
DEFESA DA REFORMA DA PREVIDÊNCIA - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DE SERVIDORES ATIVOS, INATIVOS E PENSIONISTAS PREVISTA NO ART. 4º DA EMENDA CONSTITUCIONAL 41

*DEFENSE OF THE PENSION REFORM – PENSION CONTRIBUTION OF
WORKING AND RETIRED CIVIL SERVANTS AND PENSIONERS AS SET
FORTH IN ARTICLE 4 OF CONSTITUTIONAL AMENDMENT 41*

Maria Aparecida Araújo de Siqueira

Procuradora Federal

Coordenadora-Geral de Gestão Judicial da Secretaria-Geral de Contencioso – SGCT/AGU

Pós-graduação em Direito Público - Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

Especialista em Direito Constitucional - IDP

SUMÁRIO: 1 Breve Histórico; 2 Das Ações Diretas de Inconstitucionalidade contra o Art. 4º da EC n. 41/2003; 3. Das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.ºs 3105 e 3128; 4 Da Manifestação do Advogado-Geral da União; 5 Do Julgamento das Ações Diretas; 6 Do Acórdão Proferido Pelo STF; Referências.

RESUMO: Por ocasião das comemorações dos 20 anos da Advocacia-Geral da União não se pode deixar mencionar o trabalho desempenhado no âmbito da Secretaria-Geral de Contencioso, na defesa da contribuição previdenciária dos servidores públicos ativos, inativos e pensionistas.

Nesse sentido, o presente artigo busca detalhar o desenvolvimento dos trabalhos realizados na defesa da Emenda Constitucional n. 41/2003, os quais tiveram início ainda durante as discussões a respeito da PEC 40/2003 pelo Congresso Nacional, quando foram identificados os eventuais pontos de questionamento e realizada minuciosa pesquisa doutrinária e jurisprudencial, que acabou por fortalecer a defesa da constitucionalidade da referida norma, especialmente no tocante à contribuição previdenciária de 11% sobre os vencimentos, proventos e pensões.

O obstinado estudo, e o empenho na defesa da Norma Constitucional então criada, constituíram fatores preponderantes para que a alegação de inconstitucionalidade relativa ao *caput* do art. 4º da EC/41, de 2003, analisado em sede das ADI's 3105 e 3128, fosse julgada improcedente pela maioria dos Ministros do STF, em sessão Plenária.

PALAVRAS-CHAVE: Emenda Constitucional nº 41/2003. Reforma da Previdência. Contribuição Previdenciária dos Servidores Públicos Ativos, Inativos e Pensionistas. Constitucionalidade.

ABSTRACT: On the occasion of the celebrations of the Attorney General's Office's 20 Year Anniversary, one cannot fail to mention the work performed within the General Secretariat of Litigation, in the defense of Pension contributions of active and retired civil servants, and pensioners.

In this sense, this paper aims to detail the development of the work undertaken in the defense of Constitutional Amendment N° 41/2003, which began back during the discussions of the PEC 40/2003 by Congress, when possible points of questioning were identified and a thorough research in doctrine and jurisprudence was carried out, which lead to a strengthening of the defense of the constitutionality of that provision, especially with regards to social security contribution of 11% of salaries, proceeds and pensions.

The resolute study and commitment to the defense of the Constitutional Rule thus created were important factors for the ruling of the claim of unconstitutionality on the heading of article 4 of EC/41, 2003, examined through the Direct Actions of Unconstitutionality (ADI's) 3105 and 3128, which was dismissed by the majority of the justices of the Supreme Court in plenary session.

KEYWORDS: Constitutional Amendment nº 41/2003. Pension Reform. Pension Contributions of Active and Retired Civil Servants, and Pensioners. Constitutionality.

1 BREVE HISTÓRICO

A Advocacia-Geral da União desempenhou papel de fundamental importância para viabilizar o cumprimento das normas contidas na Emenda Constitucional nº 41/2003.

Os estudos relativos à defesa da Reforma da Previdência tiveram início bem antes de a Proposta de Emenda à Constituição – PEC n. 40/2003 convolar-se na EC n. 41/2003.

