

A Inconstitucionalidade da Cobrança de Contribuição Previdenciária do Servidor Inativo da  
União – Lei 9.783/99

**Publicado na Revista dos Tribunais, Junho/1999. RT 764.**

SUMÁRIO: 1. *Do direito à não contribuição* - 2. *Da ofensa aos direitos e garantias fundamentais* - 3. *Constituição e poder reformador* - 4. *Da jurisprudência*.

### 1. DO DIREITO À NÃO CONTRIBUIÇÃO

Deve-se ter em mente que o objetivo do constituinte legislador foi dar aos que vão se aproximando do término da vida um vencimento integral sem descontos, para que possam usufruir totalmente daquilo que recebem *e para o qual contribuíram na atividade*.

A seguridade social é um conjunto de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinados a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, e por sua vez a aposentadoria é corolário de longos anos de serviço e contribuição; e sua fixação não pode ser deixada a livre concorrência, nem ao arbítrio dos que detêm o poder, devendo ser feita segundo a Justiça e equidade. A sobrevivência do aposentado depende de sua aposentadoria, que deve ser suficiente para que ele tenha uma vida digna. Deve, portanto, ser respeitado o direito do servidor aposentado acima do poder arbitrário do estado.

Assim sendo, a lei impugnada cria exação destinada a financiar um benefício para o qual o impetrante, enquanto servidor ativo, contribuiu para receber, revelando claramente que o aposentado está pagando novamente o que já pagou, o que agride o princípio constitucional da Irredutibilidade de salários e de benefícios, como alhures gizamos.

Adotado o entendimento de que o servidor público civil inativo deveria continuar a contribuir para a seguridade social, estaria o mesmo pagando novamente o que anteriormente pagou com a finalidade de gozar da aposentadoria. Isto é, pagar para gozar da aposentadoria e, aposentado, pagar para gozar do benefício.

Finalmente, vale ressaltar que um ato infraconstitucional não pode ferir cláusula *due process of law* que, na lição do mestre Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, consiste nos seus aspectos formal e substancial em:

a) elaboração regular e correta da lei, bem como sua razoabilidade, senso de Justiça e enquadramento nas preceituações constitucionais (*substantive due process of law*, segundo o desdobramento da concepção norte-americana);

*RTIFasc. Civ. Ano 88 v. 764 jun. 1999 p. 88-94*

b) aplicação judicial das normas jurídicas (não só da lei, como tal própria e Estritamente concebida, mas, por igual, de toda e qualquer forma de expressão do direito), através de instrumento hábil à sua interpretação e realização, que é o 'processo' (*judicial process*); e

c) assecuração, neste, de paridade de armas entre as partes, visando à igualdade substancial" (*Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo : Ed. RT, 1993).

Ao Poder Judiciário incumbe, antes de tudo, assegurar o primado dos preceitos Constitucionais, velando pelo cumprimento das limitações impostas ao poder de tributar, não permitindo excessos ou abusos na cobrança **fiscal** e adequando as obras do legislador infraconstitucional à Lei Suprema.

Na assistência social dirigida à previdência, o sistema é mais simples, pois cada um se beneficia de sua própria contribuição. *Já na seguridade social, o sistema se baseia, fundamentalmente, na solidariedade, ou seja, a contribuição de uma parte dos interessados - os ativos - sustenta os benefícios dos demais - os inativos.* O princípio da Solidariedade é, pois, uma técnica necessária para a própria sobrevivência do sistema, como destaca Wladimir Novaes Martinez, para quem:

"No momento da contribuição, é a sociedade quem contribui. No instante da percepção da prestação, é o indivíduo a usufruir. Embora no ato da contribuição seja possível individualizar o contribuinte, não é possível vincular cada uma das contribuições a cada um dos percipientes, pois há um fundo anônimo de recursos e um número determinável de beneficiários" (*Princípios de direito previdenciário*. 3. ed. São Paulo : Ltr, 1995. p. 77).

Aduza-se ainda que, corria a aposentadoria, cessou a relação básica que permitia o pagamento de contribuição para o sistema previdenciário. Acresce-se a isso que *o aposentado, como beneficiário do sistema previdenciário, não pode contribuir para o sustento do sistema previdenciário, face sua condição de credor e não mais de devedor.* Se passasse o aposentado a contribuir para o custeio da previdência, a comutatividade inerente ao referido sistema estaria quebrada.

