

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL

HADASSAH LAÍS DE SOUSA SANTANA

JOSÉ RICARDO CAETANO COSTA

JOSÉ QUERINO TAVARES NETO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente:

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direitos sociais, seguridade e previdência social [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Hadassah Laís de Sousa Santana; José Querino Tavares Neto; José Ricardo Caetano Costa – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-313-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Seguridade. 3. Previdência social. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL

Apresentação

DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL I

O Grupo de Trabalho, coordenado pelos professores Hadassah Laís de Sousa Santana, José Ricardo Costa e José Querino Tavares Neto, discute temas relacionados aos Direitos Sociais, à Seguridade Social e à Previdência Social, contando com artigos de autores que contribuíram com a discussão de maneira profunda e plural.

Os artigos apresentados são amplos e abordam assuntos específicos dentro do tema, permitindo à sociedade um amplo debate quanto à seguridade e previdência social, uma vez que oferece uma visão dos impactos da matéria em diversos e singulares aspectos.

Os trabalhos permearam sobre os efeitos da pandemia do COVID-19 nas relações trabalhistas e previdenciárias, como é o caso da adoção do regime de home Office, o que gerou diversos questionamentos quanto à equiparação às normas de trabalho típico, em face das lacunas deixadas pelo legislador em relação a aspectos do teletrabalho; bem como os riscos de natureza sanitária em momentos de pandemia, que carecem de medidas prestacionais que assegurem as normas sociais fundamentais.

A Emenda Constitucional 103, de 12 de novembro de 2019 é tema de grande enfoque pelos autores, que apresentaram possíveis retrocessos legais a partir de sua publicação, assim como as alterações na aposentadoria especial e nos benefícios previdenciários, analisando, ainda, a constitucionalidade e validade da reforma previdenciária.

É possível citar, ainda, a crítica quanto ao papel do Estado, como responsável pela implementação de políticas públicas que proporcionem o cumprimento dos direitos sociais positivados, em especial quanto ao direito à saúde, considerando os impactos pós-covid, o que inclui a saúde física, mental e estrutural dos brasileiros; e ao direito à educação, em face das medidas adotadas pelo país em razão da pandemia.

Denota-se claro que a assistência e a previdência são fontes de proteção aos cidadãos, uma vez que esses dependem das políticas públicas relacionadas aos direitos sociais para que mantenham o mínimo de dignidade humana. Dessa forma, cabe ao Estado, em caráter de garantidor das normas, proporcionar o progresso assistencial, de modo que os direitos sociais

acompanhem todo e qualquer desenvolvimento social do país, para que sejam preservados e mantidos em amparo aos seus beneficiários.

MARCOS TEMPORAIS DELIMITADORES DO DIREITO EXPECTADO E A PROTEÇÃO FRENTE À ALTERAÇÃO LEGISLATIVA EM MATÉRIA DE APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA DO SERVIDOR PÚBLICO TITULAR DE CARGO EFETIVO

TEMPORAL MILESTONES THAT LIMIT THE EXPECTED RIGHT AND PROTECTION AGAINST LEGISLATIVE CHANGES IN THE MATTER OF VOLUNTARY RETIREMENT OF THE CIVIL SERVANT IN OFFICE

**Christianne Araújo da Cruz
Marcelo Barroso Lima Brito de Campos**

Resumo

Busca-se analisar os marcos temporais que delimitam expectativa de direito, direito expectado e direito adquirido e compatibilizar a proteção do direito expectado à aposentadoria do servidor público com as alterações do sistema previdenciário por emendas constitucionais. Conclui-se que o direito expectado é a fase intermediária entre a expectativa de direito e o direito adquirido e que normas vigentes podem ser ineficazes a depender do tempo de ingresso no serviço público, se implicar o agravamento desproporcional das condições relativas à obtenção da aposentadoria.

Palavras-chave: Direito expectado, Aposentadoria voluntária, Emenda constitucional, Rpps, Ineficácia

Abstract/Resumen/Résumé

It seeks to analyze the time frames that delimit the expectation of the right, expected right and acquired right and make the protection of the expected right to retirement of the public servant compatible with the changes in the social security system by constitutional amendments. It is concluded that the expected right is the intermediate phase between the expectation of the right and the acquired right and that current rules may be ineffective depending on the time of entry into the public service, if it implies the disproportionate worsening of the conditions related to obtaining retirement.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Rights expected, Voluntary retirement, Constitutional amendment, Rpps, Ineffectiveness

1 INTRODUÇÃO

Na Constituição da República de 1988 (CR/88), a primazia do trabalho é a base da ordem social e deve ter por finalidade o bem-estar e a justiça sociais (BRASIL, 1988).

Contudo, a vida humana está sujeita a contingências que podem afetar a capacidade laborativa. Essas situações envolvem fatores como idade avançada, infância, maternidade, incapacidade temporária e permanente, prisão e morte.

Por essa razão, a Seguridade Social, que compreende a Saúde, Previdência, e Assistência Sociais, tem por finalidade a proteção social frente a esses riscos.

