

A reforma e a isenção previdenciária do servidor

José Maria de S. Martínez*

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, em seu corpo permanente, dispunha sobre a aposentadoria do servidor público, da seguinte maneira:

"Art. 40 - O servidor será aposentado:

I - por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrentes de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, e proporcionais nos demais casos;

II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço;

III - voluntariamente:

a) aos trinta e cinco anos de serviço, se homem, e aos trinta, se mulher, com proventos integrais;

b) aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais;

c) aos trinta anos de serviço, se homem, e aos vinte e cinco, se mulher, com proventos proporcionais a esse tempo;

d) aos sessenta e cinco anos de idade, se homem, e aos sessenta, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço"

Com a entrada em vigor da Reforma Previdenciária, operada pela Emenda Constitucional nº 20, de 16.12.98, o servidor público passou a computar, para a aposentadoria, não mais o tempo de serviço, mas sim, o tempo de contribuição previdenciária.

Esse entendimento foi emprestado ao sistema previdenciário público para unificá-lo ao sistema previdenciário privado, já antevisto a quando da promulgação da Carta Política Federal de 1988, e que unificava os regimes previdenciários para fins de aposentadoria com a contagem recíproca do tempo de contribuição na Administração Pública e na atividade privada, rural e urbana, sob a hipótese de compensação financeira, conforme critérios estabelecidos legalmente (CF, art. 201, § 9º).

Procurava o Governo Federal diminuir o *déficit* público, observando critérios que preservassem o equilíbrio financeiro e atuarial da previdência social, por ser esta a que mais desequilibra o caixa de qualquer governo no mundo;

assunto esse que, por não ser finalidade deste estudo, deixa de ser abordado com maior profundidade.

Assim, ficou estabelecido que, a partir de 16.12.1998, os servidores públicos não mais se aposentariam por tempo de serviço, mas sim, por tempo de contribuição previdenciária, quer tenha sido ela rural, urbana ou privada e o tempo de serviço prestado à Administração Pública.

As novas regras tendiam a evitar a inatividade "precoce" dos servidores, a fim de que não se tornassem "vagabundos" (?) do sistema previdenciário.

Entretanto, o princípio jurídico da segurança ao direito adquirido, insculpido no corpo permanente da Carta Magna (art. 5º, XXXVI) evitou que os servidores públicos, que até a data da publicação da Reforma Previdenciária de 98, tivessem cumprido os requisitos para a obtenção do benefício da aposentadoria e pensão, com base nos critérios da legislação então em vigor, passassem a ser regidos pelas novas regras ⁽¹⁾.

Estabeleceu-se também que os servidores que contassem 30 anos de serviço, se mulher, ou 35 anos, se homem, até a data da entrada em vigor da EC nº 20/98 (16.12.98), obteriam o direito à **isenção** da contribuição **previdenciária**, até que completassem as exigências para a aposentadoria de que trata o art. 40, § 1º, III, "a", do corpo permanente da Carta Política Federal, caso desejassem permanecer em serviço. Inteligência do art. 3º, § 1º, da EC nº 20/98.

Confirma-se assim a intenção inicial do legislador, de estimular a continuidade, no serviço público, daqueles servidores que já tivessem obtido o tempo necessário à aposentadoria até a data da Reforma de 98, assim como daqueles que desejassem permanecer em atividade ao atingirem o tempo necessário às suas aposentadorias.

DA ISENÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA

Aqui se entra n'outro viés interpretativo do direito à aposentadoria assegurado ao servidor público que, em pleno exercício de suas atividades, já tivesse obtido o tempo necessário à sua aposentadoria – o da **isenção previdenciária**.

A análise da **isenção previdenciária** requer um raciocínio jurídico diferente do solicitado para análise da aposentadoria do servidor, muito embora as regras sejam quase as mesmas; se não, vejamos:

Entendida a contribuição previdenciária como subespécie do gênero tributo pela maioria dos doutrinadores tributaristas, dado o seu caráter de compulsoriedade, a sua **isenção** dependerá de alguns requisitos postos para a sua obtenção, tais como: **a)** se preenchidos os requisitos da aposentadoria voluntária previsto constitucionalmente; **b)** se o servidor optar por permanecer em serviço; **c)** e havendo previsibilidade na Constituição estadual, na lei orgânica do município ou na legislação previdenciária que regule a aposentadoria de seus servidores, ocorrerá a **isenção previdenciária**, nos moldes em que pela legislação for estabelecido (CF, art. 149, § 1º).

Os servidores públicos estaduais e municipais regem-se pelas legislações previdenciárias de seus Estados e Municípios, não podendo ser obrigados a submeter-se às regras de transitoriedade de um ato normativo que exaure a sua finalidade no momento em que modifica o corpo permanente da Constituição, como são as emendas constitucionais.

A autonomia administrativa e financeira dos Entes federativos, prevista constitucionalmente (CF/88, arts. 18, 24, 25, 29, 39...etc), não permite que regras de transitoriedade contidas na EC nº 20/98, ditem normas a serem observadas preferencialmente onde existe regulação da matéria feita por eles.

O *rablonguismo* – como diria Orosimbo Nonato - incorporado à EC nº 20/98, apenas demonstra a intenção, a vontade, do legislador constituinte derivado de que aquelas normas sejam adotadas pelos demais Entes federativos em suas reformas constitucionais e previdenciárias adequadoras ao novo modelo estabelecido, porém, não os vincula a obedecê-las na superveniência de legislação própria que regre a matéria, sob pena de perderem, estes, as suas capacidades de autonomia administrativa sobre os seus servidores.

Não deve o legislador estadual ou municipal quedar-se mudo e silente ao regulamento do direito à **isenção previdenciária** de seu servidor, interpretando norma de caráter cogente aos servidores públicos da União, como forma de preenchimento de sua lacuna legislativa.

Pelo exposto entende-se, como dito, que somente os servidores públicos pertencentes aos Estados e Municípios que contribuam para o sistema previdenciário geral (INSS) é que estão sujeitos às regras de transitoriedade para a aposentadoria com proventos integrais estabelecidas no art. 8º, da EC nº 20/98, e, conseqüentemente, à **isenção previdenciária**.

