

O Regime Previdenciário do Servidor Público à Luz da Emenda Constitucional nº 20/98¹.

Helio Saul Mileski

Conselheiro Vice-Presidente do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul.

1. Introdução. 2. Estrutura Legislativa da Emenda. 3. As normas do novo sistema e sua compreensão. 3.1. Evolução Histórica da aposentadoria do servidor público. 3.2. Normatização do sistema contributivo estipulado. 3.3. Condições e critérios fixados para obtenção dos benefícios previdenciários. 4. Normas de transição. Proteção ao direito adquirido e à expectativa de direito.

1. Introdução

A Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.98, publicada no Diário Oficial da União em 16.12.98, concretiza, juridicamente, um dos objetivos básicos do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, idealizado pela Presidência da República em 1995, que manifestava a necessidade de serem produzidas profundas modificações constitucionais, com atingimento, inclusive, de todo o sistema previdenciário social, envolvendo os servidores públicos e os trabalhadores urbanos e rurais.

As modificações produzidas pela Emenda Constitucional, em face de terem promovido mudança na orientação filosófica norteadora do sistema

previdenciário, alterou a forma e o modo de ser obtida a aposentadoria, vindo a interferir na vida de todos os cidadãos, causando dúvidas e preocupações, assim como geração de insegurança quanto a obtenção de um benefício que venha assegurar tranquilidade na velhice ou, em caso de infortúnio, condições de sobrevivência aos dependentes familiares.

Por isso, impõe-se que haja uma exata compreensão do alcance das modificações processadas, no sentido de melhor serem visualizados os novos regramentos relativos à previdência social.

Evidentemente que este trabalho, diante da grandiosidade das alterações operadas, não possui a pretensão de espancar todas as dúvidas existentes

¹Artigo publicado na revista INTERESSE PÚBLICO. - Ano I, nº 2, abril/junho de 1999 - São Paulo: Notadez, 1999.

sobre o tema, nem de apresentar solução a todos os problemas que surgem do novo regramento. O seu objetivo é tão-somente de, modestamente, oferecer uma pequena contribuição ao debate que está instaurado nacionalmente.

Nesse aspecto, o estudo ficará limitado ao sistema de previdência destinado ao servidor público, com verificação dos principais pontos que orientaram a reforma previdenciária.

2. Estrutura Legislativa da Emenda

A técnica legislativa adotada na Emenda da reforma previdenciária, consoante os problemas que apresenta, não pode ser considerada das melhores. O seu texto trata de questões de toda a natureza, envolvendo direitos sociais relativos a normas trabalhistas; matérias pertinentes à função judiciária; à orçamentária e à tributária; juntamente com as normas dirigidas ao sistema previdenciário como um todo, inclusive com normas de transição de um sistema para outro.

Contudo, o fato mais relevante decorre do regramento contido a partir do artigo 3º da Emenda Constitucional nº 20/98. Enquanto o seu artigo 1º, dispendo sobre as matérias acima referidas, efetua supressões, modificações e acréscimos no texto permanente da Constituição; e o artigo 2º acresce os artigos 248, 249 e 250 na parte destinada às Disposições Constitucionais Gerais; **os artigos 3º ao 17 valem por si só, sem participarem, sem integrarem o texto constitucional vigente.** Para esse regramento o MARE - Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado - adota a denominação de "*artigos autônomos*".

Ora, em nosso ordenamento jurídico não há possibilidade de

existência válida de uma norma autônoma, de hierarquia constitucional, sem ser a Constituição. Fosse admissível tal hipótese, seria o mesmo que, absurdamente, admitir-se a existência de uma constituição paralela.

Nesse sentido, conforme ensina Norberto Bobbio², para que haja validade de uma norma é necessária a sua pertinência com o ordenamento jurídico. Inexistindo pertinência, inexistente validade.

No caso, tratando-se de uma Emenda Constitucional, cujo objetivo precípuo e único é o de emendar a Constituição, qual seja, o de traçar novo regramento dentro do ordenamento jurídico vigente, não se pode conceber que, validamente, por meio desse procedimento legislativo - Emenda - seja procedido o estabelecimento de normas não integrantes desse mesmo ordenamento jurídico, possuindo validade autônoma.

Regramento dessa natureza é impertinente com o ordenamento jurídico estabelecido. Não sendo pertinente, deixa de adquirir validade. Não possuindo validade, deixa de produzir efeitos.

²Bobbio, Norberto - "*Teoria do Ordenamento Jurídico*"; trad. Maria Celeste C. J. Santos; rev. téc. Cláudio de Cicco; apes. Tércio Sampaio Ferraz Junior. - Brasília: Editora Universidade de Brasília, 10ª ed., 1997, pág. 60. O comentário de Bobbio é o seguinte: "*Temos falado até agora de ordenamento como conjunto de normas. Como faremos para estabelecer se uma norma faz parte de um ordenamento?*"

A pertinência de uma norma a um ordenamento é aquilo que se chama de validade. Vimos anteriormente quais são as condições pelas quais se pode dizer que uma norma é válida. Tais condições servem justamente para provar que uma determinada norma pertence a um ordenamento. Uma norma existe como norma jurídica, ou é juridicamente válida, enquanto pertence a um ordenamento jurídico."

No entanto, face a importância dos dispositivos regradores contidos nos artigos 3º ao 17, onde, mais do que expressamente reafirmar o instituto do direito adquirido, é assegurada normativamente a expectativa de direito, nas condições de transitoriedade ali previstas, com repercussão vital na vida de todos os cidadãos e, por consequência, sendo de relevante interesse social, não podem nem devem aquelas regras serem simplesmente consideradas inválidas.

