

O JULGAMENTO DAS ADIN'S 3105 E 3128 PELO STF E A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 4º DA EMC 41

Geovany Cardoso Jevaux*

Sumário: Introdução; 1. Os termos das ADIn's: objeto e parâmetro; 2. O voto da Ministra Ellen Gracie; 3. O voto do Ministro Joaquim Barbosa; 4. O voto do Ministro Carlos Britto; 5. O voto do Ministro Cezar Peluso; 6. O voto do Ministro Eros Grau; 7. O voto do Ministro Gilmar Mendes; 8. O voto do Ministro Marco Aurélio; 9. O voto do Ministro Carlos Velloso; 10. O voto do Ministro Celso de Mello; 11. O voto do Ministro Sepúlveda Pertence; 12. O voto do Ministro Nelson Jobim; Considerações finais; Referências.

Resumo: As decisões tomadas pelo STF nas ADIn's nº 3105 e 3128 representam um novo paradigma no direito constitucional pátrio, já que fixaram não haver direito adquirido a imunidades tributárias, ainda que elas tenham sido outorgadas por emenda constitucional (EMC 20/98). Trata-se de enfoque que desafia o conceito segundo o qual as imunidades são um direito fundamental à limitação do poder do Estado e não uma auto-limitação que o próprio Estado se dá e se absolve quando quer. Tais decisões fecharam o círculo discursivo sobre o assunto na esfera do direito positivo, por serem irrecorríveis, vinculantes e insindicáveis em sua constitucionalidade intrínseca, mas precisamente por conta dessas mesmas características não podem se pôr a salvo da crítica acadêmica. A racionalidade da interpretação

* Professor de Teoria da Constituição do Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais da FDV/ES; Juiz do Trabalho - TRT da 17ª Região; Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC/RJ; Doutor em Direito Público pela UGF/RJ.

contida naquelas decisões requer que as premissas utilizadas sejam abertas ao debate, naquilo de Robert Alexy chama de “exigência de saturação”. Neste artigo, o exame das razões adotadas nos votos vencedores põe em dúvida aquela racionalidade e a própria constitucionalidade daquelas decisões.

Palavras-chave: Emendas Constitucionais; Inconstitucionalidade; Contribuição previdenciária; Proventos e pensões de servidores públicos.

Abstract: The decisions made by STF (Brazilian Supreme Court) on the ADIN's (Unconstitutionality Direct Action) n. 3105 and 3128 represent a new paradigm on the Brazilian Constitutional Law, since it had stated that there is not acquired right for the tributary immunity, even if it had been granted by constitutional amendment (EMC 20/98). It's about an approach that challenges the concept according to which the immunities are a fundamental right to the limitation of the State power, and not a self-limitation that the State exempts or imposes to itself. Such decisions closed the discursive circle about the subject on the Positive Law area, for being unappealable, binding and not “syndicatable” in its intrinsic constitutionality, but precisely for these characteristics it can not be safe from the academic critics. The rationality of the interpretation in those decisions requires that the used premises are open for debate, in that Robert Alexy calls “saturation requirement”. In this work, the exam of reasons adopted in the winner votes put in doubt that rationality and even the constitutionality of that decisions.

Keywords: Constitutional Amendment; Unconstitutionality; Providenciary contribution; Revenues and pensions of public employees.

Introdução

O texto original da CF de 1988, em seu art. 40, III, “a” e “b”, previa o direito à aposentadoria integral dos servidores públicos civis que alcançassem o tempo mínimo de contribuição, naquela época de 35 anos para os homens e de 30 anos para a mulher.

A integralidade dos proventos, nesses casos, permaneceu inalterada pela EMC 20/1998, de acordo com o § 3º por ela introduzido no art. 40 no texto da CF, criando-se apenas, a partir de então, um regime de aposentadoria espontânea que combinava tempo de contribuição e

idade mínimos. A regra geral desse regime ficou descrita no inc. III do § 1º do art. 40, alterado por aquela EMC, para os servidores públicos empossados após a data de publicação da emenda, enquanto que o regime para os servidores públicos empossados antes dela ficou tratado de forma transitória no art. 9º da mesma emenda.

O *caput* do art. 3º da EMC 20/1998 afirmou o direito adquirido daqueles que já tivessem reunido os requisitos para a aposentadoria até a data de publicação da emenda, para exercitá-lo

[...] a qualquer tempo [...] com base nos critérios da legislação então vigente. O § 1º desse mesmo dispositivo concedeu isenção de contribuição previdenciária aos servidores que estivessem nas condições indicadas no *caput* e permanecessem ativos do serviço público, no intuito deliberado de inibir o crescimento do quadro de inativos e a margem de despesa dessa natureza. o mesmo tempo, o § 3º desse mesmo dispositivo foi taxativo em reafirmar a regra do *caput*, ao asseverar que são mantidos todos os direitos e garantias assegurados nas disposições constitucionais vigentes à data de publicação desta Emenda aos servidores e militares, inativos e pensionistas, aos anistiados e aos ex-combatentes, assim como àqueles que já cumpriram, até aquela data, os requisitos para usufruírem tais direitos [...].

Assim, os já aposentados no serviço público antes da EMC 20 e aqueles que tinham direito de se aposentar, mas não o requereram, tiveram assegurado o direito à integralidade dos proventos ou no mínimo a imunidade das contribuições (§ 12 do art. 40 c/c o inc. II do art. 195 da CF), nas condições das normas vigentes ao tempo da consumação (ato jurídico perfeito e acabado) ou da reunião das condições de exercício do direito (direito adquirido). Embora tais direitos individuais já fossem, desde então, assegurados pela norma do inc. XXXVI do art. 5º da CF, inclusive contra o poder de reforma (art. 60, § 4º, IV, da CF), foram ainda reforçados pelas dicções expressas e inequívocas do art. 3º da EMC 20/1998.

A primeira tentativa de se criar a contribuição previdenciária sobre os proventos dos servidores públicos inativos ocorreu com a mudança da redação do art. 231 da Lei nº 8112/90 pela MP nº 1415/96, que foi

objeto da ADIn nº 1441, extinta por sua vez sem a resolução do mérito pelo fato de a sua inicial não ter sido emendada após uma das reedições daquela MP. O texto do art. 231 da Lei nº 8112/90 foi então revogado pela Lei nº 9783/99, que em seu art. 1º instituiu a mesma contribuição previdenciária, vindo a ser objeto da ADIn nº 2010, julgada parcialmente procedente ao entendimento conforme o qual

o regime de previdência de caráter contributivo, a que se refere o art. 40, caput, da Constituição, na redação dada pela EC nº 20/98, foi instituído, unicamente, em relação '*os servidores titulares de cargos efetivos [...]*', inexistindo, desse modo, qualquer possibilidade jurídico-constitucional de se atribuir, a inativos e a pensionistas da União, a condição de contribuintes da exação prevista na Lei nº 9.783/99.

Nesse último julgamento, foi dito que a EMC 20/98 não havia fixado

[...] a necessária matriz constitucional, cuja instituição se revelava indispensável para legitimar, em bases válidas, a criação e a incidência dessa exação tributária sobre o valor das aposentadorias e das pensões.

Com essa passagem se descortinou a possibilidade de se instituir a mesma contribuição por via de emenda constitucional, fato que animou a aprovação da PEC que resultou na EMC 41/2003. Essa emenda modificou o texto do *caput* do art. 40 da CF e instituiu a cobrança de contribuição previdenciária sobre as pensões e os proventos de servidores públicos já aposentados ou com direito adquirido à aposentadoria nas condições anteriores.

Objeto de duas ADIn's, de nºs 3105 e 3128, movidas respectivamente pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público e pela Associação Nacional dos Procuradores da República, referido dispositivo foi considerado constitucional pelo Pleno do STF, em julgamento ultimado em 18 de agosto de 2004, sob os argumentos segundo os quais não existem imunidades tributárias absolutas e de que

[...] não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos e as pensões, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não haver, a respeito, direito adquirido com o aposentamento.

Noutras palavras, a tributação por via constitucional derivada pode excepcionar e/ou relativizar as imunidades tributárias, de modo que, ao fazê-lo, desconstitui qualquer direito adquirido anterior em sentido contrário e anula os efeitos concretos dos atos jurídicos perfeitos e acabados já consumados, tudo em caráter *ex nunc*.

O problema é que as imunidades tributárias são, elas mesmas, garantias individuais contra o abuso do poder tributário do estado, consideradas de caráter absoluto pela doutrina, porque vinculadas a liberdades preexistentes e que, uma vez associadas aos direitos humanos, tornam-se impassíveis de revogação até mesmo por emendas constitucionais, como o próprio STF já havia reconhecido no julgamento da ADIn 939-7, pelo voto vencedor do Ministro Relator Sidney Sanches.¹

Logo, existe manifesta incoerência, seja no histórico progresso de julgamentos do STF na matéria, seja nos próprios argumentos usados naqueles julgamentos para proclamar a validade do novo *caput* do art. 40 da CF e do art. 4º da EMC 41, que, considerados constitucionais em sede de ADIn julgada nesse ponto improcedente, se põem a salvo do controle difuso de constitucionalidade diante do efeito dúplice indicado no art. 24 da Lei 9868/99.

Assim, com aquelas decisões se constitucionalizam os inconstitucionais *caput* do art. 40 da CF e o art. 4º da EMC 41, com os efeitos vinculantes proclamados no § 2º do art. 102 da CF, na redação empregada pela EMC 45/2004.

1 Os termos das ADIN's: objeto e parâmetro

Os termos das ações de controle de constitucionalidade envolvem o objeto normativo infra-constitucional questionado e o parâmetro constitucional violado,² ou seja e respectivamente, o dispositivo/

enunciado (texto) infra-constitucional e/ou seu significado normativo (interpretação) que se acusam de vício de inconstitucionalidade e o dispositivo/enunciado (texto) constitucional e/ou seu significado normativo (interpretação) supostamente agredidos.

No caso das ADIN's em exame, o objeto de ambas é o art. 4º da EMC 41/2003, cuja redação é a seguinte, *verbis*:

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,³ 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.

Os parâmetros constitucionais que teriam sido violados por tal objeto são os direitos fundamentais albergados pelos princípios: 1) do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, contidos no inc. XXXVI do art. 5º da CF e já reconhecidos pelo STF na Súmula nº 359,⁴ por via de emenda *ultra vires* (art. 60, § 4º IV, da CF); 2) da isonomia tributária, contido no art. 150, II, da CF; 3) da irredutibilidade de vencimentos e benefícios – proventos e pensões (§ 2º do art. 5º c/c o inc. XV do art. 37 e art. 194, IV, da CF); 4) do caráter retributivo da contribuição social previdenciária, contido no § 5º do art. 195 da CF, reconhecido pelo STF no julgamentos das ADIn's nºs 790 e 2016.

A primeira ofensa diz respeito aos efeitos patrimoniais negativos que o *caput* de referido dispositivo tem sobre: 1) os proventos dos

servidores públicos já aposentados antes da sua edição, no sentido de se impor contribuição antes inexistente ao tempo da aquisição do direito e de sua consumação (ato jurídico perfeito); 2) as pensões dos beneficiários de servidores falecidos antes da sua edição (ato jurídico perfeito); 3) os proventos futuros daqueles servidores que, embora não estivessem aposentados no tempo de sua edição, reuniram as condições de exercício do direito à aposentadoria antes da EMC 41 (direito adquirido). Trata-se, portanto, de efeito patrimonial negativo de caráter imediato para os casos dos dois primeiros itens e de caráter mediato para o último deles. Encarado o dispositivo em comento desse modo, a sua previsão em sede de emenda constitucional teria malferido o art. 60, § 4º, IV, da CF, que veda ao poder de reforma qualquer alteração negativa ou prejudicial dos direitos e garantias fundamentais.

A segunda ofensa diz respeito ao tratamento diferenciado entre os servidores que se encontram na condição do item 1 supra, no plano federal e dos demais entes federativos, e entre eles todos e os servidores que vierem a se aposentar somente após a EMC 41 (inclusive aqueles do item 3), já que a faixa de isenção da contribuição previdenciária devia ser, respectivamente, de 60 ou 50% do limite máximo dos benefícios do regime geral de previdência social, que na época era de R\$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais), e de 100%. Em resumo: entre os servidores já aposentados antes da EMC 41, os federais teriam a alíquota da contribuição previdenciária incidente sobre o que excedesse a 50% do valor do benefício-teto, enquanto que os servidores dos demais entes federativos teriam a alíquota incidente sobre o excedente a 60% desse mesmo valor; já os servidores que viessem a se aposentar após a edição da EMC 41 somente contribuiriam sobre o excedente a 100% do valor do benefício-teto.

A terceira ofensa tem relação direta com a primeira delas, nos casos dos itens 1 e 2 supra, uma vez que a imposição de um desconto em folha de pagamento sobre os proventos e as pensões teria o imediato efeito de reduzir o valor até então recebido, com inevitável e injusto decréscimo patrimonial.

A derradeira ofensa tem sede no princípio constitucional orçamentário do equilíbrio atuarial, segundo o qual a criação ou majoração de benefícios ou serviços sociais depende de uma correspondente fonte de custeio, o que significa dizer, *contrario sensu*, que toda cria-

ção ou majoração de contribuições sociais exige proporcionalidade com os benefícios criados ou majorados, numa autêntica relação de custos e benefícios. E essa relação seria inexistente ou inadequada e desnecessária, já que o servidor aposentado ou com direito adquirido à aposentadoria sob as condições anteriores à EMC 41 não teria qualquer benefício ao continuar contribuindo para o sistema previdenciário após a aposentação, para a qual já teria contribuído o suficiente, conforme o tempo de contribuição.

As antíteses correspondentes foram apresentadas pelo Congresso Nacional (CN), por intermédio da Advocacia-geral do Senado Federal, e pela Advocacia-geral da União, de acordo com a exigência do § 3º do art. 103 da CF e do art. 12 da Lei nº 9.868/99.

A primeira antítese é a de que inexistiria direito adquirido contra a mudança de regime previdenciário por via de emenda ou à imunidade futura sobre novos tributos *lato sensu* ou sobre a majoração tributária, isso no pressuposto de que a vedação imposta no inc. XXXVI do art. 5º da CF não diz respeito às emendas, mas às leis complementares e ordinárias, diante de seu *status* hierárquico superior. Tanto que na ADIn nº 2.010 o STF teria admitido essa superioridade das emendas ao proclamar a inconstitucionalidade de uma lei infra-constitucional que instituíra a contribuição previdenciária aos inativos e pensionistas sem uma correspondente base constitucional. Ademais, a previsão do inc. XXXVI do art. 5º da CF seria objetiva, de tutela dos princípios ali descritos, portanto sem efeitos subjetivos de garantia a direitos concretos.

A segunda antítese é a de que os aposentados e pensionistas que possuíam essa condição até a edição da EMC 41 precisam se adequar ao regime de solidariedade do sistema previdenciário, a fim de “[...] resguardar as gerações atuais e futuras de eventual estado de pobreza, como também da perda da dignidade”. Em relação aos já aposentados antes daquela emenda e os que vierem a se aposentar a partir dela, aceita-se como premissa que os primeiros teriam obtido seus benefícios diante de regras mais flexíveis, com menos tempo de contribuição e com valores menores, de modo que a distinção entre eles seria uma forma de compensar aqueles que se submeterão a um regime mais rígido em relação àqueles que se submeteram até então a um regime menos gravoso.

A terceira antítese é a de que o próprio STF já teria negado direito adquirido à não-exação tributária, tanto em relação a vencimentos quanto a proventos, no julgamento da ADIn nº 1441.

A última antítese radica basicamente sobre o argumento da solidariedade, que seria aplicável tanto ao ativo quanto ao inativo e aos pensionistas.