Os demais servidores regem-se pelas regras contidas nas Constituições de seus Estados e leis orgânicas dos seus municípios, assim como na legislação previdenciária própria, editada após a EC nº 20/98, ou até mesmo editada anteriormente, desde que recepcionada pelo que contém o art. 40 e 195, da CF/88, em seu corpo permanente.

O disposto na Constituição Federal é o balizador das regras a serem adotadas pelos Estados e Municípios. As regras de transitoriedade previstas no corpo da EC nº 20/98, são de caráter cogente apenas ao sistema previdenciário federal, vale dizer, para a União e aos seus servidores.

Se, após a edição da EC nº 20/98, a lei do sistema previdenciário dos outros Entes federativos (Estados e Municípios) não adotou o "pedágio" para a aposentadoria (e, conseqüentemente, para a **isenção previdenciária**) não cabe ao intérprete aplicar àqueles que já tinham obtido o direito à aposentadoria proporcional e que vierem a completar a integralidade do tempo necessário à aposentadoria a qualquer tempo (30 ou 35 anos de serviço, ou contribuição) o disposto no § 5º, do art. 8º, da regra de transição federal.

O § 1º, do art. 3º, da EC nº 20/98, trata de regras para a concessão de **isenção previdenciária** àqueles servidores públicos que contribuem para a previdência geral (INSS) e que completaram as exigências para a aposentadoria

integral até a data da publicação da Emenda 20/98, mas que desejavam permanecer na atividade.

"Art.3º É assegurada a concessão de aposentadoria e pensão, a qualquer tempo, aos **servidores públicos** e aos **segurados do regime geral de previdência social**, bem como aos seus dependentes, que, até a data da publicação desta Emenda, tenham cumprido os requisitos para a obtenção destes benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente.(destaquei)

§ 1º O servidor de que trata este artigo, que tenha completado as exigências para aposentadoria integral e que opte por permanecer em atividade fará jus à isenção da contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria contidas no art. 40, § 1º, III, a, da Constituição Federal."

O § 2º, do art. 3º, da Ec nº 20/98, trata das regras para o cálculo da concessão dos proventos da aposentadoria, em termos integrais ou proporcionais ao tempo de serviço já exercido pelo servidor público até a data da publicação da referida Norma.

"Art.3º. "omissis".

§ 1º. "omissis".

§ 2º Os proventos da aposentadoria a ser concedida aos servidores públicos referidos no caput, em termos integrais ou proporcionais ao tempo de serviço já exercido até a data de publicação desta Emenda, bem como as pensões de seus dependentes, serão calculados de acordo com a legislação em vigor à época em que foram atendidas as prescrições nela estabelecidas para a concessão destes benefícios ou nas condições da legislação vigente."

E o seu § 3º, ratifica os direitos adquiridos pelo servidor às disposições constitucionais vigentes à data da publicação da EC nº 20/98.

"Art.3º. "omissis".

§ 1º. "omissis".

§ 3º São mantidos todos os direitos e garantias assegurados nas disposições constitucionais vigentes à data de publicação desta Emenda aos servidores e militares, inativos e pensionistas, aos anistiados e aos ex-combatentes, assim como àqueles que já cumpriram, até aquela data, os requisitos para usufruírem tais direitos, observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal."

Até aqui, da leitura da regra de transitoriedade da Reforma Previdenciária, entre o direito vigente e o novo direito posto, subsume-se que somente os servidores públicos federais e os segurados do regime geral de previdência social que já tivessem completado o tempo necessário à aposentadoria poderiam obter a **isenção previdenciária**, se desejassem permanecer no serviço público.

E aqueles servidores que ainda se encontravam... digamos, "*na expectativa do direito à aposentadoria*", ou seja, aqueles servidores que ainda não tivessem completado 30 anos de serviço, se mulher, ou 35 anos, se homem, eles nunca iriam ficar isentos da contribuição previdenciária, se desejassem permanecer no serviço público?

A questão se demonstra tormentosa, não para aqueles servidores e segurados que preencheram os requisitos e já obtiveram o direito à aposentadoria com proventos integrais, mas sim, para aqueles que já tinham direito à aposentadoria com proventos proporcionais, estabelecidos pelas regras anteriores à Emenda Constitucional nº 20/98, e que ainda iriam permanecer em atividade.

José dos Santos Carvalho Filho ⁽²⁾ trata da questão com o seguinte ensinamento:

"DIREITO ADQUIRIDO - Questão sempre ventilada em relação ao tema, é a de saber se há direito adquirido à aposentadoria e, em caso positivo, em que momento tem nascimento.

A questão deve ser examinada à luz da existência dos fatos geradores do direito. A aposentadoria é uma mera expectativa de direito enquanto não se consuma o fato gerador do benefício. No caso da aposentadoria voluntária, por exemplo, enquanto o servidor exerce suas funções sem ter alcançado ainda o prazo mínimo fixado na Constituição, tem ele mera expectativa de direito. Completado o prazo, passa ele a ser titular do Direito. Desse modo, pode concluir-se que, consumado o prazo fixado para determinada aposentadoria, surge para o servidor o direito adquirido ao benefício." (destaquei)

Com efeito, duas são as situações em que o servidor exerce o direito subjetivo de pedir, **voluntariamente, aposentadoria**, pelas regras constitucionais (CF, art. 40, § 1º, III): com *proventos integrais* e com *proventos proporcionais*.

E continua o administrativista:

"Em face do exposto, pacificou-se o entendimento de que o direito à aposentadoria se rege pela lei da época em que o servidor reuniu os requisitos para a obtenção do benefício, ainda que, por ser possível, não tenha formulado o respectivo pedido.
(3) "

O prazo para que o servidor exerça o direito subjetivo de solicitar aposentadoria voluntariamente completa-se quando ele atingir 30/30 anos de contribuição, se mulher, ou 35/35 anos, se homem, já que a regra anterior da CF/88, como visto no início de nossa anotação, não exigia *dez anos de tempo de efetivo exercício no serviço público, cinco no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria* e nem tampouco o requisito suplementar de *idade cronológica*.

