

DIREITO ADQUIRIDO NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Alexandre Oliveira Soares

O presente artigo tem por escopo tecer algumas considerações despretensiosas acerca da importância do instituto do direito adquirido na seara do Direito Previdenciário.

A Carta Política de 1988, em seu artigo 1º, dispõe que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, cujos fundamentos são a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

A solidez desses fundamentos republicanos passa, entre outros fatores, pelo reconhecimento e garantia do instituto do direito adquirido, porquanto uma sociedade política juridicamente organizada pelo Direito reclama, ainda que em patamares mínimos, um grau de segurança e estabilidade das relações jurídicas e sociais.

O instituto do direito adquirido ocupa posição topográfica privilegiada no texto constitucional. Ele está inserido no título dos direitos e garantias fundamentais (artigo 5º, XXXVI), razão pela qual referido instituto encontra-se acobertado pelo manto da petrealidade de que trata o artigo 60, § 4º, IV da Constituição da República, sendo expressamente vedada deliberação legislativa tendente a aboli-lo.

No campo previdenciário, o direito adquirido é de extrema importância, principalmente no que tange ao regime das aposentadorias. Isso porque referida garantia é ingrediente fundamental para assegurar a efetividade do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, núcleo axiológico do Estado Constitucional de Direito.

2. Direito Adquirido

O direito adquirido é uma figura jurídica que ainda hoje carece de uma definição precisa do seu sentido, conteúdo e alcance. Este é o entendimento do Constitucionalista José Afonso da Silva, que em sua obra “Curso de Direito Constitucional Positivo”, 19ª Edição, às folhas 436,

afirma que “a doutrina ainda não fixou com precisão o conceito de direito adquirido”.

A Constituição da República em vigor, em seu artigo 5º, inciso XXXVI, dispõe que a “lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Contudo, o legislador constituinte originário não se preocupou em definir o instituto em comento.

Foi uma lei infraconstitucional, o Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942, que esboçou em seu artigo 6º, § 2º, uma definição de direito adquirido ao afirmar que “consideram-se adquiridos os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, passa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.”

Não obstante a definição legal de direito adquirido, o fato é que ela carece de maior delimitação e precisão terminológica. Daí a necessidade e importância de uma definição e delimitação doutrinária que possam desvelar com mais clareza os contornos deste instituto jurídico, de forma a delinear com mais precisão suas fronteiras.

2.1. Breve histórico

Sérgio Pinto Martins, em sua obra *Direito de Seguridade Social*, 22ª edição, informa que no “direito chinês e hindu, a regra era a da retroatividade da lei, ainda que viesse a prejudicar a pessoa. Era a expressão da vontade do monarca, que não tinha limite no tempo.” Afirma ainda que “no direito grego e romano a regra era da irretroatividade. A exceção ocorria na existência de interesse do Estado.”

No direito brasileiro, de maneira muito simples e sumária, a evolução legislativa da irretroatividade da lei deu-se assim: A Constituição Imperial de 1824, em seu artigo 179, inciso III, dispunha que a lei não poderia ter efeito retroativo. Nesse mesmo sentido era o disposto no artigo 11, §3º, da nossa primeira Constituição republicana, de 1891.

O Decreto-Lei 4.657/42, em seu artigo 6º, dispõe que a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Idêntica redação a esta norma de

sobredireito encontra-se nas revogadas Constituições de 1934; de 1946 (§3º, do artigo 141); de 1967 (§3º do artigo 150 da CF/1967) e na Emenda Constitucional de 1969 (§ 3º do artigo 153).

Na Constituição de 1988, como já referido, a previsão do direito adquirido está no artigo 5º, inciso XXXVI. Nesta constituição, como nas anteriores, o comando constitucional não é expresso sobre a irretroatividade da lei.

No direito penal (artigo 2º do Decreto-lei 2.848 de 1940) é admissível a retroatividade para beneficiar o réu. No direito tributário (artigo 106 do CTN), há uma forma de retroatividade benéfica.