## 2. DA OFENSA AOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Entre os direitos e garantias individuais está aquele enunciado no art. 5º, XXXVI, da Lei Maior.

"A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada."

Mas note-se que apesar da voracidade do Governo Federal em taxar os servidores, aumentar impostos desordenadamente, promover "feiras políticas" em busca de apoio no Congresso, o constituinte de 1988 soube resguardar esses direitos e garantias individuais. Senão vejamos:

No art. 5º garante-se "aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do *direito à vida*, à liberdade, à igualdade, à *segurança* e à propriedade.

O art. 6º define a "previdência social como direito social" e o art. 194 enuncia que "a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos à saúde, à previdência e à assistência social".

O que a Lei 9.783/1999 tenta fazer é emendar a Constituição de 88 no que não pode ser emendada, inclusive em direitos e garantias individuais inscritos em outros artigos que não

o art. 5º, como bem acentuou o eminente Min. Carlos Velloso do STF ao proferir voto em ação direta de inconstitucionalidade.

"Direitos e garantias individuais não são apenas os que estão inscritos no art. 5º. Não. Esses direitos e essas garantias se espalham pela Constituição. O próprio art. 51. no de seu § 2º estabelece que os direitos e garantias expressos nesta Constituição, não excluem outros decorrentes, do regime e dos princípios por ela adotados, ou tratados internacionais, em que a República Federativa do Brasil seja parte. Sabido, hoje, que a doutrina dos direitos fundamentais não compreende, apenas, direitos e garantias, individuais, mas, também, direitos e garantias sociais, direitos atinentes à nacionalidade e direitos políticos. Este quadro todo compõe a teoria dos direitos fundamentais. Hoje não falamos apenas em direitos individuais, assim de primeira geração. Já falamos de direitos de primeira, de segunda, de terceira e até de quarta geração". Ementário 1.730-10, cit.

Não há pois, como aceitar a redação proposta no art. 1º desta lei, por sua patente inconstitucionalidade na afronta a cláusulas pétreas (art. 60 § 4º, IV e § 2º do art. 5º). Constituição estabelece, em seu art. 60, § 4º, as restrições à capacidade de emendar do Congresso Nacional, das quais ressaltamos o seu inc. IV:

“§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta tendente a abolir:

IV os direitos e garantias individuais".

Considerando as vedações e limites ao poder de reforma do Congresso, como *poder constituinte derivado*, dentro de um quadro de *Constituição rígida como a nossa*, com a imutabilidade dos princípios gerais que norteiam a nossa República, vários aspectos das cláusulas pétreas consignadas no § 4º do art. 60 foram afrontados por esta lei.

A conceituação do direito à seguridade como direito individual, derivada do próprio texto da Constituição, leva-nos, portanto, à forçosa conclusão do seu enquadramento como cláusula pétrea e à impossibilidade de sua remoção do texto por força de lei ou emenda.

Há, destarte, que se prosseguir, no que respeita à reforma da Constituição, a *preservação de seu espírito*, que, ademais, é incompatível com um novo desenho de Estado, que as alterações propostas pretendem impor.

De acordo com o Prof. José Afonso da Silva, “no qualificativo fundamentais achad se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem, no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidas, mas concreta e materialmente efetivados Direitos fundamentais do homem significam direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos humanos fundamentais. É com esse conteúdo que a expressão direitos fundamentais encabeça o Título 11 da Constituição que se completa, como direitos fundamentais da pessoa humana, expressamente, no art. 17” (*Curso de direito constitucional positivo*. 6ª ed. São Paulo. Ed. RT, p. 159).

Por sua vez, como uma das modalidades dos direitos fundamentais do homem, "os direitos sociais são prestações constitucionais positivas estatais, enunciados em normas constitucionais positivas, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais" (José Afonso da Silva, op. cit.).

Mas é preciso convir, antes de mais, que esses direitos não excluem outros, além daqueles constantes dos arts. 5º *et seq.* da CF, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela própria Constituição. Leia-se, a propósito, o disposto no § 2º do art. 5º, que reza: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados..."

O amplo rol de direitos fundamentais, o qual se inscreve nos arts. 5º, 6º, 7º, 8º e 9º da CF, não esgota, pois, o campo constitucional dos direitos fundamentais. A lei que cria nova exceção para os inativos e pensionistas põe de lado um dos princípios fundamentais do Estado de Direito democrático e constitucional, que é *o princípio da segurança jurídica*.