E continua o renomado autor:

"Por essa razão, muito se discutiu quanto à possibilidade de haver aplicação das novas normas constitucionais introduzidas pela EC nº 20/98, que traçou as regras da reforma da previdência social aos servidores que já tivessem reunido os requisitos estabelecidos para a aposentadoria. Ou seja: as novas normas constitucionais deveriam respeitar o direito adquirido à aposentadoria, desde que consumados os requisitos estabelecidos na legislação então vigente? Sempre sustentamos que se imporia resposta positiva, sendo vedada a incidência retroativa dos novos mandamentos constitucionais oriundos do poder de reforma. Segundo o art. 60, §4º, IV, da CF, não pode ser objeto de deliberação emenda constitucional que intente abolir direitos individuais, e o direito adquirido é, sem dúvida, um direito individual, capitulado no art. 5º, XXXVI, da CF. Desse modo, aqueles servidores que já tivessem reunido os requisitos para a aposentadoria sob a égide da lei anterior não poderiam ser atingidos por norma de emenda constitucional superveniente. Esta só poderia alcançar os

detentores de mera expectativa de direito, ou seja, aqueles que não chegaram a completar o fato gerador do benefício, e isso porque em relação a eles não se pode falar de direito adquirido.

A norma nova só pode alcançar o servidor no caso da denominada retroatividade benigna, ou seja, se instituir situação a ele mais favorável. Não é o caso da alterabilidade prejudicial: havendo o direito adquirido, não incide sobre a situação funcional benéfica do servidor. (4)

Sufragando esse pensamento, a EC n° 20/98, ao estabelecer a reforma da previdência, assegurou a concessão de aposentadoria, a qualquer tempo, aos servidores públicos que, até a data da publicação da Emenda (ocorrida em 16/12/1998), tenham cumprido os requisitos para a obtenção do benefício, exigidos pela legislação vigente à época. (5) Assim dispondo, ficou vedada a retroatividade da Emenda, ao mesmo tempo em que a norma atual resguardou o direito já adquirido dos servidores pela ocorrência do fato que a legislação considerava suficiente para a obtenção do benefício. (6)

O cálculo dos proventos em conformidade com a legislação anterior também foi resguardado. Segundo o art. 3°, § 2°, da EC n° 20/98, os proventos, integrais ou proporcionais ao tempo de serviço já cumprido até a data da publicação da Emenda, deverão ser calculados de acordo com a legislação vigente à época em que foram observadas as condições para a obtenção do benefício. Portanto, a nova disciplina não somente assegurou o direito em si à aposentadoria, mas também a forma de calcular os proventos estabelecidos da lei anterior."

Tomemos como hipótese um servidor público que não tivesse completado o tempo necessário à aposentadoria pela regra anterior (30 ou 35 anos de serviço). Esse servidor terá direito subjetivo à aposentadoria integral, a qualquer tempo, assim como à **isenção previdenciária**, sem que complete o chamado "*pedágio*", devendo contar o tempo de contribuição previdenciária corridos, valendo o regramento anterior, como *direito adquirido à aposentadoria*?

QUID JURIS?

Ao que respondemos: mas claro, se na aposentadoria é preciso, para sua obtenção, o decurso de um lapso temporal, estamos frente a um direito de aquisição sucessiva, como salientado por **R. Limongi França**, hipótese na qual "*o direito se adquire dia-a-dia, com o correr sucessivo do prazo não dependendo, assim, para sua perfeição, mera incidência de um evento futuro e certo*"⁽⁷⁾

O Professor Carlos Valder do Nascimento, em trabalho conjunto com Sergio de Andréa Ferreira e Sérgio Resende de Barros⁽⁸⁾, dissertando sobre *direito adquirido* do servidor aposentado preleciona:

"No caso vertente, embora o direito se mostre futuro, porquanto pendente de consumação de elemento certo e determinado, revela-se apto a ser exercitado. Isto porque, na acepção de Plácido e Silva, trata-se de um direito futuro deferido, assim definido pelo citado autor "quando sua aquisição depende somente do arbítrio do sujeito, ou seja, da satisfação por este da condição que lhe é imposta, tal seja a sua aceitação." (9) "O tempo se afigura fato que se mostra imbricado desde que os elementos essenciais "já se tornaram presentes na forma do direito e estipulação da própria condição" (10).

"Disso resulta claro que o termo direito futuro, quando qualificado de deferido, tem seu emprego no sentido de outorgar. Desse modo sua aquisição depende somente do arbítrio do sujeito, não se subordinando a qualquer eventualidade. Nessa hipótese, cuida de evento futuro, certo e esperado, e não mais de condição, visto implicar termo que não afasta obrigação, somente exigível quando de sua ocorrência, isto é, o fato certo assinalado na obrigação."

Com relação à situação dos servidores atingidos pela Reforma Previdenciária, Celso Antônio Bandeira de Mello⁽¹¹⁾, também ensina que:

"O art. 3º, da Emenda Constitucional 20 estabelece que os servidores públicos e os segurados do regime geral de previdência, bem como seus dependentes, se já cumpridos os requisitos para obtenção de aposentadoria ou pensão na data da publicação da Emenda, continuarão a tê-la garantidas com base, integralmente, nos critérios até então vigentes."

Isto significa que, se, até o advento da Emenda, já contavam com o tempo de serviço necessário para a aposentação, posto que não havia limite de idade, poderão, "a qualquer tempo", vir a se aposentar voluntariamente e com *proventos integrais*, se tiverem 35 anos de serviço, no caso do servidor homem, ou 30 anos de serviço, no caso de servidor mulher. Assim, também, poderão se aposentar voluntariamente, com *proventos proporcionais e calculados na forma da legislação anterior à Emenda 20*, se tiverem 30 anos de serviço, se homem, e 25 anos de serviço, se mulher. Continuando em atividade até que se decidam a se aposentar, *os que já houverem completado o tempo para aposentadoria com proventos integrais* ficarão, na conformidade do § 1º do art. 3º da Emenda 20, isentos da contribuição previdenciária até os 60 anos de idade, se homem, e até os 55, se mulher; idades, estas, que se constituem no limite, ora previsto no art. 40, III, "a", para aposentadoria voluntária com proventos integrais.