Devem ter a sua compreensão como partícipes do ordenamento jurídico, posto que foram editadas através de Emenda Constitucional, cujo procedimento legislativo, suprimindo ou acrescentando, serve para corrigir e reformar a Constituição.

Assim, deve-se superar o erro de técnica legislativa cometido, produzindo-se uma interpretação sistemática daquelas normas, buscando o seu alcance dentro do sistema jurídico. Nesse aspecto, o professor Juarez Freitas³ ensina que interpretação sistemática *"é bem mais do que descobrir o sentido e o alcance de comandos legais, senão que é desvendar o alcance sistemático de cada princípio, norma ou valor"*.

Nesse contexto, tendo em conta que o objetivo finalístico das normas possui caráter transitório, meitando a mudança de estrutura previdenciária, e considerando

³Freitas, Juarez *"A Interpretação Sistemática do Direito"*, São Paulo, editora Malheiros Editores Ltda., 2ª edição, 1998, pág. 61. O professor Juarez, na pág. 60, apresenta a seguinte definição: *"a interpretação sistemática deve ser definida como uma operação que consiste em atribuir a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias, a partir da conformação teleológica, tendo em vista solucionar os casos concretos"*.

que o sistema do nosso ordenamento jurídico não só admite a estipulação de normas transitórias, como também estabelece um capítulo apropriado para tal finalidade na Constituição- *"Ato das Disposições Constitucionais Transitórias"* - deve-se considerar as normas dos artigos 3º ao 17, da Emenda Constitucional nº 20/98, como integrantes dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias e, por isso, passando a ter conformação e pertinência com o ordenamento jurídico vigente, vindo autorizar o reconhecimento de sua validade e, por consequência, de sua aplicabilidade.

3. As Normas do Novo Sistema e Sua Compreensão

O dispositivo constitucional que orienta toda a mudança do sistema previdenciário dirigido ao servidor público é o constante do art. 40, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98, que reza: *"Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo"*.

De pronto, ressalta do novo texto constitucional que o direito à inativação do servidor público sofreu uma profunda modificação. Passa a ser um regime de caráter contributivo, para o qual há a exigência de um equilíbrio financeiro e atuarial, sendo dirigido tão-somente para o servidor titular de cargo efetivo.

Para se ter uma compreensão mais adequada desta mudança concretizada, a qual está orientada por uma nova linha filosófica de estruturação do sistema

previdenciário, faz-se necessário que haja, mesmo que de forma objetiva e sucinta, conhecimento do histórico evolutivo da aposentadoria do servidor público.

3.1. Evolução Histórica da Aposentadoria do Servidor Público

De um modo geral, a doutrina pátria é uniforme em reconhecer que a previdência social, basicamente, está assentada em um princípio fundamental: o da solidariedade social que deflui da solidariedade humana.

Wladimir Novaes Martinez⁴, explicita com maestria as origens desse princípio previdenciário.

"A solidariedade social é projeção de amor individual, exercitado entre parentes e estendido ao grupo social. O instinto animal de preservação da espécie, sofisticado e desenvolvido no seio da família, encontra na organização social ambas possibilidades de manifestação.

Pequeno o grupo social, a solidariedade é quase instintiva. Vencendo o natural egoísmo, quem ajuda o próximo um dia poderá ser ajudado. Suplantado o individualismo, a pessoa integra-se na sociedade. Essa ajuda, sem perspectiva de reciprocidade, é moral; com certeza de reciprocidade, é seguro social."

Com essa visão sobre previdência social, pode-se ter um melhor acompanhamento de sua evolução quanto ao servidor público.

No Brasil, a evolução do amparo social deu-se de forma lenta, ganhando impulso de acordo com as alterações que ocorriam na mentalidade social. Evoluiu-se da assistência, prestada por imposição do sentimento de caridade, até o reconhecimento do direito do servidor às mais variadas formas de garantia contra os riscos sociais.

Na primeira Constituição de nossa independência política, a de 1824, inspirada nos ideais da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade), o regramento foi incipiente, não indo além do declarado em seu art. 179, inciso XXXI: *"A Constituição também garante os socorros públicos."* Como se vê, pelo tipo de amplitude, o enunciado não se presta para garantia de qualquer proteção, embora assim o tentasse expressar.

Em 1891, já sob o pálio do sistema Republicano, os servidores públicos são os primeiros aquinhoados com a proteção do Estado que, amparando-os socialmente, no art. 75 da Constituição, estabelece: *"A aposentadoria só poderá ser dada aos funcionários públicos em caso de invalidez no serviço da Nação."*

Este dispositivo de amparo social, inicialmente tímido, embora importante, no passar do tempo, foi tendo aperfeiçoamento constitucional, até chegar as formas de proteção que conhecemos hoje, onde se inclui aposentadoria voluntária por tempo de serviço, proporcional ou integral, pensão aos dependentes em caso de morte do servidor, assim como formas destinadas a manter o valor real dos benefícios concedidos.

Portanto, até a Constituição de 1988, a aposentadoria refletia-se como uma garantia constitucional para o servidor público, revelando-se como uma

⁴Martinez, Wladimir Novaes - *"Princípios de Direito Previdenciário"*, 3ª edição, São Paulo, LTR, 1995, pág. 78.

espécie de pensão concedida ao servidor inativado por invalidez ou após longos anos de serviço prestado a sociedade, sem que fosse exigida qualquer contribuição para ser conquistado o benefício.

