

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO**

RICARDO PEREIRA

**A AÇÃO PENAL 470 (AÇÃO DO MENSALÃO) E A EMENDA CONSTITUCIONAL
Nº 41 (REFORMADORA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL):
ASPECTOS CONTROVERTIDOS DE UMA NOVA ESPÉCIE DE
INCONSTITUCIONALIDADE**

**FLORIANÓPOLIS
2013**

RICARDO PEREIRA

**A AÇÃO PENAL 470 (AÇÃO DO MENSALÃO) E A EMENDA CONSTITUCIONAL
Nº 41 (REFORMADORA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL):
ASPECTOS CONTROVERTIDOS DE UMA NOVA ESPÉCIE DE
INCONSTITUCIONALIDADE**

Monografia submetida ao Curso de Graduação em
Direito da Universidade Federal de Santa Catarina
como requisito para obtenção do Título de
Bacharel em Direito

Orientador: Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro
Coorientadora: Prof^a Esp. Mayla Regina Rathje

FLORIANÓPOLIS
2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

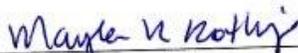
TERMO DE APROVAÇÃO

A monografia final intitulada "A Ação Penal 470 (Ação do Mensalão) e a Emenda Constitucional nº41 (Reformadora da Previdência Social): aspectos controvertidos de uma nova espécie de inconstitucionalidade", elaborada por **Ricardo Pereira**, matrícula nº 08222036, foi apresentada e defendida em sessão pública de arguição e avaliação, em 03 de Julho de 2013, às 19 horas e 00 minutos, na Sala 109 do CCJ, perante a banca examinadora formada pelos membros abaixo assinados, tendo obtido aprovação com nota 10,0 (dez*) e sido julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado na UFSC pela Resolução n. 003/95/CEPE.

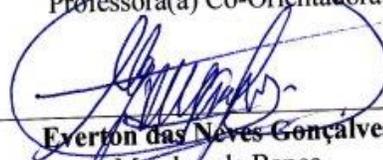
Florianópolis, 3 de Julho de 2013.



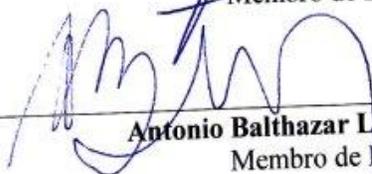
Matheus Felipe de Castro
Professor(a) Orientador(a)



Mayla Regina Rathje
Professora(a) Co-Orientadora



Everton das Neves Gonçalves
Membro de Banca



Antonio Balthazar Lopes Noronha
Membro de Banca

* A aprovação da monografia fica expressamente condicionada à revisão do trabalho, em seus aspectos formais, apontados pelo prof. Everton das Neves Gonçalves.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADC-Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADI-Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADO- Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

ADPF- Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais

AMB- Associação de Magistrados Brasileiros

ANAMATRA- Associação Nacional de Magistrados da Justiça do Trabalho

CF- Constituição Federal

CRFB/88- Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

EC- Emenda Constitucional

INSS- Instituto Nacional de Seguridade Social

PEC- Projeto de Emenda Constitucional

PGR- Procurador-Geral da República

PIB- Produto Interno Bruto

PL- Partido Liberal

PMDB- Partido do Movimento Democrático Brasileiro

PP- Partido Progressista

PT- Partido dos Trabalhadores

PTB- Partido Trabalhista Brasileiro

RGPS- Regime Geral de Previdência Social

RI- Representação de Inconstitucionalidade

RPPS- Regime Próprio de Previdência Social

STF-Supremo Tribunal Federal

AGRADECIMENTOS

Às duas pessoas mais importantes da minha vida, Julia e Juliana, vocês são meu alicerce; meu porto seguro; sem vocês, isso não teria sentido algum. Sou grato pelo amor incondicional, carinho especial e dedicação integral. Peço desculpas pela minha ausência, impaciência, incompreensão neste momento tão especial e tão delicado da minha vida.

À minha mãe, que infelizmente não está mais entre nós, mas sem ela nada disso estaria acontecendo. De onde ela está, tenho certeza que está orgulhosa da semente que plantou.

Ao meu pai, exemplo de luta e de probidade, aos meus irmãos, pelo carinho.

Ao Professor Matheus pela orientação, por colaborar com ensinamentos valiosos, por direcionar-me no caminho certo para a realização deste trabalho.

À Professora Mayla por sua orientação, dedicação e atenção dispensada, atendendo-me sempre que necessário para a realização deste trabalho.

Aos demais professores e servidores da Universidade Federal de Santa Catarina, em especial à servidora Helena Olinda Dalri, sempre atenciosa e prestativa, exemplo de servidora pública.

Aos colegas do curso de Direito da UFSC, em especial ao Willian de Souza (nobre cidadão da Palhoça), meu parceiro de EMAJ e grande pessoa.

Aos servidores e ex-colegas da Procuradoria Federal em Santa Catarina, em especial ao Procurador Federal Antônio Balthazar Lopes Noronha, exemplo de pessoa e profissional, no qual me espelho para minha nova carreira como operador do Direito.

Aos meus atuais colegas da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística por me apoiarem neste momento crucial, em especial aos colegas José Paulo Simas e Alexandre Xavier Presta.

A todos que de uma maneira ou outra colaboraram para mais esta etapa da minha vida.

*"O poder tende a corromper –
e o poder absoluto corrompe absolutamente"*
(Lord Acton)

*"Divergir, sim; descumprir, jamais; afrontá-la,
nunca."*
(Deputado Ulysses Guimarães, no dia 5 de
outubro de 1988, em seu caloroso discurso que
declarou promulgada a Constituição Cidadã).

*"Um povo de condição livre deve conter em seu
seio homens dispostos a pugnar
desinteressadamente pela restituição do direito de
seus semelhantes, expondo-se por eles às paixões
dos poderosos."*
(Rui Barbosa)

RESUMO

Pereira, R. **A Ação Penal 470 (ação do mensalão) e a Emenda Constitucional nº41 (reformadora da Previdência Social): aspectos controvertidos de uma nova espécie de constitucionalidade.** 2013. – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

O presente trabalho tem por objeto a questão da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da reforma da previdência diante do reconhecimento, pelo STF, da compra de votos de parlamentares, na Ação Penal nº 470, conhecida como ação do mensalão.

Por tal ação, a concepção da reforma previdenciária torna-se dubitável, cabendo-se a análise da constitucionalidade da emenda constitucional que a originou.

Ademais, o estudo mostra-se oportuno, principalmente, quando se verifica que o Supremo Tribunal Federal está sendo acionado para declarar a constitucionalidade ou não da Emenda Constitucional nº 41/2003.

Quatro ações diretas de inconstitucionalidade, ADI nº 4885, ADI nº 4887, ADI nº 4888 e ADI nº 4889, propostas, respectivamente, pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), Associação Nacional dos Delegados de Polícia (ADEPOL), Confederação dos Servidores Públicos do Brasil (CSPB) e Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), pugnam pela inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n. 41, por alegar que houve mácula, devido a compra de votos, em sua concepção, não respeitando, portanto, a vontade soberana do povo, que é o mandatário do processo legislativo.

Com a sentença definitiva da Ação Penal nº 470, que condenou sete parlamentares da base aliada do governo, por corrupção passiva, tem-se o nó górdio do presente trabalho.

Indaga-se, portanto, se a participação destes deputados comprometeu todo o procedimento de votação da Emenda Constitucional n. 41/2003, e, por conseguinte, cogita-se a possibilidade da inconstitucionalidade da emenda reformadora da Previdência Social de 2003.

Ademais, com vistas a alcançar o objetivo proposto, utiliza-se o método de pesquisa indutivo, realizando análise da legislação e pesquisa jurisprudencial, pertinentes ao tema. Ao final do presente trabalho, conclui-se pela existência de duas soluções possíveis para o caso, uma provável e outra ideal, que podem ser adotadas pelo Supremo Tribunal Federal. De modo a apresentar proposições sobre o tema, ora, suscitado, estrutura-se o trabalho através de um esboço histórico e político da reforma da Previdência Social, com uma posterior apreciação, de forma sintética, da Ação Penal nº 470, estudando seus reflexos na aprovação da emenda Constitucional n. 41/2003 e, por derradeiro, serão expostos os efeitos e demais implicações de uma possível inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n. 41/2003.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de constitucionalidade. Ação Penal 470. Emenda Constitucional nº 41. Inconstitucionalidade da reforma da Previdência.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
2. ESBOÇO HISTÓRICO E POLÍTICO DA REFORMA PREVIDENCIÁRIA	14
2.1. A Previdência Social no Brasil.....	14
2.2. A primeira reforma: a Emenda Constitucional nº 20/1998.....	18
2.3. A necessidade de mudanças no Sistema Previdenciário Brasileiro: a gênese da emenda Constitucional nº 41/2003.....	21
2.4. A Emenda Constitucional nº 41/2003: a emenda do mensalão.....	23
2.5. A Emenda Constitucional nº 47/2005.....	27
3. O PROCESSO LEGISLATIVO DE VOTAÇÃO DA EC nº 41 E A AÇÃO PENAL nº 470.....	29
3.1. O processo legislativo.....	30
3.2. O processo legislativo de emendas constitucionais.....	33
3.3. O processo legislativo de votação da Emenda Constitucional nº 41/2003.....	34
3.4. O mensalão e o processo legislativo de votação da Emenda Constitucional nº 41/2003.....	37
4. O CONTROLE CONCENTRADO E DIFUSO DA EC nº 41/2003.....	40
4.1. As ações diretas de inconstitucionalidade: uma abordagem genérica.....	42
4.2. O controle concentrado de constitucionalidade e a Emenda Constitucional nº 41/2003.....	44
4.3. O controle difuso de constitucionalidade e a Emenda Constitucional nº 41/2003.....	50
5. A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA REFORMA DA PREVIDÊNCIA.....	53
5.1. Fundamentos jurídicos contrários à Constitucionalidade da EC nº 41/2003.....	53
5.1.1. Processo legislativo contaminado por vício de representação popular. Afronta ao artigo 1º, parágrafo único da CRFB/88. Violação do princípio da essência do voto e da representação popular.....	54
5.1.2. Ofensa ao princípio da moralidade.....	55
5.1.3. Teoria dos frutos da árvore envenenada / venenosa (<i>fruit of the poisonous tree</i>).....	56
5.1.4. Quebra de decoro parlamentar.....	59
5.2. Fundamentos jurídicos favoráveis à Constitucionalidade da EC nº 41/2003.....	62
5.2.1. Inviolabilidade parlamentar.....	63
5.2.2. Assunto/matéria <i>interna corporis</i> . A venda de votos caracteriza quebra de decoro parlamentar, que deve ser avaliado apenas pelo Congresso Nacional. Princípio da Separação dos poderes.....	65
5.2.3. Número de parlamentares condenados na AP nº 470 insuficiente para determinar a invalidade da votação da PEC nº 40/2003.....	67
5.2.4. Inviabilidade de dilação probatória em sede de controle abstrato de constitucionalidade.....	69
5.2.5. A constitucionalidade da EC nº 41/2003 já foi determinada em outras ADIs.....	70
5.3. A Emenda Constitucional nº 41/2003: possibilidades de decisão e efeitos respectivos.....	73
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	79
Conclusões.....	79
Limitações ao estudo.....	84
Sugestões para trabalhos futuros.....	85
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	87

1. INTRODUÇÃO

O fundamento de validade de uma norma jurídica, segundo Kelsen (2009, p.121) só pode ser outra norma que lhe é superior. Ao considerar o ordenamento jurídico como um sistema escalonado de normas¹, a que se encontra no topo deste sistema é a Constituição.

A Constituição, conforme Barroso (2009, p.11), é a Norma Fundamental de todo ordenamento jurídico, é a lei suprema, que regula o modo de produção das leis e demais atos normativos, impondo balizamentos ao seu conteúdo, vinculando, inclusive, a atuação do legislador.

Sendo assim, no entendimento de Paulo e Alexandrino (2008), a Constituição passa a ser o parâmetro para a elaboração de todos os demais atos normativos, devendo estes respeitarem os princípios e regras nela traçados e o próprio processo constitucionalmente previsto para sua elaboração, sob pena de incorrer-se em insanável vício de inconstitucionalidade.

Para Barroso (2009, p. 11), qualquer disposição contrária ao seu conteúdo incorrerá na gênese de um dispositivo inconstitucional e sua aplicação violaria a supremacia da carta constitucional, deflagrando o processo de controle constitucional.

Este controle, conforme preconizado no texto constitucional, em seu artigo 102², é realizado pelo Supremo Tribunal Federal, que é instância superior e guardião da Constituição, manifestando-se pela inconstitucionalidade da norma objeto de controle.

O Supremo Tribunal Federal utiliza como instrumento de controle, originariamente, as ações diretas de inconstitucionalidade e as ações declaratórias de constitucionalidade (no controle concentrado), e em primeira e última instância, os recursos extraordinários, que tem como objeto

¹ Hans Kelsen (2009, p.132), em sua obra Teoria Pura do Direito, define que o ordenamento jurídico não é, portanto, um sistema jurídico de normas igualmente ordenadas, colocadas lado a lado, mas um ordenamento escalonado de várias camadas de normas jurídicas. Sua unidade se deve à conexão, que acontece porque a produção e, desta forma, a validade de uma reverte para outra, cuja produção novamente é determinada pela outra; um regresso que desemboca, finalmente, na norma fundamental, na regra fundamental hipotética e, conseqüentemente, no fundamento de validade mais alto, aquele que cria a unidade desta conexão de produções. O escalonamento do ordenamento jurídico[...]pode ser representado talvez esquematicamente da seguinte maneira: o pressuposto da norma fundamental coloca a Constituição na camada jurídico-positiva mais alta (Constituição no sentido material da palavra), cuja função essencial consiste em regular os órgãos e o procedimento da produção jurídica geral, ou seja, da legislação.

² Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...]

a conformação das espécies legislativas, dispostas em rol taxativo no artigo 59³, da CRFB/88, com o texto da Constituição, e no caso de inadequação, declarando sua inconstitucionalidade.⁴⁵

Partindo desta premissa, a pesquisa, em questão, tem seu cerne na análise da constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 41, que reformou a Previdência Social em 2003, caracterizada por um processo legislativo viciado por compra e venda de votos, que culminou na, notabilizada, Ação Penal nº 470.

Na Ação Penal supracitada, ficou caracterizada a participação -segundo decisão judicial- de sete parlamentares da base aliada do governo num esquema criminoso de compra e venda de votos, o que torna dubitável a constitucionalidade da referida emenda.

O grande questionamento que se faz, é se a partir do momento que o processo legislativo que culminou com a gênese da Reforma Previdenciária foi considerado viciado, tendo em vista a condenação, na Ação Penal nº 470, dos parlamentares que dela participaram, toda a reforma estaria fadada ao vício de inconstitucionalidade formal (ou mesmo em sua novel espécie chamada, pelo Professor Pedro Lenza de inconstitucionalidade por quebra de decoro parlamentar).

³ Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

- I - emendas à Constituição;
- II - leis complementares;
- III - leis ordinárias;
- IV - leis delegadas;
- V - medidas provisórias;
- VI - decretos legislativos;
- VII - resoluções.

⁴ Para Mendes (2012, p. 133), sendo o poder constituinte originário ilimitado e sendo o controle de constitucionalidade exercício atribuído pelo constituinte originário o poder por ele criado e que a ele deve reverência, não há que se cogitar de fiscalização de legitimidade por parte do judiciário de preceito por aquele estatuído. Conforme Jorge Miranda apud Mendes (2012, p. 133) é incogitável o controle de constitucionalidade de deliberação do constituinte originário. Portanto, as normas constitucionais originárias não podem ser objeto de controle de constitucionalidade.

⁵ "Ação direta de inconstitucionalidade. Inadmissibilidade. Art. 14, § 4º, da CF. Norma constitucional originária. Objeto nomológico insuscetível de controle de constitucionalidade. Princípio da unidade hierárquico-normativa e caráter rígido da Constituição brasileira. Doutrina. Precedentes. Carência da ação. Inépcia reconhecida. Indeferimento da petição inicial. Agravo improvido. Não se admite controle concentrado ou difuso de constitucionalidade de normas produzidas pelo poder constituinte originário." (ADI 4.097-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 8-10-2008, Plenário, DJE de 7-11-2008.)

Entretanto, parcelas da Sociedade Civil que se julgaram prejudicadas pela emenda reformadora da previdência, acionaram o Judiciário, solicitando a reversão daquele processo viciado e a consequente inconstitucionalidade destas reformas.

Em um gesto pioneiro, o Juiz Geraldo Claret de Arantes, da 1ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte, em decisão inédita no controle difuso de constitucionalidade, julgou pela inconstitucionalidade da emenda constitucional supramencionada, enquanto no que tange ao controle concentrado, foram propostas quatro ações diretas de inconstitucionalidade (4885, 4887, 4888 e 4889) que estão pendentes de julgamento pelo STF.

A futura decisão da Corte Constitucional poderá impactar na vida de milhões de brasileiros e no caixa dos entes estatais. Aí que se verifica a relevância do tema, e da importância do presente estudo, presumindo qual será a resposta que se dará à sociedade e a todos aqueles envolvidos pelas reformas supracitadas.

Considerando o exposto, primeiramente surge a necessidade de se fazer levantamento histórico e político da situação da Previdência Social do País em momento cronológico anterior e posterior à Emenda Constitucional nº 41, de forma a contextualizar o porquê da necessidade do executivo em engendrar um esquema de compra e venda de votos para a votação da Emenda Constitucional reformadora da Previdência Social.

Em seguida, passa-se a análise das particularidades da Ação Penal nº 470, os detalhes da condenação dos parlamentares que participaram da votação da referida emenda e se a participação destes na votação pode ter influenciado na contaminação de todo o processo legislativo de votação da norma constitucional derivada reformadora da previdência.

Buscando maior aprofundamento do tema, serão abordados tópicos de cada ADI proposta e pendentes de julgamento pelo STF e o caso inaugural em sede de controle difuso de constitucionalidade, tentando identificar as principais características de cada uma delas, expondo seus fundamentos jurídicos, verificando a possibilidade de configuração da (in) constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 41/2003.

Uma vez realizada uma abordagem histórica e política da Emenda Constitucional nº 41/2003, explicitados os detalhes do processo legislativo que culminou com a referida emenda,

tratada da Ação Penal nº 470 e suas nuances e sintetizadas as ações em controle concentrado e difuso, passar-se-á à análise das cogitações de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 41/2003, com seus respectivos fundamentos, considerando as particularidades de sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, que se caracterizaria, desta forma, por vício no processo legislativo.

2. ESBOÇO HISTÓRICO E POLÍTICO DA REFORMA PREVIDENCIÁRIA

Entender a vontade do legislador, quando da efetivação de uma norma, é tarefa complexa para o intérprete, e quando uma emenda constitucional é dotada de uma possível inconstitucionalidade, a hermenêutica tende a se complexificar, cabendo à Corte Constitucional posicionar-se sobre sua validade e eficácia.

Para o STF será uma tarefa árdua abrandar esta celeuma, quando sete (7) parlamentares, da base aliada do governo, que participaram do processo de concepção da Emenda Constitucional nº 41, foram condenados por corrupção passiva na Ação Penal nº 470.

Algumas particularidades, daquele contexto histórico, necessitam ser revisitadas para que se alcance o melhor entendimento do caso, possibilitando ao final responder ao questionamento inserto ao tema.

Destarte, torna-se oportuno fazer a abordagem histórica e política da Reforma da Previdência, expondo as características principais da Previdência Social do Brasil, antes e depois das emendas constitucionais que a reformaram.

2.1. A Previdência Social do Brasil

Segundo Ibrahim (2008, p.4), as ações estatais modernas relativas à Seguridade Social não se limitam ao campo previdenciário, mas, ao contrário, também tendem a proporcionar ações em outros segmentos, como a saúde e a assistência social aos que dela necessitam.

No Brasil estas ações integradas têm a denominação de Seguridade Social, com previsão constitucional, particularmente em seu artigo 194⁶. A previdência social, a saúde e a assistência

⁶ Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I - universalidade da cobertura e do atendimento;

II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;

V - equidade na forma de participação no custeio;

social, constituem um sistema tripartite, formando uma rede protetiva constituída pelos Poderes Públicos e pela sociedade, com contribuição de todos, sendo organizada sobre os fundamentos previstos no parágrafo único do diploma legal supracitado, visando estabelecer ações afirmativas no auxílio de pessoas carentes, segurados em geral e seus dependentes, providenciando a manutenção de um padrão de vida mínimo de forma universal.⁷

A previdência social é um seguro coletivo, compulsório, público, destinado a estabelecer um mecanismo de proteção social, mediante contribuição, com o objetivo de proporcionar meios indispensáveis de subsistência ao segurado e a sua família, quando ocorrer certa contingência prevista em lei. (STEPHANES, 1999).

O art. 201, da CRFB/88, dispõe que a previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial⁸, nos termos da lei, e atenderá os seguintes riscos sociais:

- I- cobertura de eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;
- II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;
- III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;
- IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;
- V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiros e dependentes [...] com valor não inferior a um salário mínimo.

Os princípios e diretrizes da Previdência Social são a universalidade de participação nos planos previdenciários, mediante contribuição; valor da renda mensal dos benefícios, substitutos

VI - diversidade da base de financiamento;

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

⁷ Princípio da universalidade estabelece, segundo Ibrahim (2008, p. 56), que qualquer pessoa pode participar da proteção social patrocinada pelo Estado. Com relação à saúde e à assistência social, que esta é a regra. Porém, quanto à previdência social, por ser regime contributivo, é, a princípio, restrita aos que exercem atividade remunerada. Mas para atender o mandamento constitucional, foi criada a figura do segurado facultativo.

⁸ Equilíbrio financeiro, segundo Ibrahim (2008, p.37) pode ser entendido como o saldo zero ou positivo do encontro entre receitas e despesas do sistema. Seria, pois, a manutenção do adequado funcionamento do sistema no momento atual e futuro, com o cumprimento de todas as obrigações pecuniárias, decorrentes de pagamentos de benefícios previdenciários. Para tanto, o administrador do sistema previdenciário deve preocupar-se com a garantia da arrecadação, evitando, de toda forma, flutuações danosas ao equilíbrio de contas.

Equilíbrio atuarial, por sua vez, diz respeito à estabilização de massa, isto é, ao controle e prevenção de variações graves no perfil da clientela, como por exemplo, grandes variações no universo de segurados ou amplas reduções de remuneração, as quais trazem desequilíbrio ao sistema inicialmente projetado.

do salário de contribuição ou do rendimento do trabalho do segurado, não inferior ao do salário mínimo; cálculo dos benefícios considerando-se os salários de contribuição, corrigidos monetariamente; preservação do valor real dos benefícios e previdência complementar facultativa, custeada por contribuição adicional. Assim, o conceito de Previdência Social traz em si, ínsito, o caráter de contributividade, no sentido de que só aqueles que contribuírem terão acesso aos benefícios previdenciários. (CORRÊA, 1999).

