagos.

[...] assim porque disciplinadas as contribuições no capítulo concernente ao sistema tributário, sob referência expressa aos art. 146, III (normas gerais em matéria tributária) e 150, I e III (princípios da legalidade, irretroatividade e anterioridade), como porque corresponderiam à noção constitucional de tributo construída mediante técnica de comparação com figuras afins.

Nesse ponto o ministro ainda entende que, as contribuições são tributos dos quais não há como lhes opor garantia constitucional no que refere aos direitos adquiridos com intuito de eximir-se do pagamento por incidir da norma relativa a fatos posteriores ao início de sua vigência. Estes tributos estariam obedecendo a um regime jurídico específico legítimo da destinação constitucional de suas receitas, sujeito a uma finalidade demandada pela própria Constituição em seu artigo 149.

Art.149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, objetivando o disposto nos arts. 146. III, e 150, I e III, e sem prejuízo no art. 195, § 6º relativamente às contribuições a qual alude o dispositivo.

Assim, é trazida a ideia de que em nosso ordenamento não exista nenhuma norma que produza imunidade aos proventos de aposentados e pensionistas de forma absoluta à tributação de ordem constitucional independentemente da modalidade da tributação eleita. Outra questão apresentada pelo Ministro é a da expectativa de vida do cidadão brasileiro que sofreu uma melhora, em contra partida a taxa de natalidade reduziu e houve também uma diminuição considerável no que se refere ao número de pessoas ingressando em cargos públicos.

Este inquietante quadro social, econômico e político, em que, sob juízo isento e desapassionado, não se pode deixar de situar o país, interessa ao Direito, por que subjaz como fonte da razão normativa (*ratio iuris*) à aprovação da EC nº 41/2003, que estendeu aos servidores públicos inativos o ônus de compartilhar o custeio do sistema previdenciário.⁵³

Deste modo segundo os apontamentos realizados pelo ministro, com o brasileiro vivendo mais, e se aposentando geralmente cedo em termos e sob todos

⁵³ Supremo Tribunal Federal. ADIn 3105-8 e 3128-7.

os outros apontamentos realizados acima, com a entrada da Emenda 41/03 em vigor o sistema deixa de ser contributivo para tornar-se contributivo e solidário.

Seguindo a mesma lógica o ministro Eros Grau, evidencia que não existe por parte dos servidores direito de não serem tributados, e não existindo a contribuição por parte do inativo e pensionista seria como torna-lo imune a esta contribuição e configuraria privilégio injustificável e sem fundamento, uma vez que há a necessidade de tornar o sistema equilibrado financeiramente.

No que se refere ao equilíbrio atuarial, portanto, exige-se uma correlação entre os montantes relativos à contribuição e ao benefício. Ocorre que a Constituição já dispõe sobre o valor dos benefícios previdenciários dos servidores públicos. Assim, para se cumprir o mandamento constitucional de preservação do mencionado equilíbrio, reconhecido inclusive por este Supremo Tribunal Federal (ADIns 2.110 e 2.111, Rel. Min. Sydney Sanches, Informativo nº 181), resta ao Estado tão-somente disciplinar a questão da contribuição. Todavia, o valor da contribuição incidente sobre a remuneração dos servidores em atividade não poderia implicar confisco. Nem assumir valores exorbitantes, tornando insustentável a vida financeira do indivíduo.

Finaliza o Ministro alegando que mesmo havendo possibilidade de elevar a alíquota das contribuições dos servidores ativos, ele entende necessária e justa contribuição dos aposentados e pensionistas dos Regimes Próprios da previdência Social, havendo assim solidariedade e solidez para uma melhor manutenção do sistema previdenciário, tornando assim equilibrado o sistema tanto sobre as receitas quanto sobre as despesas.