Tal dispositivo, conquanto esclarecedor, em rigor técnico, não contém senão orientação que teria mesmo de ser respeitada, pena de ofensa a direito adquirido.

Os servidores que não se encontrem na hipótese anteriormente mencionada, *isto é, que ainda não hajam completado o tempo de serviço para aposentadoria voluntária*, e tenham regularmente ingressado em cargo efetivo no Estado, em suas autarquias ou fundações, até a data da publicação da Emenda 20 (conquanto possam optar pelo regime vigente a partir dela), têm assegurado o direito à *aposentadoria voluntária*, na conformidade dos termos e requisitos *cumulativos* abaixo expostos."

Por óbvio, o mestre explicita claramente, até aqui, o seu entendimento consoante o direito adquirido do servidor.

A propósito, sobre o tema *Direito Adquirido*, transcreveremos aqui artigo publicado no site do servidor (<http://www.servidor.gov.br/>) aclarando as dúvidas sobre as reformas da previdência:

"DIREITO ADQUIRIDO

I) DO DIREITO ADQUIRIDO:

Direito Adquirido é um direito fundamental, alcançado constitucionalmente, sendo encontrando no art. 5º, XXXVI, da

Constituição Federal, bem como na Lei de Introdução ao Código Civil, em seu art. 6º, § 2º.

A Constituição Federal restringe-se em descrever, in verbis:

"A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada."

A LICC declara, in verbis:

"Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém que por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem."

A doutrina sobre o instituto é ampla e traz influência dos mais diversos doutrinadores.

FRANCESCO GABBA, em sua obra "A Teoria della Retroattività delle Leggi", Roma, 1891, escreveu:

"É direito adquirido todo direito que":

a) seja conseqüência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo no qual o fato se viu realizado, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova a respeito do mesmo; e que b) nos termos da lei sob o império da qual se verificou o fato de onde se origina, entrou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu."

REYNALDO PORCHAT, na obra *Retroatividade das Leis Civis*, São Paulo, Duprat, 1909, acrescenta:

"Direitos adquiridos são conseqüências de fatos jurídicos passados, mas conseqüências ainda não realizadas, que ainda não se tornaram de todo efetivas. Direito adquirido é, pois, todo direito fundado sobre um fato jurídico que já sucedeu, mas que ainda não foi feito valer."

O pensamento da doutrina brasileira a respeito do assunto está bem representado na lição de *CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA*, in *Instituições de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1961, v. 1, p. 125, exposta assim:

"Direito adquirido, in genere, abrange os direitos que o seu titular ou alguém por ele possa exercer, como aqueles cujo começo de exercício tenha termo pré-fixo ou condição preestabelecida, inalterável ao arbítrio de outrem. São os direitos definitivamente incorporados ao patrimônio do seu titular, sejam os já realizados, sejam os que simplesmente dependem de um prazo para seu exercício, sejam ainda os subordinados a uma condição inalterável ao arbítrio de outrem. A lei nova não pode atingi-los, sem retroatividade."

II) A RELAÇÃO DO DIREITO SUBJETIVO COM O DIREITO ADQUIRIDO:

Para compreender melhor o conceito de direito adquirido, necessário se faz a análise do conceito do direito subjetivo, que é a possibilidade de ser exercido, de maneira garantida, aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio. Em outras palavras, é um direito garantido por normas jurídicas e exercitável segundo a vontade do titular. Se o direito subjetivo não for exercido, sobrevindo uma lei nova, tal direito transmudase em direito adquirido, porque era

um direito exercitável e exigível à vontade do seu titular e que já tinha incorporado ao seu patrimônio, para ser exercido quando conviesse. ⁽¹²⁾

Todavia, se o direito não configurava direito subjetivo antes da lei nova, mas sim mera expectativa de direito, não se transforma em direito adquirido sob o regime da lei nova, pois esta não se aplica a situação objetiva constituída sob a vigência da lei anterior.

III) A EXPECTATIVA DE DIREITO E O DIREITO ADQUIRIDO:

Necessário também a conceituação do que seja expectativa de direito, para caracterizar de uma maneira mais clara o que é direito adquirido.

Pois bem, a expectativa de direito configura-se por uma seqüência de elementos constitutivos, cuja aquisição faz-se gradativamente, portanto, não se trata de um fato jurídico que provoca instantaneamente a aquisição de um direito. O direito está em formação e constitui-se quando o último elemento advém. Há, por conseguinte, expectativa de direito quando ainda não se perfizerem os requisitos adequados ao seu advento sendo possível sua futura aquisição.

Se houve fatos adequados para sua aquisição, que contudo ainda depende de outros que não ocorreram, caracteriza-se uma situação jurídica preliminar, logo, o interessado tem expectativa em alcançar o direito em formação, expectativa de direito que poderá ser frustrada ou não. Por exemplo, no caso do direito ao benefício de aposentadoria, somente quem possuir simultaneamente todos os requisitos necessários, terá direito a aposentar-se.

Faltando um destes requisitos, o titular gozará apenas de mera expectativa de direito. Sobre a definição de expectativa de direito aqui aventada, leciona o afamado mestre Orlando Gomes:

"A legítima expectativa não constitui direito. A conservação, que é automática, somente se dá quando se completam os elementos necessários ao nascimento da situação jurídica definitiva." ⁽¹³⁾

Dessa maneira, quem tem expectativa de direito não é titular do direito em formação, diferentemente do sujeito que já possui o direito adquirido Este último instituto traz a segurança jurídica e a tranqüilidade nas relações humanas formadas no Direito. Sem ele, desapareceria o respeito pela ordem já constituída.

