

REFORMA DA PREVIDÊNCIA E DIREITO ADQUIRIDO¹

Maria Amélia A. S. de Carvalho

Juíza da 31ª Vara Federal

I - A REFORMA DA PREVIDÊNCIA

O processo de Reforma do modelo previdenciário adotado após a Constituição de 1988 iniciou-se com a Emenda Constitucional nº 20 de 16/12/98.

Dentre as alterações introduzidas pela Emenda, destacaríamos os seguintes pontos:

- A extinção em processo gradativo da aposentadoria por tempo de serviço, substituída pela aposentadoria por tempo de contribuição.
- O regime geral de previdência (obrigatório, englobando qualquer indivíduo desde que já não esteja vinculado a outro regime próprio) deverá necessariamente pautar-se por critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial (*caput* do art. 201). A observância de critérios atuariais, apesar de aparentemente ligados à essência do instituto nos moldes em que atualmente prevalece, não era imposição constitucional.
- A desconstitucionalização da forma de cálculo da aposentadoria com a modificação da redação do art. 202 da Carta. Assim, a fórmula de cálculo dos benefícios e, em especial, dos benefícios ligados à inativação, foi delegada ao legislador ordinário, adstrito, porém aos princípios constitucionais pertinentes à matéria, dentre os quais figura atualmente o da preservação do equilíbrio atuarial.

Com a instituição da aposentadoria por tempo de contribuição, o segurado ao requerer seu benefício passa a ser obrigado a demonstrar o efetivo recolhimento da

¹Palestra proferida no VI Fórum de Debates sobre Direitos e Garantias nas Relações Trabalhistas - Trabalho e previdência social : a reforma na legislação", Hotel Glória, 10 de abril de 2000.

contribuição e não mais o tempo de serviço prestado. Esta definitivamente é uma das alterações que só irão dificultar a obtenção do benefício já que, por força de lei, em diversas hipóteses, a retenção do tributo cabe não ao segurado mas ao empregador ou tomador de serviços e responsável tributário. Ao transferir a atividade de fiscalização do recolhimento do tributo aos segurados, o Estado assumiu sua incompetência para exercer uma função essencial e impôs àqueles um ônus de difícil realização, sobretudo se considerarmos a massa da população brasileira desprovida de meios, de ensino básico que lhe assegure ao menos o exercício dos direitos fundamentais e, portanto, sem poder algum frente ao seu empregador/tomador de serviços.

Tal situação se agrava se considerarmos que, no requerimento do benefício, quando ausente prova da contribuição, o segurado deverá iniciar uma Justificação Administrativa. Este procedimento exige um início razoável de prova material, o que se define por documentos contemporâneos aos fatos a serem demonstrados. Mesmos as declarações atuais dos antigos empregadores são analisadas como prova testemunhal e não como prova documental.

Passamos agora à análise dos outros dois pontos destacados na Reforma.

Pesquisando-se nos léxicos, vemos que atuária é a parte da ciência da estatística voltada ao estudo dos problemas relacionados com a teoria e o cálculo de seguros numa coletividade. Desta forma, o cálculo dos benefícios previdenciários, e conseqüentemente das contribuições previdenciárias, está a partir da Emenda nº 20 indissolúvelmente ligado a critério que leve em consideração expectativa de vida, tempo de sobrevivência, tempo de contribuição, idade ao aposentar-se, etc...

Dando prosseguimento ao processo de reforma, foi editada - não sem muita polêmica e discussão - a Lei nº 9876 de 26/11/99 (que modificou a L.8213/91) e, em adaptação ao Regulamento da Previdência existente, o Decreto nº 3265 de 29/11/99. Dentre as diversas modificações introduzidas pelo novo diploma que mereceriam estudos destacados, vamos nos deter no novo método de cálculo das aposentadorias e na introdução do chamado fator previdenciário.

II - O FATOR PREVIDENCIÁRIO

Os benefícios previdenciários de prestação continuada são obtidos em geral a partir da aplicação do coeficiente (percentual) sobre o chamado salário-de-benefício. Este, por sua vez, até a Emenda Constitucional nº 20/98, correspondia - *grosso modo* - à média aritmética simples dos 36 últimos salários-de-contribuição (este último integrado pelas parcelas da remuneração do segurado sobre as quais incide a contribuição previdenciária) corrigidos mês a mês.