O sistema previdenciário brasileiro é dotado de dois regimes básicos Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e Regimes Próprios de Previdência dos Servidores Públicos e Militares (RPPS) e dois regimes complementares de previdência (privado aberto ou fechado no RGPS e público fechado no RPPS) (IBRAHIM, 2008, p. 28).

O regime geral de previdência social, conforme Tafner (2010, p.09), abrange os trabalhadores empregados do setor privado, os demais segurados obrigatórios e os segurados facultativos. É administrado pelo INSS e é obrigatório. Conceitualmente, o regime geral é um seguro social estruturado para atender toda a população economicamente ativa, com exceção dos servidores públicos que dispõem de regimes próprios.

Neste diapasão, Tafner (2010, p. 09) indica que:

Os regimes próprios (RPPS) de previdência dos servidores públicos abrangem o funcionalismo público nos níveis federal, estadual e municipal que tenham instituído regime próprio, senão será o caso de RGPS, também. É administrado pelos respectivos governos e é obrigatório ao funcionalismo público. Deve-se destacar que a existência de regimes próprios para servidores, longe de ser a exceção, é a regra na grande maioria dos países, mesmo em alguns em que houve reforma privatizante. No caso brasileiro, o gigantismo desse regime ensejou enormes preocupações e motivou a Reforma de 2003 além de ter sido também objeto de uma primeira reforma em 1998, tendo em vista seu impacto fiscal.

O regime de previdência complementar é optativo e destinado àqueles que querem um benefício complementar ao obtido em algum dos regimes anteriores, embora os benefícios deste programa não estejam vinculados aos da previdência social básica. Apesar desta não vinculação, é requisito legal para adesão ao plano de previdência complementar que o indivíduo esteja vinculado a um dos planos de previdência básicos (RGPS ou RPPS).

Doravante, o presente estudo se restringirá em analisar o Regime Próprio de Previdência Social dos servidores públicos da União, Estados, Municípios e DF (RPPS), regime, este, que teve grandes mutações e que podem ser caracterizados por várias fases, quais seja: a primeira,

anterior à Emenda Constitucional nº 20/1998; a segunda fase iniciada com a Emenda Constitucional nº 20/1998; e outra que principiou com a Emenda Constitucional nº 41/2003. Por derradeiro, em 2005, têm-se as mudanças introduzidas pela Emenda Constitucional nº 47.

Em período anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, as regras previdenciárias dos servidores eram mais simplificadas, com previsão, conforme exposto, no artigo 40 da CRFB/88:

Art. 40. O servidor será aposentado:

I - por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrentes de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, e proporcionais nos demais casos;

II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço;

III - voluntariamente:

a) aos trinta e cinco anos de serviço, se homem, e aos trinta, se mulher, com proventos integrais;

b) aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais;

c) aos trinta anos de serviço, se homem, e aos vinte e cinco, se mulher, com proventos proporcionais a esse tempo;

d) aos sessenta e cinco anos de idade, se homem, e aos sessenta, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.

§ 1º - Lei complementar poderá estabelecer exceções ao disposto no inciso III, "a" e "c", no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas.

§ 2º - A lei disporá sobre a aposentadoria em cargos ou empregos temporários.

§ 3º - O tempo de serviço público federal, estadual ou municipal será computado integralmente para os efeitos de aposentadoria e de disponibilidade.

§ 4º - Os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei.

§ 5º - O benefício da pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, até o limite estabelecido em lei, observado o disposto no parágrafo anterior.

Os trabalhadores da administração pública poderiam se aposentar, com proventos integrais no caso de invalidez permanente decorrente de acidente de serviço ou moléstia profissional ou doença grave e no caso de 35 anos de serviços se homem e 30, se mulher.

Existia a previsão de aposentadoria no caso do servidor possuir 65 anos de idade ou 30 anos de serviço, se homem, e 60 anos no caso das mulheres ou 25 anos de serviços com

proventos proporcionais ao tempo de serviço. Aos 70 anos o servidor era aposentado compulsoriamente, com proventos proporcionais.

A atualização das aposentadorias (integrais e proporcionais), concedidas com base neste contexto, eram paritárias, ou seja, o que fosse dado aos ativos era estendido aos aposentados e pensionistas.

Como exemplo para ilustrar o exposto, pode-se citar o caso de um homem, que ingressou no serviço público com 48 anos de idade, após ter trabalho na iniciativa privada por 30 anos, após completar o período de estágio probatório e conseqüentemente adquirido a estabilidade, este servidor, averbando o tempo de serviço anterior e somado ao tempo mínimo no serviço público poderia se aposentar com proventos proporcionais, que na maioria dos casos, eram bem maiores que na época que trabalhava na iniciativa privada, já que o RGPS possui um teto para os valores de aposentadoria.

2.2. A primeira reforma: a Emenda Constitucional nº 20/1998

A Emenda Constitucional nº 20/1998, trouxe algumas mudanças para o texto constitucional original, conforme se colaciona abaixo:

Art. 40 - Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

§ 1º - Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma do § 3º:

I - por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei;

II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição;

III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições:

a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher;

b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

§ 2º - Os proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão.

§ 3º - Os proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão calculados com base na remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria e, na forma da lei, corresponderão à totalidade da remuneração.

§ 4º - É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados os casos de atividades exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar.

§ 5º - Os requisitos de idade e de tempo de contribuição serão reduzidos em cinco anos, em relação ao disposto no § 1º, III, "a", para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

§ 6º - Ressalvadas as aposentadorias decorrentes dos cargos acumuláveis na forma desta Constituição, é vedada a percepção de mais de uma aposentadoria à conta do regime de previdência previsto neste artigo.

§ 7º - Lei disporá sobre a concessão do benefício da pensão por morte, que será igual ao valor dos proventos do servidor falecido ou ao valor dos proventos a que teria direito o servidor em atividade na data de seu falecimento, observado o disposto no § 3º.

§ 8º - Observado o disposto no art. 37, XI, os proventos de aposentadoria e as pensões serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e aos pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei.

§ 9º - O tempo de contribuição federal, estadual ou municipal será contado para efeito de aposentadoria e o tempo de serviço correspondente para efeito de disponibilidade.

§ 10 - A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício.

§ 11 - Aplica-se o limite fixado no art. 37, XI, à soma total dos proventos de inatividade, inclusive quando decorrentes da acumulação de cargos ou empregos públicos, bem como de outras atividades sujeitas a contribuição para o regime geral de previdência social, e ao montante resultante da adição de proventos de inatividade com remuneração de cargo acumulável na forma desta Constituição, cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, e de cargo eletivo.

§ 12 - Além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social.

§ 13 - Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social.

§ 14 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que instituíam regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata este artigo, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201.

§ 15 - Observado o disposto no art. 202, lei complementar disporá sobre as normas gerais para a instituição de regime de previdência complementar pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, para atender aos seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo.

§ 16 - Somente mediante sua prévia e expressa opção, o disposto nos §§ 14 e 15 poderá ser aplicado ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar.

A grande mudança trazida pela EC nº 20/1998, foi a modificação do caráter do sistema previdenciário de retributivo para contributivo, visando o equilíbrio financeiro e atuarial da Previdência Social.

Segundo Queiroz (2013, texto digital), com o advento da EC nº 20/1998, além da substituição do tempo de serviço por tempo de contribuição, também passou a ser exigida idade mínima, tanto na parte permanente do texto (artigo 40), quanto na regra de transição. No primeiro caso, respectivamente, de 60 e 55 anos para homens e mulheres e, no segundo, de 53 e 48.

Ainda segundo o autor:

Na regra permanente, válida somente para quem ingressou no serviço público a partir da EC nº 20/1998, a aposentadoria perdeu a paridade⁹ e passou a ser calculada com base na média das contribuições, além depender do cumprimento dos requisitos de tempo de contribuição (35 anos para homem e 30 para mulher) e da idade mínima (60 anos homem e 55 mulher), exigências que foram mantidas nas Emendas 41 e 47. (artigo 1º, dando nova redação ao artigo 40 da Constituição).

Na transição¹⁰ prevista na Emenda 20, entretanto, as exigências eram as seguintes:

Aposentadoria proporcional: 30 anos de contribuição e 53 de idade, no caso dos homens, de 25 e 48 no caso da mulher, acrescido de 40% sobre o tempo que faltava em 16/12/98 para completar o tempo de contribuição. (artigo 9º, § 1º, Emenda 20)

Aposentadoria integral: 35 anos de contribuição e 53 de idade, no caso dos homens, de 30 e 48 no caso da mulher, acrescido de 20% sobre o tempo que faltava em 16/12/98 para completar o tempo de contribuição. (artigo 9º, *caput*)

Além disso, conforme Queiroz (2013, texto digital), o servidor que no dia anterior da vigência da Emenda 20 (16/12/98) tivesse completado o tempo de serviço para aposentadoria proporcional ou integral, independentemente da idade, estava protegido pelo direito adquirido,

⁹ Paridade é uma garantia constitucional que assegura ao inativo a correção dos seus proventos na mesma data e nos mesmos índices do reajuste do servidor em atividade. Tem direito à paridade os servidores aposentados pelas regras vigentes até 31.12.2003, data da ECnº41/03 e aqueles que possuem o direito de se aposentar pelas regras anteriores à entrada em vigor da referida Emenda. Por outro lado, o servidor que tiver seu provento calculado pela média, não terá direito a paridade e sim, a um reajuste para preservar o valor real do seu benefício. Tem-se, portanto, a desvinculação de ativos e inativos, representando o fim da paridade.

¹⁰ A regra de transição é prevista no artigo 9º da Emenda Constitucional 20/98. Primeiramente é interessante explicar que apesar dessa forma de aposentadoria não mais existir, todos aqueles que já eram inscritos no Regime Geral de Previdência Social em 16-12-1998, poderão usufruir desse benefício, segurados inscritos após essa data, se submetem às regras gerais da previdência.

podendo fazer uso desse direito a qualquer tempo com base na legislação da época. (artigo 3º da Emenda nº 20/98)

Nos três casos (aposentadoria proporcional, integral e direito adquirido), o servidor terá direito à paridade plena, ou seja, fará jus a todos os ganhos que forem assegurados aos servidores em atividade. (artigo 1º, § 8º da Emenda 20).

2.3. A necessidade de mudanças no sistema previdenciário brasileiro: a gênese da Emenda Constitucional 41/2003

Segundo Tafner (2010, p.10), apesar de que os dados disponíveis dos regimes próprios de Estados e Municípios não serem muito seguros, estimativas relativamente confiáveis indicam que os gastos previdenciários, considerados o RGPS e os RPPS da União, Estados e Municípios montam cerca de 11% a 12% do PIB.

O autor supracitado ainda destaca o seguinte:

Enquanto o RGPS atende aproximadamente 24,5 milhões, os regimes próprios atendem, em conjunto, aproximadamente 2,0 milhões de beneficiários. Isso significa que, em média, o benefício pago pelo RGPS é algo entre 1/8 e 1/10 daquele pago pelos regimes próprios. Tem-se argumentado que o desequilíbrio entre receitas e despesas é parecido, só que o desequilíbrio do INSS está associado a mais de 20 milhões de benefícios, e o dos servidores, ao pagamento de apenas 2 milhões de aposentados e pensionistas. Portanto, como muitos argumentam, o nó a ser desatado estava, em grande medida, nos regimes próprios. (TAFNER, 2010, p.10).

Conforme se verificava, o sistema previdenciário brasileiro urgia por reformas, as quais se mostraram insuficientes com a EC nº 20/1998. O déficit previdenciário era enorme, o que acarretava no comprometimento das Receitas Correntes Líquidas¹¹ dos entes estatais, para cobrir este rombo. Neste ínterim, o poder executivo, através da Presidência da República, propôs uma PEC (Proposta de Emenda Constitucional) com o fito de modificar os artigos 37, 40, 42, 48, 96, 142 e 149 da Constituição Federal e o art. 8º da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, o que futuramente seria a EC 41/2003.

¹¹ Receita corrente líquida é o somatório das receitas tributárias de um Governo, referentes a contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias e de serviços, deduzidos os valores das transferências constitucionais.

Na exposição de motivos desta proposta¹², elaborada pelo Ministério da Previdência, em conjunto com o Ministério da Casa Civil, colocava-se a reforma como solução para garantir a proteção social não apenas no presente, mas também para as próximas gerações.

Veiculou-se, neste documento, também, dada a abrangência incompleta e parcial da EC n. 20, que persistiam regras bastante diferenciadas entre o Regime Geral de Previdência Social e os regimes próprios de Previdência Social dos servidores, com desequilíbrios nas dimensões da equidade e sustentabilidade de longo prazo.

Buscava-se, com a proposta, uma convergência de regras entre os regimes de previdência existentes, aplicando-se aos servidores públicos, requisitos e critérios mais próximos dos exigidos para os trabalhadores do setor privado. Almejava-se corrigir as distorções do atual modelo, propiciando, também, maior equidade entre os regimes de Previdência Social, flexibilidade para a política de recursos humanos, adequação ao novo perfil demográfico brasileiro e melhoria dos resultados fiscais.

A proposta salientava que, enquanto o Regime Geral, voltado ao setor privado da economia, estava sujeito a um teto de contribuições e benefícios, nos regimes do funcionalismo público este teto não existia de fato, o que exigia o emprego de recursos fiscais para a garantia da proteção social. Os níveis médios de benefícios eram bastante discrepantes entre diferentes categorias de servidores ou entre essas categorias e os valores médios dos benefícios pagos pelo Regime Geral.

A regra, que prevalecia naquele momento, comprometia de maneira sensível o equilíbrio atuarial dos regimes próprios de Previdência Social, inexistindo relação entre a contribuição e o benefício a ser percebido, haja vista ser possível ao servidor optar por ingressar mais tarde no serviço público, contribuindo por pouco tempo e obtendo pelo resto da vida um benefício integral em relação à sua remuneração, em razão da garantia de contagem de tempo recíproca entre os regimes.

Tais regras colaboravam para o grave desequilíbrio financeiro e atuarial existente entre as receitas e as despesas previdenciárias no serviço público nas três esferas de governo. Estimava-

¹² E.M.I. nº 29 - MPS/CCIVIL-PR – Exposição de motivos que acompanhou projeto de emenda constitucional proposta pela Presidência da República, com parecer do Ministério da Previdência Social em conjunto com o Ministério da Casa Civil, enviado à Câmara dos Deputados em 29 de abril de 2003.

se, que para o ano de 2003, fosse necessário o financiamento total do sistema previdenciário na ordem de 39,1 bilhões de reais (3,0% do PIB de 2002), levando-se em conta a contribuição dos entes públicos. Estes fatos evidenciavam a dimensão econômica dos regimes próprios de previdência, e que exigiam uma intervenção severa de modo a conter tais distorções.

Como se sabe, frente aos problemas enfrentados pelo sistema previdenciário brasileiro e relatados acima, era de extrema relevância para o governo, a aprovação de uma nova reforma previdenciária, sendo inicializada pela PEC 40/2003 e tornando-se realidade com a quadragésima primeira emenda à CRFB/88.

As alterações ao texto Constitucional, e especificamente ao Sistema Previdenciário do nosso país, logradas com a supracitada emenda, são dispostas no item subsequente.

2.4. A Emenda Constitucional n. 41/2003: a Emenda do mensalão

Conforme Queiroz (2013, texto digital), a Emenda Constitucional nº 41 aprofundou as mudanças da EC nº 20/1998, com as seguintes modificações:

- a) Eliminou a aposentadoria proporcional;
- b) Adotou o redutor na pensão;
- c) Instituiu o caráter solidário¹³ ¹⁴e a contribuição dos aposentados e pensionistas;
- d) Quebrou a paridade da aposentadoria por invalidez;
- e) Ampliou a idade mínima e o tempo de permanência no serviço público como condição para fazer jus à paridade e integralidade na regra de transição;

¹³ Caráter solidário da previdência social é o pacto intergerações, ou seja, significa dizer que os servidores ativos de hoje contribuem para os inativos de amanhã.

¹⁴ “O sistema público de previdência social é fundamentado no princípio da solidariedade (art. 3º, I, da CB/1988), contribuindo os ativos para financiar os benefícios pagos aos inativos. Se todos, inclusive inativos e pensionistas, estão sujeitos ao pagamento das contribuições, bem como aos aumentos de suas alíquotas, seria flagrante a afronta ao princípio da isonomia se o legislador distinguisse, entre os beneficiários, alguns mais e outros menos privilegiados, eis que todos contribuem, conforme as mesmas regras, para financiar o sistema. Se as alterações na legislação sobre custeio atingem a todos, indiscriminadamente, já que as contribuições previdenciárias têm natureza tributária, não há que se estabelecer discriminação entre os beneficiários, sob pena de violação do princípio constitucional da isonomia.” (RE 450.855-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 23-8-2005, Primeira Turma, DJ de 9-12-2005.)

- f) Instituiu a aposentadoria voluntária sem paridade e proporcional, com exigência de pedágio sobre o tempo de contribuição exigido (35 e 30, respectivamente homem e mulher) e idade mínima a partir de 53 anos para homem e 48 para mulher, porém com redutor sobre cada ano que faltasse para completar, respectivamente, 60 e 55, para aposentadoria sem paridade.

A partir de 31 de dezembro de 2003, data do início da vigência da EC nº 41, desaparece a possibilidade de aposentadoria proporcional, aquela concedida com cinco anos a menos no tempo exigido, respectivamente de 35 e 30 anos de homens e mulheres, desde que o segurado tivesse 53 ou 48, se homem ou mulher. Apenas os servidores que já haviam preenchidos os requisitos para obtenção desse direito poderão fazer uso dele a qualquer tempo com base nas regras da Emenda 20. (artigo 2º da Emenda 41)

As futuras pensões, antes concedidas no mesmo valor das aposentadorias deixadas pelos servidores falecidos, passam a sofrer um redutor de 30% sobre o valor que excedesse ao teto do regime geral de previdência social a partir de vigência da Emenda 41. Em valores de hoje (maio de 2013) o teto acima do qual incide o redutor é de R\$ 4.159,00 (artigo 1º, dando nova redação ao incisos I e II do parágrafo 7º do artigo 40 da Constituição)

A Emenda nº 41 também instituiu a contribuição dos aposentados e pensionistas, no percentual de 11%, igualmente com incidência sobre a parcela dos proventos que excedesse ao teto do regime geral, porém alcançando a todos e não apenas aos que viessem a usufruir dos benefícios previdenciários mencionados depois da vigência da referida Emenda Constitucional. (artigo 4º da Emenda nº 41)

A aposentadoria por invalidez, antes integral quando decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, também passa a ser proporcional, mas é menos perversa que a aposentadoria por invalidez sem vinculação com trabalho ou doença. A primeira é calculada com base na média das maiores contribuições, independentemente se muitas ou poucas, enquanto a segunda corresponde à média simples da divisão dos 35 anos de contribuição exigido do homem ou 30 da mulher pelo número de contribuições efetivas, reduzindo drasticamente o valor do provento de quem tem pouco tempo de contribuição. (artigo 1º, dando nova redação ao inciso I do parágrafo 1º do artigo 40 da Constituição)

Além disso, as aposentadorias por invalidez, independentemente do vínculo ou não com serviço e doenças, deixam de ser paritárias, passando a ser corrigidas pelos índices que forem utilizados para reajustar os benefícios do regime geral de previdência. Ou seja, além da redução no valor do benefício, ele é desvinculado dos ganhos assegurados aos servidores em atividade.

Outro requisito da regra de transição da Emenda 41, além da idade mínima (60 e 55 homem/mulher) e do tempo de contribuição (35 e 30), foi a exigência de 20 anos de serviço público para fazer jus às regras de transição que asseguram a integralidade e paridade. Essa regra é válida apenas para os servidores que ingressaram no serviço público até 31/12/03. (artigo 6º da Emenda 41).

Por fim, admitia a aposentadoria voluntária antes da nova idade mínima (60 e 55 anos), sem paridade e proporcional, e desde que o servidor: 1) tivesse ingressado no serviço público até 15.12.1998, 2) tivesse idade superior a 53 anos, no caso do homem, e 48, no caso da mulher, 3) tivesse 35 anos de contribuição ou 30 anos, se homem ou mulher, mais pedágio de 20% sobre o tempo que faltava para cumprir essa exigência em 16/12/98; 4) redutor de 3,5% para cada ano que faltava para a nova idade mínima, para

que completasse a idade até 31 de dezembro de 2005, ou de 5% de redutor para cada ano para aqueles que só viessem a completar a nova idade mínima a partir de 1º de janeiro de 2006. (artigo 2º da Emenda 41).

Ao qualificar o regime de solidário, A EC nº 41/2003 ampliou a sujeição passiva passando a abranger também os inativos e pensionistas e, no plano, infraconstitucional tornou insustentável a tese da retributividade pura do regime, assim entendida aquela que somente admite contribuição com previsão de retorno de benefício em igual contrapartida.

Mesmo com as reformas de 2003, o sistema ainda carecia de ajustes para se sustentar no longo prazo, principalmente quando se considera o componente demográfico, caracterizado pelo envelhecimento da população e redução da natalidade, resultando em menos indivíduos ativos para sustentar o crescente número de aposentados e pensionistas. (QUEIROZ, 2013, texto digital).

Segundo Ibrahim (2008, p. 32), com as modificações da EC nº 41/2003, as novas regras de aposentação do servidor público excluem a garantia de integralidade da remuneração na inatividade, sendo o benefício calculado por meio de média, além da extinção da paridade remuneratória entre ativos e inativos.

Assim, com o advento da EC nº 20/98, muitas controvérsias surgiram, a primeira delas, contemporânea à primeira reforma previdenciária, foi a questão do direito adquirido.

O STF se manifestou sobre este instituto conforme demonstrado abaixo:

Art. 2º e expressão '8º' do art. 10, ambos da EC 41/2003. Aposentadoria. *Tempus regit actum*. Regime jurídico. Direito adquirido: não ocorrência. A aposentadoria é direito constitucional que se adquire e se introduz no patrimônio jurídico do interessado no momento de sua formalização pela entidade competente. Em questões previdenciárias, aplicam-se as normas vigentes ao tempo da reunião dos requisitos de passagem para a inatividade. Somente os servidores públicos que preenchiam os requisitos estabelecidos na EC 20/1998, durante a vigência das normas por ela fixadas, poderiam reclamar a aplicação das normas nela contida, com fundamento no art. 3º da EC 41/2003. Os servidores públicos, que não tinham completado os requisitos para a aposentadoria quando do advento das novas normas constitucionais, passaram a ser regidos pelo regime previdenciário estatuído na EC 41/2003, posteriormente alterada pela EC 47/2005. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (ADI 3.104, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 26-9-2007, Plenário, DJ de 9-11-2007.)