3.2 Fundamentos desfavoráveis à EC 41/03

Como vimos anteriormente, a base para a criação da Emenda Constitucional 41/03, se deu em momento de crise financeira e sob a alegação de déficit nas contas públicas e sob a falta de fundos da previdência social para custear as aposentadorias e pensões em todo o país, além também de sua questionável credibilidade no mercado financeiro internacional, deste modo a Câmara dos Deputados acabou aprovando a proposta, que autorizou a cobrança de contribuição aos aposentados e pensionistas do Regime Próprio de Previdência Social.

A proposta acima citada tinha como ideal conseguir captar contribuições dos aposentados e pensionistas sob o valor excedente ao teto dos benefícios de aposentadoria que era regido pelo Regime Geral da Previdência Social.

Encontramos várias divergências Constitucionais ao analisarmos a Emenda 41/03, entendemos que esta emenda encontra-se eivada de vícios de inconstitucionalidade, como por exemplo, o fato de que esta emenda apresenta-se contrária ou inobservante ao disposto no art. 5º, inciso XXXVI, que trata justamente do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, que traz em seu corpo o seguinte texto, “A lei não prejudicará o direito adquirido, ato jurídico perfeito e a coisa julgada;”⁵⁴, este inciso visa justamente garantir que Lei posteriormente editada não irá retroagir prejudicando direito já alcançado por qualquer cidadão brasileiro.

Na mesma linha de raciocínio Ayres Brito, deixa muito bem manifestado em seu voto o seu entendimento por direito adquirido:

“Noutros termos, a partir do momento que o servidor público passa a preencher as condições de gozo do benefício, já não poderá, por efeito de nenhum ato da ordem legislativa (art.59), ser compelido a contribuir para o sistema previdenciário: nem por determinação legal, nem por imposição de Emenda Constitucional.”⁵⁵

Assim o Ex-ministro do STF, deixa demonstrado que o legislador não só poderá como deverá sim fazer alterações ao texto constitucional para melhor atender aos anseios sociais e ao interesse comum da sociedade, desde que observe os requisitos mínimos como é o caso dos direitos adquiridos, e ainda fez muito bem colocando inserido em seu voto também o artigo 59, da Constituição Federal que traz a seguinte redação:

Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

- I- emendas à Constituição;
- II- leis complementares;
- III- leis ordinárias;
- IV- leis delegadas;
- V- medidas provisórias;
- VI- decretos legislativos;
- VII- resoluções.

Vemos evidenciado deste modo à preocupação do ministro na garantia de que a Lei, e “Lei” enquanto qualquer ato normativo de ordem legislativa, não poderá retroagir prejudicando direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.

⁵⁴54 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 05 de Outubro de 1988. Brasília. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/constituicao>. Acesso em 10 de abril de 2016..

⁵⁵55 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoBrittoInativos.pdf>>; ACESSO EM 20/04/2016.

Não bastasse a afronta ao texto constitucional referente ao direito adquirido, a Emenda Constitucional 41/03 acabou por ir manifestamente contra o dispositivo elencado no Art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal, uma de nossas cláusulas pétreas, a que regulamenta justamente os assuntos aos quais não poderão ser objeto de projeto de emenda ao texto constitucional, justamente por assegurar entre outros os direitos e garantias individuais dos cidadãos brasileiros.

Na mesma linha de raciocínio do Ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Ayres Brito, foram também os ministros Celso de Mello, Ellen Gracie que inclusive foi a ministra relatora da Ação Direita de Inconstitucionalidade e o ministro Marco Aurélio que inclusive afirmou em seu voto:

[...] precisamos preservar a carta da República para, realmente, constar que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos a cidadania, a pressupor uma vida gregária sob ordem, e a dignidade da pessoa humana. Volto a afirmar que o Estado tudo pode, mas desde que proceda com observância irrestrita ao que se contém na Constituição Federal. E, a esta altura, introduzir, quanto a servidores que estão aposentados há um, dois, três, quatro, cinco, dez, quinze anos, ou mais, a título de contribuição, um ônus, diminuindo-se lhes os proventos, é algo que conflita frontalmente com a nossa Constituição Federal e implica, até mesmo, ofensa à dignidade da pessoa humana. O que se dirá relativamente a pensionistas?⁵⁶

O ministro deixa manifesto seu respeito e cuidado em favor da Constituição Federal, em entender que os direitos adquiridos por uma grande parcela da população, alguns há menos tempo e outro há mais tempo e também aos pensionistas do regime que já tiverem adquirido acesso ao seu benefício, não podem ser desrespeitados, este foi o posicionamento do ministro em seu voto durante a votação do Projeto de Emenda a Constituição que originou a Emenda Constitucional 41/03.

