

**REFORMA CONSTITUCIONAL DA PREVIDÊNCIA: UMA ANÁLISE DA
POSSÍVEL (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EMC 103/19**

**CONSTITUTIONAL PENSION REFORM: AN ANALYSIS OF THE POSSIBLE
(IN)CONSTITUTIONALITY OF EMC 103/19**

Ana Paula Dantas Alves

Graduanda em Direito pela Faculdade ALFAUNIPAC/TO – Brasil

E-mail: anapauladantasalves@hotmail.com

Paulo Henrique Brant Vieira

Mestre em direito pela Universidade de Itaúna/mg, Especialista em Direito Público pela PUC Minas e Especialista em Segurança Pública pela Academia de Polícia Militar/PMMG, Bacharel em Direito pela Universidade de Itaúna, Bacharel em Ciências Militares com ênfase em Defesa Social pela Academia de Polícia Militar da PMMG. Professor do Curso de Direito ALFAUNIPAC/TO - Brasil

E-mail: phbrant@gmail.com

Recebido: 09/07/2022 Aceite:01/08/2022

Resumo

O presente trabalho discute acerca da reforma previdenciária implementada no ano de 2019 no estado brasileiro que modificou as regras constitucionais da seguridade social, em especial da previdência social, fazendo prever dentre as novas regras implementadas pela Emenda Constitucional 103, a possibilidade de nulidade de aposentadorias do regime próprio de previdência concedidas ou que venham a ser concedidas com contagem de tempo fictício do regime geral da previdência, provocando assim certa insegurança jurídica aos servidores que estão em gozo de aposentadorias já concedidas, ou que porventura tenham a expectativa de direito de terem concedidas aposentadorias com a contagem de tempo fictício já implementado. Partindo de uma análise doutrinária sob a possível aplicação do princípio da segurança jurídica, da confiança e sua possível aplicação na defesa do direito expectado, e ainda, de decisões de

tribunais superiores, tem como objetivo responder se a reforma da previdência implementada se reveste de possível inconstitucionalidade.

Palavras-chave: Previdência; poder reformador; inconstitucionalidade.

Abstract

The present work intends to discuss the social security reform implemented in the year 2019 in the Brazilian state that modified the constitutional rules of social security, especially social security, making provision among the new rules implemented by Constitutional Amendment 103, the possibility of nullity of pensions from the own pension scheme granted or that will be granted with a fictitious time count of the general welfare regime, thus causing certain legal uncertainty to civil servants who are enjoying pensions already granted, or who may have the expectation of the right to have pensions granted with dummy time counting already implemented. Starting from a doctrinal analysis under the possible application of the principle of legal certainty, trust and its possible application in the defense of the expected right, and also, of decisions of higher courts, it is intended to answer whether the implemented pension reform is covered by possible unconstitutionality.

Keywords: Welfare; reforming power; unconstitutionality.

1 INTRODUÇÃO

O direito constitucional previdenciário tem sido alvo de constantes reformas desde sua afirmação pelo poder constituinte. A Emenda Constitucional 103/19 novamente altera o sistema de previdência social estabelecendo regras de transição e disposições transitórias, causando desconforto a todos que inseridos estão, seja no regime geral o mesmo no regime próprio de previdência social.

Neste contexto, o presente trabalho tem por objetivo analisar a inconstitucionalidade ou constitucionalidade da regra insculpida na mencionada emenda a qual oportuniza ao Estado anular benefícios previdenciários do regime próprio de previdência concedidos com o computo recíproco de tempo fictício do regime geral de previdência social, isto nos casos em que não se colheu a devida contribuição ou que o servidor tenha indenizado o estado.

Assim, como objetivo geral do presente trabalho discutir a alteração constitucional da reforma previdenciária realizada pela EC/103 de 2019, em especial a possibilidade de nulidade das aposentadorias concedidas por regime

próprio de previdência social com contagem recíproca do Regime Geral de Previdência Social mediante o cômputo de tempo de serviço sem o recolhimento da respectiva contribuição sob a égide de possível violação do princípio da segurança jurídica.