Outra não é a posição que os juristas vêm manifestando sobre o tema, inclusive com pronunciamentos da Suprema Corte, conforme se exemplifica:

"Chama-se aposentadoria, cuja finalidade é a eficiência do serviço, o ato da autoridade competente tendo por objeto assegurar uma pensão vitalícia ao servidor desinvestido da função pública na forma e por motivos prescritos no ordenamento jurídico." J. E. Abreu de Oliveira.⁵

"A aposentadoria é a prerrogativa da inatividade remunerada, reconhecida aos funcionários que já prestaram longos anos de serviço público, ou se tornaram incapacitados para as suas funções." Hely Lopes Meirelles.⁶

"Aposentadoria é o direito à inatividade remunerada, assegurado ao servidor público em caso de invalidez, idade ou tempo de serviço público pelo número de anos fixados em lei." Maria Silvia Z. Di Pietro.⁷

"...enquanto a aposentadoria voluntária é direito do funcionário e obrigação do Estado, a

⁵Oliveira, J. E. Abreu, *"Aposentadoria no Serviço Público"*, São Paulo, editora Livraria Freitas Bastos S.A., 1970, pág. 7.

⁶Meirelles, Hely Lopes, *"Direito Administrativo Brasileiro"*, São Paulo, 18ª edição, ed. Malheiros Editores Ltda., 1993, pág. 386.

⁷Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, *"Direito Administrativo"*, 10ª edição, São Paulo, editora Atlas, 1998, pág. 381.

aposentadoria compulsória, ao revés, é direito do Estado e obrigação do funcionário." Min. Luiz Gallotti, STF.⁸

Esta garantia de caráter permanente e assistencial, de obrigação do Estado, vigorou até a edição da Emenda Constitucional nº 3/93, de 17.03.93, que, acrescentando o parágrafo 6º ao artigo 40 da Constituição de 1988, produziu alterações no seguinte modo: *"as aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais serão custeados com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores, na forma da lei."*

Dessa forma, a partir de 1993, inicia-se uma mudança de rumo no sistema de aposentadoria do servidor público. Começa a ser abandonado o sistema da solidariedade humana, de caráter moral, para ser adotado o sistema da solidariedade social contributiva.

Contudo, essa mudança de sistema ocorreu de forma muito tímida, posto que não assentada em cálculo atuarial que desse suporte à despesa. Na maioria dos casos, diante da parcela contributiva do Estado, a contribuição do servidor foi estipulada de forma ínfima, demonstrando, na prática, haver continuidade do sistema de assistência social.

Agora, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 20/98, a mudança adquire condições de consolidar-se de forma efetiva, na medida que conta com regramentos claros e específicos quanto ao caráter contributivo do sistema, exigindo observância de

⁸Ministro Luiz Gallotti, do Supremo Tribunal Federal, votando no julgamento do Mand. Seg. nº 5.422, AC. de 25.7.76, in R.D.A. nº 54, pág. 290.

critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

3.2. Normatização do Sistema Contributivo Estipulado

O regramento disposto no artigo 40, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98, é de eficácia plena, portanto, não necessitando de dispositivo legal complementar para ter aplicabilidade.

Todavia, com fulcro no art. 24, XII, parágrafos 1º e 2º, da Constituição Federal, que fixa competência para a União legislar concorrentemente sobre previdência social, limitando-se, nessa circunstância, ao estabelecimento de normas gerais, foi expedida a Medida Provisória nº 1.723, em 29 de outubro de 1998, e convertida na Lei nº 9.717/98, de 27 de novembro de 1998, em cuja ementa se lê: *"Dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal e dá outras providências."*

A sobredita legislação tem sido atacada desde o seu nascedouro. Expedida a Medida Provisória nº 1.723/98, um grupo de Partidos Políticos - PDT, PT, PC do B e PSB - ingressaram com a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.907-0, contra disposições que estabeleceram, como critério concorrente de custeio, a contribuição social a cargo de inativos e pensionistas. Em Sessão de 18.02.99, do Tribunal Pleno, o Supremo Tribunal Federal, resolvendo questão de ordem suscitada pelo Relator, Min. Octavio Gallotti, julgou *"prejudicada a ação direta, em virtude de superveniência da*

Emenda Constitucional nº 20/98, deixando, em consequência, de apreciar o pedido de medida cautelar". (Acórdão não publicado, Informativo nº 138 do STF).

De igual forma, há uma latente contrariedade dos entes federados (Estados e Municípios) contra os dispositivos da Lei Federal nº 9.717/98, tendo em vista que muitos de seus regramentos seriam, no mínimo, de duvidosa constitucionalidade.

Nesse aspecto, embora o dispositivo legal contenha regramentos de efeito moralizador e organizacional, efetivamente, a lei federal desborda dos limites da competência concorrente prevista no art. 24 da Constituição Federal, pois, além de fixar normas gerais de previdência, produz regramento específico, normando ao nível do detalhamento, no sentido de obrigar e coibir ações e procedimentos das entidades federadas, revelando a existência de quebra do princípio federativo, com afastamento da autonomia estadual e municipal, quanto ao poder de administrar o seu pessoal e suas rendas.

