

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

RENATA DE FIGUEIREDO SANTOS

**FATOR PREVIDENCIÁRIO FRENTE AO PRINCÍPIO
CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA**

FORTALEZA

2009

RENATA DE FIGUEIREDO SANTOS

**O FATOR PREVIDENCIÁRIO FRENTE AO PRINCÍPIO
CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA**

Monografia submetida à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Emmanuel Teófilo Furtado

FORTALEZA

2009

RENATA DE FIGUEIREDO SANTOS

**FATOR PREVIDENCIÁRIO FRENTE AO PRINCÍPIO
CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA**

Monografia submetida à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Doutor Emmanuel Teófilo Furtado

Aprovada em: __/__/__.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dt. Emmanuel Teófilo Furtado (Orientador)

Universidade Federal do Ceará - UFC

Prof. Ms. André Studart Leitão

Universidade Federal do Ceará - UFC

Prof. Júlio Carlos Sampaio Neto

Universidade Federal do Ceará – UFC

AGRADECIMENTOS

À Deus,
por sempre me iluminar.

À minha mãe,
exemplo de força e coragem, que sempre me inspira a ser o meu melhor, doando-me conselhos, carinhos e amor durante toda minha vida.

Ao meu pai,
modelo de perseverança, coragem e criatividade, sempre me impulsionando a seguir em frente de cabeça erguida, em qualquer situação.

À minha irmã Carol,
que mesmo à distância soube ser presente, me dando apoio incondicional, carinho e amor, vibrando comigo em todas as minhas conquistas.

À minha irmã Rafaela,
que apesar do jeito reservado soube mostrar compreensão, amizade e respeito.

Às minhas amigas da faculdade
por tornarem meus anos acadêmicos bem mais divertidos.

A todas as pessoas,
que, direta ou indiretamente, contribuíram para a realização desta monografia.

RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade precípua promover um estudo sobre o fator previdenciário, introduzido pela Lei nº 9.876/99, abordando seu conceito, aplicação e consequências para os segurados. Busca-se também verificar, em âmbito constitucional e infraconstitucional, o conceito de isonomia, como ela deve ser interpretada e aplicada na prática. Feitas essas importantes considerações, parte-se para o objetivo maior do presente estudo, analisar a constitucionalidade do fator previdenciário à luz do princípio da isonomia – um dos pilares em que se funda o Estado Democrático de Direito. A partir de uma visão crítica da Lei instituidora do fator previdenciário, amparado em farta doutrina e jurisprudência, busca-se demonstrar a nítida afronta à isonomia provocada pela introdução de critérios para cálculo dos benefícios não previstos constitucionalmente e que geram tratamento desigual para indivíduos que se encontram em mesma situação

Palavras-Chave: Previdência Social. Fator previdenciário. Princípio constitucional da isonomia.

ABSTRACT

This work has the main objective to promote the study on the social welfare factor, introduced by the Law n. 9.876/99, addressing its concept, implementation, and consequences for the insured ones. It also sought to identify, in a constitutional and infraconstitutional approach, the concept of equality, as it should be interpreted and applied in practice. These important considerations made, it is the main purpose of this study to analyze the constitutionality of the social welfare factor under the principle of equality – one of the pillars on which the Democratic State of Law is founded. From a critical view of the Law which settled the social welfare factor, supported by extensive doctrine and jurisprudence, it tries to demonstrate the clear affront to the principle of equality introduced by the calculation of benefits criteria non-constitutionally foreseen which generates unequal treatment for the individuals who are found in the same situation.

Keywords: Social Welfare. Social Welfare factor. Constitutional principle of equality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1. PREVIDÊNCIA E SEGURIDADE SOCIAL	12
1.1. Conceito de seguridade social	13
1.1.1 Saúde	14
1.1.2. Assistência social.....	16
1.1.3. Previdência social	17
1.2. Evolução histórica	19
1.2.1. Evolução no mundo	20
1.2.2. Evolução no Brasil	22
1.3. Princípios da seguridade social	25
1.3.1 Princípio da solidariedade	26
1.3.2. Princípio da universalidade da cobertura e do atendimento	27
1.3.3. Princípio da uniformidade e equivalência de benefícios e serviços entre as populações urbanas e rurais	28
1.3.4. Princípio da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços... ..	28
1.3.5. Princípio da irredutibilidade dos valores dos benefícios	29
1.3.6. Princípio da equidade na forma de participação do custeio.	30
1.3.7. Princípio da diversidade da base de financiamento.....	31
1.3.8. Princípio do caráter democrático e descentralizado da administração	31
2. NOÇÕES BÁSICAS ACERCA DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL	33
2.1. Conceito	33
2.2. Beneficiários	34
2.3. Benefícios	36
2.3.1. Aposentadoria por tempo de contribuição.....	37
3. FATOR PREVIDENCIÁRIO	40
3.1 Conceito	41
3.2. Aplicação	43

3.3. Consequências	45
4. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA	50
4.1. Isonomia formal e isonomia material	51
4.2. Aplicação do princípio da isonomia	56
5. FATOR PREVIDENCIÁRIO FRENTEAO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA	56
5.1. Exame da constitucionalidade do fator previdenciário frente ao princípio constitucional da isonomia	57
5.2. Posicionamento do Judiciário	60
5.3. O projeto de lei n. 3299/08	63
CONCLUSÃO.....	65
REFERÊNCIAS	67

INTRODUÇÃO

Em sua redação original, a Constituição Federal de 1988 estabelecia, no artigo 202, o critério de cálculo das aposentadorias do Regime Geral de Previdência Social. Conforme preceituava o Diploma Maior, o benefício deveria ser calculado sobre a média dos últimos trinta e seis salários-de-contribuição do segurado, devidamente corrigidos monetariamente. Coube à Lei nº 8.213/1991 a regulamentação do dispositivo constitucional, dispondo sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social.

Objetivando equilibrar as contas da Previdência, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 20/1998, cujo projeto foi encaminhado ao Congresso Nacional pelo Chefe do Executivo à época. Com a aprovação da referida emenda, operou-se a supressão da norma constitucional que estabelecia o cálculo dos benefícios previdenciários. Dessa forma, relegou-se à lei infraconstitucional a regulamentação da matéria, conferindo ao legislador ordinário capacidade de atuação na determinação do critério para os cálculos dos benefícios, desde que obedecidas as regras e princípios trazidos pela Constituição Federal.

Com o advento da Lei nº 9.876/1999 operacionalizou-se novo critério para o cálculo das contribuições dos segurados do RGPS, perfectibilizando, derradeiramente, a Reforma da Previdência idealizada pelos detentores do poder à época, promovendo mudanças aptas a realizar o saneamento do déficit em que se encontrava a Previdência Social, em detrimento de soluções que melhor atendessem aos interesses jurídicos e sociais.

Foi nesse contexto que surgiu o fator previdenciário, um coeficiente atuarial que tem como objetivo devolver ao segurado as contribuições pagas, distribuídas ao longo da vida do aposentado. Trata-se de inclusão de regra visando manter o equilíbrio financeiro e atuarial, disposto no art. 201, *caput* da Constituição Federal de 1988.

Nesse diapasão, a base de cálculo das aposentadorias por tempo de contribuição (antiga aposentadoria por tempo de serviço) e por idade, deve corresponder à média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondente a 80% de todo o período contributivo, multiplicada pelo fator previdenciário. Este fator é calculado levando em conta três variáveis pessoais: a idade, expectativa de vida e o tempo de contribuição do segurado.

Ao introduzir critério de cálculo não previsto na Constituição, causando diferenciações entre aposentados que se encontram na mesma situação, a Lei nº 9.876/99 provocou profunda polêmica no meio jurídico, como também entre diversos setores da sociedade, afetando diretamente brasileiros das mais variadas classes sociais, o que demonstra a relevância de se estudar o referido instituto.

Diante dessas considerações, o presente trabalho tem como objetivo geral analisar, amparando-se no princípio constitucional da isonomia, bem como nos princípios orientadores da Previdência Social, a constitucionalidade do fator previdenciário. Como objetivos específicos, tem-se: (a) análise do conceito de fator previdenciário, suas variáveis, como se aplica ao cálculo dos benefícios do RGPS e quais suas consequências para o aposentado; e (b) estudar, em âmbito constitucional e infraconstitucional, o conceito de isonomia, como interpretá-la e identificar sua aplicação prática.

Para tanto, no primeiro capítulo, busca-se tecer comentários acerca da Seguridade e da Previdência Social, esclarecendo tais institutos, identificando e caracterizando os componentes da seguridade, bem como a evolução histórica da tutela previdenciária ao longo do tempo. Faz-se, ainda, uma breve explanação acerca dos princípios norteadores da Seguridade Social.

O segundo capítulo busca conferir noções básicas a respeito do Regime de Previdência Social, não possuindo o interesse de provocar o esgotamento do tema, mas tão-somente o esclarecimento acerca de assuntos de alguma forma relacionados ao fator previdenciário.

No terceiro capítulo procura-se realizar um estudo mais aprofundado do fator previdenciário, analisando seu conceito, forma de cálculo, aplicação e consequências, e de que forma ele prejudica os aposentados por tempo de contribuição.

O quarto capítulo destina-se a promover um estudo sobre o princípio constitucional da isonomia, estabelecendo suas diretrizes gerais e forma de interpretação, de forma que nem toda discriminação possa ser considerada válida em âmbito constitucional.

Por fim, no quinto capítulo realiza-se o confronto entre fator previdenciário e princípio da isonomia, de forma a analisar se efetivamente há inconstitucionalidade na

aplicação do fator, qual tem sido o posicionamento do Judiciário sobre o assunto, bem como as possibilidades de alteração de acordo com o PL 3299/08.

1. PREVIDÊNCIA E SEGURIDADE SOCIAL

O atual Estado Democrático de Direito, acolhido pela Constituição vigente como “conceito-chave do regime adotado”¹, promoveu a superação do Estado absenteísta, incapaz de promover a tarefa igualitária e distributivista, sem a qual se tornaria inócua a democracia, a liberdade e a justiça social. Dessa forma, surge uma nova concepção da função social do Estado, fundamentada em uma política nitidamente intervencionista, possibilitando a criação de condições materiais para se garantir o exercício dos direitos fundamentais.

Os direitos sociais, classificados doutrinariamente² em direitos fundamentais de segunda geração, compreendem verdadeiras liberdades positivas, imprescindíveis e de obrigatória observância por parte de um Estado Social. Assim, a garantia de tais direitos manifestar-se-á através de prestações conferidas pelo Estado, seja direta ou indiretamente, no intuito de atender às necessidades de indivíduos que se encontram em situações de desigualdade, passíveis de se tornarem incapazes de se proverem em determinados aspectos de sua vida.

A partir da própria disposição do texto constitucional, é possível classificar os direitos sociais em seis classes³: (a) direitos sociais relativos ao trabalhador; (b) direitos sociais relativos à seguridade; (c) direitos sociais relativos à educação e cultura; (d) direitos sociais relativos à moradia; (e) direitos sociais relativos à família, criança, adolescente e idoso; (f) direitos sociais relativos ao meio ambiente.

Em virtude da temática a que se propõe o presente estudo, faz-se necessário tecer maiores comentários no que diz respeito ao direito da seguridade social, gênero no qual se insere a espécie previdência social, determinando seu conceito e evolução no direito estrangeiro e no direito pátrio, bem como os princípios norteadores de tal instituto.

1 SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 310.

2 CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de direito previdenciário. São Paulo: LTR, 2005, p. 39.

3 SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 310.

1.1. Conceito de Seguridade Social

A seguridade social compreende um conjunto de ações empreendidas pelo Estado, em conjunto com a sociedade, visando à proteção dos direitos à Previdência Social, Assistência Social e Saúde. Surgiu como uma necessidade de se atender às demandas básicas da população frente às contingências da vida, tornando-se um meio de efetiva implementação dos objetivos da República Federativa do Brasil, mormente a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais. Nesse sentido, manifesta-se Sérgio Pinto Martins⁴:

“Seguridade social é um conjunto de princípios, de regras e de instituições destinado a estabelecer um sistema de proteção social aos indivíduos contra contingências que os impeçam de prover as suas necessidades pessoais básicas e de suas famílias, integrado por ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, visando assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

O termo seguridade social surgiu com a Constituição de 1988, tendo recebido críticas ferrenhas, visto que o termo mais adequado seria segurança, e não seguridade. A despeito da discussão da terminologia que melhor conviesse aos anseios do Estado Social, que começava a se firmar o Brasil, o fato é que a Constituição Cidadã rompeu o silêncio que havia na Carta de 1967, a qual reservara para a temática da seguridade social não mais do que um artigo, o qual condensava os direitos trabalhistas e previdenciários.

Nesse diapasão, o constituinte destinou um capítulo para a Seguridade Social, insculpido no Título VII, que trata da Ordem Social, revelando a amplitude desse sistema dentro do ordenamento jurídico brasileiro. A base constitucional do título em referência encontra-se no artigo 193, que assim dispõe: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.

Inegável, portanto, a importância dada pelo constituinte à implementação de um efetivo Estado Social de Direito, influenciado, sem dúvida, pelo princípio da solidariedade. Por esta razão, não obstante ser usualmente classificada como direito de segunda geração,

⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da Seguridade Social. São Paulo: Atlas, 2007, p.15.

muitos doutrinadores defendem ser a seguridade social verdadeiro direito de terceira geração, vez que por materializar de modo mais evidente a solidariedade do sistema protetivo na atualidade, deve ser necessariamente inserido na terceira geração ⁵.

A seguridade social encontra-se positivada na vigente Constituição nos artigos 194 a 204, dentro dos quais se delineiam princípios norteadores, objetivos, financiamento do sistema, bem como a divisão do gênero seguridade social em três espécies. Assim é que o art. 194 dispõe: “A seguridade social compreende um conjunto de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

Dessa forma, pode-se afirmar que a Constituição trouxe em seu bojo as premissas básicas da seguridade social, a fim de consolidar as bases sobre as quais se ergueu um novo ramo protetivo, de maior abrangência e importância que nas constituições brasileiras anteriores. Assim, formou-se um sistema composto de três ramos distintos: saúde, previdência e assistência social.