Para ilustrar o entendimento, convém transcrever a lição de Maria Helena Diniz, que assim cita outros autores caracterizando o direito adquirido em face de lei nova:

"Nesse mesmo sentido, Agostinho Alvim define direito adquirido como "conseqüência de um ato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo em que esse fato foi realizado, embora ocasião de o fazer valer não se tivesse apresentado antes da existência de uma lei nova sobre o mesmo, e que, nos termos da lei sob o império da qual se deu o fato de que se originou, tenha entrado imediatamente para o patrimônio de quem o adquiriu". Manuel A. Domingues de Andrade esclarece-nos que o patrimônio vem a ser o conjunto das relações jurídicas (direitos e obrigações), efetivamente constituídas, como valor econômico, da atividade de uma pessoa física ou jurídica de direito privado ou de direito público. Portanto, o que não pode ser atingido pelo império da lei nova é apenas o direito adquirido e jamais o direito "in fieri" ou em potência, a "spes juris" ou simples expectativa de direito,

visto que "não se pode admitir direito adquirido a adquirir direito. Realmente, expectativa de direito é mera possibilidade ou esperança de adquirir um direito por estar na dependência de um requisito legal ou de um fato aquisitivo específico. O direito adquirido já se integrou ao patrimônio, enquanto a expectativa de direito dependerá de acontecimento futuro para poder constituir um direito.

A lei nova não poderá retroagir no que atina ao direito em si, mas poderá ser aplicada no que for concernente ao uso ou exercício desse direito, mesmo às situações já existentes antes de sua publicação."

IV) O DIREITO ADQUIRIDO NA PREVIDÊNCIA SOCIAL:

Merece destaque a lição de *CRETELLA JÚNIOR*, in Enciclopédia Saraiva, verbete, p. 134:

"Quando, durante a vigência de determinada lei, alguém adquire um direito, este se incorpora ao patrimônio do titular mesmo que este não o exercite, de tal modo que o advento de lei nova não atinge o status conquistado, embora não exercido ou utilizado, como, p. ex., o agente público que, após trinta anos de serviço, adquire direito à aposentadoria, conforme a lei então vigente, e não atingido pela lei nova que fixe em trinta e cinco anos o requisito para a aposentadoria. O não - exercício do direito, nesse caso, não implica a perda do direito, adquirido na vigência da lei anterior. Ao completar, na vigência da lei antiga, trinta anos de serviço público, o titular adquiriu o direito subjetivo público de requerer a aposentadoria, em qualquer época, independentemente de alteração introduzida pela lei nova, que não mais o atinge. Qualquer ameaça ou medida concreta de cercear tal direito encontraria a barreira constitucional do direito adquirido. O direito adquirido, em virtude da relação de função pública, denomina-se direito subjetivo público e é oponível ao Estado pro labore facto. Incorporado ao patrimônio do funcionário, pode ser exigido a qualquer época, a não ser que o texto expresso de lei lhe fixe o período de exercício. Do contrário, adquirido sob o império de uma lei, em razão do vinculum iuris, que liga ao Estado, é intocável, não obstante alteração introduzida por lei, posterior, podendo ser oponível ao Estado que, se o negar, fere direito subjetivo público, líquido e certo de seu titular, como, p. ex., pelo decurso do tempo, fixado em lei, o funcionário adquire direito (à aposentadoria, às férias, à licença-prêmio, ao estipêndio, aos adicionais) pro labore facto, ingressando-se em status intocável, imune a qualquer fato ou lei que tente vulnerá-lo, o que implicaria ofensa ao direito adquirido, com implicações patrimoniais e/ou morais."

V) POSICIONAMENTOS DO STF QUANTO AO DIREITO ADQUIRIDO:

O STF há muito tem se manifestado acerca desse tema. Uma de suas primeiras decisões encontra-se na Súmula 359, que traz como elemento fundamental para a solidificação do direito a manifestação expressa da vontade do servidor, consubstanciada no requerimento de aposentadoria. Dispõe a Súmula 359, em sua redação primitiva, com base em jurisprudência formada por acórdão de 1963, *in verbis*:

"Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou servidor civil, reuniu os requisitos necessários, inclusive a apresentação do requerimento, quando a inatividade for voluntária."

Contudo, a citada Súmula sofreu reformulação, sendo que hoje o requisito da manifestação da vontade ou o requerimento tornou-se irrelevante.

No Recurso de Mandado de Segurança 11.395, DJ 18/03/1965, Relator o Ministro **LUIZ GALLOTTI**, assim se decidiu:

"Se, na vigência da lei anterior, o funcionário havia preenchido todos os requisitos para a aposentadoria, não perde os direitos adquiridos pelo fato de não haver solicitado a concessão."

Continua o Colendo Supremo Tribunal Federal, julgamento do RE nº 82881, DJ 05/05/1976, Rel.: Min. **ELOY DA ROCHA**, na Ementa, firmando o seguinte entendimento:

"I.- Servidor público estadual.- caracterização de tempo de serviço público; direito adquirido.- estabelecido, na lei, que determinado serviço se considera como tempo de serviço público, para os efeitos nela previstos, do fato inteiramente realizado nasce o direito, que se incorpora imediatamente no patrimônio do servidor, a essa qualificação jurídica do tempo de serviço consubstanciado direito adquirido, que a lei posterior não pode desprestigiar."

No Recurso Extraordinário 262.082-RS, DJ 10/04/2001, Relator o Ministro **SEPÚLVEDA PERTENCE** cita o voto-condutor do Ministro **LUIZ GALLOTTI** no leading case da revisão da Súmula 359, que diz *in verbis*:

"No citado RMS 9.813, o Ministro Gonçalves de Oliveira (Relator) entendera que, se o impetrante requeresse a aposentadoria na vigência da lei anterior, teria direito adquirido; mas, quando requereu, essa lei já não vigorava e, assim, tinha apenas expectativa de direito.

Aí, é que, data venia, divirjo. Um direito adquirido já adquirido não se pode transmudar em expectativa de direito, só porque o titular preferiu continuar trabalhando e não requerer a aposentadoria antes de revogada a lei cuja vigência ocorrera a aquisição do direito. Expectativa de direito é algo que antecede à sua aquisição; não pode ser posterior a esta.