Ouvido o Procurador Geral da República, na forma do § 1º do art. 103 da CF, sua manifestação foi no sentido de aceitar as teses lançadas nas iniciais das ADIn's, em primeiro lugar porque a tributação antes inexistente teria malferido o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, "[...] ainda que o novo tributo tenha sido previsto em emenda constitucional". Isso porque as emendas devem respeito aos limites ao poder de reforma, tal como previsto no § 4º do art. 60 da CF, sendo certo que a palavra "lei" encontrada no inc. XXXVI do art. 5º do mesmo diploma deve ser entendida no contexto daquele primeiro dispositivo, dirigido às emendas e não às leis. Por outro lado, esse último dispositivo alberga a previsão abstrata de uma garantia concreta, pois do contrário "[...] o preceito constitucional restaria inócuo e sem aplicação". Diz ainda que a solidariedade do regime previdenciário tem limite nos princípios da legalidade constitucional e da isonomia, esta última afrontada pelo tratamento desigual entre aposentados federais e dos demais entes federativos e entre estes e os que vierem a se aposentar. Por fim, indaga o PGR qual benefício previdenciário teriam os já aposentados ou pensionistas antes da EMC 41 ou os que vierem a se aposentar depois dela, com direito adquirido à incidência do regime anterior, em contrapartida à sua contribuição, constatando que a falta de resposta ou de qualquer benefício é a prova da ofensa ao caráter retributivo das contribuições sociais e, portanto, de causa suficiente para a cobrança.

2 O voto da ministra Ellen Gracie

Na condição de Relatora sorteada, a Ministra Ellen Gracie iniciou seu voto, após o relatório, rejeitando as defesas processuais de ilegitimidade ativa e de falta de pertinência temática, respectivamente pelo fato de o STF ter passado a admitir a legitimidade de associação de associações, de caráter nacional, a partir das ADIn's nºs 1303 e 2874,

mudando antiga orientação esposada na ADIn nº 1402, já que a legitimidade das associações tem relação direta com seu caráter nacional, e não com o naípe de seus membros, e porque os estatutos sociais das Autoras prevêm a defesa dos interesses de seus filiados ativos e inativos e de seus pensionistas.

Ato contínuo, estabeleceu a Ministra relatora a premissa da admissibilidade do controle de constitucionalidade das emendas constitucionais, citando o julgamento da ADIn nº 939, que tinha por objeto a EMC 03/93, e passou a historiar o que chamou de “sistema de aposentadorias no setor público”. Nesse histórico, menciona-se que desde 1938, quando foi criado o IPASE, pelo DL nº 288/1938, os servidores públicos civis (então funcionários públicos, exercentes de cargo efetivo, interino ou em comissão) ostentam a condição de contribuintes previdenciários obrigatórios, com uma contribuição escalonada por faixas de vencimentos, entre 4 e 7%. Quanto à natureza da aposentadoria e dos proventos, afirma-se que, na origem, ou seja, antes da Lei nº 1711/1952, que estabeleceu o Estatuto do Servidor Público, a aposentadoria do servidor público (então funcionário) era tida como *garantia* ou *prêmio*. Com o Estatuto em questão, os proventos assumem “[...] caráter de *pro-labore*, ou seja, desdobramento de um pacto laboral onde a aposentadoria correspondia a uma extensão da remuneração da atividade”. Tal natureza se viu então alterada pelo caráter *retributivo* dos benefícios sociais dado pelo § 5º do art. 195 da CF de 1988, segundo o qual são vinculados os benefícios às contribuições e vice-versa, ou seja, para cada benefício há uma contribuição e para cada contribuição há um benefício. Esse mesmo dispositivo, nos incisos do *caput*, estabeleceu um regime de “*financiamento*” *partilhado* do sistema previdenciário, dividido entre os orçamentos públicos dos entes federativos (no plano das despesas), os contribuintes (tomadores de mão-de-obra, trabalhadores e demais segurados e importadores) e as receitas de concursos de prognósticos. Em complemento àquele caráter e a esse regime, a EMC 03/93 estabeleceu a *natureza contributiva* do sistema previdenciário, vindo em seguida a ser editada a Lei nº 8688/93, que fixou a base de incidência da alíquota da contribuição previdenciária do servidor público nos vencimentos totais e estabeleceu equivalência entre as contribuições dos servidores federais e as contribuições da União Federal, impondo-lhe a obrigação de complementar

os recursos necessários, a título de despesa adicional, “[...] em montante igual à diferença entre despesas e receitas”. Finalmente, a EMC nº 20/98 criou a *prevalência do tempo de contribuição* sobre o tempo de serviço, submetendo o direito à aposentadoria a uma relação temporal diferente daquela até então em vigor.

Essas observações de índole histórica permitiram à Ministra relatora afastar de antemão a assertiva segundo a qual os servidores públicos já aposentados na época da EMC 41 ou aqueles com direito adquirido à aposentadoria sob o regime anterior, em sua generalidade, não chegaram a contribuir ou pouco contribuíram para a formação do fundo de seus benefícios. Por outro lado, o mesmo não se pode dizer da União Federal, porque, consoante a Decisão nº 1511/2002 do TCU, em seu item 10,

[...] apenas na Medida Provisória nº 167, de 19.02.04, cujo art. 5º acrescenta o art. 5-A à Lei 9.783, de 28.01.99, que vem afinal estabelecida a parcela com a qual a União deverá contribuir para o financiamento do sistema de previdência de seus servidores. Nada se disse, porém, relativamente ao modo ou prazo dentro do qual deverá ser recomposto e, se o será, o passivo acumulado pelos anos em que tal participação deixou de se verificar. Informa, outrossim, o relatório da Decisão 1459/2003 que apenas a partir da edição da Portaria SOF nº 10, de 22/10/02, a Secretaria de Orçamento Federal vem adotando providências para implantar uma classificação mais explícita sobre as receitas de concursos de prognósticos as provenientes da Contribuição para o Plano de Seguridade do Servidor, a vigorar a partir da Lei Orçamentária para o exercício de 2003.

Significa dizer que o caráter solidário das contribuições e o regime de “financiamento” partilhado estavam em franco descompasso na época da EMC 41, a ponto de tornar o argumento da solidariedade um elemento de retórica sofista.

Entrando propriamente no exame das teses e antíteses, a Ministra relatora refutou a tese da ofensa ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, ao entender que os arts. 3º e 4º da EMC 41 não têm efeito retroativo. Isso porque

[...] quem já era aposentado, permanece em idêntica situação; quem reunia condições para aposentadoria teve o respectivo gozo assegurado. A paridade com os servidores da ativa está mantida pela emenda, seja para efeito de revisão da mesma proporção e na mesma data em que a remuneração daqueles for modificada, seja para estender quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade. Logo, não há aqui ofensa a direito adquirido ou a ato jurídico perfeito. Ao contrário, reconheceu o texto da emenda que as aposentadorias já em curso derivam de ato jurídico perfeito e, por isso, precisam ser mantidas nas condições em que implementadas. O mesmo quanto às pensões. E reconheceu o legislador reformador, também, que o cumprimento de todas as exigências postas pela legislação anterior, para efeito de concessão do benefício de aposentadoria, põe os servidores que tenham optado por continuar no serviço ativo a salvo de alterações posteriores, uma vez que seu direito, embora não exercido, já se considera adquirido. Tudo na esteira do entedimento jurisprudencial que este Tribunal vem fixando ao longo do tempo.

Todavia, há um claro desvio de rota em assimilar o efeito retroativo de uma lei ou emenda com o desrespeito ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, porque a retroatividade se relaciona com a alteração dos fatos constitutivos passados, enquanto que aqueles direitos fundamentais aludem à garantia de efeitos futuros desses mesmos fatos constitutivos. Nesse sentido, a EMC 41 realmente não foi retroativa, já que não alterou os fatos constitutivos dos direitos adquiridos ou consumados antes de sua vigência e eficácia, mas se o seu resultado teve o efeito imediato de obliterar os efeitos futuros daqueles mesmos fatos constitutivos, segue-se que a EMC, embora não retroativa, terá impedido a imunização temporal que é típica desses direitos fundamentais. De resto, parece ter havido uma aceitação equivocada da teoria do efeito imediato de Roubier, que, em essência, chega por caminhos diversos ao mesmo lugar da teoria de Gabba,⁵ de modo a contornar um tema espinhoso, normalmente tratado no direito privado, para localizar o exame da matéria no plano estrito do direito público, mais especificamente do direito tributário/previdenciário.

Tal conclusão se confirma diante de duas passagens posteriores, nas quais, respectivamente, a relatora também refuta a tese da irreduzibilidade, ao aceitar a tributabilidade futura dos vencimentos e proventos e a falta de caráter absoluto do princípio da irreduzibilidade, tal como decidido pelo próprio STF nas ADIn's nºs 1441 e 2010, e em seguida sustenta a necessidade de se encarar o problema “[...] à luz dos princípios constitucionais próprios”, diante de uma “[...] imposição de natureza tributária [...]”.

De acordo com a Ministra relatora, os enfoques anteriores é que são equivocados, ao confundirem os regimes estatutário e previdenciário do servidor público. No primeiro, o servidor estatutário ostenta as condições de ativo ou inativo, enquanto que no segundo o servidor ativo é um contribuinte e o inativo é um beneficiário. Pode-se concluir desse raciocínio que, enquanto que no primeiro regime o servidor não perde essa condição, seja ativo ou inativo, no segundo ocorre uma disjunção entre o *status* anterior de contribuinte e o *status* seguinte de beneficiário. Trata-se de evidente defesa do caráter retributivo das contribuições e benefícios sociais e dos princípios da vedação do *bis in idem* ou da bi-tributação e do não-confisco.

Valendo-se de um parecer de José Afonso da Silva, juntado com as iniciais, a relatora aceita a tese conforme a qual a contribuição social prevista no art. 4º da EMC 41 é nova e, portanto, cria um novo fato gerador, porém sem causa, já que não oferece qualquer contrapartida em favor do contribuinte, assumindo com isso caráter de captação, ou seja, a tributação se faz sobre os aposentados e pensionistas, simplesmente por conta dessa condição. Outrossim, se o fato gerador não é a pessoa do aposentado ou do pensionista, mas os proventos e as pensões haverá bi-tributação e violação dos princípios da generalidade e da universalidade, porque os proventos e as pensões já são tributados como renda e porque apenas uma categoria de pessoas é atingida.

Nesse particular, acentua a Ministra relatora que

A emenda nº 41/03, em seu art. 4º, portanto, quebra o sinalagma da relação jurídica previdenciária, forçando aposentados e pensionistas a efetuarem verdadeira > doação = de parte de seus proventos em nome do princípio

da solidariedade intergeracional que, embora respeitável, nem por isso faz tábula rasa de outros princípios de igual dignidade constitucional, como a garantia contra a bi-tributação (CF, art. 154, I) e o princípio do não-confisco (CF, art. 150, IV).

Numa frase: o princípio da solidariedade é contemporâneo das contribuições, que são quantificadas para a aquisição do direito à aposentaria, de modo que a quantificação demonstra precisamente a mudança de *status* de contribuinte para beneficiário do servidor ativo que passa para a inatividade. Assim, tal como restou decidido nas ADIn's. n^{os} 2010 e 2016, nas palavras do Ministro Celso de Mello,

Se é certo, portanto, que nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total (Constituição Federal, art. 195, parágrafo 5º), não é menos exato que também não será lícito, sob uma perspectiva estritamente constitucional, instituir ou majorar contribuição para custear a seguridade social sem que assista àquele que é compelido a contribuir, o direito de acesso a novos benefícios ou a novos serviços.

Embora não tenha sido dito, assim ocorre, por exemplo, com os demais segurados da previdência social, em relação a quem não incide “[...] contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201”, conforme dicção expressa do inc. II do art. 195 da CF.

Diferentemente do princípio da irredutibilidade dos vencimentos, proventos e pensões, que admitiria relativização diante do direito estatal de tributação futura, os princípios da vedação ao *bis in idem* e da isonomia não admitiriam exceções, conforme decidido na ADIn n^o 939 pelo STF, dentro do chamado “estatuto do contribuinte”, por serem “[...] direito público subjetivo oponível ao Estado”. Sendo ainda direitos fundamentais, não podiam ter sido objeto de alteração prejudicial por via de emenda, diante da expressa proibição contida no art. 60, § 4º, IV, da CF.

Por fim, adere a Ministra relatora ao parecer do PGR quanto ao princípio da isonomia, relativamente à tese do tratamento desigual

e desarrazoado entre aposentados federais e dos demais entes federativos e aposentados antes e depois da EMC 41, porque a alegação da solidariedade futura daqueles que teriam se beneficiado com um regime anterior mais flexível e menos oneroso, sobre os quais deveria incidir maior carga,

[...] leva a crer que o legislador buscou punir, através da cobrança de uma contribuição maior, aqueles que se aposentaram antes da edição da EC nº 41/03, a despeito de terem preenchido todos os requisitos constitucionalmente previstos à época da aposentação.

Contraditoriamente ao que foi dito antes a respeito da não retroatividade da EMC 41, afirma-se que “admitir a permanência dessa norma corresponderia a permitir fosse onerado retroativamente alguém que cumprira tudo o quanto lhe era exigido ao tempo em que entrou em gozo do benefício”.

Conclui então a relatora pela inconstitucionalidade do art. 4º da EMC 41/03, por ofensa ao princípio que veda a bi-tributação (art. 154, I, da CF), ao caráter retributivo das contribuições e benefícios sociais (art. 195, § 5º, da CF) e ao princípio da isonomia (art. 150, II, da CF), todos direitos fundamentais do “estatuto do contribuinte”, que não podiam ter sido alterados para pior por via de emenda, consoante o art. 60, § 4º, IV, da mesma CF.

3 O voto do Ministro Joaquim Barbosa

Segue-se na mesma sessão o voto do Ministro Joaquim Barbosa, cuja frase final bem resume a tônica de sua posição a respeito do tema: “[...] entendo que a solidariedade deve primar sobre o egoísmo”. Bem entendido: o egoísmo do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, como direito individual, e a solidariedade do regime contributivo previdenciário, como direito difuso da sociedade.

Isso porque, de acordo com o Ministro,

[...] não faz sentido querer isentar de contribuição previdenciária solidária os milhares de pessoas que se aproveitaram

de um sistema iníquo de privilégios, de normas frouxas e excessivamente generosas que permitiriam a jubilação precoce de pessoas no ápice da sua capacidade produtiva, muitas delas mal entradas nos quarenta anos de vida.

De fora parte o evidente preconceito contido nesse raciocínio,⁶ sua base se encontra na premissa conforme a qual o entrincheiramento desses beneficiários iníquos ou privilegiados por trás do direito adquirido e do ato jurídico perfeito bem demonstraria a feição “[...] conservadora, antidemocrática, não razoável, com uma propensão oportunista e utilitarista [...]” da teoria das cláusulas pétreas, que estaria assim inibindo o direito do povo de definir o seu futuro e provocando um “choque de gerações”. Sem contar que a adoção irrefletida dessa teoria olvida o fato de o direito adquirido e o ato jurídico perfeito serem direitos fundamentais e, portanto, princípios constitucionais que podem entrar em colisão com outros princípios da mesma ordem, como o princípio da solidariedade previdenciária, que nesse confronto “[...] necessariamente deve prevalecer”.