Como problema a ser investigado questionou-se em qual medida o poder reformador constitucional poderá afetar o direito adquirido dos servidores estatutários aos quais foram concedidas aposentadorias com contagem recíproca do Regime Geral da Previdência Social mediante o computo de tempo de serviço sem o recolhimento da respectiva contribuição e a hipótese apresentada partindo do princípio constitucional de proteção à segurança jurídica tem a afirmativa de que é impossível a retração de lei, mesmo que advindo do poder reformador que prejudique o beneficiário.

Trata-se de um estudo exploratório, de caráter qualitativo, com abordagem predominantemente dedutiva, onde busca-se analisar as mudanças implementada pelo poder reformador constitucional, sendo que para se atingir os objetivos da pesquisa, o caminho percorrido foi dividido em duas etapas: primeiramente pesquisa bibliográfica de literatura especializada sobre a temática e, posteriormente pesquisa documental de análise de decisões judiciais sobre casos concretos.

2 REVISÃO DA LITERATURA

2.1 O imperativo da reforma constitucional previdenciária e a ameaça a benefícios previdenciários perdidos

O direito à seguridade social garantido na Constituição Federal de 1988 se traduz no amadurecimento de uma sociedade que passou a reconhecer o dever do Estado em assegurar e garantir direitos à saúde, previdência e assistência social de forma integrada, conciliando esta garantia com os princípios fundamentais desta mesma carta magna, em especial a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, incisos III e IV), a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade quaisquer outras formas de discriminação (art. 2º, inciso IV) e a prevalência

dos direitos humanos (art. 4º, inciso II).

Da leitura do art. 6º da CF/88 é possível verificar que saúde, previdência e assistência enquanto espécie do gênero Seguridade Social possuem sua inserção no título dos direitos e garantias fundamentais, fato que demonstra sua relação íntima e necessária com ações de proteção da dignidade da pessoa humana e, nesta esfera de proteção, é possível afirmar a especial presença da previdência e da assistência social com ações necessárias à implementação de políticas públicas que pugnam pela garantia do mínimo existencial, “também chamado de mínimo social, ou o direito básico às provisões necessárias para que se viva dignamente” (BARROSO, p. 84-85, 2021).

É com este olhar de proteção do cidadão que a política de seguridade social está concebida como um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, reclamando diversas ações necessárias a minimizar os riscos de possível redutibilidade do exercício de direitos fundamentais e sociais do indivíduo, afirmando Marques, Batich e Mendes que:

O conjunto de proposições, que garantiu a instituição do campo da seguridade social na constituição substituiu o caráter meritocrático o qual, até então, havia sustentado a proteção social, particularmente na área previdência e na saúde pelo princípio da cidadania (MARQUES; BATICH; MENDES; 2003, p. 113).

Todavia, é possível dizer, partindo da área afeta à previdência social, a qual já foi alvo de sete emendas¹ constitucionais desde o ano de 1988 e, considerando a mais recente destas, a Emenda Constitucional 103/2019, que o direito à segurança jurídica enquanto direito fundamental previsto no art. 5º, inciso XXXIV da CF/88 pode estar ameaçado a considerar o poder reformador constitucional que, nos termos do art. 25, § 3º da Emenda Constitucional 103/2019 assim se estabeleceu:

Art. 25. Será assegurada a contagem de tempo de contribuição fictício no Regime Geral de Previdência Social decorrente de

¹ Emenda Constitucional nº 3/1993; Emenda Constitucional nº 20/1998; Emenda Constitucional nº 41/2003; Emenda Constitucional nº 47/2003; Emenda Constitucional nº 70/2012, Emenda Constitucional nº 88/2015 e a Emenda Constitucional 103/2019.

hipótese descritas na legislação vigente até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional para fins de concessão de aposentadoria, observando-se, a partir da sua entrada em vigor, o disposto no § 14 do art. 201 da Constituição Federal.²

§ 3º Considera-se nula a aposentadoria que tenha sido concedida ou que venha a ser concedida por regime próprio de previdência social com contagem recíproca do Regime Geral de Previdência social mediante o cômputo de tempo de serviço sem o recolhimento da respectiva contribuição ou da correspondente indenização pelo segurado obrigatório responsável, à época do exercício da atividade, pelo recolhimento de suas próprias contribuições previdenciárias (BRASIL, EC 103/2019).