2.2. Conceito

Como já destacado, a Constituição republicana de 1988 não oferece uma definição acerca do instituto do direito adquirido. Há, como noticiado, um conceito legal desta figura jurídica contido no § 2º do artigo 6º do Decreto-Lei 4.657/42, que dispõe que “consideram-se adquiridos assim os direitos que seu titular, ou alguém por ele, possam exercer, como aqueles cujo começo de exercício tenha termo pré-fixado, ou condição preestabelecida inalterada ao arbítrio de outrem.”

Wladimir Novaes Martinez, em sua obra “Princípios no Direito Previdenciário”, página 259, apresenta o seguinte conceito de direito adquirido: “significa direito incorporado ao patrimônio do titular, bem seu. É direito. A aquisição, referida no título, quer dizer que qualquer ataque exterior por via de interpretação ou de aplicação da lei. Distinto do interesse ou da faculdade, não pode ser alterado por esta.”

Pelas definições doutrinárias apresentadas, percebe-se que o direito adquirido é aquele que integra o acervo de direitos individuais no indivíduo, de forma permanente, sendo intangível.

O direito adquirido exerce, pelo menos em tese, uma força neutralizante das medidas e atos que tendam a suprimi-lo ou fragilizá-lo. É uma garantia de segurança e estabilidade das relações jurídicas no plano individual e coletivo, necessária a uma convivência social minimamente harmoniosa.

Em suma, como leciona Sérgio Pinto Martins na obra Direito da Seguridade Social, página 72, “o Direito adquirido integra o patrimônio jurídico e não econômico da pessoa. Este não conta como algo concreto, como um valor a mais em sua conta bancária. O direito já é da pessoa, em razão de que cumpriu todos os requisitos para adquiri-los, por isso faz parte do seu patrimônio jurídico, ainda que não integre o seu patrimônio econômico, como na hipótese da aposentadoria não ter sido requerida, apesar de a pessoa já ter implementado todas as condições para esse fim.”

2.3. Características

Sérgio Pinto Martins, na página 73 da referida obra, citando Reinaldo Porchat, apresenta as seguintes características do direito adquirido: Um fato aquisitivo, idôneo a produzir direito, de conformidade com a lei vigente; uma lei vigente no momento em que o fato se realize; capacidade legal do agente; ter o direito entrado a fazer parte do patrimônio jurídico do indivíduo ou ter constituído o adquirente na posse de um estado civil definitivo; não ter sido exigido ainda ou consumado esse direito, isto é, não ter sido ainda realizado em todos os seus efeitos.

2.4. Divisão

O Decreto-Lei 4.657/42 permite estabelecer uma divisão didática acerca dos direitos adquiridos, a qual é possível a partir da disposição contida no § 2º do artigo 6º da mencionada lei, a saber:

- 1º) Os direitos que seu titular ou alguém possa exercer;
- 2º) Aqueles cujo começo de exercício tenha termo pré-fixado. Esta condicionante insere-se no comando contido no artigo 125 do Código Civil, segundo o qual se subordina a eficácia de um ato a uma condição suspensiva, de sorte que enquanto esta não se verificar, não terá adquirido o direito a que o ato visa;
- 3º) Outros que tenham condição preestabelecida para o exercício, inalterável ao arbítrio de outrem. A condição preestabelecida não pode ser modificada pela vontade de outra pessoa, devendo ser respeitada.

3. Direito adquirido no Direito Previdenciário

Um exame da dinâmica legislativa previdenciária revela que o direito adquirido no ramo previdenciário tem comportado certa flexibilização, segundo entendimento esposado por parte da doutrina. Bom e relativamente velho exemplo disso, aduzem alguns autores, é o da obrigatoriedade da contribuição previdenciária imposta aos aposentados e pensionistas pela Emenda Constitucional 41, já declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Embora já pacificada essa questão, mais adiante serão revisitados alguns argumentos dos que são contrários a esta exação.

