

O DIREITO ADQUIRIDO E A LEI Nº 8.213/91

Miguel Horvath Júnior

Professor universitário

Mestre e Doutorando em Direito Previdenciário

Palestra proferida no 6º Painel sobre Benefícios Previdenciários do 13º Congresso Brasileiro de Previdência Social - LTr.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Bases de sustentação do instituto jurídico. 3. Conceitos Doutrinários. 4. Previsões legais. 5. Direito Adquirido x Expectativa de direito. 6. A Emenda Constitucional nº 20/98. 7. Diferenciação do direito simples; Não necessidade do exercício do direito. 8. Limites do Direito Adquirido. 9. O Fator Previdenciário. 10. Aposentadoria Especial. 11. Designação de dependentes. 12. Auxílio-Acidente. Conclusão.

Introdução

Este tema tem um importante vínculo com o Direito Previdenciário em virtude das relações previdenciárias serem de longo prazo (relação jurídica continuativa), e durante este período por vezes ocorrem inúmeras mudanças legislativas que trarão conseqüências à relação jurídica. Previdência social seria então: “o conjunto de medidas de proteção aos trabalhadores, nos casos emergenciais de incapacitação para o trabalho por doença, pela idade, por acidente do trabalho e casos equiparados, e aos seus dependentes, quando da morte do segurado.”¹

O tema cuida de aspectos do direito intertemporal e da irretroatividade das leis. De acordo com a natureza da relação jurídica envolvida variam as conseqüências do direito adquirido.

Os principais doutrinadores que já analisaram detidamente este tema são: Savigny (Alemanha); Gabba (Itália), Roubier (França) e Rubens Limongi França (Brasil).

Bases de sustentação do instituto

O direito adquirido tem como pilares de sustentação, os princípios da segurança e tranquilidade jurídica. Estes princípios também sustentam de todo o edifício jurídico e por conseqüência de toda a sociedade. “A crença na eficácia do direito adquirido confere confiabilidade às instituições jurídicas e sem ela o Direito se desnaturaria como regra de conduta e não prosperaria.”²

¹ MARIA GARCIA. “A Emenda previdenciária e os direitos adquiridos”. *Revista dos Tribunais*. Ano 7. N. 26- Janeiro-Março de 1999. *Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, págs. 110/118.

² A Seguridade Social na Constituição Federal. WLADIMIR NOVAES MARTINEZ, 2ª edição. LTr, 1992, São Paulo. Pág. 33.

Conceitos doutrinários

Segundo a clássica definição de Francesco Gabbia:³

“É direito adquirido todo direito que:

a) é consequência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo no qual o fato foi consumado, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova sobre o mesmo;

b) nos termos da lei sob cujo império se entabulou o fato do qual se origina, entrou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu.”

Rubens Limongi França⁴ conceitua direitos adquiridos como:

“A consequência de uma lei, por via direta ou por intermédio de fato idôneo, consequência que, tendo passado a integrar o patrimônio material ou moral do sujeito, não se faz valer antes da vigência de lei nova sobre o mesmo objeto”.

Celso Bastos⁵ declara que o direito adquirido:

“Constitui-se num dos recursos de que se vale a Constituição para limitar a retroatividade da lei. Com efeito, esta está em constante mutação; o estado cumpre o seu papel exatamente na medida em que atualiza as suas leis. No entanto, a utilização da lei em caráter retroativo, em muitos casos, repugna porque fere a situações jurídicas que já tinham por consolidadas no tempo, e esta é uma das fontes principais da segurança do homem na terra”.

Paul Roubier utiliza a expressão *situação jurídica*⁶ em lugar de direito adquirido que é mais ampla e superior “por não ter caráter subjetivo e pelo fato de aplicar-se a situações como aquelas do menor, do interdito, do pródigo superior até à data da relação jurídica”.⁷

Previsões legais

A Constituição no seu art. 5º, inc. XXXVI prescreve o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada como sendo uma garantia individual, conquanto não os conceitue.