1.1.1 Saúde

Conforme preceitua o art. 196 da Constituição Federal de 1988, a saúde é direito de todos e dever do Estado, devendo ser implementada mediante políticas capazes de promover a redução do risco doença e outros agravos, estabelecendo o acesso universal e igualitário para todos os membros da sociedade. No entender de J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira⁶, o direito à saúde possui duas vertentes, quais sejam:

“Uma, de natureza negativa, que consiste no direito a exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenha de qualquer acto que prejudique a saúde; outra, de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando à prevenção das doenças e tratamento delas”.

⁵ IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de direito previdenciário. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p.06.

⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes, e Moreira, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p.342.

As condições para a efetiva implementação de ações e serviços de saúde, bem como as normas de sua organização e funcionamento, encontram-se regulamentadas na Lei nº 8.080/90. Tal legislação instituiu o Sistema Único de Saúde (SUS), de responsabilidade direta do Ministério da Saúde, sendo o meio pelo qual o Poder Público atua no atendimento de todos aqueles que necessitam de proteção nesta espécie do gênero seguridade social, não havendo qualquer restrição quanto aos que devem ser amparados, visto que todo indivíduo tem direito à tutela por parte do Estado quanto à saúde.

O artigo 198 da Constituição Federal, ao dispor sobre o Sistema Único de Saúde, estabelece suas diretrizes:

- I- descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II- atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III- participação da comunidade.

Não obstante a criação do SUS, integrado por uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços, a Constituição permitiu também a assistência à saúde pela iniciativa privada, em caráter supletivo. Dessa forma, as instituições privadas poderão participar, de forma complementar, do Sistema Único de Saúde, conforme diretrizes deste.

A participação de entidades privadas dar-se-á de através de um contrato de direito público ou um convênio, sendo vedada, porém, a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com objetivo de lucro, conforme inteligência do art. 199 da CF/88. Percebe-se, assim, que a Constituição não veda a criação de instituições privadas com finalidade de lucro na área da saúde, a menos que a empresa ou o capital sejam estrangeiros, caso em que há proibição expressa de participação nos serviços de saúde, salvo exceções previstas em lei. Nos demais casos, a norma constitucional apenas proíbe o aporte de recursos públicos.

1.1.2. Assistência Social

Nos termos do artigo 203 da Lei Maior, a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição para a Previdência Social, constituindo a face universalizante da seguridade social⁷. Naturalmente, o indivíduo que possui recursos para a sua manutenção não será o destinatário de políticas públicas na área assistencial. Dessa forma, o requisito para o auxílio é a própria necessidade do assistido. Wladimir Novaes Martins⁸ assim define esse ramo da seguridade social:

"Assistência social é um conjunto de atividades particulares e estatais direcionadas para o atendimento dos hipossuficientes, consistindo os bens oferecidos em pequenos benefícios em dinheiro, assistência à saúde, fornecimento de alimentos e outras pequenas prestações. Não só complementa os serviços da Previdência Social, como a amplia, em razão da natureza da clientela e das necessidades providas".

O segmento assistencial da seguridade social possui como propósito maior preencher as lacunas deixadas pela previdência social⁹, já que está, conforme se explicitará, não se estende a todos os indivíduos, indistintamente, mas tão somente àqueles que contribuem para o sistema, bem como os dependentes destes.

A regulamentação da assistência social veio com o advento da Lei nº 8.742/93, que elenca como objetivo primordiais do assistencialismo estatal: a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; o amparo às crianças e adolescentes carentes; a promoção da integração ao mercado de trabalho; a habilitação e a reabilitação de pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária e a garantia de 1 (um) salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

⁷ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 310.

⁸ MARTINEZ, Wladimir Novaes. A seguridade social na Constituição Federal. São Paulo: LTR, 1992, p.99.

⁹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de direito previdenciário. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p.06.

1.1.3. Previdência Social

A previdência social pode ser definida como o seguro coletivo, de caráter contributivo e filiação obrigatória, devendo sempre observar critérios aptos a preservar o equilíbrio financeiro e atuarial (inteligência do art. 201 da CFRB/88). Trata-se de ramo da seguridade social que tem por objeto contingências bastante específicas: aquelas que atingem o trabalhador¹⁰.

Dessa forma, a previdência social consiste em uma técnica de proteção que busca debelar as necessidades sociais provenientes de quaisquer eventos passíveis de causar diminuição ou mesmo a eliminação da capacidade de auto-sustento do trabalhador e de seus dependentes. Nesse sentido manifesta-se Castro e Lazzari¹¹, ao definir a espécie do gênero seguridade social ora em comento:

“A previdência social é, portanto, o ramo da atuação estatal que visa à proteção de todo indivíduo ocupado numa atividade laborativa remunerada, para proteção dos riscos decorrentes da perda ou redução, permanente ou temporária, das condições de obter seu próprio sustento”.

Um traço distintivo da previdência social em relação às demais espécies do gênero seguridade social é o fato de assumir um caráter de seguro obrigatório. Assim, por se tratar de seguro, é necessária a participação direta do protegido para o financiamento das ações no campo previdenciário, mediante o pagamento da contribuição – o que corresponde ao prêmio no seguro privado.

Em virtude da obrigatoriedade da contribuição, Fábio Ibrahim Zambitte¹² classificou o sistema previdenciário em espécie de seguro *sui generis*, visto que escaparia da configuração do seguro tradicional, exatamente por seu caráter compulsório. A semelhança entre os dois se dá pelo fato de que na previdência social, assim como nas relações de seguro

¹⁰ DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO; José Leandro Monteiro de. Curso de direito previdenciário. São Paulo: Método, 2008, p 27.

¹¹ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de direito previdenciário. São Paulo: LTR, 2005, p. 39.

¹² IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de direito previdenciário. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 15.

privadas, a clientela protegida verte contribuições com o intuito de resguardar-se contra alguns eventos.

Entretanto, enquanto a natureza do seguro privado é contratual, dependente, portanto, da vontade das partes, a previdência social possui caráter legal, visto que toda a sua regulamentação está contida em lei própria, não restando espaço para acordo de vontade entre as partes. Nesse sentido, manifesta-se Armando de Oliveira Assis¹³:

“Os vínculos jurídicos entre segurado e instituição seguradora, no seguro social, se estabelecem automaticamente, por força de lei, donde afirmar-se que se trata de um seguro legal, e não contratual, como se dá no seguro privado. Isto não quer dizer, é claro, que não haja direitos e obrigações recíprocas no seguro social; apenas, eles são estatuídos expressamente na própria lei”.

Portanto, a natureza da relação jurídica previdenciária pode ser definida como institucional ou mesmo estatutária, visto que o Estado, por meio de lei, utiliza-se de sua prerrogativa imperativa, criando a vinculação automática ao sistema previdenciário, quer o beneficiário queira ou não. Essa obrigatoriedade de filiação é norma de ordem pública, não admitindo que o segurado alegue não ter interesse em ingressar no sistema. Assim, qualquer pessoa, nacional ou não, que venha a exercer atividade remunerada em território brasileiro, filia-se, automaticamente ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS), estando obrigada a efetuar recolhimento ao sistema previdenciário¹⁴.

A característica da compulsoriedade previdenciária encontra respaldo na idéia de socialização das adversidades, havendo distribuição dos riscos por igual, evitando-se, assim, o desamparo da vítima. Dessa forma, o dano sofrido ao trabalhador deixa de ser uma adversidade de cunho individual e passa a ser um problema de toda a sociedade.

Importante ressaltar que, não obstante a relação previdenciária apresentar como característica a obrigatoriedade de participação no seguro social, indivíduos não enquadrados

¹³ ASSIS, Armando de Oliveira. *Compêndio de seguro social*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1975, p. 64.

¹⁴ A exceção à essa regra se dá nos casos de pessoas já vinculadas a regimes próprios de previdência, como é o caso dos militares e alguns servidores públicos. Entretanto, caso o militar ou o servidor público venha a exercer atividade remunerada que não seja abrangida pelo regime próprio de previdência, ele se filiara normalmente ao RGPS, devendo contribuir normalmente.

na qualidade de trabalhador-segurado podem aderir ao regime geral de previdência mediante retribuição.

No Brasil, o sistema previdenciário possui três regimes distintos: Regimes Próprios de Previdência, Regime Complementar de Previdência e Regime Geral de Previdência Social. Tendo em vista a importância deste último para o presente estudo, teceremos maiores comentários acerca de tal regime previdenciário em momento oportuno.

Concluindo, é possível definir a previdência social a partir das seguintes características: a) debelar necessidades sociais oriundas de contingências capazes de eliminar ou diminuir a capacidade de sustento do trabalhador e seus dependentes; b) a proteção é conferida pelo Estado, c) sendo a técnica de proteção a do seguro obrigatório, estatuído legalmente, exigindo-se a participação direta e compulsória do protegido no seu custeio¹⁵.

1.2. Evolução histórica

A preocupação com os dias vindouros sempre esteve presente na humanidade, desde os mais remotos tempos. Assim, seja domesticando animais para o posterior abate, cultivando plantas para colheita futura ou mesmo armazenando água e alimentos para os próximos dias, o fato é que o homem age no presente pensando nas contingências do amanhã¹⁶.

Inicialmente, o auxílio contra as intempéries da vida era fornecido basicamente por contratos de seguro de natureza privada, prevalecendo, assim, o conceito de autoproteção. O caráter de solidariedade podia ser dividido tão somente entre grupos comuns, principalmente o núcleo familiar. O Estado, até então, nada poderia fazer em prol do trabalhador.

A fim de se compreender os diversos institutos securitários que existem na atualidade, bem como para se ter um melhor entendimento da progressão da proteção social,

¹⁵ DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO; José Leandro Monteiro de. Curso de direito previdenciário. São Paulo: Método, 2008, p 36

¹⁶ DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO; José Leandro Monteiro de. *Id.*, p 27.

com sua completude assumida no decorrer do tempo, faz-se necessário uma breve retrospectiva histórica sobre a evolução da seguridade social no Brasil e no mundo.

1.2.1 Evolução no mundo

As primeiras normas de cunho protetivo possuíam natureza eminentemente assistencial. Nesse sentido, a Inglaterra editou o *Poor Relief Act* (Lei dos Pobres), em 1601, instituindo uma contribuição obrigatória, arrecadada pelo Estado para fins de auxílio dos necessitados, sendo considerado o marco inicial relativo à assistência social.

Entretanto, o primeiro ordenamento legal a tratar do assunto com maior propriedade, servindo de base para futuras legislações de seguridade social, ocorreu na Alemanha, em 1883. O então chanceler, Otto Von Bismarck conseguiu a aprovação no parlamento do seguro-doença. Posteriormente, foram aprovados também os projetos de seguro de acidente de trabalho (1884) e seguro de invalidez e velhice (1889).

As leis previdenciárias surgidas na Alemanha constituíram o embrião da proteção por parte do Estado, sendo este responsável pela organização e gestão de benefícios. Para tanto, arrecadava contribuições por parte dos participantes do sistema securitário, deixando, assim, entrever duas características dos sistemas previdenciários da atualidade: a obrigatoriedade das contribuições e compulsoriedade de filiação, conforme assevera Zambitte¹⁷:

“Neste momento, tem-se o nascimento da prestação previdenciária como **direito público do segurado**. A partir do instante em que o Estado determina o pagamento compulsório de contribuições para o custeio de um sistema protetivo, o segurado pode exigir, a partir da ocorrência do evento determinante o pagamento de seu benefício, não sendo lícito ao Estado alegar dificuldades financeiras para elidir-se a esta obrigação”.

Todavia, a primeira constituição a incluir dispositivos de seguridade social foi a

¹⁷ IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de direito previdenciário. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 25.

do México, de 1917, seguida pela Constituição Alemã de Weimar, de 1919. Esta trouxe diversas normas relativas à previdência, abrangendo número cada vez maior de indivíduos.

Com o a crise de 1929, o então presidente dos Estados Unidos, Franklin Roosevelt, instituiu o *New Deal*, uma série de programas objetivando a recuperação econômica do país, promovendo a assistência dos atingidos pela crise, em especial os idosos e desempregados. Surgia, portanto, uma nova perspectiva do papel do Estado na sociedade, firmando-se, assim, a doutrina do Estado do bem-estar social (*Welfare State*). Em 1935, foi instituído o *Social Security Act*, destinado a ajudar os idosos e a estimular o consumo, garantindo-se, também o seguro-desemprego.

O ponto mais importante do período de evolução da seguridade social consiste no chamado *Plano Beveridge*, desenvolvido na Inglaterra, em 1942. Este plano é o que marca a estrutura da seguridade social moderna, com a participação universal de todas as categorias de trabalhadores e cobrança compulsória de contribuições para financiar as três áreas da seguridade: saúde, previdência e assistência social¹⁸.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, trouxe, entre seus dispositivos relativos a direitos fundamentais da pessoa humana, a proteção previdenciária. O art. 25, inciso II do citado diploma determina que:

"Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar social, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança no caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle".

Impende destacar também a Convenção 102 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), aprovada em Genebra, em 1952, a qual dispôs sobre seguridade social, definindo-a como uma proteção a ser proporcionada aos membros de uma sociedade, através de políticas públicas aptas a combater as privações econômicas e sociais que possam diminuir ou reduzir a subsistência do indivíduo, como enfermidade, maternidade, desemprego, invalidez, velhice. A Convenção dispôs também acerca da proteção em forma de assistência médica e ajuda às famílias que possuem filhos menores.

¹⁸ KERTZMAN, Ivan. Curso prático de direito previdenciário. Salvador: Podivm, 2007, p. 38.

Válido ressaltar os pactos realizados entre os países na defesa da seguridade social, entre os quais, podemos enumerar: Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966); Protocolo de São Salvador (1988) e Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica – 1969).

Atualmente, vem se observando nos países a substituição da política de participação efetiva do Estado por um sistema organizado sem a proteção estatal, como é o caso de Chile, um dos primeiros países a utilizar o sistema previdenciário privado, servindo de influência para reformas previdenciárias em outros países da América Latina, como Argentina, Peru, Colômbia, dentre outros.