Importante na análise do direito adquirido no Direito Previdenciário é examinar o elo estabelecido entre os órgãos previdenciários e os beneficiários diretos e indiretos do Regime Geral da Previdência Social, desde o seu surgimento até o seu desaparecimento.

De forma simples, o vínculo perpassa por diferentes etapas até consolidar-se. Assim, a primeira etapa é a da pretensão. Surge a partir da filiação, momento em que o segurado possui tão somente pretensão jurídica, não possuindo direito ao benefício, salvo quanto às prestações que dispensam carência.

A segunda é a expectativa do direito, situação em que o segurado não atende aos requisitos legais, mas está próximo de alcançá-los. Cumpre salientar que a Constituição da República não tutela a expectativa do direito. A terceira etapa é a da conquista do direito, em que o indivíduo já implementou todos os requisitos legais que lhe conferem um direito.

Por fim, a última etapa, a do direito adquirido. Neste caso o direito incorporou-se ao patrimônio do seu titular. Corresponde ao direito propriamente dito. Sobrevindo norma legal que reduza ou altere o direito em si ou de suas partes integrantes, considera-se o direito adquirido, que por força de comando constitucional e infraconstitucional é intangível.

O direito adquirido tem significativa importância para o Direito Previdenciário, principalmente no que concerne às aposentadorias, conforme acentuado no início deste artigo. O segurado adquire o direito

à aposentadoria no momento em que reúne todos os requisitos necessários para obtê-la, independentemente do seu efetivo exercício ou requerimento.

Importante destacar que a aquisição do direito previdenciário não se confunde com o seu exercício. Isso quer dizer que o não exercício de um direito não tem a força de tirar-lhe o status de direito adquirido e as garantias que sobre ele recaem.

A ordem jurídica nacional claramente sinaliza pelo reconhecimento da existência do direito adquirido no Direito Previdenciário.

A Emenda Constitucional nº 20 garante expressamente o direito adquirido das pessoas ao consignar que “é assegurada a concessão de aposentadoria e pensão, a qualquer tempo, aos servidores públicos e aos segurados do regime geral da previdência social, bem como aos seus dependentes que, até 16/12/98, tenham cumprido os requisitos para obtenção destes benefícios, com base na legislação vigente.”

O § 2º do artigo 3º da EC 20/98 mostra outra regra de direito adquirido: “Os proventos da aposentadoria a serem concedidos aos servidores públicos, em termos integrais ou proporcionais ao tempo de serviço já exercido até a data de 16/12/98, 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”.

A lei 8.213/91, em seu artigo 122, revela o direito adquirido ao mencionar que, sendo mais vantajoso, fica garantido o direito à aposentadoria, nas condições legalmente previstas na data do implemento de todos os requisitos legais necessários à obtenção do benefício.

Assim sendo, os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais revelam o direito adquirido aos benefícios previdenciários aos segurados obrigatórios ou facultativos que já satisfizeram as exigências legais.

No campo jurisprudencial, o entendimento caminha no mesmo sentido. O Supremo Tribunal Federal, a teor do disposto na súmula 359, consigna que “ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-

se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil reuniu os requisitos necessários.”

Vários posicionamentos do Supremo Tribunal Federal são no sentido de reconhecer a existência do direito adquirido no ramo previdenciário, conforme demonstram as ementas abaixo:

“Aposentadoria: proventos: direito adquirido aos proventos conforme a lei vigente 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.” (STF – RE – RGS Rel. Min. Sepúlveda Pertence; J. 10/04/01; 1ª T.; DJ 18/05/01; p. 450).

E ainda:

“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. Alegada Ofensa ao Princípio do 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 – Súmula 359, segundo 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, 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.” (STF RE 266927/RS; Rel. Min. Ilma Galvão; J. 20/06/2000; 1a T.; DJ10/11/00; p. 105).

