

nefícios. Como o governo pretende lidar com isso?

José Ricardo: Todos os investimentos dos fundos de pensão envolvem um determinado risco e, evidentemente, a instabilidade na economia aumenta o grau do risco. Para reduzir os riscos dos investimentos, os dirigentes das entidades de previdência têm de definir políticas sérias e transparentes de investimento, de maneira a evitar prejuízos aos participantes, aumentar a rentabilidade e se cercar de garantias de retorno dos investimentos. Entendemos que o governo deva traçar políticas que levem a economia a um crescimento sustentado de longo prazo, que gerem emprego e renda e garantam estabilidade para os investimentos. Isso interessa a todo cidadão brasileiro e aos participantes de fundos de pensão, que veriam reduzir os riscos de seus investimentos, mas a gestão mesma dos investimentos depende muito mais dos dirigentes das entidades.

Revista: Quando o senhor imagina que a tramitação desse projeto de lei esteja concluído?

José Ricardo: É difícil fazer esta previsão, mas acredito que ainda no primeiro semestre de 2002 o projeto seja aprovado pelo Congresso Nacional. Os servidores e suas entidades representativas devem-se articular, solicitar negociações com o governo federal, analisar o projeto de lei e propor eventuais mudanças, quando ele for submetido ao Congresso. A Anapar, em conjunto com a CUT, já fez reunião com o Ministro da Previdência Social, levantando uma série de questionamentos sobre o assunto.

Artigos Doutrinários

Fator Previdenciário

Fabiano Verli*

1. Aviso

A edição da Lei 9.876, de 26 de novembro de 1999, gerou a esperada reação de todos quantos discordam da política dos dois últimos governos para o setor da Previdência Social no País. A lei instituiu, no Direito brasileiro, o fator previdenciário, além de outras inovações.

* Juiz federal, mestre em Direito Tributário pela UFMG, professor universitário e autor do livro *Taxas e preços públicos*, editora RT.

O propósito dos parágrafos seguintes é discutir a constitucionalidade deste coeficiente causador de tanta polêmica e até indignação. Inicialmente, contudo, algumas palavras sobre a seguridade social e a previdência social.

2. Seguridade social

Diz a Constituição brasileira de 1988 que “a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social” (art. 194, *caput*, CF/88).

Afinada com o entendimento moderno de seguridade social, a Carta define seus três compartimentos, nunca estanques: a saúde, “direito de todos e dever do Estado” (art. 196, *caput*), a previdência, “de caráter contributivo” (art. 201, *caput*) e a assistência social “prestada a quem dela necessitar independentemente de contribuição à seguridade social” (art. 203, *caput*). Três aspectos, três atuações, três problemas, diriam alguns. Manifestações desta busca pela segurança social não são de hoje.

Em Roma, e isso não é de se estranhar, a idéia já germinava, como afirma Sérgio Pinto Martins ao dizer que “a família romana, por meio do *pater familias*, tinha a obrigação de prestar assistência aos servos e clientes, numa forma de associação, mediante contribuição de seus membros, de modo a ajudar os mais necessitados”.

Da Idade Média, em 1344, lembra o autor, tem-se notícia do primeiro contrato de seguro marítimo, bem como, em 1601, na Inglaterra, da inovadora *Poor Relief Act*, lei de índole assistenciária.

Caixas de assistência mútua, montepios, sociedades de socorro, assim como ordens religiosas que praticavam caridade, ajudando na manutenção dos necessitados ou na cura dos doentes, são exemplos encontrados com relativa facilidade ao longo dos séculos nas sociedades razoavelmente desenvolvidas do mundo ocidental desde a Antiguidade.

Tais iniciativas representavam um *verdadeiro sistema* de proteção social nos *fronts* da previdência, da assistência e da saúde?

A resposta é não. Caso se parta da noção de “conjunto integrado de ações”, o que existia era apenas o delinear pálido de sistema. Mesmo assim, restrito à atuação da Igreja e, nos países mais prósperos destas épocas, a serviços de saúde gratuita, de resto, muito precários. E cabe destacar que justamente a previdência – em moldes orgânicos e sistêmicos – foi a última das três conquistas no seio da seguridade social.

3. Previdência social

Só na Alemanha de 1883, por iniciativa de *Otto Von Bismarck*, surge o pioneiro sistema de previdência que instituía o seguro-doença mantido com recursos do Estado e verdadeiros tributos pagos pelas empresas e pelos empregados.

No Brasil, 1923 é a data realmente importante, pois foi promulgada neste ano a Lei Eloy Chaves, que criava caixas de aposentadorias e pensões em favor dos ferroviários em todo o País. Na década de trinta, multiplicam-se os IAP's, Institutos de Aposentadorias de Pensões divididos por setor laboral (comerciários, marítimos, industriários etc). Em 1960, temos a Lops, Lei de Organização da Previdência Social e primeiro diploma, por assim dizer, a codificar as normas previdenciárias nestas plagas. Já na década de 70, foram criados os grandes institutos (INPS e Iapas) que, fundidos, dariam origem ao atual INSS na década de 90.

Uma das notas características da previdência no Brasil é, sem dúvida, a vigorosa interpenetração que sempre houve entre ela e a assistência social. Nem *sempre*, ao se percorrer a legislação previdenciária primeva, e até mesmo a atual, pode-se saber se este ou aquele dispositivo é realmente previdenciário ou assistenciário. Alguma razão para isto?

Provavelmente há muitas. Uma, no entanto, salta aos olhos. Inolvidável que o Brasil, ainda mais que a Alemanha de Bismarck, queimou etapas no seu desenvolvimento econômico-industrial. Mais do que na generalidade das outras nações, convivemos aqui em “países”. Um Brasil industrializado, com relações de trabalho formalizadas e modernas, de um lado, e um País arcaico, normalmente agrícola, muitas vezes subterrâneo, de outro. É emblemático o índice da população economicamente ativa com carteira assinada (hoje menos de 50%). Da mistura de “brasis”, a mistura de sistemas (previdência e assistência). Os esforços governamentais hoje, ao que parece, vêm no sentido de separar as prestações, depurar os tipos de intervenções. Distinguir principalmente o que é previdência do que é assistência.