Assim, durante os últimos quatro meses de debates no Poder Legislativo, dos dispositivos contidos na PEC n. 40/2003, vários estudos e pesquisas foram realizados no âmbito da Secretaria-Geral de Contencioso, de modo que os resumos de doutrina e jurisprudência que deveriam subsidiar eventual defesa da constitucionalidade da reforma foram alocados numa grande planilha.

Esse procedimento permitiu a condensação de rico material que serviu para a construção da defesa relativa aos questionamentos submetidos ao Supremo Tribunal Federal, pela via de algumas ações diretas de inconstitucionalidade.

Foi nesse contexto que, ao apagar das luzes do ano de 2003, mais precisamente em 19 de dezembro, data mesma da promulgação da Emenda Constitucional n. 41/2003, de 19/12/2003, foi ajuizada a primeira, de uma série de outras ações diretas de inconstitucionalidade contra a EC n. 41/2003.

Assim, pela repercussão nos meios de comunicação e, essencialmente, pela importância na vida dos servidores, é que se faz oportuna uma abordagem relativa às ADI's que trataram da cobrança da contribuição previdenciária dos servidores públicos inativos e dos pensionistas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias e fundações públicas.

2 DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE CONTRA O ART. 4º DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 41/2003

O artigo 4º da EC n. 41/2003 possui a seguinte redação, *in litteris*:

Art. 4º Os servidores inativos e os pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em gozo de benefícios na data de publicação desta Emenda, bem como os alcançados pelo disposto no seu art. 3º, contribuirão para o custeio do regime de que trata o art. 40 da

Constituição Federal com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.

Parágrafo único. A contribuição previdenciária a que se refere o caput incidirá apenas sobre a parcela dos proventos e das pensões que supere:

I - cinquenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II - sessenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas da União.

Em face do art. 4º da Emenda Constitucional n. 41, acima transcrito, foram ajuizadas as ADI's n.ºs 3099, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista – PTB; 3105, requerida pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP; 3128, proposta pela Associação Nacional dos Procuradores da República – ANPR; 3133, ajuizada pelo Partido da Reedificação da Ordem Nacional – PRONA; 3143, requerida pela Confederação dos Servidores Públicos do Brasil – CSPB; 3172, proposta pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA; e a 3184, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB.

3 DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE N.ºS 3105 E 3128

Conforme visto, o art. 4º da Emenda Constitucional 41/2003 foi questionado em várias ações diretas, daí porque o julgamento das ADIs n.s 3105 e 3128, pelo Tribunal Pleno da Suprema Corte, realizado em 18 de agosto de 2004, servir de parâmetro para as demais ações diretas que tratavam com o mesmo objeto.

Na ADI 3105, proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, argumentou-se o desrespeito às normas previstas nos arts. 5º, inciso XXXVI, 150, inciso II, e 60 § 4º, inciso IV, da Constituição Federal.

Isso porque aqueles servidores que haviam preenchido os requisitos de aposentação, os já inativados no momento da promulgação da EC/41/2003 possuiriam direitos adquiridos e *“tinham garantidos, em*

virtude do próprio sistema previdenciário previsto na Constituição, o direito de não pagarem mais contribuição previdenciária”.

Assim, fez-se uma interpretação do art. 5º, inciso XXXVI - “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” - de modo a demonstrar que o vocábulo “lei” teria significado amplo e, assim, estaria incluído no conceito da “*espécie normativa emenda constitucional*”.

Nesse sentido, argumentou-se que ao desrespeitar o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, a EC/41 ofendeu a cláusula pétrea contida no art. 6º, § 4º, inciso IV, da Carta Republicana.

Ao final, sustentou-se a existência de vício de inconstitucionalidade, por afronta ao princípio da isonomia tributária, de que trata o art. 150, II, da CRFB/1988, em relação aos servidores que seriam inativados após o advento da EC 41/2003.