É o caso do contido na parte final do inciso V do artigo 1º, que veda a celebração de convênios ou consórcios entre Estados e Municípios ou Municípios, causando ruptura em sua autonomia e evitando que seja procedido um dos salutaros meios de administração: o estabelecimento de parcerias e acordos para uma melhor realização das atividades de interesse público.

Do mesmo modo, é o que se constata do regido no inciso I do artigo 9º da lei em comento. Este dispositivo legal, ao total arrepio do ordenamento jurídico vigente, coloca os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, em situação de

organismos subordinados ao Ministério da Previdência e Assistência Social, quando estabelece competência à União, por intermédio do Ministério da Previdência, para proceder "*a orientação, supervisão e o acompanhamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos e dos militares* " daquelas entidades federadas.

Diferentemente não procedeu a Portaria nº 4.992, de 05.02.99 do Ministério da Previdência e Assistência Social, que, ao expedir instruções normativas para o cumprimento da Lei nº 9.717/98, também produziu inovações que vão além dos regramentos legais pertinentes. Por exemplo: o art. 9º exige um mínimo de mil segurados, para a criação ou manutenção de regime próprio de previdência social; no inciso II e VI do art. 5º é fixado o regime de competência para a receita, bem como a elaboração de demonstrações contábeis e financeiras, em desacordo com o determinado na Lei nº 4.320/64.

Dessa forma, tudo deixa a antever que, em razão da importância desses aspectos de ordem constitucional, serão muitos os embates judiciais junto aos Tribunais Superiores.

3.3. Condições e critérios fixados para obtenção dos benefícios previdenciários

Basta uma rápida visualização dos novos dispositivos constitucionais dirigidos à aposentadoria do servidor público, para ser constatado que a modificação do sistema não se opera somente quanto a instauração de um regime de caráter contributivo. O novo regramento também extingue formas de benefício e cria novas condições e critérios, muito mais rígidos, para que possa ser alcançado o direito à inativação

remunerada, assegurando esse direito apenas ao servidor detentor de cargo efetivo.

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 20/98, acabou a possibilidade constitucional de ser obtida aposentadoria voluntária aos trinta anos de serviço, se homem, e aos vinte e cinco, se mulher, com proventos proporcionais a esse tempo. Restou tão-somente a segurança ao direito adquirido e, ao direito em vias de implementação, a sua possibilidade de aquisição, nos termos do regramento transitório.

Agora, consoante a previsão contida no § 1º, inciso I a III, letras **a)** e **b)**, do art. 40, a aposentadoria somente poderá ser concedida com base no tempo de contribuição, não mais com base no tempo de serviço, conforme os critérios ali estabelecidos.

Contudo, tendo em vista que o servidor público possuía garantia constitucional à aposentação com base no tempo de serviço, sem efetuar contribuição previdenciária nesse sentido - a contribuição previdenciária efetuada pelo servidor dava-se somente quanto à saúde e à pensão e sua contribuição para a aposentadoria só teve início após a Emenda Constitucional nº 3, de 17.03.93 - houve a necessidade de ser compatibilizada essa garantia constitucional com as normas do novo sistema implantado.

Essa compatibilização ocorreu na forma prevista pelo art. 4º da Emenda nº 20/98, que determina a contagem como tempo de contribuição, do tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria, cumprido até que a lei discipline a matéria, mas com observância do disposto no § 10 do art. 40.

Como o § 10 do art. 40 determina que a "*lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício*", significa que o tempo de serviço do servidor, para ter a sua consideração como tempo de contribuição, não poderá conter qualquer espécie de tempo ficto, a exemplo do ocorrido com as licenças-prêmios que, quando não gozadas, eram convertidas em tempo dobrado de serviço, para fins de aposentadorias. Portanto, com o novo regramento, expressamente, fica vedada a consideração de períodos dessa espécie de tempo de serviço ficto.

Saliente-se, no entanto, que o sobredito dispositivo constitucional não inviabiliza a concessão de licença-prêmio. Esta pode continuar a ser concedida, assim como obtido o seu gozo. O que está proibido é a sua conversão em tempo de serviço para consideração como tempo de contribuição.

Cumpridas essas exigências concernentes ao tempo de contribuição, a aposentadoria poderá ser auferida nas seguintes circunstâncias:

a) por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei (art. 40, § 1º, I).

b) compulsoriamente, aos 70 (setenta) anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição (art. 40, § 1º, II).

Nas duas formas de obtenção da aposentadoria acima especificadas, não se constata diferença em relação ao direito anteriormente previsto no texto constitucional de 1988. O único diferencial está no fato da

proporcionalidade ou integralidade do vencimento, passar a ser em relação ao tempo de contribuição e não mais ao tempo de serviço.

c) Voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de 10 (dez) anos de efetivo exercício no serviço público e 5 (cinco) anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições (art. 40, § 1º, III):

- 60 (sessenta) anos de idade e 35 (trinta e cinco) de contribuição, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos de idade e 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher (art. 40, § 1º, III, a).

- 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta) anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição (art. 40, § 1º, III, b).

- Os requisitos de idade e de tempo de contribuição serão reduzidos em cinco anos, em relação ao disposto no § 1º, III, a, para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio (art. 40, § 5º).

Como se vê, o instituto da aposentadoria voluntária sofreu modificações consideráveis, tendo em vista que houve a estipulação de requisitos bem mais rígidos que os do anterior regramento, com procedimento, inclusive, de conjugação entre idade mínima e tempo de contribuição.