Da mesma forma, grande polêmica surgiu com a adoção da contribuição previdenciária para os servidores inativos e pensionistas, tendo o STF se manifestado da seguinte forma, conforme exposto nos julgados abaixo:

"Servidores públicos federais. Contribuição de seguridade social. Lei 9.783/1999. Arguição de inconstitucionalidade formal e material desse diploma legislativo. Relevância jurídica da tese pertinente à não incidência da contribuição de seguridade social sobre servidores inativos e pensionistas da União Federal (CF, art. 40, *caput*, e respectivo § 12, c/c art. 195, II, na redação dada pela EC 20/1998). Alíquotas progressivas. Escala de progressividade dos adicionais temporários (art. 2º da Lei 9.783/1999). Alegação de ofensa ao princípio que veda a tributação confiscatória (CF, art. 150, IV) e de descaracterização da função constitucional inerente à contribuição de seguridade social. Plausibilidade jurídica. Medida cautelar deferida em parte. (...) Reserva constitucional de lei complementar. Incidência nos casos taxativamente indicados na Constituição. Contribuição de seguridade social devida por servidores públicos federais em atividade. Instituição mediante lei ordinária. Possibilidade. (...) A CR não admite a instituição da contribuição de seguridade social sobre inativos e pensionistas da União. (...) O registro histórico dos debates parlamentares, em torno da proposta que resultou na EC 20/1998 (PEC 33/1995), revela-se extremamente importante na constatação de que a única base constitucional – que poderia viabilizar a cobrança, relativamente aos inativos e aos pensionistas da União, da contribuição de seguridade social – foi conscientemente excluída do texto, por iniciativa dos próprios líderes dos partidos políticos que dão sustentação parlamentar ao Governo, na Câmara dos Deputados (Comunicado Parlamentar publicado no *Diário da Câmara dos Deputados*, p. 4110, edição de 12-2-1998). O destaque supressivo, patrocinado por esses Líderes partidários, excluiu, do substitutivo aprovado pelo Senado Federal (PEC 33/1995), a cláusula destinada a introduzir, no texto da Constituição, a necessária previsão de cobrança aos pensionistas e aos servidores inativos da contribuição de seguridade social. O regime contributivo é, por essência, um regime de caráter eminentemente retributivo. A questão do equilíbrio atuarial (CF, art. 195, § 5º). Contribuição de seguridade social sobre pensões e proventos: ausência de causa suficiente. (...) A contribuição de seguridade social dos servidores públicos em atividade constitui modalidade de tributo vinculado. (...) A garantia da irredutibilidade da remuneração não é oponível à instituição/majoração da contribuição de seguridade social relativamente aos servidores em atividade. (...) A tributação confiscatória é vedada pela CR. (...) A contribuição de seguridade social possui destinação constitucional específica. (...) Razões de Estado não podem ser invocadas para legitimar o desrespeito à supremacia da CR." (ADI 2.010-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-9-1999, Plenário, *DJ* de 12-4-2002.) No mesmo sentido: ADI 2.158 e ADI 2.189, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 15-9-2010, Plenário, *DJE* de 16-12-2010.

Entende da mesma forma a Corte Constitucional:

"Inconstitucionalidade. Ação direta. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária, por força de emenda constitucional. Ofensa a outros direitos e garantias individuais. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Regra não retroativa. Instrumento de atuação do Estado na área da previdência social. Obediência aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como aos objetivos constitucionais de universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento. Ação julgada improcedente em relação ao art. 4º, *caput*, da EC 41/2003. Votos vencidos. Aplicação dos arts. 149, *caput*; 150, I e III;

194; 195, *caput*, II, e § 6º; e 201, *caput*, da CF. Não é inconstitucional o art. 4º, *caput*, da EC 41, de 19-12-2003, que instituiu contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e as pensões dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações." (ADI 3.105 e ADI 3.128, Rel. p/ o ac. Min. Cezar Peluso, julgamento em 18-8-2004, Plenário, *DJ* de 18-2-2005.) No mesmo sentido: RE 602.771-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 15-2-2011, Primeira Turma, *DJE* de 18-3-2011; AI 710.180-ED, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 1º-2-2011, Primeira Turma, *DJE* de 3-3-2011; AI 406.460-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 14-12-2004, Primeira Turma, *DJ* de 18-2-2005; AI 669.223-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 30-6-2009, Primeira Turma, *DJE* de 21-8-2009; AI 532.770-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 23-9-2008, Primeira Turma, *DJE* de 27-2-2009; ADI 3.188, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 18-10-2006, Plenário, *DJ* de 17-11-2006. Vide: AI 594.104-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 4-5-2010, Segunda Turma, *DJE* de 21-5-2010; RE 475.076-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 25-11-2008, Segunda Turma, *DJE* de 19-12-2008.

Com o objetivo de resolver algumas destas distorções elencadas, uma nova reforma é realizada em 2005.

2.5. A Emenda Constitucional nº 47/2005

A principal mudança introduzida pela Emenda nº 47, segundo Queiroz (2013, online), foi a fórmula "95" para os homens e "85" para as mulheres, por intermédio da qual se permite que o servidor que ingressou no serviço público até 15/12/98 possa trocar o tempo de contribuição excedente por idade, desde que comprovasse pelo menos 25 anos efetivos de serviço público.

O servidor que contasse mais de 35 de contribuição, se homem, ou mais de 30 de contribuição, se mulher, poderia abater esse tempo excedente na idade mínima, de tal sorte que a soma do tempo de contribuição com idade somasse 95, no caso do homem, ou 85, no caso da mulher. O servidor nessa situação fará jus a aposentadoria integral e com paridade.

Como para cada ano excedente na contribuição poderá abater um na idade mínima, um servidor do sexo masculino, por exemplo, que contasse com 38 anos de contribuição, poderia aposentar-se aos 57 de idade, já que a soma do tempo de contribuição com a idade atingiria a fórmula 95.

Para Lenza (2008, p.892), a EC nº 47/2005 é fruto da aprovação da denominada PEC paralela da previdência, elaborada à época da EC nº 41/2003, com o objetivo de amenizar,

melhorando as regras de transição, o seu impacto em relação àqueles que estariam sendo surpreendidos pelas novas disposições.

Como se mostrou, a aprovação da Proposta de Emenda à Constituição 40/2003, que reformaria pela segunda vez a Previdência Social do País seria tarefa árdua, mas necessária para os objetivos do governo, em ter um sistema previdenciário equilibrado, contendo seu déficit e melhorando a arrecadação.

Após ter conhecimento das alterações verificadas na Previdência Social do País, oriundas de emendas à Constituição, as quais foram acima, expendidas; torna-se oportuno, para o estudo, o conhecimento do encaminhamento, através do processo legislativo, que desencadeou na Emenda à Constituição nº 41/2003, já que está pendente de julgamento pelo STF, em virtude de alguns parlamentares que participaram de sua votação, terem sido condenados na Ação Penal 470 (ação do mensalão).

3. O PROCESSO LEGISLATIVO DE VOTAÇÃO DA EC n° 41 E A AÇÃO PENAL n° 470

Torna-se oportuno, neste momento, reexaminar o contexto da concepção da Emenda Constitucional n° 41/2003, analisando as nuances do processo legislativo maculado pela compra e venda de votos, que culminou na chamada ação do “mensalão”¹⁵.

¹⁵ Mensalão. Assim ficou conhecido e popularizado o esquema de compra de votos de parlamentares, deflagrado no primeiro mandato do governo de Luís Inácio Lula da Silva (PT – Partido dos Trabalhadores).

Já havia rumores desta “venda” de votos por parte de deputados, mas nada fora comprovado.

O semanário *Veja*, em sua edição n° 1.905, de 18 de maio de 2005, publicou matéria intitulada “O homem chave do PTB”, na qual são transcritos diálogos de que participava o Sr. Maurício Marinho, então diretor do Departamento de Contratação e Administração de Material da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). Esses diálogos indicaram a ocorrência de atos de corrupção ativa e passiva no âmbito daquela empresa estatal e sugeriram diversos outros equívocos administrativos. Revelaram, ademais, informações a respeito de supostos procedimentos de troca de apoio político, no Congresso Nacional, por cargos e posições de mando em empresas estatais e diversos órgãos públicos da Administração Direta e Indireta.

A partir dessa data, o então Deputado Federal Roberto Jefferson, Presidente Nacional do Partido Trabalhista Brasileiro, que fazia parte da base de apoio e sustentação do Governo no Congresso Nacional, passou a apontar, em inúmeras manifestações na mídia nacional, a existência de um complexo sistema de financiamento ilegal dessa base de apoio, seja em processos políticos ou eleitorais, seja fora deles. Cunhou-se, então, o vocábulo *mensalão* para descrever esse esquema e apontar os que nele se envolveram, destacando a participação, sobretudo, de parlamentares, de deputados federais.

Segundo Jefferson, deputados da base aliada do PT recebiam uma “mesada” de R\$ 30 mil para votarem segundo as orientações do governo. Estes parlamentares, os “mensaleiros”, seriam do PL (Partido Liberal), PP (Partido Progressista), PMDB (Partido do Movimento Democrático Brasileiro) e do próprio PTB (Partido Trabalhista Brasileiro).

Um núcleo seria responsável pela compra dos votos e também pelo suborno por meio de cargos em empresas públicas. José Dirceu, Ministro da Casa Civil na época, foi apontado como o chefe do esquema. Delúbio Soares, tesoureiro do PT, era quem efetuava o pagamento aos “mensaleiros”. Com o dinheiro em mãos, o grupo também teria saldado dívidas do PT e gastos com as campanhas eleitorais.

Marcos Valério Fernandes de Souza, publicitário e dono das agências que mais detinham contrato de trabalho com órgãos do governo, seria o operador do Mensalão. Valério arrecadava o dinheiro junto a empresas estatais e privadas e em bancos, através de empréstimos que nunca foram pagos. Fernanda Karina Somaggio, ex-secretária do publicitário, foi uma das testemunhas que confirmou o esquema, apelidado de “valerioduto”.

Outras figuras de destaque no governo e no PT também foram apontadas como participantes do mensalão, tais como: José Genoíno (presidente do PT), Sílvio Pereira (Secretário do PT), João Paulo Cunha (Presidente da Câmara dos Deputados), Ministro das Comunicações, Luiz Gushiken, Ministro dos Transportes, Anderson Adauto, e até mesmo o Ministro da Fazenda, Antonio Palocci.

Todos os acusados foram afastados do cargo que ocupavam. Embora não houvesse provas concretas do esquema de corrupção, os envolvidos não conseguiram se defender de forma contundente durante os interrogatórios à CPI dos Correios, instaurada para investigar o caso.

Lula negou que soubesse do Mensalão. O próprio Roberto Jefferson o poupou das acusações. Enquanto seus homens fortes caíam, Lula conseguiu se manter no cargo e ainda se reeleger, em 2006.

Em agosto de 2007, mais de dois anos após ser denunciado o esquema, o STF (Supremo Tribunal Federal) acatou a denúncia da Procuradoria Geral da República e abriu processo contra quarenta envolvidos no escândalo do Mensalão. Entre os réus, estavam: José Dirceu, Luiz Gushiken, Anderson Adauto, João Paulo Cunha, Marcos Valério, Roberto Jefferson, os quais foram condenados por crime de corrupção passiva e ativa, formação de

Para isso se fará uma abordagem conceitual do processo legislativo e do processo de concepção de emendas constitucionais, em seguida analisar-se-á o processo legislativo da PEC 40/2003, que culminou na EC nº 41/2003.

Posteriormente, se fará a apreciação de forma sintética da Ação Penal nº 470 na parte relacionada à condenação dos sete (7) parlamentares que participaram da votação da EC nº 41/2003, expondo seus detalhes e implicações na segunda reforma da Previdência Social em 2003.

3.1. O Processo Legislativo

Segundo Silva apud Lenza (2010, p.385), o processo legislativo consiste nas regras procedimentais, constitucionalmente previstas, para a elaboração das espécies normativas, regras estas a serem criteriosamente observadas por aqueles envolvidos no processo.

Ainda pode ser entendido, conforme autor supracitado, como o conjunto de atos realizados pelos órgãos legislativos visando à formação das espécies normativas elencadas no rol do artigo 59 da Constituição, em especial a espécie objeto de nosso estudo, conforme exposto abaixo:

Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:
I - emendas à Constituição;
[...]

Segundo Silva apud Tavares (2010), o processo legislativo se caracteriza pelo conjunto de atos preordenados visando a criação de normas de direito. Estes atos são:

- a) iniciativa legislativa;
- b) emendas;
- c) votação;
- d) sanção e veto;

quadrilha, lavagem de dinheiro, entre outros. Fonte: Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito dos “Correios”.

e) promulgação e publicação.

A iniciativa, conforme Moraes (2010, p.654), que é o primeiro passo da fase introdutória do processo legislativo, “é a faculdade que se atribui a alguém ou a algum órgão para apresentar projetos de lei ao legislativo”. Pode ser conferida concorrentemente a mais de uma pessoa ou órgão, mas em casos expressos, é outorgada com exclusividade a um deles apenas. Assim é que a iniciativa de emendas à Constituição cabe concorrentemente a um terço dos membros da Câmara dos Deputados, a um terço dos membros do Senado Federal, ao Presidente da República e a mais da metade das assembleias Legislativas das Unidades da Federação.

Em seguida tem-se a segunda fase do processo legislativo, que segundo Lenza (2010, p.406), é onde acontece a conjugação de vontades tanto do Legislativo (deliberação parlamentar - discussão e votação) como do Executivo (deliberação executiva – sanção ou veto).

A votação da matéria legislativa, segundo Lenza (2008, p.407) constitui ato coletivo das Casas do Congresso. É geralmente precedida de estudos e pareceres de comissões técnicas (permanentes ou especiais) e de debates em plenário. É o ato de decisão (art. 65 e 66, CRFB/88), que se toma por maioria de votos: maioria simples (ou relativa), isto é, maioria dos membros presentes (art. 47), para a aprovação de leis ordinárias; maioria absoluta dos membros das Casas, para a aprovação de projetos de Lei Complementar (art. 69), e maioria de três quintos dos membros da Câmara e do Senado, para a aprovação de Emendas Constitucionais (art. 60,§ 2º).

Sanção e Veto faz parte da deliberação executiva, são atos legislativos de competência exclusiva do Presidente da República. A sanção e o veto somente recaem sobre projetos de lei e que tratem de matérias indicadas no art. 48¹⁶ da CRFB/88. A lei nasce com a sanção que é

¹⁶ Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

- I - sistema tributário, arrecadação e distribuição de rendas;
- II - plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, operações de crédito, dívida pública e emissões de curso forçado;
- III - fixação e modificação do efetivo das Forças Armadas;
- IV - planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento;
- V - limites do território nacional, espaço aéreo e marítimo e bens do domínio da União;
- VI - incorporação, subdivisão ou desmembramento de áreas de Territórios ou Estados, ouvidas as respectivas Assembleias Legislativas;
- VII - transferência temporária da sede do Governo Federal;

pressuposto de sua existência, a menos que seja vetada e o veto seja rejeitado (MORAES, 2010, p.666).

Conforme Moraes (2010, p. 666), a sanção é a adesão do Chefe do Poder Executivo ao projeto de lei aprovado pelo Poder Legislativo. Pode ser expressa ou tácita. Aquela ocorre quando o Presidente emite o ato de sanção assinando o projeto. A outra se dará quando, recebido o projeto, o Presidente silenciar (não o assina) durante os quinze dias subsequentes, pois são os quinze dias úteis (previstos no art. 66, §1º) que dispõe o Chefe do Executivo, para vetar.

No que tange ao veto, entende Lenza (2010, p. 408) que é o modo do Chefe do Executivo exprimir sua discordância com o projeto aprovado, por entendê-lo inconstitucional ou contrário ao interesse público. Este veto será total, se recair sobre todo o projeto, e parcial se atingir parte do projeto, mas este abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso e de alínea (art. 66, § 2º).

A promulgação e a publicação da lei não configuram atos de natureza legislativa, fazem parte da fase complementar do processo legislativo. A promulgação nada mais é do que um atestado da existência válida da lei e de sua executoriedade. A publicação da lei constitui instrumento pelo qual se levará a conhecimento de todos do conteúdo da inovação legislativa. (LENZA, 2010, p.410).

VIII - concessão de anistia;

IX - organização administrativa, judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública da União e dos Territórios e organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal;

IX - organização administrativa, judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública da União e dos Territórios e organização judiciária e do Ministério Público do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 69, de 2012) (Produção de efeito)

X - criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas;

XI - criação, estruturação e atribuições dos Ministérios e órgãos da administração pública;

X - criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, b; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

XI - criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

XII - telecomunicações e radiodifusão;

XIII - matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações;

XIV - moeda, seus limites de emissão, e montante da dívida mobiliária federal.

XV - fixação do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, por lei de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal, observado o que dispõem os arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

A importância de conhecer o processo legislativo e seus trâmites específicos está no fato de que sua inobservância acarretará na elaboração de espécie normativa eivada de vício formal de inconstitucionalidade, que poderá acontecer na fase de iniciativa (vício formal subjetivo) ou nas demais fases de formação da lei (vício formal objetivo).

3.2. O processo legislativo de Emendas Constitucionais

Conforme Moraes (2010, p. 670), o legislador constituinte de 1988, ao prever a possibilidade de alteração das normas constitucionais através de um processo legislativo especial e mais dificultoso que o ordinário, definiu a Constituição da República Federativa do Brasil como rígida, fixando a ideia de supremacia da ordem constitucional. A alteração constitucional, embora se possa traduzir na alteração de muitas proposições da Constituição, sempre conservará um valor integrativo, no sentido de que se deve deixar substancialmente idêntico o sistema originário da Constituição.

Neste sentido, considerando que a emenda à Constituição é produzida segundo uma forma e versando sobre conteúdo previamente limitado pelo Constituinte originário, respeitando os preceitos fixados no art. 60, da Constituição Federal, tem-se que a emenda Constitucional ingressará no ordenamento jurídico com *status* constitucional, devendo, portanto se compatibilizar com as demais normas originárias (MORAES, 2010, p.671).

Destarte, parece plenamente cabível, segundo o entendimento do autor supracitado, a incidência do controle de constitucionalidade, difuso ou concentrado, sobre emendas constitucionais, a fim de verificar sua constitucionalidade ou não, a partir da análise da observância dos parâmetros fixados no art. 60 da Constituição, quando da alteração constitucional.

Portanto, o Congresso Nacional, no exercício do Poder Constituinte Derivado Reformador, submete-se a limitações constitucionais. Ou seja, o Congresso Nacional há de proceder nos estritos termos expressamente estatuídos na Constituição.

A doutrina costuma distribuir as limitações do poder de reforma em três grupos: as temporais, as circunstanciais e as materiais.

Segundo Lenza (2008, p. 415), as limitações temporais não são tão comuns na história constitucional brasileira. Apenas a Constituição do Império estabeleceu esse tipo de limitação, visto que previra que tão só após quatro anos de sua vigência que poderia haver qualquer tipo de reforma em seu texto.

Em determinadas circunstâncias, o constituinte originário vedou a alteração do texto original, em decorrência da gravidade e anormalidade institucionais. Nestes termos a Constituição não poderá ser emendada na vigência de: estado de sítio, estado de defesa e intervenção federal (LENZA, 2008, p. 413).

Por fim, segundo o autor supracitado, as limitações materiais são aquelas presentes no rol do art. 60, § 4º da CRFB/88, conforme disposto:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
[...]
§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I - a forma federativa de Estado;
II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

3.3. O processo legislativo de votação da Emenda Constitucional nº 41/2003

Conhecer como funciona o processo legislativo de emendas à Constituição é o primeiro passo para entender como se sucedeu a gênese da Emenda Constitucional nº 41/2003, e como se sucedeu os fatos notoriamente conhecidos e suscitados na Ação do “Mensalão”.

As Propostas de Emenda à Constituição (PECs) têm o objetivo de alterar o Texto Constitucional e estão previstas no artigo 60¹⁷ da Constituição, que as legitimam.

As PECs se sujeitam à tramitação especial na Câmara dos Deputados e devem ser apresentadas pelo Presidente da República, pelo Senado Federal, por um terço, no mínimo, do

¹⁷ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I- de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;
II- do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

total de parlamentares ou por mais da metade das assembleias legislativas das unidades da Federação.¹⁸

Seu trâmite tem início quando ela é despachada pelo Presidente do Congresso (chefe do Poder Legislativo) para a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania que tem o prazo de cinco sessões legislativas para a devolução da proposta à Mesa da Câmara com o respectivo parecer sobre a admissibilidade da mesma (PACHECO, 2009, p. 29).

Caso seja considerada inadmissível, a PEC é arquivada ou o autor da proposta poderá - com o apoio de um terço da composição da Câmara ou de sua representação, desde que cumpra o número mínimo exigido de assinaturas - requerer a deliberação do plenário sobre a preliminar de admissibilidade.

Segundo Pacheco (2009, p. 29), admitida, porém, as PECs recebem emendas na comissão temporária designada pela Comissão de Justiça para exame do mérito, no prazo de quarenta sessões da Câmara dos Deputados. As alterações à emenda constitucional só podem ser apresentadas durante as dez primeiras sessões na respectiva comissão para relatoria e parecer no prazo estabelecido.

O Regimento Interno da Câmara dos Deputados não se manifesta quanto ao exame de admissibilidade de emendas a proposta de emenda à Constituição. Entretanto, a orientação tem sido no sentido de que cabe à comissão especial fazer esta análise e emitir parecer.

Aprovado pela maioria absoluta dos membros da comissão temporária, o parecer do relator será publicado e, só então, a PEC será incluída na "Ordem do Dia" da Câmara dos Deputados e submetida a dois turnos de discussão e votação, com intervalo de cinco sessões entre um e outro. Aprovada na Câmara, a PEC é encaminhada ao Senado Federal para apreciação em dois turnos.

Fundamentada nos Regimentos Internos das duas Casas (Câmara dos Deputados, artigo 20319; e Senado Federal, artigo 36520), a proposta de emenda à Constituição que for aprovada

¹⁸ Regimento Interno da Câmara dos Deputados – Resolução n. 17/1989. Diário do Congresso Nacional: Brasília, 1989

¹⁹ Art. 203. A proposta de emenda à Constituição recebida do Senado Federal, bem como as emendas do Senado à proposta de emenda à Constituição oriunda da Câmara, terá a mesma tramitação estabelecida no artigo precedente. Parágrafo único. Quando ultimada na Câmara a aprovação da proposta, será o fato comunicado ao Presidente do Senado e convocada sessão para promulgação da emenda.

com emendas pela Casa revisora (Senado Federal) voltará a tramitar na Câmara como proposta nova e será despachada para a Comissão de Justiça. Se aprovada em definitivo por ambas as casas (Congresso Nacional), o Senado convocará sessão conjunta das duas Casas para promulgação da emenda. Não havendo norma específica, são aplicáveis às propostas de emenda à Constituição as disposições regimentais relativas ao trâmite e apreciação dos projetos de lei em geral.

A Emenda Constitucional nº 41/2003, teve seu cerne na Proposta de Emenda Constitucional nº 40/2003. Em 30 de abril daquele ano, a PEC foi despachada à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, sendo admitida, e em 05 de agosto de 2003, é apresentada à Plenário para sua votação em primeiro turno. A PEC nº 40/2003 foi aprovada nesta etapa com 358 votos, recebendo 126 votos contrários, havendo 09 abstenções.