Na petição inicial da ADI 3128, além dos questionamentos contidos na ADI 3105, destacou-se a impossibilidade de a EC 41/2003 instituir o caráter solidário das contribuições previdenciárias para os aposentados e pensionistas, sob o argumento da impossibilidade de exigir-se a mesma obrigação daqueles que já cumpriram os requisitos necessários para a aposentadoria, porquanto gozariam de direito adquirido.

Acrescentou-se que essa contribuição previdenciária também afrontaria o caráter contributivo, porque não teria causa suficiente, além de desrespeitar a irredutibilidade da remuneração.

Em ambas as ações diretas, foram requeridas antecipações de tutela para suspender a norma contida no citado art. 4º da EC Nº 41/2003.

4 DA MANIFESTAÇÃO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

No exercício da missão constitucional prevista no art. 103, § 3º, o Advogado-Geral da União apresentou manifestação na defesa no dispositivo impugnado.

Nesse sentido, mediante a assistência da Secretaria-Geral de Contencioso, defendeu a natureza tributária da contribuição previdenciária, para afirmar a impossibilidade de se invocar direito adquirido à não-exação tributária, com fundamento no precedente da Medida Cautelar na ADI nº 2010, de relatoria do Ministro Celso de Mello, que afirmou ser a seguridade uma espécie tributária.

A referência doutrinária, em favor da tese da natureza tributária da contribuição para a previdência, foi extraída de Parecer exarado pelo

1 Petição inicial da ADI 3105 disponível no sítio do STF.

Professor Luís Roberto Barroso, intitulado: “Constitucionalidade e legitimidade da reforma da previdência: ascensão e queda de um regime de erros e privilégios”, anexado à manifestação.

No tocante ao direito adquirido, ficou claro que a Constituição da República não impedia que a emenda constitucional alterasse o seu contexto, e que a expressão “lei”, contida no art. 5º, inciso XXXVI, se reportava ao plano infraconstitucional, “*mais precisamente lei ordinária*”².

Nesse diapasão, foi evidenciado o magistério de Hugo de Brito Machado³, que defende a possibilidade de o constituinte, em sede de emenda constitucional, dispor que as modificações empreendidas atinjam fatos anteriores. O referido autor defende, ainda, não ser válido afirmar que o direito adquirido seja classificado como direito fundamental, portanto não alcançável por emendas constitucionais, em razão da norma prevista no art. 60, § 4º, inciso IV, pois tal garantia aplica-se ao legislador ordinário.

Na mesma linha foi citado o magistério de Luís Roberto Barroso (op. cit.), que afirma estarem os aposentados e pensionistas sujeitos à incidência da contribuição previdenciária.

A lição do professor Paulo Modesto reforçou o argumento de que os direitos adquiridos não são cláusula pétrea da Constituição⁴.

No campo da colisão dos princípios e direitos constitucionais, foi reproduzido fragmento do artigo do magistério de Fernando Noronha⁵, em que o autor afirma:

‘Nem mesmo a existência de direitos adquiridos pode ser óbice à supressão destes, quando contra eles ergam outros direitos (ou outros princípios) de natureza constitucional e de valor superior ao da tutela do direito adquirido. (in Revista de Direito Administrativo, v. 211. Reforma Administrativa e Direito Adquirido, p. 83).’⁶

Assim, tendo em conta o princípio da razoabilidade, restou defendida a ponderação dos princípios constitucionais da solidariedade, da dignidade da pessoa humana, da isonomia, como também dos demais princípios e garantias existentes juntamente com o direito adquirido.