No mínimo, três são os equívocos contidos na construção desse raciocínio, a saber: 1) a teoria das cláusulas pétreas, no que diz respeito particularmente ao direito individual à garantia do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, nada tem de utilitarista. Isso porque o utilitarismo é uma doutrina que “[...] aceita o sacrifício de uma minoria em nome do bem geral [...]”, de acordo com Japiassú e Marcondes.⁷ Logo, utilitarista é o argumento da solidariedade como bem coletivo que justifica o sacrifício individual do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, ou a tributação sobre quem antes não era tributado; 2) o problema do conflito entre gerações justificaria a substituição da CF de 1988 por outra, mas não o vilipêndio do núcleo duro do texto máximo em tese pela mesma geração que a criou. Ainda que as gerações fossem diferentes,⁸ resta o fato de a Constituição se encontrar ainda em vigor e eficaz, reclamando assim sua força normativa. Por fim, o argumento da autonomia entre as gerações é contraditório, conforme sustentou John Elster com o paradoxo da democracia, segundo o qual cada geração se julga suficientemente livre da geração passada, no sentido de não respeitar as decisões anteriores para si, porém com poder suficiente para vincular as gerações futuras com as suas próprias

decisões. Algo equivalente já havia sido adiantado por Locke, ao admitir uma exceção à regra da autonomia entre as gerações, porque, se as gerações futuras se pretendem herdeiras da propriedade das gerações passadas, se segue que devem proteger o ato constituinte passado, produto da geração primaz, de qualquer ação deletéria do direito de propriedade pelo poder de revisão futuro, exercido pela nova geração. Do contrário, a geração nova, que se pretende libertária e autônoma, não terá direito legítimo a limitar as próximas gerações.⁹ Se o resultado histórico das constituições modernas continua sendo a proteção da propriedade e de seu direito de herança como limite ao estado e ao poder de reforma, conclui-se que o argumento da autonomia entre as gerações é falacioso, ou que conduz ao paradoxo da democracia;

3) a ponderação entre direitos fundamentais com caráter de princípio como critério de solução de colisões não aceita uma definição prévia ou *a priori* antes do cotejo concreto entre os direitos. Conforme Alexy, entrando em colisão os princípios, a solução do embate exige que se faça uma ponderação entre eles, conforme a dimensão do peso ou da precedência. Isso porque, não havendo hierarquia, relação de tempo progresso ou exceção entre os princípios, diferentemente do que ocorre com as regras, a escolha entre um deles não se faz por uma relação de prioridade. Daí a necessidade de uma “lei de colisão”. *Grosso modo*, a “lei de colisão” diz que a precedência depende das conseqüências jurídicas dos princípios, sendo pois um pressuposto fático do princípio precedente, ou por outra, que os princípios não têm relação absoluta de precedência e não são quantificáveis. Logo, a dimensão do peso é apenas uma metáfora, já que não é possível quantificar os interesses em colisão de forma abstrata ou absoluta, mas apenas de forma concreta e relativa. Essa lei de colisão se relaciona com outra, chamada por Alexy de lei de ponderação, que resume a máxima da proporcionalidade. Enquanto a lei de colisão diz que não é possível encontrar uma decisão previamente dada para o embate entre princípios, e que a decisão será encontrada em regras que definem certas condições fáticas, que, uma vez ocorrentes, indicam as conseqüências jurídicas de precedência de um princípio sobre outro, a primeira lei de ponderação procura explicar racionalmente o grau de importância das conseqüências jurídicas de ambos os princípios em colisão. Em outras palavras, a lei de ponderação, na eventualidade de o embate não ter sido solucionado

pelas máximas parciais anteriores (adequação e necessidade), coloca as conseqüências jurídicas dos princípios ainda em colisão numa balança (metáfora do peso), a fim de precisar qual delas é racionalmente mais importante naquele caso concreto.¹⁰ Logo, jamais se poderia dizer que o princípio da solidariedade “[...] necessariamente deve prevalecer” sobre o princípio do direito adquirido, sem antes se calcular o peso concreto de cada direito em colisão.

4 O voto do Ministro Carlos Britto

O Ministro Carlos Britto iniciou seu voto fazendo um breve histórico do sistema previdenciário do servidor público, porém com informações assaz diferentes daquelas trazidas pela Ministra relatora.

Segundo o Ministro supra citado, a CF de 1988 teria consagrado um regime previdenciário não-contributivo para os servidores públicos federais, ao não estabelecer o auto-financiamento previdenciário, “significando, então, que as aposentadorias e pensões dos servidores públicos efetivos seriam custeadas com recursos do Tesouro, tão-somente”. O auto-financiamento somente teria sido previsto pela EMC 03/93, ao introduzir o § 6º ao art. 40 da CF, com base no qual o STF, no julgamento da ADIn nº 1441, teria admitido a cobrança da contribuição previdenciária dos servidores públicos inativos e de seus pensionistas, tendo em vista a “[...] simetria de regime jurídico ativo-inativo e paridade remuneratória[...]”. Ato contínuo, a EMC 20/98 teria instituído um sistema “[...] caracterizado pelo trinômio contribuição-retribuição-paridade (art. 40)”.

Tal retrospectiva, como se vê, contradiz totalmente o histórico apresentado pela Ministra relatora e inclusive as decisões do TCU, por ela mencionadas, que dão conta que a União Federal não teria contribuído para o fundo previdenciário dos seus servidores públicos, ao menos até o ano de 2003. Logo, se ambas as versões estão corretas, ninguém teria contribuído até 1996, ano do julgamento da ADIn nº 1441, e somente os servidores públicos federais teriam contribuído entre 1996 e 2003, para somente a partir daí se falar em um fundo propriamente participativo. Entre essas duas versões contraditórias, todavia, a mais coerente foi aquela apresentada pela Ministra rela-

tora, porque não é verdade que os servidores públicos federais não contribuíram para o próprio regime previdenciário antes da CF de 1988, e muito menos após a sua vigência.

Por outro lado, é verdade que no julgamento da ADIn nº 1441 o Ministro relator, Octávio Gallotti, deixou fixado que a simetria entre vencimentos e proventos, prevista no § 4º do art. 40 da CF, era razão suficiente para a falta de imunidade de ambos à incidência tributária, em sua opinião porque os servidores públicos, diferentemente dos trabalhadores da iniciativa privada, sujeitos ao regime geral previdenciário, mantêm um vínculo de índole financeira com a mesma pessoa jurídica para quem trabalharam. Em seus dizeres,

dita correlação, capaz de assegurar aos inativos aumentos reais, até os motivados pela alteração das atribuições do cargo em atividade, compromete o argumento dos requerentes, no sentido de que inexistia causa eficiente para a cobrança de contribuições do aposentado, cujos proventos são suscetíveis, como se viu, de elevação do próprio valor intrínseco, não apenas da sua representação monetária, como sucede com os trabalhadores em geral.

A esse voto aderiu o Ministro Sepúlveda Pertence, porém com base no argumento da solidariedade, acusando os autores da tese e da antítese da cobrança de “argumentação oportunística” e se colocando num meio termo curioso:

Assim como não aceito considerações puramente atuariais na discussão dos direitos previdenciários, também não as aceito para fundamentar o argumento básico contra a contribuição dos inativos, ou seja, a de que já cumpriram o quanto lhes competia para obter o benefício da aposentadoria.

Ambos os Ministros, então, embora tenham chegado ao mesmo resultado, assim o fizeram por caminhos diferentes, já que o contorno do caráter contributivo dos benefícios e contribuições previdenciários pelo argumento da paridade ou equivalência tem base distinta do argumento da solidariedade.

A preocupação do Ministro Carlos Britto passa então a ser a resposta a tal julgamento, já que declara com ele não concordar, isso no pressuposto de que “a questão do equilíbrio atuarial e financeiro não diz respeito ao servidor, diz respeito ao gerente”. Por conseguinte,

[...] a partir do momento que o servidor público passa a preencher as condições de gozo do benefício, já não poderá, por efeito de nenhum ato da ordem legislativa (art. 59), ser compelido a contribuir para o sistema previdenciário: nem por determinação legal, nem por imposição de Emenda Constitucional.

Logo se vê que a resposta ao problema atuarial vem pela via do argumento do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, portanto uma terceira via para o mesmo fundamento de base, o que demonstra a falta de diálogo entre os próprios argumentos ou a existência de um diálogo entre surdos-mudos.

Ora, o STF já havia fixado no julgamento da ADIn nº 790 o caráter retributivo dos benefícios e contribuições previdenciários, com base no § 6º do art. 195 da CF, que “[...] homenageia o equilíbrio atuarial, revelando princípio indicador da correlação entre, de um lado, contribuições e, de outro, benefícios e serviços”, de acordo com a ementa do acórdão respectivo. Em complemento, encontra-se na ementa do acórdão da ADIn nº 2010 que “a Constituição da República não admite a instituição da contribuição de seguridade social sobre inativos e pensionistas” já que,

sem causa suficiente, não se justifica a instituição (ou a majoração) da contribuição de seguridade social, pois, no regime de previdência de caráter contributivo, deve haver, necessariamente, correlação entre custo e benefício. A existência de estrita vinculação causal entre contribuição e benefício põe em evidência a correção da fórmula segundo a qual não pode haver contribuição sem benefício, nem benefício sem contribuição.

Desse modo, não era desconhecido do STF que aquele caráter retributivo não se reduz ou é condicionado seja ao argumento da simetria entre vencimentos e proventos, seja ao argumento do equilí-

brio atuarial, seja ao argumento da solidariedade. No primeiro caso, especialmente, porque as regras da paridade entre vencimentos e proventos e do caráter retributivo entre benefícios e contribuições constam no texto original da CF (antigo § 4º do art. 40 e mesmo e atual § 5º do art. 195) e, portanto, admitir que a primeira seria uma exceção à segunda exigiria admitir também um conflito de regras interno ao texto originário, em clara aversão ao princípio da unidade.

Por isso o voto do Ministro Carlos Britto, no sentido de acompanhar o voto da Ministra relatora, tem importância pontual, já que divisa o julgamento da ADIn nº 1441 com os julgamentos das ADIn's nºs 790 e 2010, valendo lembrar que a primeira delas, diferentes das últimas, foi extinta sem o julgamento do mérito, inclusive com voto dissidente do Ministro Marco Aurélio, a propósito relator da ADIn nº 790.

5 O voto do Ministro Cezar Peluso

Após os votos dos Ministros anteriores, o Ministro Cezar Peluso pediu vista dos autos para proferir seu voto em outra Sessão.

O voto do Ministro Cezar Peluso tem início com o enquadramento das contribuições previdenciárias como tributo, sujeito a regime próprio decorrente “[...] da destinação constitucional das receitas e da submissão às finalidades específicas que lhes impõe o art. 149 da Constituição Federal [...]”.

Valendo-se da doutrina de Marco Aurélio Greco, fixa o Ministro como ponto de partida que as contribuições sociais têm como conceito básico a solidariedade, diferentemente dos impostos e taxas, que têm como conceito básico o poder de império do Estado e o benefício, respectivamente. Isso porque a atuação estatal na área de previdência deve ser custeada por toda a sociedade, nos termos do art. 195 da CF, que em conjunto com o seu inc. II seria o fundamento da cobrança das contribuições previdenciárias sobre os proventos e as pensões dos servidores públicos.

Assim, na qualidade de tributo, não se deve opor contra a contribuição instituída pelo art. 4º da EMC 41 a tese do direito adquirido, “[...] para fundar pretensão de se eximir ao pagamento devido por incidência da norma sobre fatos posteriores ao início de sua vigên-

cia". Não somente por conta dessa natureza, como também porque a invulnerabilidade do direito adquirido ou exaurido à eficácia da lei nova dependeria de expressa previsão normativa nesse sentido, ou seja, não basta que a proposição normativa da *fattispecie* abstrata se realize no mundo concreto (*fattispecie* concreta), se as conseqüências jurídicas previstas não incluem a imunização futura desse direito contra leis novas, em específico quanto à aposentadoria do servidor público, cujo direito subjetivo não confere o "[...] poder de subtrair *ad aeternum* a percepção dos respectivos proventos à incidência de lei tributária ulterior ou anterior".

Essa construção teórica, contudo, é em si mesma contraditória, porque a proteção constitucional do direito adquirido e do ato jurídico acabado (*fattispecie* abstrata) se faz precisamente contra leis futuras, de modo que a imunização referida é uma das conseqüências jurídicas da aquisição do direito ou de sua consumação (*fattispecie* concreta). Se essa proteção diz respeito a qualquer das espécies normativas previstas no art. 59 da CF, como entende corretamente o Ministro Carlos Britto, e se o servidor público que adquiriu ou consumou direito à aposentadoria antes da EMC 41 não tinha de pagar contribuição previdenciária a partir do ato de aposentação, segue-se que referida emenda malferiu as conseqüências jurídicas da proposição normativa secundária ao impor contribuição antes inexistente.

Assim, dizer que

[...] não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito,

só seria verdade se antes da EMC 41, que instituiu o tributo, não houvesse a previsão de tal imunidade, que era reconhecida pela combinação do § 12 do art. 40, na redação dada pela EMC 20, com o art. 195, II, ambos da CF, como aliás foi decidido pelo próprio STF no julgamento da ADIn nº 2010.

O problema é que nesse julgamento o STF também fez pressupor que uma "matriz constitucional" legitimaria a instituição da contri-

buição previdenciária em comento, *contrario sensu* da interpretação acerca da inconstitucionalidade da lei federal que a instituiu (Lei nº 9783/99), de frente ao texto do *caput* do art. 40 da CF, na redação dada pela EMC 20, que elegeu como sujeitos passivos daquela espécie tributária apenas os servidores titulares de cargos efetivos. Lido dessa forma, o julgamento daquela ADIn leva a uma de duas conseqüências assaz diversas: 1) ou o inc. II do art. 195 c/c o § 12 do art. 40 da CF não contém uma imunidade; 2) ou contém uma imunidade relativa apenas às leis, mas não contra as emendas constitucionais.

Tais conseqüências acabam por cair em autêntico paradoxo, porque se o disposto no inc. II do art. 195 c/c o § 12 do art. 40 da CF não contém uma imunidade, a imposição tributária não dependia de emenda, e se contém uma imunidade autêntica, não podia ela ser apagada nem mesmo por emenda.

Segue-se então que o fundamento de validade do art. 4º da EMC 41 não pode ser o inc. II do art. 195 da CF, como entende o Ministro Cezar Peluso, mas o paradoxal julgamento da ADIn nº 2010, na esteira do qual se entendeu possível a supressão daquela imunidade em relação aos servidores públicos, porém com a sua manutenção para os demais componentes do regime geral da previdência, negando-se assim, “[...] no que couber [...]”, a remissão do § 12 do art. 40 da CF.

Esse registro é importante, no contexto do voto do Ministro Cezar Peluso, porque o histórico das ADIn’s nºs 1441 e 2010 é a base de sua defesa da legitimidade constitucional da EMC 41.

A ADIn nº 1441 foi movida em face da MP 1415/96, que modificou a redação do art. 231 da Lei nº 8112/90 para instituir a contribuição previdenciária sobre os proventos do servidor público inativo. Embora tal processo tenha sido extinto sem resolução do mérito, porque a inicial não foi emendada após uma das várias reedições da MP, nele o STF consignou que o regime previdenciário anterior à EMC 20 não vedava a exação sobre os proventos e pensões, porque, na dicção do § 6º do art. 40 da CF, com a redação da EMC nº 3/93, as aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais seriam também custeadas com recursos das contribuições dos servidores, assim entendidos tanto os ativos quanto os inativos. Isso explicava o entendimento do Min. Relator, Octavio Gallotti, quanto à suposta simetria entre vencimentos e proventos criada pela paridade então prevista no § 4º do art. 40 da CF.

De resto, tal compreensão foi renovada no julgamento da ADIn nº 2062-DF, na qual restou dito que

o entendimento firmado no julgamento da medida cautelar na ADIn nº 1441-2-DF, contudo, é inaplicável no regime da EC nº 20/98. Referida Emenda deu nova redação ao art. 40 da Constituição, não reproduzindo a regra do § 6º, porque impôs a criação de novo regime de previdência de caráter contributivo e base atuarial, definindo como contribuintes unicamente os 'servidores titulares de cargos efetivos' [...]