Estes são apenas dois elementos que caracterizam a inconstitucionalidade da Emenda 41/03, que se trata de inobservância quanto aos direitos adquiridos, e também há que se falar quanto às cláusulas pétreas, evidenciando o fato de que não poderia ter sido editada uma norma que fosse contrária justamente ao dispositivo contido nestes artigos que retratam o direito adquirido e as cláusulas pétreas, seguindo esta linha de raciocínio o Ministro Celso de Mello se manifesta da

⁵⁶ Supremo Tribunal Federal. ADIn 3105-8 e 3128-7.

adotando uma postura em favor da constituição, em favor das cláusulas pétreas e do direito adquirido contido na constituição.

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

O Supremo Tribunal Federal – que é o Guardião da Constituição, por expressa delegação do Poder Constituinte – não pode renunciar ao exercício deste 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 Federativa 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-institucional⁵⁷.

Deste modo fica evidenciado que, por mais respeitáveis que sejam as necessidades que o Estado possa ter estes por sua vez não devem ser utilizados como fato para legitimar a afronta aos princípios essenciais de nosso sistema constitucional positivado.

Noutro momento o ministro Celso de Mello ainda deixa manifesta a condição de que não cabe ao Congresso Nacional à função de reforma, muito menos a de destruir a ordem positivada na Lei Fundamental do Estado com os seguintes dizeres:

[...] em ocorrendo tal hipótese, legitimar-se-á a intervenção tutelar do poder judiciário, cuja função precípua consiste em fazer prevalecer a vontade soberana do constituinte originário, mantendo íntegro o núcleo consubstanciador das decisões políticas fundamentais adotadas no âmbito do Estado [...].⁵⁸

Mais uma vez resta bem demonstrada a noção de que não se pode transgredir quanto ao positivado em cláusulas pétreas e quanto aos direitos adquiridos.

⁵⁷ Supremo Tribunal Federal. ADIn 3105-8 e 3128-7.

⁵⁸ Idem ibidem.

Celso de Mello fala ainda neste sentido que o Congresso Nacional não pode tratar ou fazer qualquer mutação que atinja o núcleo essencial dos elementos fundamentais de nossa Constituição.

O direito adquirido – que não ostenta caráter periférico, secundário ou acidental – ganha relevo e assume aspecto de fundamentalidade, subsumindo-se ao âmbito de proteção das cláusulas pétreas, cujo domínio – a partir de exigências infestáveis fundadas no princípio da segurança jurídica e apoiadas no postulado que respeita a confiança do cidadão no Estado – impede que qualquer ato estatal, como uma emenda à Constituição, incida, com força de retroatividade máxima, média ou mínima, sobre situações jurídicas definitivamente consolidadas⁵⁹.

A opinião dos ministros Ayres Britto, e Celso de Mello são uníssonos em demonstrar que as aposentadorias ou pensões dos respectivos dependentes como for o caso, fazem parte da constituição do direito subjetivo do servidor ou seu dependente.

Além é claro desta situação apresentada pelo Ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Ayres Britto que demonstra de forma objetiva a retroatividade da lei criando uma situação desfavorável ao servidor público inativo ou beneficiário como seja o caso, faz-se necessário apresentar também outra característica descrita pelo Ex-ministro já sobre um princípio constitucional que norteia o âmbito jurídico previdenciário como vimos no primeiro capítulo que é o princípio da solidariedade.