Pode-se dizer, com Gomes Canotilho, que as idéias nucleares da segurança jurídica se desenvolvem em torno de dois conceitos:

"a) estabilidade ou eficácia *ex post* da segurança jurídica: uma vez adotadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, as decisões estatais não devem ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável que a sua alteração se verifique quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes.

b) previsibilidade ou eficácia *ex ante* do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certa calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos atos normativos".

Estes princípios podem formular-se assim: o cidadão deve poder confiar em que aos atos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas. Esses princípios apontam basicamente para:

1. a proibição de leis retroativas;
2. a inalterabilidade do caso julgado;
3. a tendencial irrevogabilidade dos atos administrativos constitutivos de direitos (GOMES CANOTILHO. *Direito constitucional*. p. 363-365).

Conclui-se, de conseguinte, pela inadmissibilidade da contribuição criada, por atentar contra *direitos e garantias inalienáveis*, sem os quais caem por terra os princípios fundamentais enunciados nos artigos inaugurais da Carta de 88, como a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho; e, bem assim, dentre outros, o objetivo da construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

### 3. CONSTITUIÇÃO E PODER REFORMADOR

Para deslinde da questão proposta, do qual, na verdade, dependerá o posicionamento do Poder Judiciário de forma geral, necessário se toma abordar o tema da distinção entre constituinte e poder reformador. Quem esclarece é Otto Bachof em *Normas constitucionais inconstitucionais? (Verfassungswidrige Verfassungsnormen?)*, com tradução para o português pelo Prof. José Manuel Cardoso da Costa, editada pela Livraria Almedina, de Coimbra. *Verbis*:

"Nas Constituições rígidas - que são aquelas que, para sua reforma, exigem formalidades especiais, distintas das seguidas para a elaboração das leis ordinárias a competência para alterá-las pertence a um poder reformador, distinto em sua natureza tanto do poder constituinte, quanto do poder legislativo ordinário.

Se o poder constituinte é limitado, o poder reformador não o é, tendo que se ater, necessariamente, às regras instituídas por aquele. Assim, quando a norma constitucional adventícia, emanada do poder reformador, se dispõe a alterar outra de modo contrário à cláusula de imodificabilidade contida no Diploma Maior, estaremos certamente diante de norma Constitucional inconstitucional, inexistindo em tal afirmação qualquer incongruência, contradição ou impropriedade, como, à primeira vista, pode parecer

Assim têm entendido, na doutrina pátria, entre outros: Nelson de Souza Sampaio, *O poder da reforma constitucional*. Salvador. Livraria Progresso, 1954. p. 44-45 e 92 *et seq.*; José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional - Direito positivo*. São Paulo : Ed. RT, 1989. p. 59-60; Pinto Ferreira. *Princípios de direito constitucional moderno*. S. ed., São Paulo : Ed. RT. v. 1 p. 159.

Em favor de seu entendimento, Carlos Velloso invoca a autoridade do insigne Prof. Caio Mário da Silva Pereira, como se lê:

"Mais na frente do que nós, no sustentar o princípio da oposição do direito adquirido à própria Constituição, e, evidentemente, com muito maior autoridade, fortalecendo, assim, o nosso modesto ponto de vista, encontra-se o exímio Caio Mário da Silva Pereira, quando ensina: 'Em princípio não pode haver nenhum direito oponível à Constituição, que é a fonte primária de todos os direitos e garantias do indivíduo, tanto na esfera publicística quanto na privatística'. "Uma reforma constitucional não pode sofrer restrições com fundamento na idéia genérica do respeito ao direito adquirido. Mas, se é a própria Constituição que consiga o princípio de não-retroatividade, seria uma contradição consigo mesma se assentasse para todo o ordenamento jurídico a idéia do respeito às situações constituídas e, simultaneamente, atentasse contra este conceito. Assim, uma reforma da Constituição que tenha por escopo suprimir uma garantia antes assegurada constitucionalmente (*exempli gratia*, a inamovibilidade e a vitaliciedade dos Juízes) tem efeito imediato, mas não atinge aquela prerrogativa ou aquela garantia, integrada no patrimônio de todos que os gozavam do benefício' (a referida lição de Caio Mário da Silva Pereira está estampada em sua obra *Instituições de direito civil*, Rio de Janeiro : Forense, 1961. v. 1, p. 128)".