O que se extrai da mencionada norma é a oportunidade de revisão pelo Estado de aposentadorias já concedidas no Regime Próprio de Previdência Social em que estas aposentadorias se estabeleceram diante a contagem recíproca do tempo de serviço prestado pelo segurado que estava ligado ao Regime Geral de Previdência Social, mas que em determinado momento do tempo tenha deixado o segurado de recolher ou indenizar ao órgão previdenciário as contribuições devidas deste tempo.

Ao manifestar sobre esta ação do reformador constitucional, em artigo intitulado a norma mais chocante da nova reforma da previdência, Paulo Modesto (2019) defende ser a construção normativa do § 3º do art. 25 da EC 103/2019 um verdadeiro eclipse à segurança jurídica, tratando-se de norma exótica e inconstitucional, pois, segundo o autor:

Na ordenação do tempo constitucional o legislador não pode ser bipolar: proteger a confiança e fraudar a confiança sobre os mesmos efeitos jurídicos, relativamente aos mesmos fatos e na mesma relação previdenciária, manobrando abusivamente o tempo, que para as pessoas comuns é irreversível e unidirecional (MODESTO, 2019, p. 1).

Afinado com o pensamento de Paulo Modesto, provocando o agir da Corte Constitucional brasileira contra esta possível ameaça à segurança jurídica, a Associação Nacional das Defensoras e dos Defensores Públicos promoveu a Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI/6254 em que, dentre as alegações de inconstitucionalidade do § 3º do art. 25 da EC 103/2019 por violação da cláusula pétrea ao direito adquirido (direito fundamental individual) em razão da

² O § 14 do Art. 201 da CF/88 assim se apresenta: É vedada a contagem de tempo de contribuição fictício para efeito de concessão dos benefícios previdenciários e de contagem recíproca. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019).

determinação para que seja considerada nula a aposentadoria “que tenha sido concedida”, situação está que vai de encontro ao previsto no art. 5º, inciso XXXVI e, de mesma sorte, o inciso IV, § 4º do art. 60 o qual expressamente assevera que “não será objeto de deliberação qualquer Emenda Constitucional tendente a abolir “os direitos fundamentais individuais”.

Também irresignados com o comando normativo da mencionada Emenda Constitucional 103/2019, Associações e Entidades representativas de servidores públicos peticionaram junto ao Supremo Tribunal Federal nos termos das ADIs 6256, 6271 e 6289 onde dos pedidos se reclama, quanto ao mérito, a inconstitucionalidade do § 3º do art. 25 da Emenda Constitucional nº 103, de 2019, ou sucessivamente, dar interpretação conforme à Constituição deste instituto normativo constitucional, a fim de que seja excluída qualquer exegese que pretenda aplicar a regra impugnada para aposentadorias concedidas e a serem concedidas com averbação de tempo de serviço anterior à Emenda Constitucional nº 20, de 19983.

O ponto de tensão que se estabelece está na oportunidade de nulidade dos atos administrativos de concessão de aposentadorias que já estão em gozo a segurados do Regime Próprio de Previdência Social (Servidores Públicos) em que estas aposentadorias tenham sido concedidas com a contagem recíproca de tempo em que não se recolheu a devida contribuição ou não se indenizou o Estado pela não contribuição.