Agora, para o servidor público obter o benefício da aposentadoria voluntária, deve antes cumprir um tempo mínimo de 10 anos no serviço público e 5 anos no cargo que pleitear a aposentadoria. Esta normatização decorre do princípio da moralidade pública e visa

coibir a concessão de benefícios inativatórios, a quem não tenha prestado um tempo mínimo de serviço à sociedade.

Do mesmo modo, também é de efeito moralizador a exigência para que haja, no mínimo, 5 anos de exercício no cargo em que se der a aposentadoria. O provimento de um cargo público visa precipuamente o interesse público, não o interesse do servidor público. O preenchimento do cargo é efetuado em razão da necessidade da prestação de um serviço público à sociedade. Assim, é de justo que, somente após um período de exercício do cargo, seja dado o direito de obtenção das vantagens decorrentes dessa atividade.

Mesmo que satisfeitos esses requisitos, para ser conquistada a aposentadoria voluntária, a eles devem agregar-se os relativos à idade e ao tempo de contribuição, conforme o determinado nas alíneas *a)* e *b)* do inciso III, § 1º, do art. 40.

No entanto, embora a reforma previdenciária contenha, em suas regras, rigidez normativa, a mesma admite duas exceções aos critérios fixados.

É mantido o direito à aposentadoria especial para o professor (art. 40, § 5º), mediante autorização que permite reduzir, em cinco anos, os requisitos de idade e de tempo de serviço, desde que comprovado exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

Dessa forma, consoante o disposto no sobredito § 5º, o benefício que anteriormente era dirigido a todos os professores em exercício de funções do magistério, agora fica limitado ao professor com funções de magistério na

educação infantil e no ensino fundamental e médio, com obrigatoriedade de satisfação da exigência quanto ao cumprimento de 10 anos de serviço público e 5 anos no cargo em que se dará a aposentadoria.

Outra situação exceptuada é a relativa às atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas. Conforme o disposto no § 4º do art. 40 *"é vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados os casos de atividades exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar."*

Nesse sentido, convém lembrar que o regramento constitucional revogado pela Emenda nº 20/98, utilizava a expressão *"Lei complementar poderá..."*, significando a inexistência de compulsoriedade para a adoção de critérios mais benéficos à inativação, no caso de exercício de atividades penosas, insalubres ou perigosas. O Texto Constitucional deixava a implementação de tais medidas sob o critério administrativo da conveniência e da oportunidade. Tanto que não houve edição de lei complementar procedendo a regulamentação exigível.

Não mais persiste tal circunstância, pois o texto que ora regra as situações dessa natureza (§ 4º do art. 40), é taxativo e impositivo, deixando de permitir a possibilidade de opção legislativa por parte da Administração. Assim, **deve** o Poder Público editar Lei Complementar que estabeleça as condições de obtenção da aposentadoria, para os casos de atividades exercidas exclusivamente sob

condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

A par dos novos critérios e condições de obtenção da aposentadoria está a questão remuneratória, envolvendo a fixação dos proventos da inativação.

O projeto original da emenda reformadora, inicialmente, buscava o estabelecimento de um valor limite para os proventos, o qual não poderia ultrapassar o valor máximo de aposentadoria fixado para os trabalhadores urbanos e rurais. Todavia, essa intenção legislativa restou derrotada no Congresso Nacional, prevalecendo a tese da integralidade dos proventos, resultando na aprovação da norma contida no § 3º do art. 40: *"Os proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão calculados com base na remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria e, na forma da lei, corresponderão à totalidade da remuneração."*

Portanto, de acordo com o acontecido na tramitação do processo legislativo da Emenda, que desembocou na aprovação do texto supratranscrito, o sentido da nova norma é o de manter a integralidade dos proventos, não se podendo, no caso, retirar conclusão diferente do alcance que deflui da expressão *"na forma da lei"*.

A lei, na presente circunstância, carece de meios constitucionais para fixar limites ou redução aos proventos de inatividade. A sua regulamentação não poderá ultrapassar a normatização das gratificações *"pro labore faciendo"* que, por sua natureza, só passam a integrar os vencimentos ou proventos, mediante expressa disposição legal, como por exemplo: impossibilitar ou estabelecer condições de incorporação aos proventos de aposentadoria da remuneração

percebida por exercício de função gratificada; ou de incorporação de valores percebidos a título de gratificação de representação.

Afora esses aspectos de peculiaridade administrativa, a lei deverá se pautar pela garantia constitucional da integralidade dos proventos de aposentadoria.

De outro lado, se há dispositivo constitucional que assegura proventos integrais, nos termos do § 2º do art. 40, existe expressa vedação para que estes proventos ultrapassem a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria. O mesmo regramento vale para a concessão da pensão.

A finalidade dessa norma constitucional é consentânea ao princípio da moralidade administrativa, uma vez que não permite concessão de privilégios remuneratórios no momento da aposentação, superiores aos do cargo exercido pelo servidor, no sentido de evitar atos de benefício pessoal, em detrimento do interesse público.

A par da regulamentação dirigida à aposentadoria, o § 7º do art. 40, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98, realiza adequação ao novo sistema normativo, mas mantém o benefício da pensão sem alteração na sua forma concessora, qual seja: *"será igual ao valor dos proventos do servidor falecido ou ao valor dos proventos a que teria direito o servidor em atividade na data de seu falecimento, observado o disposto no §3º"*.