Já, agora, no sistema pós-reforma, toma-se em consideração os maiores salários-de-contribuição sobre os quais o segurado contribuiu em seu período de filiação, em número que corresponda a 80% desse período contributivo, calculando-se a média aritmética simples desses itens. Mas no que pertine ao cálculo da aposenta-

doria por idade e da aposentadoria por tempo de contribuição, acrescenta-se ainda uma nova etapa no cálculo onde se multiplica esta média aritmética por um novo elemento, o fator previdenciário, para obtenção do salário-de-benefício sobre o qual incidirá ainda, ao final, o coeficiente.

O fator previdenciário é representado por uma fórmula matemática que leva em consideração a expectativa de sobrevivência do segurado a idade e o tempo de contribuição no momento em que requer sua inativação.

Em conversa com especialistas em estatística e técnica previdenciária, foram expostos alguns temores quanto à aplicação da fórmula como concebida.

Dois aspectos positivos foram ressaltados: o fato de que foi ampliado o período contributivo considerado no cálculo (80% do período contributivo no lugar dos 36 últimos salários-de-contribuição apurados em período não superior a 48 meses ou 4 anos) e o fato de desestimular a aposentadoria precoce, eis que, quanto maior o tempo de contribuição, maior será o resultado da aplicação do fator.

Entretanto, os mesmos especialistas não relutaram em denominar o multiplicador como um fator arbitrário. Afirmam eles que, apesar de conter elementos atuariais (expectativa de vida, tempo de contribuição e idade), a fórmula do fator previdenciário não se baseia em critério atuarial ou naquilo que seria o atuarialmente justo (valor presente esperado das contribuições = valor presente esperado do benefício).

Por outro lado, e por imposição legal, ressaltam eles que a tabela de expectativa de vida a ser utilizada é a tábua do IBGE, o que gerará problemas técnicos e eventuais distorções já que: o conjunto de beneficiários do regime geral tem características próprias que lhe garantem uma expectativa de vida maior do que a do Brasil como um todo; a tábua do IBGE não tem como registrar aqueles óbitos não reportados, o que diminuiria a expectativa de vida nela prevista e, conseqüentemente, aumentaria o valor dos benefícios. Entende-se assim que uma tábua específica para os beneficiários da Previdência deveria ser formulada.

Através de gráficos e simulações, constataram que as perdas do valor dos benefícios no novo sistema serão maiores que as ocasionadas pelo sistema revogado, penalizando mais a quem contribui por mais tempo.

Deslocando a análise do ponto de vista individual para o ponto de vista do sistema previdenciário, também a perspectiva é pouco otimista. Ainda que considerando o período de transição de 5 anos previsto na lei para aplicação gradativa do fator e adaptação do sistema em mediana preservação das expectativas de direito, verifica-se que embora reduzido, o déficit da autarquia não se estabilizará sequer a longo prazo.

Ainda sob outro aspecto, o fator previdenciário vem sendo criticado, pois prolonga o tempo contribuição - e conseqüentemente, de permanência em atividade - necessário à obtenção do benefício o que acarretaria redução na oferta de trabalho no mercado e não corresponderia à realidade social brasileira, considerando-se a expectativa e qualidade de vida do brasileiro.

III - DIREITO ADQUIRIDO E FATOR PREVIDENCIÁRIO

A cada reforma imposta à Constituição (que hoje de tão dilacerada pouco se parece com a carta cidadã promulgada em 1988) surgem os mesmos questionamentos: como ficam as situações já consolidadas?; há direito adquirido face à Constituição?; e face às Emendas?; é possível o controle de constitucionalidade das emendas?; o que é direito adquirido em cada caso?