Desse modo se explica a conclusão chegada na ADIn nº 2010, no sentido de que,

[...] sob a égide da EC nº 20/98, o regime de previdência de caráter contributivo a que se refere o art. 40, caput, da Constituição, em sua nova redação, foi instituído somente em relação 'aos servidores titulares de cargos efetivos' [...]

Em resumo, pode-se dizer desse histórico de emendas e de julgamentos de ADIn's que: 1) no regime original de 1988, o art. 40 não fazia qualquer remissão ao regime geral da previdência, que tampouco imunizava os proventos de contribuição previdenciária, no inc. II do art. 195, donde concluir que não havia imunidade expressa, não obstante houvesse desde então o caráter retributivo entre contribuição e benefício, no mesmo § 5º daquele último dispositivo; 2) no regime da EMC nº 03/98, a introdução do § 6º ao art. 40 permitiu concluir que as contribuições dos servidores (ativos e inativos, sem distinção) poderiam custear as suas aposentadorias e pensões; 3) no regime da EMC 20/98, ao contrário, as contribuições ficaram restritas aos servidores titulares de cargos efetivos, portanto ativos, já que a inatividade é causa de vacância do cargo, enquanto que a remissão do § 12 do art. 40 ao regime geral da previdência tornou imunes os proventos e pensões, por conta do novo e expresso texto do inc. II do art. 195 da CF; 4) no regime da EMC 41 finalmente se concretiza a exação sobre os proventos e pensões dos servidores públicos, após fracassadas tentativas por via normativa infra-constitucional.

Logo, a afirmativa do Ministro Cezar Peluso de que a “[...] imunidade tributária depende sempre de previsão constitucional, que com essa latitude não existe para o caso”, somente é verdadeira a partir da EMC 41, mas não no regime da EMC 20, valendo lembrar que este era precisamente o mérito das ADIn’s nºs 3105 e 3128, ou seja, a proteção dos direitos adquiridos e dos atos jurídicos acabados de aposentação ocorridos na vigência da EMC 20 contra as mudanças perpetradas pela EMC 41. E no contexto da EMC 20 o próprio STF já havia reconhecido a imunização futura contra a exação, pelo voto do Ministro Relator Celso de Mello na própria ADIn nº 2010, ao afirmar que

No regime anterior à Emenda nº 20, a contribuição não era pressuposto para obtenção do direito aos proventos. Os pressupostos limitavam-se ao cumprimento de tempo de serviço, idade ou invalidação [...] Com a Emenda nº 20, não há mais benesse do Estado. A prévia contribuição é requisito para a aquisição de direito. Uma vez adquirido justamente com base na contribuição, o direito está protegido contra nova obrigatoriedade contributiva.

Isso na mesma esteira da S. STF nº 359, que fundamenta a peça de ingresso, segundo a qual,

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, inclusive a apresentação de requerimento, quando a inatividade for voluntária.

Logo, afirmar que não havia imunidade a ser respeitada pela EMC 41 é no mínimo uma deturpação do próprio histórico daquelas emendas e julgamentos, em especial do paradoxal julgamento da ADIn nº 2010, que ao mesmo tempo em que reconhece imunidade à exação futura sobre os proventos e pensões adquiridos no tempo da EMC 20, admite em termos tácitos que outra emenda elimine a mesma imunidade.

Tal conclusão somente seria viável se se entendesse haver paridade de formas entre a EMC 20 e a EMC 41, ou seja, assim como a primeira pôde criar uma imunidade antes inexistente, a segunda pode eliminar a

imunidade criada pela mesma via legislativa. Mas mesmo tal raciocínio não pode olvidar o fato de que entre uma e outra houve imunidade e que ela gerou efeitos patrimoniais legítimos para aqueles servidores que adquiriram direito à aposentadoria, se aposentaram ou deixaram pensão para os seus dependentes na sua vigência.

Enfim, melhor teria sido ao Ministro Cezar Peluso sair pela tangente, como o fez a Ministra Ellen Gracie, e não ter imiscuído o tema do direito adquirido e do ato jurídico perfeito na matéria tributária, se concentrando assim nos contra-argumentos das teses da Relatora.

Nesse particular, o Ministro refuta o argumento da irredutibilidade dos proventos e pensões, dizendo que a irredutibilidade não se confunde com a imunidade, refutando também o argumento da bitributação, dizendo que a base de cálculo não se confunde com o fato gerador, de forma que a base de cálculo do imposto de renda pode ser a mesma da contribuição previdenciária, contanto que os fatos geradores sejam diversos, como ocorreria na espécie, já que o fato gerador da contribuição previdenciária é a percepção de proventos e pensões, tendo ela, ainda, “variantes axiológicas” diversas daquele imposto, por força da finalidade da instituição e da destinação das receitas.

Quanto ao caráter retributivo previsto no § 5º do art. 195 da CF, que o Ministro Cezar Peluso chama de “regra de contrapartida”, entende ele que deve ser interpretado de acordo com os princípios descritos no parágrafo único do art. 194 da CF, em especial o princípio da equidade no custeio, já que o *caput* do art. 195 pronuncia ser de toda a sociedade o ônus do financiamento da seguridade social. Isso também no pressuposto de que o regime previdenciário atual não seja apenas contributivo, mas também solidário. Tais dispositivos, todavia, têm o mesmo conteúdo desde a edição da CF de 1988, de forma que eles não podem ser usados para demonstrar um “novo” regime contributivo e solidário.

Assim, com base: 1) no “caráter contributivo do sistema”; 2) na “obrigatoriedade de equilíbrio atuarial e financeiro”; 3) no “imperativo da solidariedade social”; 4) na “distribuição equitativa dos encargos do custeio”; e 5) na “diversidade da base de financiamento” (§ 4º do art. 195 da CF), o Ministro Cezar Peluso proclamou a constitucionalidade do *caput* do art. 4º da EMC 41, reputando, entretanto, inconstitucional o parágrafo único do mesmo dispositivo, por malferimento do princípio da igualdade, para adotar “decisão modifi-

cativa” de seu significado normativo, no sentido de se reconhecer imunidade até o limite dos benefícios previdenciários, que na época era de R\$ 2.400,00, para todos os servidores públicos com direito à aposentadoria, de qualquer ente federativo.

6 O voto do Ministro Eros Grau

Assim como o Ministro anterior, o Ministro Eros Grau não se furtou de examinar a matéria sob o *prima do direito adquirido* e do ato jurídico perfeito, deixando desde logo assentada a premissa conforme a qual a EMC não teria afetado negativamente os direitos fundamentais tutelados no inc. XXXVI do art. 5º da CF, já que não os excluiu do ordenamento. Com efeito, o texto desse dispositivo não foi alterado pela EMC, muito menos no sentido de abolir ou excluir a garantia abstrata ali prevista, mas esse era um ponto fora de questão antes do voto.

Em seguida, esclareceu o Ministro, ato contínuo à interpretação *supra*, que a CF de 1988 não veda a retroatividade das leis, “[...] senão quando a retroação de uma delas prejudique direito adquirido, ato jurídico perfeito ou coisa julgada”, para em seguida afirmar que, “[...] no Brasil, sob a égide da Constituição de 1988, a lei é, em princípio, retroativa”. Logo, a regra seria a retroatividade das leis, atuando como exceção o disposto no inc. XXXVI do art. 5º da CF. Todavia, essa interpretação é desmentida pelo disposto no art. 17 do ADCT, que exclui expressamente o direito adquirido daqueles que, antes da CF de 1988, recebiam vencimentos, remuneração, vantagens, adicionais e proventos acima dos limites então previstos. Esse último dispositivo confirma que a regra é a irretroatividade da própria CF, porque se fosse o contrário não haveria a necessidade de consignar expressamente em quais casos não se pode argüir a manutenção de direitos adquiridos contra os limites de estipêndios por ela previstos. Quanto mais se dirá, então, das leis editadas sob a égide da mesma Constituição, que se auto-declara irretroativa.

Continuando seu raciocínio, o Ministro Eros Grau sustenta, com base em Reynaldo Porchat, a validade da diferença entre retroatividade injusta e retroatividade justa, que ocorreriam, respectivamente, quando a lei retroativa lesa um direito adquirido e quando não existe direito adquirido a ser atingido, entendido decerto o direito adquirido,

aí, como algo subjetivo, e não como garantia abstrata de sua proteção. Em complemento, agora com apoio em Laubadère, adota o Ministro a distinção entre situações jurídicas gerais e situações jurídicas individuais, as primeiras de índole estatutária e objetiva e as últimas de índole voluntária e subjetiva, para matizar, com base em Celso Antônio Bandeira de Mello, que, “[...] enquanto nas situações gerais as alterações se aplicam de plano, alcançando os que nela estão investidos, as situações individuais e subjetivas permanecem intangíveis, intactas”. Assim, pode-se concluir da combinação dessas duas óticas que: 1) qualquer retroatividade prejudicial às situações individuais será injusta; 2) as alterações das situações gerais ocorrem de regra de plano, ou seja, *ex nunc*, atingindo aqueles que estejam nelas investidos com os mesmos efeitos; 3) as alterações retroativas de situações gerais são justas quando não malferem as situações individuais daqueles que estejam abrigados pelas primeiras e injustas em caso contrário. Em resumo, agora de acordo com Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, “[...] o que é relevante para os fatos [...] é a imediata alterabilidade das situações gerais e a intangibilidade das situações individuais”.

Como exemplo de situações gerais passíveis de alteração, cita o Ministro Eros Grau alguns institutos jurídicos ou regimes jurídicos legais, como o imposto de renda, o serviço militar, o estatuto dos servidores públicos, o casamento e o FGTS, arrematando em seguida que

[...] a situação dos aposentados e pensionistas é institucional e, de resto, os efeitos que no caso cumpre considerarmos verificam-se de forma sucessiva. O direito adquirido que afirmam os autores seria direito à “imutabilidade de um certo regime jurídico”.

Bom, se a pretensão manifestada nas iniciais das ADIn's em exame fosse essa, a tese de fato seria refutável pelas premissas fixadas pelo Ministro Eros Grau, já que a alteração das situações jurídicas gerais, *tout court*, não pode ser obstada por nenhuma pretensão concreta à manutenção do mesmo regime jurídico. Mas a pretensão era a de assegurar o respeito aos efeitos das situações jurídicas individuais adquiridas ou consumadas com base numa certa situação jurídica geral, de maneira que a alteração do regime previdenciário era livre

ao legislador em caráter geral, mas não em caráter individual. Outra não pode ser a solução quando se adota como premissa a redução da justiça ou injustiça das leis retroativas ao malferimento ou não de direitos adquiridos de ordem subjetiva, como fez o Ministro ao combinar as classificações anteriormente indicadas.

Noutras palavras, a mudança do regime previdenciário pode atingir as situações gerais e os *facta pendentia* das situações individuais, de regra com efeitos *ex nunc*, mas não pode atingir as situações individuais fundadas em *facta praeterita*, cujos efeitos futuros estão preservados pela cláusula do inc. XXXVI do art. 5º da CF.

Desse modo, não se nega que: 1) “[...] a proteção ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito não obsta a modificação ou a supressão de determinado instituto jurídico”, mas que a modificação ou a supressão de um instituto jurídico possa agredir o direito adquirido e o ato jurídico perfeito; 2) “aposentados e pensionistas são titulares de direito adquirido a perceber aposentadorias e pensões, mas não ao regime jurídico de umas e outras”, mas que a modificação ou a supressão do regime jurídico das aposentadorias e pensões possa agredir o direito adquirido às aposentadorias e pensões. Não se trata apenas de um jogo de palavras, mas da construção de um raciocínio coerente, que não deturpe as suas próprias premissas.

Do fato de não haver direito adquirido a se resistir contra a mudança de institutos ou regimes jurídicos não decorre que na vigência desses institutos ou regimes não se tenham constituído direitos adquiridos ou consumado direitos subjetivos albergados pela proteção do inc. XXXVI do art. 5º da CF, inclusive quanto aos seus efeitos “sucessivos”.¹¹

Mais adiante, passa o Ministro Eros Grau a examinar o argumento da falta de causa para a nova exação do art. 4º da EMC 41. Nesse particular, sustenta o Ministro haver confusão entre causa como razão de ser ou finalidade da contribuição e causa como fato gerador material. Assim, se a EMC definiu como fato gerador da nova contribuição a percepção do benefício, a causa residiria no provento ou na pensão, de forma que não se tributa aposentados e pensionistas enquanto tais (capitação), mas diante da verificação daquele fato gerador novo.

Certo, aposentados e pensionistas devem pagar uma contribuição antes inexistente não porque são aposentados e pensionistas, mas

porque recebem proventos e pensões. Porém passaram a pagar contribuição sem qualquer contrapartida, o que transforma a contribuição em imposto, com a perda do principal fator distintivo entre ambos, resvalando-se destarte para a tese da bitributação.

Da defesa de uma causa material legítima para a nova exação se chega pois à bitributação, que o Ministro Eros Grau também nega ocorrer na espécie, embora admita ser teoricamente possível, segundo o escólio de Aliomar Baleeiro, como “[...] uma política legislativa má”. Para ele, a proibição do *bis in idem* tributário contida no inc. I do art. 154 c/c o § 4º do art. 195 da CF não se aplica às emendas, porque “[...] imposto instituído por emenda constitucional é imposto discriminado na Constituição”. Esse raciocínio, contudo, leva o inc. I do art. 154 da CF para muito além de seus significados normativos aceitáveis, porque: 1) a cláusula constitucional que veda a bitributação, se não representa um direito fundamental, é no mínimo um limite ao poder de tributar do Estado; 2) emendas que deliberadamente criam bitributação expressam abuso de meio legislativo ou irrazoabilidade, por violar a relação de meios-e-fins, sendo desse modo inconstitucionais; 3) a diversidade de fontes de custeio a que alude o § 4º do art. 195 da CF não se confunde com a competência tributária residual prevista no inc. I do art. 154, nos seguintes pontos: a) a primeira diz respeito às contribuições, enquanto a segunda se refere aos impostos; b) os impostos residuais “[...] não se confundem com os que a Constituição distribui entre a União, os Estados e os Municípios”,¹² sendo portanto diversos dos demais impostos, coisa que não ocorre com as contribuições previdenciárias, que não têm sub-espécies e por isso não podem ser residuais de si mesmas; 4) como consequência, a remissão do § 4º do art. 195 ao art. 154, I, da CF diz respeito apenas ao dever de não bitributar.

Ao se negar a bitributação, nega-se também que a contribuição instituída pelo art. 4º da EMC 41 seja um imposto, volvendo-se com isso ao problema da causa, já não mais para refutar a tese da capitação, mas para se enfrentar o problema da reciprocidade entre contribuição e benefício, que o Ministro Eros Grau chama convenientemente de caráter sinalagmático, já que tal expressão pertence ao mundo dos contratos e o argumento de base do voto em comento é a natureza institucional ou estatutária do regime previdenciário. De modo que a afirmação seguinte não chega a surpreender: “não há sinalagma no caso, visto inexistir,

nele, relação contratual, menos ainda contrato bilateral oneroso que o tenha estabelecido”. *Flatus vocis*, já que com isso todos concordam. Discorda-se apenas que essa tenha sido a tese da inicial.

Em específico quanto ao disposto no § 5º do art. 195 da CF, diz o Ministro Eros Grau que a sua interpretação *contrario sensu* somente seria possível num sistema exclusivamente contributivo, mas não num sistema também solidário, sendo certo, outrossim, que o benefício da aposentadoria já estava criado antes da EMC, de modo que se trata, na espécie, é da instituição de outra fonte de custeio, nos termos do § 4º daquele mesmo dispositivo. Ora, se o benefício já estava criado, sem qualquer majoração ou extensão, não havia necessidade de ampliação da fonte de custeio. Por outro lado, nessa mesma leitura distorcida o art. 154, I, da CF admite interpretação *contrario sensu*, já que o que é vedado à lei complementar seria possível às emendas, mas não o § 5º do art. 195 da CF, tudo em nome de uma solidariedade que, embora não estivesse dita no *caput* do art. 40 desde o texto originário da Constituição, sempre esteve contida no *caput* do art. 195 (“A seguridade social será financiada por toda a sociedade [...]”). Haja solidariedade, que não pode ser panacéia para tantas interpretações tendenciosas.