A *vexata quaestio* a enfrentar é a seguinte: os direitos e garantias individuais, garantidos pelas chamadas cláusulas pétreas da Constituição (art. 60, § 4.º, IV), são apenas os arrolados nos setenta e sete incisos do seu art. 5º, ou acaso, existem outros, enunciados em dispositivos diversos daqueles?

Tem-se por assente que o elenco do art. 5º da Constituição não é *exaustivo* dos direitos e garantias individuais, até pelo, que dispõe o § 2.º do referido art. 5º:

§2º: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Também o eminente Min. Carlos Mário da Silva Velloso observa, em seu voto, acima transcrito, a respeito do não-exaurimento dos direitos individuais nos setenta e sete incisos do art. 5.º da Constituição (Ementário 1.730-10, cit.).

No mesmo sentido, se manifesta o eminente Min. Ilmar Galvão:

"A nova Carta enumera os direitos e garantias individuais em seu art. 5.º. Fê-lo maneira minuciosa, mas não exaustiva, já que no § 2.º deixou ressalvado que 'os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Repare-se que o texto não fere direitos e garantias expressos no art. 5º, mas na Constituição, querendo significar, portanto, que o mencionado dispositivo não é exaustivo em relação aos direitos expressos na Carta" (Ementário 1.739-10, cit.)".

Tem-se, pois, que os direitos e garantias individuais, protegidos como cláusulas pétreas pelo art. 60, § 4.º, IV, da Constituição, não se exaurem nos 77 incisos do art. 5º, consoante a interpretação corrente que é dada ao § 2º do art. 5º da Lei Maior, como referido *no julgamento da ADIN 939-7* (concessão de medida cautelar) pelo STF.

Relembrando a lição de Caio Mário da Silva Pereira, já invocada, "uma reforma da Constituição que tenha por escopo suprimir uma garantia antes assegurada constitucionalmente (*exempli gratia*, a inamovibilidade e a vitaliciedade dos Juízes) tem efeito imediato, mas não atinge aquela prerrogativa ou aquela garantia, integrada no patrimônio de todos que gozavam o benefício" (op. loc. cit.).

#### 4. DA JURISPRUDÊNCIA

Farta é a jurisprudência pátria, no que concerne a contribuição do inativo, sendo pacífico o entendimento dos Tribunais de que o servidor inativo não deve ser onerado com a obrigação de contribuir para previdência social, tendo o E. Supremo Tribunal, nesse sentido decidido na ADin 1.433-IIGO, rei. Min, Ilmar Galvão.

Ademais, a nova exação fere também o Princípio Constitucional da *Irredutibilidade dos vencimentos e proventos*, que, com a aplicação da famigerada lei serão reduzidos em 20% em média, Nesse sentido, é a dicção do Excelso Pretório:

"RMS-22307/DF ~ Recurso de Mandado de Segurança, rei. Min. Marco Aurélio, publicação DJ 13.06.1997, p. 26.722, Ement. v. 01873-03, p. 458, j. 19.02.1997 - Tribunal Pleno.

Revisão de Vencimentos- Isonomia. "A revisão geral de remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares, far-se-á sempre na mesma data' - inc. X - *sendo irredutíveis, sob o ângulo não simplesmente da forma (valor nominal), mas real (poder aquisitivo)*, os vencimentos dos servidores públicos civis e militares - inc. XV, ambos do art. 37, da CF" (grifamos).

Desta forma, *data vênia* daqueles que admitem a criação da Contribuição Social ou Previdenciária a ser suportada pelos servidores inativos, deve-se sempre considerar que, para a própria segurança jurídica e garantia do Judiciário, sobretudo do Estado Democrático de

Direito, tal exação acaso devida *deve ser para aqueles que se aposentarem após a sua criação*, jamais onerando aqueles que se aposentaram na ausência de tal obrigação tributária. *Ex positis*, pode-se concluir sem um maior esforço que a Lei 9.783/99 ameaça lesar direito líquido e certo dos servidores inativos, ferindo de uma só vez os arts. 5.º, XXXVI; 67; 40, §§ 4.º e 6.º; 60, § 4.º; 195, 11 e § 6.º; e 194, IV, da CF.

Marcelo Maciel Avila, Advogado Administrativo/Constitucional no Rio de Janeiro. Pós Graduando em Direito Administrativo e Administração Pública pela Universidade Estácio de Sá-RJ