Em 26/08/2003, a PEC é votada em segundo turno na Câmara dos Deputados. Recebendo 357 votos favoráveis, 123 contra e 06 abstenções.

Em 28/08, do mesmo exercício, é encaminhada à Casa Revisora, Senado Federal, sendo convertida em Emenda Constitucional, em sessão conjunta do Congresso Nacional, no dia 19 de dezembro daquele ano.²¹

²⁰ Art. 365. Aprovada, sem emendas, a proposta será remetida à Câmara dos Deputados; emendada, será encaminhada à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, que terá o prazo de três dias para oferecer a redação final.

²¹ Análise da ficha de tramitação da PEC nº 40/2003. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=113716>>

3.4. O Mensalão e o processo legislativo de votação da Emenda Constitucional nº 41

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Penal nº 470 condenou por corrupção passiva²², dentre os vários acusados, os seguintes deputados federais:

1. Roberto Jefferson Monteiro Francisco, PTB/RJ;
2. Romeu Ferreira de Queiroz, PTB/MG;
3. José Rodrigues Borba, PMDB/PR;
4. Valdemar Costa Neto, PL/SP;
5. Carlos Alberto Rodrigues Pinto, PL/RJ;
6. Pedro da Silva Corrêa de Oliveira Andrade Neto, PP/PE;
7. Pedro Henry Neto, PP/MT.

No referido julgamento, restou assentado pela Egrégia Corte, que houve um esquema criminoso de compra de apoio político no Congresso, tendo sido comprovado, durante a instrução da Ação Penal nº 470, o recebimento pelos deputados federais acima arrolados, de valores para que pudessem votar favoráveis à PEC nº 40/2003.²³

²² É conhecido pelo nome de corrupção passiva o crime praticado contra a administração pública em geral. Sua previsão se encontra no artigo 317 do Código Penal brasileiro, que o caracteriza como o ato na qual o funcionário público solicita ou recebe, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem. A peculiaridade deste ato ilícito é que ele é praticado apenas e tão somente pelo funcionário público, mesmo que a letra da lei não traga a definição explícita deste ser o sujeito ativo. Tal dedução decorre do capítulo na qual o artigo está inserido, o primeiro (dos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral) do Título XI (dos crimes contra a administração pública). O artigo, porém, traz em seu texto que será penalizado mesmo aquele agente que esteja fora da função ou ainda não a tenha assumido. Para a corrupção passiva está prevista a pena de reclusão, de dois a doze anos, e multa. A pena será aumentada de um terço no caso de, como resultado da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional. A corrupção passiva é uma das três formas que o delito chamado corrupção pode assumir. Além da forma passiva, temos a corrupção ativa e a corrupção ativa e passiva.

A intenção do legislador ao tornar crime a corrupção passiva foi a manutenção do normal funcionamento da administração pública, de modo a preservar princípios intrínsecos à instituição, como legalidade ou moralidade, impedindo assim uma implosão da estrutura das instituições públicas, caso haja a proliferação da corrupção entre seus membros.

²³ Com base excertos retirados da petição inicial que deu azo a ADI 4889, proposta pelo PSOL pela banca de advogados MAIOMI advogados associados.

Por sua vez, ficou provado que esse esquema de compra de apoio político para o Governo no Congresso ocorreu na mesma época da votação da PEC nº 40/2003, de autoria do Poder Executivo, que foi transformada na Emenda Constitucional 41/2003.

Sendo assim, ao condenar os Deputados Federais pelo crime tipificado no art. 317 do Código Penal²⁴, a Suprema Corte pode vir a reconhecer que os votos destes parlamentares estavam maculados, não representando, naquele momento, a vontade popular, mas sim a sua própria vontade, num claro abuso de poder, por desvio de finalidade.

Ademais, cabe ressaltar que, além de venderem seus votos, alguns dos deputados condenados eram, à época, líderes das bancadas dos partidos políticos e de blocos partidários e, como tal, poderiam ter orientado as suas bancadas pelo voto favorável à PEC 40/2003.

A possível influência, dos deputados condenados no mensalão, que eram líderes de suas bancadas se mostrou da seguinte forma, no cômputo da votação da PEC 40/2003, conforme excertos retirados da petição inicial que deu azo a ADI 4889, proposta pelo PSOL pela banca de advogados MAIOMI advogados associados²⁵:

a) Em 2003, Valdemar Costa Neto era o líder do bloco parlamentar composto pelos partidos PL e PSL. Tal bloco, na votação do primeiro turno da PEC 40/2003, representou um total de 38 deputados federais. Cumpre salientar que, ao orientar a bancada para o voto favorável à PEC nº 40/2003, o líder, Valdemar Costa Neto, conseguiu obter 100% de adesão dos seus liderados, totalizando 38 votos dos deputados de seu partido.

b) Na mesma época, Roberto Jefferson era o líder do partido PTB. O referido partido, na votação do primeiro turno da PEC nº 40/2003, representou um total de 47 deputados federais. Assim, ao orientar a bancada para o voto SIM à PEC 40/2003, o líder, Roberto Jefferson, conseguiu obter 82,97% de adesão dos seus liderados, vale dizer: 39 deputados seguiram a orientação do líder.

c) Igualmente, Pedro Henry Neto era o líder, à época, do partido PP. O Partido Progressista, na votação do primeiro turno da PEC nº 40/2003, representou um total de 44 deputados federais. Assim, ao orientar a bancada para votar a favor da PEC 40/2003, o líder, Pedro Henry Neto, conseguiu obter 70,45% de adesão dos seus liderados, ou seja, 31 deputados seguiram a orientação do líder.

²⁴ Art. 317, Código Penal - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função, ou antes, de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem. Trata-se do crime de Corrupção Passiva, onde o agente público “comercializa” a sua função pública. Este crime se consubstancia na substituição da pureza do cargo pela parcialidade ou pelo interesse.

²⁵ Com base excertos retirados da petição inicial que deu azo a ADI 4889, proposta pelo PSOL pela banca de advogados MAIOMI advogados associados.

É necessário salientar que a matéria foi aprovada em primeiro turno com 358 votos favoráveis, 126 contrários e 09 (nove) abstenções. A Constituição Federal dispõe que é necessário 3/5 dos deputados federais para se aprovar uma proposta de emenda à constituição, o que equivale a 308 deputados.

Assim, segundo entendimento da banca de advogados que representa o autor da ADI 4889, os 108 votos obtidos dos partidos cujos líderes foram condenados por corrupção passiva na Ação Penal nº 470, por terem recebido dinheiro em troca de votar a favor dos interesses do Governo, podem ter se revelado essenciais para a aprovação da PEC nº 40/2003, no primeiro turno de votação.

Vale dizer que caso não houvesse a influência, feita pelos líderes do PP, do PTB e do bloco PL/PSL, todos eles envolvidos no episódio do mensalão, a PEC 40/2003 não teria sido aprovada, e não teria se transformado na Emenda Constitucional nº 41, de 2003.

Portanto, surge neste momento o ponto nevrálgico deste estudo que pode ser consubstanciado na seguinte indagação:

A ação dos sete deputados condenados na Ação penal 470 (ação do mensalão) pode ter influenciado nos demais deputados que participaram daquele processo legislativo de aprovação da Emenda Constitucional n. 41/2003?

O presente trabalho monográfico se propõe a responder a indagação acima expendida no capítulo 5, quando trata dos posicionamentos favoráveis e contrários à constitucionalidade da Emenda Constitucional n. 41/2003.

4. O CONTROLE CONCENTRADO E DIFUSO DA EC n. 41/2003

Conforme Kelsen (2009, p. 121), o ordenamento jurídico é formado por uma pluralidade de normas, cuja validade pode ser atribuída a uma única norma fundamental, responsável pela unidade de todas as normas que integram esse sistema e fonte comum do significado normativo de todas as situações de fato constituídas. A norma fundamental nada mais é que uma regra fundamental, conforme as quais são produzidas as normas do ordenamento jurídico, a criação da estabilidade fundamental da produção jurídica.

Este ordenamento pode ser considerado como um sistema ordenado de normas, colocadas lado a lado, escalonadamente em diferentes níveis de normas jurídicas, sendo que uma norma de grau inferior deve ser produzida de acordo com uma norma de grau superior e dela retirar seu fundamento de validade. Esse escalonamento pode ser representado colocando-se a Constituição na camada jurídico-positiva mais alta, cuja função essencial consiste em regular os órgãos e o procedimento legislativo, determinando o conteúdo das futuras leis. (KELSEN, 2009, p. 131).

Segundo Veloso (2003, p.17), este sistema pressupõe ordem e unidade, devendo suas normas conviver de maneira harmoniosa. Assim, uma norma de grau inferior deve corresponder à outra de grau superior, seja em sua produção, seja em seu conteúdo, para que seja mantida a unidade do ordenamento jurídico.

Para Santos (2011, p.152), qualquer conflito que agrida a supremacia da Carta compromete a harmonia do ordenamento, tornando indispensável a existência de meios de reação eficientes capazes de eliminar os fatores de desagregação e de ruptura do sistema

O controle de constitucionalidade é um desses mecanismos, provavelmente o mais importante, consistindo na verificação da compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição, visando a defesa da ordem constitucional de um determinado Estado (BARROSO, 2009, p.147).

Ainda pode ser entendido como o mecanismo que visa proteger a supremacia do texto constitucional impedindo que dispositivos legais contrários à constituição tenham sobrevida no ordenamento jurídico.

É, pois, a verificação da adequação de um ato jurídico à Constituição. Envolve a verificação tanto dos requisitos formais – subjetivos, como a competência do órgão que o editou – objetivos, como a forma, os prazos, o rito, observados em sua edição – quanto dos requisitos substanciais – respeito aos direitos e às garantias consagrados na Constituição – de constitucionalidade do ato jurídico (FERREIRA FILHO, 1997, p.30).

Bulos (2010) corrobora com o anteriormente exposto ao estabelecer que o controle de constitucionalidade, “é o instrumento de garantia da supremacia constitucional”. Serve para defender a constituição das investidas praticadas pelos poderes públicos, e, também, dos atos privados atentatórios à magnitude de seus preceitos.

Controlar a constitucionalidade, para Moraes (2004, p.712) significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais.

Este controle é atribuído ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, que faz guarda da Constituição, conforme artigo 102, caput da CRFB/88, o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, sendo exercida por meio da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso e no controle concentrado²⁶.

No controle difuso, qualquer interessado, no curso de um processo judicial concreto pode suscitar, incidentalmente, uma controvérsia constitucional perante qualquer órgão do Poder Judiciário.

A origem do controle difuso é a mesma do controle judicial em geral: o Caso *Marbury X Madison*, julgado pela Suprema Corte americana em 1803.

Nesta modalidade de controle, também chamado de sistema americano, todos os órgãos do judiciário, inferiores ou superiores, estaduais ou federais, têm o poder e o dever de não aplicar

²⁶ Conforme Barroso (2009, p.41), a doutrina costuma identificar três grandes modelos de controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno: o americano, o austríaco e o francês. Dessas matrizes surgiram variações de maior ou menor sutileza, abrigadas nos sistemas constitucionais de diferentes países. É possível sistematizar as características de cada um levando em conta aspectos subjetivos, objetivos e processuais, ordenados da seguinte forma: quanto à natureza do órgão de controle (controle político ou judicial); quanto ao momento do exercício do controle (controle preventivo ou repressivo); quanto ao órgão judicial que exerce o controle (controle difuso ou concentrado) e quanto à forma ou modo de controle judicial (controle por via incidental ou por via principal ou ação direta). O presente trabalho, por oportuno, detalhará apenas a classificação quanto ao órgão judicial que exerce o controle de constitucionalidade.

as leis inconstitucionais nos casos levados a seu julgamento. A declaração de inconstitucionalidade se dá de forma incidental (*incider tantom*), prejudicialmente ao exame de mérito.

No Brasil, o controle difuso vem desde a primeira Constituição republicana, e subsiste até hoje sem maiores alterações.

Por outro lado, no controle concentrado, o controle de constitucionalidade é exercido por um único órgão ou por um número limitado de órgãos criados especialmente para essa finalidade ou tendo esta atividade como sua função precípua. Esse modelo tem influência do sistema europeu, adotado pela primeira vez em 1920 pela Constituição Austríaca, inspirado e idealizado pelas convicções doutrinárias de Hans Kelsen.

Este tipo de controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo recebe esta denominação pelo fato desta função estar concentrada em um único tribunal e pode ser verificado em cinco situações:

ADI (ação direta de inconstitucionalidade) genérica – art. 102, I, “a”, CFRB;

ADPF (arguição de descumprimento de preceito fundamental) – art. 102, § 1º;

ADO (ação direta de inconstitucionalidade por omissão) – art. 103, § 2º;

ADI interventiva – art. 36, III (com modificações introduzidas pela EC. n. 45/2004);

ADC (ação declaratória de constitucionalidade) – art.102, I, “a”.

Por fim, cumpre advertir, segundo Macedo e De Lira (2013, texto digital), que as normas constitucionais originárias não são passíveis de controle de constitucionalidade pelo STF, por uma razão bem simples e lógica: o legislador constituinte originário (criador) foi quem delegou a competência para STF (criatura) analisar a compatibilidade das normas frente aos preceitos estabelecidos em sua obra primária, desde que não subverta a sua criação.

4.1. As Ações Diretas de Inconstitucionalidade: abordagem genérica

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nasceu sobre a denominação de Representação de Inconstitucionalidade (RI) por meio da Emenda Constitucional n. 16 de 26/11/1965 (promulgada

na vigência dos atos institucionais n. 01 e 02), e na época de sua criação só poderia ser ajuizada pelo Procurador-Geral da República.

A ADI tem base Constitucional no art. 102, I, a da CRFB/88, e infraconstitucional na Lei 9868/1999, segundo excertos abaixo:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

Lei 9868/1999:

Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Diferentemente de quando surgiu em 1965, quando apenas o Procurador-Geral da República poderia propor a RI, com o advento da Carta Constitucional de 1988, o rol de legitimados foi ampliado conforme disposto abaixo:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Segundo Mendes e Gonet (2012, p.1221), com a introdução desse sistema de controle abstrato de normas, dotado de ampla legitimação e, particularmente, com a outorga do direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade, pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato

de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento de correção do sistema geral incidente.

No que tange aos legitimados para a propositura da presente ação, existe uma diferença entre eles no que diz respeito ao interesse de agir. Coube uma diferenciação entre os legitimados para propositura da ADI, entre legitimados universais e especiais.

São legitimados especiais: a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal; a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Os demais legitimados, em rol exaustivo, constante no art. 103 da CRFB/88, são considerados universais, não precisando comprovar a pertinência temática ou relação de pertinência com a matéria a ser impugnada, ou seja, exigência de que o órgão que pretende discutir a constitucionalidade de um lei ou ato normativo demonstre claramente que a decisão final tenha ligação direta com o interesse e com a atividade desenvolvida pelo órgão ou ente estatal.

Ademais, resta consignar que o objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade, nos termos do Art. 102, I, a, primeira parte, da CRFB/88, são as leis ou atos normativos federais, estaduais ou distritais (no exercício da competência equivalente a de Estado-membro), editados posteriormente à promulgação da Constituição Federal. (MORAES, 2004, p. 737)

Neste caso, entende-se que pode ser objeto de controle concentrado todos os atos normativos primários da União ou dos Estados (CRFB/88, 102, I, a). O que estariam inadmitidas declarações de constitucionalidade de um ato normativo secundário, por exemplo, um decreto administrativo. Isso porque, conforme Tavares (2010, p. 327), o STF entende que não se pode falar, tecnicamente, em inconstitucionalidade indireta.

4.2. O controle concentrado de constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 41/2003

Após breve explanação sobre os conceitos e generalidades da Ação Direta de Inconstitucionalidade, principal ação do controle de constitucionalidade concentrado (ou abstrato) das leis, adentrar-se-á de forma específica, na análise de cada uma das ADIs que estão pendentes de julgamento pelo STF, indicando os pontos principais e os fundamentos jurídicos

suscitados em cada uma destas ações, com base na leitura das petições iniciais dos autores destas ações diretas de inconstitucionalidade.

ADI 4885 - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Origem: **DF - DISTRITO FEDERAL**
Relator: **MIN. MARCO AURÉLIO**
REQTE.(S) **ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS –
AMB E OUTRO(A/S)**
ADV.(A/S) **ALBERTO PAVIE RIBEIRO**
INTDO.(A/
S) **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**
INTDO.(A/
S) **CONGRESSO NACIONAL**
ADV.(A/S) **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) ajuizaram, no Supremo Tribunal Federal (STF), a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4885, com pedido de medida cautelar, na qual questionam o artigo 1º da Emenda Constitucional nº 41/2003, na parte em que alterou a redação do § 15º do artigo 40 da CRFB/88.

Contestam, ainda, a Lei 12.618/2012, que autorizou a criação de entidade fechada de previdência complementar do regime próprio de previdência dos servidores públicos civis, incluídos os do Poder Judiciário e os próprios magistrados.

As duas entidades alegam vício nas alterações introduzidas pela EC 41/2003 (chamada Reforma da Previdência 2), pois seriam fruto de corrupção praticada pelo Poder Executivo junto a membros do Congresso Nacional. Nessa afirmação, apoiam-se no julgamento da Ação Penal (AP) 470, em que foram condenados diversos parlamentares e ex-membros do Poder Executivo na época da aprovação da proposta de emenda constitucional (PEC) que resultou na promulgação da EC 41.

“No julgamento da AP 470, esse egrégio STF reconheceu e declarou ter ocorrido o crime de corrupção praticado por membros do Poder Executivo em face de membros do Poder Legislativo, que visou exatamente à obtenção da aprovação da Reforma da Previdência

2, promovida pela PEC 40/2003, que resultou na promulgação da EC 41/2003”, sustentam.

A AMB e a ANAMATRA sustentam que a redação dada pela EC 41/2003 ao parágrafo 15 do artigo 40 da CF teve o propósito de afastar a exigência de uma lei complementar especial para dispor sobre o regime de previdência complementar de natureza pública, como estava previsto na redação originária dada pela EC 20/98.

Partindo da existência de corrupção na aprovação da PEC 40/2003 que resultou na edição da EC 41, as duas entidades sustentam que o parágrafo 15 do artigo 40, na redação que lhe foi dada pela EC 41, “padece de vício de inconstitucionalidade formal, decorrente da violação do artigo 1º, parágrafo único, da CF, porquanto não houve a efetiva expressão da vontade do povo por meio de seus representantes na votação da PEC”.

Alegam, ainda, violação do parágrafo 2º do artigo 60 da CF, porquanto a PEC não teria sido efetivamente discutida e votada pelas duas casas do Congresso.

As entidades, ainda, apontam infração dos artigos 37, *caput*, da CF, por violação do princípio da moralidade, e 5º, LV, “porque o processo legislativo, que integra o devido processo legal, foi fraudado por meio de conduta criminosa”.

Por derradeiro aduzem, ainda, que, mesmo que a Suprema Corte tenha reconhecido apenas a prática do crime de corrupção no processo legislativo que resultou na promulgação da EC 41/2003, “dúvida não pode haver de que a conduta ocorrida subsume-se à hipótese de um dos ‘crimes contra o livre exercício dos poderes constitucionais’, qual seja o previsto no artigo 6º, item 2, da Lei 1.079/50²⁷”. Tal dispositivo prevê, entre os crimes de responsabilidade, o de:

“usar de violência ou ameaça contra algum representante da nação para afastá-lo da Câmara a que pertença ou para coagi-lo no modo de exercer o seu mandato, bem como conseguir ou tentar conseguir o mesmo objetivo mediante suborno ou outras formas de corrupção”.

²⁷ A Lei 1.079/50 é voltada para quem detém direção superior no Estado, dada a preocupação em proteger esferas supremas como segurança Interna do País, a Constituição Federal, a existência da União, transparecendo a natureza jurídica político-administrativa da lei.

ADI 4887 - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Origem: DF - DISTRITO FEDERAL
Relator: MIN. CÁRMEN LÚCIA
REQTE.(S) ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO
BRASIL - ADEPOL-BRASIL
ADV.(A/S) WLADIMIR SERGIO REALE
INTDO.(A/S) CONGRESSO NACIONAL

Já a ação proposta pela ADEPOL-ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO BRASIL, com pedido de medida cautelar, pede a inconstitucionalidade de toda a Emenda Constitucional (EC) 41/2003, em especial do art. 40, § 7º, I e II, CF, com as alterações trazidas pela emenda impugnada, bem como a totalidade da Emenda Constitucional n. 47/2005.

A ADEPOL, também, parte do pressuposto da existência de corrupção na aprovação da PEC 40/2003 que resultou na edição da EC 41/2003, e que esta padeceria de vício de decoro parlamentar, por violar o art. 55, § 1º, da CRFB/88.

Ademais, segundo a Associação autora, a EC 41/2003, viola o princípio da essência do voto e representatividade popular, consubstanciados no artigo 1º, parágrafo único, da CF, já que não houve a efetiva expressão da vontade do povo por meio de seus representantes na votação da PEC 40/2003.

A ADEPOL aponta, ainda, infração aos artigos 37, *caput*, da CF, por violação do princípio da moralidade, e 5º, LV, do devido processo legal.

ADI 4888 - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Origem: DF - DISTRITO FEDERAL
Relator: MIN. CÁRMEN LÚCIA
REQTE.(S) CONFEDERAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO
BRASIL - CSPB
ADV.(A/S) HUMBERTO LUCCHESI DE CARVALHO E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S) CONGRESSO NACIONAL
ADV.(A/S) ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

A CONFEDERAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO BRASIL – CSPB, entidade sindical de terceiro grau no sistema confederativo, legitimada especial a propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade, o faz com pedido de medida cautelar, alegando ter havido mácula no processo legislativo de aprovação da PEC 40/2003 que deu origem à Emenda Constitucional n. 41/2003, e por conta disso esta Emenda padeceria de vício de decoro parlamentar, por violar o art. 55, § 1º, da CRFB/88.

Tal ação, segundo a Confederação autora, trata-se de :

“Conduta antidemocrática e criminoso de compra e venda de apoio político e de votos do Congresso Nacional entre 2003 e 2005, num REGIME DE MACROESQUEMA CRIMINAL E MACRODELINQUENCIA organizado pelo PT, para ampliar a base de apoio ao governo da época, no parlamento nacional, com efeitos colaterais corrosivos tais como o malferimento da (a) soberania popular; (b) cidadania; (c) conceito de representatividade popular; (d) moralidade administrativa; (e) probidade administrativa”.

Por fim, para a autora da ADI 4888, a EC 41/2003, viola ainda os princípios constitucionais da segurança jurídica, separação dos poderes, moralidade e impessoalidade e, por consequência, decreta e declara inconstitucionais os artigos 1º e 4º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003.