Nesse regime mais solidário do que contributivo, ou quase que exclusivamente solidário, as condições para a aposentadoria, previstas no art. 201 da CF, não conteriam

[...] nenhuma garantia de que, concretizada a percepção de qualquer benefício previdenciário [...] deixaria de ser exigida qualquer contribuição [...] Em nenhum momento o preceito assegura que, cumpridos esses requisitos, ele [servidor da ativa] seria titular de direito a não mais contribuir.

Procurando no art. 201 da CF tal “garantia”, com efeito o servidor não a encontrará, já que ela está em forma de imunidade no inc. II do art. 195 c/c o § 12 do art. 40 da CF.

Por fim, o Ministro Eros Grau reconhece apenas a inconstitucionalidade dos incisos do parágrafo único do art. 4º da EMC 41, por malferimento do princípio da igualdade tributária.

7 O voto do Ministro Gilmar Mendes

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes lembra que o STF havia acenado com a possibilidade de exação dos proventos e pensões dos servidores públicos no julgamento da ADIn nº 1441-DF, já que o § 6º do art. 40 da CF, introduzido pela EMC 03/93, previa o custeio daqueles benefícios pela União e “[...] pelas contribuições dos servidores, na forma da lei”. A expressão servidores, aí, diante da falta de qualquer ressalva, podia então ser lida para abarcar tantos os servidores ativos quanto os inativos.

Tal parágrafo foi revogado pela EMC 20/98, que alterou completamente o art. 40 da CF, em cujo *caput* restou dito que o regime de previdência de caráter contributivo seria assegurado pelos “[...] servidores titulares de cargos efetivos [...]”. Não obstante tal alteração, disse o Ministro Gilmar Mendes que o mesmo entendimento anterior podia ser mantido, pelas seguintes ordens de argumentos, a saber: 1) a remissão ao inc. II do art. 195 por força do novo § 12 do art. 40 da CF não podia ocorrer de forma automática, haja vista a assimetria entre os regimes previdenciários geral e dos servidores públicos; 2) a exigência de equilíbrio atuarial no mesmo *caput* do art. 40 da CF, ou seja, “...de correlação entre os montantes com que contribuem os segurados e os valores que perceberão a título de proventos e pensões”, justifica a cobrança da nova contribuição, uma vez que os benefícios já estavam previstos; 3) mesmo antes da EMC 41, o termo “servidor” constante no *caput* do art. 40, com a redação dada pela EMC 20, já abrangia os ativos e os inativos; 4) a paridade entre proventos e vencimentos, prevista no § 8º do art. 40 da CF, com a redação da EMC 20, deve ser lida num regime previdenciário contributivo como autorização às contribuições, sob pena de violação do princípio da igualdade.

Em específico quanto ao primeiro argumento, sustentou o Ministro que a aplicação subsidiária do regime geral da previdência ao regime previdenciário dos servidores públicos somente pode ocorrer em caso de compatibilidade entre eles, coisa que supostamente não ocorreria para os fins do inc. II do art. 195 da CF, “[...] uma vez que as vantagens percebidas pelo servidor aposentado em muito se afastam dos do beneficiário do regime geral de previdência social [...]”, de modo que “[...]a tese da absoluta impossibilidade de cobrança de contribuição previden-

ciária dos servidores inativos [...]” implicaria “[...] uma ampliação ainda maior das desigualdades entre os beneficiários dos dois sistemas”. No máximo, o que se poderia reconhecer seria a imunidade do inc. II do art. 195 da CF até o limite pecuniário dos benefícios do regime geral de previdência, a fim de se evitar uma “soma de felicidades”.

Tal raciocínio merece, todavia, alguns reparos, a saber: 1) a compatibilidade entre os regimes previdenciário geral e dos servidores públicos não deve ser medida pelas “vantagens” obtidas por seus beneficiários, já que as contribuições que financiam em longo prazo os benefícios têm a mesma base de incidência: a remuneração e os vencimentos ou subsídios, respectivamente, ressalvadas as poucas hipóteses de isenção. Logo, “vantagens” são benefícios, e não privilégios, e são exatamente os benefícios melhores do que os benefícios concedidos no regime geral da previdência que matizam a diferença entre os regimes, de modo que o argumento da diferença se transforma numa armadilha argumentativa: se a diferença entre os regimes justifica uma contribuição dos servidores inativos que não existe no regime geral da previdência, de forma a se negar a eles a imunidade de que trata o inc. II do art. 195, também ela deve recusar a incidência do § 4º daquele mesmo dispositivo, que permite a instituição de outras fontes de custeio da seguridade social, precisamente porque os seus aposentados estão imunes de qualquer contribuição. Em outras palavras, a subsidiariedade não deve ser usada apenas naquilo que prejudica o servidor público, sob pena de uma “soma de infelicidades”¹³ também desigual e irrazoável, além de imoral; 2) a aplicação subsidiária do inc. II do art. 195 aos servidores públicos inativos, pela via do § 12 do art. 40 da CF, já havia sido reconhecida pelo próprio STF, no tempo da EMC 20/98, no julgamento da ADIn nº 2010; 3) a imunidade excedente ao limite dos benefícios do regime geral da previdência somente foi prevista com a EMC 41, no § 19 do art. 40 da CF, de modo que não podia ter sido extraída da interpretação *contrario sensu* do inc. II do art. 195 da CF, se ele não devia ser aplicado subsidiariamente aos servidores públicos inativos; 4) tal imunidade seletiva, criada apenas com a EMC 41, acaba por confirmar que a subsidiariedade das regras do regime geral da previdência ao regime previdenciário dos servidores públicos se aplica apenas para o mal, e não para o bem, em nítida quebra do princípio da indivisibilidade.

Quanto ao segundo argumento (equilíbrio atuarial), deve ele ser analisado em conjunto com a resposta do Ministro à tese da falta de causa, que ele sustenta não ocorrer na espécie seja porque o legislador constituinte não se encontra “[...] vinculado, ao menos de um modo irrestrito, ao regime contributivo, ou ainda, a um modelo de completa correspondência entre contribuição e benefício”, seja porque a solidariedade exige o compromisso do servidor inativo “[...] com o sistema como um todo, e não apenas com a sua conta junto ao órgão previdenciário”.

Mais uma vez os raciocínios merecem análise detida, porque: 1) se não há correlação necessária ou equivalente entre contribuição e benefício, não se pode esgrimir a antítese do equilíbrio atuarial, que exige precisamente a “[...] correlação entre os montantes relativos à contribuição e ao benefício”; 2) o equilíbrio atuarial, previsto no *caput* do art. 40 desde a redação da EMC 20/98, em cujo tempo o STF reconheceu não ser cabível a contribuição dos servidores inativos (ADIn nº 2010), já convivia com o princípio da solidariedade, contido no *caput* do art. 195 desde o texto originário da CF, e cuja aplicação subsidiária já se impunha pelo texto do § 12 do mesmo art. 40, de modo que: a) a relação entre equilíbrio atuarial e solidariedade não justificava por si só, antes da EMC 41, a contribuição previdenciária dos servidores públicos inativos; b) a referência expressa à solidariedade no novo texto do *caput* do art. 40 da CF, na redação dada pela EMC 41, não trouxe qualquer novidade na matéria; 3) a solidariedade em forma de contribuição exclusiva de apenas uma classe de beneficiários (servidores públicos inativos sem imunidade *x* aposentados do regime geral com imunidade: inc. II do art. 195 da CF) reforça a tese da capitação.

Quanto ao terceiro argumento, a leitura do Sr. Ministro parece olvidar que somente ocupam cargos de provimento efetivo, no contexto do *caput* do art. 40 da CF com a redação da EMC 20/98, os servidores públicos ativos, já que a inatividade gera a vacância do cargo, nos termos do art. 33, VII, da Lei nº 8112/90. Logo, a expressão “servidor” não foi ali empregada como quando no tempo da redação do § 6º introduzido no art. 40 pela EMC 03, ou seja, sem qualquer ressalva, mas em conjunto com a condição de ocupante de cargo de provimento efetivo, tal como reconheceu o STF no julgamento da ADIn nº 2010.

Por fim, ao quarto argumento se renova a mesma análise do voto do Ministro Carlos Britto, no ponto em que refuta o argumento

da simetria entre vencimentos e proventos usado pelo Min. Octávio Gallotti na ADIn nº 1441.

Prosseguindo em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes sustenta a paridade de formas entre a EMC 20 e a EMC 41, voltando ao tema que havia se ocupado o Ministro Cezar Peluso, ao dizer que, “[...] ainda que se considerasse que a Emenda 20 teria criado uma imunidade (antes certamente não havia)”, o tema não teria por isso *status* de cláusula pétreia, uma vez que foi introduzido por emenda constitucional.

Noutras palavras: assim como a EMC 20 pôde criar uma imunidade antes inexistente, a EMC 40 pode eliminar a imunidade criada pela mesma via legislativa. O problema de tal raciocínio é que ele ignora o fato de que entre uma e outra emenda houve imunidade e que ela gerou efeitos patrimoniais legítimos para aqueles servidores que adquiriram direito à aposentadoria, se aposentaram ou deixaram pensão para os seus dependentes na sua vigência.

De qualquer sorte, o argumento da paridade de formas nega que a matéria sujeita à dupla emenda pertença ao universo das cláusulas pétreas, sugerindo então o Ministro que, ainda que pertencesse, não seria barreira intransponível ao poder de reforma, contanto que se respeite o “[...] dever de consistência nas formulações que procuram justificar a compatibilidade de determinada alteração constitucional com as cláusulas de imutabilidade”.

Com base nesse “dever de consistência”, passa o Ministro a historiar a teoria do direito adquirido, concluindo por sua inexistência quando se trata de mudança de institutos jurídicos, como o regime previdenciário. Nesse caso, ainda quando tais mudanças causem prejuízos diretos aos titulares de direitos, “[...] o problema se desloca do âmbito do direito intertemporal para o plano da política legislativa”. Outrossim, como a proteção aos direitos subjetivos deve advir do próprio direito, segue-se que em lugar do direito adquirido há no máximo a ser respeitado o princípio da segurança jurídica, de modo que “[...] não cabe no caso em exame o argumento baseado no direito adquirido”.

A desqualificação do tema do direito adquirido como cláusula pétreia, em favor de uma política legislativa e/ou da segurança jurídica à margem de qualquer limite ao poder de reforma, é todavia problemática, antes de tudo porque, de acordo com o próprio Ministro,

Gabba sustentou que “[...] somente existia direito adquirido em razão dos institutos jurídicos com referência às relações deles decorrentes, jamais, entretanto, relativamente aos próprios institutos”. E o mérito da ADIn não era obstar a mudança do regime jurídico previdenciário, mas defender o respeito aos direitos subjetivos consumados ou cujas condições de exercício foram cumpridas antes da vigência da EMC 41.¹⁴ Depois, porque exigir que a proteção dos direitos seja feita em nome deles mesmos ou do título nominal que ostentam (por exemplo, direito de propriedade enquanto tal, e não um direito adquirido à propriedade) torna a noção de direito adquirido desprovida de qualquer sentido, valendo lembrar que o direito adquirido não tem conteúdo próprio, sendo sempre instrumental do direito subjetivo digno de proteção. Em resumo, antes do “dever de coerência” está o “dever de consciência”.

No fim e ao cabo, o voto do Ministro Gilmar Mendes foi no sentido da inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 4º da EMC 41, por ofensa aos princípios da igualdade e da dignidade humana.

8 O voto do Ministro Marco Aurélio

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio acusa o art. 4º da EMC 41 de fundamentar a tese “fascista”, segundo a qual não há direito adquirido a regime jurídico, mas tão-somente casos legitimados [...], lembrando duas coisas: 1) “[...] o menosprezo a direito adquirido, à situação jurídica perfeita e acabada, somente seria possível se o poder constituinte fosse um poder constituinte originário, e não derivado [...]”; 2) o § 16 do art. 40 da CF, introduzido pela própria EMC 41, seria uma autêntica antítese àquela tese, ao conceder ao servidor público o direito de optar ou não pelo regime de previdência complementar previsto nos § 14 e 15 daquele mesmo dispositivo.

Embora o enquadramento ideológico daquela tese esteja mais para o voluntarismo do que para o fascismo,¹⁵ em parte com ele coincide, já que o art. 4º da EMC 41 não deixa de desprezar o respeito aos direitos individuais e a sua estabilização liberal por via dos limites ao poder de reforma. Nesse sentido, a abordagem relativa aos limites ao poder de reforma faz sentido com a defesa da tese do direito adquirido, mas o segundo argumento ignora que o regime de previdência complementar previsto naquele § 16 do art. 40 diz respeito a fatos futuros, e não

a fatos passados, e que, se representa alguma coisa contra a mudança do regime jurídico previdenciário, sua previsão de forma expressa acaba por confirmar a tese da inexistência de direito adquirido contra a mudança de institutos ou regimes jurídicos, já que a ressalva surge no contexto da mudança como uma exceção à regra.

Em seguida, o Ministro faz um pequeno retrospecto do regime de previdência dos servidores públicos, realçando que: 1) no início, “a aposentadoria, a satisfação dos proventos e de pensões sempre se mostrou ônus, em si, da União”; 2) o texto primitivo do parágrafo único do art. 149 da CF de 1988 reconhecia que a previdência dos servidores públicos dos Estados “[...] não seria elaborado em prejuízo, mas em benefício dos servidores”, enquanto que o atendimento simultâneo não apenas à aposentadoria como também à assistência social levava a crer “[...] que a contribuição deveria ficar a cargo dos servidores da ativa”; 3) o § 6º introduzido no art. 40 da CF pela EMC 03 previu o caráter contributivo do sistema, ou seja, “[...] a contribuição dos servidores na ativa”, e não a contribuição dos inativos, que não podem contribuir para uma nova aposentadoria, já que “a aposentadoria no além prescinde de contribuição, porque basta, para alcançá-la, a própria morte”.

Sobre tais assertivas se pode dizer que também a solidariedade já era intrínseca ao próprio conceito de contribuição social e, quando menos, prevista genericamente no *caput* original do art. 195 da CF, na cláusula genérica do dever de financiamento da seguridade social “[...] por toda a sociedade [...]”. E tal característica nunca serviu para excepcionar o caráter retributivo do sistema de contribuição, que se estabelece na relação entre servidores ativos contribuintes e servidores inativos beneficiários.

Na visão do Ministro, “a exação que se cobra, hoje em dia, surge [...] como um verdadeiro imposto”, decerto diante da falta de qualquer contrapartida para as contribuições feitas pelo servidor inativo, representando ainda um confisco, “[...] no que, a par de não repor o poder aquisitivo dos benefícios, dos vencimentos dos servidores, tem-se a audácia, digo mesmo a audácia, de onerá-los”. Assim, parafraseando o Ministro Gilmar Mendes, “diante do quadro, notamos a soma de infelicidades para aqueles que hoje estão aposentados e para aqueles que hoje recebem pensão”.

Faz ainda o Ministro duas observações: 1) a imunidade prevista no inc. II do art. 195 seria extensível aos servidores públicos pela via do § 12

do art. 40 da CF, na redação dada pela EMC 20 e ainda mantida pela EMC 41; 2) a Súmula nº 359 do próprio STF referendaria a tese da inicial.