Apesar da autonomia científica, o Direito Previdenciário não é um ramo isolado dos demais setores da Ciência do Direito, (CASTRO; LAZZARI, 2020, p. 44), razão pela qual também se orienta por princípios que estruturam o Ordenamento Jurídico, como segurança jurídica, proporcionalidade, isonomia, proteção da confiança legítima, entre outros (CAMPOS, 2011).

Ademais, o Direito Previdenciário está em constante transformação para se adequar à realidade que também se modifica ininterruptamente.

De um lado tem-se o interesse individual do segurado à máxima proteção possível, e de outro, sobressai o interesse público no resguardo do sistema previdenciário, em vista de sua permanência a longo prazo. Os princípios supracitados, quando atendidos, fornecem elementos para a ponderação de tais interesses, para que não se frustrate a proteção ao indivíduo ou à coletividade.

As reformas previdenciárias devem respeitar direitos já adquiridos e, também, proteger os direitos em formação. Por esse motivo, as regras de transição deveriam atenuar o impacto de modificações para aqueles que já se encontravam no regime previdenciário em momento anterior a elas.

Todavia, nem sempre as mencionadas regras cumprem o seu papel. Algumas vezes, no caso concreto, podem ocorrer distorções que resultam na exacerbação das exigências para obtenção de benefícios por indivíduos que já contribuía para o regime, quando comparado a novos filiados.

O direito à aposentadoria voluntária nasce do cumprimento de condições que envolvem necessariamente longo espaço de tempo. Esse intervalo pode ser considerado ainda maior, quando o referencial se torna o tempo de vida da pessoa. Por isso, alterações reiteradas naquelas condições podem eventualmente ocasionar grande insegurança jurídica.

Assim, exclusivamente sob esse ponto de vista, o melhor seria a incorporação das

regras vigentes no início da relação jurídica previdenciária ao patrimônio jurídico do segurado. Por outro lado, isso traria como efeito o enrijecimento do sistema previdenciário, o que não é o ideal, frente à necessidade de ajustes para o equilíbrio deste.

A Emenda Constitucional n.103/2019 (EC 103/2019) promoveu uma nova reforma da Previdência, revogando inclusive normas de transição anteriores à sua vigência.

O Brasil no estágio de desenvolvimento da previdência social passa por uma fase de retraimento da proteção previdenciária sem que tenha completado a fase de expansão ocorrida de modo mais amplo em alguns outros países (CASTRO; LAZZARI, 2020, p. 13).

Diante disso, há a tendência, de um lado, de agravamento de critérios para aquisição de direito ao recebimento de benefícios previdenciários, e de outro, a redução de seus valores, sendo imperioso maior tempo de contribuição pelo segurado para não sofrer perdas no cálculo da renda mensal inicial (RMI).

O presente estudo busca uma interpretação que congregue a necessidade de proteção de segurados vinculados aos Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos (RPPS) antes da EC 103/2019 e parâmetros para a máxima efetividade da referida Emenda.

Para isso, a reflexão se desenvolve a partir do seguinte questionamento: qual o marco temporal distintivo entre expectativa de direito, direito expectado e direito adquirido? Como compatibilizar a devida proteção ao direito expectado do servidor público titular de cargo efetivo com as alterações legislativas que agravam os requisitos tendo em conta a eficácia normativa e a preservação do ordenamento jurídico como um sistema?

A hipótese que se apresenta é a de que a resposta a essas indagações proporcione equilíbrio à proteção previdenciária, ao respeitar os princípios da proporcionalidade, segurança jurídica e da proteção da confiança legítima, sem engessar o já mencionado sistema ou sobrecarregar o equilíbrio atuarial.

A justificativa para o presente estudo está em se resguardar a dignidade humana do servidor público e seu direito à proteção previdenciária diante de frequentes alterações constitucionais.

O estudo se desenvolve em três partes subsequentes a esta introdução.

A primeira delas busca diferenciar expectativa de direito, direito expectado e direito adquirido utilizando para isso marcos temporais definidos.

A segunda discute de que modo se deveria dar a proteção aos direitos expectados frente a alterações legislativas.

A terceira parte contém as conclusões obtidas ao longo do estudo.

Registre-se que não se pretende adentrar os direitos previdenciários em espécie, ou esmiuçar as alterações legislativas ocorridas no direito previdenciário ao longo do tempo.

Também não se pretende esgotar as definições de direito adquirido ou de expectativa de direito existentes na doutrina, mas apenas trazer os elementos necessários e suficientes ao desenvolvimento da ideia presente neste estudo.

2 MARCO TEMPORAL DISTINTIVO ENTRE EXPECTATIVA DE DIREITO, DIREITO EXPECTADO E DIREITO ADQUIRIDO

São bem conhecidas as palavras de Heráclito de Éfeso: “Não se pode entrar duas vezes no mesmo rio. Dispersa-se e reúne-se; avança e se retira” (ÉFESO *In*: BORNHEIM, 2000, p. 41).