Para ilustrar situações reais em que foram concedidos benefícios de aposentadoria a segurados do RPPS sem o devido recolhimento, o Prof. José Jerônimo Lima (2020) menciona legislações de carreiras de Estados brasileiros como a Lei Complementar 35/1979 (Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional)⁴ e a Lei nº 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público)⁵ em que o chamado tempo fictício, ou não contributivo, a exemplo do tempo de exercício da advocacia foram reconhecidos para tais concessões de benefícios

³ Ver ADI/6256 - Petição Inicial, p. 26/27.

⁴ LC 35/1979; Art. 77. computar-se-á, para efeito de aposentadoria e disponibilidade, o tempo de exercício da advocacia, até o máximo de quinze anos, em favor dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos membros dos demais Tribunais que tenham sido nomeados para os lugares reservados a advogados, nos termos da Constituição federal.

⁵ Lei 8.625/1993; Art. 50, § 2º Computar-se-á, para efeito de aposentadoria, disponibilidade e adicionais por tempo de serviço, o tempo de exercício da advocacia, até o máximo de quinze anos.

de aposentadorias, situação está que vigeu até a entrada da Emenda Constitucional de nº 20/1998, quando se extinguiu a possibilidade legal de qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício⁶.

A questão então que se estabelece a considerar a exegese do § 3º do art. 25 da EC Nº 103/2019 é, quanto à possibilidade de a exemplo de concessões de aposentadorias anteriores ao dia 15 dezembro de 1998, data da entrada em vigor das alterações constitucionais encaminhadas pelo poder reformador na EC nº 20/1998, ser consentido ao Estado viajar no tempo e rever também estas aposentadorias e considerá-las nulas.

2.2 A (im)possibilidade dos benefícios já concedidos

O processo de reforma da Constituição, em especial da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 se encontra estabelecido em seu próprio texto o qual se estabelece por meio de Emendas Constitucionais (art. 59, inciso I e art. 60), afirmando Pedro Lenza (2009, p. 157) que está “competência reformadora tem a capacidade de modificar a Constituição Federal, por meio de um procedimento específico, estabelecido pelo originário, sem que haja uma verdadeira revolução”.

Sobre esta possibilidade de se operar reformas constitucionais por meio das Emendas Constitucionais, o § 4º do art. 60 estabelece o limite para este poder reformador ao rechaçar qualquer possibilidade de propostas tendentes a abolir (i) a forma federativa do Estado, (ii) o voto direto, secreto, universal e periódico; (iii) a separação dos poderes e (iv) os direitos e garantias individuais, afirmando Edílio Ferreira (1996) que as “Emendas Constitucionais que não respeitarem esses limites serão inconstitucionais sob ponto de vista material”.

Ocorre que para referendar a possibilidade de nulidade de aposentadorias que tivessem sido concedidas sem a devida contribuição, poderia a administração pública reclamar a aplicação do art. 17 do ato das disposições constitucionais transitórias inserido pela EC/41 de 2003 o qual assim estabelece:

⁶ Ver o § 10 do art. 40 da CF/88 o qual foi inserido pela EC Nº 20/1998 e ainda vigente conforme.

Art. 17. Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

É claro que neste ponto o que se enfrenta é o chamado valor do teto constitucional, e não o direito de ter aposentadoria concedida sem a devida contribuição e contabilizando este tempo de serviço, podendo inclusive a administração pública rever estas aposentadorias, fazendo com que o direito a ter direito adquirido não prosperasse diante esta nova regra do poder reformador constitucional.

Em estudo sobre o julgamento da ADIN'S 3105 e 3128 em que se enfrentou a temática da inconstitucionalidade do art. 4º da EC/41 a qual fez prever tributação sobre proventos de aposentadorias e pensões de servidores públicos, inclinando o Supremo Tribunal Federal pela constitucionalidade desta nova regra, Geovane Jevaux defendo o princípio da segurança jurídica e da confiança fez a seguinte crítica à decisão do STF e ao esvaziamento destes princípios:

Assim, mesmo contra a opinião geral de que as imunidades geram direitos adquiridos ou que se põem a salvo do poder de reforma, tal como outrora reconhecido pelo próprio STF no julgamento da ADIn nº 939-7, pelo voto vencedor do Ministro Relator Sidney Sanches, o julgamento das ADIn's nº 3105 e 3128 estabelece novo paradigma em sentido oposto, pondo em risco os princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica (JOVEAUX, 2006, p. 117).