ADI 4889 - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE	
Origem:	DF - DISTRITO FEDERAL
Relator:	MIN. CÁRMEN LÚCIA
REQTE.(S)	PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE - PSOL
ADV.(A/S)	AFONSO HENRIQUES MAIMONI E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	CONGRESSO NACIONAL
ADV.(A/S)	ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4889, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, partido político com representação no Congresso Nacional, também, questiona a constitucionalidade da Reforma da Previdência (EC 41/2003), em razão do julgamento da Ação Penal 470, pelo STF.

O partido autor alega que o vício que inquina a Emenda 41/2003 é formal caracterizado por um processo legislativo maculado pela compra e venda de votos notabilizado pela Ação Penal 470.

Pela Ação do Mensalão ficou comprovado o crime de Corrupção Passiva de sete parlamentares que participaram da votação da PEC 40/2003, que culminou com a Emenda à Constituição de nº 41 e por isso esta estaria fadada ao vício de inconstitucionalidade por violar os princípios da representação democrática e da moralidade.

Após breve síntese das ADI's que estão sob a tutela do STF, cabe ressaltar, que estes processos serão encabeçados pela ministra do Supremo Tribunal Federal (STF), Carmem Lúcia, que adotou para a análise dos casos o rito abreviado, previsto no artigo 12 da Lei das ADIs (Lei 9.868/99), sendo um recurso que reserva ao Plenário a capacidade de decidir, em caráter definitivo.

Em sua primeira análise nas ADI's questionadoras da Reforma da Previdência, a eminente Ministra proferiu o seguinte despacho:

“Adoto o rito do art. 12 da Lei n. 9.868/99 e determino sejam requisitadas, com urgência e prioridade, informações do Congresso Nacional, para que as preste no prazo máximo e improrrogável de dez dias”, afirmou Carmem Lúcia. Ainda, ela determinou que se dê vista dos autos respectivamente para análise da Advocacia-Geral da União (AGU) e da Procuradoria-Geral da República (PGR) "para manifestação, na forma da legislação vigente, no prazo máximo e igualmente improrrogável e prioritário de cinco dias cada qual”

Em seguida é exposto o caso célebre tratado em controle difuso de constitucionalidade, na qual se pugnou pela inconstitucionalidade da EC 41/03.

4.3. O controle difuso de constitucionalidade da Emenda Constitucional n.41/2003

Em decisão inédita no âmbito do Judiciário, datada do dia 03 de outubro de 2012, o Juiz da 1ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias Estadual da Comarca de Belo Horizonte, Minas Gerais, Dr. Geraldo Claret de Arantes, ao julgar Mandado de Segurança impetrado por Roberta Vieira Saraiva, em face de ato perpetrado pelo Presidente do Instituto de Previdência dos Servidores Públicos do Estado de Minas Gerais – IPSEMG (processo nº 002412129593-5), declarou, em sede de controle difuso, a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 41/03, por vício de decoro parlamentar, decisão esta que tem relação direta com as ADI's que estão para julgamento pela Suprema Corte.

Segue, abaixo, transcrita, trecho da decisão supramencionada, *ipsis verbis*:

“(…)

É que, no caso concreto dos autos, há que ser exercido o controle difuso da constitucionalidade da EC 41/03.

Ensina Alexandre de Moraes:

“O respeito ao devido processo legislativo na elaboração das espécies normativas é um dogma corolário à observância do princípio da legalidade, consagrado constitucionalmente, uma vez que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de espécie normativa devidamente elaborada pelo Poder competente, segundo as normas de processo legislativo constitucional.

O desrespeito às normas de processo legislativo constitucionalmente previstas acarretará a inconstitucionalidade formal da lei ou ato normativo produzido, possibilitando pleno controle repressivo de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário, tanto pelo método difuso quanto pelo método concentrado”.

Isso porque, com o julgamento da Ação Penal 470, conhecida como o “caso mensalão”, em trâmite no Supremo Tribunal Federal, suscitou-se a problemática da compra de votos no Congresso Nacional.

Em meio ao contexto, também foi lançado ao espectro dos holofotes o questionamento acerca da validade da votação da Emenda Constitucional 41 de 2003, que ensejou a malfadada “Reforma da Previdência”.

O Ministro relator da referida Ação Penal 470, Joaquim Barbosa, em voto histórico, sustentou com veemência que houve compra de apoio político e de votos no Congresso Nacional entre 2003 e 2004, num esquema organizado pelo PT para ampliar a base de apoio ao governo da época, no parlamento nacional.

Nesse diapasão, consignou o eminente ministro que a votação da Emenda 41 de 2003 foi fruto da aprovação dos parlamentares que se venderam, culminando na redução de direitos previdenciários de servidores e a privatização de parte do sistema público de seguridade.

A tese do eminente Ministro Joaquim Barbosa foi seguida pela maioria dos demais Ministros do E. STF, ou seja, de que a EC 41/2003 foi fruto não da vontade popular representada pelos parlamentares, mas da compra de tais votos, mediante paga em

dinheiro para a aprovação no parlamento da referida emenda constitucional que, por sua vez, destrói o sistema de garantias fundamentais do estado democrático de direito.

Pela via de consequência, a jurisdição emanada do Ministro Joaquim Barbosa e demais ministros, por maioria, declaram que o pagamento em dinheiro resultou na aprovação da EC 41/2003, a maculando de forma irreversível, tornando-a inválida ex tunc, ante o vício de decoro. Neste prisma, não sobejam dúvidas de que a atividade constituinte derivada padece de vício de decoro parlamentar, revestindo a emenda em exame da inconstitucionalidade absoluta.

Impende destacar, por oportuno, que as normas do processo legislativo constitucional, prevista nos artigos 59 a 69 da Constituição possuem eficácia plena e imediata, vinculando a atividade do legislador na elaboração das diversas espécies normativas.

No caso em espeque, trata-se do chamado “vício de decoro parlamentar”, vedado expressamente no art. 55, § 1º da CF, in verbis:

(...)

A inconstitucionalidade advinda do vício de decoro resulta diretamente da mácula que teria envolvido o voto que constitui, em suma o sagrado valor de representação popular conferida pelo povo que se faz assim representar pelo parlamentar corrompido, ferindo o que consta do artigo 1º, inciso I, da Constituição Federal, que estabelece como pilar do Estado Democrático de Direito a soberania popular, neste caso, violada dramaticamente pela venda de votos no parlamento que a representaria.

Advirta-se que a inobservância dos esquemas rituais rigidamente impostos pela Carta Magna da República gera a invalidade formal dos atos legislativos editados pelo Poder Legislativo e permite que sobre essa eminente atividade jurídica do parlamento possa instaurar-se o controle jurisdicional.

A Resolução 20/1993, o Código de Ética e Decoro Parlamentar estabelece as regras do decoro parlamentar, especialmente em seus artigos 4º, inciso III e 5º, incisos II e III, o que é exatamente o caso dos autos, ou seja, o recebimento de dinheiro por parlamentar em troca da violação da soberania popular, alterando a livre consciência de votos.

Qualquer juiz ou tribunal possui competência para exercer o controle difuso ou incidental da constitucionalidade ao apreciar, incidentalmente, de ofício ou mediante provocação da parte questão relacionada com a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo.

Assim, dado o múnus fiscalizador desse juízo monocrático, o controle difuso da constitucionalidade da Emenda Constitucional 41/03 é plenamente cabível em face do nosso ordenamento jurídico.

[...]

CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, CONCEDO a segurança, e exercendo o controle difuso da constitucionalidade, no caso concreto, declarando inconstitucional, por vício de decoro a EC 41/2003 e todas as alterações, constitucionais ou não, que confisquem direitos adquiridos pelo servidor público, mediante condição e termo da época da investidura, e para condenar as autoridades coatoras a procederem o pagamento, à autora, da pensão no valor integral, correspondente hoje a R\$ 4.801,64 (quatro mil, oitocentos e um reais e sessenta e quatro centavos), com efeito ex tunc, ou seja, do fato gerador do benefício, com as correções devidas e com juros de meio por cento ao mês, desde a data de cada pagamento confiscado.

[...]

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Belo Horizonte, 03 de outubro de 2012.

GERALDO CLARET DE ARANTES

JUIZ DE DIREITO

A decisão supracitada, em sede de controle difuso de constitucionalidade e que se coaduna com os demais casos em sede de controle concentrado já expostos, tendo como dispositivos violados, os princípios da soberania e cidadania, consubstanciados no conceito de representatividade popular, inerente ao devido processo legislativo constitucional.

5. A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA REFORMA DA PREVIDÊNCIA

No presente capítulo serão abordados os fundamentos jurídicos favoráveis e contrários à constitucionalidade da Emenda Constitucional n. 41/2003, em seguida serão expostas as opiniões de especialistas em Direito Constitucional a cerca do tema, finalizando o tópico com as possibilidades de decisão a serem prolatadas pelo STF e os efeitos destas decisões.

5.1 Fundamentos jurídicos contrários à constitucionalidade da Emenda Constitucional n. 41/2003

Aqueles que são contrários à constitucionalidade da Emenda Constitucional n. 41/2003 se apoiam nos seguintes argumentos jurídicos dispostos abaixo, e que serão explicitados em tópicos em apartado no presente capítulo:

- Processo legislativo contaminado por vício de representação popular. Afronta ao artigo 1º, parágrafo único da CRFB/88. Violação do princípio da essência do voto e da representação popular;
- Violação do princípio da moralidade (art. 37, caput, CRFB/88)
- Repercussão da sentença condenatória dos sete parlamentares condenados na Ação Penal n. 470 (Ação do Mensalão). Efeitos da sentença penal na esfera cível;
- Teoria dos frutos da árvore envenenada (os sete parlamentares condenados por corrupção passiva na Ação Penal n. 470 teriam contaminado todo processo legislativo, ao passo que teriam influenciado os demais na votação favorável da EC n. 41/2003);
- Quebra de decoro parlamentar. Afronta ao art. 55, § 1º, CRFB/88;

5.1.1. Processo legislativo contaminado por vício de representação popular. Afronta ao artigo 1º, parágrafo único da CRFB/88. Violação do princípio da essência do voto e da representação popular

A Constituição Federal de 1988, no parágrafo único de seu art. 1º define expressamente o povo como o titular do poder do Estado, dispondo que tal poder será exercido por meio de representantes eleitos, bem como diretamente, nos termos que dispõe:

Art. 1º (...) Parágrafo único.

Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Silva (2008) entende que a CRFB/88, institui a representação popular como uma das formas de exercício da democracia. Os cidadãos (aqueles legitimados a participarem dos pleitos eleitorais) escolhem através do voto direto, secreto e universal, seus representantes no Parlamento.

Ao analisar qual é o modelo democrático traçado pela Constituição de 1988, o mesmo autor disserta que:

A constituição combina representação e participação direta [...] É o que, desde o parágrafo único do art. 1º, já está configurado, quando, aí, se diz que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos (democracia representativa), ou diretamente (democracia participativa).

Na democracia representativa, segundo Bonavides (2006), tudo se passa como se o povo realmente governasse; há, portanto, a presunção ou ficção de que a vontade representativa é a mesma vontade popular. O povo delega parte de sua soberania aos representantes eleitos, para legislarem em seu nome e respeitando a sua vontade. Por conseguinte, pressupõe-se a existência de uma relação de confiança entre representantes e representados. (MANFREDINI, 2008, p.20)

O Supremo Tribunal Federal, na Ação Penal nº 470, ao condenar os Deputados Federais pelo crime de corrupção passiva, reconheceu que os votos destes agentes políticos estavam maculados e, efetivamente, não representavam, naquele momento, a vontade popular, mas sim a sua própria vontade, num claro abuso de poder, por desvio de finalidade.

O povo ao delegar sua soberania aos seus representantes espera que a vontade destes se coadune com os ideais de democracia e justiça social, utilizando o poder legiferante em prol da sociedade e não em benefício próprio.

Ao considerar os fatos do mensalão e a condenação dos deputados que participaram daquele evento, e a posterior condenação destes representantes do povo na Ação Penal nº 470, tem-se que a democracia representativa foi vilipendiada, e conseqüentemente a sua participação no processo de concepção de leis não teria validade.

5.1.2. Ofensa ao princípio da moralidade (art. 37, caput, CRFB/88²⁸)

Segundo Ramos (2012) os princípios são uma diretriz genérica com a função intrínseca de nortear o entendimento, a escolha, a decisão que se deve adotar em face de uma situação específica.

A administração pública e seus agentes são orientados por princípios que dirigem sua atuação, os quais são dispostos no artigo 37 da Constituição conforme abaixo:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, **moralidade**, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (grifo do autor)

No entendimento de Moraes (2010, p. 328), pelo princípio da moralidade, não bastará ao administrador o cumprimento da estrita legalidade, devendo ele, no exercício da sua função pública, respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, pois a moralidade constitui, a partir da constituição de 1988, pressuposto de validade de todo ato da administração pública.

Dessa forma, deve o Poder Judiciário, ao exercer o controle jurisdicional, não se restringir ao exame estrito da legalidade do ato administrativo, mas, sim, entender por legalidade ou

²⁸Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

legitimidade não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo (MORAES, 2010, p.329-330).

Entretanto, segundo Mendes e Branco (2012, p.895), para funcionar como parâmetro de controle do ato administrativo, o princípio da moralidade deve vir aliado a outros princípios fundamentais, dentre os quais assumem relevância aqueles que funcionam como diretriz para atuação da Administração Pública.

Neste sentido tem entendido o STF, conforme exposto abaixo:

Princípio da moralidade. Ética da legalidade e moralidade. Confinamento do princípio da moralidade ao âmbito da ética da legalidade, que não pode ser ultrapassada, sob pena de dissolução do próprio sistema. Desvio de poder ou de finalidade." (ADI 3.026, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 8-6-2006, Plenário, DJ de 29-9-2006.)

A atuação do agente público deve se pautar por direcionamentos balizadores, que se não considerados poderá implicar na inadmissibilidade do ato praticado.

A conduta dos sete parlamentares que foram condenados na ação do mensalão, quando venderam seus votos para integrantes do executivo, em troca de benesses financeiras, atentou contra o princípio da moralidade, que norteia a atuação destes agentes.

Se considerarmos que a atuação proba do agente público é requisito de validade para o ato, por ele executado, pode-se considerar que a atuação destes parlamentares, no processo de deliberação (na fase constitutiva do processo legislativo) da PEC nº 40/2003, é inválida e seus votos podem ser considerados nulos.

5.1.3. Teoria dos frutos da árvore envenenada / venenosa (*fruit of the poisonous tree*)

A prova ilícita por derivação é o caso da prova obtida a partir de uma prova ilícita. Exemplo notório é o caso de confissão de crime mediante tortura que permite a apreensão do

produto mediante ordem judicial. A presente tese tem previsão legal no art. 157, § 1º do Código de Processo Penal²⁹.

A rejeição da prova derivada assenta-se na doutrina americana dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*)³⁰. O Supremo tribunal Federal, em alguns julgados, aplicou tal teoria, declarando a nulidade de todos os atos praticados no processo, desde a denúncia inclusive.

(...) ilicitude da interceptação telefônica – à falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a discipliná-la e viabilizá-la – contaminou, no caso, as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta (*fruits of the poisonous tree*), nas quais se fundou a condenação do paciente.” (HC 69.912-segundo, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 16-12-1993, Plenário, DJ de 25-3-1994.)

No mesmo sentido:

Fruits of the poisonous tree. (...) Assentou, ainda, que a ilicitude da interceptação telefônica – à falta da lei que, nos termos do referido dispositivo, venha a discipliná-la e viabilizá-la – contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta. (HC 73.351, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 9-5-1996, Plenário, DJ de 19-3-1999).

O âmbito de proteção da garantia quanto à inadmissibilidade da prova ilícita está em estreita conexão com outros direitos e garantias fundamentais, como o direito à intimidade e a privacidade, o direito à inviolabilidade do domicílio, o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas e o direito ao sigilo profissional, dentre outros (MENDES, 2012, p. 602)

Em controle concreto de constitucionalidade, magistrado de Minas Gerais, utilizou-se da teoria dos frutos da árvore envenenada para decidir pela invalidade da votação que deu “vida” à Emenda Constitucional nº 41/2003.

²⁹ Artigo 157, §1º, do Código de Processo Penal: “são inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”.

³⁰ A Suprema Corte norte-americana utilizou-se, pela primeira vez, da teoria, no caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385, 40 S. Ct. 182, 64 L. Ed. 319 (1920). Não obstante, o termo *fruits of the poisonous tree* foi usado pela primeira vez no caso *Nardone v. United States*, 308 U.S. 338, 60 S. Ct. 266, 84 L. Ed. 307 (1939).

Segundo o juiz de Minas, a teoria dos frutos da árvore envenenada se amoldaria ao caso pelo fato das ações dos sete parlamentares condenados na Ação Penal nº 470, ter contaminado todo processo legislativo de votação da PEC nº 40/2003.

Por outro lado, a referida doutrina tem sido objeto de mitigação em razão de seu alargamento ter o condão de produzir quadro de impunidade, tendo em vista que, em alguns casos, toda a persecução penal restará obstada pelo simples fato de que o conhecimento inicial da infração se deu por meios ilícitos (MENDES, 2012, p. 603).

A teoria dos frutos da árvore envenenada é limitada pelo § 2º do art. 157 do CPP³¹, o qual trata da teoria da descoberta inevitável (o artigo trata de fonte independente de uma forma equivocada³²).

Através desta teoria, se verifica que a prova seria obtida inevitavelmente, ou seja, viria aos autos de qualquer modo.

Tal entendimento pode ser constatado em recentes decisões da Suprema Corte:

À guisa de mera argumentação, mesmo que se pudesse reputar a prova produzida como ilícita e as demais, ilícitas por derivação, nos termos da teoria dos frutos da árvore venenosa (*fruit of the poisonous tree*), é certo que, ainda assim, melhor sorte não assistiria à defesa. É que, na hipótese, não há que se falar em prova ilícita por derivação. Nos termos da teoria da descoberta inevitável, construída pela Suprema Corte norte-americana no caso *Nix x Williams* (1984), o curso normal das investigações conduziria a elementos informativos que vinculariam os pacientes ao fato investigado. Bases desse entendimento que parecem ter encontrado guarida no ordenamento jurídico pátrio com o advento da Lei 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 157 do CPP, em especial o seu § 2º.” (HC 91.867, rel. min. **Gilmar Mendes**, julgamento em 24-4-2012, Segunda Turma, *DJE* de 20-9-2012).

E ainda, o Pretório Excelso entende:

³¹ O artigo 157, §2º, do Código de Processo Penal aduz que se considera “fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”.

³² Segundo Junior (2013, texto digital), a nova redação do art. 157, § 2º do Código de Processo Penal tentou conceituar o que considera como sendo uma fonte independente. Como sempre, quando o legislador tenta fazer um papel que era da doutrina, conceituando institutos jurídicos, a conceituação saiu com um erro grosseiro. O legislador cometeu um ledão engano, porquanto o que ele conceituou como fonte independente, na verdade é o conceito da teoria da descoberta inevitável. Disponível em < <http://jus.com.br/revista/texto/23631/provas-ilicitas-no-processo-penal/2#ixzz2VriMGu8w>>. Acesso em 18/06/2013.

HABEAS CORPUS. DENÚNCIA. RECEBIMENTO. BUSCA E APREENSÃO REALIZADA EM DESACORDO COM A DETERMINAÇÃO JUDICIAL. EXISTÊNCIA DE PROVA AUTÔNOMA. Evidenciada a existência de prova autônoma, descabe a pretensão de anular a decisão de recebimento da denúncia, sob a alegação ter sido o mandado de busca e apreensão cumprido em desacordo com a determinação judicial de que os policiais se fizessem acompanhar de duas testemunhas. Ordem concedida.

(84679 MS , Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 08/11/2004, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 12-08-2005 PP-00011 EMENT VOL-02200-01 PP-00106)

Portanto, em contraponto aos argumentos explicitados em sede de controle concreto, ao considerar-se a tese da descoberta inevitável de prova, tem-se que mesmo que se considere que os sete parlamentares agiram de má-fé, colocando em cheque o processo legislativo que culminou na Emenda Constitucional nº 41/2003, se forem descartados os votos destes deputados, mesmo assim a EC nº 41/2003, teria sido aprovada, já que a base parlamentar do governo era majoritária sendo a bancada governista composta por 372 deputados..

5.1.4. Quebra de decoro parlamentar (art. 55, § 1º, CRFB/88)

Falta de decoro parlamentar, segundo Mendes (2012, p. 965) consiste no abuso das prerrogativas do membro do Congresso Nacional, bem como na percepção de vantagens indevidas e outros casos definidos nos regimentos internos. Enseja grande discricionarismo político à Casa legislativa a que pertence o parlamentar.

Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;

II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;

III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;

IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;

V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição;

VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

§ 1º - É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas. (grifo do autor)

O constituinte deixou ao regimento interno a incumbência de definir os casos de conduta incompatível com o decoro parlamentar, considerando, entretanto, o abuso das prerrogativas e a percepção de vantagens indevidas como incompatíveis com o decoro parlamentar. (FERREIRA FILHO, 1999, p. 176).

São deveres fundamentais do deputado, conforme art. 3º do Código de Ética e Decoro parlamentar da Câmara dos Deputados (Resolução nº 25/2001 alterada pela Resolução nº 02/2011):

Art. 3º São deveres fundamentais do Deputado:

- I – promover a defesa do interesse público e da soberania nacional;
- II – respeitar e cumprir a Constituição Federal, as leis e as normas internas da Casa e do Congresso Nacional;
- III – zelar pelo prestígio, aprimoramento e valorização das instituições democráticas e representativas e pelas prerrogativas do Poder Legislativo;
- IV – exercer o mandato com dignidade e respeito à coisa pública e a vontade popular, agindo com boa-fé, zelo e probidade;

As ações e omissões que constituem afronta ao decoro parlamentar estão previstas nos artigos 4º e 5º do mesmo código supracitado, conforme descritas abaixo:

Art. 4º Constituem procedimentos incompatíveis com o decoro parlamentar, puníveis com a perda do mandato:

- I – abusar das prerrogativas constitucionais asseguradas aos membros do Congresso Nacional (Constituição Federal, art. 55, §1º);
- II – perceber, a qualquer título, em proveito próprio ou de outrem, no exercício da atividade parlamentar, vantagens indevidas (Constituição Federal, art. 55, §1º);
- III – celebrar acordo que tenha por objeto a posse do suplente, condicionando-a à contraprestação financeira ou à prática de atos contrários aos deveres éticos ou regimentais dos Deputados;
- IV – fraudar, por qualquer meio ou forma, o regular andamento dos trabalhos legislativos para alterar o resultado de deliberação;
- V – omitir intencionalmente informação relevante ou, nas mesmas condições, prestar informação falsa nas declarações de que trata o art. 18;
- VI – praticar irregularidades graves no desempenho do mandato ou de encargos decorrentes, que afetem a dignidade da representação popular.

