

JOSEANE APARECIDA CORRÊA

LICENÇA-PRÊMIO E
DIREITO ADQUIRIDO

COLEÇÃO
TCE
CATARINA

2

JOSEANE APARECIDA CORRÊA

LICENÇA-PRÊMIO E DIREITO ADQUIRIDO

Coleção TCE Catarina — 2

(DE ACORDO COM O ART. 1º
DA RESOLUÇÃO Nº TC-08/2002)



Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina
Assessoria de Comunicação Social (ACOM)

Supervisão Conselheiro José Carlos Pacheco
Edição e revisão Valdelei Rouver (ACOM)
Capa Christiane Dalla Costa
Editoração Ayrton Cruz
Tiragem 1.500 exemplares
Impressão Serzegraf

C841 Corrêa, Joaseane Aparecida

Licença-Prêmio e Direito Adquirido/Joseane
Aparecida Corrêa. – Florianópolis : Tribunal de
Contas de Santa Catarina, 2006.
184p. : (Coleção TCE Catarina; 2)

ISBN 978-85-60247-00-4

1. Administração Pública – Brasil. 2. Direito
Administrativo – Brasil.

CDU – 35(81)

Pedidos desta obra devem ser feitos para:

Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina
Assessoria de Comunicação Social (ACOM)
Rua Bulcão Vianna, 90
88010-970 — Florianópolis — SC
Fone/Fax (48) 3221-3602
E-mail acom@tce.sc.gov.br



Conselheiros

Otávio Gilson dos Santos — Presidente
José Carlos Pacheco — Vice-Presidente
Wilson Wan-Dall — Corregedor Geral
Moacir Bertoli
Salomão Ribas Jr.
Luiz Roberto Herbst
César Filomeno Fontes

Auditores

Clóvis Mattos Balsini — Coordenador do Corpo de Auditores
Cleber Muniz Gavi
Gerson dos Santos Sicca
Sabrina Nunes Iocken

Ministério Público Junto ao TCE

Márcio Rosa — Procurador Geral
Mauro André F. Pedrozo — Procurador Geral Adjunto
Carlos Humberto Prola Jr.
Cibelly Farias
Diogo Roberto Ringenberg

JOSEANE APARECIDA CORRÊA

Mestre em Instituições Jurídico-
Políticas, Universidade Federal de
Santa Catarina (CPGD/UFSC).

Auditora Fiscal de Controle Externo,
Coordenadora de Capacitação do
Instituto de Contas, Tribunal de Contas
do Estado de Santa Catarina.

Professora de Direito Administrativo,
Processo Administrativo e Direito
Intertemporal do Curso de Direito da
Universidade do Vale do Itajaí.

Professora de Direito Administrativo,
Direito Municipal e Direito e Legislação
Imobiliária dos Cursos de
Administração de Cidades e Gestão
Imobiliária das Faculdades Energia.

Membro Nato do Instituto de Direito
Administrativo de Santa Catarina.

*A Doraci e Germano, meus pais, e
Lauro, meu marido, que estiveram
e estão ao meu lado em todos os
momentos.*

*A Fernando Noronha, exemplo de
professor e jurista.*

*"Gostar-se
espontaneamente
e sem esforço
de muitas pessoas
constitui, talvez,
a maior de todas as fontes
de felicidade pessoal."*

Bertrand Russell

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	15
BREVES ANOTAÇÕES	17
PREFÁCIO	21
INTRODUÇÃO	31
1 A APLICAÇÃO DAS NORMAS PREVIDENCIÁRIAS NO TEMPO	37
1.1 SEGURIDADE SOCIAL: PREVIDÊNCIA, ASSISTÊNCIA E SAÚDE	37
1.2 REGIMES DE PREVIDÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	43
1.2.1 Regimes de Previdência Social: geral e próprio	43
1.2.2 Regimes de Previdência Complementar	51
1.3 O REGIME PRÓPRIO E A APOSENTADORIA DOS SERVIDORES PÚBLICOS	52
1.4 A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/98 E A QUALIFICAÇÃO DO TEMPO FICTO COMO TEMPO DE SERVIÇO PARA FINS DE APOSENTADORIA, DADA PELA LEI ESTADUAL Nº 6.745/85	57
2 O FENÔMENO DA INTERTEMPORALIDADE	59
2.1 O CONFLITO DAS LEIS NO TEMPO	59

2.2	O DIREITO INTERTEMPORAL	60
2.3	ALGUMAS NOÇÕES FUNDAMENTAIS DO DIREITO INTERTEMPORAL	66
2.3.1	Distinção entre vigência e aplicação da norma jurídica	66
2.3.2	Noção elementar de norma	71
2.3.3	Pressuposto e estatuição	72
2.3.3.1	Pressupostos simples e complexos; pressupostos cumulativos e sucessivos	75
2.3.4	Situações intertemporais (<i>facta pendentia</i>)	76
2.4	AS CONSTRUÇÕES TEÓRICAS SOBRE O DIREITO INTERTEMPORAL	78
2.4.1	Abordagens subjetiva e objetiva	78
2.4.2	A orientação clássica: teoria dos direitos adquiridos	81
2.4.2.1	Princípios da Irretroatividade das leis e do respeito ao direito adquirido	82
2.4.2.2	Aspectos do binômio direito adquirido e ordem pública	88
2.4.3	A orientação intermédia: teoria dos fatos pretéritos	89
2.4.2	A orientação moderna: teoria das três eficácias da lei no tempo	90
2.4.2.1	Distinção entre retroatividade, prospectividade e pós-atividade	90
2.4.2.2	Relação da retroatividade e da pós-atividade com o ato jurídico perfeito e com o direito adquirido	97
3	A QUALIFICAÇÃO DO TEMPO FICTO COMO TEMPO DE SERVIÇO/CONTRIBUIÇÃO PARA FINS DE APOSENTADORIA EM FACE DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/98	101
3.1	A LICENÇA-PRÊMIO NA LEI ESTADUAL Nº 6.745/85: DIREITO AO USUFRUTO E DIREITO À CONTAGEM EM DOBRO	101

3.1.1	Tempo de serviço e tempo ficto	104
3.1.2	Da licença-prêmio ou licença especial	107
3.2	A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/98: VEDAÇÃO À CONTAGEM DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO FICTÍCIO	109
3.3	O CONFRONTO ENTRE A LEI ESTADUAL Nº 6.745/85 E A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/98	115
3.4	A QUALIFICAÇÃO DO TEMPO FICTO COMO SITUAÇÃO JURÍDICA CONSUMADA	122
3.5	PÓS-ATIVIDADE, APOSENTADORIA, REGIME JURÍDICO E DIREITO ADQUIRIDO	125
4	DECISÕES JURISPRUDENCIAIS E ADMINISTRATIVAS RELACIONADAS À APLICAÇÃO	135
4.1	QUALIFICAÇÃO DO TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO COMO ATO JURÍDICO PERFEITO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	135
4.2	ORIENTAÇÕES ADMINISTRATIVAS FEDERAIS E ESTADUAIS	145
4.3	DECISÕES JUDICIAIS QUANTO À SITUAÇÃO CONCRETA	150
4.4	A MANIFESTAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO	157
4.5	MANIFESTAÇÕES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS ESTADUAIS	158
	CONCLUSÃO	164
	REFERÊNCIAS	173

APRESENTAÇÃO

A través da Resolução TC-08/2002, este Tribunal de Contas estabeleceu as regras e os critérios para editar e publicar obras de seu interesse ou da Administração Pública.

Assim, quando o tema do trabalho for considerado importante para o Tribunal de Contas do Estado ou para a Administração Pública, e as condições previstas na referida Resolução se configurarem, a Corte de Contas poderá apoiar a sua edição observados o interesse público e as disponibilidades financeiras e orçamentárias.

É o caso do presente trabalho escrito pela servidora deste Tribunal, Joseane Aparecida Corrêa, que mostra o resultado de sua pesquisa e estudos produzidos ao longo do curso de mestrado desenvolvido junto à Universidade Federal de Santa Catarina, os quais foram transformados na dissertação defendida naquela instituição, obtendo, ao final, o título de Mestre em Instituições Jurídico-Políticas.

Entendo que o assunto, além de ser absolutamente pertinente e atual, se justifica dado o seu interesse social. Como diz a autora na introdução, “a escolha do tema adveio da vontade de conciliar o estudo acadêmico sobre o Direito Intertemporal e a atividade de controle externo dos atos da Administração Pública, exercida pela Corte de Contas Catarinense”. E mais adiante: “[...] o desenvolvimento do tema, [...], seria útil para a resolução de situações concretas atinentes à esfera de fiscalização do Tribunal de Contas, agregando ao trabalho dissertativo, além do valor teórico-jurídico, relevância social.”

Esta obra fará parte da *Coleção TCE Catarina*, que já inclui o livro escrito pelo conselheiro Salomão Ribas Junior denominado *Ética, Governo e Sociedade*.

Por outro lado, a iniciativa expressa anseio da Corte de Contas de Santa Catarina, conforme pude expor já por ocasião da posse como presidente, no sentido de incentivar o desenvolvimento e aprimorar habilidades para melhorar o desempenho de nossas funções e competências, o que redundará em maiores benefícios para a sociedade. Espero que sirva também de incentivo para os demais servidores do Tribunal de Contas na busca contínua do conhecimento e aperfeiçoamento técnico e pessoal.

Conselheiro Otávio Gilson dos Santos

Presidente do TCE/SC

BREVES ANOTAÇÕES

O tema escolhido por Joseane Aparecida Corrêa é de uma atualidade marcante sob vários aspectos a serem considerados em um trabalho intelectual.

Começa pelo objeto do estudo em seu sentido geral, isto é, a questão de normas sobre a previdência social. Este assunto está na ordem do dia da maioria dos países com níveis mais elevados de civilização. Afinal as normas, especialmente as constitucionais e jurídicas, é que definem o sentimento de uma determinada sociedade a respeito do tratamento que o Estado deve dar a um aspecto ou a vários aspectos da vida em comunidade. No caso da previdência social trata-se de saber que tipo de reconhecimento essa sociedade deseja dar ao trabalho realizado, isto é, ao passado de uma pessoa como indivíduo produtor de riqueza para o conjunto daquela mesma sociedade.

De outro ângulo, descobre-se pelo conteúdo dessas normas a realidade presente, aí consideradas a contribui-

ção do indivíduo, o custo de benefícios que se quer conceder ou reconhecer como justos, a capacidade de pagamento do conjunto de indivíduos por esses mesmos benefícios que são comuns a todos — ou pelo menos a todos que tenham preenchido determinadas condições de formação de um direito em um dado momento — individualiza-se no momento mesmo da concessão. E ao individualizar-se retira do conjunto dos contribuintes uma parcela de riqueza que passa a integrar o patrimônio individual e familiar de uma pessoa integrante daquele mesmo conjunto.

E, finalmente, como se trata de algo que se projeta para o futuro vê-se nessas normas o tipo de sociedade a ser construída ou a reformar ou a reconstruir.

Como não se trata de um começo a partir da ausência absoluta de normas jurídicas e sim de uma reformulação de regras e critérios pré-existentes, deparamo-nos com outro ângulo desafiador: o da solução de problemas decorrentes do nascimento de uma lei nova — em sentido amplo — que precisa harmonizar-se no chamado universo jurídico. Essa harmonização dá-se das mais variadas formas, desde a simples expulsão de leis antigas daquele universo, passando pela convivência, em um dado momento de transição, entre leis de diferentes momentos da história até a convivência permanente entre regras antigas e novas. Para a busca da compreensão desse fenômeno é que se vai em busca das regras do direito intertemporal ou da intertemporalidade do direito, a partir de ensinamentos antigos no direito brasileiro — e

sempre atuais — como os do velho mestre Carlos Maximiliano. E há os mais modernos que criaram caminhos novos para a melhor interpretação do direito à luz da intertemporalidade.

Joseane Aparecida Corrêa percorreu esses caminhos todos, os dos antigos e os novos, para construir a melhor interpretação das regras decorrentes da chamada Reforma da Previdência, a de 1998, pois esta é uma obra a terminar, e em particular de um aspecto relevante e específico. É assim que discorrendo sobre as regras gerais chega ao ponto específico da proposta de estudo, o objeto singular contido naquele outro mais amplo: “a aplicação no tempo da Emenda Constitucional nº 20/98 e a contagem em dobro da licença-prêmio não usufruída para fins de aposentadoria”.

A escolha deste ponto específico da Reforma da Previdência contida na EC 20/98 longe de facilitar, como pode parecer aos menos atentos, a dissertação necessária à vida acadêmica gera as maiores dificuldades. Afinal, à medida que se vai descendo das regras gerais para o particular, do princípio para a norma, da norma para o caso concreto, vão crescendo os problemas de interpretação e conformação do direito com o contido na nova lei.

Se estamos modificando regras pré-existentes no geral e no caso do objeto específico do estudo, como ocorre no assunto em exame na dissertação que se segue, é necessário um esforço adicional em busca da harmonia das regras (das leis) para que o direito se realize em sua plenitude. E para que se desdiga com a nova lei o

que se disse ou se assegura como direito permanente no passado.

Essas são as anotações do Conselho Editorial instituído pela portaria TC 050/2006.

Conselheiro Salomão Ribas Jr.

Presidente do Conselho Editorial

PREFÁCIO

Este livro tem por base a dissertação de mestrado que a Autora defendeu brilhantemente na Universidade Federal de Santa Catarina. É mesmo o primeiro livro publicado tendo como embasamento teórico uma nova visão do Direito Intertemporal, que intenta superar dois vícios básicos contidos na teoria tradicional, que têm dificultado muito a boa compreensão da matéria.

O primeiro vício é a divisão das leis, para efeitos de sua aplicação no tempo, apenas nas duas categorias que os antigos nos legaram, as leis *retroativas* e *irretroativas*. O segundo está na preocupação de tantos autores em procurarem definições perfeitas e acabadas do que sejam o *direito adquirido* e o *ato jurídico perfeito*, como se se tratasse de noções que constituíssem chaves capazes de abrir todas as portas e assim resolver todas as dificuldades.

Devido à divisão das leis nas categorias de *retroativas* e *irretroativas*, muitos juristas chegam a confundir

retroatividade com ofensa de direitos adquiridos; leis retroativas, chega-se a dizer, seriam as que atingissem direitos adquiridos e irretroativas as que apenas afetassem expectativas de direitos. Assim, a fórmula constitucional “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (art. 5º, XXXVI) consagraria o chamado “princípio da irretroatividade das leis”.

Ainda recentemente, em clara demonstração de como a confusão tradicional entre irretroatividade das leis e ofensa de direitos adquiridos está profundamente arraigada nos espíritos, o Supremo Tribunal Federal emitiu uma Súmula, de nº 654, afirmando que a “garantia da irretroatividade da lei”, que estaria “prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição da República”, não é invocável nas situações referidas nessa Súmula.

No entanto, o art. 5º, XXXVI, da Constituição e o art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil limitam-se a estabelecer que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, sem estabelecer nenhuma ligação com a retroatividade ou irretroatividade das leis. O que parece resultar desses preceitos é que as leis novas podem ser retroativas, desde que não prejudiquem o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; em contraposição, as novas leis, ainda que não retroativas, não poderão ser aplicadas nos casos em que daí resulte ofensa a alguma dessas situações. Ora, essas duas hipóteses acontecem na vida real.

Quanto às definições de direito adquirido e de ato jurídico perfeito, e sobretudo quanto à primeira, o que a

história dos últimos duzentos anos (ou seja, desde que foi formulada a chamada *teoria do direito adquirido*, na seqüência da revolução liberal e da nova ênfase posta dos chamados direitos humanos de primeira geração, a fazer valer contra o Estado) revela que nunca foi possível dar uma definição de direito adquirido que não se prestasse a controvérsias. Todas fracassavam quando eram submetidas à prova, isto é, quando se tentava aplicá-las a situações diversas daquelas que haviam sido objeto de cogitação. Assim, sempre que se entendia que uma dada situação da vida real não deveria ser alcançada pela lei nova, procurava-se dar uma nova formulação ao conceito de direito adquirido.

De acordo com a nova visão do Direito Intertemporal que a Autora segue, há que distinguir duas realidades diversas: de um lado estão os modos possíveis de atuação da lei no tempo, do outro está a determinação das situações em que as leis poderão ser aplicáveis a cada um desses modos.

Quanto à primeira realidade, é preciso saber que as leis se classificam, para efeitos de sua aplicação no tempo, em pelo menos três categorias, a *prospectividade*, a *retroatividade* e a *pós-atividade*, que são as referidas pela Autora, ou mesmo em quatro, a *prospectividade*, a *retroatividade*, a *retrospectividade* (ou *imediatidade*) e a *pós-atividade*, como ultimamente temos vindo a sustentar.

No nosso trabalho de construção de uma nova visão do Direito Intertemporal houve um período em que nós considerávamos que os modos de atuação da lei no tem-

po fossem três, correspondentes aos três tempos da lei, presente, passado e futuro. É a essa concepção que a Autora adere e, como se vê pelo que escreve, critica mesmo o fato de agora nós termos desdobrado um desses modos, para passarmos a sustentar que eles são quatro, conforme expusemos em estudo com o título “Indispensável reequacionamento das questões fundamentais de Direito Intertemporal”, publicado na *RT*, 837:55, s. É a todos os títulos louvável a independência intelectual que a Autora revela e a firmeza com que defende os seus pontos de vista.

Houve um momento em que nós nos convencemos de que o que designávamos de dois graus de prospectividade (uma normal, outra forte) correspondia efetivamente a dois modos diversos de atuação da lei, que por isso passamos a designar de prospectividade e retrospectividade. As situações em que Joseane Corrêa fala em eficácia imediata da nova lei correspondem àquelas que nós designávamos de prospectividade forte e a que agora referimos como sendo de retrospectividade.

Apenas para que fique clara a nova divisão que fazemos, indicamos os seus termos. Uma lei tem *eficácia prospectiva* quando é aplicável a fatos integralmente novos, porque surgidos durante o tempo em que ela estiver em vigor; será *retroativa* quando for aplicável a fatos acontecidos em datas anteriores àquela em que entrou em vigor, como se já fosse vigente nesse tempo; será *retrospectiva* quando for aplicável a fatos acontecidos anteriormente à sua vigência, mas para reger apenas aquilo que aconteça

depois dela; por último, será *pós-ativa* quando permanecer aplicável a fatos acontecidos em datas posteriores à sua revogação, como se não tivesse sido revogada.

Por outras palavras, temos *prospectividade*, ou *eficácia prospectiva* da lei, quando esta incide sobre fatispécies sem ligações com o passado, que ocorrerem durante o tempo em que ela for vigente, para determinar as conseqüências jurídicas a serem produzidas. Uma lei é *retroativa* quando vai alterar as conseqüências jurídicas que uma lei anterior já havia atribuído a uma determinada fatispécie, também passada. Existe *retrospectividade* (*retroprospectividade*, ou *eficácia imediata*) quando é a lei nova que vai determinar os efeitos a serem produzidos por situações jurídicas que já vêm do tempo da lei anterior, ou quando for ela a reger, a partir da data de sua entrada em vigor, o processo relativo à constituição ou à extinção de uma situação jurídica; tanto num caso como no outro a estatuição da lei nova vai incidir sobre uma fatispécie final composta em parte por elementos passados e em parte por elementos novos. Uma lei, finalmente, é *pós-ativa* quando é ela que vai estabelecer os efeitos que determinadas situações jurídicas continuarão produzindo ao tempo de uma lei posterior; neste caso, como tais efeitos vão depender de fatos futuros, poderemos falar também em fatispécies que se completarão somente ao tempo da *lex superveniens*.

De qualquer forma, sejam três ou quatro os modos de atuação da lei no tempo, trata-se de um aspecto sem importância maior, porque, na verdade, o que agora designamos

de prospectividade (correspondente ao que a Autora continua chamando de prospectividade normal) não tem interesse para o Direito Intertemporal. É que o Direito Intertemporal só se ocupa de *situações intertemporais*, isto é, de hipóteses com ligações tanto à lei antiga como à nova; as situações intertemporais constituem a matéria-prima do Direito Intertemporal, porque é sobre elas que este vai trabalhar. Ora, quando os fatos da vida real se verificam integralmente durante o tempo de vigência de uma lei e nenhuma outra surja depois com a pretensão de regê-los (prospectividade normal), não existe uma situação intertemporal.

Assim, o que importa é conhecer bem as situações intertemporais que são possíveis, e estas são bem descritas pela Autora.

O segundo aspecto destacado pela nova visão do Direito Intertemporal adotada pela Autora é, como referido, a determinação das situações em que as leis poderão ser aplicáveis a cada um dos modos possíveis de atuação da lei no tempo, ou, por outras palavras, a determinação das situações da vida real a serem enquadradas na retroatividade, pós-atividade e retrospectividade (nesta obra chamada de prospectividade forte). Será da conjunção desses dois aspectos que resultará cabal esclarecimento do que pretende a lei significar, quando determina o respeito pelo direito adquirido, pelo ato jurídico perfeito e pela coisa julgada.

Ora, a respeito das situações em que as leis poderão ser aplicáveis a cada um desses modos de atuação da lei no tempo, é necessário que nos posicionemos nou-

tro plano, superior, para averiguar quais são os princípios jurídicos fundamentais que estão em causa na matéria. A esse respeito, importa considerar em especial os *princípios da modernidade e da segurança jurídica*. O primeiro aponta para a conveniência de a lei nova ser aplicada o mais rapidamente possível e ao maior número de casos, por ser de se presumir que ela seja melhor que a antiga (se não fosse, por que razão teria sido editada?) e por ser importante preservar, tanto quanto seja possível, a unidade do sistema jurídico, evitando que situações similares passem a ficar regidas por leis diversas; o segundo, que é acompanhado por um importante corolário, chamado de princípio de tutela da *confiança legítima* dos interessados, apela para a necessidade de, não só definir as regras segundo as quais os cidadãos devem agir, como também lhes garantir a confiança na continuidade do sistema, para que possam fazer planos para o futuro, em conformidade com as expectativas racionais e legítimas que possam alimentar.

É o princípio da *segurança jurídica* que está subjacente, juntamente com o princípio da *confiança*, ao comando constitucional determinando o respeito pelo direito adquirido, pelo ato jurídico perfeito e pela coisa julgada. Mas evidentemente que tais princípios não excluem outros, também expressa ou implicitamente reconhecidos pela Constituição; por isso, esses não de ser também ponderados. Isso fica evidente em especial com relação ao princípio da *dignidade da pessoa humana*: se a escravidão tivesse chegado aos dias de hoje, será que poderiam ser invocados os

direitos adquiridos dos proprietários de escravos, para impedir a respectiva abolição?

Ora, é no embate de todos esses princípios que deve ser entendido o alcance do comando constitucional impondo que a lei nova respeite “o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Por força desse comando, devem ser preservados os direitos adquiridos, os atos jurídicos perfeitos e as coisas julgadas, mas evidentemente sem que isso signifique que, quando outros princípios constitucionais estiverem em causa, esses não devam ser ponderados, e inclusive feitos prevalecer, se tiverem um peso que seja decisivo.

Na delimitação do alcance do comando constitucional do art. 5º, XXXVI, impõe-se ponderar devidamente todos os princípios constitucionais que possam estar presentes em cada situação concreta. A esse respeito, o que se poderá dizer é que, por força daquele preceito e devido aos princípios da segurança e da confiança, que lhe estão subjacentes, como regra geral haverá que resguardar a pós-atividade da lei velha. Mas quando da ponderação desses princípios com outros resultar que são esses que devem ter peso maior, não de ser esses que terão de prevalecer.

Por outras palavras, no fundo o que o comando constitucional intenta fazer é ressalvar as hipóteses em que, *por exceção*, não deve valer o princípio da retrospectividade, ou da eficácia imediata das leis (ou ainda da prospectividade forte, como a Autora prefere); nesse aspecto, o preceito contido no art. 6º da Lei de Introdução ao Código

Civil esclarece algo mais: “a lei em vigor *terá efeito imediato* e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”. Em princípio qualquer lei deverá ser aplicável a todos os fatos que acontecerem durante o tempo de sua vigência, quer se trate da constituição de situações jurídicas novas, quer de efeitos a serem produzidos nesse seu tempo por situações jurídicas constituídas no tempo da lei anterior. Tanto a retroatividade como a pós-atividade são exceções constitucionais a essa regra da retrospectividade. Aliás, a retroatividade e a pós-atividade são exceções de sinal contrário: uma amplia a incidência da lei nova, para abranger fatos que no passado já haviam produzido os respectivos efeitos, a outra restringe essa incidência, para ressaltar um espaço em que a lei velha permanecerá aplicável, como se não tivesse sido revogada.

Assim, quando existir um direito adquirido, um ato jurídico perfeito ou uma coisa julgada, em geral a lei nova não poderá declarar-se retroativa, nem pretender ser aplicável retrospectivamente (ou com prospectividade forte, na terminologia da Autora). No entanto, insistimos, quando estiverem em causa outros valores constitucionais cuja ponderação implique na necessidade de fazê-los sobrepor-se ao princípio da segurança jurídica, a solução há de ser outra.