1.2.2 Evolução no Brasil

A seguridade social no Brasil teve início com a organização privada e voluntária, evoluindo para uma participação estatal cada vez mais contundente. Assim, o Estado foi se apropriando do sistema de proteção através de políticas intervencionistas.

As mais antigas entidades criadas pelo Estado para atuar no ramo da seguridade social remontam ao período colonial, mais especificamente ao ano de 1543, quando foram criadas as primeiras “santas casas de misericórdia”. Tais instituições prestavam serviços de nítida natureza assistencialista.

Ainda dentro do período mutualista antes da influência da Lei de Bismarck, digno de menção o MONGERAL – Montepio Geral dos Servidores do Estado, criado em 1553, sendo a primeira entidade de previdência privada do país.

A Constituição de 1891 foi a primeira a trazer em seu bojo a expressão “aposentadoria”, sendo esta devida apenas a servidores públicos, em caso de invalidez permanente. Os demais trabalhadores foram excluídos de qualquer medida protetiva, razão pela qual a referida constituição não pôde ser considerada um marco previdenciário no mundo, como o foi a Constituição Mexicana de 1917.

O Decreto-legislativo nº 3.724/19 instituiu o seguro obrigatório por acidente de trabalho no Brasil. Segundo tal legislação, seria responsabilidade do empregador custear

indenização para seus empregados em caso de acidentes, excetuando-se os casos de força maior, dolo da própria vítima ou de estranhos.

Para maior parte da doutrina, o grande marco da previdência social brasileira teria ocorrido com a edição da Lei Eloy Chaves (Decreto-Legislativo nº 4.682/23), a qual criou as Caixas de Aposentadoria e Pensão (CAP's) para os empregados ferroviários, mediante contribuição dos mesmos, dos empregadores e do Estado. Assim, os empregados teriam assegurada aposentadoria para si e pensão para os dependentes.

Com a instituição das CAP's para os empregados ferroviários, a Lei Eloy Chaves abriu espaço para que demais classes de trabalhadores demandassem do Estado providências semelhantes para sua categoria. Nesse sentido, a Lei nº 5.109/26 estendeu os direitos trazidos pela Eloy Chaves aos portuários e marítimos. Da mesma forma, com a edição da Lei nº 5.485/28, o direito passou também a ser também aplicado aos empregados de empresas prestadoras de serviço telegráfico e radiográfico.

Com a revolução de 30, a qual levou ao poder Getúlio Vargas, houve efetiva reforma nas legislações previdenciárias e trabalhistas até então vigentes. Nesse período, foi criado o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, que passou a ser o responsável pela organização e regulamentação da previdência social brasileira.

Importante feito ocorrido no governo Vargas, ainda na década de 30, foi a extinção das CAP's até então existentes, para a formação de Institutos de Aposentadoria e Pensão – IAP's. A grande diferença entre os dois residia no fato de que a CAP's era organizada por empresas, ao passo que os IAP's eram organizados por categoria profissional. Isso permitiu uma maior consistência no sistema previdenciário, visto que aumentou consideravelmente o número de segurados. Ademais, permitiu também maior intervenção estatal na área, pois o controle público tornou-se mais contundente, já que os institutos possuíam natureza autárquica, estando subordinados diretamente à União, mais especificamente ao Ministério do Trabalho.

A Constituição de 1934 foi a primeira a estabelecer a tríplice forma de custeio, com contribuição do Governo, do empregador e do empregado. Na Lei Maior de 1937 não se viu grandes inovações na temática da seguridade social, a não ser o uso do termo “seguro social”, como sinônimo de previdência social.

Na Constituição de 1946 foi utilizada a expressão “previdência social”, sendo garantido pelo constituinte a proteção aos eventos doença, invalidez, velhice e morte. Foi na vigência do referido diploma legal que entrou em vigor a Lei nº 3.807/60, a qual unificou toda a legislação previdenciária, ficando conhecida como Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS). Tratava-se do primeiro passo para a unificação efetiva dos IAP’s, tendo em vista o alto custo despendido pelo Estado com a manutenção de diversos institutos, que tinham exatamente a mesma função, só que voltados para categorias diferentes.

A efetiva unificação dos IAP’s, porém, só ocorreu em 1966, com a entrada em vigor do Decreto-Lei nº 72, de 21/11/1966, o qual instituiu o INPS – Instituto Nacional da Previdência Social, com personalidade jurídica de natureza autárquica. Consolidava-se, assim, o sistema previdenciário brasileiro.

Com a Lei 6.439/77, instituiu-se o SINPA – Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social, sendo este sistema responsável pela organização, gerenciamento e integração dos setores de previdência, assistência social e saúde das entidades ligadas ao Ministério da Previdência e Assistência Social. O SINPA compreendia sete órgãos: a) Instituto Nacional de Previdência Social (INPS); b) Instituto de Administração Financeira da Previdência Social (IAPAS); c) Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS); d) Fundação Legião Brasileira de Assistência (LBA); e) Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM); f) Central de Medicamentos (CEME); e g) Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social (DATAPREV).

A Constituição de 1988 foi a primeira a tratar da Seguridade Social como um conjunto de ações a serem implementadas pelo Estado, em conjunto com a sociedade, nas áreas de Saúde, Previdência e Assistência Social, revelando a influência do Estado de bem-social incorporada pelo constituinte brasileiro, efetivamente empenhado em solidificar um Estado Social.

Posteriormente, a Lei nº 8.029/90 extinguiu o SINPAS, bem como a LBA, a FUNABEM e a CEME – o DATAPREV, porém, continua em plena atividade, estando ligado ao Ministério da Previdência Social. Referida legislação criou o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Previdência Social, tendo sido instituído a partir da fusão entre INPS e o IAPAS.

Em 1991, entraram em vigor os diplomas da Seguridade Social: a Lei nº 8.212, tratando do plano de custeio e organização da seguridade social; e a Lei nº 8.213, instituindo os planos de benefícios da previdência social, revogando, assim, a LOPS. Em 1993, publicou-se a Lei nº 8.742/93, chamada Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS.

1.3. Princípios da seguridade social

A palavra princípio provém do vocábulo latino *principium*, que significa começo, origem. Dessa forma, os princípios podem ser considerados o fundamento de determinado ramo do conhecimento, servindo-lhe como ponto de partida, como base norteadora de seus estudos. Conforme lição de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁹:

“Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo”.

Segundo estudos de Miguel Reale²⁰, os princípios podem ser classificados, conforme sua aplicabilidade, em omnivalentes, ou seja, aqueles que abrangem todas as formas do saber; plurivalentes, para aqueles que atuam em vários ramos do conhecimento; e, por fim, os monovalentes, assim entendidos como os princípios que são aplicáveis somente a determinados ramos. Assim, temos que cada disciplina jurídica possui princípios a ela atinentes, como ocorre com os princípios da seguridade social.

Os princípios possuem basicamente dois importantes papéis, quais sejam: promover a orientação e inspiração para a construção e desenvolvimento de um ordenamento jurídico, e ainda, durante a construção do ordenamento, ou mesmo depois dela, colaborar e servir de norte para sua aplicação, nas hipóteses de integração e interpretação. Nesse sentido, o aplicador do Direito poderá exercer o controle de determinadas normas, ou mesmo a

¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 1994, p 450/451.

²⁰ REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. São Paulo: Sairava, 2001, p. 306.

interpretação de determinadas regras através de um exame minucioso dos princípios basilares que devem orientar aquele ramo jurídico, considerando também, os princípios gerais do direito e as garantias constitucionalmente previstas.

Não obstante muitos juristas afirmarem não serem os princípios uma espécie de norma, no sentido formal do termo, os constitucionalistas mais recentes vem adotando posicionamento de que os princípios seriam, de fato, normas jurídicas. Estas seriam o gênero, dentro do qual regras e princípios seriam as espécies.

Nesse momento, destacamos alguns princípios norteadores da seguridade social, sendo válido destacar que não são apenas esses que devem ser observados pelo operador do direito quando lidar com situações envolvendo questões previdenciárias. Caberá uma análise acurada dos princípios gerais do direito, bem como das garantias constitucionalmente asseguradas, não devendo o operador do direito olvidar esses preceitos fundamentais dentro da estrutura do ordenamento brasileiro. Exemplo disso é o princípio da isonomia, de ampla observância e aplicação, sobre o qual teceremos maiores comentários em momento posterior.

1.3.1 Princípio da solidariedade

O princípio da solidariedade não se encontra insculpido no art. 194 da Constituição Federal, o qual elenca os princípios da seguridade social. Isso porque o princípio em referência diz respeito a um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, albergado pelo artigo 3º da CF/88.

Trata-se, portanto, de um conceito que deve orientar a seguridade social, no sentido de se visar sempre à proteção de toda a coletividade em detrimento dos interesses individuais. Assim é que não deve existir, necessariamente, paridade entre as contribuições e contraprestações securitárias, pois a solidariedade reside exatamente na distribuição do ônus contributivo. Dessa forma, quem tem maior poder contributivo, por consequência lógica, deve contribuir com mais.

O próprio desenvolvimento de um sistema de seguridade social consiste, por si só, em num ato de solidariedade, visto que representa o reconhecimento, por parte do Estado, de que as ações meramente individuais não são suficientemente aptas para se dirimir as necessidades sociais. Por essa razão, criou-se um sistema em que a ação comum de todos os membros da sociedade, juntamente com a iniciativa estatal, contribuem para promover a proteção social de quem precisa.

A solidariedade move toda a seguridade social, seja na sua instituição, na distribuição do ônus contributivo, na prestação de amparo aos necessitados ou na participação da maioria da população em prol de uma minoria carente. Assim, esse princípio pode ser considerado o vetor de todo o arcabouço da seguridade social, sendo aplicável tanto na interpretação como na aplicação de suas normas²¹.

1.3.2 Princípio da universalidade da cobertura e do atendimento

Pelo princípio da universalidade do atendimento, compreende-se que todos devem estar cobertos pela proteção social. Assim, o atendimento deve ser prestado de forma abrangente, alcançando a todos que se encontrem em situação de necessidade, de forma que os benefícios percebidos devem constituir instrumentos capazes de garantir o debelamento das contingências sociais.

No campo da previdência social, questão interessante se coloca quanto à universalidade, visto que, nessa espécie do gênero seguridade social, somente aquele que contribui faz jus ao benefício. Como compreender tal preceito frente ao princípio de que a todos é garantida a proteção social? Nesse sentido, a legislação previdenciária permitiu a filiação facultativa, permitindo que qualquer membro da sociedade possa receber benefício previdenciário, desde que haja contribuição.

²¹DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO; José Leandro Monteiro de. Curso de direito previdenciário. São Paulo: Método, 2008, p 110.

Quanto ao princípio da universalidade de cobertura, temos que a proteção social deve abranger todos os riscos sociais. Dessa forma, os benefícios devem ser instituídos com esse objetivo, prevendo-se sempre um benefício correspondente a uma contingência.

1.3.3 Uniformidade e equivalência de benefícios e serviços entre as populações urbanas e rurais

Ao igualar os direitos das populações urbanas e rurais, a Constituição Federal concretizou o princípio geral da unidade, de forma que as prestações da seguridade social serão as mesmas para todos os trabalhadores, independentemente de onde residam e trabalhem.

Isso porque, antes do advento da atual Lei Maior, o trabalhador rural podia obter benefício de valor inferior ao salário mínimo, visto que suas contribuições eram praticamente irrisórias. Entretanto, o constituinte de 1988 elevou os benefícios recebidos rurais ao patamar de um salário mínimo, quando inferiores a esse valor.

O objetivo do constituinte, ao igualar os benefícios entre as populações rurais e urbanas, foi claro: eliminar a discriminação existente em relação aos moradores do meio rural no âmbito previdenciário – o que não deixa de ser uma aplicação clara do princípio da igualdade, consubstanciado no art. 5º da Constituição Cidadã.

1.3.4 Princípio da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços

Tendo em vista a impossibilidade material de se atender a todas as contingências sociais passíveis de diminuir ou mesmo eliminar a capacidade de auto-sustento do trabalhador e seus dependentes, é tarefa do legislador filtrar as demandas sociais que melhor atendam, efetivamente, às finalidades da Ordem Social.

Assim, a seletividade acaba por servir de limite ao princípio da universalidade da cobertura, vez que, se a seguridade social precisa cobrir todos os riscos sociais, os recursos não são ilimitados, ainda mais em um país de dimensões continentais em que uma grande parcela da população vive em condições precárias. Tal fato acaba por impor à administração pública que selecione os benefícios e serviços a serem prestados – é o chamado princípio da reserva do possível²².

A distributividade, por sua vez, indica que o legislador deve, no momento de definir a quem as prestações serão dirigidas, contemplar as pessoas com maiores necessidades. Trata-se, portanto, de efetiva aplicação do princípio da isonomia, tratando os desiguais desigualmente.

Por conseguinte, a distributividade restringe o princípio da universalidade do atendimento, exatamente por determinar a escolha dos mais necessitados para serem atendidos, tendo em vista a impossibilidade de se proteger todo e qualquer cidadão que se encontre em situação dificultosa.

1.3.5. Princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios

Pela aplicação desse princípio, o benefício legalmente concedido, seja pela Previdência, seja pela Assistência Social, não poderá ter seu valor nominal reduzido, sob pena de se tornar ineficaz a proteção social, voltando o beneficiário ao anterior estado de necessidade. Trata-se, portanto, de aplicação do princípio da suficiência ou efetividade.

A irredutibilidade abrange também a necessidade de efetuar a atualização periódica do valor do benefício, para que se preserve seu valor real. É o que se apreende do art. 201, §4º da Constituição Federal de 1988, ao dispor que os benefícios serão reajustados, a fim de preservar-lhes, em caráter permanente, o seu valor real, de acordo com os critérios a serem estabelecidos em lei. O art. 58 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) revela a preocupação do constituinte com esse aspecto, versando:

²² KERTZMAN, Ivan. Curso prático de direito previdenciário. Salvador: Podivm, 2007, p. 48.