4. Fator previdenciário

O fator previdenciário é apenas uma das muitas medidas empreendidas para mudar esta situação. Ele está amparado numa diferente concepção de previdência, a qual se encontra totalmente separada do assistencialismo que até agora influenciou o nosso Direito Previdenciário. É, com certeza, uma vaga de rigor e saneamento.

Trata-se de um coeficiente. Não uma unidade de medida para as aposentadorias. É um número solto, multiplicador da média dos salários-decontribuição

previamente extraída do cômputo das contribuições à Seguridade. Sua origem está na Lei 9.876/99, que modificou o art. 29 da Lei 8.213/91, em que agora se escreve *verbis*:

Art. 29. O salário-de-benefício consiste:

I – para os benefícios de que tratam as alíneas *b* e *c* do inciso I do art. 18 (respectivamente, aposentadoria por idade e por tempo de serviço), na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo, multiplicada pelo fator previdenciário; *omissis* (grifei)

Bem entendido: por esta regra nova, o cálculo do valor inicial da aposentadoria por idade ou por tempo de serviço (pela EC 20, tempo de contribuição), primeiramente exigirá a soma das melhores contribuições atualizadas do segurado desde julho de 1994 que perfaçam 80% do número total de contribuições nesse período (Lei 9.876/99, art. 3º). Depois de feita a média, aplica-se o coeficiente.

O fator “será calculado considerando-se a idade, a expectativa de sobrevida e o tempo de contribuição do segurado ao se aposentar (...)” (ver § 7º do art. 29 da Lei 8.213/91). As palavras acima são reduzidas a uma fórmula matemática contida no anexo da Lei 9.876/99, que deu esta redação ao PBPS.

A fórmula:

$$F = Tc \times a / Es \times [1 + (Id + Tc \times a) / 100]$$

Onde:

F = fator previdenciário;

Es = expectativa de sobrevida no momento da aposentadoria;

Tc = tempo de contribuição até o momento da aposentadoria;

Id = idade no momento da aposentadoria;

a = alíquota de contribuição correspondente a 0,31.

Por esta via, temos aposentadoria por idade e por tempo de serviço (ou contribuição) em que se levam em conta o quanto o segurado deixou nos cofres da Previdência ao longo de uma vida de trabalho (Tc e a), a sua idade simplesmente (Id) e o tempo de sua vida em que deverá ser sustentado pelo sistema (Es).

A alíquota de 0,31 da unidade ou, singelamente, 31%, representa a soma das contribuições da empresa (20%) e do segurado, pelo teto, que é de 11%, valores incidentes basicamente sobre o salário-de-contribuição. Ela, em verdade, representa a fração retirada mês a mês da relação de trabalho, do trabalhador e do contratante de serviços, e depositada no sistema de previdência social. É muito fácil perceber que, se a remuneração de 1.000,00 reais de alguém, por exemplo, for gerar, como efetivamente gera, receita de algo em torno de 310,00 para o INSS, teremos um quadro em que o segurado “reserva” 31 % de tempo de trabalho de sua vida in-

teira para se manter depois de se retirar. Assim, quem contribui por 35 anos terá “reservado” o suficiente para sobreviver em torno de 11 anos e meio (31 % dos 35 anos de contribuição). Essa a lógica desta alíquota. Representa a parte de recursos mensalmente retirada da economia para financiar as despesas futuras.

Quando multiplicamos, então, a alíquota (a) pelo tempo de contribuição (Tc), obtemos a quantidade de tempo de sobrevivência, por assim dizer, “financiada” pelo segurado na ativa. É como se fossem as suas economias guardadas durante 35 anos de trabalho para viver o equivalente há 11,5 anos no seu merecido e necessário ócio com dignidade.

No denominador, aparece a expressão da expectativa de sobrevivência (Es), que significa justamente o intervalo de tempo entre a concessão do benefício e a época provável da morte do segurado, segundo estatísticas atualizadas do IBGE. Ou seja, representa o tempo total e provável em que o aposentado, ex-segurado contribuinte à razão de 31 % de sua renda, será sustentado pelo sistema de previdência. Se, na época da aposentadoria, o segurado tem 58 anos, e a expectativa de vida no Brasil for 67 anos, ter-se-á, portanto, uma expectativa de sobrevivência de aproximadamente 9 anos. Nove anos por conta do INSS.

Fácil perceber, diante desta matemática, que a situação ideal na proporção $Tc \times a/Es$ (razão entre o tempo de poupança e o tempo de gasto) ocorrerá quando o resultado for 1, pois tudo o que for poupado terá sido gasto na manutenção do aposentado enquanto viver. Acontece que, na realidade, normalmente esta divisão tem resultado menor que 1, ou seja, menos tempo de contribuição que tempo de sobrevivência após a aposentadoria. Em uma só palavra: *deficit*.

Com a incidência do fator previdenciário, explicitando esta situação na primeira parte da fórmula ($Tc \times a/Es$), na maioria das situações, terá uma diminuição sensível do valor da renda inicial do benefício.

Atenta à realidade dos segurados no Brasil que procuram os postos do INSS para se aposentar com tempos de serviço que remontam à década de cinquenta, quando vigiam outras condições radicalmente diversas, a norma legal ainda traz uma segunda parcela na fórmula do coeficiente. Cuida-se de um bônus que visa a corrigir essa distorção causada pela intertemporalidade peculiar ao Direito Previdenciário e às questões atuariais em geral.

Esse bônus opera multiplicando o resultado da primeira parte ($Tc \times a/Es$) por “1” mais uma fração correspondente à soma da idade (Id) com o tempo de contribuição efetivo ($Tc \times a$).

Explicando: o número “1” tem a função de garantir que o segundo segmento da fórmula, $[1 + (Id + Tc \times a) / 100]$, represente sempre um *plus*, uma vantagem para o segurado no valor da renda inicial de seu benefício, nunca uma diminuição.