É nisso que reside a solidariedade: a sociedade e o Estado se emparceiram para desenvolver ações de seguridade social em benefício dos aposentados e pensionistas. É o que está dizendo o artigo 249. É nesse sentido que a solidariedade pode ser interpretada. Tanto que a Constituição já falava, desde a origem, desde a redação originária que a seguridade social resulta de uma ação conjunta da sociedade e do Estado, e nem precisou falar de solidariedade. Era uma solidariedade que já estava implícita, embutida, e somente agora veio a ser explicitada.⁶⁰

Na Emenda Constitucional 41/03 foi utilizado o caráter da solidariedade enquanto princípio para justificar como prestação de contribuição do servidor inativo

⁵⁹ Idem ibidem

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoBrittoInativos.pdf>; ACESSO EM 20/04/2016.

sistema, ou seja, tiveram a intenção de justificar que o servidor inativo estaria sendo solidário aos demais contribuindo com o sistema.

Ayres Britto faz ainda de forma muito coerente uma colocação quanto a organização do sistema previdenciário nacional manifestando-se da seguinte forma:

[...] ou seja, é questão do equilíbrio atuarial e financeiro, não diz respeito ao servidor. Diz exclusivo respeito ao gerente. Compete ao gerente administrar a arrecadação de recursos para fazê-los render o suficiente para a auto-sustentação financeira do sistema. Não interessa ao servidor, mas, sim, ao governo. Quero dizer que, muitas vezes, a questão da Previdência, quando se fala em déficit, Sra. Relatora, não é uma questão de Previdência, porém de providência, providencia gerencial do Poder Público. Tanto assim, Tanto o sistema é teoricamente rentável e auto-suficiente que o mercado previdenciário privado experimenta o maior assanhamento para abocanhar uma fatia deste promissor segmento. E os fundos de pensão, em todo o mundo, que nadam em dinheiro, não evidenciam eles que o sistema é rentável, é auto-sustentável?⁶¹

O ministro retira o encargo dos servidores inativos e dos pensionistas do sistema, e novamente o devolve a quem ele entende ser de direito, a administração pública, uma vez que o servidor durante o decurso de sua atividade profissional contribui com o sistema a fim de acumular proventos em seu benefício próprio e de sua família para quando não mais tiver condições de trabalhar.

3.3 Solução do Conflito

Diante de todos os fatos por ora apresentados, tanto os fatos favoráveis quanto os fatos desfavoráveis às disposições contidas na Emenda Constitucional 41/03 sobre a cobrança de contribuição dos proventos dos aposentados e pensionistas do Regime Próprio da Previdência Social, discordamos dos argumentos apresentados pela maioria dos votos dos Ministros, que julgaram pela constitucionalidade da Emenda em foco, justamente por entendermos que se trata de uma situação muito delicada por envolver tanto a seara política quanto a jurídica e nesse ponto, nos dedicamos ao campo jurídico apenas.

Se analisarmos bem, veremos claramente que com a incidência da contribuição para os inativos não há previsão alguma de contraprestação futura e isto lhes reduz um patrimônio adquirido sem previsão de que haja retorno algum.

Em se tratando de solidariedade enquanto princípio norteador do direito

⁶¹ Idem Ibidem.

previdenciário, entendemos que a análise feita por Ayres Britto nos parece mais condizente e justa, com a situação como um todo por assim se manifestar.

[...] é nisso que reside a solidariedade: a sociedade e o estado se emparceiram para desenvolver ações de seguridade social em benefício dos aposentados e pensionistas. É o que está dizendo o art. 249. É nesse sentido que a solidariedade pode ser interpretada. Tanto que a constituição já falava, desde a origem, desde a redação originária que a seguridade social resulta de uma ação conjunta da sociedade e do Estado, e nem precisou falar de solidariedade. Era uma solidariedade que já estava implícita, embutida, e somente agora veio a ser explicitada.⁶²

Ou seja, uma vez que o funcionário público preencheu os requisitos necessários para a obtenção de seu provento de aposentadoria ou pensão por morte, se for o caso, já constituiu direito adquirido subjetivo, ou seja, já cumpriu sua parte do contrato. Assim, novamente, reiteramos a necessidade de lembrarmos do art. 59 da Constituição Federal justamente justificando que cumpridos os requisitos necessário e nega-lo um direito é sim uma ocorrência de inconstitucionalidade, não poderá por ordem de nenhum dos atos jurídicos ser compelido a contribuir.