A definição legal de direito adquirido elaborada no §2º, art.6º da Lei de Introdução ao Código Civil é do conhecimento de todos. Direito adquirido deriva, *grosso modo*, de um fato idôneo a produzi-lo previsto na lei vigente ao tempo em que ocorrido, lei essa já revogada no momento de exercê-lo. Este direito passa então a integrar o patrimônio do indivíduo capaz, ainda que seu exercício seja postergado para momento posterior à revogação da lei que lhe deu origem.

Diz-se que há mera expectativa de direito quando o indivíduo ainda não reuniu todas as condições legais previstas para que o direito subjetivo passe a integrar seu patrimônio jurídico.

Com a evolução do tratamento jurídico dado à matéria, hoje não cabem mais dúvidas acerca da possibilidade do controle de constitucionalidade das Emendas Constitucionais. Mesmo diante de uma nova Constituição, sempre surgida de um movimento "revolucionário" já que, decorrente da ruptura de um sistema anterior, entende-se que vige o princípio da preservação dos direitos adquiridos e do ato jurídico perfeito desde que ausente disposição expressa em contrário e uma vez consignado o princípio da irretroatividade das leis (v. Ivo Dantas in "Direito Adquirido, Emendas Constitucionais e controle da constitucionalidade", 2ª edição, Ed. Lumen Juris). Que dirá, portanto, em relação às Emendas editadas por um poder constituído e não pelo Poder Constituinte Originário.

A Reforma Previdenciária vem se pautando pela preocupação de preservar os direitos adquiridos (daqueles que já haviam preenchido os pressupostos dos benefícios na data da edição quer da Emenda Constitucional nº 20/98 quanto da L.9876/99). Também quanto às expectativas de direito demonstra certa preocupação como se vê no caso daqueles que se filiaram ao Regime Geral até a véspera da Emenda ou da Lei nº 9876/99 mas que não haviam preenchido os pressupostos legais de concessão de benefícios, para quem se prevê ou o direito de opção pelo novo regime ou a adoção do regime anterior com aplicação de normas/requisitos de transição - o chamado pedágio e a aplicação progressiva do fator previdenciário.

Analisando-se a L.9876/99 face ao sistema previdenciário pós-emenda, podemos *a priori* afirmar que a mera introdução de um fator previdenciário no cálculo dos benefícios que leve em conta expectativa de vida, tempo de contribuição e idade não pode ser imputada de inconstitucional tendo em vista a desconstitucionalização do critério de cálculo de benefícios previdenciários.

Há, é verdade, autores mais radicais, como o o Prof. Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Juiz Federal da Bahia, que, em seu livro "Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas", reputa a Emenda Constitucional nº 20/98 como inconstitucional, dentre outros motivos, justamente por derrogar o art. 202 da Carta. Entende ele que sendo os dispositivos integrantes do Capítulo da Seguridade Social normas para realização da justiça social e sendo a aposentadoria um direito individual, todos os dispositivos do Título VIII da Carta (Da Ordem Social), seriam cláusulas pétreas e, portanto, núcleo imutável da Carta. Não chegaríamos a tal ponto.

A introdução de um sistema com profundas inovações e que passa a ser aplicável àqueles já filiados ao Regime Geral no momento da edição das normas, mesmo introduzindo-se normas de transição, é evidentemente uma quebra de compromisso moral e lesão a expectativas de direito, categoria não preservada em nosso sistema. Na verdade, é mais um dos diversos compromissos rompidos que a sociedade brasileira aceita passivamente e com os quais se habitua.

Fato é que, toda vez que um indivíduo ingressa no mercado de trabalho e passa a contribuir para um regime de Previdência, passa a pautar sua vida pelas regras então vigentes. Sua expectativa de permanência no mercado, seu desgaste na atividade exercida, o valor previsto de contribuição mensal, a expectativa do benefício a receber, a necessidade ou não de adoção de um plano complementar privado de previdência, todas essas ponderações são feitas a partir do modelo de previdência vigente quando na ativa e necessariamente tomadas a longo prazo.

Ora, cada vez que o Estado altera as normas vigentes, mesmo que estipulando normas de transição, há quebra de um compromisso moral a gerar insegurança no seio da Sociedade quando não uma profunda injustiça.