O “1” garante que, com esta parte, sempre se adicionará ao que já foi calculado na primeira parte ($Tc \times a/Es$). Enquanto isso, o divisor “100” se justifica pela necessidade de se reduzir à porcentagem o numerador ($Id + Tc \times a$).

Em resumo, o fator previdenciário compõe-se de duas partes. Na primeira ($Tc \times a/Es$), temos uma retribuição, de forma puramente comutativa, em que o INSS devolve, em forma de benefício, dinheiro, o que o segurado deixou nos cofres da Previdência durante a vida de contribuição. Na segunda [$1 + (Id + Tc \times a) / 100$], temos um bônus, de viés distributivo, em que o INSS reconhece que se devem fazer outras considerações como, por exemplo, a idade em que se encontra o segurado, independentemente do tempo de contribuição, dada a situação de que quase nunca o sistema previdenciário consegue mesmo se estruturar sob a forma puramente retributiva – daí a insuficiência do primeiro segmento e a necessidade do segundo – como ajuste.

Podemos dizer, então, que o fator previdenciário é o resultado de uma fórmula matemática que leva em conta a expectativa de vida, a idade e o tempo de contribuição do segurado. Tudo conforme o precitado § 7º do art. 29 da Lei 8.213/91. Digamos que o fator previdenciário conta a história do segurado no momento de se saber quanto ele terá mensalmente de renda.

Assim:

1) quem é mais idoso, independentemente de contribuição, ganha mais mensalmente pelo multiplicador bônus [$1 + (Id + Tc \times a) / 100$];

2) quem contribui por mais tempo, por este fato isoladamente, ganha mais todo mês pelo multiplicando retributivo e multiplicador bônus $Tc \times a/Es$ e [$1 + (Id + Tc \times a) / 100$];

3) quem tem expectativa de sobrevida menor, após o momento da concessão da aposentadoria, ganha mais a cada prestação mensal, pois, com a expectativa de sobrevida baixa, terá, proporcionalmente, menor número de prestações, possibilitando que cada uma delas seja mais generosa, concentrando mais recursos; isto em razão do segmento retributivo da fórmula ($Tc \times a/Es$).

Duas notas importantes: a Lei 9.876/99, instituindo o fator previdenciário, respeita o direito adquirido, pois aqueles que já perfizeram as exigências legais à obtenção de aposentadoria, até a data de vigência da lei, podem optar pela forma antiga de cálculo, sem fator previdenciário (art. 6º). Por outro lado, todos aqueles que se aposentam por idade podem também fazer esta opção pela não-aplicação do coeficiente se achar mais vantajoso (art. 7º). Muitas vezes será.

Há ainda uma norma de transição, já que este fator só incidiu em um sessenta avos por mês após a promulgação da lei. Portanto, incidiu o fator previdenciário

sobre toda a média de salários-de-contribuição em 2004 pela primeira vez.

5. Inconstitucionalidade do fator previdenciário e ADI 2.110/DF

Na promulgação da Lei 9.876/99, os partidos de oposição da época, usando de sua legitimidade constitucionalmente dada, impetraram perante o Supremo Tribunal Federal uma ação direta declaratória de inconstitucionalidade tendo em vista alegadas infringências a preceitos inscritos na Constituição Federal de 1988.

Em suma, alegaram o que se segue:

1) o fator previdenciário, ao considerar idade, expectativa de sobrevida e tempo de contribuição, “adota orientação estranha ao comando constitucional, na medida em que exige, para recebimento do benefício integral da aposentadoria, que os beneficiários tenham contribuído para o Regime Geral da Previdência Social, por 35 anos, se homem, e por 30 anos, se mulher, e tenham 65 anos de idade, se homem e 60 anos de idade se mulher.”;

2) com este coeficiente, há a instituição novamente da aposentadoria proporcional. Todos, na verdade, passariam a receber tais benefícios proporcionalmente, o que é inconstitucional em face da extinção desta modalidade pela EC 20/98;

3) o art. 201, § 7º, que trata da aposentadoria na Constituição, em nenhum momento fala de expectativa de sobrevida ou de idade. Ao contrário, estabelece que não se podem adotar requisitos e critérios diferenciados para concessão de aposentadoria aos beneficiários do RGPS;

4) “ainda que não se trate (o fator previdenciário) de requisito de elegibilidade, pois o benefício poderá ser concedido ao indivíduo que comprove o tempo de contribuição requerido independentemente da idade, materializa-se a fraude constitucional exatamente pelo fato de que, tendo o indivíduo idade menor do que a ‘necessária’, sofrerá perda de tal monta que se tornará proibitivo o exercício do direito, podendo chegar a quase 30% do benefício”;

5) “o art. 201, § 3º, é claro ao considerar apenas os salários-de-contribuição como elementos permitidos para o cálculo”;

6) a aposentadoria por tempo de contribuição não consta do rol dos benefícios do art. 201, I a V, da Constituição; por isso a observância do equilíbrio financeiro e atuarial a ela não se aplica;

7) além disso “se fosse relevante o critério atuarial, deveria ser efetivamente considerado quanto cada trabalhador recolheu ao longo de sua vida, assim como quanto foi o montante de contribuição de seu empregador, recolhido sobre o

respectivo salário. Tanto isso não é relevante, posto que (*sic*) a fórmula do fator meramente presume um montante contribuído, que não se considera que a contribuição do empregador não é de 20% salário-de-contribuição, mas de 20% sobre o salário total do indivíduo, assim como que a contribuição individual não é de 11%, mas varia conforme o valor do salário-de-contribuição do indivíduo entre 8% e 11%”;

8) a idade e a expectativa de vida não são uniformes no País, como parece fazer crer a Lei 9.876/99 ao instituir tabela única para ambos os sexos em todo o território nacional, igualando o que é, na verdade, desigual;

9) o art. 29 da Lei 8.213/91, com a nova redação dada pela Lei 9.876/99, ao dar um bônus para o professor, estaria, implicitamente, reconhecendo a existência de perdas;

10) a supressão da antiga redação do art. 202 da Constituição Federal de 1988 “não autoriza (...) que se possa é admitir a introdução, por lei ordinária, de regra que acarrete situação menos vantajosa para os segurados. Pelo contrário: nos termos do art. 7º da CF, quaisquer modificações estarão condicionadas a um requisito: a melhoria da condição social dos segurados”. Por outro lado, o equilíbrio financeiro e atuarial não seria nunca suficiente para justificar a restrição aos direitos dos segurados.