Além do mais, enquanto funcionários ativos prestam contribuições sendo solidários com o custeio previdenciário dos aposentados contemporâneos de sua geração, já idealizando receber seus proventos de aposentadoria com base nas prestações que fizeram e com a solidariedade das então gerações futuras.

Tratando um pouco mais do assunto dos direitos adquiridos e das cláusulas pétreas faz-se oportuno apresentar uma importante lição trazida por Zélio Furtado da Silva.

Depreende-se que o legislador pátrio não acolheu na Constituição o princípio da irretroatividade absoluta das leis, mas, sim, o princípio da irretroatividade restrita, que consiste na proibição de leis prejudiciais ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e coisa julgada.

Deste modo vemos que a intenção não é a de puramente impedir que haja uma lei que irá impedir outra de retroagir, no entanto o que ocorre na verdade é a previsão de que não haja lei que retroaja ferindo ao direito que já se incorporou ao patrimônio de outrem, a intenção não é a de prejudicar a não retroação mais acaba

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoBrittoInativos.pdf>; ACESSO EM 20/04/2016.

por se configurar como direito fundamental individual que por sua vez é protegido justamente pelo artigo 60, § 4º, IV, da Constituição Federal.

Na Câmara dos Deputados, tramita uma ação interposta pelo Deputado Carlos Mota do PSB/MG (Partido Socialista Brasileiro), desde o ano de 2010, se trata da PEC 555/06, onde a principal intenção é a de acabarem com a contribuição incidente sobre os proventos das aposentadorias dos aposentados e pensionistas do Regime Próprio de Previdência Social, as principais justificativas de Carlos Mota são:

Não há dúvida de que o assunto traz em seu bojo enorme grau de polêmica. Mas não se pode negar ao Congresso Nacional a possibilidade de rever o ato que praticou, porque se a decisão judicial a respeito revestiu-se de caráter definitivo, mesma restrição não se pode impor ao Poder Legislativo, a quem compete, por força de suas atribuições institucionais, revisar continuamente todo e qualquer ato que pratique.

Com efeito, surgiu, na ocasião em que foi apreciada a ação direta antes referida, a acusação de que o acórdão havia sido prolatado por força de elementos mais políticos que jurídicos.

[...]

Hoje se enxerga com mais nitidez do que na ocasião a falsidade dessa premissa. Não se tem notícia de que o Estado brasileiro tenha, depois da contribuição estabelecida, reduzido suas necessidades de financiamento.⁶³

Como podemos perceber, além da intenção de voltar atrás e parar de cobrar contribuição sobre os proventos de aposentadoria e pensão dos beneficiários, há também a preocupação em corrigir a decisão do passado, uma vez que como o próprio Ministro Celso de Mello manifestou “não cabe à Câmara dos Deputados a função de reforma”, ainda mais no que se refere à matéria judicial.

Fica evidente também devido o tempo de proposição da PEC 555/06, e ao fato de até hoje não ter havido nenhuma movimentação ou entrada na pauta da ordem do dia, que não há interesse em movimentação desta demanda ainda mais por se tratar de perda em arrecadação.

63

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com tudo o que vimos durante a elaboração do trabalho, entendemos ter criado uma base coerente e mais sólida para que então pudéssemos aderir a uma das corretas sobre a Emenda Constitucional 41/03 que entendemos ser na verdade uma Emenda Inconstitucional, inobservante a preceitos básicos e elementares, estruturantes de nosso ordenamento jurídico.