Como se constata, o direito adquirido em matéria previdenciária tem forte amparo no ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional, razão pela qual doutrina e jurisprudência também o reconhecem.

4. O artigo 4º da Emenda Constitucional 41/03: um bom mote para se pensar a questão do direito adquirido no Direito Previdenciário

A doutrina classifica as normas constitucionais como originárias e derivadas. As primeiras emanam do Poder Constituinte Originário,

enquanto as outras defluem do Poder Constituinte Reformador. Este poder deriva do próprio Texto Constitucional e é por ele limitado e condicionado, falecendo-lhe a amplitude originária.

Desta forma, os limites formais e materiais da atuação do Poder Constituinte Derivado são fixados pelo Poder Constituinte Originário.

O § 4º do artigo 60 da Constituição da República dispõe que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais. Por sua vez, no capítulo dos direitos e garantias individuais, o caput do artigo 5º estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida e à igualdade, sendo que o inciso XXXVI deste dispositivo proclama que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

As emendas constitucionais por não serem normas constitucionais originárias, uma vez incidindo em violação à Constituição Originária, sujeitam-se ao controle repressivo de constitucionalidade. O artigo 4º da EC 41/03 que estabelece contribuição previdenciária aos aposentados e pensionistas fere os institutos do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, segundo alguns autores.

Os proventos de aposentadoria e pensões a que faz jus o servidor público, uma vez preenchidos os requisitos constitucionais, constituem-lhe direito subjetivo, incorporado ao seu patrimônio jurídico. Ou seja, preenchidas as condições de gozo do benefício pelo servidor, nenhum ato da ordem legislativa, nenhuma determinação legal, tampouco Emenda Constitucional, poderá compeli-lo a posteriori a contribuir para o sistema previdenciário.

Oportuno o pronunciamento do Ministro do STF Carlos Ayres Britto quando do julgamento da ADI aforada contra a EC/41:

“(…) “se o funcionário formaliza o seu pedido de aposentadoria e a Administração Pública expede o respectivo ato com a aprovação do Tribunal de Contas, o direito subjetivo, que era do tipo adquirido, passa a

chamar ato jurídico perfeito. E se alguém impugna em juízo a validade de tal aposentadoria, vindo o judiciário a definitivamente confirmar, não a impugnação, mas o ato executivo da aposentadoria, o direito subjetivo, que já teve sua fase de direito adquirido e seu estágio de ato jurídico perfeito, muda outra vez de nome e passa a se chamar coisa julgada.”

O ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada estão acobertados pelo manto da petrealidade exarado no artigo 60, § 4º, inciso I da CF/88. Segundo vozes abalizadas, a cobrança da exação viola o direito adquirido dos servidores inativos que já recolheram aos cofres previdenciários, quando em atividade, as importâncias exigidas pelo ordenamento legal aplicável, para que pudessem usufruir da aposentadoria, o que se aplica também aos pensionistas.

Entendem que no momento da aposentação a norma em vigor dispunha que não haveria mais descontos relativos à contribuição previdenciária sobre proventos, logo, é um direito adquirido protegido pelos dispositivos constitucionais, incorporado ao patrimônio jurídico dos servidores inativos e aos pensionistas.

Sustentam que constitui conduta ofensiva ao Texto Maior incluir os inativos no rol dos responsáveis pelo custeio da Seguridade Social, haja vista que o sistema securitário social estruturado na Constituição Federal, tanto para o setor público quanto para o privado, assenta-se no princípio do solidarismo. Neste compasso, à luz dos artigos 149, § único, 195 e 201 da Constituição da República de 1988, afirmam que somente os economicamente ativos estão obrigados a custear o sistema securitário.

No regime de repartição simples tem-se um pacto de gerações. A geração em atividade é que está encarregada de custear os benefícios da geração que está inativa. Como seria possível respeitar o princípio da repartição simples, como prescreve a EC 41/03, sem recair sobre os inativos o ônus de financiar a seguridade se eles já estão no gozo do benefício? Eis outro argumento dos opositores.