Sobre cada um destes pontos falarei tendo como ponto de partida uma reflexão acerca dos contornos essenciais aos direitos previdenciários.

6. Direitos previdenciários

As razões acima expostas, sem dúvida alguma, são respeitáveis e partem de premissas fortes no Direito brasileiro. Importa notar que uma raiz comum a elas todas é a interpretação constitucional mais benéfica à construção de uma sociedade mais solidária e que proporcione aos seus trabalhadores o maior nível de vida possível, mormente num País em que nível de vida elevado significa muitas vezes viver apenas dignamente. A construção de um novo ambiente social, nesta linha de interpretação, dar-se-ia diretamente pelas injunções de regras e princípios amplamente favoráveis aos segurados de maneira geral, tendo subjacente o entendimento de que estes direitos são viáveis, realizáveis, dadas a riqueza e as possibilidades de uma sociedade bem aquinhoadas, mas injusta.

Parece tratar-se de um erro de fundo, pois a mesma Constituição que impõe direitos sabiamente cuida das garantias. A própria disposição dos títulos e capítulos na Carta de 88 tende a revelar esta preocupação de, tanto quanto estabelecer direitos, garanti-los. Ver o texto constitucional como amontoado de direitos, belos

e idílicos direitos, é não vê-lo na sua completude. Ele não só estabelece os fins, mas também, normalmente, baliza o caminho. Não se cuida de Constituição sintética, mas analítica.

Em seara de normas que regulam a previdência social, esta marca é bem nítida e mais se destacou em função da recente EC 20/98. A ambivalência do complexo de dispositivos que tratam da previdência é flagrante. São exemplos dos que estabelecem metas da nossa organização social o art. 194, parágrafo único, I a IV; art. 201, I a V e §§ 2º, 3º, 4º e 6º ao 10. O que os caracteriza é exatamente o seu viés protetor, impositivo de direito com o favorecimento franco dos trabalhadores segurados.

De outro lado, existem também normas constitucionais, em tema de previdência, que se atêm basicamente à preservação e à construção do sistema previdenciário que efetivamente congregue em favor da população este “conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade”. A característica essencial deste segundo grupo de normas não é protetivo, mas quase instrumental ou ancilar. Cingem-se principalmente à manutenção do sistema. Nesta situação: art. 194, V a VIII; art. 195; art. 201, *caput* e §§ 1º, 5º e 11; bem como o art. 202. A sua *ratio* é a previdência sustentada, aquela com o mínimo de distorções possível.

Aparentemente há uma visão míope para a compreensão do título sobre a ordem social na Constituição Federal de 1988, especialmente no que toca ao Capítulo 11, da seguridade social. Provavelmente em razão de entendimento um tanto monolítico do que sejam os direitos sociais, não se atentam muitos dos estudiosos da Constituição para as diferentes tonalidades destes direitos que ora se aplicam às relações especificamente de emprego, ora às relações de trabalho em geral, umas vezes enfocando interesses individuais, outras, regulando os coletivos e em várias oportunidades tratando da previdência social.

O mau hábito, penso, está em ler, por exemplo, os arts. 6º e 7º da Carta de 88 sem atentar para o fato de que a mesma Lei Fundamental, lá no seu final, é pródiga na normatização de um complexo sistema que, em última análise, garantirá os direitos conquistados pelos trabalhadores. Ou seja, impossível entender tais artigos sem se debruçar sobre a estrutura do nosso conjunto de normas de proteção social. Eles andam de mãos dadas. São reciprocamente dependentes. Leviana será a leitura de uma parte sem o estudo da outra.

Talvez ainda não nos tenhamos acostumado com a previdência social no seu real sentido. Se no âmbito das relações de trabalho, direitos e deveres já são classicamente reconhecidos (ainda que altamente mutáveis se comparados aos direitos inscritos no art. 5º da Constituição) e apresentam nicho jurídico enquadrado

com relativa folga, quando se trata de relações previdenciárias, estas se sujeitam a um espaço de manobra muito mais restrito em razão das suas bases atuariais. A atuária é prima-irmã da previdência. Está na sua própria essência; impossível separá-las porque inviável qualquer previsão que não seja fundada em critérios científicos. O art. 201, *caput*, da Constituição o disse com clareza.

Enquanto os custos trabalhistas podem ser absorvidos de maneira relativamente menos catastrófica dentro de nossa ordem econômica, os custos previdenciários merecem tutela especial do constituinte pelo seu impacto na sociedade e no Estado de hoje e de amanhã. A diferença é nítida: ao tratar, por exemplo, dos direitos dos empregados em face dos patrões, as únicas balizas constitucionais diretamente envolvidas são aquelas relativas à livre iniciativa, ao ambiente de concorrência, entre outras previstas aqui e acolá no Texto Maior. Quer-se dizer: em se tratando de normas trabalhistas, há muito mais especificação na instituição dos direitos que na regulação/preservação das fontes. Por outro lado, no que se reporta à previdência, estes limites são muito mais sentidos, pois a Carta de 88 dispõe fartamente não só sobre direitos, mas também sobre as fontes garantidoras destes benefícios e a sua manutenção ao longo das gerações.

Assim, não adianta igualar, sem ressalvas, direitos trabalhistas aos direitos previdenciários; estes que implicam verdadeiras prestações administrativas mantidas com recursos tributários. Ambos são direitos sociais, têm sua raiz comum. Diferem-se, contudo, em alguns pontos. Talvez sejam até detalhes. Mas o diabo mora nos detalhes.