“Art. 58. Os benefícios de prestação continuada, mantidos pela previdência social na data da promulgação da Constituição, terão seus valores revistos, a fim de que seja restabelecido o poder aquisitivo, expresso em número de salários mínimos, que tinham na data de sua concessão, obedecendo-se a esse critério de atualização até a implantação do plano de custeio e benefícios referidos no artigo seguinte”.

Atualmente, o índice utilizado como parâmetro para reajustamento dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social é o INPC, calculado pelo IBGE, levando-se em conta o rendimento de famílias possuidoras de renda entre um e oito salários mínimos, sendo o chefe assalariado²³.

1.3.6. Princípio da equidade na forma de participação do custeio

Esse princípio objetiva implementar um tratamento equânime entre os que efetuarão o custeio da Seguridade Social, no caso o Poder Público, empregados e empregadores. Para tanto, estabelece alíquotas diferenciadas de contribuição entres eles e, mesmo dentro de cada classe, estabelece diferenciações de acordo com a capacidade contributiva de cada um.

Trata-se, portanto, de efetiva aplicação de justiça no caso concreto, visto que é lógico cobrar maiores contribuições de quem possui mais capacidade contributiva, para que se possa beneficiar os que não possuem as mesmas condições. O princípio da equidade na participação do custeio possui relação, portanto, com a distributividade na prestação dos benefícios, bem como com os princípios da igualdade e o já referido da capacidade contributiva, consubstanciados nos artigos 5º, *caput* e 145, §1º, da Constituição Federal, respectivamente.

²³ KERTZMAN, Ivan. Curso prático de direito previdenciário. Salvador: Podivm, 2007, p. 49.

1.3.7. Princípio da diversidade da base de financiamento

Por esse princípio entende-se que o financiamento da seguridade social deve ser feito de forma mais diversificada possível, de modo a não onerar somente um ou alguns segmentos da sociedade. Por outro lado, quanto mais a diversidade da base de financiamento, maior será a estabilidade financeira da seguridade social²⁴.

Assim, os recursos financeiros da seguridade social possuem caráter híbrido, visto que possuem um mesmo sistema contributivo e um não contributivo para as suas demandas orçamentárias. Seus recursos financeiros são, ainda, oriundos das esferas do governo federal, estadual e municipal, acrescidos das contribuições do empregador, das empresas e das entidades amparadas na forma da lei.

1.3.8. Princípio do caráter democrático e descentralizado da administração

A democracia a que se refere esse princípio consiste exatamente na ampla participação da sociedade na defesa dos seus interesses no campo da seguridade social, já que se trata de assunto de substancial relevância para toda a coletividade.

Dessa forma, a Constituição Federal garante a composição quadripartite na gestão da seguridade social, de forma a permitir a participação de todos os segmentos sociais diretamente relacionados com a seguridade, quais sejam: trabalhadores, empregadores, aposentados e governo.

Para permitir uma melhor participação de todos os grupos elencados, atendendo de forma irrefutável ao ideal democrático na seguridade social, o constituinte previu a criação de diversos órgãos colegiados, os quais foram instituídos por legislação infraconstitucional, estabelecendo a criação de conselhos federais, estaduais e municipais de previdência, assistência social e saúde.

²⁴DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO; José Leandro Monteiro de. Curso de direito previdenciário. São Paulo: Método, 2008, p 76.

Quanto à descentralização, o objetivo do constituinte foi permitir o deslocamento da atividade pública para entidades externas, voltadas exclusivamente para a instituição, gestão e regulamentação da seguridade social em suas três vertentes, a fim de melhor atender às pungentes necessidades da coletividade.

2. NOÇÕES BÁSICAS ACERCA DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

Os eventos que merecem a proteção do sistema previdenciário dizem respeito, necessariamente, a circunstâncias capazes de acarretar repercussão negativa na vida do trabalhador, ainda que premeditados e desejados, como a maternidade. Dessa forma, para que sejam abrangidos pela proteção previdenciária, os eventos precisam causar impacto de natureza negativa na vida do segurado ou de seus dependentes, diminuindo ou reduzindo a capacidade laboral do indivíduo.

A previdência social brasileira foi dividida em pública e privada, sendo esta última de caráter complementar e facultativo, como dispõe o próprio texto constitucional, servindo de meio através do qual o trabalhador poderá complementar as prestações concedidas pela previdência pública.

A previdência pública, a seu turno, divide-se em dois regimes distintos: o regime geral de previdência social e os regimes próprios dos servidores da União, dos estados, do distrito federal e dos municípios. Tais regimes próprios possuem especificações e legislações atinentes a cada um, tendo sido criados por leis dos respectivos entes da federação a que pertencem os trabalhadores.

2.1. Conceito

O Regime Geral de Previdência Social (RGPS) está constitucionalmente previsto no art. 201 da Lei Maior, abrangendo a totalidade dos trabalhadores da iniciativa privada. Além das linhas gerais de seu funcionamento elencadas pela Constituição Federal, a legislação infraconstitucional que disciplina esse regime repousa nas Leis nº 8.212/91 e 8.213/91, que tratam, respectivamente, dos planos de custeio e planos de benefícios, ambas regulamentadas pelo Decreto nº 3.048/99.

Trata-se de um regime de organização estatal, de caráter contributivo e compulsório a todos os indivíduos que exerçam qualquer tipo de atividade remunerada, a menos que esta atividade já gere filiação a algum regime próprio de previdência.

O RGPS é administrado pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), uma autarquia federal membro da administração indireta em âmbito federal, oriunda da fusão entre o IAPAS e o INPS, como mencionado em momento anterior.

Na condição de autarquia, o INSS é dotado de personalidade jurídica de direito público, estando vinculada ao Ministério da Previdência Social (MPS). Em um primeiro momento, o INSS tem como incumbência maior a organização da previdência social, não cuidando de questões relativas à assistência social e à saúde.

Com o advento da Lei nº 11.457/07, instituiu-se a Secretaria da Receita Federal do Brasil, a qual passou a deter competência para arrecadar, fiscalizar e cobrar tributos previdenciários, além dos tributos de competência da antiga Receita Federal. Com tal medida, a administração de todos os tributos federais passou a ser exercida por um único ente, restando ao INSS a responsabilidade pela administração dos benefícios previdenciários, unicamente.

O Regime Geral de Previdência Social abrange maior número de segurados que os demais regimes públicos, visto que é obrigatório para todos que exerçam atividades remuneradas descritas em sua legislação pertinente. Assim, todas as pessoas que trabalham, a exceção dos militares e servidores públicos vinculados a regimes próprios, encontram-se obrigatoriamente vinculadas ao RGPS. São os segurados obrigatórios.

Não obstante o caráter de obrigatoriedade e compulsoriedade que marca o sistema do RGPS, é possível que aqueles que não trabalhem possam se filiar a esse regime, por ato de sua própria vontade – uma aplicação direta do princípio da universalidade. Esses indivíduos são chamados de segurados facultativos.

2.2. Beneficiários

Os beneficiários do Regime Geral de Previdência Social são todos os indivíduos atingidos por alguma das contingências da vida, capazes de diminuir ou eliminar sua capacidade de auto-sustento e de seus dependentes.

A proteção previdenciária será promovida pelo gestor do RGPS, o Instituto Nacional do Seguro Social, o qual poderá conceder benefícios ou serviços. No primeiro caso, tem-se prestações pecuniárias, ao passo que no segundo tem-se ações visando promover a habilitação ou reabilitação do profissional.

Os beneficiários do RGPS serão sempre pessoas físicas, podendo ser divididos em duas espécies: dependentes e segurados. Estes, por sua vez, podem ser obrigatórios ou facultativos, a depender da compulsoriedade ou não de filiação ao Regime Geral de Previdência Social.

Os segurados obrigatórios são todos os indivíduos que exercem atividade remunerada lícita, a menos que ocupem cargos pertencentes a regimes próprios de previdência. Assim, a partir do momento em que iniciam a atividade prevista em lei, os segurados obrigatórios encontram-se filiados à previdência social²⁵.

Como a regulamentação previdenciária dos trabalhadores não é a mesma em razão do tipo de atividade exercida, impôs-se ao legislador a necessidade de se dividir os trabalhadores em classes. Por esta razão, a lei previdenciária dividiu os segurados obrigatórios em cinco classes: empregado, empregado doméstico, contribuinte individual, trabalhador avulso e segurado especial, conforme se apreende dos artigos 12 da Lei nº 8.212/91, art. 11 da Lei nº 8.213/91 e art. 9º do Decreto nº 3.084/99²⁶.

Os segurados facultativos são aqueles que desejam se filiar ao Regime Geral de Previdência Social. Verifica-se, portanto, que nesse caso tem-se a faculdade de optar pela filiação ou não, opção essa decorrente do fato de o indivíduo não exercer atividade remunerada ou que a atividade prestada não se enquadre como caso de filiação compulsória, o que os tornaria segurados obrigatórios. É importante ressaltar que somente poderão ser segurados facultativos os maiores de 16 anos não participantes de regimes próprios de previdência social, a menos que haja afastamento sem vencimento, não sendo permitida a contribuição do respectivo regime próprio.

²⁵Ressalte-se que filiação não é o mesmo que inscrição. A primeira consiste no vínculo que vai ser formado entre o segurado e a previdência social. A inscrição é o cadastramento feito pelo segurado e seus dependentes junto à Previdência Social.

²⁶DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. Curso de direito previdenciário. São Paulo: Método, 2008, p 152.

O segurado facultativo somente fará jus ao recebimento do benefício mediante contribuição ao INSS. Portanto, não basta a mera manifestação de vontade do interessado para torná-lo filiado ao RGPS. A filiação somente se perfectibiliza após a inscrição e o recolhimento da primeira contribuição.

Os dependentes são os indivíduos que guardam relação de dependência econômica em relação ao segurado do RGPS. Nesse sentido, os artigos 16 da Lei nº 8.213/91 e 16 do Decreto 3.048/99 elencam como beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes: a) o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; b) os pais; c) o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido.

2.3. Benefícios

Os benefícios previdenciários são espécies do gênero prestações previdenciárias, que englobam benefícios e serviços. A diferença entre os dois reside no fato de que o primeiro consiste em prestação oferecida em dinheiro aos segurados ou aos seus dependentes, ao passo que o segundo consiste em prestações não pecuniárias, que objetivam auxiliar o INSS na concessão de benefícios previdenciários ou intermediar a relação entre o segurado e a Previdência Social²⁷.

O objetivo dos benefícios previdenciários é promover a indenização do beneficiário, seja ele segurado ou dele dependente, em virtude do advento de contingências sociais capazes de diminuir ou eliminar sua capacidade de auto-sustento. A finalidade é promover a minoração dos efeitos provocados pela contingência, permitindo que o beneficiário, mesmo com a situação em que se encontra, continue no mesmo nível de vida a que estava habituado, mediante o pagamento de prestações pecuniárias por parte do INSS.

Apesar de destinados a pessoas específicas, atendendo, portanto, a interesses individuais, os benefícios previdenciários constituem meios de se garantir o interesse de toda a coletividade em manter um sistema capaz de permitir a subsistência dos indivíduos e seus

²⁷KERTZMAN, Ivan. Curso prático de direito previdenciário. Salvador: Podivm, 2007, p. 293.

dependentes. Por atender a uma demanda de nítido interesse geral, o oferecimento de tais prestações é submetido a regime de direito público.

Os benefícios do Regime Geral de Previdência Social podem ser pagos aos segurados ou a seus dependentes. Em relação aos segurados, os benefícios podem ser aposentadorias (por invalidez, por idade, por tempo de contribuição e especial), salários (salário-família e salário-maternidade) e auxílios (auxílio-doença e auxílio-acidente). Quanto aos benefícios pagos aos dependentes tem-se a pensão por morte e auxílio-reclusão.

Tendo em vista que o fator previdenciário, conceito-chave do presente estudo, é incluído obrigatoriamente no cálculo do benefício aposentadoria por tempo de contribuição, salutar se faz tecer maiores comentários a respeito dessa espécie de prestação previdenciária.

2.3.1. Aposentadoria por tempo de contribuição

A aposentadoria por tempo de contribuição veio a substituir a antiga aposentadoria por tempo de serviço, por ocasião do advento da EC 20/98, que promoveu a reforma da Previdência Social.

Trata-se de um benefício devido a todo segurado que tiver contribuído por 35 anos, quando homem, e 30 anos, se mulher, à exceção do segurado especial que não contribua como contribuinte individual. Esse período será reduzido de cinco anos caso o segurado comprove função de magistério exclusivamente na educação infantil e no ensino fundamental, de forma que o tempo para fazer jus à aposentadoria diminui para 30 anos, se homem, e 25, se mulher.

A data do início da aposentadoria por tempo de contribuição, para o segurado empregado (incluindo-se o doméstico) pode ser: a partir da data do desligamento do emprego, quando requerida até 90 dias depois dela, ou a partir da data do requerimento, quando o empregado não houver se desligado do emprego ou quando for requerida após o prazo de 90 dias. No caso dos demais segurados, a data do início será a data do requerimento.

O período de carência, isto é, o número mínimo de contribuições mensais necessárias para a fruição do benefício, será de 180 contribuições mensais, sendo vedado

computar como tempo de contribuição o já considerado para concessão de qualquer aposentadoria ou por outro regime de previdência social, conforme inteligência do art. 60, §1º do Decreto nº 3.048/99.

A renda mensal inicial (RMI) corresponderá a 100% do valor do salário-de-benefício (SB), sendo este considerado a média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição (SC) do segurado correspondente a 80% de todo o período contributivo multiplicado pelo fator previdenciário.

Impende destacar que renda mensal inicial é o valor que o aposentado efetivamente percebe do INSS, todo mês. O salário-de-benefício é a base sobre o qual será calculado o efetivo valor da RMI. No caso da aposentadoria por tempo de contribuição, como acabamos de mencionar, o SB será calculado pela média aritmética das maiores contribuições multiplicada pelo fator previdenciário. Por fim, o salário-de-contribuição pode ser definido como a base de incidências das contribuições previdenciárias. O salário-de-contribuição do segurado empregado, por exemplo, é a remuneração auferida em uma ou mais empresas, durante o mês, em decorrência de sua atividade laboral²⁸.