Tornamos-nos, capazes de compreender e defender as ideologias baseadas nos princípios constitucionais, previdenciários e da assistência social, ora apresentados sob a importância e força que estes têm para toda a sociedade, conjuntamente com o direito adquirido, as cláusulas pétreas e o princípio da solidariedade estruturante do direito brasileiro, constituinte dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil em seu artigo 3º, inciso I.

Como vimos os princípios de modo geral em nosso ordenamento jurídico sejam os constitucionais ou os da assistência social e previdência social, têm o importante papel de servirem de base, são estendidos justamente como raízes sólidas onde se estruturará o restante do ordenamento jurídico.

Sob o prisma do direito adquirido, pudemos ver a sua importância para o ordenamento jurídico e conseqüentemente para a sociedade, justamente por observar os anseios sociais e regulamentar suas condutas sem que se possa ferir a um bem maior a todos os cidadãos de direito.

Entendemos que o direito deve estar sempre observante as necessidades passíveis de regulamentação, no entanto não é cabível uma alteração que venha impactar negativamente em um direito certo adquirido seja este patrimonial, físico ou jurídico, moral dos cidadãos brasileiros.

Precisamos de um direito que promova as políticas de solidariedade e justiça onde não haja espaço nem lugar para as políticas que ainda vemos e vivemos do “jeitinho brasileiro”, onde possamos encontrar este apenas nos livros de história estudando o passado compreendendo este e melhor arquitetando o futuro construindo assim uma verdadeira sociedade livre, justa, fraterna e solidária.

No que se refere às cláusulas pétreas entendemos sua importância para nossa Constituição e concordamos que as mesmas devem sempre ser observadas, a final de contas às determinações trazidas no artigo 60, § 4º, inciso IV, são comuns a todos os brasileiros.

Suas determinações visam não somente cuidar do dos direitos e garantias individuais dos brasileiros, mas também tem a preocupação e a presteza de cuidar para que entre outros elementos a forma federativa de Estado prevaleça, e nos deixa ainda demonstrado que, se for preciso fazer alterações que encontrem caminhos contrários a estes seria melhor que se firma-se uma nova constituição para a criação de um novo rumo como já ocorrera em tempos passados.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Ruy Carlos Machado. **Uma história crítica da legislação previdenciária Brasileira**. RDT 18/12.

BALERA, Wagner. **Sistema de Seguridade Social**. 4ª edição. São Paulo: LTr, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva 2006.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional: A importância do Princípio da Igualdade. São Paulo: Malheiros editores, 2001, p. 340-341

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de Direito Previdenciário**. 4 edição, 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoBrittolnativos.pdf>; ACESSO EM 16/02/2016.

BRASIL, Código Civil (2002). Brasília, DF: Senado, 2002.

BRASIL. Ministério da Previdência Social. <http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2014/05/confira-os-tipos-de-aposentadoria-existent-no-brasil>. Acesso em 26/04/16

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 5ª Ed. Saraiva: São Paulo, 2003.

FEIJÓ COIMBRA, J. R. **Direito Previdenciário Brasileiro**. 2º ed. Rio de Janeiro: Ed. Trabalhistas, 1990.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 8. ed. rev. E atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

MARTINS. Sérgio Pinto. **Direito de Seguridade Social**. São Paulo: Atlas, 2004.

MENDES. Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. O Controle Abstrato de Normas. São Paulo: Ed. Saraiva 1996.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2006.

PEREIRA JÚNIOR, Aécio. Evolução histórica da Previdência Social e os direitos fundamentais. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 707, 12 jun. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6881>>. Acesso em: 21/04/2016.

ROCHA, Daniel Machado da. **O direito fundamental à previdência social na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito Previdenciário Esquematizado**. Coord. Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34^a Ed. São Paulo. Malheiros: 2011.

KELSEN, Hans apud MORAES Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito previdenciário**: Regime Geral de Previdência Social e Regimes Próprios de Previdência Social. 8 ed. ver. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.