O pensamento acima transcrito sugere a constante transformação a que os seres e a realidade estão sujeitos, num movimento contínuo.

Explica Chauí (2000, p. 138), que a realidade para esse filósofo é a harmonia dos contrários que não cessam de se transformar uns nos outros.

Reflete, portanto, processos de metamorfose, nem sempre captados pela nossa percepção.

Heráclito, assim, formula “o problema da unidade permanente do ser diante da pluralidade e mutabilidade das coisas particulares e transitórias” (KUHNEN, 1996, p. 89).

Percebe-se, então, que “tudo é movimento, tudo está em fluxo, mas a realidade possui uma unidade básica, uma unidade na pluralidade. Esta unidade na pluralidade pode ser entendida também como a unidade dos opostos.” (MARCONDES, 2010, n.p.).

Tendo por base aquelas premissas, o pensamento de Heráclito fornece elementos para uma melhor compreensão do direito em seu movimento de transformação.

Campos (2011), explanando sobre a necessidade de proteção aos direitos expectados, escreve:

O suceder de fatos da vida, que ocorrem ao longo do tempo, forma no seu conjunto, um plexo que, ao cabo, se denomina direito adquirido, esse o ponto de chegada, a expectativa de direito é, pois, a caminhada. Esses fatos sucessivos no tempo, isoladamente, não constituem direitos adquiridos, mas o seu conjunto, a sua unidade, configura um direito (CAMPOS, 2011, p. 99).

Destarte, o direito é a unidade básica, enquanto expectativa, direito esperado e direito adquirido são os opostos (a pluralidade), no movimento contínuo de formação daquela unidade.

Considera-se adquirido o direito quando apto a ser exercido, ainda que não tenha havido, efetivamente, o seu exercício. (...) direitos condicionados, ou expectativos, são direitos existentes, estando condicionado, ou expectante, apenas o seu exercício. Não se confundem tais direitos com as chamadas expectativas de direito. Os direitos condicionados, ou expectativos, são direitos existentes, estando condicionado o seu exercício. Diferente é o que ocorre com as chamadas expectativas de direito, situações em que não há direito algum, já que ainda pendentes ('em expectativa') de configuração os próprios requisitos básicos para sua existência. (ZAVASCKI, 2008 *In*: HIRSCH, 2012 p. 92).

Esses elementos justapostos seriam, portanto, fases ou processos evolutivos de um direito no decorrer do tempo, que culminaria no direito adquirido, o qual não mais retrocederia à fase de expectativa, mas que permaneceria em constante fluxo.

Nos direitos instantâneos essas mudanças como fases dificilmente são percebidas, talvez porque aqueles estados de formação da unidade praticamente se sobreponham pela velocidade das transformações.

Por outro lado,

“os direitos previdenciários são adquiridos em fragmentos, tempo a tempo, contribuição a contribuição. Por isso, tão importante quanto proteger os direitos previdenciários formados é proteger os direitos previdenciários em sua formação, pois deve haver uma proteção sobre o tempo decorrido. (CAMPOS, 2011, p. 91).

Portanto, a distinção daquelas fases é de grande importância no que concerne aos direitos de longa aquisição, a exemplo dos direitos à aposentadoria voluntária do servidor público, frente às diversas inovações jurídicas relativas à matéria, ocorridas ao longo do tempo.

Passe-se, então, a analisar o que distingue (dá identidade) a cada uma dessas fases.

A primeira etapa daquela unidade consiste na expectativa de direito.

Supõe-se que ela decorra de um conjunto constituído pela associação de uma previsão legal (direito objetivo) estabelecendo direitos e obrigações relativas a um papel¹ (*status* jurídico) e a expectativa razoável por parte do sujeito de vir a desempenhá-lo. Em se tratando de servidores públicos, a expectativa de direito previdenciário teria início com

¹ “Papel – 1. Em sociologia do direito, função que preenche um indivíduo; conjunto de direitos e obrigações que resultam de seu *status* jurídico; mais precisamente, o conjunto de atitudes e das ações esperadas de uma dada pessoa, conseqüente ao *status* jurídico que ela ocupa.” (ARNAUD, 1999, p. 561).

a aprovação em concurso público e se findaria em um momento imediatamente anterior ao nascimento do direito expectado.

Como visto acima, a expectativa de direito não gera proteção jurídica. A proteção jurídica teria início com o direito expectado.

Campos (2011, p. 14), com suporte em Pontes de Miranda (1955), sustenta a existência do direito expectado, intermediário entre a expectativa de direito e o direito adquirido, sendo o direito a adquirir direitos.

Mas que instante marcaria o nascimento do direito expectado? A investidura pela posse ou o efetivo exercício do cargo?

Conforme Medauar (2018),

A posse significa aceitação das atribuições, responsabilidades e direitos do cargo, efetuando-se por assinatura de um termo. (...). Início de exercício é o começo do desempenho das atribuições do cargo, contando-se daí os dias trabalhados para fins de remuneração e de tempo de serviço. (MEDAUAR, 2018, p. 273).