Como dizíamos, é tendo por fundo as novas concepções do Direito Intertemporal que Joseane Corrêa, nesse seu trabalho, analisa os reflexos em matéria de aposentadoria dos novos dispositivos introduzidos pela

Emenda Constitucional nº 20/98. Em especial demonstra bem que os chamados “tempos fictos”, reconhecidos pela legislação infraconstitucional anterior, devem continuar sendo computados. Designadamente é isso que acontece com a contagem em dobro do tempo de licença-prêmio não gozada.

Florianópolis, 12 de novembro de 2005.

Fernando Noronha

Professor da Universidade Federal de Santa Catarina

INTRODUÇÃO

Este livro nasceu da pesquisa desenvolvida pela autora no Programa de Mestrado em Instituições Jurídico-Políticas do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina e do exercício profissional como Auditora Fiscal de Controle Externo do Tribunal de Contas.

A escolha do tema adveio da vontade de conciliar o estudo acadêmico sobre o Direito Intertemporal e a atividade de controle externo dos atos da Administração Pública exercida pela Corte de Contas Catarinense.

A temática envolvendo a contagem em dobro, para fins de aposentadoria, de licença-prêmio não usufruída, após o advento da Emenda Constitucional nº 20/98, enfeixou os dois pontos de interesse: acadêmico e profissional. Desta forma, diante do grande impacto da reforma sobre o regime previdenciário dos servidores públicos, o desenvolvimento do tema, através da explicação teórica dos conflitos intertemporais gerados, seria útil para a resolução de

situações concretas atinentes à esfera de fiscalização do Tribunal de Contas, agregando ao trabalho dissertativo, além do valor teórico-jurídico, relevância social.

Daí porque na redação do livro procurou-se aproximar as teorias e os conceitos estudados à realidade administrativa, em especial, aos agentes públicos. Por essa razão adotou-se uma linguagem direta e simplificada, que se pretende acessível ao maior número de pessoas, acadêmicos, servidores, administradores, enfim, a qualquer um que tenha interesse sobre o tema.

O trabalho versou sobre a sucessão de normas previdenciárias no tempo e a influência que a mesma exerce sobre os direitos previdenciários dos servidores públicos. A questão fundamental foi a aplicação no tempo da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, especialmente, quando regula a qualificação do tempo de serviço público para fins de aposentadoria.

Com efeito, a Emenda Constitucional nº 20/98, que deu nova redação ao artigo 40 da Constituição da República Federativa do Brasil, alterou o regime previdenciário dos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conferindo-lhe, de forma obrigatória, caráter contributivo e proibido que lei infraconstitucional estabelecesse qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictícia.

A reforma constitucional colheu assim diversas situações jurídicas, umas consumadas, outras em curso, reguladas até então pela legislação infraconstitucional, que seguia os antigos parâmetros constitucionais.

Entre tais situações se enquadravam a dos servidores públicos do Estado de Santa Catarina, uns que já haviam preenchido todos os requisitos para a aposentação em data anterior à Emenda e outros que não haviam preenchido os requisitos necessários para a aposentadoria, mas que contavam com tempo de serviço prestado conforme a legislação anterior, inclusive tempo considerado fictício.

Assim sendo, buscou-se com o estudo colacionar elementos que ajudassem a esclarecer, em face da nova sistemática previdenciária inserida pela Emenda Constitucional nº 20/98, a situação concreta de vários servidores públicos do Estado de Santa Catarina beneficiados pela Lei nº 6.745/85, que permitia a contagem em dobro do período de licença-prêmio não usufruído para fins de aposentadoria (constituindo tal período espécie de tempo de serviço ficto).

É de se esclarecer, contudo, que a situação dos servidores catarinenses é semelhante à dos servidores de outros Estados, de vários Municípios e da União, uma vez que as legislações daqueles entes também permitiam a contagem em dobro de licença-prêmio não usufruída.

A abordagem do tema desenvolveu-se no plano normativo, objetivando interpretar e aplicar as normas constitucionais e infraconstitucionais que versassem sobre o conflito intertemporal à situação jurídica dos servidores públicos do Estado de Santa Catarina.

Não se verificou a influência dos demais aspectos que envolvem o fenômeno jurídico, isto é, o trabalho não

se deteve na dimensão sociológica, política ou axiológica, apesar de a pesquisadora não esquecer a importância de tais aspectos. Por essa razão, no trabalho importou definir o direito posto, esclarecendo a melhor forma de interpretá-lo e aplicá-lo em sua dimensão normativo-temporal.

Considerando que a situação concreta a resolver era típico problema de direito intertemporal, procurou-se, de um lado, descrever essa situação e apresentar os posicionamentos já adotados pela doutrina, pelo Poder Judiciário e pelos órgãos administrativos federais e estaduais, entre os quais os tribunais de contas. De outro lado, verificou-se em que medida esses posicionamentos são adequados, explicando, ao mesmo tempo, em que termos os raciocínios poderiam ser desenvolvidos à luz do Direito Intertemporal, em especial, da teoria das três eficácias da lei no tempo, no que esta esclarece a respeito da tão disseminada confusão entre irretroatividade e tutela de direitos adquiridos.

Para tanto, analisou-se a noção de norma, especialmente quanto à estrutura, vigência e aplicação, para se verificar a existência do conflito intertemporal. Fixadas as condições necessárias para a verificação do conflito entre leis sucessivas no tempo, passou-se ao estudo das teorias que procuravam solucionar tal conflito.

Acertados esses pontos, fazem-se necessárias algumas considerações sobre a maneira como o texto se desenvolveu em seus quatro capítulos.

No primeiro capítulo procurou-se situar a situação concreta dos servidores públicos catarinenses como um

fenômeno de direito intertemporal, com o lançamento das bases sob as quais o problema será resolvido.

No segundo capítulo foram descritos alguns aspectos das diversas orientações doutrinárias que se preocuparam em resolver os problemas de Direito Intertemporal.

No terceiro capítulo analisou-se a situação jurídica dos servidores catarinenses sob a ótica do Direito Intertemporal, indicando-se soluções para a resolução do problema.

No quarto capítulo foram colacionados alguns exemplos de como o Judiciário e os entes administrativos da Administração Federal e Estadual vêm procurando resolver o problema.

No desenvolvimento do estudo, foi importante o exame de alguns aspectos das teorias que explicam o direito intertemporal: a teoria clássica, a teoria intermédia e a teoria das três eficácias da lei no tempo. A última foi utilizada como marco teórico fundamental na definição dos modos de atuação da lei no tempo; as primeiras foram aproveitadas na definição das noções básicas de direito adquirido e ato jurídico perfeito.

Enfim, com a pesquisa procurou-se desvendar a forma mais adequada de aplicação da Emenda Constitucional nº 20/98, no que se refere à qualificação jurídica do tempo de serviço advindo da contagem em dobro da licença-prêmio não gozada, para fins de aposentadoria, em face das disposições contidas em normas infraconstitucionais e na própria Constituição Federal, com base nas decisões judiciais e administrativas e no Direito Intertem-

poral, de modo a apontar caminhos para o equacionamento jurídico-administrativo da situação concreta dos servidores públicos atingidos pela reforma previdenciária.

1

A APLICAÇÃO DAS NORMAS PREVIDENCIÁRIAS NO TEMPO

1.1 SEGURIDADE SOCIAL: PREVIDÊNCIA, ASSISTÊNCIA E SAÚDE

O sistema previdenciário insere-se no macrosistema de *seguridade social*, que abrange também a saúde e a assistência social e que é regido pelos artigos 194 e seguintes da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 — CRFB/88¹. Ao macrosistema de *seguridade social* diz respeito o direito da Seguridade Social que, segundo definição de Sérgio Pinto Martins, “é um conjunto de princípios, de normas e de instituições destinado a estabelecer um sistema de proteção social aos indivíduos contra contingências que os impeçam de prover suas necessidades pessoais básicas e de suas famílias”; esse direito é “integrado por ações de iniciativa dos Poderes

¹ 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.

Públicos e da sociedade, visando assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”².

Alfredo Ruprecht classifica o direito da Seguridade Social como pertencente ao âmbito do Direito Público, visto que “na grande maioria dos países, a gestão da seguridade social pertence ao Estado, diretamente ou por entidades autárquicas”; além disso, “suas fontes principais são as leis e as resoluções de organismos públicos”. O autor conclui que “este caráter emana de sua finalidade, da importância social que envolve e de seu espírito de solidariedade”³.

Ainda, segundo Alfredo Ruprecht:

A base da seguridade social está na solidariedade humana; não vivemos como seres isolados, independentes uns dos outros, mas formamos um todo orgânico em que cada um depende do outro e vice-versa. A solidariedade — ou ‘solidarismo’, conforme alguns autores — é um objetivo permanente de uma sociedade livre e justa. [...] A solidariedade social baseia-se em que a maioria contribua para o bem-estar da minoria e o faz de maneira anônima. [...] O anonimato significa que, embora seja possível determinar quem contribui para a seguridade social e quem recebe o benefício, é inteiramente impossível

² MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 41.

³ RUPRECHT, Alfredo J. **Direito da seguridade social**. São Paulo: LTr, 1996. p. 20.

estabelecer a quem toca cada uma das contribuições⁴.

O direito da Seguridade Social procura materializar o conceito de bem-estar social mediante normas e políticas públicas protetivas dos indivíduos, satisfazendo as mais diversas necessidades ou contingências sociais advindas de doença, invalidez, morte, velhice, reclusão, desemprego, gravidez, pobreza, exclusão social etc.

Segundo a Organização das Nações Unidas — ONU, bem estar social é uma atividade organizada que se propõe favorecer a mútua adaptação dos indivíduos e de seu meio social. Esse objetivo é alcançado com o uso de técnicas e métodos concebidos para permitir que indivíduos, grupos e comunidades satisfaçam suas necessidades e resolvam seus problemas de adaptação a um modelo de sociedade em mutação e mediante ação cooperadora para melhorar as condições econômicas e sociais⁵.

A Associação dos Fiscais de Contribuição Previdenciária — ANFIP, com base na Convenção nº 152 da Organização Internacional do Trabalho — OIT, não ratificada pelo Brasil, conceitua seguridade social como

a proteção que a sociedade proporciona a seus membros mediante uma série de medidas públicas contra privações econômicas

⁴ RUPRECHT. Op. cit. p. 71-73.

⁵ **The development of national social welfare programmes**, Nova York, 1959 apud RUPRECHT, Alfredo J., op. cit. p. 51.

e sociais que de outra forma derivariam no desaparecimento ou em forte redução de sua subsistência como conseqüência de enfermidade, maternidade, acidente de trabalho ou enfermidade profissional, desemprego, invalidez, velhice e morte e também a proteção em forma de assistência médica e de ajuda às famílias com filhos⁶.

O sistema de seguridade social, fixado pela Constituição de 1988, tem como objetivos garantir a uniformidade e equivalência de benefícios e serviços entre os trabalhadores rurais e urbanos; a irredutibilidade do valor dos benefícios; a concessão de benefícios em regra não inferiores ao salário-mínimo, com reajustamento que garanta o valor real e a democratização e a descentralização da gestão, através da participação de ativos, inativos, empregadores e governo nos órgãos gestores⁷.

Com efeito, os sub-sistemas da assistência social e da saúde destinam-se a atender todos indivíduos, nacionais ou estrangeiros, sem discriminação, independentemente de contribuição, enquanto o subsistema previdenciário pressupõe o caráter contributivo e a filiação obrigatória.

No que diz respeito às normas infraconstitucionais, a assistência social é regida pela Lei nº 8.742/93 — Lei Orgânica da Assistência Social — LOAS, a saúde pela Lei nº 8.080/90, que regulamenta o Sistema Único de

⁶ Disponível em: www.anfp.org.br. Acesso em: 15 nov. 2005.

⁷ PEREIRA NETTO, Juliana Presotto. **A previdência social em reforma: o desafio da inclusão de um número maior de trabalhadores**. São Paulo: LTr, 2002. p. 70-72.

Saúde — SUS, e a previdência pelas Leis nº 8.212/91 e nº 8.213/91, além das normas regulamentares.

Quando as medidas protetivas se referem à concessão de benefícios, tais como aposentadorias e pensões, pressupondo a contribuição do segurado e o vínculo laboral, têm caráter previdenciário (art. 40, 201 e 202 da CRFB/88); quando se destinam a proteger hipossuficientes, concedendo-lhes benefícios de pequeno valor pecuniário sem nenhuma espécie de contraprestação (art. 203 e 204 da CRFB/88), por exemplo, um salário-mínimo ao portador de deficiência e ao idoso carentes, considerados como tais aqueles cuja renda familiar *per capita* seja inferior $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo (art. 2º, inciso V, c/c o art. 20, § 3º da Lei nº 8.742/93), referem-se à assistência social e, por fim, quando procuram reduzir os riscos de doenças e outros gravames à saúde (art. 196 a 200 da CRFB/88), através de ações de vigilância epidemiológica, programas de saúde do trabalhador e assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica (art. 6º, I, “b”, “c” e “d” da Lei nº 8.080/90), referem-se à saúde social.

Como aqui interessa estudar um problema relacionado aos requisitos e critérios para a concessão de um benefício previdenciário específico, qual seja, a aposentadoria, a abordagem ficará restrita à previdência social.

Assim sendo, conceitua-se previdência social como “o conjunto de medidas de proteção aos trabalhadores, nos casos emergenciais de incapacitação para o trabalho por doença, pela idade, por acidente do trabalho e casos equiparados, e aos seus dependentes, quando da morte do

segurado”⁸. Diz, ainda, que os benefícios da previdência social são “de natureza especialmente pecuniária, prestações substitutivas do salário, de caráter alimentar”⁹.

Uma boa conceituação da previdência social é a ofertada por Wladimir Novaes Martinez:

a técnica de proteção social que visa propiciar os meios indispensáveis à subsistência da pessoa humana — quando esta não pode obtê-los ou não é socialmente desejável que os aufera pessoalmente através do trabalho, por motivo de maternidade, nascimento, incapacidade, invalidez, desemprego, prisão, idade avançada, tempo de serviço ou morte — mediante contribuição compulsória distinta, proveniente da sociedade e de cada um dos participantes¹⁰.

Em sentido estrito, o que dá o caráter previdenciário a um sistema protetivo é a filiação obrigatória do segurado e a exigência de uma contribuição previdenciária, a qual pode ser conceituada, de acordo com Feijó Coimbra, como “uma prestação pecuniária compulsória, que só a lei pode instituir, não constituindo pena por ilícito, e exigível por ação administrativa estritamente vinculada”¹¹.

⁸ GARCIA, Maria. A Emenda previdenciária e os direitos adquiridos. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, nº 26, jan.-mar., 1999. p. 113.

⁹ GARCIA, Maria. Op. cit. p. 113.

¹⁰ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **A seguridade social na Constituição Federal**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1992. p. 99.

¹¹ COIMBRA, Feijó. **Direito previdenciário brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 2001. p. 241.

1.2 REGIMES DE PREVIDÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição de 1988, em sua redação original, estabeleceu dois regimes básicos de previdência social: o regime geral definido no artigo 201 e seguintes que protegem os trabalhadores em geral, e o regime próprio dos servidores públicos, do artigo 40, bem como um regime de previdência complementar (art. 201, § 7º).

1.2.1 Regimes de Previdência Social: geral e próprio

O regime previdenciário dos servidores públicos até a Constituição de 1988 possuía caráter especial, de certa forma híbrido, pois permitia que o direito à aposentadoria estivesse vinculado apenas ao exercício do cargo público, sendo financiado inteiramente pelo Estado, sem necessidade da participação do servidor, o que lhe conferia matizes assistenciais, salvo algumas legislações que determinavam a contribuição dos servidores, em especial para o custeio de pensão por morte, como era a situação do Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina — IPESC, autarquia na qual foi transformado o Montepio dos Funcionários Públicos do Estado de Santa Catarina, pela Lei nº 3.138, de 11 de dezembro de 1962 (art. 4º), que oferecia, além de pensão por morte, auxílio-natalidade, auxílio-funeral, assistência financeira, habitacional e

médica (art. 15), sem assumir, contudo, as aposentadorias dos servidores estaduais.

A Constituição Federal de 1988 deu novo direcionamento ao regime previdenciário dos servidores públicos ao permitir que os entes da federação exigissem, através de lei, contribuições dos respectivos servidores para o custeio de benefícios previdenciários (art. 149, parágrafo único).

Zélia Luiza Pierdoná esclarece que

os regimes específicos destinam-se aos servidores públicos, sendo que cada pessoa jurídica de direito público interno poderá instituí-los para os seus servidores e, se não o fizer, os servidores ficarão vinculados ao regime geral, uma vez que a Constituição assegura a todos os trabalhadores o direito à previdência¹².

Quando se afirma que na inexistência de regime próprio os servidores estarão vinculados ao regime geral, não significa dizer que os entes federados estejam desobrigados a instituírem regimes adequados de previdência para seus servidores efetivos, do contrário as normas contidas no artigo 40 da Carta Magna não teriam razão para existir. A inclusão dos servidores no regime geral tem a função de garantir provisoriamente a proteção previdenciária em face da inércia do ente público.

A partir da Carta Magna, União e Estados federados passaram a instituir a contribuição de seus servidores mediante legislação própria, modificando os respectivos

¹² PIERDONÁ, Zélia Luiza. *Revista de Direito Social*, Porto Alegre, nº 1, 2001. p. 95.

estatutos jurídicos. Alguns municípios adotaram o mesmo procedimento. No entanto, a contribuição previdenciária não era uniforme e dependia da vontade legislativa dos estados-membros e dos municípios para ser instituída.

A previsão quanto à obrigatoriedade de contribuição dos servidores da União foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 03, que acrescentou o § 6º ao artigo 40, determinando que as aposentadorias e pensões dos servidores federais seriam custeadas pela União e pelos respectivos servidores, na forma da lei.

Assim, após essa Emenda nº 03/93, a União não tinha mais a faculdade, e sim a obrigação de elaborar uma lei ordinária regulamentando a contribuição previdenciária dos servidores federais.

A Emenda Constitucional nº 20/98 trouxe nova e importante mudança. Ao modificar a redação do artigo 40 determinou o caráter contributivo como regra geral obrigatória, não apenas em relação aos servidores públicos da União, mas também quanto aos servidores dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Destarte, a Emenda nº 20/98 caracterizou o regime próprio como contributivo, estabelecendo como requisito para a obtenção dos benefícios previdenciários a participação obrigatória dos servidores das três esferas no custeio dos mesmos; esse tempo de contribuição passou a ser o critério para determinar o direito à concessão da aposentadoria.

A Lei Federal nº 9.873/99 dispôs sobre a contribuição para o custeio das aposentadorias e pensões dos

servidores públicos, ativos e inativos e dos pensionistas dos três Poderes da União, fixando-a, em regra, em onze por cento (11%).

Em 31 de dezembro de 2003 entrou em vigor a Emenda Constitucional nº 41, que novamente modificou a redação do artigo 40 da Constituição Federal, sem alterar, contudo, as regras atinentes ao tempo ficto fixadas pela Emenda Constitucional nº 20/98.

A Emenda nº 41/03 determinou de modo expreso a contribuição dos inativos e pensionistas e inseriu na redação do art. 40 o termo “solidário” a fim de adjetivar o regime próprio de previdência social, no entanto tal complemento é redundante, uma vez que o atributo da solidariedade pertence à natureza intrínseca do regime previdenciário. A inserção da expressão no texto constitucional, no entanto, tinha uma razão de ser: justificar a contribuição dos inativos exigida pelo novo texto constitucional a partir da Emenda nº 41/03, posteriormente considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

A natureza tributária e a conseqüente compulsoriedade da contribuição previdenciária foi reforçada pelo Supremo Tribunal Federal — STF, na sessão do dia 18 de agosto de 2004, que considerou constitucional a contribuição dos inativos nos termos que seguem:

O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação em relação ao *caput* do artigo 4º da Emenda Constitucional, nº 41, de 19 de dezembro de 2003, vencidos a Senhora Ministra Ellen Gracie, Relatora, e os Senhores Ministros Carlos Britto,

Marco Aurélio e Celso de Mello. Por unanimidade, o Tribunal julgou inconstitucionais as expressões “cinquenta por cento do” e “sessenta por cento do”, contidas, respectivamente, nos incisos 00I e 0II do parágrafo único do artigo 4^a da Emenda Constitucional nº 41/2003, forma pela qual aplica-se então o § 18 do artigo 40 do texto permanente da Constituição, introduzido pela mesma emenda constitucional¹³.

No Fórum de Controle Externo da Administração Pública, realizado pelo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, em 22 e 23 de abril de 2004, a Autora realizou palestra sobre a constitucionalidade da contribuição dos inativos, fazendo as seguintes considerações:

A contribuição previdenciária, conforme reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal [em especial na ADI 2010], é espécie do gênero tributo, e como tributo não gera direito adquirido, em outras palavras, ninguém pode se recusar a pagar novo tributo alegando que tem direito adquirido a não ser tributado. [...]

Quanto à aplicação das leis tributárias no tempo, vigora a regra da aplicação prospectiva, definida no art. 150, III, “a”, da Carta Federal, segundo a qual a lei só pode criar ou aumentar tributo em relação a fatos geradores ocorridos

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Adi nº 3015/DF. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, 08 de agosto de 2004. Disponível em: < www.stf.gov.br >. Acesso em: 13 fev. 2005.

após o início de sua vigência. Além disso, a Constituição Federal não prevê imunidade tributária no caso da contribuição previdenciária dos servidores pertencentes ao regime próprio. Ela só protege os inativos do regime geral no artigo 195, inciso II, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98. Considerando que a contribuição dos inativos é tributo, ao se afirmar que não se pode aplicar a Emenda nº 41/03 aos inativos, em face do direito adquirido, significaria dizer que o Estado estaria impedido de tributar em razão do direito adquirido. Tendo em vista que o direito adquirido é aquele que se incorpora ao patrimônio, não existe possibilidade de ninguém incorporar ao patrimônio o direito de não ser tributado. O que o contribuinte possui é o direito de ser tributado conforme os preceitos estabelecidos no art. 145 e ss. da Carta Federal¹⁴.

A seu turno, a Lei Federal nº 10.887/04 dispôs sobre a aplicação da Emenda Constitucional nº 41/03, estabelecendo normas aplicáveis aos servidores públicos ativos e inativos federais, estaduais e municipais, inclusive no que se refere às alíquotas e à base de cálculo da contribuição previdenciária.

¹⁴ CORRÊA, Joseane Aparecida. A Emenda Constitucional nº 41/03 e o direito adquirido: constitucionalidade da contribuição previdenciária dos inativos do regime próprio. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina**, Florianópolis, ano III, n. 4, jul. 2005. p. 144-145.

Em Santa Catarina, a Lei Complementar nº 266/04, com as alterações definidas pela Lei Complementar nº 286/05, dispôs sobre a contribuição para o custeio do Regime Previdenciário dos servidores ativos, inativos e pensionistas do Estado de Santa Catarina, nos termos definidos pela Emenda Constitucional nº 41/03, convertendo o IPESC na Unidade Gestora do Regime Próprio “vinculada à Secretaria de Estado da Administração, com personalidade jurídica de direito público interno, autonomia administrativa, operacional e financeira, com sede e foro na cidade de Florianópolis, Capital do Estado de Santa Catarina”.

Segundo a atual legislação estadual, em consonância com o modelo constitucional, o IPESC “tem por objetivo praticar todas as operações na área essencial de previdência aos servidores públicos ocupantes de cargo efetivo, Magistrados, Membros do Ministério Público e do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina”. Assume, portanto, a gestão dos benefícios previdenciários de aposentadoria por invalidez, compulsória e voluntária, pensão por morte e auxílio-reclusão (art. 3º da Lei Complementar nº 286/05), que serão pagos a tais agentes públicos.

Esclarece-se que o regime previdenciário dos servidores do Estado de Santa Catarina ainda não está de acordo com as determinações da Emenda Constitucional nº 20/98 (art. 40, § 20, da CRFB/88) e da Emenda nº 41/03. Atualmente, cada poder responde pelas aposentadorias de seus respectivos servidores, cabendo ao Instituto

de Previdência do Estado de Santa Catarina — IPESC¹⁵ apenas o pagamento das pensões.

A reforma previdenciária determinou, através da inserção do § 20, no art. 40 da CRFB/88, a obrigatoriedade de um único regime próprio de previdência para cada ente estatal (União, Estados e Municípios, incluídas suas autarquias e fundações) sistematizado por uma unidade gestora (fundo previdenciário, autarquia ou fundação) que deveria acolher todos os servidores públicos ocupantes de cargos efetivos ou equiparados dos Três Poderes e os agentes políticos não exercentes de mandato eletivo (juízes, conselheiros de Tribunal de Contas e membros do Ministério Público), receber as contribuições dos servidores e patronais e responder pelo pagamento dos benefícios previdenciários.