Uma coisa é a aquisição do direito; outra, diversa, é o seu uso ou exercício. Não devem as duas ser confundidas. E convém ao interesse público que não o sejam, porque, assim, quando pioradas pela lei as condições de aposentadoria se permitirá que aqueles eventualmente atingidos por ela, mas já então com os requisitos para se aposentarem de acordo com a lei anterior, em vez de o fazerem imediatamente, em massa, como costuma ocorrer, com grave ônus para os cofres públicos, continuem trabalhando, sem que o tesouro tenha que pagar, em cada caso, a dois; ao novo servidor em atividade e ao inativo."

No Recurso Extraordinário nº 258.570-RS, julgado em 05/03/2002, o Ministro **MOREIRA ALVES** acorda:

"EMENTA: Aposentadoria previdenciária. Direito adquirido- Súmula 359. - Esta Primeira Turma (assim, nos RREE 243.415, 266.927, 231.167 e 258.298) firmou o entendimento que assim é resumido na ementa do acórdão do primeiro desses recursos: "Aposentadoria: proventos: direito adquirido aos proventos conforme à lei regente ao tempo da reunião dos requisitos da inatividade, ainda quando só

requerida após a lei menos favorável (súmula 359, revista): aplicabilidade a fortiori à aposentadoria previdenciária."

Da mesma maneira entende o Ministro **CARLOS VELLOSO**, no AGRG. RE nº 270.476-RS, DJ 11/06/2002.

"EMENTA:-CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA PROVENTOS: DIREITO ADQUIRIDO.

I.- Proventos de aposentadoria: direito aos proventos na forma da lei vigente ao tempo da reunião dos requisitos de inatividade, mesmo se requerida após a lei menos favorável. Súmula 359-STF: desnecessidade do requerimento. Aplicabilidade da aposentadoria previdenciária. Precedentes do STF.

II.- Agravo não provido."

No mesmo Agravo, o Ministro **CARLOS VELLOSO** ratificou sua decisão nos seguintes termos:

Esse Colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 266.927, Rel.: Min. ILMAR GALVÃO (DJ 10/11/00), firmou o entendimento de que:

"PREVIDENCIÁRIO. PROVENTOS DA APOSENTADORIA CALCULADOS COM BASE NA LEGISLAÇÃO VIGENTE AO TEMPO DA REUNIÃO DOS REQUISITOS QUE, TODAVIA FORAM CUMPRIDOS SOB O REGIME DA LEI ANTERIOR, EM QUE O BENEFÍCIO TINHA POR BASE VINTE

SALÁRIOS DE CONTRIBUIÇÃO EM VEZ DE DEZ. ALEGA OFENSA AO DIREITO ADQUIRIDO.

Hipótese a que também se revela aplicável- e até com maior razão, em face de decorrer o direito de contribuições pagas ao longo de toda a vida laboral- a Súmula 359 segunda a qual os proventos da inatividade se regulam pela lei vigente ao tempo em que reunidos os requisitos necessários à obtenção do benefício, não servindo de óbice à pretensão do segurado, obviamente, a circunstância de haver permanecido em atividade por mais alguns anos, nem o fato de a nova lei haver alterado o lapso de tempo de apuração dos salários de contribuição, se nada impede compreenda ele os vinte salários previstos na lei anterior.

Recurso conhecido e provido."

O tema direito adquirido foi esmiuçado de uma forma clara objetivando um entendimento pacífico e denso. Só como uma maneira de complementar o conceito dessa matéria, podemos transcrever o pensamento do MM. Juízo a quo da 1ª Vara Previdenciária de Porto Alegre / RS, Dr. José Paulo Baltazar Junior, lembrado no relatório do RE acima:

" A isto se chama direito adquirido, uma situação de imutabilidade que garante o titular contra posterior modificação legislativa. Para que se dê a situação por nós conhecida como direito adquirido é necessário que o direito não tenha sido exercido. Se o direito foi gozado por seu titular, há uma relação jurídica consumada, que não gera questionamento.

Agora, para a incidência da norma é necessário que o fato que dá suporte à incidência da norma tenha se completado, esteja presente em todos os seus elementos.

Em matéria previdenciária, o fenômeno ocorre quando o segurado atende a todos os requisitos necessários para a obtenção de um

determinado benefício, sejam elas carência, tempo de serviço, idade mínima, etc. (...) "

Irretorquível o estudo retro. Complementando-o, ouçamos o que o Professor MICHEL TEMER ⁽¹⁴⁾, em artigo publicado no Jornal "O Globo", edição do dia 16/01/2003, referindo-se à tributação previdenciária dos inativos, diz acerca da *aposentadoria como direito adquirido*:

"O que é, então, esse instituto? É um ato que se aperfeiçoa, se integraliza, se faz inteiro, se consolida, se completa, se perfaz, debaixo de uma ordem normativa vigente, de uma legislação aplicável naquele instante. Por isso, ele é chamado de ato jurídico perfeito. Aperfeiçoa-se rigorosamente, segundo os ditames legais vigentes.

O ato assim nascido se incorpora ao patrimônio jurídico de quem dele se beneficia, adquirindo o beneficiário, agora sim, um direito definitivo. É como se fosse uma fotografia. A máquina fotográfica flagra determinada cena que, em face do flagrante fotográfico, se eterniza, perenizando aquela imagem. É claro que a foto pode ser alterada, mas ela será, sempre, a alteração, ou seja, uma adulteração, uma violação da imagem captada em determinado instante temporal.

Mesmo que os métodos de adulteração sejam considerados os mais modernos tecnologicamente concebíveis, a idéia de violação da imagem pré-flagrada continua existindo.

Assim é o ato jurídico perfeito. Deve ele subsistir indene, intacto, tal como foi "fotografado" pela ordem jurídica vigente quando se consolidou. Qualquer mudança desse ato é modificação, é violação da coisa então consolidada, tornando-a imperfeita. Assim como hoje se pretende cobrar contribuição de 11% aos inativos, poder-se-á, no futuro, fazer uma cobrança de 40% ou 50%, a título de contribuição.

Levando-se às últimas conseqüências este exemplo, é lícito supor que se, por meio de Emenda Constitucional, pode ser alterado o ato jurídico da contribuição, também poderá ser mudado o próprio ato jurídico perfeito da aposentadoria, determinando que todos os aposentados retornem à atividade para prestar mais 10 anos de serviço.