Supõe-se que, em regra, o direito expectado nasça com a investidura pela posse no serviço público, exceção feita ao direito expectado dos professores do magistério, no que se refere à aposentadoria do professor.

Isso porque não há de se confundir os requisitos existentes em dada época, necessários a aquisição de aposentadoria em suas diferentes modalidades, com o momento a partir do qual o servidor deve contar com alguma segurança jurídica tendo em vista a aquisição desse direito.

Ou seja, como regra, o efetivo exercício no cargo público, junto com outros fatores, é somente uma das condições para a aquisição da aposentadoria e não o início do direito expectado em si, “compreendido como o direito a adquirir direitos” (CAMPOS, 2011, p. 260).

Esse entendimento tem por base as previsões contidas na EC 20/98, art. 8º *caput*²

² Art. 8º - Observado o disposto no art. 4º desta Emenda e ressalvado o direito de opção a aposentadoria pelas normas por ela estabelecidas, é assegurado o direito à aposentadoria voluntária com proventos calculados de acordo com o art. 40, § 3º, da Constituição Federal, àquele que tenha ingressado regularmente em cargo efetivo na Administração Pública, direta, autárquica e fundacional, até a data de publicação desta Emenda, quando o servidor, cumulativamente: (BRASIL, 1998).

e § 4º³, e na EC 41/2003, arts. 6º⁴, 6-A⁵. Segundo elas, o direito a obtenção do direito à aposentadoria em condições diferenciadas remete ao ingresso no serviço público, exceto para os professores do magistério, na modalidade aposentadoria voluntária do professor.

Esses direitos a adquirir direitos tem feição de verdadeiros direitos expectados, embora tal designação não venha expressa em lei.

Na sequência evolutiva da “unidade direito”, a tendência é a transposição do direito expectado para o adquirido, que se dá no instante de cumprimento dos requisitos juridicamente previstos que autorizam a fruição daquele por seu titular.

O desenvolvimento do direito adquirido depende do cumprimento, na fase de direito expectado, das condições estabelecidas em lei. Isso significa que a alteração de requisitos de forma desproporcional pode retardar ou até mesmo frustrar sua aquisição.

Por tal fato, interessa analisar de que forma se deva dar a proteção ao direito expectado.

4 PROTEÇÃO A DIREITOS EXPECTADOS X ALTERAÇÃO CONSTITUCIONAL

Como discutido no tópico anterior, considera-se neste estudo que o direito expectado à aposentadoria voluntária de servidor público seria a fase intermediária entre a expectativa de direito e o direito adquirido, e se iniciaria com a investidura pela posse e se encerraria no momento imediatamente anterior ao atingimento dos requisitos

³ § 4º - O professor, servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que, até a data da publicação desta Emenda, tenha **ingressado, regularmente, em cargo efetivo de magistério** e que opte por aposentar-se na forma do disposto no "caput", terá o tempo de serviço exercido até a publicação desta Emenda contado com o acréscimo de dezessete por cento, se homem, e de vinte por cento, se mulher, desde que se aposente, exclusivamente, com tempo de efetivo exercício das funções de magistério. (BRASIL, 1998).

⁴ Art. 6º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelo art. 2º desta Emenda, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha **ingressado no serviço público** até a data de publicação desta Emenda poderá aposentar-se com proventos integrais, que corresponderão à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, quando, observadas as reduções de idade e tempo de contribuição contidas no § 5º do art. 40 da Constituição Federal, vier a preencher, cumulativamente, as seguintes condições: (BRASIL, 1998).

⁵ Art. 6º-A. O servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha **ingressado no serviço público** até a data de publicação desta Emenda Constitucional e que tenha se aposentado ou venha a se aposentar por invalidez permanente, com fundamento no inciso I do § 1º do art. 40 da Constituição Federal, tem direito a proventos de aposentadoria calculados com base na remuneração do cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, não sendo aplicáveis as disposições constantes dos §§ 3º, 8º e 17 do art. 40 da Constituição Federal. (BRASIL, 1998).

previstos em lei (*lato sensu*) para a aquisição do direito.

É certo que o direito expectado não deve gozar da mesma proteção jurídica dispensada ao direito adquirido (CAMPOS, 2011). Igualmente inexistente direito adquirido a regime jurídico, conforme já mencionado.

Exemplo disso em matéria previdenciária pode ser vista em decisões que tratam da legalidade da exigência de contribuição previdenciária relativa a servidores ativos, inativos e pensionistas que já ostentavam essa condição antes das inovações legislativas procedidas pelas EC's 3/93, 20/98 e 41/2003.

A EC 3/93 introduziu no antigo § 6º do art. 40 da CR/88 a previsão da obrigatoriedade de contribuição por parte dos servidores para custeio de aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais.