Em conclusão, o Ministro acompanha o voto da Ministra Relatora, proclamando a inconstitucionalidade de todo o texto do art. 4º da EMC 41.

9 O voto do Ministro Carlos Velloso

Em seu voto, o Ministro Carlos Velloso relembra a sua própria história de juiz federal em Minas Gerais e de ex-Ministro do TFR e do STJ, afirmando que sempre defendeu a proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada contra as emendas constitucionais, mesmo na ordem constitucional pretérita, que não declarava expressamente tais direitos como intangíveis ao poder de reforma.

Nessa mesma linha, lembra ainda o Ministro o voto que proferiu na ADIn nº 2010-MC/DF, no qual afirmou que o antigo texto do § 6º do art. 40 da CF, na redação dada pela EMC 03, permitia entender ser possível a exação dos proventos e pensões, mas que essa mesma leitura foi desautorizada pela nova redação dada ao *caput* do mesmo art. 40 pela EMC 20, já que servidores públicos inativos não são ocupantes de cargos efetivos, ocasião em que arrematou:

Esta conclusão mais se reforça diante do disposto no § 12 do art. 40, redação da EC 20, ao estabelecer que 'além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargos efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social' [...] E no que toca às contribuições dos demais segurados da previdência social, entre os quais se incluem os servidores públicos – art. 195, II – expresso está que não 'incidirá contribuição sobre a aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201'.

Já na vigência da EMC 41, o Ministro Carlos Velloso passou a entender a matéria de forma diversa. Estabelecendo como premissas que as contribuições sociais são tributos, a solidariedade exige contribuição a toda a seguridade e não para benefícios específicos e que

somente tem direito a não ser tributado quem for titular de imunidade, sustenta o Ministro que “[...] os servidores públicos – ativos e inativos – não são contemplados por imunidade tributária relativamente à contribuição de seguridade social”, ao contrário dos aposentados e pensionistas do regime geral da previdência social, nos termos do mesmo inc. II do art. 195 da CF.

Apesar da evidente contradição entre o entendimento anterior e o atual, disse o Ministro que decidiu daquele modo na ADIn nº 2010 “[...] simplesmente porque a EC 20, de 1988, não autorizava a incidência da contribuição sobre os proventos dos servidores aposentados”, e porque naquela ADIn.

[...] arguiu-se a inconstitucionalidade de lei ordinária frente à Emenda Constitucional nº 20, de 1998. Agora, não há apenas autorização constitucional para a instituição da contribuição; agora, a EC 41, de 2003, expressamente estabelece a incidência do tributo (EC 41/2003, art. 4º).

Logo,

não há como deixar de reconhecer [...] a constitucionalidade do referido artigo 4º, da EC 41, de 2003, por isso que não há falar em direito adquirido a não ser tributado, a não submeter-se a um tributo instituído por lei com observância dos princípios constitucionais tributários.

Ora, houve não apenas uma contradição entre as opiniões passada e atual como, sobretudo, uma falta de compromisso com a coerência argumentativa entre os votos.

Antes da EMC 03 a CF não permitia e nem proibia expressamente a exação dos proventos e pensões dos servidores públicos. A permissão surgiu tacitamente no texto do § 6º do art. 40 da CF, na redação dada por aquela emenda, já que a expressão “servidores” não vinha acompanhada de qualquer ressalva e, portanto, o custeio das aposentadorias e pensões no serviço público podia ser feita pelos servidores ativos e inativos. Essa interpretação ampliativa foi limitada pelo novel texto do *caput* do art. 40 da CF, agora com a redação dada pela EMC

20, já que a inatividade do servidor público gera a vacância do cargo e, portanto, perde ele a condição de ocupante de cargo efetivo. Com a EMC 41 a exação se tornou expressa no *caput* do art. 40 e em seu § 18 e no art. 4º da própria emenda.

Esse histórico é coerente com o primeiro voto do Ministro Carlos Velloso, mas a aplicação subsidiária da imunidade do inc. II do art. 195 da CF aos servidores públicos, pela via do § 12 do art. 40, somente mudou porque a exação passou a ser prevista expressamente pela EMC 41. Logo, havia imunidade durante o período de vigência do texto do art. 40 da CF com a redação dada pela EMC 20 e, por conseguinte, direito adquirido a não ser tributado, conforme premissa fixada pelo próprio Ministro: “[...] não há direito adquirido em não ser tributado, a menos que esteja a pessoa, física ou jurídica, abrangida por imunidade tributária”.

Ora, se houve direito adquirido à imunidade criado legitimamente pela EMC 20 e se, em seu tempo, servidores públicos da ativa se aposentaram ou reuniram as condições de exercício de tal direito, segue-se que esse ato jurídico perfeito ou direito adquirido devia ter sobrevivido à EMC 41, que não podia atingi-los sem ser retroativa, ainda que a pretexto de ter eficácia imediata ou *ex nunc*. Tal lógica somente podia ser atacada pelo argumento da paridade de formas, já examinado acima nos votos dos Ministros Cezar Peluso e Gilmar Mendes, argumento que, de todo modo, não foi usado pelo Ministro e não pode olvidar a contemporaneidade do direito adquirido e do ato jurídico perfeito à EMC 20.

De mais a mais, a tese da inicial não é a da imunidade absoluta, indistinta para todos os servidores públicos, mas somente daqueles que até a EMC 20 adquiriram o direito de se aposentar ou efetivamente se aposentaram sob a proteção de uma autêntica e legítima imunidade tributária.

Aceitar portanto que a EMC 41 podia apagar tal imunidade e, por conseguinte, os direitos adquiridos e as aposentadorias e pensões consumadas no tempo da EMC 20 significa aceitar, contrariamente ao histórico do próprio Ministro, que o poder de reforma pode ignorar tais direitos contra a garantia da segurança jurídica.

No mais, o voto do Ministro Carlos Velloso foi no sentido de acompanhar o voto do Ministro Cezar Peluso.

10 O voto do Ministro Celso de Mello

Em seu voto, o Ministro Celso de Mello indaga sobre se o Congresso Nacional pode alterar a Constituição, no exercício do poder de reforma, para introduzir modificações como aquelas da EMC 41, sem incidir no domínio das cláusulas pétras.

Para responder a tal indagação, o Ministro recorre a uma longa digressão teórica acerca do “valor normativo da Constituição”, da “indevassabilidade de seu núcleo intangível” e dos limites do poder de reforma, para por fim concluir que argumentos de necessidade e razões de estado não devem ser invocados contra direitos legítimos albergados pela própria Constituição:

Argumentos de necessidade, por mais respeitáveis que possam ser, não devem prevalecer, jamais, sobre o império da Constituição. Razões de Estado, por sua vez, não podem ser invocadas para legitimar o desrespeito e a afronta a princípios e a valores essenciais que informam o nosso sistema de direito constitucional positivo.

Noutras palavras, a Constituição pode ser revista sempre que as circunstâncias fáticas e/ou jurídicas do momento de sua criação se alterem, contanto que as emendas correspondentes “[...] ostentem a qualificação de textos revestidos de índole constitucional”, já que, de acordo com Canotilho e Vital Moreira, “a revisão serve para alterar a Constituição mas não para mudar de Constituição”.

Sendo o direito adquirido e o ato jurídico perfeito direitos fundamentais protegidos do poder de reforma, a EMC 41, ao impor contribuição inexistente ao tempo da aquisição das condições de exercício ou ao tempo da concessão da aposentadoria ou da pensão, violou um dos limites materiais previstos no § 4º do art. 60 da CF,

[...] na medida em que viabiliza a alteração gravosa do regime daqueles que já incorporaram, aos seus respectivos patrimônios jurídicos, o direito à insuscetibilidade de sofrer a incidência da contribuição previdenciária sobre o valor dos respectivos proventos e das pensões.

Ou seja,

o Congresso Nacional, após haver consagrado a imunidade em favor dos servidores inativos e pensionistas, não podia, ainda que mediante emenda à Constituição, suprimir, em momento posterior, quando já adquirido esse direito por seus titulares, a prerrogativa que derivava dessa particular situação subjetiva de vantagem, legitimamente assegurada, pela própria Lei Fundamental, aos destinatários dessa especial garantia de índole social.

A propósito, lembra o Ministro a jurisprudência do STF, anterior mesmo à Súmula nº 359, no sentido de que as aposentadorias e pensões são regidas pela legislação do tempo em que o direito foi adquirido ou consumado, com preservação de seus efeitos futuros não obstante a eventual alteração posterior de sua base jurídica, de modo que sua alteração gravosa, ainda que a título de retroatividade mínima (vale dizer, com eficácia *ex nunc* sobre tais direitos), revela-se inconstitucional por violação da cláusula da irretroatividade civil maléfica. Em resumo, “[...] a edição de resolução estatal superveniente e gravosa, ainda que impregnada de retroatividade em seu grau mínimo, traduz situação de inconstitucionalidade [...]”, diante de seu caráter retroativo.

De acordo com o Ministro, o art. 4º da EMC 41 violaria ainda: 1) o princípio do equilíbrio atuarial, já que, não havendo previsão de qualquer benefício que corresponda às novas contribuições, ficam elas sem causa eficiente, ferindo assim o caráter retributivo entre contribuições e benefícios reconhecido pelo STF no julgamento da ADIn nº 790-DF; 2) o próprio princípio da solidariedade, que “[...] nada mais significa do que a explicitação de um critério que já se revelava imanente ao próprio sistema de seguridade social [...] mesmo antes do advento das Emendas constitucionais nºs 20/98, 41/2003 e 42/2003 [...]”; 3) o princípio da proibição do retrocesso,

[...] que, em tema de direitos fundamentais de caráter social, e uma vez alcançado determinado nível de concretização de tais prerrogativas (como estas reconhecidas e asseguradas, antes do advento da EC nº 41/2003, aos inativos e aos pensionistas), impede que sejam desconstituídas as

conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive.

Por fim, conclui o Ministro pela inconstitucionalidade do art. 4º da EMC 41, aderindo aos votos da Ministra Relatora e dos Ministros que votaram nesse mesmo sentido.

11 O voto do Ministro Sepúlveda Pertence

A preocupação inicial do Ministro Sepúlveda Pertence, em seu voto, foi de estabelecer uma linha coerente entre as suas opiniões manifestadas nas ADIn's n^{os} 1441, 2010 e 2087 e o entendimento que manifestaria neste novo julgamento.

Nesse sentido, lembra o Ministro que os seus votos proferidos nas ADIn's n^{os} 2010 e 2087, especialmente nesta última, reconheciam a imunidade contida no inc. II do art. 195 da CF aos servidores públicos inativos e aos seus pensionistas não apenas por conta da remissão do § 12 do art. 40 do mesmo diploma, com a redação da EMC 20, mas principalmente porque o texto original do PEC (Projeto de Emenda à Constituição) que deu origem àquela emenda e que instituiu a exoneração sobre servidores públicos inativos e pensionistas foi rejeitado no Congresso Nacional, apesar daquela remissão. Ou seja, a propósito da combinação do inc. II do art. 195 com o § 12 do art. 40 da CF,

a recordação do processo formador da emenda evidencia, pois, que a imunidade irrestrita de proventos dos servidores públicos inativos e dos respectivos pensionistas à contribuição social – como resulta inequivocamente da combinação desses dois dispositivos – não foi um acidente, mas traduziu com precisão a dupla recusa da Câmara dos Deputados à proposta de submetê-los à exoneração.

Depois, em particular quanto à tese do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, relembrou o Ministro a jurisprudência anterior do STF, no sentido de pôr tais direitos fundamentais a salvo apenas das leis, mas não das emendas ou de nova Constituição, ressaltando então que tal visão “ortodoxa” mudou na doutrina, sob a égide da

Constituição de 1988, para abrigá-los do poder de reforma, arrematando em seguida que

ninguém, rigorosamente, contesta a existência de direito adquirido na relação estatutária ou na previdenciária; ninguém contesta a existência de direito adquirido à aposentadoria, no momento em que reunidos os seus pressupostos, ou aos proventos calculados conforme o direito vigente naquele mesmo momento.

Todavia, em seu entendimento, o tema não teria relevância na matéria em discussão, porque a natureza tributária da contribuição previdenciária o expulsaria da pauta de julgamento, com base no pressuposto de que “[...] não há direito adquirido a uma hipótese de não-incidência tributária”. Melhor dizendo,

O fato de algum ato ou de algum bem não ser em determinado momento objeto de incidência tributária não estabelece, em favor de seu titular, um estatuto pessoal de intributabilidade, salvo [...] se há imunidade constitucional a acobertar determinada pessoa, determinado tipo de relação jurídica ou determinado bem. Essa imunidade, entendeu a unanimidade do Tribunal, existia, embora decorrente da combinação de dois dispositivos, na Emenda Constitucional 20. Em posição diametralmente oposta, na Emenda Constitucional 41 não há norma e imunidade, mas, ao contrário, há norma explícita de incidência e tributo, ou seja, da contribuição previdenciária, sobre os proventos da aposentadoria e as pensões.

Esse raciocínio, contudo, não resiste aos seus próprios pressupostos, por alguns motivos, a saber: 1) se se estabelece como premissa que nas relações previdenciárias e no interior das relações institucionais ou estatutárias existe direito adquirido no sentido subjetivo do termo, exsurge incoerente defender em seguida que a natureza tributária da contribuição previdenciária exclui aquele direito, já que tal conclusão nega a própria premissa; 2) no máximo, a exceção residiria naquilo que o Ministro chamou de “hipótese de não-incidência”, mas se ela mesma é excepcionada pela existência de imunidade, a confirmar precisamente

“[...] um estatuto pessoal de intributabilidade [...]”, segue-se que, em termos lógicos, a exceção da exceção retorna à própria regra, qual seja, a de que existe direito adquirido na relação previdenciária, inclusive de não ser tributado quando se é titular de imunidade; 3) se houve portanto imunidade no tempo da EMC 20, houve direito adquirido e ato jurídico perfeito de não ser tributado, inclusive *pro futuro*, que somente uma nova Constituição poderia negar, mas nunca a EMC 41 que, nesse sentido, não podia ter criado a exação objeto de seu art. 4º; 4) negar a incidência do direito adquirido na matéria e colocar em seu lugar a simples proteção de um *status quo* não passa portanto de um artifício argumentativo, que logo se releva na defesa da exação por via de emenda constitucional.

Reformulando-se a lógica do raciocínio, pode-se pontuar o seguinte: 1) o direito adquirido merece proteção das emendas constitucionais; 2) há direito adquirido nas relações previdenciárias, inclusive de não-incidência tributária em caso de imunidade; 3) a EMC 20 criou uma imunidade aos servidores públicos quanto a não contribuir para a previdência, desde quando reunidos os requisitos para o exercício do direito à aposentadoria (tanto mais após a sua consumação); 4) a EMC 41, portanto, devia ter respeitado tal direito adquirido ou ato jurídico perfeito.

Em seguida, o Ministro refuta a tese da irredutibilidade dos proventos e pensões com base no voto vencedor do Ministro Celso de Mello na ADIn nº 2010, argumentos que, todavia, conviveram com as teses da imunidade e do caráter retributivo entre contribuição e benefício naquele mesmo julgamento.

Quanto à tese da falta de causa eficiente para a exação, defende o Ministro que o tema teria partido de duas premissas falsas: a assimilação da nova contribuição à taxa, por conta de uma relação entre custo e benefício, ou a pressuposição de uma relação contratual sinalagmática entre a previdência e o segurado. Em seu entendimento, a nova exação trata de tributo vinculado à seguridade social e não a um benefício específico, haja vista o princípio da solidariedade.