O Estado de Santa Catarina, apesar de ter recebido Certificado de Regularidade Fiscal — CRF — nº 962001—35199¹⁶, que atestou a situação regular do Regime Próprio, com validade até 17 de novembro de 2005, possuía na data da emissão da CRP, em 18 de setembro de 2005, mais de uma unidade gestora, pois os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, o Tribunal de Contas e o Ministério Público continuavam respondendo pela folha dos inativos (Lei nº 9.717/98, art. 9º, II; Port. nº 4.992/99, art. 10; Port. nº 172/05, art. 5º, IV); pagava benefícios distintos do RGPS (art. 5º, Port. nº 4.992/99, art. 16; Port. nº

¹⁵ Disponível em: <ipesc.sc.gov.br>. Acesso em: 13 fev. 2005.

¹⁶ Disponível em: < http://www.mpas.gov.br/novocadprev/inter/crp/CRPexibe.asp?ID_CRP=35199>. Acesso em: 15 nov. 2005.

172/05, art.5º, XI); não possuía equilíbrio atuarial (Lei nº 9.717/98, *caput*; Port. nº 4.992/99, art. 2º, *caput*; Port. nº 172/05, art. 5º, II) e não oportunizava a participação dos servidores e militares, ativos e inativos, nos colegiados (Lei nº 9.717/98, art. 1º, VI, Port. nº 4.992/99, art. 2º, VI; Port. nº 172/05, art. 5º, IV), critérios esses avaliados pelo próprio MPAS para emissão da Certidão de Regularidade Previdenciária e que foram considerados irregulares, sem contudo, até o momento, inviabilizarem a Certidão de Regularidade Previdenciária¹⁷.

A Emenda Constitucional nº 47/05 não trouxe modificações significativas quanto ao objeto deste trabalho.

1.2.2 Regime de Previdência Complementar

A Constituição de 1988 também estabeleceu o regime de previdência complementar facultativo (art. 201, § 7º da CRFB/88), cuja natureza foi alterada pela EC nº 20/98 (art. 202), sendo atualmente regulado pelas Leis Complementares nº 109/01 e nº 108/01, que atenderá tanto a empregados privados, quanto a servidores estatais, possuindo caráter facultativo ou obrigatório, conforme o caso (art. 40, § 16, da CRFB/88).

Como o nome já diz tal sistema, organizado através de entidades abertas ou fechadas de previdência privada,

¹⁷ Disponível em: < http://www.mpas.gov.br/novocadprev/inter/crp/extratoregularidaderesumido.asp?CD_CNPJ=82951229000176&time=01:56:22>. Acesso em: 15 nov. 2005.

conforme permitam ou não a participação de qualquer pessoa ou exclusivamente de empregados ou servidores pertencentes a empresas, entes ou órgãos públicos específicos, visa complementar, mediante filiação facultativa e contribuição, os benefícios previdenciários, limitados pelo teto do art. 201 da CRFB/88, dos segurados do regime geral e do regime próprio, neste último caso desde que cumpridas as exigências do art. 40, § 14, da CRFB/88.

Com efeito, no que se refere aos servidores vinculados ao regime próprio, a limitação dos benefícios previdenciários ao teto do regime geral depende primeiro da instituição por lei de regime de previdência complementar, que obrigatoriamente será administrado por entidades fechadas, organizadas sob a forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos, conforme dispõe o art. 1º c/c o art. 8º, § 1º, da Lei Complementar nº 108/01 e art. 40, § 15 da CRFB/88. Desta forma é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas o aporte de recursos, salvo na condição de patrocinador (art. 5º da Lei nº 108/01).

1.3 O REGIME PRÓPRIO E A APOSENTADORIA DOS SERVIDORES PÚBLICOS

O regime próprio, segundo o art. 2º, I, da Instrução Normativa nº 03/2004, da Secretaria de Previdência So-

cial, é “o sistema de previdência, estabelecido no âmbito de cada ente federativo, que assegure, por lei, a servidor titular de cargo efetivo, pelo menos os benefícios de aposentadoria e pensão por morte previstos no art. 40 da Constituição Federal”.

O regime próprio não poderá incluir como segurados os servidores ocupantes de cargos comissionados ou temporários, entre os quais os ocupantes de mandato eletivo, como governadores, prefeitos, deputados e vereadores, filiados obrigatoriamente ao regime geral (art. 40, § 13 c/ c o art. 12 da Lei nº 10.887/2004), muito menos criar benefício previdenciário fora das hipóteses previstas no regime geral (art. 5º da Lei nº 9.717/98).

Em consequência das mudanças introduzidas na Constituição Federal, é possível dizer, conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que a “aposentadoria é o direito à inatividade remunerada, assegurado ao servidor público em caso de invalidez, idade ou requisitos conjugados de tempo de exercício no serviço público e no cargo, idade mínima e tempo de contribuição”¹⁸.

Daí, como também diz Pietro, “as três modalidades de aposentadoria: por invalidez, compulsória e voluntária”¹⁹.

Importante apanhado histórico sobre o instituto da aposentadoria desde a Constituição Imperial de 1824 até a Constituição Federal de 1988 é feito por Adilson Abreu

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Editora Atlas, 1999. p. 446.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia. Op. cit. p. 446.

Dallari na obra Regime Constitucional dos Servidores Públicos²⁰.

Na redação original do artigo 40, da Federal, o servidor público tinha o direito de aposentar-se após o decurso do tempo de serviço exigido na norma: 25, 30 ou 35 anos, conforme o caso. Portanto, o servidor deveria comprovar: a) a prestação do serviço ao ente público e b) que o serviço prestado era considerado pela legislação em vigor como tempo de serviço válido para fins de aposentadoria.

Cabia à União, aos Estados e aos Municípios estabelecer as regras relativas ao regime jurídico dos seus servidores (art.39 c/c art. 61, §1º, II, “c” da CRFB/88), inclusive quanto à aposentadoria. Tocava ao estatuto dos servidores regulamentar os direitos concedidos constitucionalmente aos servidores, como férias, remuneração, licenças, jornada de trabalho, exercício e os direitos que se fundam no exercício de cargo público, como o direito à aposentadoria. Esse estatuto determinaria, pois, o que se considerava como prestação de serviço e os efeitos advindos do exercício do serviço público.

Além de transformar o regime próprio em contributivo, a Emenda nº 20/98 proibiu que lei infraconstitucional estabelecesse qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício. Para tanto inseriu no artigo 40, o § 10, determinando que “a lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição ficti-

²⁰ DALLARI, Adílson Abreu. *Regime constitucional dos servidores públicos*. 2. ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 1990. p. 104-110.

cio". A regra foi mantida pelas Emendas Constitucionais nº 41/03 e nº 47/05.

A seu turno, o art. 4º da Emenda Constitucional nº 20/98, norma de direito transitório, regulou a contagem do tempo de serviço para fins de aposentadoria como tempo de contribuição, até que lei futura qualificasse o que seria considerado como tempo de contribuição, da seguinte forma:

Art. 4º Observado o disposto no art. 40, § 10, da Constituição Federal, o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria, cumprido até que a lei discipline a matéria, será contado como tempo de contribuição.

Já o art. 3º da Emenda Constitucional nº 41/03 resguardou tais direitos adquiridos em face da Emenda Constitucional nº 20/98.

Antes e depois da reforma, a Constituição estabelecia as diretrizes gerais do sistema previdenciário, que deveriam ser observados pelos entes estatais. Cabia à legislação infraconstitucional regulamentar a normatividade constitucional. Como as normas gerais do artigo 40 se referem aos servidores públicos, cada ente devia estabelecer as normas especiais sobre aposentadoria de seus servidores, respectivamente, nas legislações federal, estadual e municipal.

Frisa-se, até a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 20/98 valia para o regime próprio o tempo de serviço, isto é, o tempo considerado pela lei como de

prestação laboral; até então a Constituição permitia que leis infraconstitucionais (federais, estaduais e municipais) considerassem como tempo de serviço períodos em que não havia efetivo exercício laboral e/ou contribuição, conforme o caso.

Convém gizar que o requisito do tempo de serviço era tratado pela norma constitucional previdenciária de várias formas, haja vista as diversas contingências a que estava sujeito o segurado (invalidez, velhice, condições de trabalho insalubres, penosas ou perigosas).

No caso da aposentadoria voluntária, a redação original do artigo 40, inciso III, determinava um tempo de serviço mínimo para a concessão do benefício, levando em conta o sexo do servidor (alínea “a”) e as condições em que o serviço era prestado (alínea “b”).

Cabia à legislação infraconstitucional qualificar este tempo de serviço para fins de aposentadoria, observando os princípios contidos no artigo 40 combinado com o artigo 61, § 1º, II, “c”, ambos da Carta Magna.

Salienta-se que o Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento considerando que “entre os princípios de observância obrigatória pela Constituição e pelas leis dos Estados-membros, se encontram os contidos no artigo 40 da Carta Magna Federal (assim, nas ADINs 101, 178 e 755)”²¹.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 369 — ES. Relator: Ministro Moreira Alves. Decisão Unânime, 02 de dezembro de 1998. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 12 de junho de 1999. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 18 abril 2002.

Em outras palavras, no estatuto jurídico dos servidores públicos de cada ente estatal deveriam estar fixadas as situações fáticas consideradas de exercício ou equiparadas ao efetivo exercício laboral, para fins de aposentadoria.

1.4 A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/98 E A QUALIFICAÇÃO DO TEMPO FICTO, COMO TEMPO DE SERVIÇO PARA FINS DE APOSENTADORIA, DADA PELA LEI ESTADUAL Nº 6.745/85

Pelo regime previdenciário instituído pela Emenda Constitucional nº 20/98 interessa não o tempo de serviço, porém o efetivo tempo de contribuição; o requisito para a aquisição do direito à aposentadoria deixou de ser o tempo de serviço, o qual foi substituído pelo critério da contribuição.

Daí porque a situação envolve um conflito intertemporal entre a EC nº 20/98, que inseriu o § 10 no artigo 40 da CRFB/88, e as normas infraconstitucionais estaduais anteriores (Lei nº 6.745/85), que admitiam a contagem em dobro, para fins de aposentadoria, das licenças-prêmio conquistadas e não gozadas.

Especificamente no que diz respeito ao Estado de Santa Catarina, é preciso destrinçar a situação dos servidores com tempo de serviço suficiente para usufruir licença-prêmio ou convertê-la em dobro para fins de aposentadoria, com base na Lei Estadual nº 6.745/85, e que não o

fizeram até 16 de dezembro de 1998, termo inicial da vigência da Emenda nº 20/98, haja vista a caracterização desse período pela legislação até então vigente como tempo de serviço ficto.

O que fazer com este tempo ficto? Como qualificá-lo diante das disposições da EC nº 20/98?

Em outras palavras, importa descobrir se os servidores públicos estaduais têm direito à contagem em dobro do período de licença-prêmio conquistado e não usufruído para fins de aposentadoria, naqueles casos em que completariam os demais requisitos para a aposentação somente após a vigência da Emenda nº 20/98.

O problema envolve direitos estatutários dos servidores, conferidos por norma estadual, e a nova sistemática previdenciária, inserida pela EC nº 20/98. Ele enquadra-se, como se evidenciará, na órbita do Direito Intertemporal.

Assim sendo, no próximo capítulo serão analisados alguns aspectos do conflito entre leis no tempo e das abordagens teóricas que procuram solucioná-lo.



O FENÔMENO DA INTERTEMPORALIDADE

2.1 O CONFLITO DAS LEIS NO TEMPO

Nas sociedades modernas a necessidade de normas jurídicas aumenta geometricamente em razão de novos e velhos conflitos sociais à espera de solução. O ordenamento jurídico é modificado a todo momento e tais mudanças colocam em cheque, de um lado, a evolução jurídica e, de outro, a estabilidade social e a segurança jurídica.

Em verdade, as inovações legislativas trazem em si a idéia de que o tratamento jurídico pensado no presente é melhor que o concebido no passado; a seu turno, a manutenção de um regime jurídico anterior tem pelo menos um ponto de grande vantagem: ele reforça nos indivíduos a confiança no sistema jurídico, pela certeza do conhecido. Por outras palavras, a aplicação da lei nova é sustentada pela idéia de transformação, de progresso social ou até mesmo de modernidade, enquanto a aplica-

ção da lei antiga visa à estabilidade ou segurança das relações jurídicas.

Em inúmeras oportunidades tal contraposição entre conservação e transformação legislativa foi ponderada, para determinar-se qual lei seria aplicável ao caso concreto, pois

não raro [...] sucede que, ao exurgimento da lei nova, a lei antiga já criou relações jurídicas de tal natureza que se impõe a permanência destas, apesar da vigência do diploma revogado. Por outro lado, pode acontecer que o interesse social e público leve o legislador a determinar que essas relações a partir da nova lei, rejam-se por esta e não por aquela sob cujo império se criaram, ou ainda, que se desfaçam por completo, aplicando-se o novo diploma no pretérito²².

A definição de critérios e modos de aplicação da lei no tempo visando à resolução dos conflitos será feita pelo Direito Intertemporal.

2.2 O DIREITO INTERTEMPORAL

Ao Direito Intertemporal caberá a tarefa de estabelecer critérios teóricos e técnicos de natureza geral que serão utilizados pelo aplicador do direito para resolver os problemas gerados por leis sucessivas no tempo.

²² FRANÇA, R. Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 01.

Ensina Fernando Noronha que o Direito Intertemporal “é constituído pelo conjunto de normas e princípios jurídicos que têm por finalidade resolver os problemas suscitados pela sucessão de duas leis no tempo”. Aduz, ainda que tais problemas são “essencialmente resultantes do fato de essas leis, a antiga e a nova, disciplinarem de forma diversa as situações encontradas na vida real”²³.

O autor afirma que

em rigor o Direito Intertemporal abrange apenas as normas tendentes à resolução dos conflitos entre a lei nova e a revogada, quando ambas pareçam ter potencialidade para reger uma dada situação fática, mas estas pressupõem a existência de outras normas, que disciplinem o início e o fim da vigência das leis²⁴.

O Direito Intertemporal, além das normas que regulam o conflito intertemporal, depende de normas gerais que especifiquem em que momento uma lei começa a ser obrigatória e em que momento ela deixa de obrigar (mas com elas não se confunde); é preciso delimitar-se o âmbito de vigência de cada norma para, a partir daí, se estabelecer quais situações serão reguladas pela lei antiga e quais situações serão reguladas pela lei nova e, ainda, quais situações podem ser reguladas tanto por uma quanto por outra. Portanto, são essas situações que ori-

²³ NORONHA, Fernando. **Direito intertemporal**. Livro em curso de redação. p. 1.

²⁴ NORONHA, Fernando. **Direito...**, p. 2

ginam o conflito entre as leis sucessivas no tempo. Só através da prévia fixação de regras sobre a vigência das leis é que se poderá determinar se existe ou não o conflito intertemporal entre as leis.

Wilson de Souza Campos Batalha divide o fenômeno da intertemporalidade em dois aspectos: a) a intertemporalidade não-conflitual, ou legislativa; b) a intertemporalidade conflitual, ou doutrinária e judiciária²⁵.

O autor considera como normas atinentes à intertemporalidade não-conflitual que estabelecem o início e o fim da vigência das leis, bem como aquelas que fixam um regime transitório “em que partes da lei antiga prosseguem subsistindo ao lado de partes da lei nova, numa autêntica mescla de regimes jurídicos”; assevera que nestes casos não existe aspecto conflitual uma vez que “o legislador estabelece que a lei entrará em vigor em certa data, mas sob certos aspectos continuarão a aplicar-se determinados dispositivos da lei antiga”; ou seja, não haverá conflito quando de antemão o legislador previne o conflito dizendo através de normas de direito transitório qual norma será aplicada em cada caso²⁶.

O conflito, ou a intertemporalidade conflitual, só aparece, explica Batalha,

quando descemos do plano normativo para o plano fático das relações ou das situações, para cuja regulação concorram pretensões de

²⁵ BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Direito intertemporal**. Rio de Janeiro:Forense, 1980. p. 18. 2 v.

²⁶ BATALHA, op. cit. p. 18.

aplicabilidade de leis anteriores e preceitos subseqüentes²⁷.

Para Martins Cardozo, o Direito Intertemporal também se refere a duas faces da intertemporalidade: a conflitual e a não-conflitual. Aduz que:

A intertemporalidade jurídica é o fenômeno jurídico vivenciado ao longo da temporalidade jurídica, no momento em que nesta são encontrados os limites das dimensões temporais dos domínios de vigência de duas normas que cronologicamente se sucedem. É, em síntese, a situação jurídica tipificada quando uma norma sucede a outra no campo temporal²⁸.

No primeiro caso, as normas só especificam o início e o fim da vigência, não versam sobre o conflito com disposições anteriores, enquanto de direito transitório procuram evitar tal conflito, estabelecendo prévia e abstratamente qual lei prevalecerá em caso de conflito. Para Fernando Noronha não pertencem ao Direito Intertemporal, em sentido estrito²⁹.

Na legislação brasileira existem duas normas de Direito Intertemporal Geral que estabelecem os critérios básicos para a solução dos conflitos entre leis no tempo, o art. 5º, inciso XXXVI, da CRFB/88 e o artigo 6º da Lei de

²⁷ BATALHA, Wilson de Souza Campos. Op. cit. p. 18.

²⁸ CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 33.

²⁹ Direito...

Introdução ao Código Civil Brasileiro — LICC, a seguir transcritos:

Art. 5º [...] XXXVI — A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Art. 6º A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbitrio de outrem.

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba mais recurso.

Segundo o art. 467 do Código de Processo Civil: “denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”³⁰.

Além dessas normas de conteúdo geral existem normas transitórias, melhor denominadas de direito transitório, criadas pelo legislador para resolver os futuros confli-

³⁰ BRASIL. *Código de processo civil*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 99.

tos gerados por uma lei específica. Essas normas possuem natureza distinta daquelas de Direito Intertemporal.

Fernando Noronha procura esclarecer as diferenças entre normas de Direito Intertemporal e as de direito transitório, nos seguintes termos:

O Direito Intertemporal geral é constituído por normas e princípios que se limitam a determinar em abstrato, isto é, independentemente da ocorrência de situações concretas, qual das leis, a antiga e a nova, deverá ser considerada competente para regular as situações jurídicas de conflito que vierem a ocorrer. Já o Direito transitório é composto por normas editadas com vista a certas e determinadas situações jurídicas, cuja regulamentação a lei nova veio modificar: em relação a elas, a norma de Direito transitório ou fixa um regime de transição da lei antiga para a lei nova, ou aponta diretamente qual das leis em conflito, a velha ou a nova, será aplicável³¹.

Também Wilson Batalha afirma o seguinte:

Com relativa freqüência, o legislador, percebendo-se das dificuldades de transitar da antiga sistemática para nova, estabelece “disposições transitórias”, instituindo um terceiro regime, ou regime de transição, entre o antigo e o novo. Ainda aqui, nos colocamos no campo

³¹ NORONHA, Fernando. **Direito**.... p. 5.

normativo e não se nos deparam conflitos de leis, mas apenas problemas atinentes à estática do tempo jurídico. É o campo do Direito Transitório, a *intertemporalidade não-conflitua*³².

Na matéria de que se está tratando, típica norma de direito transitório é a norma do artigo 4º da Emenda Constitucional nº 20/98.

2.3 ALGUMAS NOÇÕES FUNDAMENTAIS DO DIREITO INTERTEMPORAL

2.3.1 Distinção entre vigência e aplicação da norma jurídica

Entende-se por vigência temporal o período de tempo em que determinada lei tem força, isto é, o tempo em que, conforme o ordenamento jurídico positivado, esta lei tem o poder de obrigar as pessoas a agirem conforme os preceitos por ela estipulados.

No Brasil, a vigência da lei é regulada pela Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/42) — denominada LICC, e pela Lei Complementar nº 95/99, que contém normas sobre as normas, ou um estatuto de sobredireito. Apesar de sua denominação, a Lei de Introdução não se aplica apenas ao Direito Civil, pelo contrário, deve ser aplicada em todos os ramos do direito

³² BATALHA, op. cit. p. 16. Grifo do autor.

público ou privado, inclusive as próprias normas constitucionais. A LICC dispõe em seus artigos 1º e 2º que a lei é obrigatória até que outra venha e lhe retire a força, conforme segue:

Art. 1º Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o País 45 (quarenta e cinco) dias após oficialmente publicada.

[...]

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existente, não revoga nem modifica a lei anterior.

§ 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.

Tais normas cristalizam o princípio da continuidade das leis, do qual se deduz que uma lei só pode ser revogada por outra de igual ou superior hierarquia.

O art. 8º da Lei Complementar nº 95/99 estabelece a forma de contagem dos prazos, ou seja, a contagem será feita em dias corridos computando-se o dia do começo e o do final, iniciando-se a vigência no subsequente a este último.

A revogação poderá ser expressa ou tácita, total ou parcial. Será expressa à medida que faça referência à lei ou ao trecho de lei que será revogado, será tácita quando a revogação seja deduzida a partir da incompatibilidade ou antinomia entre as disposições em cotejo. Será total quando a revogação (expressa ou tácita) abranger toda a lei, e será parcial quando se referir apenas a uma parte da lei; no primeiro caso haverá ab-rogação, no segundo derrogação da lei.

Além de sua atuação no espaço territorial, a lei tem uma órbita de atuação temporal, um tempo em que obriga, um período de vigência, regulando fatos ou situações jurídicas.

Vigência, nesse sentido, é o período de vida da lei. A continuidade de uma lei no tempo, excetuando-se aquelas de vigência temporária, isto é, sua obrigatoriedade, só será interrompida por outra de igual ou superior hierarquia.

Em seu sentido técnico-formal, vigência “é a qualidade da norma que a faz existir juridicamente e a torna de observância obrigatória, isto é, que a faz exigível sobre certas circunstâncias”³³.

Contudo, não há que se confundir vigência e aplicabilidade ou incidência da lei, já que em determinadas situações a aplicada não será a vigente ou vice-versa.

Fernando Noronha esclarece:

É que o tempo de vigência de uma lei não se confunde com o tempo de sua aplicabilidade.

³³ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 52.

O primeiro diz respeito ao período durante o qual a lei existe dentro do sistema jurídico considerado, ou, se preferirmos, em que ela é válida: 'a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue'. O segundo diz respeito ao período em relação ao qual uma lei é aplicável, isto é, aquele em que se produzem os fatos cujo estatuto jurídico ela irá determinar. Tais fatos podem ter sido produzidos durante o seu tempo de vigência, mas também podem ter acontecido no passado, isto é, ao tempo de vigência de uma lei anterior [...] como também podem vir a ser produzidos somente no futuro, isto é, após ser vigente uma lei posterior³⁴.

A aplicação das leis no tempo será conflituosa nos casos em que não se sabe ao certo qual das normas será aplicável à determinada situação fática, se a nova ou se a antiga.

Destarte, o conflito de leis no tempo ocorre “entre duas normas, uma que substituiu a outra, [...] conhecidas e potencialmente suscetíveis de aplicação à fatispécie”³⁵.

Para verificar-se a potencialidade temporal deve-se analisar os demais âmbitos de validade da norma³⁶, quais

³⁴ NORONHA, Fernando. **Direito...** p. 3. Grifo do autor.

³⁵ NORONHA, Fernando. **Direito...** p. 3.

³⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 9. ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 86-89.

sejam, além do âmbito temporal, os âmbitos espacial, material e pessoal, isto é, se as normas em conflito efetivamente tratam da mesma matéria, se elas se referem às mesmas pessoas e se elas se aplicam ao mesmo espaço territorial.

O conflito intertemporal refere-se à aplicação da lei no tempo. Aqui a antinomia, no sentido caracterizado por Norberto Bobbio, de “situação na qual são colocadas em existência duas normas, das quais uma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento”³⁷, diz respeito à aplicação da lei e não à sua vigência, já que apenas uma das normas está em vigor.

No entanto, para que se estabeleça uma relação entre as normas sucessivas no tempo, a fim de se verificar o conflito, é necessária a identidade quanto à validade espacial, quanto ao conteúdo material regulado e quanto à pessoa ou pessoas abstratamente atingidas pelas prescrições normativas.

Por exemplo, haverá conflito se duas normas tratarem sobre o tempo de contribuição necessário à aposentadoria de servidor estadual, ambas possuindo o mesmo âmbito de validade material (tempo de contribuição para fins de aposentadoria), espacial (Estado de Santa Catarina) e pessoal (servidor público estadual).

³⁷ BOBBIO, Norberto. Op. cit. p. 86.

2.3.2 Noção elementar de norma

Convém assinalar que a norma jurídica estabelece comandos, prescreve deveres e direitos relacionados a fatos do mundo real. Esses fatos, ao serem descritos como pressupostos de uma norma, que lhes confere determinado efeito ou estatuição, tornam-se fatos jurídicos ou juridicizados³⁸.