Com as mudanças operadas pela EC nº 20/98, vislumbrou-se uma regra de transição aplicável a quem já era segurado do RGPS antes da entrada em vigor da emenda, conferindo possibilidade de aposentadoria proporcional ou integral.

Faria jus à aposentadoria integral o segurado inscrito no Regime Geral de Previdência Social até a data de 16/12/1998, que atendessem a dois requisitos cumulativamente: contar com 53 anos de idade, se homem, e 48 anos, se mulher; e contar com tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de 35 anos, se homem, e 30, se mulher e um período adicional de contribuição (chamado pedágio) equivalente a, no mínimo, 20% do tempo que, em 16/12/1998, faltava para atingir o limite de 35 anos, para homens, e 30, para mulheres.

Ora, a exigência de cumulação dos requisitos idade e tempo de contribuição acabaram por tornar inócua essa aposentadoria, tendo em vista que apenas o tempo de contribuição de 35 anos, para homens, e 30, para mulheres eram suficientes para garantir a

²⁸KERTZMAN, Ivan. Curso prático de direito previdenciário. Salvador: Podivm, 2007, p. 302.

aposentadoria integral, pelos ditames da Lei nº 9.876/99, não sendo necessário o pagamento de pedágio.

A outra regra torna possível a concessão de aposentadoria proporcional a todo segurado inscrito até 16/12/1998, desde que atendesse aos seguintes critérios: contar com 53 anos de idade, se homem, e 48, se mulher e contar com tempo de contribuição igual a, no mínimo, a soma de 30 anos, se homem e 25, se mulher e um período adicional de contribuição, também chamado de pedágio, equivalente a, no mínimo 40% do tempo que, em 16/12/1998 faltava para atingir o limite de 30 anos, para membros do sexo masculino, ou de 25, se do sexo feminino.

Cumpridos os requisitos acima elencados o valor da aposentadoria corresponderia a 70% do valor integral, acrescido de 5% a cada ano que supere a soma desse tempo de 30 anos, para homem e 25 para a mulher com o pedágio.

3. O FATOR PREVIDENCIÁRIO

Objetivando equilibrar as contas da Previdência Social, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 20/1998, cujo projeto foi encaminhado ao Congresso Nacional pelo Chefe do Executivo à época. Com a aprovação da referida emenda, promulgada em 15/12/1998, após a introdução de algumas reformas no texto original, operou-se a supressão da norma constitucional que estabelecia o cálculo dos benefícios previdenciários. Dessa forma, relegou-se à lei infraconstitucional a regulamentação da matéria, conferindo ao legislador ordinário ampla capacidade de atuação na determinação do critério para os cálculos dos benefícios, desde que obedecidas as regras e princípios trazidos pela Constituição Federal.

Na redação original do Projeto de Emenda à Constituição nº 33, que originou a EC nº 20/98, havia dispositivo que tornava obrigatória a cumulação dos requisitos idade mínima e tempo de contribuição para as aposentadorias concedidas pelo RGPS. Em virtude da repercussão que tal dispositivo provocou em toda a sociedade, o mesmo foi derrubado na votação do projeto.

Como o resultado da votação desagradou os detentores do poder à época, criou-se uma alternativa legal para se reduzir o benefício previdenciário concedido pelo INSS nos casos de aposentadorias precoces. Neste contexto, foi criado o fator previdenciário, a ser aplicado obrigatoriamente para as aposentadorias por tempo de contribuição (antiga aposentadoria por tempo de serviço) e, facultativamente, às aposentadorias por idade.

Nesse diapasão, aprovou-se a Lei nº 9.876/99, a qual, dentre outros dispositivos, estabeleceu que a base de cálculo das aposentadorias por tempo de contribuição e por idade, deve corresponder à média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição do segurado, correspondente a 80% de todo o período contributivo, multiplicada pelo fator previdenciário – no caso de aposentadoria por idade, a multiplicação pelo fator previdenciário só será operada se beneficiar o segurado.

O fator previdenciário foi uma figura introduzida pelo legislador ordinário considerando-se a idade, o tempo de contribuição do segurado ao se aposentar e a expectativa de sobrevivência deste. Surgiu, assim, com o objetivo de eliminar a situação deficitária em que se

encontrava a Previdência Social, estabelecendo uma correlação entre contribuições e benefícios, sendo utilizada uma intrincada fórmula matemática para sua aplicação.

Nesse contexto, o valor da renda mensal inicial dos aposentados pode sofrer considerável redução em função da idade em que os mesmos se encontram no momento em que requerem a aposentadoria. Dessa forma, trabalhadores que ingressaram mais cedo no mercado de trabalho e pleitearem aposentadoria após os trinta e cinco anos de contribuição, no caso de indivíduos do sexo masculino e trinta, no caso de indivíduos do sexo feminino, terão benefício menor do que aqueles que ingressaram no mercado de trabalho mais tarde e que contribuíram pelo mesmo período, sobre o mesmo salário-de-contribuição, já que a expectativa de vida destes será menor que a daqueles.

3.1. Conceito

O fator previdenciário consiste em um coeficiente atuarial que ingressará no cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria por tempo de contribuição e por idade, sendo nesta última somente de aplicação opcional.

A fórmula do fator previdenciário leva em consideração quatro elementos, quais sejam: alíquota de contribuição, idade do trabalhador no momento da aposentadoria, tempo de contribuição e expectativa de sobrevida.

A alíquota de contribuição é o numeral correspondente a 0,31. Trata-se de uma alíquota fixa, que, a rigor, não possui nenhuma explicação lógica. Entretanto, conforme divulgado pelas autoridades à época da promulgação da Lei nº 9.876/99, o valor corresponderia à soma da contribuição patronal de 20% com a alíquota máxima do empregado de 11%. Ocorre que tal informação não procede, conforme ilustra ensinamento de Wladimir Novaes Martinez²⁹:

²⁹MARTINEZ, Wladimir Novaes . Aspectos negativos e positivos do fator previdenciario . Revista IOB : trabalhista e previdenciaria . Ano 2006 , v. 17 , n. 207 , mes SET , p. 8.

“Nem uma nem outra informação são verdadeiras, porque a alíquota de retenção dos segurados é válida apenas para quem ganha acima da metade do salário-de-contribuição ($R\$ 2.801,56 + 2 = R\$ 1.400,78$), cerca de 20% da PEA, e as empresas recolhem 20% + 1% ou 2% ou 3% (SAT), mais a contribuição da aposentadoria especial da Lei nº 9.732/1998 (6% ou 9% ou 12%), tudo isso sem limite de valor. E tem uma infinidade de empresas que não recolhem a parte patronal (v.g., entidades beneficentes, de assistência social, Simples, associações desportivas de futebol, agroindústrias, etc.).”

A idade do segurado, para efeitos do cálculo, corresponderá aos anos completos quando da aposentação, não se desprezando meses e dias. Assim, em princípio, quem possuir, por exemplo, 54 anos, 7 meses e 10 dias, terá como número referente à idade de 54,6029³⁰.

O tempo de contribuição, outra variável da fórmula do fator previdenciário, será considerado o período em que houve o pagamento das mensalidades, ou seja, o espaço de tempo em que o segurado pessoalmente verteu ou deveria ter vertido à Previdência Social as contribuições correspondentes.

Impende ressaltar que não se deve falar mais em tempo de serviço. Este tipo de aposentadoria foi extinta com a Emenda Constitucional nº 20/98, que instituiu a aposentadoria por tempo de contribuição. Tais tipos de aposentadoria não se confundem, porque na primeira o tempo de serviço corresponde efetivamente ao tempo de filiação, albergando não só o tempo de contribuição, mas também o tempo em que o segurado não contribuiu, gozando de benefícios por incapacidade, o tempo de serviço militar, o próprio tempo de trabalho em si, além da contagem fictícia, como as licenças dobradas. Já o tempo de contribuição é aquele em que efetivamente se gerou a obrigação fiscal de realizar o recolhimento das contribuições.

Por fim, a expectativa de sobrevida corresponde à esperança média de vida do aposentado, obtida através da tábua completa de mortalidade calculada pelo IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – aplicável a toda população brasileira, considerando-se uma média nacional única para ambos os sexos, sendo divulgada anualmente pelo instituto até o dia primeiro de dezembro, no Diário Oficial da União, conforme disposto no Decreto nº 3.266/99.

³⁰MARTINEZ, Wladimir Novaes. Fator previdenciário em 420 perguntas e respostas. São Paulo: LTr, 2001, p 76.

Dessa forma, percebe-se claramente que a introdução do fator previdenciário acaba por inculcar no cálculo da renda mensal inicial do aposentado requisitos pessoais, como idade e expectativa de sobrevivência, fatores estes não previstos pelo constituinte derivado quando da votação da PEC 33.

3.2. Aplicação

A partir da vigência da Lei nº 9.876/99, em 28 de novembro de 1999, o fator previdenciário passou a ser utilizado obrigatoriamente no momento do cálculo das aposentadorias por tempo de contribuição, e de forma facultativa, nas aposentadorias por idade.

O cálculo do valor do benefício, anteriormente feito pela média das 36 últimas contribuições, passou a ser realizado pela média dos 80% maiores salários-de-contribuição do segurado, de todo o seu período contributivo, multiplicado pelo fator previdenciário.

Entretanto, a regra acima só é válida para os que se filiaram no RGPS após a entrada em vigor da lei em referência, ou seja, para os filiados após 28 de novembro de 1999. Para os que já eram filiados anteriormente, mas ainda não haviam se aposentado, o período de cálculo é menor, de forma que o salário-de-benefício será calculado mediante a média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição, correspondentes a, no mínimo, 80% de todo o período contributivo desde a competência julho de 1994.

A escolha do mês de julho de 1994 deu-se em razão das contribuições referentes a este período estarem inteiramente cobertas nos registros do INSS e também em decorrência do fato de representar um período de estabilização de preços, evitando problemas judiciais com a atualização monetária dos salários-de-contribuição.

Assim, quem requereu a aposentadoria em dezembro de 1999, por exemplo, só teria direito a ver apurados 65 de seus salários-de-contribuição, visto que essa seria a diferença entre o mês de julho de 1994 e dezembro de 1999. Desse total, somente seriam

considerados para efeitos de cálculo da renda mensal inicial os maiores 52 maiores salários dos 65 considerados (exatamente 80% de 65).

O fator previdenciário, conforme anteriormente exposto, será calculado considerando-se a idade, a expectativa de sobrevida e o tempo de contribuição do segurado ao se aposentar, mediante a fórmula:

$$f = \frac{Tc \times a}{Es} \times \left(1 + \frac{Id + Tc \times a}{100} \right)$$

f = fator previdenciário;

Es = expectativa de sobrevida no momento da aposentadoria;

Tc = tempo de contribuição até o momento da aposentadoria;

Id = idade no momento da aposentadoria;

Por motivos políticos, isto é, no afã de conseguir aprovação da nova legislação previdenciária no Congresso, a Lei nº 9.876/99 dispôs que o fator previdenciário seria implantado gradualmente, à proporção de 1/60 por mês, a contar de dezembro de 1999. Dessa forma, o fator só passou a ser inteiramente aplicado 60 meses depois da entrada em vigor da lei que o instituiu, o que ocorreu em dezembro de 2004. Como bem explica Fábio Zambitte Ibrahim³¹, a regra transitória funcionava da seguinte forma:

“I) 1ª parcela = o fator previdenciário multiplicado pela fração que varia de 1/60 a 60/60, equivalente ao número de competências a partir do mês de novembro de 1999 e pela média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição, correspondentes a, no mínimo, 80% de todo o período contributivo decorrido desde a competência julho de 1994;

II) 2ª parcela = a média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição, correspondentes a, no mínimo, 80% de todo o período contributivo decorrido desde a competência julho de 1994, multiplicada por uma fração que varia de forma regressiva, cujo numerador equivale ao resultado da subtração de sessenta menos o número de competências transcorridas a partir do mês de novembro de 1999”.

³¹IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de direito previdenciário. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p.543.

A aplicação da primeira parcela seria mensalmente aumentada, de modo a ampliar o percentual da média a sofrer incidência do fator, ao passo que a segunda parcela iria se reduzindo mensalmente até por fim atingir zero após 60 meses da vigência da Lei nº 9.876/99.

Ademais, para efeito de aplicação do fator, Foi criado também o bônus de 5 anos para o cálculo do fator previdenciário para as mulheres e professores e de 10 anos para as professoras. Este bônus visa minimizar eventual prejuízo para as mulheres e os professores, que, ao se aposentarem mais cedo, sofrerão conseqüências de um fator previdenciário desfavorável, em razão da maior expectativa da sobrevida.

Dessa forma, o legislador encontrou uma forma de minorar os efeitos contundentes do fator previdenciário no cálculo das aposentadorias por tempo de contribuição, incluindo-o de forma gradual para que não causasse grande impacto na sociedade. Entretanto, os aposentados que requereram suas aposentadorias após dezembro de 2004 já começaram a sentir o real efeito do fator na diminuição de seus já parcos benefícios,

3.3. Consequências

A reforma da previdência empreendida pela EC nº 20/98, ao desconstitucionalizar o salário-de-benefício, permitiu que o legislador infraconstitucional tivesse ampla atuação na definição dos cálculos dos benefícios previdenciários. Sem a reforma operada na Lei Maior, restaria inviável a introdução de novos critérios para definir a renda mensal inicial, visto que o antigo texto constitucional trazia em seu bojo a forma de cálculos das aposentadorias.

O objetivo da reforma seria sanear a situação deficiária em que se encontrava a previdência social. Para tanto, introduziu-se a figura do fator previdenciário, um coeficiente atuarial que tem como objetivo devolver ao segurado as contribuições pagas, distribuídas ao longo da vida do aposentado. Tratou-se, portanto, de inclusão de regra visando manter o equilíbrio financeiro e atuarial, disposto no art. 201, *caput* da Constituição Federal de 1988.

Nítida, portanto, a intenção do legislador em tentar equilibrar as contas da previdência social, a fim de corrigir uma política falha na gestão econômica do sistema. Para

tanto, o ônus foi lançado justamente no elo mais fraco, os aposentados, que não possuem qualquer responsabilidade sobre os recursos e administração do sistema previdenciário brasileiro, mas mesmo assim tiveram que suportar as consequências de longos anos de más gestões.