Em posição contrária defende Paulo Modesto que o servidor ocupante de cargo público não se apropria do seu regime jurídico, este não lhe pertence, não sendo incorporado ao seu patrimônio jurídico, pois não é adquirido como qualquer outra comodidade, prestação de ordem patrimonial ou individual, pois “se inexistente direito adquirido à persistência de regime jurídico da função pública em face de lei, muito menor a razão assiste aos que afirmam direito adquirido a regime jurídico em face da Constituição”(MODESTO, 1995, p. 3).

O que inclina Paulo Modesto é a defesa da possibilidade de alteração do regime jurídico, e nestes casos, a conformação de situações jurídicas de alcance do direito dos servidores somente terem garantidos seu direito ao benefício previdenciário de aposentadoria, diante modificação de legislação

infraconstitucional ou constitucional, quando o servidor tiver alcançado todos os requisitos para concessão do benefício que deve ser dar antes da modificação e vigência da Lei.

O problema que se instaura e que encontra poucos defensores no campo jurisprudencial ou mesmo doutrinário é a explicitação da possibilidade de invocação do princípio constitucional da segurança jurídica e de outros princípios reflexos como o da confiança e da boa-fé.

Importa mencionar que o direito à segurança jurídica não é princípio novo, ou seja, garantido a partir da Constituição Cidadã, mas sua garantia remonta à Constituição de 1967 (art. 153, § 3º) e de mesma sorte na Emenda Constitucional nº 1 de 1969 (art. 153, § 3º), constituições estas que o tratou assim como a Constituição Federal como norma de direito fundamental, afirmando Di Pietro (2019, p. 161) que “o princípio da segurança jurídica apresenta o aspecto objetivo, da estabilidade das relações jurídicas, e o aspecto subjetivo, da proteção à confiança ou confiança legítima”.

Ainda sobre o direito adquirido e na defesa de que este direito deve englobar as expectativas dos funcionários públicos que sejam protegidos de possíveis mudanças legislativas que lhe atribuam a quebra do princípio da confiança e da expectativa de direito, esclarece Vilhena que:

A conceituação do direito adquirido, no campo do direito estatutário, há de entender-se compreensiva de todos os desdobramentos da projeção jurídica que a norma visou alcançar. E esta faz comprometer nos círculos dos direitos os chamados direitos expectados, cuja segurança de perfeição a lei situa no próprio arbítrio do interessado e a subordina apenas ao decurso do tempo e a permanência naquele regime (VILHENA, 1971, p. 8).

Tem-se assim que considerando a defesa de Paulo Vilhena é possível invocar a proteção do princípio da da segurança jurídica ou princípio da confiança quando ameaçado a expectativa do direito, em especial nos casos em que este direito já está devidamente alcançado como, por exemplo, nos casos em que servidores público alcançaram diante a legislação vigente em determinado momento o direito ao benefício previdenciário de aposentadoria, mesmo quando da contagem de tempo fictício que então se permitia.

Ocorre que da interpretação literária da Emenda Constitucional 103/19, em especial na regra estabelecida no § 3º de seu artigo 25, traz a permissão de

poder o Estado rever inclusive aquelas aposentadorias concedidas com a contagem de tempo fictício, as quais estando em desacordo com a modificação constitucional vigente poderia ser inclusive objeto de ato de anulação.