7. Mudanças

É natural que tudo o que seja novo cause reações negativas. A adoção do fator previdenciário está precisamente nesta situação. É uma novidade e vem no vácuo da EC 20/98.

Foi, aliás, por meio da EC 20/98 que se explicitaram, no Direito brasileiro, as bases essencialmente atuariais da legislação e do complexo das iniciativas previdenciárias. Agora está escrito no art. 201, *caput*:

Art. 201 – A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: *omissis* (grifei)

É uma mudança? Sim, pois agora temos explícita e inegavelmente a inscrição de um princípio que é das raízes do Direito Previdenciário. A política legislativa mais do que nunca tem de se adequar ao mandamento magno da preservação do equilíbrio atuarial e financeiro. Não há como fugir.

O fator previdenciário vem desenvolver este princípio, levando-o às suas conseqüências mais concretas. Por intermédio dele e de outras medidas recentes, muitas contidas na Lei 9.876/99, o equilíbrio atuarial e financeiro se realiza quando, por exemplo, leva-se em consideração a expectativa de sobrevida do aposentado ou quando o tempo de contribuição influencia decisivamente no *quantum* do benefício. Se posto diante do texto anterior, inconstitucionalidades saltariam aos olhos, talvez pela falta da fixação expressa do mencionado princípio. Hoje, promulgada a EC 20/98, a discussão toma outros rumos. No entanto inconstitucionalidades parece realmente haver neste fator, malgrado a circunstância de serem reparáveis sem que se tenha de atingir a sua essência.

8. Constitucionalidades e inconstitucionalidades do fator previdenciário e ADI 2.110/DF

Linhas atrás, enumerei os pontos de ataque à constitucionalidade do fator previdenciário no seio da ADI 2.110. No momento, vou analisar item a item.

8.1. Novos requisitos exigidos

É fundamental, antes de tudo, uma distinção clara entre o que sejam requisitos e o que sejam parâmetros para a renda inicial do benefício. Requisitos são imposições feitas pela lei para que o segurado possa gozar um benefício qualquer. São condições *sine qua non*. Podem ser gerais ou particulares de cada espécie de prestação previdenciária. Assim, por exemplo, o requisito de tempo de carência é requisito comum a muitos tipos de benefícios. Sem o seu preenchimento, o segurado não penetra na esfera onde se encontram os beneficiários desta prestação. Inversamente, o requisito redução da capacidade laboral é próprio da prestação auxílio-acidente; a incapacidade permanente é requisito específico da aposentadoria por invalidez, e a idade avançada é imprescindível para a concessão da aposentadoria por idade. Tanto a carência quanto essas circunstâncias constituem verdadeiros requisitos, como que “passes” para o ingresso no campo de abrangência da prestação.

Na outra ponta, temos os parâmetros para a determinação da renda inicial do benefício. Normalmente, o texto constitucional não trata deste aspecto dos direitos dos segurados. Sob a égide da sua redação anterior, o *caput* do art. 202 figurava como exceção à regra, pois estabelecia que a aposentadoria por tempo de serviço seria concedida em valor apurado com base na média dos 36 últimos salários-de-contribuição. Essa norma não vige mais no Direito Constitucional brasileiro.

A distinção clara entre requisitos e parâmetros de cálculo aparece, por exemplo, na aposentadoria por idade. Vejamos quais são os requisitos e quais são os

parâmetros. Pelos primeiros, temos a idade com fundamento no art. 201, I, e § 7º, II, CF, com a interpretação que lhe deu o STF, bem como o art. 48 da Lei 8.213/91. Por estes dispositivos, é de 65 anos a idade mínima para o empregado urbano. Outro requisito geral é o da carência de 144 contribuições mensais feitas ao RGPS para grande parte dos benefícios. Relativamente à definição da renda que estes benefícios gerarão, nunca tivemos maiores balizas constitucionais. A lei sempre determinou e determina esses parâmetros. Hoje eles estão no art. 50 da Lei 8.213/91 e implicam uma renda inicial de 70% do salário-de-benefício mais 1% deste em razão de cada grupo de 12 contribuições realizadas.

Não há como se enganar: no Direito brasileiro, requisito nunca se confundiu com bases para a determinação do valor dos benefícios. Esta determinação do *quantum* é um segundo momento em relação àquele da verificação das condições para a simples aquisição do direito às prestações.

Por isso, não há que se falar em instituição de novos requisitos para as atuais aposentadorias por tempo de contribuição e por idade. Os requisitos verdadeiramente continuam os mesmos. Para o benefício em razão do tempo de contribuição, são requisitos este período de contribuição bem como a carência (normalmente superada pelo tempo de contribuição), e só. Para as prestações em razão da idade avançada: somente a idade avançada e a carência.

Os parâmetros, esses sim, mudaram, mas é preciso ser lembrado que a Constituição de 1988 não os especifica de qualquer modo, razão, inclusive, da subsistência, por muitos anos, da aposentadoria por idade com sua forma de cálculo inteiramente disciplinada pelo legislador ordinário que, claro, não iria eleger como parâmetro a idade, independentemente dos anos de trabalho, já que a previdência é a face essencialmente contributiva da seguridade social.

Inexiste exigência de novos requisitos pelo fator previdenciário. Ele não trata de condições para o gozo de benefício. Trata do *quantum* da prestação. Aqui não vejo inconstitucionalidades.

8.2. Reinstituição da aposentadoria proporcional

Mais uma vez são confundidos parâmetros e requisitos. O que caracteriza esta ou aquela forma de aposentadoria para podermos, inclusive, nomeá-las, são os requisitos, não a forma de cálculo. Assim, quando se pensa em aposentadoria integral, o termo “integral” significa substancialmente integralidade de anos para a aquisição do direito, que não será necessariamente equivalente à renda mensal do segurado. Normalmente é menor.

A aposentadoria proporcional realmente acabou no Direito brasileiro desde a vigência da EC 20/98 (fora, obviamente, os casos da regra de transição) e o fator

previdenciário não vem a permitir novamente que brasileiros se aposentem tendo contribuído com uma fração do tempo necessário à aposentadoria, hoje, sempre integral. Continuamos a ter apenas uma forma de aposentadoria: aquela por meio da contribuição ao longo da totalidade do tempo exigido. O fator não infringe o Texto.