2 Manifestação do Advogado-Geral da União na ADI 3105. Sítio do STF na Internet.

3 MACHADO, Hugo de Brito. *Direito adquirido e coisa julgada como garantias constitucionais*. RT, 714/21.

4 Manifestação do Advogado-Geral da União na ADI 3105. Sítio do STF na Internet.

5 NORONHA, Fernando. Retroatividade, eficácia imediata e pós-atividade das leis: sua caracterização correta, como indispensável para solução dos problemas de direito intertemporal *Cadernos de direito constitucional e ciência política*. v. 23., São Paulo: RT, 1998, p. 105-106)

6 Manifestação do Advogado-Geral da União na ADI 3105. Sítio do STF na Internet.

Quanto à solidariedade do sistema da seguridade social - que engloba todos os participantes, ou seja, os servidores ativos, os inativos e os pensionistas - defendeu-se que a contribuição previdenciária é própria do sistema de seguridade social, mediante a participação de todos os beneficiários. Nesse sentido foi citada a doutrina pátria, que analisa questões relativas à preservação do princípio da solidariedade social e conclui “*que o mesmo resguarda gerações atuais e futuras de eventual estado de pobreza, como também da perda da dignidade*”⁷.

Além da abalizada doutrina, a defesa do novo regime teve como fundamentos jurisprudencial o julgamento da ADI nº 1441, no qual o Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, asseverou que a “*...Contribuição social é um tributo fundado na solidariedade social de todos para financiar uma atividade estatal complexa e universal, como é a Seguridade...*”.

No tocante à alegada ofensa ao princípio da isonomia tributária, de que trata o art. 150, II, da Carta Republicana defendeu-se a tese de que a referida exação teve como finalidade instituir tratamento isonômico aos participantes do mesmo sistema previdenciário, tendo em vista que ao passar para a inatividade o servidor não estaria dele excluído.

Nesse sentido, ao coligir a lição do Professor Celso⁸, ficou claro o fato de que a contribuição previdenciária então instituída, efetivamente, não apresentava qualquer fator de *discrímen* razoável, que pudesse prejudicar os inativos, por exemplo, os quais não poderiam ser classificados em situação diferente em relação aos servidores ativos “*pelo mero fato de já estarem aposentados*”⁹.

Com esses, e outros argumentos no mesmo sentido, o então Advogado-Geral da União requereu a improcedência dos pedidos formulados, “*ante a constitucionalidade do artigo 4º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003*”¹⁰.

5 DO JULGAMENTO DAS AÇÕES DIRETAS

No julgamento das ADI's 3105 e 3128, a União apresentou memorial, na mesma linha do que constituiu a tese de defesa já sustentada pelo Advogado-Geral da União.

7 CORREIA. Marcus O. G. et at *Curso de Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Saraiva, 2001. p.62-64.

8 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Princípio da isonomia: desequiparações proibidas e desequiparações permitidas. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 01, 1993. p. 81-82.

9 Manifestação do Advogado-Geral da União na ADI 3105. Sítio do STF na Internet.

10 Manifestação do Advogado-Geral da União na ADI 3105. Sítio do STF na Internet.

Todavia, considerando o posicionamento expresso no Plenário do Supremo Tribunal Federal, no decorrer do julgamento, foi elaborado memorial complementar, de modo a consolidar o posicionamento da União na defesa da Constitucionalidade do art. 4º da EC nº 41/2003.

Ao expor o seu voto a Ministra Ellen Gracie entendeu violados os arts. art. 150, II, bem assim, o art. 150, IV, “*porque a Constituição Federal veda a instituição de tributo com efeito de confisco*”; e 195, § 5º da Constituição Federal, porquanto “*a contribuição dos inativos e pensionistas resultaria em verdadeira bitributação*”, vedada pelo art. 154, I da mesma CRFB/1988.

Com o objetivo de esclarecer as questões relativas ao citado *confisco* e à bitributação, em memorial complementar, o Advogado-Geral da União destacou que o voto da Ministra deixou de observar a norma do artigo 40, da CF/1988, com a redação dada pela EC 41/2003, sobre a natureza e os elementos do regime de previdência instituído por aquela reforma constitucional, que assegurou aos servidores públicos titulares de cargos efetivos, um regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante a contribuição do ente público e dos servidores ativos e inativos, de modo a preservar o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema (*caput* do art. 40).

Nesse sentido, o art. 4º da EC/41, que havia somente estabelecido os percentuais de contribuição e constituía objeto das ações diretas, haveria que ser interpretado à luz do *caput* do citado art. 40, reformado nos termos do art. 1º da mesma EC nº 41/2003.