Neste ponto, torna-se necessário então enfrentar a possibilidade de aplicação deste princípio da segurança jurídica como blindagem jurídica a proteger o trabalhador de possível invalidação de ato jurídico de concessão de aposentadoria com a contagem de tempo fictício, ou de outra sorte, de invocar o princípio da proteção da confiança a proteger a expectativa de direito diante a promessa do estado que se vê descumprida pelo poder reformador do Estado.

2.3 A (in)constitucionalidade da EMC 103/19 diante da aplicação do Princípio da Segurança Jurídica

Submetida a Emenda Constitucional 103 ao controle concentrado do Supremo Tribunal Federal, o pedido nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade - ADI intencionam a declaração de inconstitucionalidade do § 3º do art. 25 da EC/103 a considerar, quanto ao mérito, possível afronta ao direito fundamental previsto no inciso XXXVI art. 5º - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada e também no inciso V, § 4º do art. 60 - não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais - todos da Constituição Federal de 1988.

Tendo manifestado a Procuradoria Geral da República na ADI 6256/DF7 quando dá parecer pela ilegitimidade das partes para propositura da mencionada ação, extrai-se desta mesma manifestação quanto ao mérito parecer pela procedência parcial do pedido para que seja declarada a inconstitucionalidade da expressão “que tenha sido concedida ou”.

Pautando a PGR sua manifestação não apenas na defesa do princípio constitucional previsto no já mencionado inciso XXXVI do art. 5º da CF/88, apontou ainda o parquet a tradução deste princípio constitucional na Lei de Introdução às do Direito Brasileiro - LINDB que em seu art. 6º transcreve a

⁷ A manifestação da PGR poderá ser consultada em <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5814703>.

vigência imediata e generalidade das leis, porém respeitado o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

Apesar de ainda não haver decisão da Suprema Corte sobre o assunto, a situação ora enfrentada e inclusive combatida que recai sob a inconstitucionalidade de revisão de aposentadorias já concedidas a servidores públicos a considerar o cômputo de tempo fictício vai de encontro ao princípio constitucional do direito adquirido, leciona Da Silva (2005, p. 434) que a doutrina não fixou com precisão o seu conceito, todavia seguindo orientação de Gabba, tem-se como elementos caracterizadores (1) ter sido produzido por um fato idôneo para sua produção; (2) ter-se incorporado definitivamente ao patrimônio do titular.

Ainda para a compreensão do direito adquirido é necessário ter o conceito de direito subjetivo “enquanto direito exercitável segundo a vontade do titular e exigível na via jurisdicional quando seu exercício é obstado pelo sujeito obrigado à prestação correspondente”, ou seja, trata-se de direito que já preenche encerra todos os requisitos para seu exercício, mas que ainda não o foi por vontade de seu titular (SILVA, 2005, p. 434).

Todavia há uma ressalva quando a lei que regulamenta este direito subjetivo se traduz em norma de direito público, pois, segundo parte da doutrina, nestes casos não é rara a afirmativa de que não há direito adquirido em face da lei de ordem pública ou de direito público, esclarecendo Silva que:

A generalização não é correta nestes termos. O que se diz com boa razão é que não corre direito adquirido contra o interesse coletivo, porque aquele é manifestação de interesse particular que não pode prevalecer sobre o interesse geral. A Constituição não faz distinção (SILVA, 2005, p. 435).

A situação ganha relevo ainda de maior complexidade quando o que se busca proteger não é apenas o direito adquirido conforme demonstrado, mas situações de expectativa de direito, ou seja, de ter o servidor público o direito de conquistar o direito regulamentado quando de sua assunção ao serviço público, como, por exemplo, direitos de ordem previdenciária ou ainda de projeções na carreira que poderão ser implementados com o decorrer do tempo.