Para Fernando Noronha:

As normas são prescrições que, perante determinadas situações hipotéticas nelas previstas (e que constituem o pressuposto, suporte fático ou previsão normativa), desencadeiam determinadas conseqüências, também nelas previstas (as quais constituem o que se chama de estatuição legal, dispositivo, efeito ou conseqüência jurídica)³⁹.

Segundo Marcos Bernardes de Mello “a norma jurídica, constitui um modelo de conduta estabelecido pela comunidade jurídica, como resultado da valoração dos fatos da vida, com a finalidade de obter a adaptação do homem à convivência social harmônica”. Explica ainda, que o fenômeno jurídico possui três dimensões: a dimensão política, na qual a comunidade elege os fatos da vida que merecem proteção e que serão considerados valores jurí-

³⁸ Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 16. Vasconcelos, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 116.

³⁹ NORONHA, Fernando. **Direito...** p. 43

dicos, a dimensão normativa, na qual o direito é visto apenas sob o prisma dos comandos estabelecidos como válidos através das normas jurídicas e por fim a dimensão sociológica, que avalia a efetiva subordinação dos fatos aos comandos emanados das normas⁴⁰.

Neste estudo, a exemplo do caminho seguido por Marcos Bernardes de Mello, interessa a dimensão normativa: como diz este autor, “a norma jurídica, na verdade, tem a função de definir o fato jurídico, atribuindo-lhe conseqüências no plano das relações inter-humanas; enquanto esse fato não se materializar no mundo, a norma não passará de pura hipótese, abstração lógica”⁴¹.

2.3.3 Pressuposto e estatuição

Fernando Noronha adverte que:

Em matéria de Direito intertemporal é extremamente importante a distinção entre fatispécie e estatuição porque, se cada lei tem o seu domínio de aplicação temporal, deve reconhecer-se a cada uma potencialidade de aplicação aos fatos acontecidos no seu tempo de vigência, neles incluídos a constituição ou extinção de situações jurídicas [...] e a produção de efeitos por situações preexistentes. [...]

⁴⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano de existência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 13-14.

⁴¹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Op. cit.* p. XIX.

Todo o problema de Direito intertemporal consiste no fato de duas normas, uma antiga e outra nova, darem tratamento diferente às situações concretas que constituem seu pressuposto comum⁴².

Como dito, a norma regula fatos, possuindo dois elementos básicos: o pressuposto e a estatuição.

No primeiro elemento, o pressuposto, também denominado parte dispositiva, há a descrição do fato ou situação a ser regulada.

Na estatuição há a prescrição ou previsão dos efeitos ou conseqüências jurídicas advindas daquele fato.

Na lição de Fernando Noronha,

toda norma jurídica tem duas partes, a primeira descritiva, a segunda prescritiva (ou dispositiva). A primeira parte descreve fatos, situações ou circunstâncias que, quando ocorrem, produzem determinadas conseqüências, expostas na segunda parte. Todo comando legal poderá ser representado esquematicamente assim: 'o fato tal terá o seguinte tratamento jurídico'⁴³.

Esclarece, ademais:

Em linguagem mais precisa, seria possível dizer que toda norma jurídica é uma proposição e que, como qualquer proposição, tem um

⁴² NORONHA, Fernando. *Direito...* p. 72

⁴³ NORONHA, Fernando. *Direito...* p. 66

sujeito e um predicado, ou seja, algo sobre que ela incide e algo que, como consequência, nela é estatuído.

[...] A parte descritiva da norma, a previsão genérica do acontecimento da vida real que interessa à norma (o sujeito dela), constitui a *fatispécie*, ou *pressuposto* dela. A indicação genérica do tratamento jurídico correspondente ao pressuposto (o predicado da norma), constitui a estatuição, dispositivo ou efeito jurídico da norma [a parte prescritiva]⁴⁴.

Todavia, pode acontecer que entre a ocorrência do fato e a realização dos efeitos, outra norma, com o mesmo pressuposto, modifique a estatuição revogando a norma anterior.

Neste momento, ocorre o conflito entre leis no tempo. Tal conflito é caracterizado pela possibilidade de aplicação de duas leis (a antiga e a nova) à mesma situação, que constitui o pressuposto fático de ambas.

É através da estatuição que vai ser regulada a aplicabilidade das normas, isto é, que vão ser estabelecidas as possíveis formas de aplicação da lei no tempo. Ser uma norma aplicável significa ser ela que vai determinar os efeitos jurídicos que se produzirão⁴⁵.

⁴⁴ NORONHA, Fernando. *Direito...* p. 66

⁴⁵ NORONHA, Fernando. *Direito...* p. 67

2.3.3.1 Pressupostos simples e complexos; pressupostos cumulativos e sucessivos

A parte prescritiva da norma, ou pressuposto normativo, pode se referir a fatos e situações as mais diversas, inclusive a fatos juridicizados, que são aqueles já previstos em outra norma.

Fatos que de alguma forma têm interesse para o conjunto social.

Assim a norma pode regular o regime de bens entre os casais tendo como pressuposto um fato juridicizado que é a situação de casado.

Fernando Noronha classifica os pressupostos do seguinte modo:

Os pressupostos podem ser simples ou complexos, conforme sejam constituídos por um só, ou por mais de um elemento.

Os pressupostos simples podem ser do tipo instantâneo ou duradouro. O pressuposto instantâneo é aquele que se realiza em um só momento. O duradouro, embora constituído por um só elemento, consiste num estado ou numa situação jurídica que perdura, que se estende por um período mais ou menos longo⁴⁶.

Pode-se dividir os pressupostos duradouros em contínuos e permanentes. Pressupostos contínuos são aque-

⁴⁶ NORONHA, Fernando. **Direito...** p. 68-69

les que exigem que a sua ocorrência se dê em um período de tempo determinado e permanentes são os que “se realizam enquanto durar ou tiver permanência existencial uma dada situação de fato”⁴⁷.

Ainda, conforme Noronha, os pressupostos complexos podem ser cumulativos ou sucessivos. “Serão cumulativos quando constituídos por diversos elementos, que têm de ser somados para produzir o efeito jurídico. Serão sucessivos quando os respectivos elementos têm de ser realizados por etapas.”

Esclarece, ainda, a natureza diversa dos fatos integrantes de pressupostos complexos, “podendo mesmo uns serem do tipo instantâneo e outros do tipo duradouro”⁴⁸. Os primeiros ocorrem em um único momento e os outros têm continuidade no tempo.

2.3.4 Situações intertemporais (*facta pendentia*)

Há que se ressaltar a importância para o tema, da noção de situações pendentes ou *facta pendentia*, em contraposição aos fatos passados ou consumados (*facta praeterita*) e aos fatos presentes (*facta praesentia*). Os *facta pendentia*, ou situações intertemporais, são os fatos que têm conexão ao mesmo tempo com duas leis sucessivas, são os constituídos e que produziram efeitos

⁴⁷ CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 271-272.

⁴⁸ NORONHA, Fernando. *Direito...* p. 69.

na vigência da lei anterior e que continuam no tempo da lei nova.

Seguindo a formulação de Fernando Noronha⁴⁹ os *facta pendentia* dividem-se em cinco tipos:

1ª) aquelas “situações que se encontravam em curso de constituição ou de extinção no momento da mudança de legislação”;

2ª) aqueles “fatos inteiramente verificados ao tempo da lei anterior, mas sobre os quais havia litígio ainda não objeto de decisão judicial à data da mudança legislativa”;

3ª) aqueles “casos que nascem após a lei nova, mas no desenvolvimento de situações constituídas anteriormente”;

4ª) aqueles “fatos que eram tidos como jurídicos ao tempo da lei velha e que a nova suprime; pelo menos no momento da mudança de legislação eles eram pendentés, mesmo que à luz da lei nova devam ser considerados como fatos passados”;

5ª) aqueles “fatos que a nova lei vem permitir e que anteriormente eram considerados ajurídicos, ou mesmo ilícitos; são fatos que já existiam ao tempo da lei anterior e que perduram ao tempo da nova, mas em relação aos quais a primeira não reconhecia a potencialidade de produção de efeitos jurídicos”.

Assevera o autor que a distinção entre passado e presente na determinação dos fatos pendentés nem sempre é simples, no entanto, as cinco categorias elencadas

⁴⁹ NORONHA, Fernando. *Direito...* p. 66-69.

de *facta pendentia* são as que efetivamente interessam ao Direito Intertemporal⁵⁰.

É de se diferenciar situações pendentes, acima especificadas, de situações precárias, ou seja, aquelas situações que pela própria natureza não podem gerar a sensação de perpetuidade ou de direito, por exemplo, ninguém pode se achar no direito de impedir a modificação do regime estatutário ou do regime tributário.

2.4 AS CONSTRUÇÕES TEÓRICAS SOBRE O DIREITO INTERTEMPORAL

2.4.1 Abordagens subjetiva e objetiva

O Direito Intertemporal bifurca-se em duas abordagens principais, uma que analisa o conflito sob a ótica do sujeito, pois o que importa são os direitos adquiridos, e outra que vislumbra apenas a situação jurídica objetiva, prevalecendo o respeito aos fatos consumados; no primeiro caso tem-se a abordagem subjetivista e no segundo a abordagem objetivista.

Como diz Fernando Noronha:

Para as orientações subjetivistas, o importante é que os direitos adquiridos ao abrigo de uma lei fiquem resguardados da aplicação da lei nova. Para as orientações objetivistas, o

⁵⁰ NORONHA, Fernando. *Direito...* p. 66-69.

que deve prevalecer é o princípio *tempus regit factum*; no essencial, fatos passados devem ser regidos pela lei velha, enquanto fatos novos devem sê-lo pela lei nova⁵¹.

A abordagem subjetivista originou a orientação teórica chamada clássica, que irá se sustentar em dois conceitos básicos: direito adquirido e expectativa de direito.

A abordagem objetivista originou duas orientações principais: a teoria intermediária, ou dos fatos pretéritos, e a teoria moderna das três eficácias da lei no tempo⁵².

Não se objetiva com este estudo analisar com profundidade todas as orientações, pretende-se apenas esclarecer seus fundamentos basilares.

A teoria clássica tem como fundamento a proteção aos direitos adquiridos, a intermediária afasta a incidência da *lex superveniens* quanto aos fatos passados (*facta praeterita*) e a moderna, ou teoria das três eficácias,

procura destrinçar duas coisas que frequentemente aparecem confundidas: de um lado, o respeito por situações jurídicas passadas, que no passado produziram os seus efeitos (isto é, que geraram direitos que são passados), de outro, o respeito pelos efeitos que

⁵¹ NORONHA, Fernando. *Direito...* p. 138.

⁵² Esta última denominação é de autoria de Fernando Noronha, que em artigo publicado em julho último, passou considerar como sendo quatro os modos de aplicação da lei no tempo. No entanto a autora, como se verá adiante, prefere manter a denominação anterior.

no futuro vierem a ser produzidos por uma dada situação⁵³.

Pode-se afirmar, de maneira sintética, que as teorias clássica e intermediária classificam as leis em retroativas ou irretroativas, conforme afetem ou não direitos adquiridos ou fatos passados, respectivamente; consideram, pois, a existência de dois tempos: passado e futuro. Sendo o passado aquilo que aconteceu antes da lei e futuro o que aconteceu após ela entrar em vigor.

A orientação clássica proclama a irretroatividade das leis como forma de proteção ao direito adquirido. Esse, segundo Limongi França, que no Brasil foi o principal defensor da teoria clássica, pode ser entendido como “aquele que o titular pode exercer”.

A teoria dos *facta praeterita*, ou dos fatos consumados, tem segundo Francesco Ferrara, o seguinte preceito fundamental:

Os fatos pretéritos, casuais ou oriundos da vontade do homem, regulam-se, tanto quanto às condições de forma como às de substância, em conformidade com a lei sob cujo império surgiram e se completaram definitivamente, e, de acordo com a mesma, produzem conseqüências jurídicas até mesmo sob o domínio da norma recente⁵⁴.

⁵³ NORONHA, Fernando. *Direito...* p. 153.

⁵⁴ Apud MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal*. 2. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1955. p. 8.

Para a teoria das três eficácias das leis no tempo aplicam-se a fatos presentes, passados e futuros: “o passado, para uma lei, é o que aconteceu ao tempo da norma anterior, o presente é o que acontece no seu tempo de vigência; o futuro é o que pode acontecer após ela ser substituída por outra norma”⁵⁵.

Como adverte Fernando Noronha, é preciso optar por uma das abordagens; esse autor opta pelo método objetivo, o mesmo adotado neste estudo.

Quanto à escolha, esclarece Fernando Noronha que “as leis não nascem propriamente para proteger direitos preexistentes, mas para regular situações, potencialmente geradoras de conflitos, ou ‘situações normandas’ [...]”⁵⁶.

Também afirma ser “da regulamentação destas situações que surgem direitos e deveres para os interessados, uns beneficiados, outros prejudicados” e que “a regulamentação legal transforma as situações normandas em situações jurídicas específicas: estas, portanto, são apenas as situações da vida real que foram objeto de normação”⁵⁷.

2.4.2 A orientação clássica: teoria dos direitos adquiridos

A orientação clássica tem como arcabouço principal a noção de direito adquirido. Assim sendo, a teoria tenta

⁵⁵ NORONHA, Fernando. *Direito...* p. 88.

⁵⁶ NORONHA, Fernando. *Direito...* p. 140.

⁵⁷ NORONHA, Fernando. *Direito...* p. 140.

explicar e resolver os problemas de direito intertemporal com vista a garantir os direitos adquiridos, considerando que leis retroativas ferem direitos adquiridos; portanto, para garantir-se os direitos adquiridos, a lei deve ser irretroativa.

A doutrina procura separar os *direitos adquiridos* daqueles em processo de aquisição, nos quais existem apenas *expectativas de direito*, pois não há a aquisição completa. Nesse caso a lei poderia ser aplicada retroativamente.

Para esclarecimento da orientação clássica traz-se à colação a formulação desenvolvida por Limongi França. O autor realizou estudo aprofundado, objetivando “reunir e sistematizar subsídios para uma Doutrina brasileira da irretroatividade das leis e do Direito Adquirido”⁵⁸. Para tanto, descreveu o desenvolvimento da matéria no que designou como sendo o Sistema dos Povos Cultos e o Sistema Brasileiro.

2.4.2.1 Princípios da irretroatividade das leis e do respeito ao direito adquirido

Limongi França concebia os princípios da irretroatividade das leis e do respeito ao direito adquirido quase como sinônimos. Tal constatação advém das seguintes palavras do autor: “*O princípio da irretroatividade das leis, através dos séculos, evoluiu no sentido de se tornar mais*

⁵⁸ FRANÇA, R. Limongi. Op. cit. p. 2. Grifo do autor.

preciso e definido transmutando-se em *princípio do respeito ao direito adquirido*⁵⁹.

O autor descreve a evolução do princípio, cujo início situa no Período Arcaico do Direito Romano no qual se delinea a “noção de revogação da lei velha pela lei nova com ela colidente”, bem como a idéia de disposição para o futuro expressa na locução *post hanc legem rogatam* das Leis Republicanas. Examina o Período Clássico do Direito Romano, no qual o respeito “aos *negotia finita* [é] completado pela concepção de que a retroatividade é, em princípio, lesiva, conforme se vê na Primeira Regra Teodosiana (*calumnian facere*)”. Cita a segunda Regra Teodosiana como sendo “o primeiro germe evidente e iniludível da preservação do Direito Adquirido, através da menção aos *negotia pendentia*, afirmada outrossim, no Direito Visigótico, por meio da referência aos *negotia incohata nondum finita* de Recesvindo”. Ressalta que no período do Direito Canônico e dos Pós-Glosadores é elaborado “o primeiro esboço sistemático da Doutrina do Direito Adquirido que, a partir de então, se tornou a Doutrina Clássica por excelência”⁶⁰.

Refere-se também à “Constituição Americana, de 1787, na parte em que fala do respeito à “*obligation of contracts*”, esclarecendo que:

A despeito de por intermédio de expressões inadequadas, era já este o reconhecimento do respeito ao Direito Adquirido como princípio de

⁵⁹ FRANÇA, R. Limongi. Op. cit. p. 189-193.

⁶⁰ FRANÇA, R. Limongi. Op. cit. p. 189-193. Grifos do autor.

caráter constitucional, e desse marco teria o Direito Universal partido para melhores rumos na matéria, não fosse a auto-suficiência e a inclinação fortemente ditatorial do legislador francês de 1803⁶¹.

Informa que o art. 2º do Código de Napoleão operou “*um retrocesso na evolução do assunto*”, ao afirmar o que há muito já se sabia, que lei não dispõe senão para o futuro.⁶² Esse retrocesso teria sido sanado, de certa forma, pelo art. 5º do Código Austríaco “que erigia o Direito Adquirido como critério normativo, pela doutrina da Exegese e da Escola Histórica que não deixaram de tornar bem claro que o princípio da irretroatividade das leis se resumia no respeito ao direito adquirido”⁶³.

Conclui “que, o princípio em foco, através dos tempos e dos povos, efetivamente, evoluiu *no sentido de amadurecer a idéia de que, em suma, o que se visa é impedir que as leis novas atinjam o Direito Adquirido nos termos das leis que se tenham revogado*”⁶⁴.

Num segundo momento, pondera que no direito pátrio, “durante a vigência das Leis Magnas de 1824 e 1891, quando o Direito Adquirido ainda não tinha assumido caráter constitucional, as melhores autoridades sempre asseveravam e sustentaram que era esse o sentido da proibição de leis retroativas”.

⁶¹ FRANÇA, R. Limongi. Op. cit. p. 190.

⁶² *Ne dispose que pour l'avenir*.

⁶³ FRANÇA, R. Limongi. Op. cit. p. 190.

⁶⁴ FRANÇA, R. Limongi. Op. cit. p. 190. Grifos do autor.

Sustenta ao final, que o Brasil é

legatário das tradições jurídicas lusitanas que são, entre os Estados Modernos, *as mais antigas do mundo*, [e que] soube sob certos aspectos, guardá-las melhor do que a própria Pátria-Mãe, de onde ser natural que, na matéria, *o nosso Direito esteja, pelo mesmo nas suas linhas fundamentais, mais evoluído do que nos outros países*⁶⁵.

Limongi França sempre defendeu que a regra é a irretroatividade e que no direito pátrio “as Constituições de 1934, 1964 e 1988, embora diversa tenha sido a fórmula adotada” [...] “vieram atender à regra implicitamente já contida nas de 1824 e 1891, qual seja a de que as leis não têm efeito retroativo em princípio, podendo entretanto tê-lo, por disposição expressa, se não ofenderem Direito adquirido”⁶⁶.

Analisa o conceito de direito adquirido contido no art. 6º da LICC: “Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo de exercício tenha termo prefixo, ou condições preestabelecida, inalterável a arbítrio de outrem”⁶⁷.

Sentencia que o “Direito Adquirido, em suma, para o Legislador, é aquele que o seu titular pode exercer”, mas aduz, no entanto, em relação a tal idéia, “a insuficiência,

⁶⁵ FRANÇA, R. Limongi. Op. cit. p. 191. Grifos do autor.

⁶⁶ FRANÇA, R. Limongi. Op. cit. p. 191.

⁶⁷ FRANÇA, R. Limongi. Op. cit. p. 212-236.

mesmo como ponto de partida, para a solução dos problemas relativos à matéria”⁶⁸.

Para o autor “o ápice do amadurecimento da Doutrina Clássica” se dá com o conceito de direito adquirido elaborado por Francesco Gabba:

É adquirido todo o direito que: a) é consequência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo no qual o fato se viu realizado, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova a respeito do mesmo, e que b) nos termos da lei sob o império da qual se verificou o fato de onde se origina, entrou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu⁶⁹.

Limongi França observa que tal conceito apresenta uma incompatibilidade com o sistema jurídico brasileiro, ao afirmar a regra da retroatividade quando o direito pátrio, a seu modo de ver, impõe outra coisa:

A regra é a irretroatividade, e a retroatividade a exceção — e assim mesmo quando expres-

⁶⁸ FRANÇA, R. Limongi. Op. cit. p. 212-213.

⁶⁹ “*È acquisto ogni diritto, che a) è conseguenza di un fatto idoneo a produrlo, in virtù della legge del tempo in cui il fatto venne compiuto, benchè l’occasione di farlo valere non siasi presentata prima dell’attuazione di una legge nuova intorno al medesimo, e che b) a termini della legge sotto l’impero della quale accade il fatto da cui trae origine, entrò immediatamente a far parte del patrimonio di chi lo ha acquistato*” GABBA, C.F. *Teoria della retroattività delle legge*. 3 ed., viv. Accr. Torino:Unione, 1991, v. 1. p. 182 apud MENDONÇA, Maria Luiza Vianna Pessoa de. **O princípio constitucional da irretroatividade da lei: a irretroatividade da lei tributária**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 99.

sa. Por outro lado, a despeito de penetração que atingiu em a nossa mentalidade jurídica, entre nós, deve ser conjugada com um elemento particularmente importante, oriundo da exposição de outros autores, a saber, *a norma do efeito imediato*⁷⁰.

Diante disso, apresenta conceito próprio de direito adquirido, nos seguintes termos:

É a conseqüência de uma lei, por via direta ou por intermédio de fato idôneo; conseqüência que, tendo passado a integrar o patrimônio material ou moral do sujeito, não se fez valer antes da vigência da lei nova sobre o mesmo objeto⁷¹.

A conceituação mais adequada do direito adquirido, para o jurista, passa pela diferenciação entre direito adquirido e expectativa de direito.

Para o autor, a diferenciação entre direito adquirido e expectativa de direito “está na existência, em relação a este, do *fato adquirido* específico, já configurado por completo”. Partindo desse patamar, conceitua expectativa de direito “como a faculdade jurídica abstrata ou em vias de concretizar-se, cuja perfeição está na dependência de um requisito legal ou de um fato aquisitivo específico”⁷².

⁷⁰ FRANÇA, Limongi. Op. cit. p. 216. Grifo do autor.

⁷¹ FRANÇA, Limongi. Op. cit. p. 216.

⁷² FRANÇA, Limongi. Op. cit. p. 226.

2.4.2.2 Aspectos do binômio direito adquirido e ordem Pública

Com a diferenciação entre direitos adquiridos e expectativas de direito os teóricos da orientação clássica não conseguiam explicar os casos em que, apesar de as situações se enquadrarem no conceito de direito adquirido, a lei nova era aplicada imediatamente. Em casos tais a doutrina apontava questões de ordem pública, para, no seu entender, se aplicar a lei retroativamente.

A principal crítica em relação à teoria dos direitos adquiridos é que ela não tem condições de abarcar todas as situações, especialmente aquelas de natureza não patrimonial, como assevera Fernando Noronha:

Para compreender como a noção de direito adquirido fica desfigurada quando se tenta aplicá-la a direitos sem conteúdo patrimonial, basta ponderar como seria absurdo dizer que alguém, casado antes da Lei do Divórcio, teria adquirido o direito à perpetuidade do casamento⁷³.

⁷³ NORONHA, Fernando. Retroatividade, eficácia imediata e pós-atividade das leis: sua caracterização correta, como indispensável para solução dos problemas de direito intertemporal. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, n. 23, ano 6, abril-jun. 1998. p. 105.

2.4.3 A orientação intermédia: teoria dos fatos pretéritos

Segundo lição de Fernando Noronha:

A nova teoria, que historicamente constituiu uma reação contra os absurdos a que levava a teoria clássica, tem uma formulação básica extremamente simples, o que muito contribuiu para a sua voga: todo fato jurídico deve ter como lei sua reguladora a vigente ao tempo em que ele se realizou (*tempus regit factum*)⁷⁴.

Explica o autor: “Se o fato se produziu na vigência da lei antiga, por ela será regido; a lei nova só deverá regular os fatos novos, ou seja, os produzidos na sua vigência”⁷⁵.

O jurista, portanto, não deve analisar se existem direitos que possam ser caracterizados como adquiridos, mas se existem fatos ou situações concretizados “antes da entrada em vigor da *lex superveniens* (e que, portanto, eram *facta praeterita* com relação a esta)”⁷⁶.

Apesar de a perspectiva objetiva ter sido a primeira a tratar da aplicação imediata da lei nova como categoria distinta da aplicação retroativa, a teoria intermédia acabou incorrendo no mesmo vício da teoria clássica, fixando-se à dicotomia retroatividade — não retroatividade.

⁷⁴ NORONHA, Fernando. *Direito...* p. 148.

⁷⁵ NORONHA, Fernando. *Direito...* p. 148.

⁷⁶ NORONHA, Fernando. *Direito...* p. 148.

No entanto, sua importância “fica manifesta em todos os autores que enfatizam a importância do ato jurídico perfeito”⁷⁷.