De igual maneira, é mantida a garantia constitucional aos aposentados e pensionistas quanto à revisão de seus proventos e benefícios na mesma proporção e na mesma data, sempre que

se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei (§ 8º do art. 40). Evidentemente que, pelos termos do § 8º, a revisão deverá observar o teto remuneratório disposto no art. 37, XI.

Outro aspecto relevante da emenda reformadora, decorre do acréscimo do § 10 ao art. 37, cujo texto vem solver uma questão importante, relativa a possibilidade de acúmulo entre proventos e vencimentos, que se encontrava em discussão desde a promulgação da Constituição de 1988, sobre a qual, inclusive, chegou a haver pronunciamento do STF, com posição contrária ao acúmulo (RDA, Rio de Janeiro, 199: 121-226, janeiro/março 1995).

Nos termos do sobredito §10, que foi acrescido ao texto permanente da Constituição, torna-se peremptória a vedação para *"a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração"*.

Dessa forma, por expressa vedação constitucional, não poderá o servidor aposentado, mediante concurso público, ser investido em outro cargo público e perceber, de forma acumulada, os

proventos de aposentadoria com os vencimentos do novo cargo.

Todavia, também por expressa autorização constitucional, contida no mesmo § 10, pode o servidor aposentado, com percepção remuneratória acumulada, vir a assumir cargo eletivo ou passar a deter cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Como consequência dessa autorização constitucional, permissiva de acúmulo entre proventos e vencimentos, a Emenda Constitucional nº 20/98, efetuando bloqueio ao acúmulo entre as aposentadorias, colocou, no texto permanente, norma do seguinte conteúdo: *"ressalvadas as aposentadorias decorrentes dos cargos acumuláveis na forma desta Constituição, é vedada a percepção de mais de uma aposentadoria à conta do regime de previdência previsto neste artigo."* (art. 40, §6º).

Portanto, somente é permitível acúmulo remuneratório entre as aposentadorias decorrentes dos cargos acumuláveis na forma da Constituição (Art. 37, XVI e XVII), e assim mesmo estando adstritas ao limite de percepção previsto no § 11 do art. 40: *"aplica-se o limite fixado no art. 37, XI, à soma total dos proventos de inatividade, inclusive quando decorrentes da acumulação de cargos ou empregos públicos, bem como de outras atividades sujeitas a contribuição para o regime geral de previdência social, e ao montante resultante da adição de proventos de inatividade com remuneração de cargo acumulável na forma desta Constituição, cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, e de cargo eletivo"*.

Pela clareza da norma contida no § 11, torna-se indubitável que, em qualquer circunstância de acúmulo; seja entre

proventos de inatividade, inclusive os decorrentes do regime geral de previdência social; seja entre proventos e vencimentos, a soma total da percepção não poderá ultrapassar o limite remuneratório fixado no art. 37, XI. Como o limite ali estipulado é dirigido tão-somente à administração direta, autárquica e fundacional, significa dizer que, no pertinente ao acúmulo entre proventos de inatividade e vencimentos de cargo comissionado, o limite não é aplicável quando o acúmulo se der no âmbito das sociedades de economia mista e empresas públicas.

Este princípio de inacumulabilidade de proventos de aposentadorias é reafirmado no art. 11 da Emenda Constitucional nº 20/98, onde está estipulado que a vedação prevista no art. 37, § 10, não se aplica aos membros de Poder e aos inativos, servidores e militares, que, até a publicação da Emenda, tenham ingressado novamente no serviço público por concurso de provas ou provas e títulos, e pelas demais formas previstas na Constituição Federal, sendo-lhes proibida a percepção de mais de uma aposentadoria pelo regime de previdência a que se refere o art. 40 da Constituição Federal, aplicando-se-lhes, em qualquer hipótese, o limite de que trata o § 11 do mesmo artigo.

Assim, embora o art. 11 proceda uma convalidação dos atos de reingresso no serviço público, reconhecendo, na circunstância, a existência de direito adquirido, não admite, proíbe, expressamente, que o fato origine a percepção de mais uma aposentadoria e submete a soma total das remunerações percebidas ao limite previsto no § 11 do art. 40.

Por fim, no que tange às condições e aos critérios fixados para obtenção dos

benefícios previdenciários, restam pendentes de análise dois aspectos que têm sido motivo de muita controvérsia: a situação previdenciária dos cargos em comissão e a instituição de um regime de previdência complementar.

Conforme já foi salientado no decorrer do presente trabalho, o regramento disposto no art. 40, ao instituir o regime de previdência com caráter contributivo, nomina como seus destinatários somente os servidores titulares de cargo efetivo. Por exclusão, os demais servidores, temporários, empregados públicos e detentores de cargos de comissão, ficam impedidos de integrarem aquele regime.

Em reforço desse regramento, o § 13 do art. 40, por meio de norma determinante, remete para o regime geral de previdência social o servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, bem como de outro cargo temporário ou de emprego público.

Considerando-se que o cargo em comissão é um cargo estatutário, tal qual é o cargo de provimento efetivo, não parece haver motivos, suficientemente claros, que autorizem a sua separação do regime previdenciário próprio do ente estatal, para sua inclusão no regime geral de previdência social.

Tanto assim é que o legislador teve dificuldades para regram a situação. O § 13 não é dirigido a todo o detentor de cargo em comissão, mas tão-somente ao servidor que o ocupa de forma exclusiva. Portanto, o servidor investido em cargo de provimento efetivo que esteja ocupando um cargo em comissão, não é atingido pela nova norma constitucional, podendo, inclusive, obter aposentadoria no cargo comissionado.