Também foi destacado o fato de que o servidor ao se aposentar não perde o vínculo e nem a condição de “servidor”, aplicável aos ativos e inativos e, nesse sentido o STF já havia examinado caso relativo ao servidor público quando passa para a inatividade, e consagrado o entendimento de que tal situação não o torna substancialmente diferente dos demais servidores, porque preservam o vínculo de índole financeira, e a eles são também aplicadas as normas relativas às vantagens e limitações impostas aos servidores em atividade (ADI 1.441).

Em relação ao tema contributividade x solidariedade, foi esclarecido que, com a emenda constitucional, o antigo sistema contributivo passou a ter o conceito de solidariedade, em razão da necessidade de que todos os participantes do sistema contribuíssem para a sua sustentabilidade, indispensável diante do quadro atuarial que então se vislumbrava para o futuro.

Bem por isso, restou defendido que emenda constitucional que estipula, em relação ao imposto discriminado por ela, a inaplicabilidade do princípio da não-vinculação do produto da arrecadação de

impostos a órgão, fundo ou despesa, não fere nenhuma das cláusulas de intangibilidade previstas no artigo 60, § 4º, incisos I ao IV, da Constituição Federal de 1988, tendo em vista posicionamento anterior da Suprema Corte na ADI n. 939.

Nessa linha, restou evidenciado que como o novo imposto teria sido discriminado pela própria Constituição, não seria o caso de se cogitar da aplicação da regra do artigo 154, inciso I, da Carta Política, de 1988, que trata da técnica legislativa para o uso da competência tributária residual da União (Precedentes do S.T.F.: ADIn nº 939/DF, in RDA 198/123-194; ADIMC nº 1.497/DF, in DJU de 13/12/2002, pp. 58).

Ao defender a ausência da natureza de confisco, da contribuição dos inativos, foi esclarecido que o referido entendimento quanto à alegada violação ao artigo 150, IV, da CF/88, não poderia prevalecer, pois a mesma carga tributária a que estariam adstritos os inativos, somando-se o que lhes era tributado a título de imposto de renda de pessoa física e o que viria a ser exigido a título de contribuição previdenciária, também era suportado pelos servidores em atividade, quando são computados tanto o imposto de renda quanto a contribuição previdenciária.

Assim, ficou claro que se acaso os servidores inativos estivessem, por esse motivo, sujeitos a um tributo confiscatório, dever-se-ia concluir, também, de forma absurda, e por simetria, que os servidores ativos não poderiam contribuir para seu sistema de previdência.

6 DO ACÓRDÃO PROFERIDO PELO STF

Ao final, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar as ADIs 3105 e 3128, concluiu, por maioria, ser improcedente a alegada inconstitucionalidade do *caput* do art. 4º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003.

Desse modo, o STF entendeu que o servidor inativo não detém direito adquirido a imunidade tributária imposta pela Constituição Federal, isso abrange qualquer modalidade de tributo.

O Plenário da Suprema Corte, de forma majoritária, afirmou que a contribuição previdenciária instituída pela EC n. 41/2003 não ofende outros direitos e garantias individuais, devendo submeter-se aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, de forma a viabilizar o cumprimento dos objetivos constitucionais relativos à universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento.

Assim, com apoio na afirmação da constitucionalidade do *caput* do art. 4º da Emenda Constitucional n. 41/2003, a reforma previdenciária se manteve, em prol da estabilidade do sistema e da garantia de manutenção das aposentadorias dos servidores públicos.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Princípio da isonomia: desequiparações proibidas e desequiparações permitidas. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 01, 1993.

CORREIA, Marcus O. G et al. *Curso de Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MACHADO, Hugo de Brito. *Direito adquirido e coisa julgada como garantias constitucionais*. RT, 714/21.

NORONHA, Fernando. Retroatividade, eficácia imediata e pós-atividade das leis: sua caracterização correta, como indispensável para solução dos problemas de direito intertemporal *Cadernos de direito constitucional e ciência política*. v. 23. São Paulo: RT, 1998.