Embora a EC 20/98 tenha alterado a redação do mencionado parágrafo, a previsão do caráter contributivo do regime de previdência foi realocada no *caput* do art. 40 e estendido aos titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações.

A EC 41/2003 incluiu na obrigatoriedade de contribuição, além dos servidores ativos, os inativos e pensionistas.

Essa obrigatoriedade foi repetida pela EC 103/2019, que, ademais, suprimiu o termo "é assegurado o regime de previdência" que aparecia no *caput* do art. 40 com redações dadas pelas EC's 20/98 e 41/2003.

Instado a se pronunciar, o STF decidiu pela legalidade da exação, como mostra o julgado abaixo.

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DE INATIVOS E PENSIONISTAS. ART. 40, § 18, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA; ARTS. 4º, PARÁGRAFO ÚNICO, INC. I E II, E 9º DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 41/2003. IMPROCEDÊNCIA DAS ALEGAÇÕES DE CONTRARIEDADE AOS PRINCÍPIOS DO DIREITO ADQUIRIDO, DO ATO JURÍDICO PERFEITO, DA PROPORCIONALIDADE E DA SEGURANÇA JURÍDICA. 1. No julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 3.105/DF e 3.128/DF, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade da cobrança da contribuição previdenciária instituída no *caput* do art. 4º da Emenda Constitucional n. 41/2003 e declarou a inconstitucionalidade das expressões "cinquenta por cento do" e "sessenta por cento do", contidas nos incisos I e II do parágrafo único do art. 4º da Emenda Constitucional n. 41/2003: prejuízo do pedido nessa parte. 2. A discriminação determinada pelo § 18 do art. 40 da Constituição da República, segundo a qual incidirá contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadorias e pensões que excederem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social, configura situação justificadamente favorável àqueles que já recebiam benefícios quando do advento da Emenda Constitucional n. 41/2003, incluídos no rol dos contribuintes (Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 3.105/DF e

3.128/DF): improcedência do pedido nessa parte. 3. **A pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal assentou inexistir direito adquirido à não tributação:** improcedente do pedido quanto ao art. 9º da Emenda Constitucional n. 41/2003. 4. Ação julgada prejudicada quanto ao art. 4º, parágrafo único, inc. I e II, da Emenda Constitucional n. 41/2003; e improcedente quanto ao § 18 do art. 40 da Constituição da República e ao art. 9º da Emenda Constitucional n. 41/2003. (BRASIL, 2020). (Grifo nosso).

Então, de que forma se daria a proteção ao direito expectado de que se trata aqui?

Certamente, a resposta a essa questão não está na vinculação à todas as normas do regime jurídico de ingresso do servidor no serviço público.

Portanto, direito expectado à aposentadoria não se vincularia, por exemplo, à inexistência do requisito de contribuição previdenciária para os que ingressaram antes da EC 3/93.

Porém, o direito expectado estaria na garantia de não agravamento desmedido dos requisitos para obtenção daquele direito.

Para isso, seriam necessárias regras de transição que proporcionassem, no caso concreto, um tratamento proporcionalmente mais brando do que aquele destinado a servidores que ingressassem após a vigência da norma modificadora, sob pena de ineficácia desta.

Neste caso, a inovação legislativa mais gravosa resultaria na subsistência das normas anteriores até que nova disposição, com tratamento que respeitasse os princípios já mencionados, ingressasse no ordenamento jurídico.

Em reforço a esse argumento tem-se que a previdência social é direito fundamental previsto no art. 6º, e art. 40, *caput* da CR/88, entre outras normas constitucionais de mesmo teor.

Igualmente, o direito à aposentadoria está previsto como direito social (art. 7º, XXIV, da CR/88), é modalidade de previdência social, e se constitui direito individual fundamental, a despeito de estar fora do art. 5º da CR/88.

(...) todos os direitos fundamentais sociais vinculados á ideia de Seguridade Social e, principalmente, todas as estruturas que lhe são pertinentes, suas políticas públicas e serviços que lhe são inerentes, todas as prestações securitárias e quaisquer modalidades de benefícios, enfim, toda a Seguridade Social, são dotados de jusfundamentalidade material (SERAU JÚNIOR, 2020, n.p.)

Quer dizer, a unidade do direito de “aposentadoria” atribuída a cada servidor efetivo titular de cargo público é direito fundamental individual, embora em conjunto,

tais direitos constituam um direito social.

Sendo considerada unidade de direito fundamental, o direito à aposentadoria voluntária de cada servidor efetivo titular de cargo público (isoladamente) deve sofrer a proteção prevista no art. 60, § 4º, IV, da CR.

Relembre-se que as cláusulas pétreas não são sinônimo de imutabilidade ou engessamento da ordem jurídica, de modo que a unidade de direito fundamental pode sofrer alterações de ordem legislativa que mantenham ou ampliem as garantias do direito.

Nas palavras de Serau Júnior (2020), a jusfundamentalidade material da Seguridade Social permite obstaculizar ou impedir a redução ou supressão dos direitos fundamentais sociais através de reformas constitucionais (SERAU JÚNIOR, 2020, n.p.).