Defendendo esta tese de possibilidade de defesa do direito expectado como uma projeção do direito adquirido a considerar a promessa atrativa do

estado para cooptar o cidadão ao serviço público, Paulo Vilhena afirma que:

A conceituação do direito adquirido, no campo do regime estatutário, há de entender-se compreensiva de todos os desdobramentos da projeção jurídica que a norma visou alcançar. E esta faz comprometer nos círculos dos direitos os chamados direitos expectados, cuja segurança de perfeição a lei situa no próprio arbítrio do interessado e a subordina apenas ao decurso do tempo e a permanência naquele regime (VILHENA, 1971, p. 18).

Segundo Viviana Solis (2014) encontra no desenvolvimento relativamente recente do direito público a nível global o princípio da confiança legítima, cujo objetivo é limitar a atividade do poder público, “impedir que destrua sem motivo suficiente a confiança que sua ação possa ter criado nos cidadãos quanto à estabilidade de uma determinada situação jurídica”⁸(SOLIS, 2014, p. 432).

Dissertando sobre a proteção ressarcitória do Estado e o princípio da proteção da confiança, Maffini e Rigon (2013, p. 48) afirmam que os “órgãos ou autoridades públicas, ao se pronunciarem no mundo jurídico, provocando o nascimento de legítimas expectativas, as tutelam, podendo ocorrer até o dever de não invalidar ou revogar atos ilegais se já consolidadas pelo tempo certas situações”, afirmativa esta que se amolda perfeitamente à impossibilidade de invalidação de aposentadorias já concedidas ou que já tenham se estabelecido pelo decorrer do tempo mas que ainda não foram requeridas pelo detentor do direito.

Necessário elucidar que a teorização implementada por Maffini e Rigon se estabelece nas relações entre o particular e o Estado, tomando como exemplo as relações de direito tributário, todavia, resta questionar: como não proteger o cidadão trabalhador que atraído pelas promessas de consecução de benefícios estatutários ligados a decorrer do tempo tenha frustrado este direito sem sequer lhe ser garantido um direito a indenização neste pacto despactado?

Apesar do estudo de Maffini e Rigon (2014) estar encaminhado à relação entre o particular e o Estado deve ser compreendido também como de necessária aplicação à proteção dos servidores do estado, em especial a

⁸ “para impedir que éste destruya sin razón suficiente la confianza que su actuación haya podido crear en los ciudadanos sobre la estabilidad de una determinada situación jurídica”

considerar sua relação de trabalho, pois:

a expectativa legítima está intimamente ligada à explicação da proteção ressarcitória quando depositada confiança nos casos de descumprimento das promessas estatais, pois se criam as condições de fato pela administração pública, induzindo o indivíduo a determinado comportamento administrativo subsequente, correspondente aos fatos que a geraram (necessariamente ligados aos elementos acidentais — definidos conforme vimos anteriormente) (MAFFINI; RIGON, 2014, p. 49).

Considerando o princípio constitucional de que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais, há precedentes da Suprema Corte⁹ no sentido de que a eficácia das regras jurídicas produzidas pelo poder constituinte originário não está sujeita a nenhuma limitação normativa, seja de ordem material ou formal.

Porém, o contrário, ou seja, normas produzidas pelo poder reformador (aqui as Emendas Constitucionais) essas têm sua validade e eficácia condicionada à legitimação que recebam da ordem constitucional, e neste ponto a possibilidade de inconstitucionalidade do § 3º do art. 25 da EC 103/19 a considerar seu conflito com norma de direito fundamental que garante o direito adquirido.

Necessário considerar que por outro lado, há também na Suprema Corte tese de repercussão geral de que não há direito adquirido a regime jurídico, notadamente à forma de composição da remuneração de servidores públicos, observada a garantia da irredutibilidade de vencimentos, isto nos termos do RE 563.708 de relatoria da Ministra Carmem Lúcia.