A consequência imediata provocada pela introdução do fator previdenciário no cálculo dos benefícios, portanto, foi exatamente a redução da renda mensal inicial dos aposentados por tempo de contribuição. Dessa forma, o segurado procurará se aposentar cada vez mais tarde, a fim de não ver seu benefício reduzido em virtude de sua pouca idade, não obstante já tenha atingido os requisitos para a aposentadoria (35 anos de contribuição, se homem, e 30, se mulher, havendo redução de 05 anos para professor que comprove, exclusivamente, tempo de efetivo exercício em função de magistério na educação infantil, ensino fundamental ou médio.

As perdas dos trabalhadores atingem o patamar de até 30% para homens e 35% para as mulheres, o que diminui consideravelmente o valor de seu já parco benefício, levando-os a buscarem sua aposentadoria cada vez mais tarde. A respeito do tema, manifestou-se Castro e Lazzari³²:

“Esse novo critério de cálculo objetiva estimular as pessoas a se aposentarem mais tarde. Na prática, ela instituiu por vias transversas a idade mínima para a aposentadoria, proposta que foi rejeitada pela Câmara durante a votação da Reforma da Previdência Social (Emenda Constitucional n. 20/98”.

Ora, o escopo da previdência social consiste em proteger, amparar o trabalhador no momento em que este mais precisa, após anos vertendo contribuições para o sistema previdenciário. Assim, no instante em que precisará da contrapartida do Estado, o segurado verá seu benefício reduzido tão-somente para que se atendam aos interesses de uma minoria

³²CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de direito previdenciário. São Paulo: LTR, 2005, p. 402.

interessada no equilíbrio financeiro e atuarial, em vez de alternativas mais equânimes. Nesse sentido, previu Wladimir Novaes Martinez³³:

“Experiência destinada a produzir frutos, encontrará grande resistência e, ao final, será substituído assim que encontrado o necessário equilíbrio das contas do INSS. Sua baixa solidariedade acabará por condena-lo num modelo mais justo e próprio da previdência social”.

Não parece justo ou razoável a saída encontrada para diminuição do déficit da previdência, jogando para os aposentados o peso do próprio erro dos administradores – isso sem considerar a própria questão da constitucionalidade do fator previdenciário, que será tratada em momento posterior.

O sistema previdenciário tem como uma de suas características principais a contributividade. Dessa forma, somente faz jus aos seus benefícios os indivíduos que efetivamente tiverem contribuído. Assim é que o INSS não está autorizado a conceder benefícios previdenciários para quem não comprovar a condição de segurado ou de dependente deste.

Os sujeitos do contrato de trabalho, isto é, o empregador e o empregado, geram para a previdência social recursos destinados ao pagamento de benefícios e prestações devidas aos segurados e pensionistas. Tratam-se das receitas sociais a que se refere o art. 195, I e II da Constituição Federal, que constituem a principal base arrecadatória do sistema previdenciário.

Ocorre que esses recursos também são utilizados para cobertura de gastos no sistema de saúde e na assistência social. Essa é a grande razão para o déficit da previdência, pois apesar de os seus recursos pertencerem à espécie distinta do gênero seguridade social, acabam por resvalar nos gastos relativos às três espécies desse gênero, não obstante possuir a precípua função de fazer retornar ao segurado as prestações por ele vertidas, através de benefícios que lhe garantam uma aposentadoria tranquila. Tem-se, portanto, panorama em que trabalhadores e empregadores acabam por custear não somente a previdência, mas também todo gênero seguridade social.

³³MARTINEZ, Wladimir Novaes Curso de direito previdenciário: Tomo I – Noções de Direito Previdenciário. São Paulo: LTr, 2001, p. 668.

Assim, a saúde e assistência social são campos que não deveriam interferir, de forma alguma, na administração do sistema previdenciário. Para que sejam atendidas as demandas sociais nessas áreas, deve-se valer o Poder Público de impostos. Entretanto, o que ocorre é que a receita arrecadada pelos empregados e empregadores acaba sendo desviada para a cobertura de outras áreas, quando, na verdade, a saúde e assistência social deveriam ser mantidas pelo Tesouro Nacional, com os impostos arrecadados de maneira geral.

Para agravar o panorama deficitário da previdência, EC nº27/00 promoveu a desvinculação das receitas da União, criando a possibilidade legal de se transferir recurso vinculado ao custeio da seguridade social para o Tesouro Nacional. Assim, estima-se que 20% da arrecadação das contribuições sociais passaram a ser transferidas para o Tesouro Nacional, o que já somatiza 80 bilhões da receita de contribuição da seguridade social³⁴.

Por todo o exposto, percebe-se a intenção do legislador em fazer os segurados suportarem um ônus que diz respeito ao Poder Público, quando da administração dos recursos previdenciários. Foi a saída mais fácil encontrada, prejudicar a parte hipossuficiente da relação, em vez de efetivamente realizar reformas na própria arrecadação e destinação dos recursos. Não há falar, portanto, em equilíbrio financeiro-actuarial obtido tão-somente às custas de uma das partes da relação previdenciária.

O fator previdenciário, portanto, foi a forma mais fácil e menos prejudicial aos interesses do governo para se buscar a minoração do déficit previdenciário. Para tanto, acabou por diminuir sensivelmente as aposentadorias dos segurados do RGPS.

O resultado disso é que os trabalhadores filiados ao Regime Geral de Previdência Social ficarão mais tempo no mercado de trabalho, retardando a sua aposentadoria. Ocorre que, não obstante o presidente da República à época da EC nº 20/98 tenha tido que quem se aposentava cedo era “vagabundo”, muitos trabalhadores ingressaram no mercado de trabalho jovens, por questões de necessidades econômicas, ou mesmo para adquirir independência financeira, submetendo-se a jornadas exaustivas, empregos estafantes, seja física ou intelectualmente.

³⁴MARTINEZ, Wladimir Novaes **Curso de direito previdenciário**: Tomo I – Noções de Direito Previdenciário. São Paulo: LTr, 2001, p. 668.

Assim, esses segurados muitas vezes desenvolvem problemas de saúde ou mesmo emocionais em decorrência do ambiente e tipo de trabalho que exerceram durante boa parte de sua vida. Por conseguinte, a aposentadoria lhes faria imenso bem, não só por questões de saúde, como também de bem-estar. E é exatamente esse bem-estar que o Estado deve proporcionar àqueles que fazem jus ao recebimento de benefício previdenciário, não sendo justo diminuir a renda mensal inicial do aposentado unicamente porque ele ingressou mais cedo no mercado de trabalho.

Portanto, ao estimular o trabalhador a buscar sua aposentadoria cada vez mais tarde criou-se um problema ainda maior para toda a sociedade, visto que a geração que deveria deixar o mercado de trabalho fica retida em seus postos, impedindo a nova geração de trabalhadores ter acesso àqueles lugares.

Por conseguinte, não há geração de novos postos de trabalho – em períodos de crise, como o que se vive atualmente, o que se observa é a diminuição dos já existentes. Dessa forma, as gerações mais novas acabam buscando refúgio na informalidade, deixando de contribuir para o sistema previdenciário, o que exigirá, futuramente, maiores gastos por parte de programas assistenciais. Corroborando esse entendimento, professora Wagner Balera³⁵:

“Essa impressionante ausência de visão de conjunto do fenômeno da seguridade social, que se transformou no bode expiatório do modelo econômico da recessão, ainda por cima causa manifestos prejuízos; permanentes prejuízos aos que resolvem exercer o direito legítimo à aposentadoria, tendo cumprido o tempo legal para obtenção do benefício. De fato, como alertei desde a implantação do perverso mecanismo (que tenho denominado pelo seu verdadeiro nome: redutor previdenciário), as perdas dos trabalhadores que se aposentam pode chegar a 30% (trinta por cento!), aviltando ainda mais os benefícios que já são, em média de valor pouco expressivo”.

Diante do exposto, percebe-se claramente as consequências extremamente prejudiciais aos trabalhadores e à sociedade como um todo, repercutindo negativamente nas contribuições previdenciárias, que tenderão a se tornar cada vez menores em virtude do aumento da informalidade. Cabe ao Poder Público, portanto, adotar novos critérios para o cálculo das aposentadorias, de forma a minorar a situação de extrema injustiça e desigualdade que se delinea com a introdução do fator previdenciário.

³⁵BALERA, Wagner. Fator previdenciário. Revista jurídica : Consulex. Ano 2006, v. 10, n. 236, mes NOV, páginas 44-45.

4. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA

O princípio da isonomia encontra-se consubstanciado no art. 5º, *caput* da Constituição Federal, em que se proclama que “todos são iguais perante a lei”. É possível também encontrar aplicação direta desse princípio em outros dispositivos constitucionais, como o art. 7º, XXX, que proíbe discriminação no tocante ao salário, exercício de funções e critérios de admissão por motivos de idade, sexo, cor ou estado civil.

Percebe-se, portanto, o nítido interesse do constituinte em proibir a diferenciação nas relações de trabalho em função de sexo, idade, cor ou estado civil, justamente para que esses itens não fossem utilizados como critério de admissão. Ora, a partir do momento em que a Constituição expressa essa proibição quanto ao trabalho dos indivíduos, parece lógico que o mesmo deveria ser aplicado no momento em que eles se retirarão do mercado de trabalho por ocasião da aposentadoria junto ao INSS, visto que é nesse momento em que o cidadão mais precisará da contrapartida estatal após anos de contribuição.

A igualdade preconizada pela Lei Maior não deve ser aqui entendida como aplicação das normas e princípios indistintamente a todos, sem qualquer tipo de discriminação. Isso porque os homens não são iguais uns aos outros, seja por questões naturais, físicas, morais, políticas, sociais etc. Por conseguinte, é preciso coadunar a idéia de igualdade à idéia de justiça, mormente a chamada justiça material, em que se busca realizar a igualização das condições desiguais³⁶.

O princípio constitucional da isonomia volta-se tanto para o aplicador da lei quando para o próprio legislador que, não obstante se utilize de critérios discricionários, encontra nesse princípio verdadeiro limite para sua capacidade de atuação. É o que o direito estrangeiro chama de igualdade perante a lei e igualdade na lei, sendo a primeira a obrigação de se aplicar as normas gerais ao caso concreto, conforme o que tiver disposto no texto legal, ao passo que na segunda tem-se que as normas jurídicas não podem albergar fatores discriminatórios não previstos na constituição.

³⁶SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 310.

Assim, ao se efetuar o cumprimento de uma lei, todos aqueles a quem ela se dirige devem receber tratamento equânime, restando proibida conferir disciplinas diversas para situações equivalentes. A lei, portanto, não deve ser reduto de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida em sociedade que necessita tratar de forma paritária todos os cidadãos³⁷.

4.1. Isonomia formal e isonomia material

O conceito jurídico de igualdade foi constitucionalizado, pela primeira vez, pelo direito francês, estampando-a no artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, sendo posteriormente incorporada à guisa de preâmbulo ao texto constitucional em 1791.

Tratou-se de efetiva positivação do ideal de *égalité* propagado veementemente na Revolução Francesa, fazendo nascer no plano jurídico-positivo um forte e poderoso instrumento de reação contra os privilégios pessoais e contra a hierarquização das classes sociais, características marcantes da sociedade pré-revolução.

Ocorre que a limitada igualdade jurídica dessa época defendia tão-somente a abolição dos privilégios pessoais. Por conseguinte, a igualdade real, assim entendida como a igualdade de fato entre os indivíduos, restou ignorada. Isso porque a regra de que todos são iguais perante a lei traduz a existência de simples igualdade entre os sujeitos de direito perante a ordem normativa, impedindo a criação de tratamento legislativo diverso para idênticas ou semelhantes situações de fato.

Dessa forma, o princípio da isonomia resultante do liberalismo estabeleceu apenas o igual tratamento jurídico para todos, ou ainda para todos que estejam na mesma circunstância fática. Tratava-se de uma visão de nítido caráter individualista e liberal, que influenciou todo o constitucionalismo no século XIX, apregoando um ideal de igualdade atrelado fortemente ao princípio da liberdade, de forma a exigir do Estado atitudes omissivas na regulamentação da economia, de forma a obedecer a lei do *laissez faire, laissez passer*. Por

³⁷MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 27.

consequente, nessa época não se impunha à atividade estatal ações de caráter positivo objetivando corrigir as desigualdades existentes no meio social.

A Revolução Francesa foi, sem dúvida, muito mais um movimento de reformulação política do que social. Ao assumir o poder, a burguesia francesa pretendeu, de fato, pôr fim à estrutura até então vigente de absolutismo e poder concentrado nas mãos do monarca e a nobreza a ele ligada, que tanto prejudicavam o exercício da liberdade, imprescindível para a exploração da atividade econômica pela burguesia. Seu objetivo nunca foi promover uma verdadeira mudança no sistema social, jamais se concentrou em estabelecer um regime de igualdade material que se estendesse à classe camponesa e às camadas inferiores pertencentes ao terceiro estado³⁸.

Portanto, o ideal de igualdade alcançado pela Revolução Francesa foi apenas o da isonomia formal e jurídica, consistindo na simples abolição de privilégios atribuídos à nobreza e ao clero, operando-se a transformação de uma sociedade hierarquizada em uma juridicamente igualitária³⁹.

A concepção de igualdade desenvolvida na França influenciou diversos ordenamentos jurídicos no mundo inteiro. A escola positivista, adotada pelo Estado Liberal, limitava-se a exercer interpretação extremamente formalista das normas jurídicas, sem qualquer tipo de interpretação valorativa.

No Brasil, os reflexos do liberalismo puderem ser sentidos desde a Constituição do Império, havendo nítido predomínio da isonomia formal, em que a lei tratava todos igualmente, sem exercer qualquer tipo de diferenciação entre grupos. A aplicação da lei também se voltava no sentido de manter a essa igualdade, que, a bem da verdade, provoca inúmeras injustiças sociais.

Ocorre que, conforme assevera José Afonso da Silva⁴⁰, a compreensão do princípio da igualdade, consagrado no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal não deve ser tão restrita. É preciso que o operador do direito interprete-a conforme as exigências da justiça

³⁸CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 38.