O exemplo, *ad terrorem*, evidencia o absurdo de qualquer violação do direito que nasceu no momento em que determinado ato jurídico se completou. Portanto, no caso de aposentados, não é o direito adquirido que deve ser invocado, inicialmente, e, sim, o ato jurídico perfeito da aposentadoria, do qual nasceu, secundariamente, o direito adquirido do inativo. Ou seja, este se origina daquele.

Outra questão a ser enfrentada se relaciona àqueles que se aposentaram por força de decisão judicial transitada em julgado, ocasião em que a sentença poderá ter determinado os valores a serem recebidos pelo inativo. Como, nesse caso, poderá a nova lei violar a causa julgada?

Aliás, institutos como o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada destinam-se a preservar a estabilidade das relações sociais. O direito existe para que os indivíduos, no pacto social que constituíram, saibam quais são as "regras do jogo" em todas as relações pessoais, sejam civis, comerciais, tributárias, familiares etc.

Os institutos já mencionados visam a impedir que os componentes do pacto (o povo) sejam surpreendidos por modificações das "regras do jogo", depois que certos direitos já foram consolidados. Tratando-se de ato jurídico perfeito, ele é

imodificável por lei ou por emenda constitucional, já que faz parte dos Direitos Individuais catalogados em cláusula pétrea, nos termos do artigo 60, parágrafo IV, da Constituição."

Outros entendem, seguindo a interpretação autêntica (?) emprestada pelo legislador à época, Ministro WALDECK ORNÉLAS, de que a regra de transitoriedade a ser aplicada para aqueles que ainda não tivessem cumprido as exigências para a aposentadoria integral, seria aquela estabelecida no § 5º, do art. 8º, da EC nº 20/98, para a **isenção previdenciária**.

Contrários a esse entendimento perfilam-se alguns intérpretes com vistas a mitigarem o rigor do chamado "pedágio", dizendo que os servidores que adquiriram o direito à aposentadoria proporcional, pelas regras constitucionais anteriores à EC 20/98, estariam isentos do regramento novo, qual seja, o da idade e o do tempo de contribuição previdenciária necessários à aposentadoria com o "pedágio", haja vista que, pelas regras constitucionais anteriores à EC 20/98 nem uma exigência (a da idade) e nem a outra (a do "pedágio") eram requeridas para a **isenção previdenciária**.

Argumentam esses exegetas que o servidor, ao requerer a **isenção previdenciária**, irá permanecer em atividade até que se completem as exigências para a aposentadoria contidas no art. 40, § 1º, III, "a", do corpo permanente da Carta Política Federal.

Mais..., que o *direito adquirido* à aposentadoria pelas regras contidas na Constituição Federal, antes da Reforma Previdenciária primeira, projeta-se até que o servidor complete o tempo necessário de serviço público que prescrevia a Norma contida no art. 40, antes da EC 20/98.

Assim entendeu o e. Tribunal de Contas do Estado do Pará ao prolatar o V. Ac. nº 29.146 (Processo nº 99/51044-8), quando disse:

"A C Ó R D Ã O Nº 29.146

(Processo nº 99/51044-8)

Assunto: Consulta formalizada pelo Dr. GERALDO DE MENDONÇA ROCHA, Procurador-Geral de Justiça, quanto a aplicabilidade da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998.

Proposta de Decisão: Auditor Dr. ANTONIO ERLINDO BRAGA

Conselheiro Formalizador da Decisão: ELIAS NAIF DAIBES HAMOUCHE (§ 2º do art. 195 do Regimento)

EMENTA: "Consulta formulada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL quanto à auto-aplicabilidade ou não de dispositivos da Emenda Constitucional nº 20 de 15/12/98, e permanência, nesses casos, das regras constitucionais e legais anteriores."

1. São auto-aplicáveis as normas que entraram em vigor em 16/12/98 independentemente de condição; são de validade diferida as normas cuja eficácia esteja condicionada a termo e não são auto-aplicáveis as normas sujeitas a regulamentação ou cuja eficácia está sujeita à explicitação;

2. O art. 3º da Emenda Constitucional nº 20 mantém os direitos e garantias assegurados nas disposições constitucionais vigentes à data da sua publicação aos servidores públicos civis e militares, inativos, pensionistas, aos anistiados e aos ex-combatentes, bem como àqueles que já cumpriram, até aquela data,

os requisitos exigidos para usufruírem tais direitos, que lhe serão concedidos a qualquer tempo, observado o disposto no art. 37, inciso XI, da Constituição Federal;

3. É inconstitucional qualquer dispositivo da Emenda que suprimia direitos e garantias individuais, em face ao art. 60, § 4º, inciso IV da Constituição Federal de 5/10/88, emanada do Poder Constituinte;"

E complementou esse entendimento com a na Resolução nº 16.203/00⁽¹⁵⁾ (Processo nº 2000/50194-2) dizendo:

"R E S O L U Ç Ã O Nº 16.203

(Sessão nº 16.203)

Processo nº 2000/50194-2

Considerando consulta formulada pelo Departamento de Controle Externo e constante do Processo nº 2000/50194-2;

Considerando o relatório e a proposta de decisão do Auditor Dr. Antônio Erlindo Braga.

RESOLVE:

ADOTAR o seguinte entendimento:

1 - O tempo de contribuição decorrido entre o ato de aposentadoria, editado pelo órgão competente, e o término da tramitação do respectivo processo, neste Tribunal, será sempre atualizado, quando a atualização gerar direitos e vantagens ao aposentando. O estabelecido neste item aplica-se, também, às aposentadorias requeridas em data anterior a 16.12.98.

2 - Ao servidor que, em data de 16.12.98 contava tempo de serviço suficiente para requerer aposentadoria proporcional é reconhecido o direito de atualizar o referido tempo e, em consequência, a proporcionalidade, até completar 30/30 avos ou 35/35 avos, conforme o caso, concretizando-se a aposentadoria, nos termos da legislação vigente, na referida data."