Não parece sustentável também que a medida se imponha por fator de moralidade, tendo em vista o cargo em comissão ser admissível e demissível “*ad nutum*”. Ora, embora o detentor de cargo em comissão não esteja sujeito a concurso público e o seu provimento seja de caráter temporário, está o mesmo adstrito às normas estatutárias do servidor público em geral. De resto, o servidor ocupante de cargo em comissão, ficando no regime próprio do ente estatal, não teria qualquer privilégio na obtenção da aposentadoria. As condições e os critérios exigidos constitucionalmente teriam de ser cumpridos, quais sejam: 10 anos de efetivo exercício no serviço público, 5 anos no cargo em que se der a aposentadoria, mais a idade e o tempo de contribuição mínimos exigidos.

Contudo, os defensores da nova medida constitucional argumentam que, nos termos do anterior texto contido no § 2º do art. 40 - a lei disporá sobre a aposentadoria em cargos ou empregos temporários - já havia autorização para o estabelecimento de um regime previdenciário diferenciado para os detentores de cargo em comissão; que o atual § 13 nada mais fez do que resolver, de forma indubitável, o regime previdenciário dos cargos e empregos temporários.

De outra parte, há o argumento de que a nova disposição constitucional causa ruptura em cláusula pétrea, impondo a quebra de princípios fundamentais que sustentam o pacto federativo brasileiro, como por exemplo o da auto-organização e o da autolegislação, que atribuem aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o poder de regulamentação do regime próprio de previdência social de seus servidores.

A questão é tormentosa e somente alcançará resolução no âmbito do Poder Judiciário, até porque são várias as providências judiciais nesse sentido, como o Mandado de Segurança nº 1999.38.00.003009-7, impetrado pelo Município de Belo Horizonte junto à Justiça Federal de Minas Gerais, requerendo a suspensão “*da transferência da aposentadoria dos servidores municipais ocupantes de cargos em comissão para o regime geral de previdência do INSS, declarando-se, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 13 do art. 40 da CF/88, com a redação dada pela EC nº 20/98*”. Houve concessão de medida liminar em 03.02.99.

Outra situação que se anuncia controversa é a relativa à instituição do regime de previdência complementar para os servidores titulares de cargo efetivo. Consoante o disposto no § 14 do art. 40, “*a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que instituíam regime de previdência complementar para seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata este artigo, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201*”.

Como se vê, as expressões “*desde que*” e “*poderão*” demonstram inexistir obrigatoriedade para os entes federados adotarem o regime de previdência complementar. Trata-se de uma possibilidade, de uma alternativa opcional, que deve ser avaliada de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade administrativa.

Todavia, em sendo adotado o regime de previdência complementar ali

previsto, o valor das aposentadorias e pensões podem ser fixados no limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social, significando, a princípio, existência de conflito com a norma do § 3º do art. 40, que assegura o direito a integralidade de proventos na aposentadoria.

Mesmo considerando que o § 16 do art. 40, ao reconhecer a figura do direito adquirido, determina que somente mediante sua prévia e expressa opção, o disposto nos §§14 e 15 poderá ser aplicado ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar, ainda assim resta pendente de compatibilização as normas do futuro regime complementar com às do § 3º do art. 40.

No entanto, como o § 15 do art. 40 exige edição de lei complementar dispoendo sobre normas gerais para a instituição do regime de previdência complementar, melhor aguardar esta regulamentação para formação de um juízo definitivo.

Em finalização deste tópico, ressalta-se que a Emenda Constitucional nº 20/98, ao modificar a redação do inciso VI do art. 93, acaba com a aposentação especial aos 30 anos de serviço e submete a aposentadoria dos magistrados e a pensão de seus dependentes ao disposto no art. 40, sob as condições e critérios até aqui estudados.

Como consequência modificou-se também o § 3º do art. 73, no sentido de aplicar-se aos Ministros do Tribunal de Contas da União, quanto a aposentadoria e pensão, as novas normas constantes do art. 40, na medida que possuem as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens

dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça. Por força do art. 75, estende-se a aplicação do art. 40 aos Conselheiros dos Tribunais de Contas Estaduais.

4. Normas de transição. Proteção ao direito adquirido e à expectativa de direito.

Tendo em vista que o regime previdenciário do servidor público teve modificação de forma radical, possuindo alterações de toda a natureza, com uma estrutura absolutamente inovadora, tornou-se necessária a edição de normas de transição, onde ficasse assegurado não só o direito adquirido, mas também a garantia de respeito à expectativa de direito, no sentido de ser produzida, com o menor trauma possível, a transposição de sistema.

As regras de transição foram objeto das maiores polêmicas no Congresso Nacional e, embora no contexto da Emenda Constitucional nº 20/98, por um erro legislativo, possuam validade autônoma, devem as mesmas serem compreendidas como parte integrante do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, conforme está ressaltado no item 2 deste trabalho.

Com essa forma de compreensão interpretativa, ao se visualizar a norma do art. 3º, constata-se que o dispositivo, expressamente, assegura a concessão de aposentadoria e pensão, a qualquer tempo, aos servidores públicos, bem como aos seus dependentes que, até a data da publicação da Emenda, 16.12.98, tenham cumprido os requisitos para obtenção destes benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente.