E claro que o que se discute no presente estudo é a inconstitucionalidade do § 3º do art. 25 da EC 103/19, a qual apesar de ainda estar sob o crivo apreciativo da Supremo Tribunal Federal, é de nossa opinião que considerando o princípio de direito adquirido, para os casos em que servidores já se transferiram para a inatividade e, de outros casos em que apesar da contagem de tempo fictício não alcançou o servidor todos os requisitos necessários para reclamar o direito ainda em um polo expectado, que o STF acompanhe o parecer

⁹ Ver ADI 2.356 MC; ADI 2.362 MC e ADI 939.

da PGR e declare a inconstitucionalidade parcial do texto combatido.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tem-se assim que ao ser considerada as situações fáticas de servidores públicos que tenham satisfeito condições de alcançar o direito à aposentadoria com a contabilização de tempo fictício, isto antes da Emenda Constitucional nº 20/1998, impossível será ao Estado rever estas aposentadorias pois, estão reservadas à aplicação do princípio da segurança jurídica, em especial por seu instituto direito adquirido e, neste caso impossível sua revisão.

Por outro lado, o problema se estabelece para possíveis situações de servidores que tendo contabilizado tempo fictício para a aposentadoria ainda permaneceram na atividade laborativa estatal, não tendo reclamado o direito ao afastamento do trabalho e gozo de seus direitos previdenciários. Nestes casos, abre-se uma nova celeuma quanto a se apesar de não terem reclamado o direito teriam de mesma sorte renunciado ao direito e assim aderido à nova regra constitucional.

Por fim, é necessário que tanto a doutrina quanto a jurisprudência enfrente a temática expectativa de direito, em especial no regime estatutário, para afirmar a impossibilidade de distrato de regras trabalhista em que servidores públicos, ao alcance do direito, tenham esta expectativa frustrada sob a afirmativa de que não há direito adquirido sob regime jurídico e ainda que a expectativa de direito não integre nestes casos de distrato das promessas encaminhadas para a captação de servidores sem no mínimo ressarcir-los do prejuízo sofrido.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Tradução Humberto Laport de Mello. 6 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil - DOU 13.11.2019, Poder Executivo, Brasília,

DF, 13 nov. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei 4.657, 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em 23 de maio de 2022.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019. Diário Oficial da República Federativa do Brasil - DOU 13.11.2019, Poder Executivo, Brasília.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O STJ e o princípio da segurança jurídica. Revista do Advogado, São Paulo, v. 39. n. 141. p. 160-166, 2019.

FERREIRA, Edílio. Inconstitucionalidade de Emendas à Constituição. Revista de Informações Legislativas. Brasília, a. 33, n. 132, out/dez. 1996.

JOUVEAUX, Geovany Cardoso. O julgamento da ADIN'S 3105 e 3128 pelo STF e a inconstitucionalidade do art. 4º da EMC 41. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. n. 1, 2006.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, José Jerônimo Nogueira de. Anulação de Aposentadorias: a desconstrução da segurança jurídica na reforma da previdência. 2019. Revista de Direito Constitucional e Internacional [Recurso Eletrônico]. São Paulo, n.120, jul./ago. 2020.

MAFFIINI, Rafael da Cás. RIGON, Josiane. A proteção ressarcitória do Estado e o princípio da proteção da confiança. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 265, p. 45-67, jan/abr. 2014.

MARQUES, Rosa Maria; BATICH, Mariana; MENDES, Áquilas. Previdência Social Brasileira: um balanço da reforma. São Paulo em Perspectiva, 17(1): p. 111-121, 2003.

MODESTO, Paulo. A norma mais chocante da nova reforma da Previdência. Revista Consultor Jurídico. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-14/interesse-publico-norma-chocante-reforma-previdencia>. Acesso em 08 de abril de 2022.

MODESTO, Paulo. Reforma administrativa e direito adquirido ao regime de função pública. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 32, n. 128, out/dez. 1995.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SOLÍS, Viviana Ponce de León. La problemática invocación a la confianza legítima como límite a la potestad legislativa. Estudios Constitucionales, Año 12, nº 1, 2014, p. 429-471.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. As expectativas de direito, a tutela jurídica e o regime estatutário. Revista de Informação Legislativa, jan/mar. 1971.