CONCLUSÃO:

Assim entendido, o servidor que "adquirisse o direito" à aposentadoria proporcional antes da entrada em vigor da EC 20/98 (16.12.98), adquire o direito à **isenção previdenciária** (ou a aposentadoria com proventos integrais) após 16.12.98, quando completar 30/30 avos (ou 35/35 avos, conforme o caso) sem que seja necessário completar o "pedágio", estabelecido no § 5º, do art. 8º, da EC 20/98.

Ora, a "lei" que regia o direito à aposentadoria voluntária do servidor era o art. 40 da CF/88, as Constituições estaduais, as leis orgânicas municipais e as leis dos regimes previdenciários dos Entes federativos, vigentes antes da EC nº 20/98.

Se a Constituição, a legislação previdenciária ou estatutária, no passado, diziam que o servidor público adquiria o direito a aposentadoria depois de completar 35 anos de serviço, essa norma incidirá sobre todos os servidores que preencherem essa condição, independentemente de lei superveniente que regre a matéria, como, no caso em estudo, a EC nº 20/98.

Reynaldo Porchat complementa esse raciocínio dizendo:

"no direito condicionado o adimplemento da condição, mesmo que se verifique sob o domínio de uma lei nova, tem efeito retroativo, de modo que o direito se considera real e efetivo desde o momento em que nasceu sob condição." ⁽¹⁶⁾

E, se a "lei" não previa os requisitos atribuídos pela EC nº 20/98, não cabe – como dissemos – ao legislador impô-las ao servidor que pretender a **isenção previdenciária**, se assim não dispuser a Constituição do seu Estado, a lei orgânica municipal ou a lei de previdência que reger a matéria.

Ainda nos recorreremos dos ensinamentos do Professor Carlos Valder do Nascimento ⁽¹⁷⁾, sobre *direito adquirido* do servidor aposentado para ilustrar nosso estudo:

"O direito adquirido, segundo a doutrina corrente, não pode ser removido por emenda constitucional e muito menos por normas infraconstitucionais. Seu ideário vincula-se a *facta praeterita irrevogável*, no plano da concepção romanística, pela lei: "*leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotis, non ad facta praeterita revocari nisi nominatim et de praeterita tempore et adhuc pendentibus negotis cautum sit*" (18)

No Estado do Pará, a legislação previdenciária (LC nº 39, de 2002) ao tratar dos benefícios previdenciários dos servidores públicos a ela vinculados dispõe sobre a **isenção previdenciária**, da seguinte maneira:

"Art. 56. É assegurada a concessão de aposentadoria e pensão, a qualquer tempo, nas condições previstas pela legislação em vigor à época em que foram atendidas as prescrições legais nelas estabelecidas ou nas condições previstas na legislação vigente até 16 de dezembro de 1998, aos servidores públicos, bem como aos seus dependentes, que, até aquela data, tenham cumprido os requisitos para obtê-las.

Parágrafo único. O servidor de que trata este artigo, que tenha completado as exigências para a aposentadoria integral e que opte por permanecer em atividade fará jus à isenção da contribuição previdenciária, até completar as exigências para aposentadoria contidas no artigo 40, § 1º, inciso III, alínea "a" da Constituição Federal."

Assegura assim a previdência estadual paraense, a qualquer tempo, aos servidores públicos, o *direito adquirido* à **isenção previdenciária** desde que completem as exigências para a aposentadoria integral, pelas regras anteriores à EC nº 20/98, e que optem por permanecer em serviço, vale dizer, no momento em que atingirem 35/35 anos de serviço, se homem, ou 30/30 anos de serviço, se mulher.

NOTAS

01. EC nº 20/98, art. 3º, § 1º.

02. Direito Administrativo, 10ª Edição, Ed. Lúmen Júris, p. 555-558.

03. HELY LOPES MEIRELLES cita, inclusive, vários acórdãos com esse entendimento. Vale a pena analisar ainda a Súmula nº 359 do STF, que adota a tese no que respeita à fixação dos proventos.

04. SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA ("*Comentários à Constituição*", vol. III, p. 447).

05. Art. 3º.

06. Anote-se que se revelou injustificável o aqodamento de alguns servidores mal informados que, a despeito de já terem incorporado a seu patrimônio, se apressaram em requerer sua aposentadoria, receosos de que a reforma constitucional lhes alterasse ou suprimisse o direito. Se o direito se completou antes de 16/12/1998, data da publicação da emenda, o servidor poderia continuar em atividade, se o desejasse, sendo-lhes assegurado o benefício nas condições anteriormente consignadas na legislação pertinente.

07. FRANÇA, R. Limongi. *A Irretroatividade das Leis e o Direito Adquirido*. 4ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 257.

08. *Reforma da Previdência e Contribuição dos Inativos – Direito Adquirido e Segurança Jurídica*. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2003, p. 18.

09. SILVA, De Plácido e. op. cit. V. I, p. 88.

10. Idem p. 87.

11. *Curso de Direito Administrativo*, 15ª ed., Malheiros, 2003, p. 273 e ss.

12. 1 O fato do titular não ter exercido o direito que lhe pertence quando da entrada de uma lei nova, não configura motivo para que esta venha prejudicar o que de direito já é seu. Quem tem o direito não é obrigado a exercitá-lo, só o faz quando quiser. A aquisição do direito não pressupõe seu exercício. A possibilidade do exercício do direito subjetivo foi adquirida na superveniência da lei velha, tornando-se direito adquirido quando a lei nova vier alterar as bases normativas sob as quais foi constituído.

13. *In " "*. 8ª ed. São Paulo: Dialética, 2000. Págs. 549/550.

14. MICHEL TEMER é jurista, deputado federal e presidente nacional do PMDB.

15. DOE nº 29.219, de 24-5-2000.

16. PORCHAT, Reynaldo. *Curso Elementar de Direito Romano*. São Paulo, 1907, p. 31-32

17. Op. cit. p. 14.

18. LASSALE, Ferdinand. *Théorie Systematique des Droits Acquis – Conciliation du Droit Positif et de la Philosophie du Droit*, Paris: V. Giard e E, Brière, 1904, p. 24.

MARTÍNEZ, José Maria de S.. A reforma e a isenção previdenciária do servidor . Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 182, 4 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4593>>. Acesso em: 19 out. 2006.