Nesse ponto, o Ministro foi aparteado pelo Ministro Carlos Britto, que lembrou da dicção original do art. 194 da CF para nele encontrar desde a origem o princípio da solidariedade, concluindo então que “o sistema não era ainda contributivo e já era solidário”. A réplica do Ministro Sepúlveda Pertence foi a de que o regime previdenciário

do servidor público não era contributivo na origem, o que, para o Ministro Carlos Britto, mesmo assim não responde ao fato de que “a seguridade social, compreendendo um conjunto integrado de ações de iniciativa do poder público e da sociedade, destina-se a garantir direitos, não a subtraí-los ou mutilá-los”. A resposta do Ministro Sepúlveda Pertence a essa tréplica foi a seguinte: “Ministro, lamentavelmente, esses direitos custam dinheiro”.

O problema, então, não era mesmo de direitos adquiridos e tampouco de solidariedade ou de tratamento igualizante entre os regimes previdenciários geral e dos servidores públicos, mas de capacidade orçamentária e de equilíbrio atuarial, porque qualquer direito patrimonial custa dinheiro e nem por isso se pode defender a exação sobre ele apenas por ter um custo medido pela moeda. De resto, trata-se de um ato falho que, como tal, representa a manifestação de uma intenção consciente ou inconsciente,¹⁶ em específico de justificar a defesa da exação mesmo contra as próprias premissas.

Por fim, o Ministro Sepúlveda Pertence adere ao entendimento conforme o qual o parágrafo único malfere o princípio da igualdade, aderindo então ao voto do Ministro Cezar Peluso.

12 O voto do Ministro Nelson Jobim

Imediatamente após o voto da Ministra relatora o Ministro Nelson Jobim, na condição de Presidente, havia adiantado seu voto, decerto com base no art. 146, I, do RISTF, que autoriza o Ministro Presidente a proferir votos em matéria constitucional, independentemente do risco de empate em caso de *quorum* de número par (inc. IV do mesmo dispositivo).

Naquela oportunidade, o voto foi dado no sentido de acompanhar o voto da Ministra relatora, após um debate entre os Ministros sobre se a CF de 1988 foi ou não produzida por um poder constituinte originário ou se a convocação da Assembléia Nacional Constituinte pela EMC 26 à CF de 1967 teria gerado uma nova Constituição por obra do poder de reforma. Nesse particular, sustentou o Ministro Presidente que “[...] o nosso Poder Constituinte Originário, de uma forma ou de outra, é derivado, uma vez que a legitimação decorreu de um ato de votação sobre uma emenda constitucional à Carta de 69”, sendo retrucado

pelo Ministro Carlos Velloso, para quem “[...] foi possível ao poder constituinte derivado convocar, através da Emenda Constitucional nº 26, o titular do poder constituinte originário a investir representantes para elaborar e votar a Constituição vigente”.

Não se sabe ao certo qual o propósito ou a origem dessa abordagem, já que nenhuma consequência teórica se tira daquela conclusão para justificar a adesão do Ministro Presidente ao voto da Ministra relatora. A consequência teórica possível do raciocínio contido no voto do Ministro Presidente é que, sendo a CF de 1988 o produto do poder de reforma da CF de 1967, não passaria ela própria de uma emenda à CF de 1967, de modo que os parâmetros constitucionais de análise da EMC 41 seriam uma seqüência da ordem de 1967, e não da ordem de 1988. Por conseguinte, seria descabido discutir os limites impostos pelo § 4º do art. 60 da CF de 1988 ao poder de reforma, voltando-se então aos limites da CF anterior, que ditava expressa limitação material à “[...] proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a República”, consoante o anterior art. 50, § 1º, posteriormente realocado para o art. 47, § 1º, com a EMC 01/69. Destarte, se a limitação material do inc. IV do § 4º do art. 60 da atual CF não estiver em questão, a EMC 41 poderia em tese alterar para o futuro o direito adquirido e o ato jurídico perfeito de servidores já aposentados antes daquela emenda e daqueles com direito a se aposentar de acordo com a legislação anterior a ela. Nesse sentido, o voto foi contraditório, ou a abordagem em si foi equivocada.

De todo modo, o Ministro Presidente assinalou naquela ocasião ter feito esse registro para não se “[...] comprometer com o fundo da matéria [...]”.

E de fato não se comprometeu, já que, após o último voto, do Ministro Sepúlveda Pertence, mudou de opinião e aderiu ao voto do Ministro Cezar Peluso, com base em quatro argumentos: 1) a possibilidade de exação já havia sido prevista por via de emenda pelo próprio STF no julgamento da ADIn nº 2010; 2) o equilíbrio atuarial supostamente exclui o caráter retributivo entre contribuição e benefício, por ser um conceito matemático estranho ao mundo dos direitos individuais; 3) os direitos econômico-sociais surgidos no séc. XX, diferentemente dos direitos civis e políticos do séc. XVIII, custam dinheiro e por isso são relativos, porque “[...] dependem da capacidade de uma sociedade de prestá-los, sob pena de se criar um extraordinário rombo [...]”; 4) sen-

do certo que “[...] a solidariedade nada mais é do que a possibilidade daqueles que têm de ajudar os que não têm”.

Para cada um desses argumentos se opõem contra-argumentos, a saber: 1) o julgamento da ADIn nº 2010, no sentido de prever uma “matriz constitucional” para a exação introduzida pela EMC 41, contém um paradoxo lógico que foi explorado no item 3.5, no voto do Ministro Cezar Peluso; 2) o argumento contido no item 2, supra, contraria a conclusão anterior do próprio STF no julgamento da ADIn nº 790-4, segundo a qual o caráter retributivo entre contribuição e benefício previsto no § 5º do art. 195 da CF “[...] homenageia o equilíbrio atuarial [...]”, de modo que os julgamentos anteriores dos STF somente são lembrados quando convém; 3) direitos sociais custam dinheiro sim, e é obrigação do Estado prestá-los sem violar direitos adquiridos e atos jurídicos perfeitos, preservando ainda o princípio da proibição de retrocesso, precisamente por se tratarem de direitos sociais; 4) a solidariedade assim desenhada significa, *grosso modo*, fazer justiça com o dinheiro alheio, mormente quando a cláusula da solidariedade social no custeio da previdência sempre esteve presente no *caput* do art. 195 da CF e nem por isso referendou a contribuição dos servidores inativos e pensionistas antes da EMC 41.

Considerações finais

Em conclusão, pontua-se o seguinte:

1) As ADIn's nºs 3105 e 3128 acusavam o art. 4º da EMC 41 das seguintes violações inconstitucionais: a) do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, contidos no inc. XXXVI do art. 5º da CF e já reconhecidos pelo STF na Súmula nº 359,¹⁷ por via de emenda *ultra vires* (art. 60, § 4º, IV, da CF); b) da isonomia tributária, contida no art. 150, II, da CF; c) da irredutibilidade de vencimentos e benefícios – proventos e pensões (§ 2º do art. 5º c/c o inc. XV do art. 37 e art. 194, IV, da CF); d) do caráter retributivo da contribuição social previdenciária, contido no § 5º do art. 195 da CF, reconhecido pelo STF no julgamentos das ADIn's. nºs 790 e 2016;

2) Tais teses enfrentaram as seguintes antíteses, em resumo: a) inexistência de direito adquirido a não tributação ou contra a mudança

de regimes jurídicos, como o previdenciário, ou a simples desqualificação da matéria como direito adquirido, com enquadramento restrito à área tributária; b) preservação da igualdade no disposto no inc. V do art. 194 da CF, que anuncia a “equidade na forma de participação no custeio”; c) vencimentos, proventos e pensões não sofrem redução inconstitucional diante de simples instituição ou majoração de tributos, mas somente quando violam os limites constitucionais ao poder de tributar do Estado, tal como reconhecido na ADIn nº 2010, por sua vez fundada em vários precedentes do STF (RTJ 83/74, 109/244, 143/684, 147/921, 147/925 e 149/654); d) o princípio da solidariedade contido no *caput* do art. 195 da CF excepciona tal caráter retributivo;

3) Tais antíteses, por sua vez, comportam réplicas ponderáveis, a saber: a) com efeito, não existe direito adquirido de se opor à mudança de regimes ou institutos jurídicos, do ponto de vista objetivo, mas do ponto de vista subjetivo existem direitos adquiridos no interior dos regimes ou institutos que precisam ser respeitados, inclusive no regime previdenciário, o que não permite a simples exclusão da matéria mesmo no direito tributário; b) a igualdade entre os regimes previdenciário geral e dos servidores públicos deve ser feita tanto no plano das contribuições quanto no plano dos benefícios, e não apenas no primeiro deles, com o fim da imunidade dos proventos e pensões para a última classe e a sua manutenção para a primeira (inc. II do art. 195 da CF), sob pena de se violar o próprio princípio da solidariedade; c) assim, a ausência de redução inconstitucional dos proventos e pensões do funcionalismo seria seletiva, a confirmar a tese da capitação, ou seja, da tributação sobre certas pessoas simplesmente por pertencerem a uma classe determinada; d) o princípio da solidariedade esteve previsto desde o texto originário do *caput* do art. 195 da CF, e nem por isso excepcionou o caráter retributivo entre contribuição e benefício previsto no § 5º daquele mesmo dispositivo, ao mesmo até a EMC 41, de modo que, se não há capitação, também não há causa eficiente para instituir uma contribuição para quem já contribuiu e não irá receber qualquer benefício após as novas contribuições, o que resvala para a tese da bitributação com o imposto de renda;

4) Como se vê, o tema comporta teses, antíteses e tréplicas, mas nem sempre há coerência no plano argumentativo, sendo comum encontrar nos votos dos Ministros a manipulação das premissas para se

chegar à conclusão que defendem, confirmando-se com isso que não se vai das premissas à conclusão, senão que o contrário;

5) Um dos objetivos deste trabalho foi precisamente o de demonstrar as incoerências internas dos próprios discursos, a falta de diálogo entre eles e a eventual ou oportuna infidelidade às decisões anteriores do próprio STF, especialmente na linha dos julgamentos das ADIn's nºs 790, 1441 e 2010, que ao fim permitem o seguinte histórico combinado entre as mudanças por via de emendas e as suas compreensões pelo STF: a) no regime original de 1988, o art. 40 não fazia qualquer remissão ao regime geral da previdência, que tampouco imunizava os proventos de contribuição previdenciária, no inc. II do art. 195, donde concluir que não havia imunidade expressa, não obstante houvesse desde então o caráter retributivo entre contribuição e benefício, no mesmo § 5º daquele último dispositivo (tal como reconhecido na ADIn nº 790); b) no regime da EMC nº 03/98, a introdução do § 6º ao art. 40 permitiu concluir que as contribuições dos servidores (ativos e inativos, sem distinção) poderiam custear as suas aposentadorias e pensões (de acordo com a ADIn nº 1441); c) no regime da EMC 20/98, ao contrário, as contribuições ficaram restritas aos servidores titulares de cargos efetivos, portanto ativos, já que a inatividade é causa de vacância do cargo, enquanto que a remissão do § 12 do art. 40 ao regime geral da previdência tornou imunes os proventos e pensões, por conta do novo e expresso texto do inc. II do art. 195 da CF (conforme a ADIn nº 2010); d) no regime da EMC 41 finalmente se concretiza a exação sobre os proventos e pensões dos servidores públicos, após fracassadas tentativas por via normativa infra-constitucional;

6) O problema do julgamento do STF na ADIn nº 2010 é que nele se fez pressupor que uma "matriz constitucional" legitimaria a instituição da contribuição previdenciária em comento, *contrario sensu* da interpretação acerca da inconstitucionalidade da lei federal que a instituíra (Lei nº 9783/99), de frente ao texto do *caput* do art. 40 da CF, na redação dada pela EMC 20, que elegeu como sujeitos passivos daquela espécie tributária apenas os servidores titulares de cargos efetivos. Lido dessa forma, o julgamento daquela ADIn leva a uma de duas conseqüências assaz diversas: 1) ou o inc. II do art. 195 c/c o § 12 do art. 40 da CF não contém uma imunidade; 2) ou contém uma imunidade relativa apenas às leis, mas não contra

as emendas constitucionais. Tais conseqüências acabam por cair em autêntico paradoxo, porque se o disposto no inc. II do art. 195 c/c o § 12 do art. 40 da CF não contém uma imunidade, a imposição tributária não dependia de emenda, e se contém uma imunidade autêntica, não podia ela ser apagada nem mesmo por emenda. Segue-se então que o fundamento de validade do art. 4º da EMC 41 não pode ser o inc. II do art. 195 da CF, como entende o Ministro Cezar Peluso, mas o paradoxal julgamento da ADIn 2010, na esteira do qual se entendeu possível a supressão daquela imunidade em relação aos servidores públicos, porém com a sua manutenção para os demais componentes do regime geral da previdência, negando-se assim, “[...] no que couber [...]”, a remissão do § 12 do art. 40 da CF;

7) Assim, mesmo contra a opinião geral de que as imunidades geram direitos adquiridos ou que se põem a salvo do poder de reforma, tal como outrora reconhecido pelo próprio STF no julgamento da ADIn nº 939-7, pelo voto vencedor do Ministro Relator Sidney Sanches,¹⁸ o julgamento das ADIn’s nºs 3105 e 3128 estabelece novo paradigma em sentido oposto, pondo em risco os princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica;

8) Não obstante a legitimidade do STF em mudar de opinião, quando a mudança representa uma interpretação distorcida dos próprios preceitos constitucionais, a norma daí exsurgente (significado normativo do dispositivo/texto) não pode se pôr a salvo das críticas e se esconder na irrecorribilidade da decisão, sob pena de, ao referendar uma emenda inconstitucional, a decisão se escudar ilegitimamente no poder vinculante de que trata o § 2º do art. 102 da CF para constitucionalizar o que era inconstitucional;

9) Apesar da irrecorribilidade em sede de controle concentrado e abstrato e daquele poder vinculante, ou precisamente por causa disso, a coisa julgada gerada pela decisão que padece do mal em comento pode ser acusada de inconstitucionalidade, por violação do dever de justificação racional (irrazoabilidade ou violação dos meios-e-fins), já que as suas premissas empíricas e normativas se fecharam à discussão sem cumprir a “exigência de saturação” de que fala Robert Alexy;¹⁹

10) Outrossim, quando a decisão se vale do argumento da solidariedade contra o regime contributivo, ou como exceção ao caráter retributivo entre contribuição e benefício, esquece-se do verossímil

histórico apresentado pela Ministra Ellen Gracie, a saber: a) desde 1938, quando foi criado o IPASE, pelo DL nº 288/1938, os servidores públicos civis ostentam a condição de contribuintes previdenciários obrigatórios, com uma contribuição escalonada por faixas de vencimentos, entre 4 e 7%; b) na origem, ou seja, antes da Lei nº 1711/1952, que estabeleceu o Estatuto do Servidor Público, a aposentadoria do servidor público (então funcionário) era tida como *garantia ou prêmio*, enquanto que os proventos assumiam “[...] caráter de *pro-labore*, ou seja, desdobramento de um pacto laboral onde a aposentadoria correspondia a uma extensão da remuneração da atividade”; c) tal natureza se viu então alterada pelo *caráter retributivo* dos benefícios sociais dado pelo § 5º do art. 195 da CF de 1988, segundo o qual são vinculados os benefícios às contribuições e vice-versa, ou seja, para cada benefício há uma contribuição e para cada contribuição há um benefício; d) esse mesmo dispositivo, nos incisos do *caput*, estabeleceu um regime de “*financiamento*” *partilhado* do sistema previdenciário, dividido entre os orçamentos públicos dos entes federativos (no plano das despesas), os contribuintes (tomadores de mão-de-obra, trabalhadores e demais segurados e importadores) e as receitas de concursos de prognósticos; e) em complemento àquele caráter e a esse regime, a EMC 03/93 estabeleceu a *natureza contributiva* do sistema previdenciário, vindo em seguida a ser editada a Lei nº 8688/93, que fixou a base de incidência da alíquota da contribuição previdenciária do servidor público nos vencimentos totais e estabeleceu equivalência entre as contribuições dos servidores federais e as contribuições da União Federal, impondo-lhe a obrigação de complementar os recursos necessários, a título de despesa adicional, “[...] em montante igual à diferença entre despesas e receitas”; f) finalmente, a EMC nº 20/98 criou a *prevalência do tempo de contribuição* sobre o tempo de serviço, submetendo o direito à aposentadoria a uma relação temporal diferente daquela até então em vigor;

11) Essas observações de índole histórica permitiram à Ministra relatora afastar de antemão a assertiva segundo a qual os servidores públicos já aposentados na época da EMC 41 ou aqueles com direito adquirido à aposentadoria sob o regime anterior, em sua generalidade, não chegaram a contribuir ou pouco contribuíram para a formação do fundo de seus benefícios. Por outro lado, o mesmo não se pode

dizer da União Federal, porque, consoante a Decisão n. 1511/2002 do TCU, em seu item 10,

[...] apenas na Medida Provisória nº 167, de 19.02.04, cujo art. 5º acrescenta o art. 5-A à Lei 9.783, de 28.01.99, que vem afinal estabelecida a parcela com a qual a União deverá contribuir para o financiamento do sistema de previdência de seus servidores. Nada se disse, porém, relativamente ao modo ou prazo dentro do qual deverá ser recomposto e, se o será, o passivo acumulado pelos anos em que tal participação deixou de se verificar. Informa, outrossim, o relatório da Decisão 1459/2003 que apenas a partir da edição da Portaria SOF nº 10, de 22/10/02, a Secretaria de Orçamento Federal vem adotando providências para implantar uma classificação mais explícita sobre as receitas de concursos de prognósticos as provenientes da Contribuição para o Plano de Seguridade do Servidor, a vigorar a partir da Lei Orçamentária para o exercício de 2003.