Art. 5º Atentam, ainda, contra o decoro parlamentar as seguintes condutas, puníveis na forma deste Código:

- I – perturbar a ordem das sessões da Câmara dos Deputados ou das reuniões de Comissão;
- II – praticar atos que infrinjam as regras de boa conduta nas dependências da Casa;
- III – praticar ofensas físicas ou morais nas dependências da Câmara dos Deputados ou desacatar, por atos ou palavras, outro parlamentar, a Mesa ou comissão, ou os respectivos Presidentes;

IV – usar os poderes e prerrogativas do cargo para constranger ou aliciar servidor, colega ou qualquer pessoa sobre a qual exerça ascendência hierárquica, com o fim de obter qualquer espécie de favorecimento;

Conforme se depreendem dos artigos 3º, 4º e 5º do Código de Ética e Decoro parlamentar da Câmara dos Deputados, as ações dos sete parlamentares condenados na Ação Penal nº 470, a princípio, desrespeitaram todos os deveres explicitados no artigo 3º do presente código de ética, em especial o inciso que trata do exercício do mandato com dignidade e respeito à coisa pública e a vontade popular, agindo com boa-fé, zelo e probidade.

Vender votos e corromper a vontade soberana do povo com o intuito de mudar o resultado de votação de um projeto de emenda constitucional, como se verificou no caso dos deputados condenados na AP nº 470, infringem os incisos I, II, IV e VI do artigo 4º do Código de Ética da Câmara, caracterizando a ação destes deputados, indiscutivelmente, como quebra de decoro parlamentar.

No entanto, por mais que fosse caracterizada a quebra de decoro parlamentar por parte destes deputados, não caberia ao Judiciário, como é sugerida nas ADI's 4887 e 4888 esta apreciação.

Exemplo disto é constatado por decisões reiteradas no STF, o qual vem se recusando a reavaliar a motivação que levou a Casa Legislativa a cassar o parlamentar por falta de decoro, embora controle a observância de garantias formais, como a da ampla defesa.

Ato da Câmara dos Deputados. Constituição, art. 55, II. Perda de mandato de deputado federal, por procedimento declarado incompatível com o decoro parlamentar. Alegação de inobservância dos princípios de respeito ao contraditório, devido processo legal e amplo direito de defesa. (...) Inviável qualquer controle sobre o julgamento do mérito da acusação feita ao impetrante, por procedimento incompatível com o decoro parlamentar. Hipótese em que se cumpriu o rito do art. 240, § 3º e incisos do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, havendo o impetrante acompanhado o feito e nele se defendido, de forma ampla." (MS 21.861, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 29-9-1994, Plenário, DJde 21-9-2001.)

Portanto, segundo Bim (2006, p. 79), em regra, o Judiciário não pode dizer se tal ato é ou não ofensivo ao decoro parlamentar, exceto e excepcionalmente se o ato não estiver enquadrado

em uma das três hipóteses constitucionais ou ele estiver fora do conteúdo semântico mínimo da expressão constitucional decoro parlamentar.

5.2. Fundamentos jurídicos favoráveis à constitucionalidade da emenda constitucional nº 41/2003

Aqueles que são favoráveis à constitucionalidade da Emenda Constitucional n. 41/2003 se apoiam nos seguintes argumentos jurídicos dispostos abaixo, e que serão explicitados em tópicos em apartado no presente capítulo:

- Inviolabilidade parlamentar;
- Assunto/matéria *interna corporis*. A venda de votos caracteriza quebra de decoro parlamentar, que deve ser avaliado apenas pelo Congresso Nacional. Teoria dos freios e contrapesos (*check and balances*);
- Supremo Tribunal Federal não pode interferir no processo legislativo; nem possui competência para declarar quebra de decoro parlamentar ou sindicat sobre a vontade do parlamentar ao proferir o voto. Impossibilidade de controle jurisdicional da atuação parlamentar. Respeito ao princípio da separação dos poderes;
- Apenas sete parlamentares foram condenados na Ação Penal n. 470. Grande maioria dos parlamentares participou legitimamente da votação, não podendo eventual vício de alguns macular os demais. Número de parlamentares não é suficiente para comprometer as votações que culminaram na aprovação da emenda constitucional combatida. Permanência de quórum exigido para aprovação de emenda constitucional;
- Mácula ao princípio da segurança jurídica;
- Inviabilidade de dilação probatória em sede de controle abstrato de constitucionalidade.
- Já foi analisada a constitucionalidade da Emenda Constitucional n.41/2003 em outras Ações Diretas de Inconstitucionalidade (3105 e 3128), afastando violação a clausulas pétreas e princípio da igualdade;
- Atos do Poder Legislativo revestem-se de presunção de legitimidade.

5.2.1. Inviolabilidade parlamentar

A inviolabilidade parlamentar tem previsão constitucional no art. 53 da Carta Magna, com a seguinte disposição: “Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos³³”.

Esta prerrogativa dos parlamentares tem a finalidade de assegurar a liberdade do representante do povo ou do Estado-membro no Congresso Nacional, e isso como garantia de independência do próprio Parlamento e da sua existência, a Constituição traça um conjunto de normas que instituem prerrogativas e proibições aos congressistas (MENDES; BRANCO, 2012, p.961).

Ainda segundo os mesmos autores, algumas dessas prerrogativas ganham o nome de imunidades, por tornarem os congressistas excluídos da incidência de certas normas gerais. A imunidade pode tornar o parlamentar insuscetível de ser punido por certos fatos (imunidade material³⁴) ou livre de certos constrangimentos previstos no ordenamento processual penal (imunidade formal).

O regimento Interno da Câmara dos Deputados depõe sobre as imunidades da seguinte forma:

Art. 2º As imunidades, prerrogativas e franquias asseguradas pela Constituição Federal, pelas leis e pelo Regimento Interno da Câmara dos Deputados aos Deputados são institutos destinados à garantia do exercício do mandato popular e a defesa do Poder Legislativo.

Para Lenza (2008, p. 372), imunidade material é sinônimo de democracia, representando a garantia de o parlamentar não ser perseguido ou prejudicado em razão de sua atividade na tribuna, na medida em que assegura a independência nas manifestações de pensamento e no voto.

Conforme Moraes (2010, p. 446), a imunidade material implica subtração da responsabilidade penal, civil, disciplinar ou política do parlamentar por suas palavras, opiniões ou votos. Tavares (2010, p. 1240) corrobora com o supracitado ao explicitar que a norma

³³ Desde que não seja crime a ação destes parlamentares.

³⁴ Imunidade material expressa a inviolabilidade civil e penal dos deputados e senadores por suas opiniões, palavras e votos, neutralizando a responsabilidade do parlamentar nessas esferas.

constitucional, neste caso, afasta a incidência da norma penal incriminadora da conduta dos congressistas.

O entendimento do STF a respeito do tema pode ser externalizado pelo julgado abaixo aduzido:

A garantia constitucional da imunidade parlamentar em sentido material (CF, art. 53, *caput*) – que representa um instrumento vital destinado a viabilizar o exercício independente do mandato representativo – somente protege o membro do Congresso Nacional, qualquer que seja o âmbito espacial (*locus*) em que este exerça a liberdade de opinião (ainda que fora do recinto da própria Casa legislativa), nas hipóteses específicas em que as suas manifestações guardem conexão com o desempenho da função legislativa (prática *in officio*) ou tenham sido proferidas em razão dela (prática *propter officium*), eis que a superveniente promulgação da EC 35/2001 não ampliou, em sede penal, a abrangência tutelar da cláusula da inviolabilidade. A prerrogativa indisponível da imunidade material – que constitui garantia inerente ao desempenho da função parlamentar (não traduzindo, por isso mesmo, qualquer privilégio de ordem pessoal) – não se estende a palavras, nem a manifestações do congressista, que se revelem estranhas ao exercício, por ele, do mandato legislativo. A cláusula constitucional da inviolabilidade (CF, art. 53, *caput*), para legitimamente proteger o parlamentar, supõe a existência do necessário nexo de implicação recíproca entre as declarações moralmente ofensivas, de um lado, e a prática inerente ao ofício congressional, de outro. Doutrina. Precedentes." (Inq 1.024-QO, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 21-11-2002, Plenário, *DJ* de 4-3-2005.) No mesmo sentido: Inq 2.874-AgR, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 20-6-2012, Plenário, *DJE* de 1º-2-2013; Inq 2.332-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 10-2-2011, Plenário, *DJE* de 1º-3-2011

Portanto, segundo Mendes e Branco (2012, p. 962), apurado que o acontecimento se inclui no âmbito da imunidade material, não cabem sequer indagar se o fato, objetivamente, pode ser tido como crime³⁵.

³⁵ O Tribunal, por maioria, rejeitou queixa-crime em que se imputava a Senador a prática dos delitos de calúnia e difamação, previstos nos artigos 20 e 21 da Lei 5.250/67 (Lei da Imprensa), em virtude de entrevista publicada em jornal, na qual o querelado teria feito acusações ofensivas à honra subjetiva do querelante e a sua dignidade funcional. Entendeu-se que tais declarações, por terem sido proferidas pelo querelado na qualidade de Presidente da Comissão de Direitos Humanos do Senado Federal, sendo alusivas a denúncias de tortura sob investigação pelo Ministério Público, estariam cobertas pela imunidade parlamentar em sentido material (CF, art. 53). Ressaltou-se não ser cabível indagar-se sobre nenhuma qualificação penal do fato objetivo se ele está compreendido na área da inviolabilidade. Vencido o Min. Marco Aurélio, relator, que julgava improcedente o pedido formulado na queixa-crime, por considerar que o fato narrado não consubstanciava crime, asseverando a necessidade de se analisar, primeiramente, se o fato atribuído ao parlamentar constitui ou não crime para, em seguida, em caso positivo, adentrar-se o campo da imunidade. O Min. Cezar Peluso acompanhou a conclusão do Min. Sepúlveda Pertence por fundamento diverso. Afirmando ser necessário examinar a tipicidade ou não do fato antes de se cogitar da imunidade, rejeitou a queixa-crime por falta de justa causa, ante a absoluta irrelevância do fato descrito. Inq 2282/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, rel. p/ o acórdão Min. Sepúlveda Pertence, 30.6.2006. (Inq-2282)

5.2.2. Assunto/matéria *interna corporis*. A venda de votos caracteriza quebra de decoro parlamentar, que deve ser avaliado apenas pelo Congresso Nacional. Princípio da Separação dos poderes

A ideia de separação de poderes foi concebida por Montesquieu, em seu livro *O espírito das Leis*, tinha o objetivo de evitar uma concentração abusiva de poder político na mão de um só órgão, o rei. Para isso, dividiram-se as funções do Estado – legislativa, executiva e judiciária – em órgãos especializados, que deveriam se limitar reciprocamente.

Por este princípio, as funções legislativa, judiciária e executiva devem ser distribuídas entre órgãos especializados, de tal maneira que a atuação de um evite o cometimento de abusos por parte dos outros. Como afirma Montesquieu (1995, p. 118), “para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder”.

Destarte, em decorrência do princípio da separação dos poderes, é atribuição exclusiva do Poder Legislativo avaliar o mérito de seus próprios atos, ressalvados os limites impostos pela Constituição Federal (SILVA FILHO apud FONSECA, 2011, p.41)

Corolário ao princípio da separação dos poderes estão os assuntos *interna corporis* que fazem parte de um conjunto de atos internos do parlamento, assim definidos aqueles atos produzidos nas relações entre a câmara e seus membros e carentes de relevância jurídica para terceiros (MACEDO, 2007, p.43)

Ante o supraexposto, estariam imunes do controle pelo poder judiciário, por serem matéria *interna corporis*, o conjunto de deliberações parlamentares e as manifestações resultantes do processo legislativo de concepção de espécies legislativas.

Os votos dos parlamentares, condenados na Ação Penal nº 470, considerando a teoria dos atos *interna corporis*, estariam salvaguardados, pois caberia ao Poder Legislativo, mais precisamente à Câmara dos Deputados analisarem se a participação destes parlamentares ocorreu dentro da regularidade da Casa Legislativa, e qualquer controle externo à função legislativa, neste caso pelo STF, incorreria numa flagrante afronta ao princípio da independência dos poderes (art. 2º, CRFB³⁶)

³⁶ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Os precedentes do Supremo que inadmitem a sindicabilidade do ato de cassação sob o prisma da ocorrência ou não da quebra de decoro parlamentar baseiam-se na impossibilidade de se controlar os atos *interna corporis* do Legislativo, por pertencerem unicamente à esfera de decisão do parlamento, sendo questões exclusivamente políticas (Bim, 2006, p.67).

Neste sentido, entende o STF:

Ato da Mesa da Câmara dos Deputados, confirmado pela Comissão de Constituição e Justiça e Redação da referida Casa legislativa, sobre a cassação do mandato do impetrante por comportamento incompatível com o decoro parlamentar. (...) Não cabe, no âmbito do mandado de segurança, também discutir deliberação, interna corporis, da Casa Legislativa. Escapa ao controle do Judiciário, no que concerne a seu mérito, juízo sobre fatos que se reserva, privativamente, à Casa do Congresso Nacional formulá-lo." (MS 23.388, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 25-11-1999, Plenário, DJ de 20-4-2001.)

Segundo Bim (2006, p.67), o STF – pela decisão monocrática do Ministro Cezar Peluso no RE 382.344/SP (agravo regimental pendente) – manteve sua posição de somente analisar os aspectos formais do processo de cassação:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DEPUTADO ESTADUAL. PERDA DO MANDATO. MÉRITO. ATO INTERNA CORPORIS. REPRESENTAÇÃO. VALIDADE.

No tocante ao aspecto meritório da penalidade aplicada, à valoração e ao acerto da decisão daquela Casa Legislativa, se efetivamente o recorrente é autor de procedimentos contrários à Ética e ao Decoro Parlamentar, na gradação suficiente para a medida disciplinar adotada, tenho que esta questão é de natureza unicamente política, *interna corporis*, sendo vedado ao Judiciário apreciar o recurso em tal direção. Resta, tão somente, a esta Corte considerar o aspecto formal do processo de cassação, com a aplicação dos princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório e devido processo legal. A representação instaurada pela Assembleia Legislativa do Estado com a indicação de perda de mandato não precisa, obrigatoriamente, obedecer aos parâmetros do art. 41, do CPP, ou mesmo o art. 161, da Lei 8.112/90, devendo ater-se aos preceitos e regramentos insculpidos no diploma legal específico da Assembleia Legislativa, *in casu*, a Resolução no 766, de 16 de dezembro de 1994.”

Moraes apud Bim (2006, p. 68) entende da mesma maneira, aduzindo que, por tratar-se de ato disciplinar do parlamento, não compete ao Judiciário analisar a tipicidade da conduta nas previsões regimentais ou sob o acerto da decisão, “pois tal atitude consistiria em indevida

ingerência em competência exclusiva de órgão do Poder Legislativo, atribuída diretamente pela Constituição Federal (CF, art. 55, §§ 1º e 2º), sem prejuízo de qualquer recurso de mérito”

Em sentido contrário, entende Figueiredo (2003 apud Fonseca, p. 44), que afirma a importância de precisar com exatidão os limites dos atos *interna corporis*, para se evitar que a pretensa imunidade dessas ações pudesse abrigar condutas desconformes com o ordenamento jurídico, de características arbitrárias. Afirma a autora, quanto à natureza dos atos *interna corporis* e sua relação com os direitos individuais.

Entende, assim, Ferreira Filho apud Fonseca (2003, p. 44):

Os atos do corpo interno deverão estar condizentes, coerentes, com a Constituição ao serem emanados, e, ademais disso, ser executados fielmente, pois uma vez estabelecidos outorgam direitos subjetivos àqueles alcançados por suas disposições.

Desta forma, ainda segundo o mesmo autor, caso o direito subjetivo seja violado, é possível a anulação pelo Poder Judiciário do ato que provocou a ofensa, já que não estará mais restrito a questões internas do Parlamento.

Por outro lado, prevalece em diversos julgamentos do Supremo Tribunal Federal em questões *interna corporis* que analisados empiricamente mostram que argumento básico para se negar qualquer outra interpretação que busque resguardar garantias e direitos subjetivos é a proteção ao princípio da separação dos poderes. (FONSECA, 2011, p. 63)

Portanto, entende-se que o Supremo Tribunal Federal não pode interferir no processo legislativo; nem possui competência para declarar quebra de decoro parlamentar ou sindicatar sobre a vontade do parlamentar ao proferir o voto, em virtude de impossibilidade de controle jurisdicional da atuação parlamentar e respeito ao princípio da separação dos poderes.

5.2.3. Número de parlamentares condenados na AP nº 470 insuficiente para determinar a invalidade da votação da PEC nº 40/2003

Conforme estabelece o artigo 60, § 2º, da Carta Maior, a proposta de emenda à Constituição deve ser discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos,

considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

Confira-se a redação do referido dispositivo:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

[...]

§ 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

A Câmara dos Deputados é composta de quinhentos e treze representantes do povo, contingente determinado pela Lei Complementar nº 78, de 30 de dezembro de 1993.

De modo que 3/5 (três quintos) dos votos dos membros da referida Casa Legislativa corresponde a 308 (trezentos e oito) votos. Ou seja para a aprovação de proposta de emenda à Constituição faz-se necessária a obtenção de trezentos e oito votos parlamentares.

A PEC 40/2003, foi aprovada em primeiro turno com 358 votos favoráveis e em segundo turno com 357 votos a favor da aprovação da Proposta de Emenda à Constituição³⁷.

Constata-se pelo contexto do processo de votação da PEC 40/2003, que a grande maioria dos parlamentares participou legitimamente da votação.

Portanto, o número de parlamentares, condenados na Ação Penal nº 470, não seria suficiente para comprometer as votações que culminaram na aprovação da emenda constitucional combatida, pois retirados os votos destes parlamentares, permaneceria o quórum exigido para aprovação de emenda constitucional, não havendo afronta ao artigo 60, § 2º da CRFB/88, e portanto, a referida emenda não padeceria de inconstitucionalidade formal.

³⁷ Consulta á ficha de tramitação da PEC nº 40/2003. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetratacao?idProposicao=113716>

5.2.4. Inviabilidade de dilação probatória em sede de controle abstrato de constitucionalidade

A primeira observação a ser feita, segundo Tavares (2010, p.266), quando se pretende ingressar na análise do regime jurídico próprio do controle concentrado de constitucionalidade diz respeito a sua especificidade.

Na Justiça Constitucional abstrata, o processo é objetivo.

Em síntese, ainda segundo o mesmo autor, o caráter abstrato do processo objetivo afasta a aplicação plena das regras processuais “comuns”, vale dizer, daquelas próprias dos processos nos quais se discutem situações subjetivas. No caso do processo objetivo não se preocupa o Tribunal Constitucional com qualquer situação concreta que, ademais, nem sequer existe no seio do referido processo. Ocupa-se exclusivamente da regularidade da ordem constitucional.

Não se discutem situações individuais no âmbito do controle abstrato de normas, precisamente em face do caráter objetivo de que se reveste o processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade. (TAVARES, 2010, p. 267).

Na ação direta de inconstitucionalidade, principal ação do controle concentrado de constitucionalidade, a inconstitucionalidade da lei é declarada em tese, vale dizer, sem que esteja sob apreciação qualquer caso concreto, já que o objeto da ação é justamente o exame da validade da lei em si. A declaração da inconstitucionalidade não é incidental, não ocorre no âmbito da controvérsia acerca de caso concreto que envolva aplicação de uma lei cuja validade se questiona: a própria ação tem por finalidade o reconhecimento da invalidade da lei ou ato normativo impugnado. (PAULO & ALEXANDRINO, 2008, p. 68).

Uma das alegações constantes nas ADIs que pugnam pela inconstitucionalidade da EC nº 41/2003 é de que os deputados federais condenados na Ação Penal nº 470 haveriam influenciado o voto de outros parlamentares que atuaram no processo legislativo referente à supracitada emenda, no entanto, se trata de assertiva cuja admissão dependeria da comprovação de fatos concretos e subjetivos que não foram por eles demonstrados.

Perquirir, concretamente, sobre quais e quantos parlamentares haveriam votado pela aprovação desse diploma normativo por motivos ilícitos, o que é incompatível com a fiscalização

abstrata de constitucionalidade. Nesse sentido, aliás, é o entendimento dessa Suprema Corte, conforme se depreende do seguinte julgado:

[...] O controle normativo de constitucionalidade qualifica-se como típico processo de caráter objetivo, vocacionado, exclusivamente à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional. A instauração desse processo objetivo tem por função instrumental viabilizar o julgamento da validade abstrata do ato estatal em face da Constituição da República. O exame de relações jurídicas concretas e individuais constitui matéria juridicamente estranha ao domínio do processo de controle concentrado de constitucionalidade. [...] (ADI 2551 MC-QO, Relator: Ministro Celso de Mello, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 02/04/2003, Publicação em 20/04/2006).

Salienta Mendes (2012, p. 1265), que em virtude de inovação que consta dos artigos 9º, §1º e 20, § 1º da Lei 9868/99, que autorizam ao relator, após manifestações do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou notória insuficiência de informações existentes nos autos, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para emitir parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos e pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Da mesma forma, entende Canotilho apud Tavares (2010, p. 273): “parece-nos que a opinião corrente, segundo o qual a jurisdição constitucional se limita à apreciação de questões de direito e não à investigação de questões de facto, necessita de uma melhor iluminação teórica”. No entanto, tal situação está mais próxima da aplicação para as ADPF’s.

Por fim, a despeito do entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal, sugere Mendes (2012, p. 1253), que este instituto da dilação probatória, que “se devidamente explorado pelo STF, servirá para modernizar e racionalizar o processo constitucional brasileiro”.

5.2.5. A constitucionalidade da EC nº 41/2003 já foi determinada em outras ADIs

A referida emenda foi amplamente discutida, especialmente, dentre vários pontos, a mudança nas regras de transição para aposentadoria (discutida na ADI 3104, proposta pela CONAMP) e a taxaço dos inativos e pensionistas (discutida na ADI 3105, proposta pela CONAMP, e ADI 3099, proposta pelo PDT) (LENZA, 2008, p.413)

Na ADI 3104, A CONAMP diz que na reforma da Previdência aprovada em 1998 foram criadas regras de transição que passaram a constituir direito adquirido e, por isso, não podem ser alteradas. A entidade explica, na ação, que a reforma de 1998 não estabeleceu regime jurídico objetivo aplicável a todos os servidores públicos, mas assegurou direito subjetivo já incorporado ao patrimônio jurídico de determinados servidores públicos. Assim, assegura, a EC nº 41/2003, não poderia, como fez, retroagir para alterar-lhe o conteúdo, de modo a prejudicar o direito adquirido e impor situação jurídica mais gravosa aos seus titulares. A nova emenda estabeleceu um redutor de até 5% no valor de benefício por ano de antecipação para quem se aposentasse antes da idade mínima de 60 anos para homem e 55 anos para mulher. Na ação contra a taxaço dos inativos e pensionistas (ADI 3105), a CONAMP diz que os servidores aposentados tem direito garantido de não pagar a contribuição. Afirma ainda, que esse direito garantido na reforma de 1998 que institui o caráter contributivo no regime previdenciário. O STF apreciou os pontos controvertidos da reforma da previdência e considerou constitucional a cobrança de inativos e pensionistas, instituída no art. 4º da Emenda Constitucional nº 41/2003 (LENZA, 2008, p.414).