Outro argumento contrário apresentado é o efeito confiscatório da exação, a existência de bitributação, os quais ensejam a redução ilegítima dos vencimentos e a desobediência ao princípio da isonomia.

Neste sentido foi o entendimento declinado pela aposentada ministra Ellen Gracie na ADI ajuizada em face da EC 41/03, in verbis:

“A Emenda nº 41, em seu artigo 4º, portanto, segundo entendo, quebra o sinalagma da relação jurídica, forçando aposentados e pensionistas a efetuarem verdadeira doação de parte de seus proventos em nome do princípio da solidariedade. A nova contribuição acrescenta novo ônus aos proventos e pensões, tendo por fato gerador, imposto sobre a renda, os mesmos proventos e pensões. Assim, a Emenda Encontra-se eivada de inconstitucionalidade, pois permite a bitributação.”

Por corresponder à necessária contrapartida, ferido está também o artigo 195, § 5º da CF, que impõe a manutenção do equilíbrio atuarial e, finalmente, porque discrimina indevidamente contribuintes em condições idênticas, agredindo a garantia da isonomia prevista no artigo 150, inciso II da Constituição Federal. Tais garantias se encontram a salvo da atividade reformadora (artigo 60, § 4º, inciso IV, CF).”

Por outro lado, insistem, a contribuição social imposta aos servidores e pensionistas pela EC 41/03 tem natureza tributária, logo é abrangida pelas imunidades genéricas consagradas no artigo 150, VI, da Constituição da República em vigor. À toda evidência, a finalidade da exação prescrita pela mencionada emenda é sanear as finanças da Previdência Social.

Os contrários à exação invocam ainda o argumento de que a questão do equilíbrio financeiro da Previdência Social não diz respeito ao servidor, mas ao gestor público, ao gerente, a quem compete gerir e administrar a arrecadação de recursos para dar-lhes rendimento suficiente para a auto-sustentação e equilíbrio financeiro do sistema previdenciário, não cabendo ao servidor inativo e ao pensionista suportar o ônus da incapacidade gerencial estatal, como pretende a EC 41/03.

Como já foi acima noticiado, o fato é que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, por maioria, a constitucionalidade da exação imposta aos inativos por meio da Emenda Constitucional 41/03, invocando entre outros argumentos o princípio da solidariedade.

5. Conclusão

O reconhecimento e a proteção do direito adquirido é de fundamental importância no Estado Democrático de Direito, em nome da segurança jurídica e da estabilidade das relações travadas numa sociedade política juridicamente organizada pelo Direito.

Não há dúvidas de que o instituto do direito adquirido encontra larga aplicação no Direito Previdenciário. Normas constitucionais e infraconstitucionais, bem como doutrina e jurisprudência, reconhecem a relevância deste instituto neste ramo jurídico de feição fortemente social.

Ao se revisitar a questão da imposição da exação previdenciária aos aposentados e pensionistas de que trata o artigo tratado o 4º da EC/41, para se falar sobre o direito adquirido, é claro que não se pretendeu levantar toda a polêmica acerca desta matéria já exaustivamente debatida e até pacificada.

O revolvimento sumário da questão da taxação dos inativos foi apenas um mote para nos lembrar da imperiosa necessidade de vigiarmos e orarmos sempre. Vigiarmos a atuação das nossas instituições republicanas e orarmos à deusa da justiça grega Dikée à deusa da justiça romana Justitia, pedindo a elas que protejam o direito adquirido, pois, afinal, uma sociedade civilizada, para que possa dar efetividade aos direitos de cidadania, exige, ainda que em patamares mínimos, segurança e estabilidade das relações jurídicas e sociais.

Referências bibliográficas.

BRASIL. Constituição (1988). Brasília, DF: Senado, 1988.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito de Seguridade Social. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. Princípios de Direito Previdenciário. 4ª ed. São Paulo: LTR, 2001.