Significa dizer que o caráter solidário das contribuições e o regime de afinanciamento partilhado estavam em franco descompasso na época da EMC 41, a ponto de tornar o argumento da solidariedade um elemento de retórica sofista;

12) Enfim, ao lado do ato falho do Ministro Sepúlveda Pertence, para quem os direitos que se pretendiam proteger custam dinheiro (mas podem pagar pelos erros alheios), o que realmente animou a decisão final foi o caráter político da matéria, tal como confessou o Ministro Cezar Peluso no fim de seu voto, ao justificar a exclusão dos métodos tradicionais de argumentação jurídica na espécie em favor do cálculo das conseqüências políticas e econômicas da decisão;

13) É certo que os tribunais constitucionais podem calcular as conseqüências políticas e econômicas de algumas decisões, em matérias de grande alcance social, e que têm a discricionariedade de fixar interpretações por alternativa aceitável, mas nesses casos a abordagem jurídica deve assumir um papel coadjuvante, no sentido de referendar a solução que melhor atenda as expectativas políticas e econômicas sem deturpar o processo argumentativo da própria decisão e sem manipular os institutos jurídicos envolvidos. Quando, ao contrário, as premissas jurídicas são falsas ou são desvirtuadas para se chegar a

qualquer custo à solução que melhor atenda as expectativas políticas e econômicas, como ocorreu nos julgamentos em exame, as decisões dos tribunais constitucionais perdem a sua racionalidade intrínseca, tornando-se irrazoáveis e irracionais, e a interpretação nelas adotadas perde a sua legitimidade, pondo em xeque o seu poder vinculante;

14) Isso porque, nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, “a questão da discricionariedade, tanto do juiz quanto ao funcionário administrativo, refere-se, especificamente, à razoabilidade do seu julgamento ao decidir”,²⁰ circunstância que se agrava quando a decisão é irrecurável. Por conseguinte, a perda de racionalidade demonstra que as decisões em exame violaram a relação de meios e fins que todo ato público há de ter com seus resultados igualmente públicos, revelando-se com isso atos de arbítrio e, portanto, inconstitucionais, já que o ponto de partida de todo o constitucionalismo é o combate ao abuso do poder.²¹ Além disso, as decisões mencionadas referendam a validade de uma emenda inconstitucional, que viola os direitos fundamentais ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, representando assim uma autêntica e dupla *fraus constitutioni*.²² Assim, tais decisões não merecem se perenizar mesmo após o seu trânsito em julgado, já que violam a Constituição de forma: a) direta e subjetiva, por serem contrárias a direitos fundamentais; b) indireta, por se basearem em emenda inconstitucional,²³ ficando destarte sujeitas a controle posterior tanto jurisdicional, pelo próprio STF em futuras ADIN's, quanto legislativo,²⁴ mediante nova emenda que faça retornar o regime da EMC 20/98;

15) Em resumo, o voto vencedor do Ministro Cezar Peluso devia ter começado por onde terminou, ou seja, do cálculo das conseqüências políticas e econômicas da decisão para os argumentos jurídicos, e não o contrário, no mínimo para que houvesse maior coerência entre as premissas e as conclusões;

16) Assim como é dado ao STF a discricionariedade de decidir o que é constitucional ou inconstitucional, em último grau de jurisdição, precisamente por causa disso também se exige maior racionalidade dessas decisões, tanto mais quando são tomadas mais em conta de aspectos políticos e econômicos do que jurídicos, a fim de que não se contrarie o senso comum da comunidade jurídica segundo o qual os juízes das supremas cortes de índole jurídica, como o STF, não podem ser juízes com mandato ou políticos de toga.

Referências

- ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica. Para Uma Teoria da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- AVILÉS, María del Carmen Barranco. *Derechos y Decisiones Interpretativas*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2004, pp. 70-71.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Direito Intertemporal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- BRITO, Miguel Nogueira de. *A Constituição Constituinte*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- DI CELSO, M. Mazziotti; SALERMO, G. M. *Manuale di Diritto Costituzionale*. Padova: [s.n], 2002.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 1980.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1995, vol. 3.
- FRANÇA, R. Limonge. *A Irretroatividade das Leis e o Direito Adquirido*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- FREUD, Sigmund. *Obras Completas*. Rio de Janeiro: Delta, 1953, vol. 10.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- JAPIASSÚ, Hilton e MARCONDES, Danilo. *Dicionário Básico de Filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.
- JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Direitos Adquiridos em Face da Constituição. Proposta de um novo paradigma*. Rio de Janeiro: UGF, 2003 (tese de Doutorado).
- LOPES, Serpa. *Curso de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro, [s.n], 1943, vol. 1.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Direito Intertemporal*. 2. ed., [s.l : s.n], 1955.
- NOGUEIRA, Alberto. *Os Limites da Legalidade Tributária no Estado Democrático de Direito. Fisco x Contribuinte na arena jurídica: ataque e defesa*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

OTERO, Paulo. *Ensaio Sobre o Caso Julgado Inconstitucional*. Lisboa: LEX, 1993.

SACCOMANI, Edda. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Org.). *Dicionário de Política*. vol. 1, 120. ed. Brasília: UNB, 1999.

SIDOU, J.M. Othon. *O Direito Legal: história, interpretação, retroatividade e elaboração das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

ZANGARA, Vincenzo. *Limiti Della Funzione Legislativa Nell' Ordinamento Italiano. Scritti Giuridici in Memoria di V.E. Orlando*. Padova: CEDAM, 1957, vol. 2.

Notas

¹ TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 57.

² DI CELSO, M. Mazziotti; SALERMO, G. M. **Manuale di Diritto Costituzionale**. Padova: 2002, pp. 483-484.

³ Tal dispositivo possui a seguinte redação: "É assegurada a concessão, a qualquer tempo, de aposentadoria aos servidores públicos, bem como pensão aos seus dependentes, que, até a data de publicação desta Emenda, tenham cumprido todos os requisitos para obtenção desses benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente".

⁴ A Súmula nº 359 do c. STF tem a seguinte redação: "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, inclusive a apresentação de requerimento, quando a inatividade for voluntária".

⁵ Cf. FRANÇA, R. Limonge. **A Irretroatividade das Leis e o Direito Adquirido**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, pp. 78, 150 e 207), MAXIMILIANO, Carlos. **Direito Intertemporal**. 2. ed., 1955, p. 122 e LOPES, Serpa. **Curso de Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro, 1943, vol. I, p. 205.

⁶ Durante o voto seguinte, do Ministro Carlos Britto, o Ministro Joaquim Barbosa fez um aparte, renovando o mesmo entendimento acerca das aposentadorias precoces, vindo então a ser aparteado pelo Ministro Marco Aurélio, que sugeriu estar o Ministro Joaquim Barbosa na mesma condição daqueles que acusara de beneficiários de um sistema iníquo e privilegiado. O Ministro Joaquim Barbosa respondeu dizendo que sua aposentadoria precoce também

poderia ter ocorrido se não tivesse sido nomeado para o STF. Resta saber se o Ministro Joaquim Barbosa defenderia a mesma opinião caso tivesse se aposentado antes de sua nomeação para o cargo de Ministro do STF.

⁷ **Dicionário Básico de Filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 267.

⁸ O Ministro Carlos Britto, em voto seguinte, após alguns apartes de outros Ministros, afirmou que “não há espaço para uma geração se sentir oprimida por outra se a nação permanece a mesma [...]”, para em seguida concluir que, “[...] enquanto a Constituição permanecer, tem que ser respeitada sem que haja, no interior dela, essa fricção geracional preocupante”.

⁹ *Apud* BRITO, Miguel Nogueira de. **A Constituição Constituinte**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp. 134 e 147-148. Acerca da justiça entre as gerações: p. 128; do diálogo entre as gerações: p. 449. A vinculação entre as gerações foi objeto do: 1) direito americano, por meio de Jefferson e Paine, no sentido do direito dos vivos contra a autoridade dos mortos; 2) direito inglês, por meio de Burke, no sentido da autoridade dos mortos sobre os direitos dos vivos; 3) direito francês, por meio do art. 28 da Constituição de 1793, que dizia que “uma geração não pode sujeitar às suas leis as gerações futuras” (p. 127-129).

¹⁰ **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pp. 94, 116, 159 e 168 (sobre a lei de colisão), 161-162, 164 e 166-167 (sobre a lei de ponderação e a sua relação com a lei de colisão).

¹¹ Mais à frente, dirá o Ministro Carlos Britto, num aparte ao voto do Ministro Marco Aurélio: “Ainda que se afirme a inexistência de direito adquirido a regime jurídico, não se pode negar esta verdade: há direito adquirido em qualquer regime jurídico, no interior dele”. No voto do Ministro Celso de Mello o mesmo enfoque será renovado, agora pelo voto do Ministro Sepúlveda Pertence no MS nº 23.047-DF: “nem contra a lei ordinária superveniente há direito adquirido a um determinado regime jurídico objetivo, mas apenas a preservação das situações jurídicas subjetivas favoráveis já constituídas, com base nele, por quem haja satisfeito os pressupostos respectivos”.

¹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1995, vol. 3, p. 116.

¹³ A paráfrase “soma de infelicidades” será retomada adiante, no voto do Ministro Marco Aurélio, no mesmo sentido crítico adotado acima. Outra paráfrase será adotada no voto do Ministro Sepúlveda Pertence, porém quanto a uma “soma de maldades” e a uma “soma de desigualdades”, para defender a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 4º da EMC 41.

¹⁴ Vale lembrar, aqui, as opiniões dos Ministros: 1) Carlos Britto, manifestada adiante num aparte ao voto do Ministro Marco Aurélio: “Ainda que se afirme a inexistência de direito adquirido a regime jurídico, não se pode negar

esta verdade: há direito adquirido em qualquer regime jurídico, no interior dele"; 2) Sepúlveda Pertence, no MS nº 23.047-DF, tal como citado no voto do Ministro Celso de Mello: "nem contra a lei ordinária superveniente há direito adquirido a um determinado regime jurídico objetivo, mas apenas a preservação das situações jurídicas subjetivas favoráveis já constituídas, com base nele, por quem haja satisfeito os pressupostos respectivos".

¹⁵ De acordo com Edda Saccomani, "[...] se entende por Fascismo um sistema autoritário de dominação que é caracterizado: pela monopolização da representação política por parte de um partido único de massa, hierarquicamente organizado; por uma ideologia fundada no culto do chefe, na exaltação da coletividade nacional, no desprezo dos valores do individualismo liberal e no ideal da colaboração de classes, em oposição frontal ao socialismo e ao comunismo, dentro de um sistema de tipo corporativo; por objetivos de expansão imperialista, a alcançar em nome da luta das nações pobres contra as potências plutocráticas; pela mobilização das massas e pelo seu enquadramento em organizações tendentes a uma socialização política planejada, funcional ao regime; pelo aniquilamento das oposições, mediante o uso da violência e do terror; por um aparelho de propaganda baseado no controle das informações e dos meios de comunicação de massa; por um crescente dirigismo estatal no âmbito de uma economia que continua a ser, fundamentalmente, de tipo privado; pela tentativa de integrar nas estruturas de controle do partido ou do Estado, de acordo com uma lógica totalitária, a totalidade das relações econômicas, sociais, políticas e culturais" (*In*: BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco (Org.). **Dicionário de Política**. vol. 1, 12. ed., Brasília: UNB, 1999, p. 466).

¹⁶ FREUD, Sigmund. **Obras Completas**. Rio de Janeiro: Delta, 1953, vol. 10, pp. 95-96.

¹⁷ A Súmula nº 359 do c. STF tem a seguinte redação: "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, inclusive a apresentação de requerimento, quando a inatividade for voluntária".

¹⁸ Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *Op. cit.*, p. 57.

¹⁹ *Apud* BARRANCO AVILÉS, María del Carmen. **Derechos y Decisiones Interpretativas**. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2004, pp. 70-71.

²⁰ **A Ciência do Direito**. São Paulo: Atlas, 1980, p. 97. Em boa medida, essa exigência combina com a "ética do discurso" de Jürgen Habermas, segundo a qual a função estabilizadora das expectativas do direito positivo exige também a sua legitimidade, que não pode ser mais auto-referente, de modo que, "[...] no nível pós-tradicional de justificação, só vale como legítimo o direito que

conseguiu aceitação racional por parte de todos os membros do direito, numa conformação discursiva da opinião e da vontade” (**Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, pp. 170-172). Isso significa, de acordo com João Maurício Adeodato, que a legitimidade do direito positivo e das decisões tomadas com base nele depende de consistência e aceitabilidade racionais, adquiridas mediante regras do discurso, como a sinceridade dos participantes, a coerência dos argumentos, a franquia à participação e a liberdade de constrangimentos (**Ética e Retórica**. Para Uma Teoria da Dogmática Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 201).

²¹ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 152 e ss.

²² ZANGARA, Vincenzo. Limiti Della Funzione Legislativa Nell’Ordinamento Italiano. **Scritti Giuridici in Memoria di V.E. Orlando**. Padova: CEDAM, 1957, vol. 2, pp. 604-605.

²³ OTERO, Paulo. **Ensaio Sobre o Caso Julgado Inconstitucional**. Lisboa: LEX, 1993, pp. 60-73.

²⁴ Tal como sugerido por María del Carmen Barranco Avilés (Op. cit., pp. 22, 28 e 87). Outras formas de controle seriam: 1) um incidente de revisão, a ser disciplinado no regimento interno do STF; 2) a revisão acidental em caso de decisões em sede de controle difuso que cheguem ao STF por via de Rext., tendo como base o mesmo texto interpretado, quando: a) a decisão contiver decisão por alternativa aceitável com resultado distinto daquele outrora fixado pelo STF; b) a decisão contiver interpretação da decisão interpretativa declaradamente de acordo com ela, porém acusada de violá-la; 3) diante da volatilidade da composição do STF, os Ministros posteriormente nomeados adotarem entendimento diverso do outrora fixado; 4) eventual mudança da interpretação em caso de sumulação de entendimentos paralelos contidos em precedentes do próprio STF.