³⁹HARIOU, Andre. Droit Constitutionnel et Institutions Politiques. Lyon: Montchrestien, 1975, p. 778-779, *apud* CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira, *op. cit.*, p. 39.

⁴⁰SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 215.

social, de forma a não admitir situações de privilégios ou perseguições, almejando sempre um equilíbrio entre os cidadãos, de forma a realizar efetiva implementação dos objetivos da República Federativa do Brasil, mormente a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais.

Dessa forma, pode-se concluir que a isonomia formal é a garantia de igualdade perante a lei, ou ainda o tratamento igualitário que se confere a todos os indivíduos de uma mesma categoria, ao passo que a isonomia material tem por escopo maior a garantia de igualdade aos desiguais, através de atitudes por parte do Estado que garantam igualdades reais de condições.

Na atual Lei Maior brasileira percebe-se que há uma tentativa de aproximar os dois tipos de isonomia, cabendo ao aplicador do direito promover a igualação dos desiguais a fim de que injustiças não sejam cometidas. Entretanto, essa nivelção também não pode se fundar em inconstitucionalidade, pois, caso assim procedesse, estar-se-ia estabelecendo injustiça da mesma forma, o que fugiria do próprio escopo do princípio da isonomia.

4.2. Aplicação do princípio da isonomia

Conforme já mencionado em momento anterior, a aplicação do princípio da isonomia deve ser no sentido de buscar sempre a justiça social, uma igualdade real entre indivíduos que se encontrem em situações desiguais. Para tanto, permite-se que sejam feitas determinadas diferenciações a fim de que a referida igualdade material seja alcançada.

Diante disso, é possível perquirir que critérios se permite para classificar alguns indivíduos de iguais e outros de desiguais, para que haja tratamento diferenciado entre eles. Ademais, interessante questionamento que também se coloca é que espécie de igualdade proíbe e que tipo de igualdade permite a discriminação entre certas pessoas e situações, sem que isso implique afronta ao princípio constitucional da isonomia.

Isso porque as pessoas apresentam inúmeras diferenças entre si, mas nem todas essas diferenças tornarão legítima a adoção de critérios desiguais que culminem em um tratamento jurídico diferenciado. Dessa forma, é preciso que se analise que tipos de critérios tornam válidos a discriminação, para que não se criem situações eivadas de injustiças sob o falso pretexto de “tratar desigualmente os desiguais”, conforme asseverava Aristóteles ao tratar do assunto isonomia.

Nesse sentido, impende destacar que é necessário haver um elo de correlação lógica entre a característica diferencial utilizada e a distinção de tratamento nela conferida, de forma que essa correlação não viole interesses consagrados pela Constituição.

Nesse sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello⁴¹ desenvolveu importante estudo acerca do reconhecimento das distinções possíveis de serem aplicadas sem ferirem o princípio da isonomia. Assim, as distinções realizadas deveriam ser analisadas sob três aspectos, quais sejam: o elemento relacionado com o fator de desigualação, o nexó lógico abstrato existente entre o fator escolhido em critério distintivo e a diferenciação implementada, e, por fim, a consonância desta conexão lógica com os interesses salvaguardados pela Constituição.

Por conseguinte, a lei não poderá jamais adotar como critério diferencial um caractere capaz de especificar e singularizar um indivíduo, pois se estará violando a regra isonômica, a partir do momento em que se estará conferindo tratamento mais benéfico a outrem, ou ainda impondo pesado encargo a um cidadão, sem que prevejam vantagens ou desvantagens para os demais.

A norma diferenciadora gozará de legitimidade quando estiver consolidada a correspondência lógica entre o fator discrimen e a diferenciação implementada. Em outras palavras, a lei poderá erigir como critério de discriminação elementos residentes em coisas, pessoas ou acontecimentos, desde que os mesmos guardem, necessariamente uma correspondência coerente com a desequiparação que deles resulta. Assim, são terminantemente proibidas discriminações fortuitas e arbitrárias.

Por fim, além de o elemento diferenciador retirado de pessoas, coisas ou situações ter correlação lógica com o critério adotado, faz-se necessário que esta conexão esteja em

⁴¹MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 43.

consonância com os valores apregoados pela Constituição Federal. Caso contrário, a norma instituidora da diferenciação resvalará para a inconstitucionalidade.

Dessa forma, percebe-se que não é possível aplicar qualquer tipo de tratamento diferenciado entre os indivíduos, tendo em vista a possibilidade de se haver afronta direta a princípios garantidos constitucionalmente, indo contra a intenção do constituinte e, consequentemente, aos anseios da sociedade e do próprio Estado Social de Direito.

É inegável a inaplicabilidade de um sistema que considera tão-somente a igualdade formal entre os indivíduos dentro de um contexto de pungentes diferenciações entre as mais diversas classes sociais. Entretanto, também não se afigura justo criar critérios de discriminação que efetivamente consolidem tratamentos diferentes para pessoas na mesma condição.

5. FATOR PREVIDENCIÁRIO FRENTE AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA

Na prática, a criação do fator previdenciário pela Lei nº 9.876/99 acabou por estimular os segurados a buscarem sua aposentadoria cada vez mais tarde, sob pena de ver reduzida a sua renda mensal inicial tão-somente em função da idade que possuem no momento de requererem o benefício junto ao INSS. Trata-se, portanto, de uma forma cruel de manter o trabalhador no emprego, impedindo a renovação das gerações nos postos de trabalho, aumentando, assim, os índices de desemprego e informalidade, conforme ressaltado em momento anterior.

De acordo com os novos critérios de cálculos, indivíduos que contribuíram para o RGPS pelo mesmo período, sobre o mesmo salário-de-contribuição, mas que começaram sua vida laborativa em idades diferentes um do outro, receberão benefícios diferentes, tão-somente em virtude do fator etário.

Para ilustrar a situação acima, tomemos um exemplo prático de dois segurados, a quem chamaremos de João e Antônio. O primeiro começa a contribuir para o RGPS aos 18 anos, sobre o mesmo salário-de-contribuição que o segundo, sendo que este começa a contribuir aos 25 anos.

Após 35 anos de contribuição, João terá 53 anos, enquanto Antônio terá 60. Portanto, a expectativa de sobrevida do primeiro é maior do que o segundo, dado esse que influenciará negativamente quando do cálculo do benefício de João.

Considerando a tábua completa de mortalidade divulgada pelo IBGE para o ano de 2007, João teria expectativa de sobrevida de mais 26,3 anos. Dessa forma, ao realizar o cálculo do fator previdenciário para o referido segurado, chegamos ao coeficiente de **0,675**. Considerando que a média aritmética simples dos maiores salário-de-contribuição correspondente a 80% de todo o período contributivo de João corresponda a R\$ 1000,00, teremos o valor do salário-de-benefício equivalente a R\$ 675,00.

Antônio, a seu turno, possui expectativa de sobrevida de mais 24 anos, pela mesma tabela adotada no cálculo anterior. Assim, o coeficiente relativo ao fator

previdenciário corresponde a **0, 772**. Supondo que a média aritmética dos maiores salários-de-contribuição do período contributivo de Antônio seja igual ao de João, R\$ 1000,00, teremos o valor do salário-de-benefício equivalente a R\$ 772,00.

Percebe-se, portanto, uma diferença de praticamente R\$ 100,00 entre os salários-de-benefícios dos dois segurados utilizados como exemplo, em que ambos contribuíram mesmo período, sobre o mesmo salário-de-contribuição, mas tão-somente em virtude da idade em que requereram o benefício houve essa discrepância de valores.

Ora, é de questionar se o fator idade constitui mecanismo de diferenciação que efetivamente se afina com os valores e princípios consagrados na Constituição. Isso porque, como anteriormente exposto, o elemento *discrimen*, além de decorrer de coisas, pessoas ou situações discriminadas, e que a equiparação realizada possua correlação lógica com o caractere adotado, é necessário também analisar acuradamente os preceitos constitucionais, pois não é possível criar uma situação de tratamento diferenciado que afronte a algum dos princípios basilares em que se funda o próprio Estado Democrático de Direito, consubstanciados na Constituição Federal.

5.1. Exame da constitucionalidade do fator previdenciário frente ao princípio da isonomia

A discussão acerca da constitucionalidade do Fator Previdenciário engloba necessariamente o conceito de isonomia e o exame minucioso do art. 201, o qual traz os princípios e regras que devem nortear o cálculo dos benefícios do RGPS.

O princípio da isonomia encontra-se consubstanciado no art. 5º, *caput* da Constituição Federal, em que se proclama que “todos são iguais perante a lei”. É possível também encontrar aplicação direta desse princípio em outros dispositivos constitucionais, como o art. 7º, XXX, que proíbe discriminação no tocante ao salário, exercício de funções e critérios de admissão por motivos de idade, sexo, cor ou estado civil.

O art. 201 da Lei Maior traz em seu bojo a estruturação de todo o sistema do RGPS, elencando as condições e princípios em que essa espécie do gênero seguridade social dever se fundar. Nesse sentido, o parágrafo primeiro do referido artigo estabelece:

“É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar”.

O referido dispositivo constitucional traduz, incontestavelmente, a aplicação do princípio da isonomia no âmbito da Previdência Social, mais especificamente na concessão de benefícios do RGPS. Por conseguinte, a inclusão de um critério não previsto constitucionalmente, promovendo tratamento diferenciado para a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição afronta diretamente a Lei Maior, já cria uma discriminação para indivíduos que se encontram na mesma situação.

Ora, o requisito para a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição é a efetiva contribuição por 35 anos, no caso de indivíduos de sexo masculino, e 30 anos, no caso de membros do sexo feminino. Vale ressaltar que esses períodos são reduzidos em cinco anos no caso de professor que comprove, exclusivamente, tempo de serviço nas funções de magistério na educação infantil e fundamental.

Por conseguinte, aqueles que atingem o período de contribuição acima elencado fazem jus ao recebimento da aposentadoria pelo RGPS. Entretanto, o valor do benefício não será igual para todos, mesmo para aqueles que contribuíram para a Previdência Social pelo mesmo período, sobre o mesmo salário-de-contribuição. Isso porque, com a introdução do fator previdenciário, o critério da idade passou a ingressar no cálculo do benefício, de forma que aquele que se aposentar mais cedo terá renda mensal inicial menor do que o que possui mais idade, apesar de se encontrarem na mesma situação, qual seja, atingirem os requisitos para concessão de aposentadoria.

Há, portanto, flagrante afronta ao princípio da isonomia, já que se está criando situação de desigualdade para indivíduos na mesma condição. Nesse sentido, interessante a lição do eminente constitucionalista brasileiro José Afonso da Silva⁴²:

“A outra forma de inconstitucionalidade revela-se em impor obrigação, dever, ônus, sanção ou qualquer outro sacrifício a pessoas ou grupos de pessoas, discriminando-as em face de outros na mesma situação que, assim, permaneceram em condições

⁴² Afonso da Silva, José. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 432.

mais favoráveis. O ato é inconstitucional por fazer discriminação não autorizada entre pessoas em situação de igualdade. Mas aqui, ao contrário, a solução da desigualdade de tratamento não está em estender a situação jurídica detrimetosa a todos, pois não é constitucionalmente admissível impor constrangimentos por essa via. Aqui a solução está na declaração de inconstitucionalidade do ato discriminatório em relação a quantos o solicitarem ao Poder Judiciário, cabendo também a ação direta de inconstitucionalidade por qualquer das pessoas indicadas no art. 103”.

Ademais, ao trazer elemento não previsto na Constituição Federal para o cálculo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, o legislador infraconstitucional acabou por inserir o critério idade como condição para aposentadoria – critério esse que havia sido rejeitado quando da votação do Projeto de Emenda Constitucional nº 33. Assim, com a adoção da variável idade no cálculo do benefício do aposentado, este passou a se sentir impelido a requerer aposentadoria cada vez mais tarde, a fim de não ver seu benefício reduzido.

Dessa forma, a idade mínima proposta pelo governo e rechaçada na votação da Emenda acabou sendo legalizada através de lei ordinária. Corroborando esse entendimento, manifesta-se Jelson Carlos Accadrolli⁴³, professando que “o fator previdenciário foi uma forma indireta que o Governo encontrou para implantar um limite mínimo de idade para a aposentação”. Na mesma linha de raciocínio posiciona-se Marcus Orione⁴⁴:

“O Fator Previdenciário é inconstitucional, visto que se introduzem, por meio de lei ordinária, elementos de cálculo não previstos constitucionalmente para obtenção do valor, em especial da aposentadoria por tempo de contribuição. Diversamente do setor público, no setor privado rechaçou-se a edição de idade para a obtenção do benefício. Do mesmo modo, não há qualquer previsão, para que o benefício seja concedido, de elementos não elencados constitucionalmente”.

Reforçando ainda mais os argumentos suscitados no presente trabalho acerca da inconstitucionalidade do fator previdenciário, salutar transcrever trecho do parecer apresentado pela assessoria jurídica da FIESP/CIESP⁴⁵ sobre o assunto, asseverando que:

⁴³ACCADROLLI, Jelson Carlos. A influência do fator previdenciário no cálculo do valor da aposentadoria. Revista de previdencia social . Ano 2004 , v. 28 , n. 288 , mes NOV, páginas 983-984

⁴⁴ORIONE, Marcus. Curso de direito da seguridade social. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 342.

⁴⁵CIESP/FIESP. O fator previdenciário e a aposentadoria por tempo de contribuição. São Paulo, jan. 2001. Disponível em: < http://www.ciesp.org.br/hotsite_dejur/pareceres_juridicos/039-01.pdf>.

“Nos termos do artigo 201 da Constituição Federal, podemos verificar que a expectativa de sobrevida não consta no rol dos requisitos exigidos para a concessão de aposentadorias pelo Regime Geral de Previdência Social. O mesmo dispositivo constitucional também proíbe a adoção de critérios diferenciados para a concessão de aposentadorias a seus beneficiários [...] Não podemos olvidar que a Carta Magna, para efeito de cálculo do benefício, considerou, apenas, os salários-de-contribuição dos segurados do sistema de previdência social; assim, não há como se justificar, por meio de lei ordinária, a inclusão do fator previdenciário como elemento do cálculo de benefício”.