Quer dizer, tal proteção não significa imutabilidade dos requisitos para aposentadoria daquele que já se encontrava o serviço público. Da mesma forma, não impede o surgimento de condições mais gravosas para a aquisição de tal direito no que se refere a servidores que ingressem após a vigência daquelas, desde que, é claro, sejam dotadas de razoabilidade, proporcionalidade e tenham em vista o equilíbrio atuarial.

Em síntese: a cláusula pétrea estaria, não na possibilidade de revisão dos requisitos para aposentadoria, mas na proteção contra alterações que não preservem a proporcionalidade e isonomia em se tratando do direito à aposentadoria voluntária.

Nesse aspecto, Faria (2020) faz estimativa do tempo necessário para aposentadoria de professor, tendo por comparação as regras anteriores e as contidas na EC 103/2020. Pelas regras anteriores, para um homem que tivesse 50 (cinquenta) anos de idade e 29 (vinte e nove) anos de contribuição antes da EC 103/2019, faltaria 1 (um) ano de contribuição (2021); entretanto, pela regra geral ele necessitaria completar 60 (sessenta) anos de idade (2030); ou 12 (doze) anos (2032) para atingir a pontuação exigida na 1ª regra de transição; ou 62 (sessenta e dois) anos de idade (2032) pela 2ª regra de transição do professor (FARIA, 2020, p. 28-36).

Os exemplos acima transcritos evidenciam a desproporcionalidade dos requisitos e a quebra de isonomia, entre aquele que completou as condições até 13.11.2019 e aquele que completou dias após aquela data.

O marco temporal inicial a balizar a análise da qualidade das alterações legislativas posteriores deveria ser o instante do surgimento do direito expectado (investidura pela posse). Todavia, a superveniência de norma posterior mais benéfica revogadora passaria a ser no novo parâmetro para verificação da proporcionalidade.

Assim, embora determinada norma seja dotada de validade e eficácia para

servidores que tenham ingressado no serviço público após sua vigência, para aqueles que já se encontravam investidos, ela poderá ser tida como ineficaz, se implicar no agravamento desproporcional das condições relativas à obtenção da aposentadoria.

Acredita-se que a ineficácia da norma em face do servidor que se encontra em tal situação é dotada de efeito repristinatório, fazendo incidir a regra mais benéfica.

Reforce-se, com isso, que não se está a discutir o direito a regime jurídico, mas tão somente, a defender a garantia da proporcionalidade dos requisitos necessários ao mencionado benefício, como a feição do direito expectado.

Neste caso, o cumprimento de requisitos para a aquisição da aposentadoria voluntária após a entrada em vigor da nova norma não configura o criticado *tertium genus*. Isso porque o servidor continua sendo regido pelas normas anteriores, diante da ineficácia da regra posterior que ignora a finalidade de proteção do Direito Previdenciário.

Isso também não contraria a vedação de critérios diferenciados para a concessão de benefícios, ao contrário, proporciona a isonomia ao garantir o aproveitamento das mesmas regras aplicadas àqueles que se encontram em situações jurídicas semelhantes.

Igualmente não representa afronta ao princípio do *tempus regit actum*, vez que os atos individualmente praticados são regidos pela lei vigente ao tempo de sua realização.

A ineficácia de normas constitucionais para uma parcela dos servidores não é algo inconcebível.

Mencione-se, nesse sentido, que algumas disposições da EC 103/2019 que tratam de benefícios previdenciários têm eficácia imediata para servidores federais, embora não surtam efeitos para servidores de Estados e Municípios enquanto não promovidas alterações na legislação interna dos respectivos entes em consonância com as disposições constitucionais (SPREV, 2019).

O direito expectado, como garantia da aplicação da regra que garanta a proteção previdenciária, em essência, pode ser encontrado no voto do Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho, no REsp n. 1.596.203/PR, cujo teor é abaixo transcrito:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL AFETADO COMO REPETITIVO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. REVISÃO DE BENEFÍCIO. SOBREPOSIÇÃO DE NORMAS.

APLICAÇÃO DA REGRA DEFINITIVA PREVISTA NO ART. 29, I E II DA LEI 8.213/1991, NA APURAÇÃO DO SALÁRIO DE BENEFÍCIO, QUANDO MAIS FAVORÁVEL DO QUE A REGRA DE TRANSIÇÃO CONTIDA NO ART. 3º. DA LEI 9.876/1999, AOS SEGURADOS QUE INGRESSARAM NO SISTEMA ANTES DE 26.11.1999 (DATA DE EDIÇÃO DA DA LEI 9.876/1999). CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO AO

MELHOR BENEFÍCIO. PARECER DO MPF PELO DESPROVIMENTO DO FEITO. RECURSO ESPECIAL DO SEGURADO PROVIDO.