Os denominados atos jurídicos perfeitos “são fatos, ou seus efeitos, efetivamente verificados no passado, ao tempo e ao abrigo da lei então em vigor”⁷⁸.

2.4.4 A orientação moderna: teoria das três eficácias da lei no tempo

A teoria das três eficácias divide os modos de eficácia da lei no tempo em prospectividade (ou imediatidade), retroatividade e pós-atividade, além disso separa a aplicação da leis no tempo do que seja tutela de atos jurídicos perfeitos e direitos adquiridos.

2.4.4.1 Distinção entre retroatividade, prospectividade e pós-atividade

Esta divisão não é nova, vem de Paul Roubier, só que esse designava a eficácia pós-ativa como sobrevivência da lei e a eficácia prospectiva como efeito imediato⁷⁹.

Para Paul Roubier,

⁷⁷ NORONHA, *Direito...* p. 151.

⁷⁸ NORONHA, Fernando. *Retroatividade...* p. 103.

⁷⁹ NORONHA, Fernando. *Retroatividade...* p. 96.

A lei se decompõe em três momentos que são o presente, o passado e o futuro, por esta razão há três posições possíveis para a aplicação de uma lei no tempo: ela pode ter um efeito retroativo, se sua aplicação remonta ao passado; ela tem um efeito imediato se ela se aplica logo ao presente; ela tem um efeito diferido se a sua aplicação for avançada para o futuro. Nós vamos estudar sucessivamente as três posições às quais nós damos os nomes seguintes: retroatividade da lei nova, efeito imediato da lei e sobrevivência da lei antiga⁸⁰.

Fernando Noronha explica que:

Se tivermos presente a distinção entre pressuposto normativo e estatuição e, por outro lado, se considerarmos a divisão do tempo em passado, presente e futuro, fica fácil distinguir os modos possíveis de eficácia da lei no tempo⁸¹.

Afirma ainda:

Em tese são possíveis três hipóteses dessa eficácia, repartidas entre uma regra geral e

⁸⁰ **Le droit transitoire...** p. 9. "*Le temps se décompose en trois moments, qui sont le présent, le passé et l'avenir. Pour cette raison, il y a trois positions possibles pour l'application d'une loi dans temps: elle peut avoir un effet rétroactif, si son application remonte dans le passé; elle a un effet immédiat, si elle s'applique aussitôt dans le présent; elle a un effet différé si son application est reculée dans l'avenir. Nous allons étudier successivement ces trois positions auxquelles nous donnons les noms suivants: rétroactivité de la loi nouvelle, effet immediate de la loi, survie de la loi ancienne*".

⁸¹ NORONHA, Fernando. **Direito...** p. 95.

duas exceções, sendo essas de sinal contrário. **Regra geral:** cada norma deve determinar todas as conseqüências que sejam produzidas por pressupostos que ocorrerem durante o seu tempo de vigência, inclusive por aqueles que se completarem no desenvolvimento de fatos ou situações jurídicas vindas do tempo anterior. **Primeira exceção:** pode acontecer que a norma vigente seja aplicável também a pressupostos completados anteriormente, assim modificando as conseqüências jurídicas que a norma revogada já tinha atribuído. **Segunda exceção:** pode ainda acontecer que a norma revogada permaneça aplicável a pressupostos que vierem a ultimar-se depois de ela ser substituída pela lei nova⁸².

A regra geral é a eficácia prospectiva, que poderá ser normal ou forte. Será normal, quando a lei aplicada atinja pressupostos ocorridos durante a sua vigência, determinando seus efeitos (ou estatuição) apenas no presente. Será forte, quando os pressupostos venham do passado, mas a estatuição seja determinada de maneira diferente pela lei nova, que será aplicada a partir de sua entrada em vigor.

A retroatividade consiste na modificação, pela lei nova, da estatuição de situações jurídicas ocorridas no passado e que haviam sido reguladas pela lei antiga.

⁸² NORONHA, Fernando. *Direito...* p. 95. Grifo nosso.

Para Paul Roubier há retroatividade “se a lei pretender aplicar-se a fatos consumados (*facta praeterita*)”⁸³.

Quando se trata de determinar como se constitui ou se extingue uma situação jurídica, o legislador é colocado em presença de simples fatos (*ex facto oritur jus*): esses fatos podem ser aliás fatos naturais ou fatos do homem, isso não é importante neste momento. A lei que governa as condições de constituição ou de extinção de uma situação jurídica, estabelecerá então uma discriminação entre um certo número de fatos e atos, uns sendo considerados como suscetíveis de provocar a constituição (ou a extinção) de uma situação jurídica, outros, ao contrário, sendo incapazes de provocá-la. [...] Nessas condições é evidente que uma lei desse gênero, cujo objetivo é regulamentar as condições de constituição (ou de extinção) de uma situação jurídica, não pode levar em consideração fatos anteriores a sua vigência sem ser retroativa. Sob esse ponto de vista é preciso colocar no mesmo patamar a lei que decidirá que fatos haviam produzido a constituição (ou a extinção) de uma situação jurídica sob a lei precedente, e a lei que decidirá que fatos não havi-

⁸³ **Le droit transitoire**: *Conflits des lois dans le temps*. 2. ed. Paris: Editions Dalloz et Sirey, 1960, p. 177.

am produzido a constituição (ou a extinção) de uma situação jurídica sob a lei precedente. [...] Logo, as leis relativas aos modos de constituição (ou de extinção) de uma situação jurídica não podem sem retroatividade questionar a eficácia e ineficácia jurídica de um fato passado⁸⁴.

A lei é pós-ativa quando continua a ser aplicada a fatos ocorridos após a sua revogação, mantendo a esta-tuição prevista na lei antiga em relação ao pressuposto ocorrido já na vigência da lei nova.

Fernando Noronha⁸⁵ designou esta orientação de teoria das três eficácias da lei no tempo, passando a denominar as eficácias possíveis de retroatividade, prospectividade e pós-atividade, respectivamente.

Para Paul Roubier, é de suma importância a noção de situação jurídica para resolução dos conflitos entre leis no tempo. Segundo ele, situação jurídica é “um complexo de direitos e de deveres, de prerrogativas e de ônus que se cria em volta de um fato, ou de um estado, ou de um ato, o qual engendra efeitos jurídicos”⁸⁶.

Fernando Noronha explica que:

Tendo por base a idéia de situação jurídica, Roubier faz uma dupla distinção. Primeiro distingue entre leis relativas à constituição ou

⁸⁴ ROUBIER, *Le droit transitoire...* p. 182.

⁸⁵ NORONHA, Fernando. *Direito...* p. 153.

⁸⁶ *Droit subjectif et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 1983, p. 138. Trad. de Fernando Noronha, *Direito...* p. 155.

extinção de relações jurídicas, por um lado, e respeitantes ao seu conteúdo, ou efeitos, por outro. Em segundo lugar distingue, dentro de cada um desses dois grupos, as três soluções possíveis: efeito imediato da lei nova (que é o princípio geral), retroatividade da lei nova e sobrevivência da lei antiga⁸⁷.

Com efeito, assinala Paul Roubier:

Todas as leis são feitas na realidade para determinar um certo número de situações jurídicas em proveito ou ao encontro de certas pessoas; **é pois em sua ação em face de situações jurídicas presentes, passadas ou futuras que se resume sua ação no tempo**⁸⁸.

Explica, ainda, a opção pelo uso do termo “situação jurídica” em decorrência de sua maior amplitude, argumentando:

Nós o julgamos superior àquele de direitos adquiridos, por ele não ter um caráter subjetivo e por se aplicar às situações do menor, do interdito e do pródigo; nós o julgamos igualmente superior àquele de relação jurídica (*Rechtsverhältniss*), freqüentemente empregada na ciência contemporânea e que implica uma relação direta entre duas pessoas, enquanto que a situação jurídica pode ser unila-

⁸⁷ NORONHA, Fernando. *Direito...* p. 155.

⁸⁸ ROUBIER, *Le Droit Transitoire...*p. 181, grifo nosso.

teral e oponível a qualquer pessoa, não importa qual ela seja⁸⁹.

Fernando Noronha em julho último publicou artigo no qual modifica seu posicionamento quanto aos modos de eficácia da lei no tempo (vide apresentação), passando a considerar a prospectividade normal ou fraca, como prospectividade (propriamente dita), e a prospectividade forte, como retrospectividade. Desta forma, o Autor passa a considerar como sendo quatro os modos de aplicação da lei no tempo: prospectividade, retrospectividade, pós-atividade e retroatividade. Em assim fazendo, Fernando Noronha considera que o efeito prospectivo ou presente da lei deve ser dividido conforme possua ou não caráter conflitual, retirando do objeto do Direito Intertemporal, os casos nos quais a lei é aplicada a situações, cujos pressupostos e estatuições, ocorreram durante a vigência da lei⁹⁰.

Neste texto considera-se que a separação da eficácia prospectiva em prospectividade e retrospectividade facilita sobremaneira a compreensão dos diversos efeitos da lei no tempo, pois separa a prospectividade não conflitual (normal ou fraca) da prospectividade conflitual (forte ou retrospectiva), porém tal divisão se afasta dos modos temporais da lei: passado, presente e futuro. Isso porque tanto na aplicação meramente prospectiva que atinge apenas fatos presentes, quanto na aplicação denominada retrospectiva, que atinge fatos presentes originados de situação passa-

⁸⁹ ROUBIER, *Le Droit Transitoire*...p. 181.

⁹⁰ Indispensável reequacionamento das questões fundamentais de Direito Intertemporal. *Revista dos Tribunais*, p. 55-78, jul. 2005, nº 837, ano 94. 2005.

das ou pendentes, a aplicação da lei no tempo é a mesma, qual seja, aplicação imediata no presente.

Em que pese o reequacionamento da teoria realizado por Fernando Noronha, entende-se como três os modos de aplicação da lei no tempo, a fim de aproximá-los da realidade temporal, pois as normas aplicam-se no presente, no passado e no futuro. O que se modifica não é o modo de eficácia das leis, mas as situações que sofrem tal incidência, umas ocorrendo em sua totalidade no presente da lei e outras vindo do passado, mas sendo regidas em seus efeitos pela lei nova. No primeiro caso, como afirmado por Fernando Noronha no prefácio deste livro, não há conflito intertemporal, apenas no segundo, pois tanto a lei nova quanto a antiga podem ser aplicadas à situação pendente. De qualquer forma, como dito, o efeito da lei continua sendo imediato ou presente.

2.4.4.2 Relação da retroatividade e da pós-atividade com o ato jurídico perfeito e com o direito adquirido

Será fundamental o delineamento dado pela teoria das três eficácias às formas possíveis de aplicação da lei no tempo: passado, presente e futuro. Passado para uma lei é tudo o que aconteceu antes dela entrar em vigor, presente é tudo que acontece durante a sua vigência e futuro é o que irá acontecer somente após ela ter perdido sua força obrigatória, ou seja, após a sua revogação.

A seu turno, a elaboração feita pela teoria clássica cuida de proteger direitos subjetivos, admitindo apenas que a lei nova seja aplicada de duas formas: irretroativamente a fim de proteger os referidos direitos adquiridos, ou retroativamente, nos casos em que tais direitos merecem ser desrespeitados em razão de não serem caracterizados como adquiridos por tratarem-se de expectativas de direito, faculdades jurídicas, ou por referirem-se a questões de ordem pública, nas quais o interesse público prevalece.

Assim, há uma simbiose entre a aplicação da lei no tempo propriamente dita e a tutela aos direitos adquiridos.

A teoria clássica vincula a proteção dos direitos adquiridos à irretroatividade da lei, quando na verdade é o efeito imediato que atingirá tais direitos, pois relacionados a situações fáticas que ocorrem na vigência da lei nova. O efeito da lei que assegura tais direitos será o efeito pós-ativo da lei velha, não o retroativo da nova. Destarte, se o que se visa é que tais direitos continuem valendo mesmo após a vigência da lei nova, deve-se determinar a pós-atividade ou sobrevivência no tempo da antiga.

A não-retroatividade tem, sim, o condão de proteger as situações consumadas totalmente no passado, vale dizer, que ocorreram no passado e obtiveram, também no tempo pretérito, o tratamento jurídico previsto na norma antiga. Nesses casos que constituem atos jurídicos perfeitos, a lei nova não poderá retroagir.

De outro lado a teoria intermédia, ao determinar que a lei deve aplicar-se aos fatos que lhe são contemporâneos, deixa sem solução diversas situações pendentes que, apesar de haverem ocorrido durante a vigência da lei nova, devem receber o tratamento jurídico ou estatuição dada pela lei antiga. Tais situações não são resolvidas pelo binômio retroatividade — não-retroatividade.

A teoria dos fatos passados também analisa os conflitos interporais a partir do referido binômio. Segundo essa teoria, a lei nova será retroativa se atingir os fatos consumados, o ato jurídico perfeito, e irretroativa se respeitá-los.

No entanto, o tratamento a ser conferido aos efeitos da situação jurídica consumada durante a vigência da lei antiga, mas que só venham a ocorrer após a vigência da nova, não são avaliados pela teoria.

A lei não pode alterar os fatos, simplesmente porque os fatos materiais, por pertencerem ao mundo físico, não admitem alteração; mas a lei pode modificar as conseqüências de fatos jurídicos ocorridos no passado. Essa mudança pode operar *ex tunc*, atingindo as conseqüências daquele fatos a partir de sua constituição (ou extinção), ou *ex nunc, ou seja*, só a partir da vigência da lei nova; nesse caso, os efeitos produzidos até o início da vigência da lei nova serão respeitados. No primeiro caso a lei estará sendo retroativa, mas no segundo não.

Segundo Paul Roubier:

Quando se tratar, não mais de determinar a constituição ou a extinção de uma situação jurí-

dica, **mas de fixar os efeitos desta situação jurídica**, a definição do caráter retroativo da lei é ainda mais simples: todos os efeitos jurídicos produzidos antes da entrada em vigor da nova lei fazem parte do domínio da lei antiga e não poderíamos suprimi-los sem retroatividade. **Se então imaginarmos uma situação jurídica produzindo seus efeitos durante um certo período de duração, a nova lei determinará os efeitos jurídicos que se produzirão após a sua entrada em vigor sem que haja outra coisa que um efeito imediato; mas ela não poderia atingir os efeitos jurídicos anteriores no caso, aliás, de modificá-los, de estendê-los ou diminuí-los, sem que houvesse retroatividade**⁹¹.

Sabendo quais as possibilidades de atuação da lei no tempo, resta definir em que casos a nova poderá atuar no passado e afastar a incidência da antiga, ou quando a antiga poderá atuar no futuro e afastar a incidência da nova, ou em que casos cada uma atuará no tempo que constitui o presente, de cada uma respectivamente, sem tocar a outra.

É neste momento que entram em cena os direitos adquiridos e os atos jurídicos perfeitos.

⁹¹ *Le Droit Transitoire...* p. 149. Grifo nosso.

3

A QUALIFICAÇÃO DO TEMPO FICTO COMO TEMPO DE SERVIÇO/ CONTRIBUIÇÃO PARA FINS DE APOSENTADORIA EM FACE DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/98

3.1 A LICENÇA-PRÊMIO NA LEI ESTADUAL 6.745/85

A Lei Estadual 6.745/85 — Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Santa Catarina — estabelecia em seu artigo 78 o direito à licença-prêmio e em seu artigo 43 o direito à contagem em dobro deste período, para fins de aposentadoria, caso a licença não fosse usufruída até a aposentação.

Transcreve-se o teor dos artigos supracitados, em sua redação original:

Art. 78 — Após cada quinquênio de serviço público estadual, o funcionário estável fará jus a uma licença com remuneração, como prêmio, pelo período de 03 (três) meses⁹².

⁹² Artigo alterado pela Lei Complementar Estadual nº 81/93, de 10 de março de 1993.

Art. 43 — Considera-se tempo de serviço público estadual, para todos os efeitos legais, o tempo de exercício em cargo, emprego ou função pública do Estado de Santa Catarina e suas autarquias e, ainda, com as ressalvas desta Lei, os períodos de férias; licenças remuneradas; júri e outras obrigações legais; faltas justificadas; afastamentos legalmente autorizados, sem perda de direitos ou suspensão do exercício, ou decorrentes de prisão ou suspensão preventivas e demais processos, cujos delitos e conseqüências não sejam afinal confirmados.

§ 1º — É computado, exclusivamente, para fins de aposentadoria e disponibilidade, observado o disposto no §1º, do art. 42, desta Lei:

[...] III — em dobro, o período relativo à licença-prêmio obtida no exercício de cargo público estadual e não gozada.

Como se vê, a norma estadual possibilitava que servidores estaduais, ao adquirirem o direito à licença-prêmio, usufríssem o descanso remunerado durante três meses (art. 78) ou, subsidiariamente, utilizassem este período, computado em dobro, (art. 43, § 1º) para fins de aposentadoria. Permitia, portanto, que uma mesma situação concreta — prestação de serviço público ao Estado por 5 (cinco) anos — acabasse por gerar tratamentos ou conseqüências jurídicas distintas.

Assim sendo, uma mesma situação fática gerava dois tratamentos jurídicos possíveis: o usufruto do descanso

remunerado ou a contagem em dobro daquele período para fins de aposentação.

No entanto, a partir da publicação da Lei Complementar nº 36/91, em 18 de abril de 1991⁹³, a norma concessiva de tal direito foi revogada.

A lei complementar revogou o art. 43 da Lei Estadual nº 6.745/85. Portanto, a partir de 18 de abril de 1991, não há mais possibilidade de se adquirir o direito à contagem em dobro para fins de aposentadoria, apenas é possível a aquisição, após 5 (cinco) anos de exercício, do direito ao usufruto de 3 (três) meses de licença-prêmio.

Frisa-se: até 18 de abril de 1991, o § 1º do art. 43 possibilitava acrescer, para fins de aposentadoria, ao cômputo do tempo real de serviço, um lapso temporal em que não havia nem efetivo exercício laboral, nem contribuição, portanto, um período de contagem fictício.

Com efeito, muitos servidores estaduais completaram o interstício de cinco anos, consoante os requisitos do art. 78, antes da revogação do art. 43 pela Lei Complementar nº 36/91, sem, todavia, completarem os requisitos necessários à aposentação até a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 20/98.

A EC nº 20/98 regulou de forma expressa a questão do tempo ficto, no que se refere à contribuição, inserindo

⁹³ "Art. 2º — É vedada aos servidores civis e militares da administração direta, autárquica e fundacional do Estado a conversão em dinheiro, parcial ou total, da licença-prêmio concedida e não gozada, bem como o seu cômputo em dobro para efeito de aposentadoria". Lei Complementar Estadual nº 36, de 18 de abril de 1991.

no art. 40 da CRFB/88 o parágrafo 10: “a lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício”.

Há que se verificar o alcance desta proibição em relação às situações pendentes dos servidores públicos estaduais que conquistaram o direito à licença-prêmio até 18 de abril de 1991, para que se possa definir qual será a qualificação do tempo de serviço prestado para fins de aposentadoria.

3.1.1 Tempo de serviço e tempo ficto

Em sua redação original, o artigo 40 pressupunha como requisito fundamental para a concessão dos benefícios previdenciários a comprovação do tempo de serviço. No entanto, cabia à legislação infraconstitucional qualificar este tempo, ou seja, determinar quais os requisitos para que determinada prestação laboral fosse considerada válida para fins de aposentadoria.

No exercício da competência legislativa constitucional, União, Estados, Distrito Federal e Municípios criaram normas estatutárias, cuja iniciativa pertencia (e pertence) ao Chefe do Executivo, regulando a situação jurídica de seus respectivos servidores e qualificando o tempo de serviço.

Havia casos em que as leis qualificavam como tempo de serviço situações fáticas nas quais não havia prestação de serviço real e/ou contribuição previdenciária. Este

período em que não havia efetiva prestação laboral, ou exercício, nem contribuição, mas que a lei considerava como tempo de serviço válido para fins de aposentadoria, era denominado tempo ficto.

Nesse contexto, tempo ficto é, pois, aquele lapso temporal acrescido ao tempo de serviço, por vontade da lei, sem que tenha havido o exercício laboral real e/ou a correspondente contribuição previdenciária.

No dizer de Wladimir Novaes Martinez:

São períodos de serviço fictícios propriamente ditos aqueles que crescem o tempo de serviço do segurado mediante ficção jurídica, caso do tempo do embarcado, **licença-prêmio em dobro**, tempo de guerra e do adicional de 40%, para os homens e 20% para as mulheres, na conversão de tempo de serviço especial em comum (da Lei nº 6.887/80 até a MP nº 1.663-10/98)⁹⁴.

Vários são os casos de tempo ficto, estando entre eles o período de férias não gozadas contado em dobro.

Na esfera federal a Instrução Normativa da Secretaria de Estado da Administração e do Patrimônio — SEAP nº 05, de 28 de abril de 1999, considerava como tempo de contribuição fictício, entre outros:

o tempo contado em dobro da licença-prêmio por assiduidade não gozada (revogado pela

⁹⁴ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Direito adquirido na Previdência Social**. São Paulo: LTr, 2000. p. 113. Grifo nosso.

Portaria Normativa nº 01, de 16/03/2001); tempo contado em dobro do serviço prestado às Forças Armadas em operações de guerra; acréscimo ao tempo de serviço exercido em atividade perigosas, insalubres ou penosas, tempo em que o servidor esteve exonerado, demitido, despedido ou dispensado de seu cargo ou emprego, nas hipóteses previstas na Lei nº 8.878, de 11 de maio de 1994, sem contribuição para nenhum regime de previdência.

Atualmente, a Instrução Normativa nº 03, de 12 de agosto de 2004, da Secretaria de Previdência Social, no § 1º do art. 62, estabelece que “não se considera fictício o tempo definido em lei como tempo de contribuição para fins de concessão de aposentadoria quando tenha havido, por parte do servidor, a prestação de serviço ou a correspondente contribuição”.

Neste estudo, porém, analisar-se-á como situação paradigma aquela fixada no Estatuto dos Servidores Públicos do Estado de Santa Catarina (Lei nº 6.745/85): a situação dos servidores que adquiriram o direito ao gozo de licença-prêmio, mas não usufruíram o descanso remunerado até a aposentadoria, em razão de existir, ao tempo em que prestaram o serviço, norma estatutária permitindo a contagem deste tempo em dobro para fins de aposentadoria.

Portanto, naquele período contado em dobro não houve exercício laboral, todavia, em razão de uma ficção

jurídica, tal período tinha efeito jurídico idêntico àquele em que havia tempo de serviço real e/ou contribuição previdenciária.

3.1.2 Da licença-prêmio ou licença especial

Com fundamento na CRFB/88, normas infraconstitucionais federais, estaduais e municipais podiam estabelecer obrigações e direitos aos servidores públicos (art. 61), entre eles o prêmio por assiduidade. A Carta Magna de 1988 não se referia expressamente às licenças especiais, nem havia previsão constitucional quanto à regulamentação do tempo ficto, “ficando o regramento de tal matéria à exclusiva alçada do regime jurídico de cada ente federado”⁹⁵.

A licença-prêmio, licença especial, ou, ainda, licença por assiduidade, é uma espécie do gênero licença que “é o instituto por meio do qual o Estado faculta ao funcionário público a interrupção do serviço durante período determinado, pela ocorrência de motivos relevantes, assinados em lei”⁹⁶.

Destarte, lei formal podia conceder ao servidor público uma licença-prêmio, em razão de sua assiduidade, garantido-lhe um período de descanso remunerado, sem

⁹⁵ TODESCHINI, Edmilson. Emenda constitucional nº 20/98 e tempo de contribuição fictício. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, nº 05, 2000. p. 123.

⁹⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 504.

prejuízo de direitos, como se estivesse em pleno exercício. Lei formal é entendida aqui como ato normativo, abstrato, geral e impessoal, elaborado pelo Poder Legislativo, segundo a forma prescrita na Constituição, inovador da ordem jurídica, capaz de criar direitos, deveres e obrigações em relação ao Estado e à coletividade. Ademais, até a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 20/98, a lei podia estabelecer que nos casos em que, apesar da aquisição do direito à licença por assiduidade, o servidor que não houvesse usufruído o descanso remunerado (não importa se por interesse do serviço ou por omissão da Administração), este tempo receberia outro tratamento jurídico, qual seja, o cômputo em dobro para fins de aposentadoria.

Convém informar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça segundo o qual se o servidor não tiver gozado a licença e não necessite da contagem em dobro para fins de aposentadoria terá direito à indenização pecuniária em virtude do princípio que nega o enriquecimento sem justa causa, no caso, da Administração⁹⁷.

⁹⁷ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 66.536-SC. Administrativo — licença-prêmio não gozada — pagamento em pecúnia — se o funcionário não gozar o período de licença-prêmio, com a anuência da Administração, o trabalho no respectivo prazo deve ser compensado, caso contrário, haverá enriquecimento sem justa causa. Brasília, DF. Relator Ministro Vicente Cernicchiaro. Diário da Justiça de 20 de novembro de 1995. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=66536&&b=JUR2&p=true&t=&l=20&i=9>> Acesso em: 05 mar. 2002.