“O ato jurídico perfeito: É aquele que se aperfeiçoou, que reuniu todos os seus elementos necessários a sua formação debaixo da lei velha. Isto não quer dizer, por si só, que ele encerre em seu bojo um direito adquirido. Do que está o seu beneficiário imunizado é de oscilações de forma apontadas pela lei nova.

³ RUBENS LIMONGI DE FRANÇA. A interrogativa das leis e o direito adquirido, 3ª edição., RT, São Paulo, 1982, pág. 50

⁴ *Ib idem*

⁵ CELSO BASTOS. Dicionário de direito constitucional. São Paulo. Saraiva, 1994, pág. 43

⁶ Por situação jurídica deve-se entender o conjunto de direitos e obrigações de que uma pessoa pode ser titular. As situações jurídicas podem ser gerais e impessoais (institucionais, estatutárias) ou individuais e subjetivas (contratos)

⁷ Le Droit transitoire [conflits des lois dan s le temps] 2ª edição. Paris: DALLOZ E SIREY, 1960, p. 1881; cf também Cruz, Aspectos intertemporais, *op.cit.*, p.212 e nota 18.

Já a coisa julgada é a decisão judicial transitada em julgada que não caiba mais recurso (art. 6º, § 3º da LICC). Na coisa julgada o direito incorpora-se ao patrimônio de seu titular por força da proteção que recebe da imutabilidade da decisão judicial. Daí falar-se em coisa julgada formal e material (...). O art. 5º, XXXIV, da Constituição Federal, não faz qualquer discriminação; a distinção mencionada é feita pelos processualistas. A nosso ver, a Constituição assegura uma proteção integral das situações de coisa julgada.”⁸

O exame do direito adquirido envolve limitação de natureza material prevista expressamente na cláusula pétrea – art. 60, § 4º da Constituição Federal. Assim, o Legislativo na consecução de sua função precípua está juridicamente subordinado à decisão do poder constituinte originário que (...) identificou, em nosso sistema constitucional, um núcleo temático intangível e imune à ação revisora de instituição parlamentar (RTJ 165/554 cf. MIn. Celso de Mello).

O art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) – Decreto – Lei 4.657, de 04.09.1942 assim define:

“Consideram-se adquiridos os direitos que seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição suspensiva preestabelecida inalterável a arbítrio de outrem.”

O Art. 102 da Lei nº 8.213/91 – Plano de Benefícios da Previdência Social reza: “A perda da qualidade de segurado importa em caducidade dos direitos inerentes a essa qualidade.”

Este artigo traduz que a perda da qualidade de segurado implica na perda da carência que é um dos elementos para a concessão das prestações previdenciárias em regra. Logo, perde-se o período de carência e não o direito às prestações. Tanto isto é verdade que o art. 24, § único da Lei nº 8.213/91 informa como se resgatam as contribuições vertidas antes da perda da qualidade de segurado, visando a obtenção da prestação previdenciária.

Direito adquirido X expectativa de direito ou direito em formação

Importante ressaltar que como a relação jurídica previdenciária é continuativa, antes de se completar todos os requisitos para a obtenção da prestação previdenciária, não há que se falar em direito adquirido.

A legislação previdenciária não se vincula ao estabelecido anteriormente (com vistas a um possível contrato entre o filiado e o INSS) e sob este aspecto é pretensão meramente política, não sujeitando o elaborador da norma. A relação é institucional e não contratual (Acórdão da 2ª Turma do TRF da 2ª Região, no Proc. N. 97.02.41.620-5/RJ, rel. des. Fed. Castro Aguiar, in DJU de 21.10.99, pág. 130).