Diante do exposto, resta indiscutível a latente inconstitucionalidade da Lei nº 9.876/99, que introduziu o fator previdenciário no cálculo das aposentadorias por tempo de contribuição. A Constituição Federal foi clara ao impedir a adoção de critérios diferenciados na concessão dos benefícios, com a exceção expressamente disposta no texto normativo (art. 201, §1º, CF/88). Assim, ao se criar novos critérios, estar-se-á operando flagrante afronta ao dispositivo constitucional, devendo, portanto, a lei infraconstitucional contrária à norma expressa na Lei Maior ser expurgada do ordenamento jurídico brasileiro no que for a ele contrário.

5.2. Posicionamento do Judiciário

A discussão acerca da constitucionalidade do fator previdenciário alcançou o Pretório Excelso através das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.110 e 2.111. Em ambos os casos, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu pelo não conhecimento da cautelar e da liminar, respectivamente. Não houve, portanto, efetiva discussão acerca do mérito da questão, tendo os ministros decidido tão-somente acerca da presença dos critérios objetivos para concessão de uma medida de urgência.

Apesar de não ter adentrado no âmago da questão suscitada pelo requerente, qual seja, a inconstitucionalidade da Lei nº 9.876/99 que introduziu a figura do fator previdenciário para o cálculo dos benefícios do RGPS, alguns ministros proferiram votos assaz interessantes. Nesse sentido, interesse posicionamento manifestou o ministro Marco Aurélio Mello em seu voto, em que deferia a cautelar e a liminar pleiteadas. Aduz o ministro:

“Digo que o fator idade e o fator previdenciário significam a mesma coisa porque a idade repercute no cálculo do benefício e, daí, entre as siglas da equação para

chegar-se ao valor do benefício, tem-se a idade no momento da aposentadoria. Ao lado dessa idade, parte-se para o que se denominou 'expectativa de sobrevivência no momento da aposentadoria'. Então, não há a menos dúvida de que se emprestou o rótulo ao novo trato da matéria, o rótulo fator previdenciário, que pode ser entendido às claras, com uma transparência maior, como o fator idade”.

Prossegue o eminente ministro em seu esclarecedor voto:

“Se formos ao art. 201 da Carta da República, na redação decorrente da Emenda Constitucional n. 20, veremos que esse artigo 201, § 7, incisos I e II, estabelece certas condições constitucionais para chegar-se à aposentadoria. No tocante à idade, a previsão ficou limitada à aposentadoria por idade propriamente dita. Não se estendeu esse elemento à aposentadoria que antes era por tempo de serviço e que a Emenda Constitucional n. 20 transformou em aposentadoria por tempo de contribuição[...] O rol do artigo 5º é muito aberto, com preceito que é básico, é medular, num Estado Democrático de Direito, alusivo à igualdade. Revelando o alcance desse preceito, especificamente quanto ao fator idade, há um outro dispositivo que o exclui no tocante a certo instituto. Refiro-me ao artigo 7º, inciso XXX. Desse inciso nos vem, de forma clara, precisam que não se pode haver diferenças de salários, de exercício de funções, de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil [...] Será que se mostra harmônica com essa norma, com o princípio da igualdade, com o que houve quando da apreciação da PEC, que resultou na Emenda Constitucional n. 20, a tomada da idade para nortear proventos submetidos a um teto que não permite subterfúgios, como é o de mil e duzentos reais? A meu ver, não. ... Os proventos devem ser calculados na forma fixada na legislação de regência, mas esta há de mostrar-se em consonância com os ditames constitucionais, sob pena de configurar-se conflito, a inconstitucionalidade”.

Não obstante o posicionamento final adotado pelo STF quanto à concessão da liminar e da cautelar nas ações acima elencadas, cabe ainda ao segurado o controle de constitucionalidade relativo à Lei que introduziu o fator previdenciário na modalidade difusa. Dessa forma, já existem julgados favoráveis à extinção do fator exatamente por considerá-lo afrontoso à CF/88, ferindo, claramente, o princípio da isonomia.

Isso porque a finalidade precípua da isonomia, no âmbito do Judiciário, é fornecer uma prestação jurisdicional de forma igualitária a todos os jurisdicionados, tratando desigualmente os desiguais quando necessário para a efetiva concretização da justiça e oferecendo tratamento igual aos que estiverem nas mesmas condições, nos termos da lei.

Dessa forma, diante de flagrante situação de discriminação injustificada, incongruente com os preceitos constitucionais, cabe ao magistrado manifestar-se a fim de restabelecer o equilíbrio, oferecendo soluções que revelem o tratamento equânime que deveria ter sido observado pelo Legislativo.

Contudo, o papel do Judiciário não é legislar. Não cabe a ele indicar como a norma deveria ter sido editada, mas sim, ao verificar sua inaplicabilidade à efetiva situação material, afastar a incidência de tal regra. O magistrado não pode observar as normas jurídicas somente em seu âmbito formal, deve buscar sempre uma aproximação maior da realidade material, sob pena de se criar um Estado extremamente legalista, amparado unicamente na interpretação literal da lei – o que conduziria a grandes injustiças, a exemplo do que ocorria nos Estados positivistas do séc. XIX.

Nesse diapasão, muitos magistrados tem, acertadamente, proferido decisões determinando a revisão da renda mensal inicial de muitos aposentados sem a incidência do fator previdenciário, por entender ser este de indiscutível inconstitucionalidade, não devendo ser recepcionado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Em conformidade com essa linha de raciocínio, convém transcrever parte da sentença proferida no processo de nº 2005.63.15.000133-5, em trâmite na Justiça Federal de São Paulo, em que o magistrado apresentou suas razões para o afastamento da incidência do fator previdenciário em virtude de sua premente inconstitucionalidade:

“Ou seja, a lei infra constitucional não pode criar critérios diferenciados para segurados nas mesmas condições, a não ser as hipóteses ressalvadas no próprio dispositivo constitucional. A questão a ser analisada neste caso é se o fator previdenciário instituiu um requisito discriminador. Ao ser efetuado o cálculo da aposentadoria por tempo de contribuição ou idade, aplica-se este fator levando-se em conta a idade do segurado e a sua expectativa de sobrevivência. Em outras palavras, quanto mais jovem for o segurado, menor será sua RMI, ainda que tenha contribuído por igual período e mediante os mesmos valores que um outro segurado, mais velho do que ele. A lei 9.876/99 instituiu um critério diferenciador entre segurados nas mesmas condições. Ao agir de tal modo, ofendeu claramente o disposto no § 1º do artigo 201 da Constituição Federal que veda tal prática.

Segurados nas mesmas condições: igual tempo de serviço, igual tempo de contribuição e idêntica base de cálculo de recolhimento, terão rendas mensais iniciais diferentes conforme a idade de cada um. Nesta hipótese, a Lei 9.876/99 foi além de onde lhe estava autorizado a ir pelo §1º do artigo 201 da Constituição Federal. Instituiu, por vias transversas, um requisito para efeito de cálculo da RMI, não previsto no próprio parágrafo mencionado e não inserido nas exceções estipuladas também por este parágrafo. Dado seu caráter eminentemente inconstitucional, incidência do fator previdenciário no cálculo das rendas mensais iniciais dos benefícios de aposentadoria por tempo de serviço e por idade (alíneas “b” e “c”, do inciso I, do artigo 18, da Lei 8.213/91), deve ser afastada”.

Percebe-se, portanto, o acertado comportamento do magistrado ao não coadunar com um sistema injusto, discriminatório e flagrantemente contrário à Constituição Federal,

por ir de encontro a um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, qual seja, a isonomia.

5.3. O Projeto de Lei 3299/08

Tendo em vista a flagrante afronta ao princípio constitucional da isonomia, provocando perdas para os segurados no patamar de até 40% em seus benefícios, revelando um mecanismo cruel para manter o trabalhador em seus postos de trabalho, foi aprovada no Senado o PL nº 3299/08, de iniciativa do senador Paulo Paim.

O cerne principal do projeto é a extinção do fator previdenciário, retirando, em definitivo, esse critério de cálculo das aposentadorias por tempo de contribuição. A fim de evitar o veto presidencial, já que o governo se manifestou no sentido de que não aceitará qualquer lei que simplesmente extinga o fator previdenciário, os autores do projeto tem estudado alternativas viáveis para a substituição por outra forma de cálculo menos prejudicial aos trabalhadores.

Nesse sentido, estuda-se a implementação da chamada fórmula 95, já utilizada nas aposentadorias dos servidores públicos, de forma que o trabalhador tenha a oportunidade de se aposentar com 100% do salário-benefício quando a idade e o tempo de contribuição somarem, pelo menos, 95 para homem e 85 para a mulher. Para os professores, seriam necessários cinco pontos a menos. Além disso, o projeto não deverá mais prever a retroatividade da nova regra para todos os segurados atingidos pelo desconto no valor da aposentadoria.

Ademais, o PL 3299/08 também extinguirá a forma de cálculo baseada na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição do segurado, correspondente a 80% de todo o período contributivo. Uma vez aprovada, a lei determinará que o valor da aposentadoria tome como base os últimos 36 meses de contribuição do trabalhador.

O projeto já foi aprovado no Senado e agora aguarda votação no Congresso. Nos próximos dias deverá ser votado na Comissão de Finanças e Tributação. Depois, deverá ir

para a Comissão de Constituição e Justiça e para o plenário. Se passar, a proposta voltará ao Senado, pois terá sido alterada. Aguarda-se também a apreciação de um pedido de urgência. Se o pedido for aceito pela presidência da Câmara, ele irá direto para plenário, e outros deputados poderão propor emendas, isto é, alterações no projeto, entre elas a retroatividade da nova regra.

Espera-se que a nova legislação possa entrar em vigor ainda este ano, de forma a extirpar, em definitivo, o fator previdenciário do cálculo dos benefícios dos aposentados, pondo fim a uma situação de acentuada injustiça e de nítido caráter anti-isonômico, não condizentes com os propósitos constitucionais.

CONCLUSÃO

Conforme exposto ao longo do presente trabalho, a introdução do fator previdenciário acabou por inculir no cálculo do benefício do aposentado o fator idade, visto que considera tal elemento para se nortear os proventos da aposentadoria. Dessa forma, o Governo conseguiu que se aprovasse, através de lei ordinária e, portanto, por maioria simples, a proposta de idade mínima para aposentadoria rejeitada na votação da PEC 33, inserindo, assim, por vias transversas, um requisito de idade para a concessão de benefícios do RGPS, requisito este não previsto na Constituição e não desejado pelos parlamentares quando da votação do mencionado Projeto de Emenda à Constituição.

A criação do fator previdenciário trouxe como consequência imediata a inserção de novos critérios para o cálculo do valor dos benefícios. Conforme anteriormente ventilado, tais critérios não estão previstos pela Constituição Federal. O art. 201 da Magna Carta estabelece condições para que se calcule o valor das aposentadorias, devendo o legislador infraconstitucional agir dentro dos limites expressos na Lei Maior.

Nesse contexto, estabelece a Constituição vedação expressa à adoção de critérios diferenciados para a concessão de aposentadorias aos beneficiários do RGPS, à exceção de atividades passíveis de prejudicar a saúde ou a integridade física do aposentado, bem como quando se tratar de segurados portadores de deficiência. Ora, a partir do momento em que se inculre no cálculo da renda mensal inicial do aposentado fatores como a idade e a expectativa de vida está se operando uma diferenciação de critérios na concessão dos benefícios, já que segurados que contribuem pelo mesmo período sobre o mesmo salário-de-contribuição receberão benefícios diferentes.

Por conseguinte, o fator previdenciário acaba por estabelecer requisito discriminador não previsto na Constituição Cidadã de 1988, indo de encontro ao princípio da isonomia. Ainda que se almeje o equilíbrio financeiro e atuarial, princípio norteador da Previdência Social a partir da Emenda Constitucional nº 20/1998, não parece ser plausível restringir direitos sociais, constitucionalmente assegurados, em prol dos interesses econômicos e financeiros do sistema vigente.

Desta feita, percebe-se que a introdução do fator previdenciário afronta nitidamente preceitos constitucionais básicos, de observância obrigatória por parte do operador do Direito, causando diferenciações entre sujeitos que se encontram em situação de igualdade, e como tal deveriam ser tratados.

REFERÊNCIAS

ACCRADROLLI, Jean Carlos. A influência do fator previdenciário no cálculo do valor da aposentadoria. **Revista da Previdência Social**. São Paulo : LTr , 2001

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BALERA, Wagner. Fator previdenciario. **Revista jurídica: Consulex**, São Paulo, v. 10, n. 236, Nov 2006 .

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, Senado, 1988.

_____. Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui o Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8212cons.htm>. Acesso em 04 mai. 2009

_____. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os planos de benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm>. Acesso em 04 mai. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.110. Decisão que indefere a liminar pleiteada para suspender os efeitos do fator previdenciário no cálculo das aposentadorias pelo RGPS. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=2110&classe=A DI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 10 mai. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.111. Decisão que indefere a cautelar pleiteada para suspender os efeitos do fator previdenciário no cálculo das aposentadorias pelo RGPS. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=2111&classe=A DI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 10 mai. 2009.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 25. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 30. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CASTRO, Carlos Alberto P. LAZZARI João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 3. ed. São Paulo: LTr. 2002

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 38.

DIAS, Eduardo Rocha. MACÊDO, Eduardo Rocha Dias. **Curso de Direito Previdenciário**. 7. ed. São Paulo: Método, 2008.

KERTZMAN, Ivan. **Curso prático de direito previdenciário**. 4. ed. Salvador: Podivm, 2007.

Martinez, Wladimir Novaes . Aspectos negativos e positivos do fator previdenciario . **Revista IOB : trabalhista e previdenciaria**. Ano 2006 , v. 17 , n. 207 , mes SET , páginas 7-12.

_____. **Curso de Direito Previdenciário. Tomo I – Noções de Direito Previdenciário**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2001.

_____. **Fator Previdenciário em 420 perguntas e respostas**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2001

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994.