Em um dos votos favoráveis à constitucionalidade da ADI 3105, o então ministro do STF, Cezar Peluso, argumentou o seguinte:

O sistema previdenciário vigente no país não é regido por normas de Direito privado, mas sim pelo Direito público. O regime previdenciário público tem por escopo garantir condições de subsistência, independência e dignidade pessoais ao servidor idoso, mediante o pagamento de proventos de aposentadoria durante a velhice, e, conforme o artigo 195³⁸ da Constituição, deve ser custeado por toda sociedade, de forma direta e indireta, o que poderia chamar-se de princípio estrutural da solidariedade.

Como se constatou nos excertos acima, a constitucionalidade da Emenda Constitucional n.41/2003, já foi analisada em outras Ações Diretas de Inconstitucionalidade, afastando violação a clausulas pétreas e princípio da igualdade.

38 Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (Vide Emenda Constitucional nº 20, de 1998)[...]

No entanto, com a superveniência dos fatos relacionados ao mensalão, que se caracterizou na condenação de sete parlamentares que participaram do processo de votação da PEC 40/2003, tem-se o seguinte, conforme Marinoni (2013, texto digital):

A prática constitucional passou a acatar a tese de que a coisa julgada material qualifica a parte dispositiva da discussão de inconstitucionalidade. Entendeu-se que o dispositivo da decisão de inconstitucionalidade, isto é, declaração de que a “norma x” é inconstitucional, tornar-se-ia imutável e indiscutível e que tal dispositivo alcançaria a todos. Não bastaria apenas a coisa julgada nem somente a eficácia *erga omnes*.

Considerando a eficácia preclusiva da coisa julgada, também vista como princípio do deduzido e do dedutível, chega-se a afirmar que é possível propor outra ADI, desde que fundada em outra coisa de pedir. Objeta-se sob o argumento de que, na ação de inconstitucionalidade, o tribunal deve analisar a norma impugnada à luz da Constituição, e assim, não pode ficar adstrito aos fundamentos invocados na petição inicial. A adoção da última tese impediria a propositura de outra ação para impugnação da norma.

Ainda segundo o mesmo autor, basta indagar os motivos pelos quais se pensa na possibilidade de rediscutir a declaração judicial de que a norma é constitucional, ou, em outros termos, as razões pelas quais se pode insistir em que a declaração de constitucionalidade, mesmo que envernizada pela coisa julgada material, não constitui obstáculo à rediscussão da específica norma.

Ante todo exposto, considerando que as ADIs que estão pendentes de julgamento pelo STF trazem em seu bojo causas de pedir diversas das já julgadas pelo Egrégio Tribunal, em situação pretérita, na qual se discutiu a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 41/2003, é de se concluir que as Ações neste momento devem ser analisadas considerando a superveniência de novo suporte fático, neste mister a condenação dos sete parlamentares na Ação Penal nº 470, que participaram da votação da PEC nº 40/2003, que culminou na EC nº 41 daquele mesmo ano.

5.3. A Emenda Constitucional nº 41/2003: possibilidades de decisão e efeitos respectivos

No que se refere à decisão na ação direta de inconstitucionalidade, a Lei 9868/99 preservou orientação constante na norma regimental do STF que estabelece que o julgamento dessas ações somente será efetuado se presentes na sessão pelo menos oito ministros, devendo-se proclamar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei ou ato normativo questionado se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos seis desses ministros (art.22 e 23)³⁹ (MENDES; BRANCO, 2012, p.1254).

O Art. 24 da Lei 9.868/99⁴⁰ acentua o caráter dúplice ou ambivalente da ação direta de inconstitucionalidade, estabelecendo que, proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória. (MENDES; BRANCO, 2012, p.1254)

A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos de declaração (art. 26), que somente poderão ser oferecidos pelo requerente ou pelo requerido, e não por terceiros, nem mesmo pelo Advogado-Geral da União. Mas cabe reclamação para preservação da competência do Supremo Tribunal Federal e garantia da autoridade de suas decisões (art. 102, I, I, CRFB/88). A Lei 9868/99 endossa, também, a jurisprudência pacífica da

³⁹ Art. 22, Lei 9868/99: A decisão sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo somente será tomada se presentes na sessão pelo menos oito Ministros.

Art. 23, Lei 9868/99: Efetuado o julgamento, proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos seis Ministros, quer se trate de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade.

Parágrafo único. Se não for alcançada a maioria necessária à declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, estando ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de aguardar-se o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o número necessário para prolação da decisão num ou noutro sentido.

⁴⁰ Art. 24, Lei 9868/99: Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória.

Corte segundo a qual no controle por via principal e abstrata não cabe ação rescisória (art. 26)⁴¹ (BARROSO, 2009, p. 194).

As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal⁴² (PAULO & ALEXANDRINO, 2008, p. 100-101)

Segundo os mesmos autores, em regra pode-se afirmar que a decisão do Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade é dotada de:

- a) Eficácia contra todos (*erga omnes*);
- b) Efeitos retroativos (*ex tunc*);
- c) Efeito vinculante;
- d) Efeito repristinatório em relação à Legislação anterior

Declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual, a decisão terá efeito retroativo (*ex tunc*) e para todos (*erga omnes*), desfazendo, desde a sua origem, o ato declarado inconstitucional, juntamente com todas as consequências dele derivadas, uma vez que os atos inconstitucionais são nulos e, portanto destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica, alcançando a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, inclusive os atos pretéritos com base nela praticados (MORAES, 2010, p. 763).

Segundo Paulo & Alexandrino (2008, p. 101), afirmar que a decisão é dotada de eficácia *erga omnes* significa dizer que a decisão tem força geral, contra todos os indivíduos que estariam sujeitos à aplicação da lei ou ato normativo impugnado. No que tange em considerar os efeitos retroativos (*ex tunc*), quer dizer que fulminam a lei ou ato normativo desde a sua origem, ou seja,

⁴¹ Art. 26, Lei 9868/99: A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória.

⁴² Art. 27, Lei 9868/99: Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. A partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, o reconhecimento de efeito vinculante nas ações diretas de inconstitucionalidade passou a figurar também no texto constitucional, com a nova redação dada ao Art. 102, § 2º, CRFB/88: As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal

a decisão retroage à data da origem da lei, invalidando-a desde então, bem como os atos pretéritos com base nela praticados.

Por exemplo, caso o STF entenda que a Emenda Constitucional nº 41/2003 é considerada inconstitucional, ao declarar sua inconstitucionalidade em 2013, esta decisão retroagirá à data da origem da emenda em 2003, retirando-a do ordenamento jurídico desde então, o que ensejará, além de outros efeitos, a devolução de toda a contribuição previdenciária paga por aposentados e pensionistas no período de vigência da emenda e obstará a cobrança de qualquer novo valor com o mesmo fundamento.

A decisão de mérito em ação direta de inconstitucionalidade é dotada de efeitos vinculantes, que significa dizer que todos os demais órgãos do Judiciário e todos os órgãos da Administração Pública direta e indireta, nas três esferas de governo, ficam vinculados à decisão proferida pelo Supremo tribunal Federal, não podendo desrespeitá-la, por exemplo, aplicando a um caso concreto a lei declarada inconstitucional (PAULO; ALEXANDRINO, 2008, p. 102).

A declaração de inconstitucionalidade reconhece a nulidade dos atos inconstitucionais e, por consequência, a inexistência de qualquer carga de eficácia jurídica. Assim dentre tantos efeitos, a declaração de inconstitucionalidade de ato normativo provoca o restabelecimento do ato normativo anterior, quando a decisão tiver efeito retroativo. O STF vem utilizando a expressão efeito repretinatório (cf. ADI 2.215/PE, medida cautelar, rel. Min. Celso de Mello, inf. 224/STF) da declaração de inconstitucionalidade. Isto porque, se a lei é nula, ela nunca teve eficácia. Se nunca teve eficácia, nunca revogou nenhuma norma. Se nunca revogou nenhuma norma, aquela que teria sido supostamente revogada continua tendo eficácia. Eis o efeito repretinatório da decisão.

Em analogia ao caso da suposta inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 41/2003, caso esta seja declarada inconstitucional, as alterações constitucionais que esta espécie normativa produziu se tornam sem eficácia, voltando à situação anterior a sua edição. Ou seja, a primeira reforma, realizada pela EC nº 20/1998 é que passará a prevalecer regendo o sistema de previdência dos servidores públicos de nosso país, caso não seja outro o entendimento do STF.

Excepcionalmente, porém, como exceção à regra do princípio da nulidade, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o STF, por maioria

qualificada de 2/3 de seus ministros, restringir os efeitos da declaração ou decidir que ela tenha eficácia a partir do trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado, conforme previsão do artigo 27 da Lei 9868/99.⁴³

Conforme entendimento de Barroso (2009, p. 210), em virtude deste dispositivo (art. 27) pode o STF: a) restringir os efeitos da decisão, excluindo de seu alcance, por exemplo, categoria de pessoas que sofreriam ônus ponderado como excessivo ou insuportável; b) não atribua efeito retroativo a sua decisão, fazendo-a incidir apenas a partir de seu trânsito em julgado; e c) até mesmo que fixe apenas para algum momento no futuro o início da produção dos efeitos da decisão, dando à norma uma sobrevida.

A possibilidade de modulação dos efeitos temporais da decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade revela-se de grande importância, porque analisa a lei em tese, por meio de ponderação dos princípios constitucionais, do interesse social, da adequação e interpretação conforme a constituição. (GRETTER, 2011, 282)

Ao conferir efeitos *ex nunc* ou *pro futuro*, está-se criando:

um espaço de tempo, intermediário, que assegure a sobrevivência provisória da lei declarada incompatível com a Constituição [...] Isso de tal sorte que possa o autor das leis – o Poder Legislativo – eleger um desses caminhos: revogar a lei, modificá-la ou completá-la, se para tanto for movido ou despertado pelo aresto judicial da Corte competente. (BONAVIDES, 2009, p. 341)

Portanto, em relação aos limites temporais da declaração de inconstitucionalidade, tem-se a seguinte situação segundo Moraes (2008, p. 765):

REGRA: efeitos *ex tunc*, ou seja, retroativos. Não há necessidade de manifestação expressa sobre esses efeitos, pois a retroatividade é regra geral em nosso Direito constitucional (ADI 2996- Rel Min. Sepúlveda Pertence, DJ, Seção I, 16 de março de 2007);

⁴³ Art. 27, Lei 9868/99: ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

PRIMEIRA EXCEÇÃO: efeitos *ex nunc*, ou seja, não retroativos, a partir do trânsito em julgado da decisão em sede de ação direta de inconstitucionalidade, desde que fixados por 2/3 dos Ministros do STF;

SEGUNDA EXCEÇÃO: efeitos a partir de qualquer momento escolhido pelo Supremo Tribunal Federal, desde que fixados por 2/3 de seus Ministros. Essa hipótese de restrição temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade tem limites lógicos que deverão ser expressamente previstos pelo Tribunal.

Sendo assim, fazendo uma análise ao caso da possibilidade de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 41/2003, caso o STF entenda por sua inconstitucionalidade, este Tribunal poderá optar por considerá-la inconstitucional desde sua origem, com efeitos *ex tunc*, da data da sentença com efeitos *ex nunc*, atendendo os requisitos estabelecidos ou restringindo seus efeitos a qualquer data no futuro, também respeitando os requisitos de quórum de 2/3 de seus Ministros.

Outra questão de grande relevância diz respeito aos limites objetivos do efeito vinculante das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade.

Neste sentido, o STF tem reconhecido o fenômeno da transcendência dos motivos que embasaram a decisão da Corte, em processo de fiscalização normativa abstrata, de modo a proclamar que o efeito vinculante refere-se, também, aos fundamentos determinantes (*ratio decidendi*), projetando-se em consequência, para além da parte dispositiva do julgamento (PAULO; ALEXANDRINO, 2008, p. 112). Em outras palavras: juízes e tribunais devem acatamento não apenas à conclusão do acórdão, mas igualmente às razões de decidir (BARROSO, 2009, p 208).

Na visão de Mendes e Branco (2012, p. 1399), a inconstitucionalidade de uma lei pode levar, também no direito brasileiro, a diferentes variantes de declaração de nulidade: a) declaração de nulidade total; b) declaração de nulidade parcial; c) declaração de nulidade parcial sem redução de texto.

A decisão de nulidade total da lei tem origem, via de regra, mas não necessariamente, na constatação de vícios de ordem formal (TAVARES, 2010, p. 283). Inobservância das disposições constitucionais atinentes ao processo legislativo (por exemplo, as relativas à iniciativa da lei ou competência legislativa) leva, normalmente à declaração de inconstitucionalidade total, uma vez

que nesse caso, uma vez que nesse caso não se vislumbra a possibilidade de divisão de lei em partes válidas e inválidas (MENDES; BRANCO, 2012, p. 1399).

Tal situação aduzida acima se aplica ao caso em estudo, considerando que a emenda constitucional combatida e pendente de julgamento pelo STF está sendo contestada pela eventual mácula no processo legislativo que a originou, e, portanto caso se caracterize sua inconstitucionalidade acontecerá na forma de nulidade total da presente emenda constitucional.

Por derradeiro, o artigo 28 da Lei 9868/99, trata da interpretação conforme a Constituição. Por este instituto, o Tribunal, declara a constitucionalidade do ato questionado, desde que compreendido conforme a Constituição, interpretação esta explicitada pelo julgado e incorporada, resumidamente na parte dispositiva da decisão. Pela interpretação conforme à Constituição enfatiza-se a supremacia desta, mas de outra parte, reconhece-se a legitimidade das leis e de sua origem, de forma que sua anulação só ocorra quando única solução viável, vale dizer, como última *ratio* para a ocorrência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclusão

Preambularmente a análise dos pressupostos jurídicos que possam convalidar ou prostrar a Emenda Constitucional nº41/2003, faz-se mister avaliar as circunstâncias políticas pretéritas a iniciativa da PEC nº 40/2003.

O país naquela época era governado por Luis Inácio Lula da Silva, do Partido dos Trabalhadores, presidente eleito em 2002 com 53 milhões de votos, tornando-se o segundo presidente mais votado de toda história mundial⁴⁴, carregava consigo todo o clamor de um povo e esperança de um país melhor, mais justo e equilibrado; sua trajetória de vida fazia com que diversas expectativas cercassem o seu governo.

Como pilares de seu futuro governo estavam a consecução de duas grandes reformas estruturais, a da previdência e a tributária. Ambas foram efetivadas em seu primeiro governo, mesma época do escândalo do “mensalão”.

A previdência social do nosso País necessitava de uma “incisão cirúrgica” de modo a evitar sua entropia, causada por um déficit gigantesco, decorrente de anos de má gestão das contribuições arrecadadas de seus servidores. O abismo entre os regimes de previdência era enorme, O RGPS que aglutinava um contingente bem maior de segurados, no entanto era o que apresentava menor déficit, a diferença de um regime para o outro estava na escala de “um para dez”, ou seja, “enquanto se pagava um segurado do RPPS pagava-se dez” do RGPS.

Algo precisava ser feito, e esta era uma “bandeira” do governo, aprovar uma reforma que conseguisse estancar a “hemorragia interna previdenciária”, diminuindo o rombo do sistema previdenciário do nosso país.

A sociedade clamava por estas mudanças. O governo tinha apoio político, inclusive da oposição, para implementar as reformas que desejava.

⁴⁴ Atrás apenas de Ronald Reagan na eleição estadunidense de 1980.

Em 16 de abril de 2003, Lula se reuniu com os 26 governadores dos estados membros e o Governador do Distrito Federal⁴⁵ traçando as estratégias comuns que resultou num acordo que culminou na exposição de motivos que embasou o projeto de emenda constitucional que reformou a previdência social do nosso país.

No que tange aos contornos políticos que se encerram à discussão da constitucionalidade da reforma previdenciária, não resta dúvida que existia um grande clamor da sociedade, de modo geral, pela aprovação da PEC 40/2003. Isto se constata pelo apoio de governadores da oposição “ao projeto de Lula” que visava uma reestruturação do Sistema de Previdência Social do Brasil.

No entanto, mesmo com todo apoio que parecia estar depositado no governo para aprovação desta reforma, a política nacional se viu maculada pelo escândalo do “mensalão”, onde alguns deputados da base aliada do governo receberam propina do executivo para votarem favoráveis à aprovação da proposta de emenda à Constituição que reformava a Previdência Social do Brasil pela segunda vez.

A problemática ficou instaurada quando se verificou que dos sete deputados condenados, três eram líderes de bancadas de partidos importantes, apoiadores do Governo Lula (PP, PL e PTB).

A dúvida que foi incutida pelos resistentes à constitucionalidade da EC nº 41/2003 é que estes líderes de bancada poderiam ter influenciado os demais integrantes do partido a votarem no mesmo sentido da liderança em favor da aprovação da PEC nº 40/2003.

Antes de qualquer digressão, torna-se oportuno rememorar que no controle concentrado de constitucionalidade não é admitida a dilação probatória, o que inviabilizaria a investigação se a conduta destes líderes partidários influenciou os seus demais correligionários.

No entanto, não se pode olvidar que, na acepção da palavra, líder é aquele que conduz, aquele que guia, o líder tem a faculdade de influenciar os outros sujeitos. O seu comportamento ou as suas palavras conseguem incentivar os membros de um grupo para que trabalhem em

⁴⁵ Matéria jornalística em anexo ao trabalho.

conjunto com vista num objetivo comum.⁴⁶ E o objetivo destes líderes, condenados pelo mensalão, era ter a reforma da previdência aprovada no Congresso Nacional.

Ao reverso, mesmo que se considere tal influência, resta saber se caberia ao Judiciário fazer tal verificação, já que obsta a este Poder ingressões ao Poder Legislativo, na conferência de possíveis irregularidades na tramitação da PEC que principiou a Emenda Constitucional nº 41/2003. O que se denota que o Supremo Tribunal Federal não pode interferir no processo legislativo; nem possui competência para declarar quebra de decoro parlamentar ou sindicatar sobre a vontade do parlamentar ao proferir o voto, em virtude de impossibilidade de controle jurisdicional da atuação parlamentar e respeito ao princípio da separação dos poderes.

Sublinhe-se que não resta dúvida que a ação dos sete parlamentares condenados na Ação Penal nº470, trata-se de quebra de decoro parlamentar, já que estes deputados infringiram em vários aspectos o Código de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara, o que foi constatado tanto na CPMI dos Correios quanto na Ação Penal nº 470.

Além disso, mesmo que considerados inválidos os votos dos sete parlamentares condenados na Ação Penal nº 470, estariam mantidos os votos necessários para aprovação de uma emenda constitucional, que é de 308 votos, já que a EC nº 41/2003, foi aprovada em ambos os turnos na Câmara dos Deputados com votação expressiva e os setes votos maculados não fariam falta ao resultado final da votação.

Ante todo o exposto, chega-se a seguinte conclusão, que existem duas soluções plausíveis para o presente problema: a primeira hipótese é a solução que será adotada pelo Supremo tribunal Federal e a outra solução é a proposta do presente trabalho, e talvez a mais justa em virtude de todos os fatos narrados e conhecidos até o momento.

⁴⁶ Conceito de líder. O que é? Definição e Significado. Disponível em <<http://conceito.de/lider#ixzz2WA12qkKR>>

1ª Solução: A PROVÁVEL

Por todos os fundamentos considerados, os que possuem maior envergadura são os favoráveis à constitucionalidade da EC nº 41/2003.

Os argumentos sobre a inconstitucionalidade são, a princípio, mais tênues, senão vejamos:

Neste raciocínio, ao considerar que os votos dos sete parlamentares ferem o princípio da representatividade popular, se for desconsiderado todo o processo legislativo por conta disso, outros quinhentos e seis (506) estão sendo descartados, maculando a representatividade destes 506 deputados que representam seus eleitores. Portanto, este fundamento não seria suficiente para invalidar todo processo de votação da emenda constitucional combatida.

Da mesma forma, duas ADIs sustentam como principal argumento a quebra de decoro parlamentar. Não há dúvida que houve quebra de decoro parlamentar, já que os deputados foram condenados por corrupção passiva na Ação Penal nº 470, e, portanto a conduta destes feriu vários dispositivos do Código de Ética da Câmara dos Deputados.

No entanto, sustentar-se por esta tese não seria suficiente para invalidar todo o processo legislativo da EC nº 41/2003. Isto porque, ao se retirar os sete votos maculados por conta da quebra de decoro, restam votos suficientes para aprovação da emenda constitucional.

Ademais, mesmo que dos sete parlamentares condenados na Ação Penal nº 470, três deles eram líderes de partido com margem de manobra para angariar a quantidade de votos necessária para a aprovação da emenda, provar que houve esta influência não seria possível em sede de controle concentrado de constitucionalidade, em virtude da impossibilidade de dilação probatória nestes casos.

Usando as palavras do ex-ministro do STF, Cezar Peluso, em voto proferido na ADI 3105:

“Nas resoluções de grande alcance político para o futuro da comunidade, estes meios não são suficientes. Ao Tribunal Constitucional incumbe uma responsabilidade política na manutenção da ordem jurídico-estadual e da sua capacidade de funcionamento. Não pode proceder segundo a máxima: *fiat justitia, pereat res publica*. Nenhum juiz constitucional procederá assim na prática. Aqui a ponderação das consequências é, portanto, de todo irrenunciável.”

Oportuno se torna dizer, também, que o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República pugnaram pela constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 41/2003.

Diante do quanto exposto, considerando todos os argumentos apresentados neste trabalho, monográfico, ilustrados com posicionamentos jurisprudenciais do STF, além de considerar que a atuação do Supremo neste caso se dará de forma conservadora, visando a segurança jurídica, é com grande certeza que se indica como provável decisão da Suprema Corte a manutenção das relações jurídicas, com a respectiva constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 41/2003.

2ª Solução: A IDEAL

Mesmo que os argumentos apresentados pela inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 41/2003, não sejam os mais plausíveis do ponto de vista jurídico, se considerar que uma emenda à constituição foi votada durante um processo legislativo fraudulento, mesmo que se comprove apenas a participação de sete deputados, dos quais três eram lideranças partidárias, todo o Estado Democrático de Direito mostra-se vilipendiado, a Sociedade sendo ludibriada, e aqueles que foram prejudicados pelas alterações da Emenda Constitucional nº 41/2003, em especial os servidores públicos aposentados e pensionistas do RPPS que tiveram que pagar contribuição previdenciária nos últimos dez anos, estariam sendo no mínimo injustiçados.

Portanto, visando a busca da justiça social, e considerando o clamor de uma nação, em especial dezenas de sindicatos que estão se mobilizando em todo País buscando a invalidade desta reforma da previdência, a solução dentro do ideal de justiça social e dignidade da pessoa humana, que seja considerada a Emenda Constitucional nº 41/2003 inconstitucional por mácula ao processo legislativo que a originou, com efeitos a partir de qualquer momento escolhido pelo Supremo Tribunal Federal, num prazo ideal para que o Congresso Nacional legisle sobre uma nova reforma previdenciária. Com a adoção destes efeitos se preservará a segurança das relações jurídicas nestes últimos dez anos, além do caixa dos entes estatais.