8.3. Requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria

O art. 201, § 1º, da Constituição, fala em proibição de adoção de requisitos e critérios diferenciados para concessão de aposentadoria aos segurados da Previdência. Reporta-se o dispositivo às discriminações inaceitáveis fundadas em *status* profissional, em origem social ou regional, em fonte de rendimentos, em carreiras etc. Expressamente ressalvada é a situação das atividades exercidas em condições desfavoráveis à saúde ou à integridade física.

O fator previdenciário não discrimina qualquer segurado. Todos a ele se submetem, sem qualquer privilégio ou meio fictício de contagem de tempo ou idade. Quando faz referência à expectativa de sobrevida ou à idade, não institui discriminação, deixando de favorecer uns em detrimento de outros. Ao contrário, fixa regra aplicável genericamente, sem distinções. Difícil ver inconstitucionalidade neste particular.

8.4. Fator previdenciário provoca perdas nos valores de aposentadoria

A Constituição de 1988 não define valores de aposentadoria. Libera o legislador para que ele próprio fixe os parâmetros de cálculo dos benefícios e se abstém de fazer equiparações ou vinculações, como erradamente se pensa, mormente no respeitante a uma pretensa vinculação ao salário mínimo.

Ademais, artigos da Lei 8.213/91, como o 28, que institui o salário-de-benefício, por exemplo, são demonstrações desta liberdade. O salário-de-benefício, que é aceito sem maiores discussões, revela-se também ele um índice, um parâmetro eleito com boa dose de discricionariedade pelo legislador ordinário. No entanto deixa de ser atacado. A verdade é que a LBPS está cheia de outros dispositivos que demonstram esta liberdade relativa do legislador na conformação do sistema de previdência, sendo outros exemplos a fixação, neste diploma, de percentuais aplicáveis ao salário-de-benefício para fins de determinação da renda mensal do benefício (arts. 44, 50, 53, 57, § 1º, 61 e 75). Por que só o fator previdenciário seria estranho à predita técnica constitucional? O art. 50 da Lei 8.213/91 também não estaria causando “perdas” aos segurados? Setenta por cento do salário-de-benefício mais 1% a cada grupo de 12 contribuições é o que concede ao aposentado por idade, sem que ninguém encontre nisso a reinstituição de aposentadoria proporcional ou motivo de perda no valor do benefício.

Também aqui, com muita dificuldade se veria inconstitucionalidade.

8.5. O art. 201, § 3º, da Constituição, permite consideração apenas dos salários-de-contribuição

A redação do precitado parágrafo é:

§ 3º – Todos os salários-de-contribuição considerados para o cálculo de benefício serão devidamente atualizados, na forma da lei.

O mandamento aí inscrito é importante, pois garante que o segurado não terá prejuízo por causa da ação deletéria da inflação sobre os valores nominais de suas contribuições. No entanto é impossível daí se retirar a conclusão de que o único elemento do cálculo será o montante dos salários-de-contribuição, vez que o próprio salário-de-benefício deriva deles. Além disso, desde que adotada esta tese, forçosa e conseqüentemente teríamos de considerar inconstitucionais todos os outros elementos que aparecem na legislação ordinária causando “perdas” aos segurados. Também constitucional neste ponto o fator previdenciário.

8.6. O princípio da observância do equilíbrio atuarial e financeiro não se aplica à aposentadoria por tempo de contribuição

O art. 201, *caput*, determina que o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial permeiem todo o sistema previdenciário, em nada restrito ao conteúdo dos incisos seguintes que elencam os riscos ou eventos abrangidos pela cobertura mínima do sistema. Ora, a aposentadoria por tempo de contribuição, todos sabem, é uma peculiaridade do sistema brasileiro, pois não envolve, a rigor, qualquer risco ou evento a ser necessariamente coberto pela previdência na sua concepção mais pura. Daí o fato de a remissão a ela estar ausente do rol mínimo do art. 201. No entanto, uma vez instituída pelo exercício do poder constitucionalmente conferido ao legislador, a ela devem ser aplicados todos os princípios da Carta de 1988.

8.7. A alíquota de 31% do fator previdenciário não revela o real montante das contribuições ao longo dos anos feitas pelos segurados e pelas empresas

De fato, a alíquota de 31% não é exata, mas inegável que a base de cálculo para a contribuição da empresa, conforme o art. 22 da Lei 8.212/91, é a totalidade dos valores pagos ou disponibilizados aos segurados, com exceção dos expressamente ressalvados pelo mesmo diploma, limites válidos para ambos, empresas e segurados. Por outro lado, sabe-se que grande parte dos segurados contribuem à razão de 8% ou 9%, portanto, menos que 11%.

Duas considerações sobre o problema. Primeiramente, a alíquota não subestima as contribuições feitas pelas empresas, mas superestima aquelas realizadas pelos segurados que, como dito, não contribuem homogeneamente à alíquota de

11%. Aliás, a maioria fica nas faixas de 8 ou 9%. Em segundo lugar, a alíquota é um índice. Algo muito comum no Direito em geral. Índices não reproduzem total e cabalmente a realidade a eles subjacente. Sua natureza é esta, indiciária. Por que os índices são usados largamente no Direito brasileiro (*verbi gratia*, no Direito Tributário)? Porque nem sempre é factível uma regra genérica – como a do fator previdenciário – reproduzir exaustivamente uma realidade. Imaginemos como seria apurar cada níquel, em valores atuais, de contribuição de cada segurado ao longo de sua vida. Uma regra geral válida para todo e qualquer segurado, em qualquer época seria inviável, até porque nosso Direito é pródigo em variações intertemporais nos valores destes tributos à seguridade. Por exemplo, a contribuição do segurado contribuinte individual era, há pouco tempo, de 10% sobre o salário-base. Hoje, é de 20%. Importante lembrar que os níveis de contribuição aumentaram de anos para cá, o que implica vantagem para a grande maioria dos pretendentes das aposentadorias, pois terão contados os seus tempos de contribuição com alíquota mais elevada do que as efetivamente praticadas no tempo de trabalho na ativa.