1. A Lei 9.876/1999 adotou nova regra de cálculo dos benefícios previdenciário, ampliando gradualmente a sua base de cálculo dos benefícios que passou a corresponder aos maiores salários de contribuição relativos a 80% de todo o período contributivo do Segurado, substituindo a antiga regra que determinava o valor do benefício a partir da média aritmética simples dos 36 últimos salários de contribuição dos meses anteriores ao do afastamento do Segurado da atividade ou da data da entrada do requerimento administrativo.

2. A nova lei trouxe, também, uma regra de transição, em seu art. 3o., estabelecendo que no cálculo do salário de benefício dos Segurados filiados à Previdência Social até o dia anterior à data de publicação da Lei 9.876/1999, o período básico de cálculo só abarcaria as contribuições vertidas a partir de julho de 1994 (estabilização econômica do Plano Real).

3. A regra transitória deve ser vista em seu caráter protetivo, como é típico do Direito Previdenciário. O propósito do art. 3o. da Lei 9.876/1999 e seus parágrafos foi estabelecer regras de transição que garantissem que os Segurados não fossem atingidos de forma abrupta por regras mais rígidas de cálculo dos benefícios.

4. Nesse passo, não se harmoniza com o Direito Previdenciário admitir que tendo o Segurado recolhido melhores contribuições antes de julho de 1994, tais pagamentos sejam simplesmente descartados no momento da concessão de seu benefício, sem analisar as consequências da medida na apuração do seu valor (do benefício), sob pena de infringência ao princípio da contrapartida.

5. É certo que o sistema de Previdência Social é regido pelo princípio contributivo, decorrendo de tal princípio a consequência de haver, necessariamente, uma relação entre custeio e benefício, não se afigurando razoável que o Segurado realize contribuições e não possa se utilizar delas no cálculo de seu benefício.

6. A concessão do benefício previdenciário deve ser regida pela regra da prevalência da condição mais vantajosa ou mais benéfica ao Segurado, nos termos da orientação do STF e do STJ. Assim, é direito do Segurado o recebimento de prestação previdenciária mais vantajosa dentre aquelas cujos requisitos cumpre, assegurando, conseqüentemente, a prevalência do critério de cálculo que lhe proporcione a maior renda mensal possível, a partir do histórico de suas contribuições.

7. Desse modo, **impõe-se reconhecer a possibilidade de aplicação da regra definitiva prevista no art. 29, I e II da Lei 8.213/1991, na apuração do salário de benefício, quando se revelar mais favorável do que a regra de transição contida no art. 3o. da Lei 9.876/1999, respeitados os prazos prescricionais e decadenciais.**

Afinal, por uma questão de racionalidade do sistema normativo, a regra de transição não pode ser mais gravosa do que a regra definitiva.

8. Com base nessas considerações, sugere-se a fixação da seguinte tese: Aplica-se a regra definitiva prevista no art. 29, I e II da Lei 8.213/1991, na apuração do salário de benefício, quando mais favorável do que a regra de transição contida no art. 3o. da Lei 9.876/1999, aos Segurados que ingressaram no Regime Geral da Previdência Social até o dia anterior à publicação da Lei 9.876/1999.

9. Recurso Especial do Segurado provido. (BRASIL, 2019).

Ainda que a revisão da “vida toda” (tema repetitivo 999 STJ) ainda esteja pendente

de julgamento, e se trate de RGPS, a tese firmada e os argumentos contidos na decisão acima apontam para a regra do início do direito expectado como o ingresso no regime previdenciário e, para a ineficácia da norma posterior que não cumpre a finalidade protetiva.

5 CONCLUSÕES

Há de se congreguar a necessidade de proteção de segurados vinculados aos RPPS antes da EC 103/2019, e parâmetros para a máxima efetividade da referida Emenda.

Para isso, o direito à aposentadoria voluntária de servidores públicos detentores de cargo efetivo, sob a perspectiva fornecida por Heráclito de Éfeso, é concebido como uma unidade em constante transformação.

Essa unidade se inicia como expectativa de direito, que surge a partir da aprovação em concurso público e se finda em momento imediatamente anterior à posse. Nessa fase não se cogita de proteção jurídica, a qual tem origem com o nascimento do direito expectado.

O direito expectado à aposentadoria voluntária de servidor público seria a fase intermediária entre a expectativa de direito e o direito adquirido. Ele se iniciaria, em regra, com a investidura pela posse e se encerraria no momento imediatamente anterior ao atingimento dos requisitos previstos em lei (*lato sensu*) para a aquisição do direito.

Exceção deve ser feita ao direito expectado na modalidade aposentadoria do professor, no que se refere ao início, o qual parece ter nascimento com o efetivo exercício do cargo de magistério.

A fase final da unidade seria o direito adquirido, o qual não mais retrocederia à fase de expectativa, mas permaneceria em constante fluxo.

Como o desenvolvimento do direito adquirido depende do cumprimento, na fase de direito expectado, das condições estabelecidas em lei, o direito expectado estaria na garantia de não agravamento desmedido dos requisitos para obtenção do direito à aposentadoria voluntária.