3.2 A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/98: VEDAÇÃO À CONTAGEM DE TEMPO FICTÍCIO

Como dito, o § 10 do artigo 40 inovou ao proibir a contagem de tempo de contribuição fictício, o que não foi tratado pelo poder constituinte originário.

Edmilson Todeschini⁹⁸ alerta para a distinção entre a Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998⁹⁹, e a Emenda Constitucional nº 20/98, afirmando que a primeira colide de forma mais direta com o poder constituinte originário, ao contrário da segunda que estaria em choque com disposições da legislação infraconstitucional¹⁰⁰.

A Emenda Constitucional nº 20/98 estabeleceu uma norma de transição visando regular a contagem do tempo de serviço para fins de aposentadoria como tempo de contribuição, até que lei futura viesse a qualificar o tempo de contribuição, da seguinte forma:

Art. 4º Observado o disposto no art. 40, § 10, da Constituição Federal, o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria, cumprido até que a lei discipline a matéria, será contado como tempo de contribuição.

Destarte, a Emenda Constitucional nº 20/98 cuidou de garantir a equivalência entre o tempo de serviço qualificado pelas leis anteriores como tempo de contribuição,

⁹⁸ TODESCHINI, Edmilson. Op. cit. p. 126.

⁹⁹ Publicada no Diário Oficial da União de 05 de junho de 1998.

¹⁰⁰ TODESCHINI, Edmilson. Op. cit. p. 126.

até que lei futura viesse a regulamentar o que se consideraria tempo de contribuição. Em outras palavras, valeria o tempo de serviço, prestado conforme os requisitos anteriores, até o início da vigência da lei regulamentadora.

No § 3º, do art. 3º, determinou, ainda, que:

São mantidos todos os direitos e garantias assegurados nas disposições constitucionais vigentes à data da publicação desta Emenda aos servidores e militares, inativos e pensionistas, aos anistiados e aos ex-combatentes, assim como àqueles que já cumpriram, até aquela data, os requisitos para usufruírem tais direitos, observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal.

Conforme se nota, ficam resguardados claramente neste artigo os direitos daqueles que preencheram os requisitos para a aposentadoria, conforme a redação antiga do artigo 40, até a vigência da Emenda Constitucional nº 20/98. A dúvida que se estabelece é quanto à aplicação do novo § 10, do artigo 40 da CRFB/88, que veda a criação de lei infraconstitucional estabelecendo a contagem de tempo de contribuição fictícia, e do art. 4º da própria Emenda Constitucional nº 20/98, que manda observar o referido § 10, estabelecendo, ainda, que “o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria, cumprido até que a lei discipline a matéria, será contado como tempo de contribuição”.

O entrechoque entre a norma reformadora, que introduziu a obrigatoriedade da contribuição e proibiu a conta-

gem fictícia, e as leis infraconstitucionais, que regulavam o tempo de serviço, admitindo tempo fictício, dá azo a dois posicionamentos dissonantes.

De um lado, pode-se entender que a Emenda, vedando a contagem fictícia, veda também a equivalência como tempo de contribuição daquele tempo ficto, oriundo de serviço prestado anteriormente à Emenda e considerado válido como tempo de serviço por leis infraconstitucionais. Entendida dessa maneira a Emenda estaria a impedir que servidores que não usufruíram a licença-prêmio e não preencheram os demais requisitos para a aposentação até 16 de dezembro de 1998, a partir desta data não mais poderiam contar em dobro o período de licença não gozada para fins de aposentadoria.

Por outro lado, pode-se entender que a norma respeita aquelas situações constituídas, tanto em relação aos fatos ocorridos antes de sua vigência, quanto em relação aos efeitos destes fatos que só se produzirão após o início de sua vigência. Nesse caso, a norma consideraria como válido o referido tempo ficto, qualificando-o como de contribuição.

A relação previdenciária constitui-se numa situação complexa, pois exige uma série de situações jurídicas independentes para se completar. Isso porque, até atingir o direito à aposentadoria, o segurado deve cumprir uma série de requisitos, um dos quais será o tempo de serviço/contribuição.

Até a edição da Emenda Constitucional nº 20/98, a exigência da contribuição não era peremptória para os

servidores públicos, estava na dependência das legislações infraconstitucionais federais, estaduais e municipais.

Hoje, ainda depende de regulamentação (art. 4º da Emenda Constitucional nº 20/98), especialmente nos Estados e Municípios, que deverá obrigatoriamente ser realizada. No entanto, com a Emenda as leis não mais podem estabelecer formas de contagem fictícia do tempo de contribuição.

O que se fixou durante longo período foi a necessidade de comprovação de tempo de serviço.

Ao se verificar o processo legislativo da Emenda Constitucional nº 20/98, exsurtem os motivos da reforma, entre eles, a premência de afastar o déficit previdenciário e a necessidade de “uniformizar os critérios e requisitos dos regimes de previdência oficial, para o serviço público, e o regime geral de previdência social”¹⁰¹.

Para tanto, acabou-se com a aposentadoria por tempo de serviço e transformou-se o regime próprio dos servidores da União, Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em contributivo. Pelos critérios atuais, o que vale para fins de aposentadoria é o tempo de contribuição, conjugado com a idade mínima. O direito previdenciário, conforme fixado pela Emenda Constitucional nº 20/98, se justifica como efeito de uma contraprestação compulsória — contribuição social do servidor público.

¹⁰¹ Texto consolidado do substitutivo oferecido pelo Senador Beni Veras à Proposta de Emenda Constitucional nº 33, de 1996, p. 4, Brasília: Secretaria Especial de Editoração e Publicações do Senado Federal — DF.

É de se notar que tal mudança, como afirmado, já se anunciava quando da Emenda Constitucional nº 03/93, que acrescentou o § 6º ao art. 40 da CRFB/88, estabelecendo que as aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais seriam custeadas com a participação dos mesmos, na forma da lei.

Salienta-se que a Emenda Constitucional modificou o sistema previdenciário dos servidores públicos, dando-lhe caráter contributivo. Antes de 16 de dezembro de 1998 bastava ao servidor público cumprir determinado tempo de serviço para adquirir o direito à aposentadoria, sendo que desde 1993, na esfera federal, o custeio das aposentadorias e pensões deveria advir de recursos provenientes da União e dos servidores, na forma da lei (art. 40, § 6º EC nº 03/93). Pela nova sistemática não existe mais tempo de serviço e sim de contribuição.

Além da inerente prospectividade fraca, a Emenda possui o que se pode chamar de retroatividade mínima ou prospectividade forte, pois dá tratamento jurídico específico a situações fáticas iniciadas antes de sua entrada em vigor.

O legislador procurou regular preventivamente possíveis controvérsias geradas pela nova sistemática previdenciária, introduzindo no texto da Emenda norma de direito transitório, considerando como tempo de contribuição o período qualificado como tempo de serviço pela legislação anterior, até que a lei infraconstitucional regulamentasse o instituto da contribuição.

Convém notar que nenhuma das disposições da emenda pode atingir o que era considerado como tempo de servi-

ço, inclusive os períodos fictícios. O artigo 4º procura garantir que dentro da nova sistemática o que era apenas tempo de serviço valha como tempo de contribuição até a edição da lei regulamentadora, impedindo a equivalência no que se refere a tempo ficto somente a partir da vigência da Emenda.

Até 16 de dezembro de 1998 todo e qualquer tempo de serviço (real ou ficto), prestado de acordo com normas constitucionais e legais até então vigentes, vale como tempo de contribuição.

A partir de 16 de dezembro de 1998 e até a publicação da lei regulamentadora, apenas o tempo de serviço real valerá como de contribuição. Este é o sentido do art. 4º da Emenda Constitucional nº 20/98 e da remissão ao § 10 do art. 40 da CRFB/88.

A preservação pela Emenda Constitucional nº 20/98 do tempo de serviço considerado válido no passado surge evidente da análise do processo legislativo.

Ao justificar a rejeição de emenda supressiva da expressão “observado o disposto no art. 4º”, contida no que viria a ser o § 1º do art. 8º da EC nº 20/98, afirma o Relator Beni Veras: “que a supressão proposta não avança com relação ao texto atual, já que retira da regra de transição, a contagem, como tempo de contribuição, do tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria” (texto consolidado do substitutivo oferecido pelo Senador Beni Veras à Proposta de Emenda Constitucional nº 33, de 1996).

Note-se que a vontade do legislador, corporificada na redação final da EC nº 20/98, é proteger o “tempo de ser-

viço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria” tanto aquele originário de um fato real quanto aquele advindo de presunção legal.

Para se definir, mesmo que em tese, a existência ou a inexistência do direito à contagem em dobro após a Emenda, é necessário analisar as disposições estatutárias de cada regime jurídico dos entes federados.

3.3 O CONFRONTO ENTRE A LEI Nº 6.745/85 E A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/98

Há que se perquirir se o tempo ficto previsto pela norma estadual nº 6.745/85, vigente até 18 de abril de 1991, com o advento da Emenda Constitucional nº 20/98, ainda constitui tempo de serviço para fins de aposentadoria.

A vigência da Emenda é prospectiva, pois regula situações presentes¹⁰². Ao dispor que a lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício, impede a criação de normas infraconstitucionais que concedam tal benefício, revogando tacitamente as normas existentes a respeito, sem atingir, todavia, situações constituídas sob a égide das normas revogadas. A Emenda não contém norma retroativa.

Desta forma, os direitos gerados durante a vigência das normas infraconstitucionais devem ser respeitados, tanto os direitos fundados em situações jurídicas com-

¹⁰² Art. 16. Esta Emenda entra em vigor na data de sua publicação.

pletamente constituídas, que constituem atos jurídicos perfeitos, quanto aqueles direitos originários de situações jurídicas pendentes, nas quais houve a realização dos requisitos expressos na norma, mas cuja estatuição só ocorrerá na vigência da lei nova (art. 5º, XXXVI c/c art. 60, § 4º da CRFB/88).

Assim, deve-se determinar em que momento ocorreu a situação que constitui o pressuposto capaz de gerar o efeito previsto na norma.

Se a situação se constituiu durante a vigência da lei antiga, cumprindo os requisitos para alcançar determinado efeito também previsto na lei antiga, a fim de que se garanta a estabilidade ou segurança jurídica, por ela deverá ser regulada.

Desta forma, em relação àquela situação constituída, a lei antiga deve ser aplicada mesmo no futuro, garantindo-se o ato jurídico perfeito. A aplicação da lei nova seria uma verdadeira aplicação retroativa.

Lembre-se: a lei estadual nº 6.745/85 dispunha que após cada quinquênio de prestação de serviço público o servidor adquiria o direito a usufruir 3 (três) meses de licença-prêmio (art. 78), ou contar em dobro tal período para fins de aposentadoria (art. 43, § 1º).

Duas são as questões correlatas: a) Qual era o requisito fundamental para a aquisição do direito à licença-prêmio? b) Qual era o requisito fundamental para a aquisição do direito à contagem em dobro do período de licença-prêmio não usufruída para fins de aposentadoria?

A resposta para ambas as questões é só uma: o requisito era a prestação do serviço ao Estado durante 5 (cinco) anos.

Com efeito, ao cumprir o interstício de 5 (cinco) anos o servidor adquiria o direito ao usufruto, bem como o direito à contagem em dobro, direitos estes inatingíveis por norma infraconstitucional ou por norma decorrente do poder derivado.

Em ambos os casos a situação se consumou no que se refere à qualificação do tempo de serviço.

Se norma revogadora não pode atingir o direito quanto ao usufruto, também não poderá afastar a contagem em dobro do período quando da aposentadoria.

Há quem entenda que o direito à contagem em dobro depende da opção expressa do servidor, excluindo a possibilidade de usufruto, em data anterior à vigência da Emenda Constitucional nº 20/98.

Nesse sentido manifesta-se Francisco Bertino Bezerra de Carvalho¹⁰³:

Em se tratando de direito alternativo, cuja opção incumbe ao titular, o mesmo somente preenche todos os requisitos legais para o ingresso no patrimônio jurídico do sujeito ativo após a opção, ou melhor, é a opção por desfrutar do prêmio desta ou daquela forma assegurada

¹⁰³ CARVALHO, Francisco Bertino Bezerra. A garantia do direito adquirido em face das emendas constitucionais — a contagem em dobro da licença-prêmio (especial) e emenda constitucional nº 20/98. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, n. 23, 2000. p. 185.

pela Lei que complementar¹⁰⁴ a aquisição do direito, sendo, inclusive o prazo inicial para a concessão do benefício no prazo previsto no § 4º do art. 133 da LC 01/91, até por que (*sic*) a Administração não tem qualquer ingerência sobre a escolha do servidor.

Esclarece, ainda, que “visto assim, verifica-se que, após o advento da EC nº 20/98, a manifestação da opção aquisitiva do direito não é mais possível por contrariar o texto constitucional”¹⁰⁴.

Para, por fim, concluir que:

Neste caso, se o direito ainda não se encontrava adquirido quando o interessado pretendeu fazer a opção pela alternativa que a legislação excluiu do ordenamento, tal opção não seria mais válida porque contrária ao ordenamento. Por outro lado, se o servidor manifestou sua vontade antes da promulgação da Emenda Constitucional no sentido de não gozar da licença e beneficiar-se do art. 134 da LC 01/91¹⁰⁵, contando em dobro para sua aposen-

¹⁰⁴ CARVALHO, Francisco Bertino Bezerra. Op. cit. p. 187.

¹⁰⁵ Os artigos citados referem-se à Lei Complementar nº 01/91 do Município de Salvador, que possuem o seguinte teor:

Art. 133. Após cada quinquênio de efetivo exercício no serviço público, contados na forma do art. 140 desta Lei, o servidor fará jus a 3 (três) meses de licença-prêmio ou especial, como incentivo à assiduidade, com direito à percepção do seu vencimento e vantagens de caráter permanente.

Art. 134. O servidor que não desejar gozar do benefício da licença-prêmio ou especial terá direito ao cômputo em dobro do tempo da licença, para efeito de aposentadoria.

tadoria o tempo de serviço, a alteração do texto conflitaria com direito adquirido¹⁰⁶.

Cabe aqui a seguinte ponderação: se o servidor adquire o direito ao prêmio alternativo (para usar uma expressão do referido autor), inexistindo na lei norma fixando prazo para a opção, prestado o serviço, com vista ao prêmio por assiduidade, adquire-se tanto o direito ao gozo quanto à contagem em dobro, ou melhor, adquire-se o direito à opção que poderá ser exercitada a qualquer tempo. Isso porque, se quando o serviço foi prestado a lei previa determinado efeito, essa lei deverá ser aplicada em relação aos fatos ocorridos durante a sua vigência, conferindo aos fatos o tratamento jurídico garantido na norma contemporânea. Do contrário a lei seria retroativa.

A inconsistência do raciocínio de Francisco Bertino Bezerra de Carvalho tem origem no fato de se desenvolver dentro da teoria clássica ou do direito adquirido.

A situação seria diferente, por exemplo, se a norma que concedia o direito ao usufruto e o direito à contagem em dobro estipulasse prazo para a opção, o que não é o caso.

Edmilson Todeschini, referindo-se à Lei Complementar nº 133/85¹⁰⁷ do Município de Porto Alegre manifesta-se no mesmo sentido:

¹⁰⁶ CARVALHO, Francisco Bertino Bezerra. Op. cit. p. 187.

¹⁰⁷ É bom lembrar que a lei porto alegreense prevendo a possibilidade da contagem em dobro permaneceu vigente até a edição da EC nº 20/98, contrariamente, a lei catarinense objeto deste estudo que só vigorou até 18 de abril de 1991. Assim, nunca é demais ressaltar que para cada legislação municipal ou estadual que trate sobre o assunto há que se fazer um interpretação individualizada.

Imprescindível frisar que o Estatuto estabelece como requisitos para a aquisição do direito à licença-prêmio apenas o transcurso do quinquênio de serviço municipal e a inexistência, no período, de faltas, punições ou gozo de determinadas licenças. Ele confere exclusivamente ao funcionário o direito de opção pela modalidade de fruição do benefício, sem estabelecer prazo para a fruição. Também não estabelece a regra a ser aplicada no caso de inexistência de expressa opção pelo interessado. Constitui, na verdade, um direito potestativo dos servidores que implementaram o quinquênio aquisitivo até a publicação da Emenda¹⁰⁸.

Portanto, no momento em que o servidor cumpre o quinquênio laboral, que constitui o pressuposto da norma, adquire o direito a dois efeitos jurídicos subsidiários: a) o usufruto da licença; b) a contagem em dobro para fins de aposentadoria.

Acontece que na hipótese trabalhada esses efeitos só serão exercidos na vigência da lei nova. Mas o que importa neste estudo é o exercício do direito à contagem fictícia, já que a Emenda não trata do usufruto da licença, apenas da contagem em dobro. Nesse caso, portanto, são dois os momentos a serem analisados: a) o momento da constituição do direito à qualificação do

¹⁰⁸ TODESCHINI, Edmilson. Op. cit. p. 129.

tempo de serviço (o dia em que se completa o interstício quinquenal) e b) o momento do exercício do direito ao efeito quanto à contagem em dobro para fins de aposentadoria.

A constituição da situação jurídica de aposentado ocorre ao tempo da Emenda nº 20/98. O que ocorre aqui é um pressuposto complexo.

Outrossim, à luz da teoria das três eficácias da lei no tempo, a constituição da situação jurídica ocorreu no passado da Emenda nº 20/98 e os efeitos ocorreram no presente. Conforme a regra geral da prospectividade, a Emenda aplicar-se-ia imediatamente, não admitindo, pois, a contagem em dobro conforme os preceitos da lei antiga. Não alteraria a qualificação dada àquele tempo de serviço no passado, todavia, não permitiria a pós-atividade da lei antiga.

Para que dúvidas não pudessem ser suscitadas, a Emenda nº 20/98, através da disposição de direito transitório, contida no art. 4º, frisou a aplicação pós-ativa da Lei nº 6.745/85, com a redação vigente até 18 de abril de 1991.

Segundo a teoria das três eficácias, ocorrendo o efeito durante a vigência da lei nova, à primeira vista, seria o caso de aplicar-se a novel disposição imediatamente. No entanto, entra em cena o dispositivo constitucional que garante o direito adquirido, determinando expressamente a pós-atividade ou sobrevivência da lei antiga.

3.4 A QUALIFICAÇÃO DO TEMPO FICTO COMO SITUAÇÃO JURÍDICA CONSUMADA

A questão fundamental é a qualificação do tempo de serviço. Segundo a teoria de Paul Roubier, trata-se de analisar em que momento se dá a constituição do direito à qualificação de determinado tempo de serviço. A partir desse momento a qualificação do tempo de serviço torna-se consumada, e pois, não mais poderá ser atingida pela lei nova, sem retroatividade.

Note-se que a lei vigente ao tempo em que o serviço foi prestado é que qualifica tal serviço. Isso quer dizer que a lei vigente ao tempo em que o serviço foi prestado é que constitui o direito à determinada qualificação. Assim sendo, quando o servidor prestou o serviço constituiu o direito à respectiva qualificação.

Se a lei atual refere-se à qualificação do tempo de serviço dada pela lei antiga, não poderá mudar os respectivos efeitos sem retroatividade, pois nesse caso desrespeitará, quanto a tal qualificação, o ato jurídico perfeito. Como diz Roubier:

Se a constituição (ou a extinção) de uma situação jurídica foi obtida sob a vigência da lei antiga, sendo indiferente se em decorrência de fatos consumados em um só momento, ou de fatos contínuos ou sucessivos, a lei nova não

poderá atingir tais fatos sem atuar retroativamente¹⁰⁹.

A lei determinava que a licença-prêmio poderia ser usufruída ou contada em dobro. Assim, aquele tempo de serviço prestado, com base na legislação vigente à época (Lei nº 6.745/85 na redação original), poderia ser qualificado, da seguinte forma: cada quinquênio de serviço prestado, mais o tempo da licença, corresponderia, para fins de aposentadoria, a 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de exercício laboral, caso o servidor usufruísse o descanso remunerado, ou a 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de exercício, se o servidor não usufruísse a licença até a aposentação.

Em verdade tal qualificação foi consumada no momento em que o serviço foi prestado, portanto, lei nova não poderia destruir tal efeito sem retroatividade.

Francisco de Queirós B. Cavalcanti, raciocinando nos termos da teoria clássica, tem uma opinião diversa. Para esse autor “o tempo a ser considerado é de ser contado à época da aposentadoria, ou do integral preenchimento dos requisitos para tal, antes só há expectativa”¹¹⁰. O argumento, todavia, não procede, pois o direito a determinado tempo de serviço se adquire no momento em que o serviço é prestado, não se confundindo com o direito à aposentadoria, mesmo que o primeiro seja requisito para o segundo.

¹⁰⁹ *Le droit transitoire...* . p.. 185 “*Ou bien la constitution (ou l’extinction) d’une situation juridique a été entièrement obtenue sous la loi ancienne: il importe peu à cet égard que la situation se soit constituée (ou éteinte) en un Seul moment, ou par le moyen de faits continus ou successifs. La loi nouvelle ne peut, sans rétroactivité, s’attaquer aux situations antérieurement constituées (ou éteintes)*”.

¹¹⁰ CAVALCANTI, Francisco de Queirós Bezerra. **O novo regime previdenciário dos servidores públicos**. Maceió: Editora Nossa Livraria, 1999. p. 86.

Cabe à lei estabelecer o que considera como tempo de serviço para fins de aposentadoria. Se ela descreve como pressuposto a prestação do serviço e como efeito a contagem em dobro para fins de aposentadoria, o servidor que prestou o serviço tem direito a esta consequência jurídica: não se está diante de mera expectativa, e sim de um ato jurídico perfeito, já que o servidor cumpriu por completo os requisitos da norma, e, portanto, o serviço foi qualificado conforme a lei antiga.

Portanto, a lei aplicável será aquela vigente no momento em que realizou a prestação e será direito do servidor a correspondente estatuição, ou seja, a qualificação como tempo de serviço daquele tempo ficto.

Pode-se aduzir que o servidor poderia usufruir a licença-prêmio a qualquer tempo e que não há como se estabelecer qual foi a sua opção, mas esse argumento cai por terra diante da constatação de que o que realmente o servidor adquiriu ao prestar o serviço, pela legislação estadual, é o direito à escolha entre usufruto e contagem em dobro.

Se a Constituição Federal e a LICC protegem o ato jurídico perfeito, não há como a norma decorrente do poder derivado apagar o passado e modificar os efeitos de situação anteriormente constituída.

Da mesma forma que a Emenda não podia atingir aquele tempo real considerado válido até sua entrada em vigor, também não poderia atingir o tempo ficto, isto porque o pressuposto e a estatuição da norma previdenciária (que qualificava o tempo de serviço) já haviam se completado na vigência da lei anterior. Vale dizer, se o servidor

cumpriu o tempo necessário à qualificação do exercício como tempo de serviço para fins de aposentadoria, no momento em que este lapso temporal termina consuma-se a estatuição e aquele tempo ficto ou real passa a valer como tempo de serviço para a aposentação. Assim, a prestação laboral deve ser qualificada conforme os preceitos da lei então vigente.

Quem confere o tratamento jurídico de tempo de serviço a determinada situação jurídica é a lei estatutária. O que a lei constitucional faz é condicionar o direito à aposentadoria à comprovação de um mínimo de tempo de serviço. Quando a Emenda transforma o caráter do regime previdenciário em contributivo e determina que enquanto não for regulamentada a contribuição previdenciária vale o tempo de serviço, não atinge a qualificação dada pela norma infraconstitucional. Mesmo quando determina a proibição quanto à contagem de contribuição fictícia, não pode atingir tempo ficto considerado como tempo de serviço.

3.5 PÓS-ATIVIDADE, APOSENTADORIA, REGIME JURÍDICO E DIREITO ADQUIRIDO

Neste ponto, traz-se à baila as afirmações de Paulo Modesto¹¹¹ quanto à reforma administrativa e o direito adquirido ao regime da função pública.

¹¹¹ MODESTO, Paulo. Reforma Administrativa e Direito Adquirido ao Regime da Função Pública. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n. 14, 1996. p. 232.

Para o autor, o regime público dos servidores públicos, por ser legal, pode ser modificado a qualquer tempo no interesse da Administração, pois “o regime jurídico dos servidores não é algo consumado e intangível no tempo, mas conjunto de normas mutável, impessoal, objetivo, definido e alterado unilateralmente pelo Estado em vista do interesse público”.

Paulo Modesto cita várias decisões do Supremo Tribunal Federal afirmando que não há direito adquirido ao regime jurídico para os servidores públicos, citando a seguinte ementa: “Lei nova, ao criar direito novo para o servidor público, pode estabelecer, para o cômputo do tempo de serviço, critério diferente daquele determinado no regime jurídico anterior¹¹².”