Estes fatos por si sós não impingem inconstitucionalidade ao fator previdenciário.

8.8. As expectativas de sobrevida, no Brasil, são diferentes de região para região e variam também de acordo com o sexo do segurado

Absolutamente justificável esta oposição dos impetrantes da ADI 2.110/DF, pois estas variações realmente acontecem e não podem ser ignoradas pelo legislador ordinário, vez que a sua não-consideração no momento de elaboração de um índice como o fator previdenciário implica ferimento ao princípio da isonomia, basilar na Constituição. Atacável, portanto, este ponto da Lei 9.876/99 por inconstitucional. Poder-se-ia alegar o fato de que, no fim das contas, pela média se atingiria a justiça necessária na determinação dos valores de benefícios, ainda que individualmente permanecessem distorções. Mesmo assim, é de todo recomendável que se modifique a disposição.

8.9. O bônus ao professor é o reconhecimento disfarçado da inconstitucionalidade do fator previdenciário pelo próprio legislador

A diferenciação no momento do cálculo dos proventos dos professores estaria ferindo a Constituição já que não seria isonômica. A EC 20/98 eliminou a figura da aposentadoria proporcional. Hoje, à parte as regras de transição, só completando 35 anos de contribuição, homem, e 30 anos, mulher, o segurado poderá obter o benefício. Existe justamente uma exceção: o professor, que precisará completar 5 anos a menos. Esta regra excepcional é prevista na própria Carta, sendo isenta

de maiores discussões.

No que se refere ao *quantum*, entretanto, a Constituição não faz diferenciação alguma. Esta se encontra restrita aos requisitos de concessão que, de fato, são muito mais benéficos ao professor. Quanto à distinção no montante da renda inicial, silencia-se o Texto Maior. E se percebe dificuldade em se falar na adequação do fator previdenciário à realidade do professor: ele já tem a regra excepcional que lhe beneficia no tocante aos requisitos. Seria certo presumir outra regra excepcional para a questão dos parâmetros da renda inicial? É sempre perigoso interpretar presuntiva e ampliativamente as regras de exceção.

Isto, no entanto, não retira a constitucionalidade da estrutura geral do fator previdenciário como instrumento de realização do princípio do equilíbrio financeiro e atuarial. Esse privilégio, contudo, é discutível política, moral e gerencialmente (antes de voarem as pedras: sou professor e filho de uma professora).

8.10. A reforma das normas previdenciárias, por constituírem normas relativas a direitos sociais, não pode mitigá-las

O enunciado *supra* encerra uma grande verdade no Direito brasileiro – em linhas gerais. Realmente, a Constituição está sempre aberta ao progresso normativo que garanta a todos aqueles que produzem uma retribuição digna de seu esforço e o respeito devido à sua condição humana e social.

Os direitos sociais previstos no art. 7º em favor dos trabalhadores, por exemplo, coexistem perfeitamente com “outros que visem à melhoria de sua condição social”.

Ocorre, contudo, que, embora se proíba a involução do complexo de direitos, em nenhum momento se estabelece que a Constituição, na parte dos direitos sociais, seja imodificável. Ela não é, pois a noção de piora ou melhoria das condições jurídicas dos trabalhadores diante do Texto Constitucional infere-se da análise global destas condições, nunca da observância das regras isoladamente. É uma questão lógica e esta postura já é por demais conhecida em sede de Direito do Trabalho, já que as convenções e acordos coletivos nunca poderão, como sabido, piorar a condição do trabalhador, mas esta piora será sempre aferida globalmente, observadas, claro, as condições mínimas da legislação.

De fato, antes de se exigir tudo, a maior renda de benefícios possível, do sistema de previdência, com fundamento nos ditames constitucionais, é mister que se atente para essas mesmas normas que determinam também a manutenção da viabilidade da Previdência, já que, uma vez falido, *inviabilizado* este “conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade”, não se terá aonde recorrer para que prestações dignas, pontuais e universalizadas por toda a

sociedade sejam pagas aos que delas precisam.

A Constituição que confere direitos sociais é a mesma que os garante por meio de regras e princípios que têm por objetivo proteger o complexo de instituições e funções públicas que mantêm o regime previdenciário atual. Por isso, impossível ler o art. 7º fechando-se os olhos para o art. 201, tão válido quanto aquele. Esse art. 201 fala, como já explanado, do equilíbrio atuarial e financeiro como base da previdência.

Quanto à questão, especificamente, da involução da Carta Constitucional e da legislação, é preciso que nos lembremos do caráter contingente dos direitos sociais que compõem o rol dos arts. 6º, 7º e 8º. É, no mínimo, ingenuidade achar que se têm evolução e modernidade constitucional com o acréscimo constante de mais e mais declarações de direitos que talvez nunca sejam viabilizados, passando a figurar apenas como frases bem intencionadas, mas vazias de utilidade no desenvolver do projeto de um direito realmente presente e libertador. À guisa de exemplo, recentemente, uma emenda constitucional foi promulgada tendo como conteúdo, pasmemo-nos, a declaração do direito à moradia a todos os brasileiros. Deixarei de elencar neste momento todos os dispositivos e princípios constitucionais que, desde 5 de outubro de 1988, já produzem o mesmo efeito, que determinam a ação dos governantes e do legislador no sentido de proporcionar a cada brasileiro um teto. Isto seria desnecessário. Fica, no entanto, a preocupação com o excesso de “direitos”, vazios às vezes, que, na verdade, tiram força normativa da Constituição, em vez de fortalecê-la, enfraquecendo-a.

Por outro lado, o fetichismo da lei, do poder das palavras na lei ou na Constituição, nos leva a ver os direitos sociais como intocáveis.

Não são. O próprio art. 60, § 4º, da Constituição dá a pista sobre o caráter contingente dessas normas ao silenciar-se sobre elas na limitação do poder de emenda do constituinte derivado.