O marco temporal inicial a balizar a verificação da qualidade das alterações legislativas posteriores deveria ser o instante do surgimento do direito expectado (investidura pela posse). Todavia, a superveniência de norma posterior mais benéfica revogadora passaria a ser o novo parâmetro para verificação da proporcionalidade.

Embora determinada norma possa ser dotada de validade e eficácia para

servidores que tenham ingressado no serviço público após sua vigência, para aqueles que já se encontravam investidos, ela poderá ser tida como ineficaz, se implicar no agravamento desproporcional das condições relativas à obtenção da aposentadoria.

Conclui-se, por fim, que a legislação e a jurisprudência trazem exemplos de direitos expectados, embora não sejam assim denominados expressamente. Acredita-se que a ideia aqui trazida, ao não promover o engessamento do sistema previdenciário, propicie harmonia entre os direitos fundamentais individuais e o equilíbrio atuarial, tendo em vista a manutenção do sistema previdenciário para a presente e as futuras gerações.

REFERÊNCIAS

ARNAUD, André-Jean et al. (coord.). **Dicionário enciclopédico de Teoria e de sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília (DF): Senado Federal; 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17.12.2020.

BRASIL. Constituição (1998). Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm. Acesso em: 20.12.2020.

BRASIL. Constituição (1998). Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003. Modifica os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do § 3 do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc41.htm. Acesso em: 20.12.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Adi nº 3184. Relator: Cármen Lúcia. Brasília, DF, 24 de junho de 2020. **Dje**. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;plenario:acordao;adi:2020-06-24;3184-2212582>. Acesso em: 26 dez. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1596203, Primeira Seção. Relator: Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, DF, 11 de dezembro de 2019. **Dje**. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1596203. Acesso em: 25 dez. 2020.

CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. **Os direitos previdenciários expectados**

dos servidores públicos titulares de cargos efetivos no paradigma do estado democrático de direito brasileiro. 2011. 315 p. Tese (Doutorado em Direito) Programa de Pós-Graduação em Direito – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2011. Disponível em: http://www.biblioteca:pucminas:br/teses/Direito_CamposMBLB_1:pdf. Acesso em: 17. 12.2020.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário.** 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia.** São Paulo: Ática, 2000. Ebook. Disponível em: https://edisciplinas:usp:br/pluginfile.php/502947/mod_resource/content/1/ENP_155/Referencias/Convitea-Filosofia:pdf. Acesso em: 17. 12.2020.

ÉFESO, Heráclito. de. Fragmentos. In: BORNHEIM, G. A. (org.). **Os filósofos pré-socráticos.** 14. ed. São Paulo - SP: Cultrix, 2000. p. 35 – 46. Disponível em: <https://filosoficabiblioteca:files.wordpress.com/2013/10/bornheim-os-filc3b3sofos-prc3a9-socr3a1ticos:pdf>. Acesso em: 17. 12.2020.

FARIA, Nazário Nicolau Maia Gonçalves de. **Direito adquirido, expectativa de direito e direito esperado.** Belo Horizonte: Curso de direito previdenciário - RGPS: nova previdência com ênfase em prática processual, 2020. 56 slides, color.

HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida. **Direito adquirido a regime jurídico:** confiança legítima, segurança jurídica e proteção das expectativas no âmbito das relações de direito público. 2012. 199 p. Tese (Doutorado em Direito) Faculdade de Direito – Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2012. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/8316/1/F%c3%81BIO%20PERIANDRO%20D%20ALMEIDA%20HIRSCH%20-%20Tese.pdf>. Acesso em 26.12.2020.

MARCONDES, Danilo. **Iniciação à História da Filosofia:** dos pré-socráticos a Wittgenstein. 13. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010. Disponível em: <https://direito2a:files.wordpress.com/2018/03/iniciacao-a-historia-da-filosof-danilo-marcondes:pdf>. Acesso em: 17. 12.2020.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. Ebook.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. *In:* CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. **Os direitos previdenciários esperados dos servidores públicos titulares de cargos efetivos no paradigma do estado democrático de direito brasileiro.** 2011. 315 p. Tese (Doutorado em Direito) Programa de Pós-Graduação em Direito – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2011. Disponível em: http://www.biblioteca:pucminas:br/teses/Direito_CamposMBLB_1:pdf. Acesso em: 17. 12.2020.

SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio. **Seguridade Social e direitos fundamentais.** 4. ed. Curitiba: Juruá, 2020. Ebook.

SUBSECRETARIA DOS REGIMES PRÓPRIOS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL.
Quadro de aplicabilidade da Emenda Constitucional n. 103 de 2019 aos RPPS dos

Estados, Distrito Federal e Municípios: conforme fundamentos da Nota Técnica SEI n. 12212/2019/ME, de 22.11.2019. Disponível em:
<http://sa.previdencia.gov.br/site/2019/11/Quadro-de-Aplicabilidade-da-EC-103.pdf>.
Acesso em 26.12.2020.