Pode-se argumentar, assim, que a lei pode criar nova sistemática de cômputo do tempo de serviço a partir de sua entrada em vigor, ou seja, com aplicação prospectiva, sem que se possa alegar, contra sua aplicação imediata, qualquer direito adquirido.

¹¹² BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 99.522. Direito adquirido. Tempo de serviço público para efeito de enquadramento criado por lei nova. Esta corte já firmou jurisprudência no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico, o que implica dizer que pode a lei nova, ao criar direito novo para o servidor público, estabelecer exigência, quanto ao tempo de serviço exigido para a obtenção desse direito, que não observe o regime jurídico anterior no tocante ao âmbito de extensão da eficácia dos diferentes componentes que, pela lei antiga, integravam o tempo de serviço público para todos os efeitos das leis então existentes. Relator Ministro Moreira Alves. Disponível em: <http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&s1=99522&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLJRON&Sect6=SJURN&p=1&r=1&f=G&n=&l=20>. Acesso em: 07 nov. 1999. Ver também: RDA 153/110-113.

No entanto, não é este o teor da referida decisão do Supremo Tribunal Federal. O caso versa sobre a qualificação de tempo de serviço dada por lei (Lei nº 7.424, de 17 de dezembro de 1980 do Estado do Paraná), que determinava novo plano de classificação de cargos do executivo estadual.

Segundo relatado no acórdão, a lei estadual considerava para fins de reclassificação apenas o “tempo de efetivo serviço prestado ao Estado, excluindo-se dele o tempo adicional, ou seja, *in casu*, o período contado em dobro, referente a férias e licença especial não gozadas, bem como o serviço prestado á municipalidade”.

O raciocínio adotado no acórdão é este: “se não assistia direito à reclassificação antes da Lei nº 7.424/80, e se só esta lei a estabeleceu, não há que se dizer que ela aproveite num sentido e não opere no outro”.

No caso em tela não há direito adquirido, simplesmente porque não havia o direito á reclassificação a ser protegido no passado, que pressupunha a contagem de tempo de serviço fictícia. Situação diferente é a do tempo de serviço prestado para fins de aposentadoria.

A lei nova pode criar novo direito estipulando requisitos e efeitos próprios a partir de sua entrada em vigor, mas deve respeitar as situações consolidadas no passado.

A Constituição originária, ao renovar o sistema jurídico, pode modificar situações jurídicas consumadas no passado, operando retroativamente, no entanto há que dispor expressamente sobre isso, pois a retroatividade

não se presume. Situação exemplar é a da CRFB/88, nos arts. 18 e 51 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias — ADCT. De outro lado, quando se trate de Emenda Constitucional haverá que respeitar, como se verá melhor adiante, uma segunda exigência em razão da cláusula pétrea constituída pelo artigo 5º, inciso XXXVI: será necessário respeitar o ato jurídico perfeito, quando exista uma situação jurídica consumada no passado.

Como salienta Paulo Modesto:

Regra é a imediatividade eficaz das normas jurídicas constitucionais. Se se deseja manter no tempo, ou por certo tempo, a aplicação de normas anteriores contrárias a novo mandamento constitucional, exige-se norma de transição expressa. Se o objetivo é a aplicação do novo dispositivo constitucional também para alterar no passado efeitos jurídicos já consolidados, a mesma exigência de explicitude é feita¹¹³.

Vale dizer, não existindo disposição expressa, a regra é a aplicação imediata ou prospectiva da norma constitucional, respeitando assim os fatos consumados, mas apanhado as situações e efeitos, mesmo os decorrentes de fatos passados, a partir do início da sua vigência. Sendo intenção do legislador constituinte proteger os efeitos de situações constituídas quanto ao pressuposto no passado, mas cuja estatuição só ocorrerá no futuro, deverá

¹¹³ MODESTO, Paulo. Op. cit. p. 236.

proteger tal situação sob o invólucro do direito adquirido¹¹⁴, determinando a pós-atividade da lei antiga.

Maria Garcia, com base nos ensinamentos de Raul Machado Horta, assevera:

Se, com efeito, relativamente à Constituição, em si considerada, dúvida não cabe de que poderá ela revogar direito adquirido [...], com referência à emenda, reforma ou revisão, as vedações se fazem presentes e imperativas. Atos posteriores à Constituição a esta devem subsumir-se incontornavelmente, e assim a emenda constitucional, como outra qualquer das espécies normativas enumeradas no art. 59.

[...] Titularidade diversa, oportunidade, limitações interpelável (sic) no seu fundamento de validade — a emenda constitucional não detém, por definição, a mesma força suprema de instaurar a ordem jurídica sobrepondo-se ao preexistente social e político, por essa forma detendo-se ante a proteção constitucional ao direito adquirido conforme a Constituição¹¹⁵.

Com efeito, os entendimentos contrários não se coadunam com a própria natureza da reforma constitucional, já que o art. 60, § 4º, IV, da CRFB/88, impede expres-

¹¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O direito adquirido e o direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n. 24, 1998. p. 58.

¹¹⁵ GARCIA, Maria. A emenda previdenciária e os direitos adquiridos. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* São Paulo, n. 26, jan.-mar., 1999. p. 116.

samente qualquer emenda tendente a abolir os direitos e garantias fundamentais.

A Carta Magna protege como cláusulas pétreas os direitos e garantias fundamentais elencados em seu título II, capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), garantindo, entre outros, que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (art. 5º, XXXVI).

Note-se, se a norma constitucional originária afasta a deliberação quanto à proposta tendente¹¹⁶ a abolir, não poderia admitir a aprovação de proposta que destruísse direitos adquiridos (art. 5, XXXVI, CRFB/88).

Nesse sentido, lição de Geraldo Ataliba:

Não pode o órgão de reforma, o Congresso Nacional, sequer discutir qualquer dispositivo tendente (que abrigue tendências, que leve, que conduza, que encaminhe, que facilite, que possibilite indiretamente) à abolição dos dois princípios, reputados, tão importantes, tão fundamentais, tão decisivos, que tiveram um tratamento sacro, proteção absoluta, erigidos que foram em *tabus jurídicos*¹¹⁷.

Martins Cardozo, apesar de entender que uma emenda à Constituição pode prejudicar direitos adquiridos e atos jurídicos perfeitos, afirma que tal possibilidade fica sujeita à disposição expressa contida na norma reforma-

¹¹⁶ Do latim *tendere*, encaminhar-se remotamente, aproximar-se.

¹¹⁷ ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 126.

dora: “caso contrário, haverá de ser esta interpretada na sua aplicabilidade temporal, de forma a não suprimir direitos adquiridos ou a não interferir com atos jurídicos perfeitos ou com a coisa julgada”¹¹⁸.

A lei e as decisões dos tribunais protegem o direito adquirido à aposentadoria quando preenchidos todos os requisitos, assim, mesmo que o servidor não tenha requerido sua aposentação até a edição da lei nova, estará protegido da aplicação imediata desta em razão do direito adquirido.

Portanto, existe direito adquirido a regime jurídico no que se refere aos direitos previdenciários.

As decisões do Supremo Tribunal Federal¹¹⁹ citadas por Paulo Modesto¹²⁰ afirmam a inexistência de direito adquirido a regime jurídico. No entanto, há que se ressal-

¹¹⁸ CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 316.

¹¹⁹ “O funcionário tem direito a, quando se aposentar, ter seus proventos calculados em conformidade com a lei vigente ao tempo em que preencheu os requisitos para a aposentadoria. Não possui, contudo, direito adquirido ao regime jurídico relativo ao cargo, o qual pode ser modificado por lei posterior [...]” (STF, RE Nº 99.522, Rel. Min. Moreira Alves, in RDA 153/110/113). Vencimentos: reajuste: direito adquirido. Inexistência. Segundo a jurisprudência do STF — que reduz a questão a inexistência de direito adquirido a regime jurídico —, as leis ainda quando posteriores à norma constitucional de sua irredutibilidade — que modificam a sistemática de reajuste de vencimentos ou proventos são aplicáveis desde o início de sua vigência [...]” (STF — RE nº 185.966-1, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, in DJU de 22/09/1995, Seção I, p. 30.632). “[...] Não havendo direito adquirido a vencimentos nem a regime jurídico, o art. 1º *caput*, do Decreto-lei, nº 2.425/88 é de aplicação imediata, tendo os funcionários direito apenas ao reajuste, calculado pelo sistema do art. 8º, §1º, do Decreto-lei 2.335, com relação aos dias do mês de abril anteriores ao da publicação daquele Decreto-lei (...)” (RE Nº 179.956-1, Rel. Min. Moreira Alves, DJU de 22/09/1995, Seção I, p. 30.633) apud MODESTO, Paulo. Op cit. p. 236.

¹²⁰ MODESTO, Paulo. Op cit. p. 233.

tar que tais decisões referem-se a situações criadas a partir da lei nova, modificando a relação estatutária, especialmente, em relação aos cargos e vencimentos dos servidores públicos. Nessas situações peculiares o Supremo Tribunal Federal não concebe direitos adquiridos a serem protegidos, afirmando a eficácia imediata da lei nova. Além disso, tinha como sustentáculo às disposições da Carta Constitucional de 1967.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal entende que não há direito adquirido ao regime jurídico estatutário, mas quanto àqueles direitos estatutários relacionados à aposentadoria entende ser adequado, no que diz respeito aos requisitos, proteger situações consolidadas na vigência da lei antiga, mesmo que o ato aposentatório formal só ocorra no futuro, ou seja, na vigência da lei nova.

[...] Direito adquirido aos proventos conforme a lei regente ao tempo da reunião dos requisitos da inatividade, ainda quando só requerida na vigência da lei posterior menos favorável (Súmula 359, revista)¹²¹.

Traz-se à baila as ponderações do Ministro do STF, o catarinense, Luiz Gallotti, no RE 73.189:

Se, na vigência da lei anterior, o impetrante preencher todos os requisitos exigidos, o fato de, na sua vigência não haver requerido a apo-

¹²¹ Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 10 de outubro de 2005. Disponível em: <http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=julg&s1=direito++adj+adquirido+e+aposentadoria&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=1&f=G>. Acesso em: 29 nov. 2005.

sentadoria, não o fez perder o seu direito, que já estava adquirido.

Um direito adquirido não se pode transmutar em expectativa de direito, só porque o titular preferiu continuar trabalhando e não requerer a aposentadoria antes de revogada a lei em cuja vigência ocorrera a aquisição do direito. Expectativa de direito é algo que antecede à sua aquisição, e não pode ser posterior a esta. Uma coisa é a aquisição do direito; outra diversa é o seu uso ou exercício. Não devem as duas ser confundidas. E convém ao interesse público que não o seja, porque, assim, quando pioradas pela lei as condições da aposentadoria, se permitirá que aqueles eventualmente atingidos por ela, mas já então com os requisitos para se aposentarem de acordo com a lei anterior, em vez de o fazerem imediatamente, em massa, como costuma ocorrer, com grave ônus para os cofres públicos, continuem trabalhando, sem que o tesouro tenha que pagar, em cada caso, a dois: ao novo servidor em atividade e ao inativo¹²².

Tal entendimento não advém apenas da interpretação judicial, como também do próprio sistema normativo

¹²² Disponível em: < <http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=julg&s1=73189&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=3&f=G> >. Acesso em: 14 maio 2005.

brasileiro, que inclui o direito à aposentadoria no rol dos direitos sociais. Como diz Maria Garcia, esse direito constitui

prestação pecuniária, substitutiva do salário e, portanto, de natureza alimentar, prevista nos arts. 6º, 7º, XXIV, [40], 201, e 202 da CF e decorrente da garantia da inviolabilidade do direito à vista (art. 5º, *caput*) como meio de subsistência, cessado o trabalho, entre os direitos fundamentais constantes desse Título II da Constituição, objetivando o atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana, conforme previsto no art. 1º, III¹²³.

O que se quer afirmar é que as normas previdenciárias fazem parte do regime jurídico dos servidores e, mesmo assim, podem gerar situações que corporifiquem direitos adquiridos.

¹²³ GARCIA, Maria. A emenda previdenciária e os direitos adquiridos. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política** São Paulo, n. 26, jan.-mar., 1999. p. 116.

4

DECISÕES JURISPRUDENCIAIS E ADMINISTRATIVAS RELACIONADAS À APLICAÇÃO NO TEMPO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/98

4.1 QUALIFICAÇÃO DO TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO COMO ATO JURÍDICO PERFEITO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ainda não há decisão do Supremo Tribunal quanto à aplicação da Emenda Constitucional nº 20/98¹²⁴ à contagem em dobro da licença-prêmio. No entanto, a qualifica-

¹²⁴ O Supremo Tribunal Federal considerou constitucional o art. 3º da Lei nº 1.713, de 11/07/1990, do Estado do Rio de Janeiro, na parte que permitia a contagem em dobro de férias e licença-prêmio não gozadas, e inconstitucional as seguintes expressões: "e, para os servidores que apurem, nos termos do art. 76 e §§ 1º e 2º do mencionado Decreto nº 2.479/79, tempo de serviço não inferior a 20 (vinte) anos, o de exercício de cargo em comissão na Administração Direta do Estado", em face do art. 40, I, II, III da Constituição Federal de 1988, mas fazendo referência aos § 4º e 10 do art. 4, com a redação dada pela EC nº 20/98. ADI nº 404-2. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 01 de abril de 2004. Disponível em: Disponível em: <http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=404&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=7&f=G>
Acesso em: 29 nov. 2005.

ção jurídica do tempo de serviço, para fins de aposentadoria, a Corte Suprema já tem posição desde 1976, que foi solidificada no decorrer dos anos, em outras diversas oportunidades.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal decidiu um caso concreto em 1976 tendo como relator o Ministro Eloy Rocha. O caso que serviu de paradigma para diversas outras decisões tratava da aplicação de lei estadual paulista “que permitia a contagem, para efeito de aposentadoria, de tempo de serviço prestado a estabelecimentos particulares de ensino” e que fora revogada por outra lei estadual, em relação ao tempo de serviço prestado por servidores estaduais durante a vigência da primeira, mas que após a revogação não eram mais qualificados como tempo de serviço para fins de aposentadoria.

Desse acórdão a lição a reter é a seguinte, nas palavras do Ministro Relator Eloy da Rocha:

Afirmo, na fundamentação do meu voto, que se cuidou do **reconhecimento de fato jurídico perfeito**, fato inteiramente realizado, qualificado juridicamente, na conformidade da lei vigente à época, para os efeitos nela previstos, como tempo de serviço público. O fato criou, na forma da lei, um bem jurídico que se incorporou, imediatamente, no patrimônio do servidor, **consubstanciando direito adquirido**. A lei nova poderá dispor que não se considera mais tempo de serviço público este ou aquele fato. Vigerá para o futuro. O fato realizado não se

destruirá e o direito que ele originou não se retirará do patrimônio do servidor¹²⁵.

Com efeito, para o Ministro Eloy Rocha: “prestado serviço, que a lei mandou computar como serviço público, para efeito nela previsto, e, portanto, realizado, inteiramente o fato, de que resultou o direito à qualificação do tempo de serviço, a lei nova não pode apagar ou considerar inexistente o fato e destruir o direito”. E, ainda: “a lei atual rege os requisitos do direito à aposentadoria. Pode, por exemplo, exigir maior tempo de serviço. Mas não pode dar como inexistente fato jurídico perfeito, não pode retirar ao serviço prestado a qualificação de serviço público, que se constituiu num direito incorporado no patrimônio”¹²⁶.

Ao que parece, o Ministro Eloy Rocha considera a qualificação de determinado tempo de serviço ora como ato jurídico perfeito, ora como direito adquirido. Talvez o mais adequado, consoante a doutrina das três eficácias, seria separar o momento da constituição do direito do momento de seus efeitos. Assim a constituição da quali-

¹²⁵ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 82.881 de São Paulo. Relator Ministro Eloy Rocha. Servidor público estadual. — Caracterização de tempo de serviço público; direito adquirido. — estabelecido, na lei, que determinado serviço se considera como tempo de serviço público, para os efeitos nela previstos, do fato inteiramente realizado nasce o direito, que se incorpora imediatamente no patrimônio do servidor, a essa qualificação jurídica do tempo de serviço, consubstanciando direito adquirido, que a lei posterior não pode desrespeitar. Recurso extraordinário conhecido, mas desprovido. — votos vencidos. Disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&s1=82881&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=1&f=G&n=&l=20>>. Acesso em: 03 de mar. de 2000. (Grifo nosso)

¹²⁶ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 82.881 de São Paulo. Relator Ministro Eloy Rocha. Op. cit.

ficação do tempo de serviço ocorre no momento da prestação de serviço. Os efeitos decorrentes dessa qualificação, que constituem pressuposto de outra norma que ocorrerá no futuro, como é o caso da contagem em dobro deste tempo para fins de aposentadoria, constitui, a partir do momento em que o serviço é prestado, direito adquirido do servidor público.

Vale dizer, a partir do momento em que o serviço é prestado, constitui-se em ato jurídico perfeito no que se refere à qualificação, portanto, qualquer lei que modifique esta qualificação será retroativa, bem como a posterior contagem em dobro deste tempo, para fins de aposentadoria, constitui um direito adquirido do servidor, determinado a pós-atividade da lei antiga.

Salienta-se a seguinte argumentação do Ministro Moreira Alves, no corpo do supracitado acórdão:

Há dois direitos diferentes: um, é o direito à contagem de tempo; e outro, o direito a aposentar-se.

Façamos abstração da eficácia: 'contagem de tempo, para efeito de aposentadoria'; e isso é possível, pois, para haver efeito — embora diferido —, é preciso haver uma causa. Essa causa é o direito adquirido a ter tempo de serviço qualificado como tempo de serviço público. Esse direito se adquire antes da aposentadoria, embora sua eficácia só ocorra quando se completarem os demais requisitos para a aposentação. A lei do tempo da produção

do efeito não pode impedi-la sob o fundamento de que, nesse instante, o direito de que decorre o efeito não mais é admitido. É justamente para evitar isso que há proibição da retroatividade, quando existe direito adquirido antes da lei nova, embora sua eficácia só ocorra depois dela¹²⁷.

Aqui importa esclarecer que quando o eminente Ministro afirma que é para evitar isso que há proibição da retroatividade, o que se deverá dizer no quadro da teoria das três eficácias da lei no tempo é que haverá imposição da pós-atividade da lei antiga, que continuará regendo no futuro a matéria (apesar de essa lei já estar revogada).

Efetivamente, o direito à contagem do tempo de serviço não se confunde com o direito à aposentadoria. Nesse sentido há outra manifestação do Supremo Tribunal Federal:

o tempo de serviço reconhecido foi prestado na vigência da lei que permitia essa contagem. A aposentadoria era ainda mera expectativa, mas o tempo parcial de serviço prestado já se integrara no patrimônio da agravada para aquele efeito, à época mesmo da prestação do serviço. A lei posterior só poderia suprimir a contagem em relação ao serviço

¹²⁷ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário n. 82.881 de São Paulo. Relator Ministro Eloy da Rocha. Op. cit.

prestado durante a sua vigência, não retroativamente”¹²⁸.

Isso porque a qualificação dada ao tempo de serviço constitui ato jurídico perfeito no momento em que o serviço é prestado, ou seja, no momento em que o servidor prestou o serviço havia duas normas prevendo o mesmo requisito para atingir, subsidiariamente, efeitos distintos. O requisito era prestar o serviço público durante cinco anos. Os efeitos eram a aquisição do direito ao gozo de licença-prêmio ou a aquisição do direito à contagem em dobro desse tempo para fins de aposentadoria.

A situação é de natureza complexa, pois depende da prestação do serviço durante um período duradouro de 5 (cinco) anos; portanto, a consumação do ato jurídico não ocorre em um único instante, depende da permanência do servidor no exercício do cargo durante o interstício exigido na lei. No entanto, no momento em que se completa o lapso temporal exigido, aquele tempo de serviço prestado passa a ter os efeitos garantidos pela lei vigente no momento da prestação laboral; assim sendo, se cinco anos de exercício conferem o direito ao gozo de três meses de licença remunerada, esses 3 (três) meses são

¹²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 85.740. Relator Ministro Cunha Peixoto. Funcionário público do Estado de São Paulo — contagem de tempo de serviço com o acréscimo de 20% por risco de saúde previsto nos arts. 294 e 295 da antiga consolidação das leis do funcionalismo revogação do benefício por lei estadual posterior. direito adquirido do acréscimo enquanto vigorou a legislação concessiva do benefício. Recurso extraordinário não conhecido. RTJ 88/262. Disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&s1=85740&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=1&f=G&n=&l=20>>. Acesso em: 18 maio 2001.

considerados como tempo de serviço; da mesma forma, se não houver o descanso, esse período será contado em dobro. Valerá como 6 (seis) meses de exercício, porque a lei conferiu tal efeito. Se o ato foi consumado, não há como lei nova atingir tal direito sem retroatividade.

Daí porque a interpretação da Emenda Constitucional deve ser realizada em consonância com o artigo 5º, XXXVI da CF, e respeitar o ato jurídico perfeito ou os fatos consumados.

Da mesma forma que a Emenda Constitucional não pode atingir o tempo de serviço prestado em condições normais (dizendo, por exemplo, não será de serviço o tempo prestado nos feriados de 21 de abril anteriores à nova lei, pois apesar de não haver prestação laboral, a lei garantia que esse período de descanso remunerado tinha o efeito de tempo de serviço, a ser contado para fins de aposentadoria), nem desfazer as licenças adquiridas, impedindo o usufruto do servidor¹²⁹, também não pode atin-

¹²⁹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RE nº 101.052. [...] Tendo a Lei Paulista nº 4819-58 concedido licença-prêmio após cada quinquênio, e a de nº 200-74, revogado o benefício, mas ressalvado o direito daqueles que já houvessem ingressado na empresa antes da lei revogadora, não há o que reapreciar, sob o fundamento da letra 'a', no acórdão impugnado que assegurou o benefício aqueles que já haviam completado o primeiro quinquênio, bem como aqueles que se encontravam em vias de completar o segundo, se é certo que o preceito constitucional e a legislação federal dados como malferidos não foram prequestionados (súmulas 282 e 356). É incabível, de outra parte, considerar os acórdãos trazidos à baila, para comprovação da divergência, se não debateram eles o fundamento precípua do aresto recorrido, qual seja o de que a lei revogara o benefício, para os novos servidores, mas expressamente os mantivera para os antigos que já tivessem completado o quinquênio ou se encontrassem percorrendo tal lapso de tempo para completá-lo. Relator: Ministro Aldir Passarinho. Brasília, 09 de agosto de 1985. Disponível em: < <http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-:julg&s1=101052&i=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=1&f=G> >. Acesso em: 29 nov. 2005.

gir aquele período passível de contagem em dobro adquirido antes da edição da Emenda.

O raciocínio é o seguinte: o direito a determinado efeito relacionado à prestação do serviço se concretiza no momento em que o serviço é prestado; por isso, se o serviço foi prestado e se a lei dizia que 5 (cinco) anos equivaleriam a 5 (cinco) anos e 3 (três) meses ou a 5 (cinco) anos e seis (seis) meses, não importa que a lei posterior não admita mais a contagem fictícia. A lei nova não mais poderá atingir aquele serviço prestado, pois a lei antiga já lhe conferiu o efeito, já consumou o ato jurídico conforme o seu preceito, estando aquela situação jurídica protegida do efeito retroativo de lei posterior.

Não há que se falar, quanto à qualificação, em direito adquirido, pois a situação já se consumou na vigência da lei antiga.

A teoria das três eficácias esclarece melhor o problema de direito intertemporal, porque protege a situação consumada, sem confundir a aplicação objetiva da lei no tempo e os direitos subjetivos relacionados.

O tempo de serviço prestado pelo servidor é ato jurídico perfeito, pertence ao passado, deve pois ser regulado pela lei contemporânea ao exercício. Não há como se aplicar a lei posterior sem retroatividade.

Aqui não se trata de manter a aplicação da lei vigente no futuro, não há pós-atividade da lei antiga, simplesmente deve-se aplicar a lei antiga aos fatos consumados durante a sua vigência tratando-se simplesmente

de aplicação prospectiva da norma. Daí porque não há direito adquirido a proteger, e sim um ato jurídico perfeito.

Se o direito à aposentadoria depende de requisitos ocorridos no passado, deve respeitar a conformação legal dada a esses requisitos no passado, especialmente no que se refere ao tempo de serviço.

Outra será a análise a ser feita quanto ao uso desse tempo de serviço para fins de aposentadoria. Aqui, se a lei previdenciária pressupõe a existência de determinado tempo de serviço prestado no passado, e se a lei nova modifica a qualificação desse tempo, neste caso, a fim de que se garanta a segurança jurídica das relações entre o segurado e o Estado, deve-se respeitar esse tempo de serviço qualificado no passado como de serviço público, respeitando-se o direito adquirido quanto à contagem em dobro através da pós-atividade da lei antiga.