⁸ CELSO BASTOS. Dicionário de direito constitucional. São Paulo. Saraiva, 1994, pág.3

É preciso diferenciar-se direito adquirido de mera expectativa de direito, já que neste o direito ainda não se concretizou, não produzindo efeitos e nem tendo se incorporado ao patrimônio (jurídico-econômico-moral) do seu titular. “Um direito adquirido não se pode transmutar em expectativa de direito, só porque o titular preferiu continuar trabalhando e não requereu a aposentadoria antes de revogada a lei em cuja vigência ocorrera a aquisição do direito. Expectativa de direito é algo que antecede a sua aquisição; não pode ser posterior a esta. Um coisa é a aquisição do direito; outra diversa, é o sue uso ou exercício. Não podem as duas ser confundidas”. (RTJ 64/408)

As tabelas de transição comumente encontradas nas leis que alteram o regime previdenciário são exemplos de respeito à expectativa de direito, sendo exemplo disto a tabela prevista no art. 142 da Lei nº 8.213/91. Esta tabela adequa a carência dos segurados já inscritos ao sistema até o dia 24.97.1991 à previsão do art. 25, inc. II da mesma lei, ou seja, criou tabela de transição que parte do patamar de 60 meses de carência (antes da Lei nº 8.213/91) para o patamar adotado pela nova lei (Lei nº 8213/91), a saber: 180 contribuições mensais para a aposentadoria por idade, por tempo de contribuição, e especial, levando-se em conta o ano em que o segurado completar todos os requisitos necessários para a concessão do benefício.

“Em matéria de direito intertemporal, é indispensável que se trace a essencial distinção entre direito adquirido fundado em ato de vontade (contrato) e direito adquirido de cunho institucional, fundado em situação jurídica para cuja definição o papel da vontade é absolutamente neutro.”⁹

Não existe direito adquirido ao regime jurídico (RTJ 147/96 e 162/902).

A EC Nº 20/98 e o direito adquirido

A EC nº 20/98 consagrou o princípio o equilíbrio financeiro e atuarial e desconstitucionalizou¹⁰ a regra de cálculo do valor das aposentadorias devidas no regime geral de previdência (art. 202 da Constituição Federal).

A introdução do fator previdenciário no cálculo do valor do benefício visa albergar além do equilíbrio financeiro e atuarial, o princípio da isonomia e da justiça, conferindo benefício maior aos que contribuíram por mais tempo ao sistema.

⁹ ANA MARIA WICKERT THEISEN. Direito adquirido a reajustamento de benefícios previdenciários. Capítulo 3 da obra *Direito Previdenciário: aspectos materiais, processuais e penais. Livraria do advogado. Porto Alegre. 1999. Pág.205*

¹⁰ *Desconstitucionalização – fenômeno pelo qual uma determinada área do direito deixa de Ter previsão constitucional e passa ser disciplinada apenas pelo legislador ordinário.*

Deve-se desapegar-se do sistema constitucional anterior, caso contrário não se fará a adequada interpretação constitucional. J. J. Gomes Canotilho afirma que “as leis devem ser interpretadas em conformidade com a Constituição e não a Constituição em conformidade com as leis.”¹¹

É preciso desfazer a dúvida: o direito adquirido refere-se ao bem, globalmente considerado, ou apenas a algumas das partes componentes deste?

O direito adquirido é direito adjetivado, ou seja, é direito que poderia ter sido exercitado sob a égide da lei velha, e que em face da vontade do seu titular não o foi. Esta é a grande diferença do direito simples e do direito adquirido.

“Direito adquirido, um passo adiante, é locução designativa de cenário muito assemelhado, mas não idêntico ao do direito simples. Principalmente em duas hipóteses são válidas considerações: **A)** não utilização do bem quando possível, comum ou esperado pelo legislador; **B)** superveniência de norma o ato modificador das características anteriores.”¹²

“O Direito adquirido é conceito e convenção, poderia não existir, mas sem ele o Direito não cumpre seu papel e inexistirá a tranquilidade jurídica ansiosamente necessária e buscada pelas relações humanas”.¹³

Limites do direito adquirido

Não sendo o direito adquirido absoluto, ele encontra limites. O primeiro limite encontrado é o interesse coletivo que deve prevalecerem relação aos interesses particulares. Especificamente em relação às relações previdenciárias a lei previdenciária que respeita os direitos adquiridos é aquela que preserva o equilíbrio do plano, seja moralmente sustentável e previdenciariamente legítima.