A idéia de introdução de um fator previdenciário no cálculo das aposentadorias por idade e tempo de contribuição que leve em consideração elementos como idade, tempo de contribuição e expectativa de vida por si só não constitui lesão a direito adquirido, pois inexistente direito subjetivo a um regime previdenciário imutável. Trata-se de mera expectativa e, assim, como já dissemos, categoria não protegida por nosso sistema jurídico. Entretanto, o legislador ordinário, a quem se delegou a atribuição de regulamentar a matéria, tem sua atividade limitada pelos princípios constitucionais. Assim, a constitucionalidade da fórmula apresentada para obtenção do fator previdenciário não só é possível como merece atenção.

Note-se que se a Emenda Constitucional nº 20/98 por um lado transferiu ao legislador ordinário a tarefa de dispor sobre a forma de cálculo dos benefícios, impôs também uma novidade, positivando o que antes era apenas uma orientação: o fato de que os dispositivos que regem o sistema comum previdenciário (de caráter geral, obrigatório e contributivo) deverão assegurar o tanto o equilíbrio atuarial quanto o financeiro.

Nesta parte, a Ciência do Direito passa a depender necessariamente de conceitos da Ciência Econômica e da Estatística. É imperioso buscar nesses ramos científicos o entendimento se a fórmula apresentada garante a correlação esperada en-

tre o valor contribuído e o valor a ser recebido. Da mesma forma, o equilíbrio financeiro de todo o sistema (equilíbrio entre receita e despesa) passa a ser uma imposição. Somente a pesquisa multidisciplinar nos permitirá analisar a constitucionalidade do fator previdenciário.

IV - CONCLUSÃO

Concluindo, diríamos que a modificação introduzida no art. 202 não é apta a deferir ao legislador ordinário poder absoluto e arbitrário de fixar ao seu alvedrio ou ao alvedrio do poder dominante qualquer fórmula para cálculo dos benefícios que não esteja comprometida com os demais princípios constitucionais. E isto serve tanto para o cálculo de benefícios daqueles já filiados ao regime ao tempo da introdução do fator previdenciário quanto para os daqueles posteriormente ingressos.

Partindo dessas premissas, o controle de constitucionalidade do fator previdenciário é possível e poderá ser efetuada por qualquer Juiz de primeira instância pela via incidental.

Desta forma, faço aqui um alerta aos advogados: analisem a matéria cuidadosamente e sob o aspecto multidisciplinar antes de postularem em Juízo, evitando desgastes inclusive para seus clientes bem como a fixação de jurisprudência contrária à tese.

Explico-me: para nós, Juizes, sobretudo do Rio de Janeiro, é com tristeza que analisamos as milhares de ações que nos caem em mãos diariamente para julgar. À parte os mandados de segurança contra as suspensões arbitrárias de benefícios previdenciários, as ações em geral versam sobre revisão do ato de concessão (da Renda Mensal Inicial) ou revisão de reajustamento. Em geral, 80 ou 90% dessas ações são mal propostas, seja do ponto de vista do direito processual, seja do ponto de vista do direito material ou substancial. A verdade é que poucos advogados entendem de direito previdenciário ou se dão ao trabalho de estudar a legislação específica antes de propor as ações.

No caso da análise do fator previdenciário, os patronos deverão analisar não somente o aspecto previdenciário, o constitucional (princípios que delimitarão a atividade do legislador ordinário), como também e necessariamente deverão fazer pesquisa multidisciplinar já que a análise deste multiplicador dependerá de conceitos buscados em outras ciências, pesquisando assim se a fórmula adotada assegura o equilíbrio atuarial na relação jurídica estabelecida entre segurado e órgão gestor da Previdência.

Pedidos delimitados, claros e fundamentação bem demonstrada e não necessariamente prolixa são um caminho à comprovação das perdas eventualmente havidas a partir da adoção legal da fórmula proposta. Do contrário, os advogados tenderão a formar jurisprudência contrária ao pleito, apenas por não saberem formulá-lo, quando cientificamente pudesse ser possível a demonstração do prejuízo havido pelos segurados, bem como da infração ao princípio constitucional do equilíbrio atuarial.