Na circunstância do regulado pelo art. 3º, os direitos assegurados são relativos tanto à aposentadoria integral

como para a proporcional, nas condições da legislação então vigente. No entanto, quando o § 1º do art. 3º estabelece o direito à isenção da contribuição previdenciária, o faz somente para o servidor que tenha completado as exigências da aposentadoria integral, não podendo ser estendido para o servidor que tenha cumprido os requisitos da aposentadoria com proventos proporcionais.

A isenção, nesse caso, deve se dar sobre o valor total da contribuição previdenciária, tendo em vista que o seu objetivo é o de estimular a permanência no serviço ativo e, por isso, não podendo ser interpretada de forma restritiva. De outra parte, a norma não regula outra condição ou critérios de isenção que não seja, unicamente, o do servidor ter cumprido os requisitos necessários à aposentadoria com proventos integrais.

Portanto, trata-se de uma norma de interesse público, visando a redução de custos financeiros com o funcionalismo, na medida que a isenção de contribuição previdenciária, na forma regulada pelo art. 3º, representará, invariavelmente, um valor gasto muito menor que o pagamento dobrado de vencimentos, qual seja, o do servidor aposentado e o do servidor admitido para o seu lugar.

Em compensação, quando o § 2º do art. 3º assegura, para os proventos de aposentadoria, o direito de opção pela fórmula de cálculo mais vantajosa - com fundamento na legislação anterior ou de acordo com a nova regra constitucional - o realiza para ambas as circunstâncias: aposentadoria com proventos integrais e aposentadoria com proventos proporcionais.

Por sua vez o § 3º do mesmo art. 3º, visa manter todos os direitos e garantias assegurados nas disposições

constitucionais vigentes à data da publicação da EC nº 20/98, dirigindo o dispositivo aos servidores civis e militares, inativos e pensionistas, aos anistiados e aos ex-combatentes, assim como a todos os que tenham cumprido os requisitos para a obtenção de tais benefícios, bem como para aqueles que já tenham conquistado os direitos regulados, desde que observado o limite remuneratório disposto no art. 37, XI, da Constituição.

Já o art. 8º, pelo regramento que estabelece, dá reconhecimento à expectativa de direito, na medida que apresenta critérios mais benéficos que a regra geral, assegurando, observado o disposto no art. 4º (contagem do tempo de serviço como tempo de contribuição, com exceção de tempo fictício, a exemplo de: licença-prêmio convertida em tempo dobrado de serviço), direito à aposentadoria voluntária com proventos calculados de acordo com o art. 40, § 3º, para o servidor que tenha ingressado regularmente em cargo de provimento efetivo na Administração Pública direta, autárquica e fundacional, até a data da publicação da Emenda.

Pelos critérios assentados, não é exigido o período de 10 anos de efetivo exercício no serviço público, porém o servidor deverá comprovar 5 anos de efetivo exercício no cargo em que se dará a aposentadoria e, cumulativamente, apresentar 53 anos de idade, se homem, e 48 anos de idade, se mulher, contando tempo de contribuição igual a, no mínimo, 35 anos, se homem, e 30 anos, se mulher.

Como complemento, a regra de transição institui outra condição cumulativa às demais, uma espécie de pedagógico, correspondente a um período adicional de contribuição equivalente a

20% do tempo que, na data da publicação da Emenda, 16.12.98, faltaria para o servidor atingir o mínimo de 35 anos, se homem, e 30 anos, se mulher.

A aposentadoria proporcional também foi agraciada com um regramento de transição que, nos termos do § 1º do art. 8º, possui a seguinte orientação: o servidor igualmente deverá comprovar 5 anos de efetivo exercício no cargo em que se dará a aposentadoria e, cumulativamente, apresentar 53 anos de idade, se homem, e 48 anos de idade, se mulher, contando tempo de contribuição igual a, no mínimo, 30 anos, se homem, e 25 anos, se mulher.

No caso da aposentadoria proporcional, o período adicional de contribuição - pedágio - tem o seu percentual aumentado, passando sua equivalência a 40% do tempo que, na data da publicação da Emenda, faltaria para atingir o mínimo de 30 anos, se homem, e 25 anos, se mulher.

O cálculo dos proventos da aposentadoria proporcional obedecerá a equivalência de 70% do valor máximo que o servidor poderia atingir nos termos do § 3º do art. 40, acrescido de 5% por ano de contribuição que supere a soma do pedágio ao tempo mínimo de contribuição, até o limite de 100%.

Conforme o disposto nos parágrafos 2º e 3º do art. 8º, aplica-se as normas de transição dispostas nesse artigo ao magistrado e ao membro do Ministério Público e do Tribunal de Contas, contando, se homem, com um bônus, um acréscimo de 17% sobre o tempo de serviço exercido até a data da publicação da Emenda.

De igual forma, consoante o regrado no § 4º do art. 8º, para o professor que opte por aposentar-se na

forma do disposto no “*caput*” do art. 8º, também é assegurado um bônus, um acréscimo ao tempo de serviço exercido até a data da publicação da Emenda, na proporção de 17%, se homem, e 20 %, se mulher, desde que a aposentadoria ocorra, exclusivamente, com tempo de efetivo exercício em funções de magistério.

Concluindo, salienta-se que o art. 17 da Emenda Constitucional nº 20/98 revoga o inciso II do § 2º do art. 153 da Constituição, acabando, na prática, com a isenção de incidência do imposto de renda sobre os proventos de aposentadoria e pensões para as pessoas com idade superior a 65 anos, cuja renda total seja constituída, exclusivamente, de rendimentos do trabalho.