Fator previdenciário

A introdução do fator previdenciário é absolutamente constitucional não há que se falar em ofensa ao direito adquirido nem ao princípio da irredutibilidade dos benefícios.

Não ofende o direito adquirido porque a Lei nº 9.876, de 26 de novembro de 1999 no art. 6º dispõe: “É garantido ao segurado que até o dia anterior à data da publicação desta lei tenha cumprido os requisitos para a concessão de benefício o cálculo segundo as regras até então vigentes.”

O direito adquirido refere-se tão somente às prestações previstas no art. 201 da Constituição Federal.

¹¹ J. J. CANOTILHO. Direito Constitucional e teoria das constituições. 2ª edição, Almedina. Págs. 1106/1107

¹² WLADIMIR NOVAES MARTINEZ. Direito Adquirido na Previdência Social. LTr, São Paulo, 2000. Pág. 98

¹³ *Ib idem*, pág. 55

“A desconstitucionalização da forma de cálculo dos benefícios previdenciários com a alteração da redação do art. 202 da Constituição Federal não afetou o direito adquirido. A supressão do art. 202 em sua redação original, pela reforma previdenciária já mencionada, deixou o campo livre de critérios constitucionais expressos, conferindo, destarte, um campo amplo para a atuação do legislador, respeitados sempre, é óbvio, os elevados princípios constitucionais.

Argumentar-se no sentido de que ao adquirir o direito à aposentadoria já estaria implícito o máximo de benefício previdenciário é argumento juridicamente fraco. Para tanto seria preciso saber qual o valor desta no preciso momento da passagem para a aposentadoria. Ora, isto é tarefa sempre cometida à legislação. Quem fixa o total da aposentadoria é a própria lei. Se o sistema presente não leva em consideração o período posterior de trabalho, como se verá, o que se tem é uma deficiência deste atual sistema, e não um vício que possa invalidar o projeto.”¹⁴

Não ocorre redução do benefício, posto que aqueles que não completaram os requisitos, ainda não tem os benefícios em manutenção. O que o art. 194, inc IV, da Constituição prescreve é irredutibilidade dos benefícios. Isto não significa que a forma de cálculo seja intocável.

A introdução do fator previdenciário violaria o art. 7º, inciso I do art. 201 da Constituição Federal? Responde-nos claramente o Prof. Octávio Bueno Magano em parecer encomendado pelo Ministério da Previdência Social acerca da projeto de lei que criaria o fator previdenciário.

“Tal argumento se rechaça com a consideração de que, nos termos da Lei Magna, o valor a ser levado em conta não é o do salário vigente ao tempo da concessão da aposentadoria e sim o dos salários de contribuição equivalentes ao período estabelecido para o cálculo do benefício, que, antes da Emenda Constitucional nº 20/98, correspondia à média dos trinta e seis últimos salários de contribuição, exigência cuja supressão passou a significar a possibilidade de ser fixado qualquer outro período de cálculo pelo legislador ordinário. Cumpre acrescentar que o termo atualizar não significa no momento presente desligado do passado, mas sim, como acentua Caudas Aulete, a idéia de trazer ao dia de hoje dados pretéritos.”¹⁵

Um dos elementos que têm que se fazer presentes para a existência do direito adquirido é a integralidade ocorre que esta integralidade pode se referir ao todo ou às partes do bem jurídico considerado e, assim, pode ser fracionada à parte proporcional realizada e alcançar o menos sem atingir o mais.