6.2. Limitações ao estudo

Ao longo do trabalho percebe-se que a definição da constitucionalidade ou não da Emenda implicaria na construção doutrinária de uma nova forma de inconstitucionalidade oriunda de fatos relacionados à corrupção, figura esta que não se insere em nenhuma das duas espécies existentes de inconstitucionalidade, formal ou material.

A definição desta nova forma de inconstitucionalidade se mostra incipiente na doutrina, e o controle de constitucionalidade de espécie legislativa com base neste preceito é inédito em nosso ordenamento jurídico pátrio.

Pelo exposto, já se demonstra a inviabilidade da discussão, ou melhor, da construção destes novos conceitos em sede de trabalho monográfico.

Outra limitação verificada na concepção da pesquisa realizada foi relacionada à exiguidade de conhecimentos anteriores ao início do trabalho, a respeito do tema proposto. Tendo em vista que no curso de direito da Universidade Federal de Santa Catarina, os conceitos relacionados ao controle de constitucionalidade, são ministrados apenas no último semestre do curso, na disciplina Processo Constitucional, e no que tange à disciplina de direito previdenciário nem é ministrada como disciplina obrigatória no curso de Direito da UFSC.

Além do explanado, outra restrição no desenvolvimento do trabalho foi a impossibilidade de incluir no trabalho o tópico referente à opinião de especialistas e professores de Direito constitucional, já que até o momento da finalização do trabalho havia recebido apenas o retorno de uma das pessoas consultadas.

6.3. Sugestões a trabalhos futuros

O presente trabalho tratou da verificação dos pressupostos que embasariam uma possível inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 41, a caracterização de uma nova espécie se mostrou prejudicada em virtude da necessidade de uma construção doutrinária, inviável no âmbito de trabalho de conclusão de curso de graduação.

Sugere-se, portanto, como trabalho futuro, ideal como trabalho de pós-graduação, a abordagem da inconstitucionalidade por motivo de corrupção, por se tratar de evento inédito no ordenamento jurídico pátrio.

Salvo melhor juízo, será a primeira vez que o Supremo Tribunal Federal examinará a constitucionalidade de uma norma em razão dessa modalidade de vício -- corrupção dos membros do parlamento -- ocorrido no processo legislativo, que resultou na promulgação de uma emenda constitucional.

Quando se fala em constitucionalidade imagina-se uma relação entre normas, única e exclusivamente.

No entanto, nesta nova espécie de inconstitucionalidade, em que se analisam aspectos extrínsecos à lei, mais especificamente em seu procedimento de elaboração, pode-se demandar uma comparação não entre duas normas (entre a Lei/Emenda e a Constituição), mas sim entre fatos e a Constituição.

Salienta-se, que já existem autores abordando este tema, mas ainda de maneira tímida. Exemplo disto são os estudos do Professor Pedro Lenza, que no seu manual de Direito Constitucional dedicou uma página do livro para abordar o assunto.

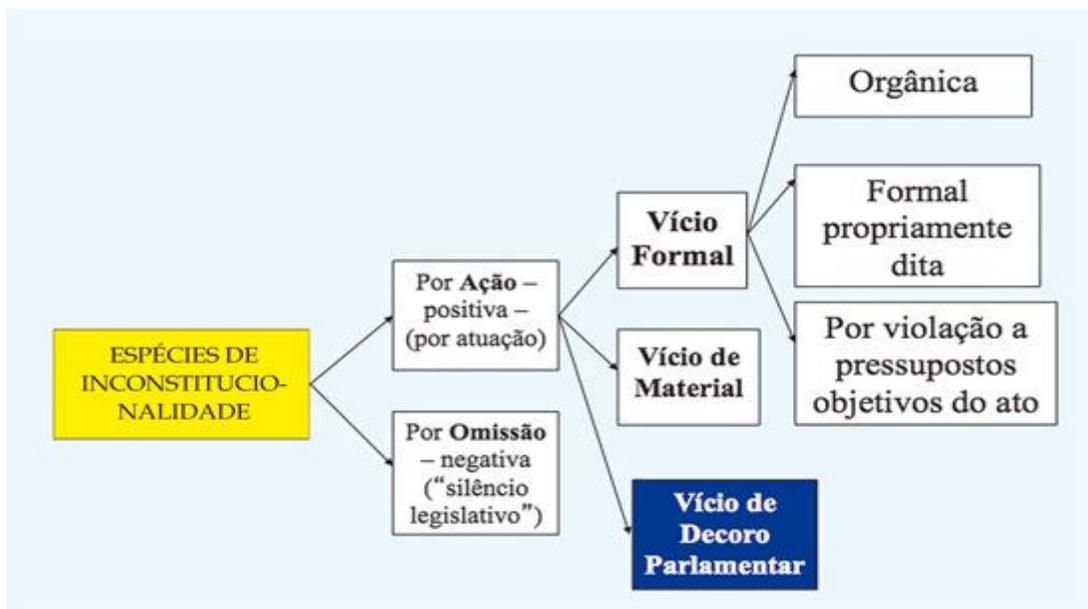


Figura 1 – Espécies de Inconstitucionalidade

Fonte: Lenza, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2008

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade brasileiro**. 4ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009

BARTHOLOMAY, Francisca R. **O instituto do amicus curiae e sua atuação como instrumento auxiliar do sistema brasileiro de controle constitucional**. 2006. – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis

BIM, Eduardo F. **A cassação de mandato por quebra de decoro parlamentar: Sindicabilidade jurisdicional e tipicidade**. Brasília a. 43 n. 169 jan./mar. 2006

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Contêm as emendas constitucionais posteriores. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. **Lei n.º 9.868** de 10 de novembro de 1999. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm>. Acesso em 13 jun. 2013

BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito constitucional ao alcance de todos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1995. .

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 6.ed. São Paulo: LTR, 2005. p. 47

CORRÊA, Wilson Leite. Seguridade e Previdência Social na Constituição de 1988. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 34, 1 ago. 1999 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/1431>>. Acesso em: 28 maio 2013.

CLEVÉ, Clemerson Merlin. **A fiscalização abstrata da inconstitucionalidade no direito brasileiro**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 35. ed. São Paulo: Saraiva: 2009.

FILHA, Manuelita Hermes Rosa Oliveira; MOTA, Iuri Falcão Xavier et al. Mutação constitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 841, 22 out. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7433>>. Acesso em: 24 abr. 2013.

FONSECA, Tiago Moreira da. **Os atos *Interna Corporis* e as minorias parlamentares** : análise sobre a legitimidade do controle judicial em defesa dos direitos de atuação das minorias parlamentares. Revista da Câmara dos deputados. Brasília: 2011.

JÚNIOR, Amaro Bandeira de Araújo Júnior . Provas ilícitas no processo penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3503, 2 fev. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23631>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.136.

LEITE, Celso Barroso. **Dicionário enciclopédico de Previdência Social**. São Paulo: LTr, 1996.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13 ed. São Paulo:Saraiva, 2009.

LIMA, G. Helder. **Moldura e norma fundamental (grundnorm) na Teoria Pura do Direito**. Notas para a evolução desses conceitos. <<http://jus.com.br/revista/texto/22871/moldura-e-norma-fundamental-grundnorm-na-teoria-pura-do-direito#ixzz2O0Nns41c>> Acesso em: 19 mar. 2013.

MACEDO, Jackline; DE LIRA, Daniel. **Um olhar crítico sobre o controle de constitucionalidade.**

<http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11712>

Acessado em 31/03/2013

MARINONI, Luiz G. **Coisa julgada erga omnes e eficácia vinculante.** disponível em:

http://www.academia.edu/218739/Coisa_Julgada_Erga_Omnes_e_Eficacia_Vinculante. Acessado em 12/06/2013.

MENDES, Gilmar. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos.** São Paulo: Saraiva, 1990.

MENDES, Gilmar. F.; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito Constitucional.** 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTESQUIEU (Charles Louis de Secondat, Baron de la Brède et de). **O Espírito das Leis.** Parte II, Livro XI, Capítulo IV. Trad. De Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília. UnB, 1995.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, William. **Controle de constitucionalidade: uma abordagem teórica e jurisprudencial.** 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus Ltda, 2004.

PACHECO, Luciana Botelho. **Como se fazem as leis.** . Brasília: Biblioteca digital da Câmara dos Deputados. Centro de Informação e Documentação, 2009.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Controle de Constitucionalidade.** 7ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

POLETTI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

QUEIROZ, Antonio Augusto de. **Regras de aposentadoria do servidor público**. Disponível em <http://www.diap.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=5168:regras-de-aposentadoria-do-servidor-publico&catid=46:artigos&Itemid=207> acessado em 13 de maio de 2013.

RAMOS, Gisela Gondim. **Princípios jurídicos**. Editora Fórum: Minas Gerais, 2012.

Regimento Interno da Câmara dos Deputados – Resolução n. 17/1989. Diário do Congresso Nacional: Brasília, 1989.

SANTOS, Flavia Rosa dos. **Controle constitucional de emendas pelo Supremo Tribunal Federal**. Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed. Territ., Brasília, Ano 19, Edição Especial, pp. 132-186, Nov. 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

STEPHANES, Reinhold. **Reforma da previdência sem segredos**. Rio de Janeiro: Record, 1999.

TAFNER, Paulo. **Considerações sobre o sistema previdenciário brasileiro, características desse sistema no Espírito Santo e algumas projeções para o Instituto de Previdência dos Servidores do Estado do Espírito Santo (IPAJM)**. Rio de Janeiro: IPEA, 2010.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868, de 10.11.1999, e 9.882, de 03.12.1999**. 3. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VICENTE, Paulo. ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 4. ed.
São Paulo: Ed.Método: 2009.

ANEXOS

REGRA	EMENDA/ LEI	MODALIDADE/ FUNDAMENTO	REQUISITOS		EFEITO FINANCEIRO	PARIDADE
	Anterior à EC 20/98 até 16.12.98	Integral Art.40, III, a da CF/88 (redação original) e art. 3º da EC 41/03.	H – 35 anos de tempo de serviço M – 30 anos de tempo de serviço		Integral. independente da idade	Total
		Proporcional Art.40, III, c da CF/88 (redação original) e Art.3º da EC nº 41/03	H – 30 anos de tempo de serviço M – 25 anos de tempo de serviço		Proporcional ao tempo trabalhado, independente da idade	Total
Regra geral	Vigência da EC nº 20/98 a partir de 16.12.98 até 31.12.2003	Integral Art.40, §1º, III, a da CF/88 (redação EC20/98) c/c Art.3º da EC 41/03	H – 60 idade, 35 anos de tempo contribuição M – 55 idade, 30 anos de tempo de contribuição	10 anos no Serviço Público e 5 anos no cargo	Direito adquirido. Última remuneração	Total
		Por idade Art.40, §1º, III, b da CF/88 (redação EC nº 20/98) e Art.3º da EC nº 41/03	H – 65 anos de idade M – 60 anos de idade		Direito adquirido. Última remuneração	Total
		Invalidez Art. 40, § 1º, inciso I in fine da CF/88 (redação anterior à EC 41/2003)	Ser portador das doenças especificadas na legislação local, acidente de trabalho, ou moléstia profissional.	Direito adquirido	Integral, em relação à última remuneração anterior ao motivo da aposentadoria	Total
Regra de transição	Vigência da EC nº 20/98 até 31.12.03	Integral Art.8º,I,II e III, “ a” e “b” da EC20/98 c/c Art.3º da EC 41/03	H – 53 anos de idade, 35 anos de tempo de contribuição M – 48 anos de idade, 30 anos de tempo de contribuição	Ingresso no serviço público até 16/12/98 e 5 anos no cargo.	Integral. Apurar tempo informado até 16/12/1998. Identificar o tempo que faltava para aposentar e acrescentar a esse tempo um pedágio de 20%.	Total

		Proporcional Art.8º,§1º,II, “ a” e “b” da EC nº 20/98 e Art.3º da EC 41/03	H – 53 anos de idade, 30 anos de tempo de contribuição M – 48 anos de idade, 25 anos de tempo de contribuição	Ingresso no serviço público até 16/12/98 e 5 anos no cargo.	Proporcional com 70% acrescido de 5% para cada ano que permanecer em atividade após completar o tempo necessário, com limite de até 95%. Apurar tempo informado até 16/12/1998. Identificar o tempo que faltava para aposentar e acrescentar a esse tempo um pedágio de 40%.	Total
Regra geral	Vigência da EC nº 41/03 a partir de 31.12.03	Voluntária Integral Art.40, §1º, III, a da CF/ 88 (redação atual)	H – 60 anos de idade, 35 anos de tempo contribuição. M – 55 idade, 30 anos de tempo de contribuição.	10 anos no Serviço Público e 5 anos no cargo	Média aritmética simples	Não há
		Por idade Art.40, §1º, III, b da CF/88 (redação da EC 41/03)	H – 65 anos de idade M – 60 anos de idade		Média aritmética simples e proporção cálculo por dias trabalhados	Não há
		Compulsória Art.40 §1º, II	Homem /mulher 70 anos de idade independente do tempo de serviço.		Média aritmética simples e proporção cálculo por dias trabalhados	Não há
		Invalidez – Integral Art. 40, § 1º, inciso I da CF/88 (EC nº 41/03).	Doença prevista em Lei		Média aritmética – proventos integrais	Não há
		Invalidez – Proporcional Art. 40, § 1º, inciso I, da CF/88 (redação da EC nº 41/03)	Doença Incapacitante		Média aritmética simples e proporção cálculo por dias trabalhados	Não há
Regra de transição	Vigência da EC nº 41/03 a partir de 31.12.03	Integral art.2º Art. 2º, I, I, e III, “a” e “b” da EC 41/03	H – 53 anos idade mínima, 35 anos de contribuição.	Ingresso no serviço público até 16/12/98 e	Média aritmética simples. Redutor da remuneração 3,5% p/cada ano	Não há

			M – 48 anos idade mínima, 30 anos de contribuição.	5 anos no cargo.	que antecipar se preencher requisitos até 31.12.05. A partir de 1/1/2006, 5%. Apurar tempo informado até 16/12/1998. Identificar o tempo que faltava para aposentar e acrescentar a esse tempo um pedágio de 20%.	
	Vigência da EC nº 41/03 A partir de 31.12.03	Integral art.6º Art. 6º, I,II, III, IV da EC 41/03	H – 60 anos de idade, 35 anos de contribuição. M – 55 anos de idade, 30 anos de contribuição.	Ingresso no serviço público até 31/12/03 20 anos no Serviço Público, 10 anos na carreira e 5 anos no cargo	Integral	Total
	EC nº 47/05	Integral Art. 3º, I, II e III da EC 47/05.	Idade e tempo de contribuição parâmetro para a redução H – 60 anos de idade, 35 anos de tempo contribuição. M – 55 idade, 30 anos de tempo de contribuição	Ingresso no serviço público até 16/12/1998. 25 anos no Serviço Público, 15 anos na carreira, 5 anos no cargo	Integral – redutor da idade pelo tempo de contribuição Onde p/ o H o tempo de contribuição + idade será = 95 Onde p/ a M o tempo de contribuição + idade será = 85	

Tabela 01 - Principais modalidades de aposentadoria e respectivos fundamentos legais

Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2003

Modifica os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do § 3 do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências.

As **MESAS** da **CÂMARA DOS DEPUTADOS** e do **SENADO FEDERAL**, nos termos do § 3 do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º A Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 37.

.....

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como li-mite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Es-taduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o sub-sídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tri-bunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos;

....." (NR)

"Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17:

I - por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei;

.....
§ 3º Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, na forma da lei.

.....
§ 7º Lei disporá sobre a concessão do benefício de pensão por morte, que será igual:

I - ao valor da totalidade dos proventos do servidor falecido, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso aposentado à data do óbito; ou

II - ao valor da totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu o falecimento, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso em atividade na data do óbito.

§ 8º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei.

.....
§ 15. O regime de previdência complementar de que trata o § 14 será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, observado o disposto no art. 202 e seus parágrafos, no que couber, por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida.

.....
§ 17. Todos os valores de remuneração considerados para o cálculo do benefício previsto no § 3º serão devidamente atualizados, na forma da lei.

§ 18. Incidirá contribuição sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas pelo regime de que trata este artigo que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.

§ 19. O servidor de que trata este artigo que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no § 1º, III, a, e que opte por permanecer em atividade fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no § 1º, II.

§ 20. Fica vedada a existência de mais de um regime próprio de previdência social para os servidores titulares de cargos efetivos, e de mais de uma unidade gestora do respectivo regime em cada ente estatal, ressalvado o disposto no art. 142, § 3º, X." (NR)

"Art. 42.

.....

§ 2º Aos pensionistas dos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios aplica-se o que for fixado em lei específica do respectivo ente estatal." (NR)

"Art. 48.

.....

XV - fixação do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, observado o que dispõem os arts. 39, § 4º; 150, II; 153, III; e 153, § 2º, I." (NR)

"Art. 96.

.....

II -

.....

b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver;

....." (NR)

"Art. 149.

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União.

....." (NR)

"Art. 201.

.....

§ 12. Lei disporá sobre sistema especial de inclusão previdenciária para trabalhadores de baixa renda, garantindo-lhes acesso a benefícios de valor igual a um salário-mínimo, exceto aposentadoria por tempo de contribuição." (NR)

Art. 2º Observado o disposto no art. 4º da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, é assegurado o direito de opção pela aposentadoria voluntária com proventos calculados de acordo com o art. 40, §§ 3º e 17, da Constituição Federal, àquele que tenha ingressado regularmente em cargo efetivo na Administração Pública direta, autárquica e fundacional, até a data de publicação daquela Emenda, quando o servidor, cumulativamente:

I - tiver cinquenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher;

II - tiver cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria;

III - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e

b) um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data de publicação daquela Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea *a* deste inciso.

§ 1º O servidor de que trata este artigo que cumprir as exigências para aposentadoria na forma do *caput* terá os seus proventos de inatividade reduzidos para cada ano antecipado em relação aos limites de idade estabelecidos pelo art. 40, § 1º, III, a, e § 5º da Constituição Federal, na seguinte proporção:

I - três inteiros e cinco décimos por cento, para aquele que completar as exigências para aposentadoria na forma do *caput* até 31 de dezembro de 2005;

II - cinco por cento, para aquele que completar as exigências para aposentadoria na forma do *caput* a partir de 1º de janeiro de 2006.

§ 2º Aplica-se ao magistrado e ao membro do Ministério Público e de Tribunal de Contas o disposto neste artigo.

§ 3º Na aplicação do disposto no § 2º deste artigo, o magistrado ou o membro do Ministério Público ou de Tribunal de Contas, se homem, terá o tempo de serviço exercido até a data de publicação da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, contado com acréscimo de dezessete por cento, observado o disposto no § 1º deste artigo.

§ 4º O professor, servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que, até a data de publicação da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, tenha ingressado, regularmente, em cargo efetivo de magistério e que opte por aposentar-se na forma do disposto no *caput*, terá o tempo de serviço exercido até a publicação daquela Emenda contado com o acréscimo de dezessete por cento, se homem, e de vinte por cento, se mulher, desde que se aposente, exclusivamente, com tempo de efetivo exercício nas funções de magistério, observado o disposto no § 1º.

§ 5º O servidor de que trata este artigo, que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no *caput*, e que opte por permanecer em atividade, fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal.

§ 6º Às aposentadorias concedidas de acordo com este artigo aplica-se o disposto no art. 40, § 8º, da Constituição Federal.

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

§ 1º O servidor de que trata este artigo que opte por permanecer em atividade tendo completado as exigências para aposentadoria voluntária e que conte com, no mínimo, vinte e cinco anos de contribuição, se mulher, ou trinta anos de contribuição, se homem, fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal.

§ 2º Os proventos da aposentadoria a ser concedida aos servidores públicos referidos no *caput*, em termos integrais ou proporcionais ao tempo de contribuição já exercido até a data de publicação desta Emenda, bem como as pensões de seus dependentes, serão calculados de acordo com a legislação em vigor à época em que foram atendidos os requisitos nela estabelecidos para a concessão desses benefícios ou nas condições da legislação vigente.

Art. 4º Os servidores inativos e os pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em gozo de benefícios na data de publicação desta Emenda, bem como os alcançados pelo disposto no seu art. 3º, contribuirão para o custeio do regime de que trata o art. 40 da Constituição Federal com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.

Parágrafo único. A contribuição previdenciária a que se refere o *caput* incidirá apenas sobre a parcela dos proventos e das pensões que supere:

I - cinquenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II - sessenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas da União.

Art. 5º O limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado em R\$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais), devendo, a partir da data de publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social.

Art. 6º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelo art. 2º desta Emenda, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até a data de publicação desta Emenda poderá aposentar-se com proventos integrais, que corresponderão à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, quando, observadas as reduções de idade e tempo de contribuição contidas no § 5º do art. 40 da Constituição Federal, vier a preencher, cumulativamente, as seguintes condições:

I - sessenta anos de idade, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade, se mulher;

II - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

III - vinte anos de efetivo exercício no serviço público; e

IV - dez anos de carreira e cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria.

Parágrafo único. Os proventos das aposentadorias concedidas conforme este artigo serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, na forma da lei,

~~observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal.~~ (Revogado pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

Art. 6º-A. O servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até a data de publicação desta Emenda Constitucional e que tenha se aposentado ou venha a se aposentar por invalidez permanente, com fundamento no inciso I do § 1º do art. 40 da Constituição Federal, tem direito a proventos de aposentadoria calculados com base na remuneração do cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, não sendo aplicáveis as disposições constantes dos §§ 3º, 8º e 17 do art. 40 da Constituição Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 70, de 2012)

Parágrafo único. Aplica-se ao valor dos proventos de aposentadorias concedidas com base no caput o disposto no art. 7º desta Emenda Constitucional, observando-se igual critério de revisão às pensões derivadas dos proventos desses servidores. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 70, de 2012)

Art. 7º Observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal, os proventos de aposentadoria dos servidores públicos titulares de cargo efetivo e as pensões dos seus dependentes pagos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em fruição na data de publicação desta Emenda, bem como os proventos de aposentadoria dos servidores e as pensões dos dependentes abrangidos pelo art. 3º desta Emenda, serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei.

Art. 8º Até que seja fixado o valor do subsídio de que trata o art. 37, XI, da Constituição Federal, será considerado, para os fins do limite fixado naquele inciso, o valor da maior remuneração atribuída por lei na data de publicação desta Emenda a Ministro do Supremo Tribunal Federal, a título de vencimento, de representação mensal e da parcela recebida em razão de tempo de serviço, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento da maior remuneração mensal de Ministro do Supremo Tribunal Federal a que se refere este artigo, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos.

Art. 9º Aplica-se o disposto no art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias aos vencimentos, remunerações e subsídios dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza.

Art. 10. Revogam-se o inciso IX do § 3º do art. 142 da Constituição Federal, bem como os arts. 8º e 10 da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998.

Art. 11. Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, em 19 de dezembro de 2003.