Exemplo claro são os direitos sociais relativos à mulher. A Convenção 4 da OIT, “ratificada por vários países, proíbe às mulheres, de qualquer idade, o trabalho noturno nas indústrias públicas ou privadas”. Ainda sem abandonar esta senda, a Convenção de número 89, da mesma entidade, abranda, no entanto, a proibição, pois “retira de sua esfera normativa não só as trabalhadoras de estabelecimentos em que sirvam unicamente pessoas da mesma família e as que ocupam postos de direção (...) também as mulheres que ocupam cargos de caráter técnico (...)”. Mediante consulta prévia a entidades de classe interessadas, o governo, por esta convenção, pode suspender o trabalho noturno.

Louvando a Lei 7.855/89, que revogou os arts. 379 e 380 da CLT, Alice Monteiro de Barros chama a atenção para o fato de que “não só na legislação brasilei-

ra, como na evolução da legislação interna de outros países, há uma tendência à redução ou eliminação da intervenção legal restritiva nessa matéria, manifestada até mesmo nas normas internacionais, como se infere do Protocolo 90 da OIT”.

Quanto à insalubridade por exposição a materiais tóxicos, as Recomendações 4 e 114 da OIT, bem como as Convenções 13 e 136, todas da OIT, são exemplos da proteção dedicada à mulher no campo do Direito do Trabalho. Essas determinações têm, em verdade, passado por reavaliações que tendem a modificar a sua disciplina, já que se sabe que nada há que evidencie um maior risco à saúde feminina do que à masculina de modo geral. No tocante à capacidade reprodutiva, inclusive, salienta a pesquisadora mineira, em seu trabalho, há maior suscetibilidade dos homens a terem seus órgãos afetados em relação ao mesmo risco corrido pelas mulheres.

Ainda ilustrando este caráter contingente dos tais “direitos intocáveis”, lembro a observação de Alice de que a Lei 7.855/89, no entanto, não tocou nas normas protetoras da mulher acerca de pesos máximos admitidos. O art. 390 limita em 20 quilos, para trabalhos contínuos, e 25 quilos para trabalhos eventuais. Diz: “o ideal seria abolir a restrição do art. 390 da CLT e submeter à apreciação de cada caso às condições pessoais da empregada, ao tempo consumido na atividade, às condições do serviço, mas sempre atentos para o disposto no art. 483, *a*, da CLT”. Por outro lado, cumpre frisar que nenhum dos países da Escandinávia aderiu à convenção, entremostrando a disparidade no entendimento do que seja proteção e do que seja discriminação.

Mais exemplos poderiam ser colacionados na tentativa de demonstrar como os direitos sociais sofrem, muito mais que os direitos fundamentais da geração primeira do constitucionalismo, a influência do meio social, das mudanças e das contingências deste. Sofrem também com as contingências do avanço da Medicina, da Nutrição, da prevenção, do aumento da expectativa de vida, enfim.

Afinal, deveríamos considerar a Lei 7.855/89 uma regressão? Ela não deixa de proteger? Ela não retira uma garantia da classe trabalhadora? Ora, a verdade é que, às vezes, o que se entende por proteção, vantagem ou garantia, num momento, noutro instante pode ser um obstáculo, um empecilho ao progresso social.

Hoje, o que se entende como garantia intocável dos trabalhadores e segurados da Previdência não pode ser fator de ruína desta Previdência, sob pena de a garantia se tornar o grilhão. De modo que toda mudança tendente a imprimir maiores justiça e solidez ao nosso sistema previdenciário não poderá ser vista *aprioristicamente* como uma ameaça às conquistas sociais. Estas devem ser efetivas e sustentáveis. Honestas. Infeliz do país pródigo de declarações e pobre de ações verdadeiras contra a chaga da pobreza e do abandono.

9. Conclusões

A novidade do final deste século XX, que ora é objeto de comentários, é mais um passo do Direito brasileiro no rumo de uma previdência realmente equilibrada, desligada do assistencialismo, dentro dos ditames constitucionais. Embora não tão impactantes como o pioneirismo de Bismarck para o mundo, a Lei Eloy Chaves, a Lops, o Iapas e o INPS, para o Brasil, as medidas constitucionais e legislativas empreendidas nos últimos 6 anos não deixam de se apresentar como um novo marco nesta linha evolutiva dos sistemas de segurança social.

Nada obstante, algumas falhas prejudicam o fator previdenciário e são inaceitáveis, sendo de toda conveniência a sua extirpação para que se preserve o instrumento de política previdenciária na sua essência.

Da Recorribilidade no Processo de Justificação

Denise de Barros Faria*

Introdução

O tema a ser tratado insere-se no ramo de Direito Público, no que diz respeito ao Direito Processual Civil, especificamente ao Direito Recursal, uma vez que trata do cabimento de recursos no processo de justificação judicial. Na legislação, o tema encontra-se no Livro III, Capítulo II, Seção IX, do Código de Processo Civil, ou seja, no livro que trata dos processos cautelares, no Capítulo dos Procedimentos Cautelares Específicos, especialmente nos arts. 861 a 866 do Código de Processo Civil. A doutrina, seguindo a estrutura do Código de Processo Civil, embora não reconheça o procedimento de justificação como um processo cautelar, classificando-o como ação cautelar atípica, ou seja, ação não cautelar, apenas submetida ao procedimento cautelar, para fins didáticos, estuda-o junto com os processos cautelares.

O estudo foi proposto tendo em vista a atualidade do tema, com a formação dos entendimentos doutrinários e precedentes jurisprudenciais e, também, levando-se em conta a importância prática do assunto, já que pode levar prejuízo à parte.

A monografia está dividida em dois capítulos – o primeiro fará menção à origem do processo de justificação, sua natureza jurídica, finalidade, à diferenciação entre a justificação e a produção antecipada de prova, à efetividade e à natureza

* Servidora de gabinete de desembargador federal do TRF-1ª Região e bacharel em Direito pelo Iesb.