¹⁴ CELSO BASTOS. Parecer encomendado pelo Ministério da Previdência e Assistência Social por meio do consultor Dr. José Bonifácio Borges de Andrada acerca de projeto de lei que pretende implementar nova sistemática no cálculo previdenciário. *Revista Conjuntura*, v. 10, N 04, outubro-dezembro, 1999, pág. 179/187

¹⁵ OCTÁVIO BUENO MAGANO. Parecer sobre a constitucionalidade do Projeto de Lei da Câmara nº 46, de 1999, no Senado Federal (nº 1.527, de 1999, na Câmara dos Deputados), de autoria do Poder executivo. *Conjuntura Social*, vol. 10, N4, outubro-dezembro, 1999, pág.188/193

Aposentadoria especial

Enfocarei apenas o aspecto mais crucial a, a possibilidade de conversão. Neste aspecto a questão é mais complexa, pois envolve o direito em formação (fragmentos do direito), também a ser preservado, sob pena de obstar-se a proteção oferecida.

Em relação ao direito de conversão não temos mera expectativa de direito, mas sim (só existe expectativa de direito em relação ao benefício). O tempo trabalhado consumou-se e o direito à conversão integralizou-se no patrimônio do trabalhador ao se sujeitar ao agente nocivo. Tal mensuração deve ser auferida no momento da efetivação do trabalho e não por ocasião do pedido de benefício. A prisão do Decreto nº 2782 de 14.9.1998 ao limitar a conversão de atividade especial para comum até 28.5.98 somente para aqueles que tivessem tempo de serviço mínimo de 3,4 ou 5 aos em atividade especial é questionável.

Designação de dependente –

Art. 16 da Lei nº 8.213/91 revogada pela Lei nº 9.032/95 de 28.4.95

O inciso IV do art. 16 da Lei 8.213/91 foi revogado pela Lei nº 9.032/95 em virtude disto como o ato de designação é meramente declaratório, se o óbito do segurado correu após o dia 28.4.1995, ainda que tenha ocorrido a designação de segurado antes da Lei 9.032/95, este não terá direito à pensão por morte. A designação é ato meramente declaratório e não constitutivo do direito. O ato constitutivo do direito é a morte do segurado.

Auxílio-acidente – Art. 31 cc. 86 § 2º da Lei nº 8.213/91

O § 2º do art. 86 da Lei nº 8.213/91 prescreve que o auxílio-acidente será devido a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença independentemente de qualquer remuneração ou rendimento (*aposentadoria*) auferido pelo acidentado, vedado sua acumulação com qualquer aposentadoria. (Lei nº 9.528, de 10.12.97 antes Medida Provisória 1596-14/97). Assim para aposentadorias a partir do dia 10.12.1997 o auxílio-acidente será incorporado ao seu valor. Para que tivesse havido a incorporação e se possa invocar o direito adquirido era necessário que a DIB (data do início do benefício) fosse anterior à mudança legislativa. Para aposentadorias depois de 10.11.1997 a lei não mais previa a manutenção do auxílio-acidente não se podendo falar em direito adquirido.

Já o Prof. Sérgio Pardal Freudenthal, advogado previdenciário em Santos/SP entende que a mudança só pode alcançar aqueles que não tinham auxílio-acidente antes da alteração. A formas que a Autarquia previdenciária vem aplicando o dispositivo segundo este autor representará perda aos trabalhadores.¹⁶

¹⁶ Sérgio Pardal Freudenthal. "Auxílio - Acidente Vitalício. In Jornal do 13º Congresso Brasileiro de Previdência Social – São Paulo 24 e 25 de julho de 2000- LTr, pág. 15

Concluindo utilizo-me das palavras da Prof^a Mizabel Derzi ao enfrentar a questão do direito adquirido. Ensina a professora que direito adquirido e expectativa de direito são conceitos que ao longo das últimas décadas têm sofrido longa evolução em países como Alemanha, Canadá e Estados Unidos da América do Norte e denuncia que grave erro da doutrina pátria tem consistido em encarar o direito adquirido como conceito estático, rígido e não como uma posição jurídica dinâmica, que deve mudar na medida da intensidade do asseguramento e consecução de um bem.

Finalizando, retomo a pergunta sugerida no texto: O direito adquirido refere-se ao bem, globalmente considerado ou apenas a algumas das partes componentes deste?