Duas são as questões a serem analisadas: a qualificação do tempo de serviço e a utilização desse tempo de serviço para fins de aposentadoria.

De qualquer forma deve-se garantir tanto a qualificação do serviço prestado quanto a sua contagem para fins de aposentadoria.

Sabendo-se que a retroatividade deve ser expressa, não há como se admitir implicitamente que a Emenda Constitucional nº 20/98 possa ser aplicada retroativamente. Mesmo que tal retroatividade estivesse claramente declarada na norma reformadora, seria inconstitucional, pois nenhuma emenda pode ferir a cláusula pétrea contida no

artigo 5º, XXXVI, que caracteriza o ato jurídico perfeito como garantia fundamental.

Ressalta-se, por fim, mais um trecho do pronunciamento do Ministro Moreira Alves, no já citado acórdão:

O princípio é este: realizado, completamente, o fato que a lei manda computar como tempo de serviço público, o direito, dele resultante, incorpora-se, desde logo, no patrimônio do servidor público, independente da atualidade de outros direitos. Lei posterior não poderá dar como inexistente o fato, ou tirar-lhe a qualificação de serviço público [...]

O tempo de serviço é, apenas, um dos elementos necessários à aposentadoria. A qualificação jurídica desse tempo é regida pela lei vigente no momento em que ele é prestado. Já a lei que rege a aposentadoria, ao exigir determinado tempo de serviço público, tem de considerar a existência desse, como sendo de serviço público, com base no que dispunham as leis vigentes sobre essa matéria específica, o que se caracteriza como tempo de serviço público¹³⁰.

¹³⁰ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 82.881 de São Paulo. Relator Ministro Eloy Rocha. Op. cit.

4.2 ORIENTAÇÕES ADMINISTRATIVAS FEDERAIS E ESTADUAIS

O Ministério da Previdência e Assistência Social — MPAS num primeiro momento desconsiderou como tempo de contribuição o que era considerado como tempo de serviço até a publicação da Emenda nº 20/98, especialmente a contagem em dobro da licença-prêmio para fins de aposentadoria. Editou a Portaria MPAS nº 4.882, de 16 de dezembro de 1998¹³¹, que regulamentou a Emenda Constitucional nº 20/98, nos termos do artigo 4º, estabelecendo que “o tempo de serviço considerado pela legislação para efeito de aposentadoria, cumprido até que a lei discipline a matéria, será contado como tempo de contribuição, sendo vedada qualquer forma de contagem de tempo fictício” (art. 5º).

A Portaria MPAS nº 4.882/98 vedou, a partir de 16 de dezembro de 1998, “a contagem de tempo de serviço ou de contribuição em dobro, ou qualquer outra forma de contagem de tempo fictício de serviço ou contribuição” (art. 9º, III).

A Secretaria de Estado da Administração e Patrimônio da União — SEAP, na Instrução Normativa nº 05, de 28/04/1999, afirmou que “o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria será contado como tempo de contribuição, excluído o fictício” (art. 2º). A Instrução Normativa passou a considerar como

¹³¹ Publicada no Diário Oficial da União de 17 de dezembro de 1998.

tempo de contribuição fictício “todo aquele considerado em lei como tempo de serviço público para fins de concessão de aposentadoria sem que haja, por parte do servidor, a prestação de serviço e a correspondente contribuição social, cumulativamente” (art. 2º, parágrafo único). Inclui-se, nesse caso, o tempo contado em dobro da licença-prêmio por assiduidade não gozada (art. 2º, inciso I). Vedou, ainda, o cômputo, a partir de 17 de dezembro de 1998, de qualquer tempo de contribuição fictício, para efeito de concessão de aposentadoria, exceto para o servidor que reuniu, até 16 de dezembro de 1998, os requisitos para aposentadoria integral ou proporcional, desde que se aposente pelas regras então vigentes¹³².

A Secretaria de Estado da Administração de Santa Catarina também dispôs sobre o tema na Instrução Normativa nº 06, de 13 de abril de 2000¹³³, nos moldes da IN nº 05/99 da SEAP. A Instrução determinou que “o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeitos de aposentadoria será contado como tempo de contribuição, excluindo o fictício”, considerou como tempo fictício de contribuição “todo aquele tempo considerado em lei como de serviço público, para fins de concessão de aposentadoria”, sem que houvesse, “por parte do

¹³² Instrução Normativa SEAP (Secretaria de Estado da Administração e do Patrimônio) nº 05 de 28 de abril de 1999. Publicada no Diário Oficial da União de 29 de abril de 1999. Estabelece orientação aos órgãos setoriais e seccionais do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal — SIPEC quanto aos procedimentos operacionais decorrentes da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998. Publicada no Diário Oficial da União de 29 de abril de 1998.

¹³³ Publicada no Diário Oficial do Estado de Santa Catarina de 18 de maio de 2000.

servidor, a prestação de serviço e a competente contribuição social, cumulativamente”. Inclui dentre os casos o “tempo contado em dobro da licença-prêmio não gozadas” (Art. 1º, itens 1.1, 1.2, I, *sic*).

As interpretações adotadas pelo MPAS e pela SEAP eram incompatíveis com as disposições do art. 4º da Emenda nº 20/98, que determina a pós-atividade da lei antiga.

Confirma o entendimento, a decisão do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que através da Portaria Normativa nº 01, de 16 de março de 2001, revogou expressamente o inciso I do Parágrafo único do art. 2º¹³⁴ da Instrução Normativa SEAP nº 05/99, de 28 de abril de 1999. E ainda a revogação da Portaria MPAS nº 4.882/98 pela Portaria MPAS nº 7.796, de 28 de agosto de 2000.

A revogação do referido inciso da Instrução Normativa SEAP nº 05/99 foi baseada no PARECER/MP/CONJUR/ Nº 2.721/2000 e denota a interpretação do Ministério de Planejamento, no sentido de incluir como equivalente ao tempo de contribuição aquele ficto considerado como de serviço até a edição da Emenda Constitucional nº 20/98.

O supracitado parecer, exarado pela Consultoria Jurídica do Ministério do Planejamento, Orçamento e Ges-

¹³⁴ “Art 2º O tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria será contado como tempo de contribuição, excluído o fictício. Parágrafo único. Considera-se tempo de contribuição fictício, para os efeitos desta Instrução Normativa, todo aquele considerado em lei como tempo de serviço público para fins de concessão de aposentadoria sem que haja, por parte do servidor, a prestação de serviço e a correspondente contribuição social, cumulativamente, dentre outros os seguintes casos:
I — tempo contado em dobro da licença-prêmio por assiduidade não gozada;”

tão, da lavra da Procuradora Federal Irene Vieira de Carvalho, tem o seguinte entendimento:

O legislador da Emenda Constitucional nº 20/98 foi extremamente cuidadoso ao resguardar o direito ao cômputo do tempo de serviço, para efeito de aposentadoria, que tivesse sido autorizado pela legislação vigente, cumprido até a edição da lei que venha disciplinar a contagem do tempo de contribuição. Eis que o texto Constitucional (§ 10, art. 40) proíbe que lei estabeleça qualquer forma de tempo de contribuição ficto, mas o art. 4º da referida Emenda resguardou o tempo fictício cumprido até que sobrevenha a aludida lei. Assim, o conteúdo normativo deste artigo [art. 4º da EC/98], antes transcrito, é mais rico que aparenta. Abriga, sob seu manto, o direito de transformar o tempo de serviço ficto, cumprido até a edição de lei que discipline a contagem do tempo de contribuição, considerando-o como tempo de contribuição para efeito de aposentadoria, não recebendo, portanto, nenhuma reprimenda do legislador da Emenda a contagem do tempo ficto para efeito de aposentadoria, desde que cumprido até a edição da mencionada lei¹³⁵.

¹³⁵ CARVALHO, Irene Vieira de. **Parecer nº 2.721/2000 da Consultoria Jurídica do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão**. Interpretação do Ministério de Planejamento, no sentido de incluir como equivalente ao tempo de contribuição aquele tempo ficto considerado como de serviço até a edição da Emenda Constitucional nº 20/98, 2000.

Note-se que o tempo de serviço real prestado conforme a legislação vigente até a Emenda vale como tempo de contribuição até que lei ordinária regulamente o que será considerado tempo de contribuição. O que a Emenda veda é que após 16 de dezembro de 1998 seja qualificado como tempo de contribuição o tempo ficto baseado em prestação de serviço posterior à Emenda.

Colaciona-se outro trecho do parecer da Procuradora:

No tocante ao tempo da licença-prêmio considerada, apurada em dobro, em face do tempo de serviço ficto, vez que não houve a prestação de serviço, nem a contribuição, existia a previsão legal determinando o seu cômputo para efeito de aposentadoria. Portanto, o período de licença-prêmio adquirido, desde que cumprido os requisitos necessários à sua concessão, até 15 de outubro de 1996¹³⁶, faz nascer, para o servidor, direito que se incorpora imediatamente ao seu patrimônio. Assim, independentemente do cumprimento dos pressupostos necessários para a aposentadoria, seja integral, seja proporcional, o servidor terá direito à contagem do tempo de serviço, quando da sua inativação, vez que este não se confunde com o direito à aposentadoria¹³⁷.

¹³⁶ Referência ao art. 7º da Lei Federal nº 9.527/97, pub. no DJU de 10/12/1997.

¹³⁷ CARVALHO, Irene Vieira de. Op. cit.

Também a Secretaria de Estado e Administração modificou o seu posicionamento revogando os incisos I e II, do item 1.2, da Instrução Normativa nº 006/00/SEA/DIRH, acima mencionada, através da Instrução Normativa nº 003/01/SEA/DIRH, de 23 de agosto de 2001¹³⁸, que teve como base o Parecer nº 095/01, da Consultoria Geral do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, elaborado pela autora¹³⁹.

4.3 DECISÕES JUDICIAIS QUANTO À SITUAÇÃO CONCRETA

Para ilustrar em que termos os juízes brasileiros vêm decidindo, colacionam-se duas decisões, uma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, e outra de um juiz federal da Seção Judiciária de Santa Catarina.

A decisão do TRF foi proferida em Mandado de Segurança nº 2000.72.00.008600-4/SC, com pedido de liminar, contra ato de agente público federal. Nela foi relatora a Desembargadora Federal Marga Inge Barth Tessler. Segundo o relatório contido na decisão, o mandado de segurança objetivou:

assegurar o direito à contagem em dobro do tempo das licenças-prêmio não gozadas para fins de aposentadoria, bem como o direito à

¹³⁸ Publicada no Diário Oficial do Estado de Santa Catarina de 30/08/2001.

¹³⁹ Trecho deste parecer será citado no item 4.5. *infra*.

aposentadoria de acordo com o estabelecido na Lei Complementar nº 85, ou seja, após 30 anos de serviços prestados e 20 anos na condição de policial¹⁴⁰.

Esclarece a Desembargadora que, deferida a liminar, a sentença foi no sentido de conceder a segurança “ [...] para que seja computado em dobro, para efeito de aposentadoria, o tempo de licença-prêmio por assiduidade não usufruído pelo impetrante, anterior à vigência da Emenda Constitucional 20, de 15 de dezembro de 1998”. Informa ainda, que a União sustentou sua apelação nos seguintes argumentos:

a contagem do tempo de serviço, considerado pela legislação vigente, para efeito de aposentadoria, deve observar as disposições do artigo 40, § 10, da Constituição Federal [...], para que o impetrante pudesse se beneficiar da contagem em dobro para efeito de aposentadoria, deveria ter tempo de serviço que, somado às licenças não gozadas, possibilitasse a aposentadoria em data anterior à edição da Emenda Constitucional nº 20/98.

¹⁴⁰ BRASIL. **Tribunal Regional Federal**. Região. 5. Administrativo. Mandado de segurança nº 2000.72.00.008600-4/SC, com pedido de liminar, contra ato de agente público federal. Relatora Desembargadora Federal Marga Inge Barth Tessler. 2002. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp>>. Acesso em: 05 jan. 2002.

Em seu voto, a Desembargadora Marga Tessler trouxe à colação os textos legais federais que concediam o direito à contagem em dobro (art. 87 da Lei nº 8.112/90 e art. 5º da Lei nº 8.162/91¹⁴¹) e referiu a legislação revogatória de tal direito (art. 1º da MP nº 1.522/96¹⁴²), que transformou o direito à licença-prêmio em licença capacitação, mas resguardou “a manutenção dos antigos critérios para os períodos de licença-prêmio adquiridos até 15/10/1996 e revogou o art. 5º da Lei nº 8.162/91”. Lembra também

¹⁴¹ Legislação anterior:

“Art. 87. Após cada quinquênio ininterrupto de exercício, o servidor fará jus a 3 (três) meses de licença, a título de prêmio por assiduidade, com a remuneração do cargo efetivo. [...] § 2º Os períodos de licença-prêmio já adquiridos e não gozados pelo servidor que vier a falecer serão convertidos em pecúnia, em favor dos seus beneficiários da pensão”.

“Art. 5º Para efeito de aposentadoria, será contado em dobro o tempo de licença-prêmio a que se refere o art. 87 da Lei nº 8.112, de 1990, que o servidor não houver gozado.”

¹⁴² Legislação dada pela Medida Provisória:

“Art. 87. Após cada quinquênio de efetivo exercício, o servidor poderá, no interesse da administração, afastar-se do exercício do cargo efetivo, com a respectiva remuneração, por até três meses, para participar de curso de capacitação profissional.

Parágrafo único. Os períodos de licença de que trata o *caput* não são acumuláveis.”

“Art. 6º. Os períodos de licença-prêmio, adquiridos na forma da Lei nº 8.112, de 1990, até 15 de outubro de 1996, poderão ser usufruídos ou contados em dobro para efeito de aposentadoria ou convertidos em pecúnia no caso de falecimento do servidor, observada a legislação em vigor até 15 de outubro de 1996.”

“Art. 13. Ficam revogados o art. 1º da Lei nº 2.123, de 1º de dezembro de 1953, o parágrafo único do art. 17 da Lei nº 4.069, de 11 de junho de 1962, o inciso III do art. 8º, o inciso IV do art. 33, os arts. 88,89 e 192 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, o art. 5º da Lei nº 8.162, de 08 de janeiro de 1991, e o art. 4º da Lei nº 8.889, de 21 de junho de 1994”.

que a Lei nº 9.527/97¹⁴³ fez pequenas alterações na Medida Provisória nº 1.522/96, sem alterar, no entanto, seu conteúdo principal.

A Desembargadora Relatora fundamenta os argumentos esposados:

Assim estava disciplinada a questão até a edição da Emenda Constitucional nº 20/98, que vedou qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício com a redação que deu ao § 10 do artigo 40 da Constituição Federal. Ora, da análise da evolução legislativa chega-se à conclusão de que os servidores que adquiriram períodos de licença-prêmio, na forma da Lei nº 8.112, de 1990, até 15 de outubro de 1996, poderão usufruí-los ou contá-

¹⁴³ "Art. 87. Após cada quinquênio de efetivo exercício, o servidor poderá, no interesse da administração, afastar-se do exercício do cargo efetivo, com a respectiva remuneração, por até três meses, para participar de curso de capacitação profissional.

Parágrafo único. Os períodos de licença de que trata o caput não são acumuláveis."

"Art. 7º. Os períodos de licença-prêmio, adquiridos na forma da Lei nº 8.112, de 1990, até 15 de outubro de 1996, poderão ser usufruídos ou contados em dobro para efeito de aposentadoria ou convertidos em pecúnia no caso de falecimento do servidor, observada a legislação em vigor até 15 de outubro de 1996."

"Art. 18. Ficam revogados o art. 1º da Lei nº 2.123, de 1º de dezembro de 1953, o parágrafo único do art. 17 da Lei nº 4.069, de 11 de junho de 1962, o parágrafo único do art. 3º da Lei nº 5.645, de 10 de dezembro 1970, o § 2º do art. 2º da Lei 5.845, de 6 de dezembro de 1972, os incisos III e IV do art. 8º, o inciso IV do art. 33, o parágrafo único do art. 3, os §§ 1º e 2º do art. 78, o parágrafo único do artigo 79, o § 2º do art. 81, os arts. 88,89, o § 3º do art. 91, o parágrafo único do art. 101, os arts. 192, 193, as alíneas "d" e "e" do art. 240 e o art. 251 da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, o art. 5º da Lei nº 8.162, de 8 de janeiro de 1991, o art. 4º da Lei nº 8.889, de 21 de junho de 1994, os arts. 3º e 10 da Lei nº 8.911, de 11 de julho de 1994."

los em dobro para efeito de aposentadoria, observada a legislação em vigor até 15 de outubro de 1996. O fato de que não tenha sido exercido o direito até a edição da Emenda Constitucional nº 20, não tem o condão de impedir o seu exercício no futuro, visto que o direito adquirido restou caracterizado e a Emenda Constitucional nº 20 deve ser interpretada como proibitiva de contagem fictícia de tempo de serviço após a sua vigência, respeitando, dessa forma, o direito adquirido e o estabelecido no artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal, ou seja, o respeito aos direitos adquiridos e garantias individuais.

Antes de negar provimento ao apelo, a Desembargadora Marga Tessler trouxe à colação as seguintes ementas:

Constitucional — Administrativo: Licença-prêmio — Mandado de segurança — Inconstitucionalidade da medida provisória nº 1.522/96 — Direito líquido e certo — Ordem concedida. Razão tem o impetrante. Quanto à inconstitucionalidade das sucessivas MP em análise em face ao disposto no art. 62, da CF, que estipula que as mesmas perderão a eficácia se não forem convertidas em Lei no prazo de trinta dias, pois a reedição não ressuscita os efeitos pretéritos, valendo somente para os próximos 30 (trinta) dias. O servidor tendo comple-

tado o interstício de 5 (cinco) anos exigidos pela Lei nº 8.112/90 antes da edição da MP 1.595-14, DE 11/11/1997, que veio posteriormente ser convertida na Lei nº 9.527/97, que transformou a licença-prêmio em licença para capacitação, tem direito líquido e certo à sua concessão. Ordem concedida. Maioria.” (TJDF — MSG 028369 — (Reg. 04) — Conselho Especial — Rel. Desembargador P. A. Rosa Farias — DJU 30/11/1999).

Direito constitucional e administrativo. Servidor público. Preliminar de ilegitimidade passiva ad causam — Carência de ação — Afastada. Encampação do ato. Licença-prêmio por assiduidade (art. 87 da Lei nº 8.112/90. Edição de medida provisória 1.522/96 transmudando mencionada licença em afastamento para participação em curso de capacitação profissional. Preenchimento dos requisitos legais para a concessão da vantagem em data anterior à conversão, em Lei, da última medida provisória. Direito adquirido. Precedentes. Segurança concedida. Maioria. I — Se é correto que nenhum servidor tem direito adquirido a regime jurídico, vencimentos ou reajustes de vencimentos, também é certo que a administração pública não pode ignorar o processo legislativo adequado para alterar o regime jurídico de seus agentes, no caso, através de Lei Formal.

II — Os impetrantes completaram o interstício de cinco anos antes da entrada em vigor da última medida provisória, que foi atempadamente convertida na Lei que confere nova redação ao art. 87 do Regime Jurídico Único. Logo, fazem jus à licença-prêmio por assiduidade, pleiteada.” (TJDF — MSG 029762 — (Reg. 21) Conselho Especial — Rel. Desembargador Nívio Gonçalves — DJU 28/07/1999)”.

Ainda, na vigência da Instrução Normativa SEAP nº 05/99 (trechos citados no item 4.2) que vedava, após 16 de dezembro de 1998, como tempo de contribuição a contagem em dobro do período de licença-prêmio não usufruído, assim se manifestou o juiz federal Carlos Alberto Dias¹⁴⁴:

O disposto na Emenda Constitucional 20, de 15 de dezembro de 1998, que alterou o artigo 40, parágrafo décimo, da Constituição Federal, não tem o condão de violar direito adquirido anterior à data de sua vigência.

Por isso, a Instrução Normativa SEAP nº 5, de 28 de abril de 1999, artigo 2º, inciso I, que considera como fictício o tempo contado em dobro da licença-prêmio por assiduidade não gozada e desautoriza a sua contagem como tempo de contribuição, não tem respaldo cons-

¹⁴⁴ BRASIL. **JUSTIÇA FEDERAL**. Seção Judiciária de Santa Catarina. Ação Ordinária nº 2000.72.00.8793-8. Segunda Vara Federal de Florianópolis. Juiz Carlos Alberto Dias. Data da decisão: 30 de outubro de 2000.

titucional para atingir retroativamente a situação específica do autor.

Em face do exposto, concedo a antecipação dos efeitos da tutela para determinar à Universidade Federal de Santa Catarina que compute em dobro, para efeito de aposentadoria, os sete meses de licença-prêmio por assiduidade não usufruídos pelo autor, como requerido.

4.4 A MANIFESTAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

O Tribunal de Contas da União — TCU, na decisão nº 748/2000, em resposta à consulta formulada pelo Presidente da Câmara dos Deputados, assim se manifestou:

Ementa: Consulta. Contagem em dobro de licença-prêmio, para fins de aposentadoria. Assegurada ao servidor a contagem em dobro de licença-prêmio não usufruída, ainda que ele, na data de publicação da Emenda Constitucional nº 20/98, não contasse tempo de serviço suficiente para a aposentadoria voluntária pelas regras então vigentes, com fulcro no art. 8º da aludida Emenda Constitucional, correspondente às regras de transição, ou pelas regras gerais estabelecidas no art. 40 da Carta Federal. Para o servidor regido pela Lei nº 8.112/90, a contagem em dobro somente será

possível se o direito à licença-prêmio tiver sido adquirido até 15/10/1996. A data-limite para a aquisição do direito, ante a nova redação conferida ao art. 40, § 10, da Constituição Federal, deve ser a de 16 de dezembro de 1998. Demais tempos fictos também poderão ser utilizados para efeito de aposentadoria, desde que tenham sido incorporados ao patrimônio do servidor até 16 de dezembro de 1998.

Qual foi o fato completamente realizado? A prestação do serviço. Qual o direito dele resultante? A qualificação como tempo de serviço para fins de aposentadoria. Portanto, neste caso, tem-se um ato jurídico perfeito.

Se a lei previdenciária considera para fins de aposentadoria o tempo de serviço prestado no passado, deve respeitar a qualificação dada pela lei contemporânea, ou seja, mesmo que o efeito previsto na lei velha só ocorra no futuro deverá permanecer sendo aplicada aos efeitos do tempo de serviço a lei anterior, para que se respeite o direito adquirido do servidor público aos efeitos do tempo prestado no passado.

4.5 MANIFESTAÇÕES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS ESTADUAIS

O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais manifestou-se em processo de consulta, considerando que a contagem em dobro de férias-prêmio prevista em

legislação municipal (com a mesma natureza de licença-prêmio) após a Emenda Constitucional nº 20/98, só é possível para os servidores que preencheram todos os requisitos para a aposentadoria até 15 de junho de 1998, nos seguintes termos:

- a) Os servidores que, até a data da Emenda nº 20, contavam com tempo de serviço e preenchiam todos os pressupostos para a aposentação continuam podendo agregar àquele tempo o relativo tempo ficto das férias-prêmio não gozadas;
- b) para novos em antigos servidores, estes alcançados pelas regras de transição do art. 8º da Reforma da Previdência Social, exclui-se da contagem para fins de aposentadoria o fictício relativo às férias-prêmio ou qualquer similar¹⁴⁵.

Note-se que a Corte de Contas mineira não acolhe a tese do direito adquirido à opção pelo cômputo do tempo ficto para fins de aposentadoria após a Emenda Constitucional, pois considera tal situação como mera expectativa de direito, conforme se deduz do corpo da consulta:

Em que pese o teor das recentes disposições magnas, inexistente motivo para a não-contagem do tempo ficto da licença-prêmio aos servidores que até 16 de dezembro de 1998, data da

¹⁴⁵ MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. Consulta nº 625.581. Relator: Conselheiro Moura e Castro. Belo Horizonte, 02 de março de 2002. Disponível em: www.tce.mg.gov.br. Acesso em: 09 nov. 2005.

promulgação da citada emenda, já haviam preenchido todos os requisitos necessários para usufruírem o benefício da aposentadoria.

Logo, o servidor que, em data anterior à EC nº 20, com cômputo ou não do articulado tempo ficto podia jubilar-se, continua, mesmo após a nova legislação previdenciária, tendo o direito de fazer a contagem desse tempo com o tratamento diferenciado, em face do direito adquirido, insculpido no art. 5º, XXXVI, da Magna Carta Federal, que assegura, no tempo, a manutenção dos efeitos jurídicos de norma modificada ou suprimida.

Vale dizer, *in casu*, o instituto do direito adquirido pressupõe, como condição para ser aplicado a efetiva ocorrência de todo o processo de formação da situação subjetiva do titular do direito para a aposentadoria, fato que não pode ser desconsiderado por norma posterior.

Todavia, convém não olvidar, tal assertiva não alcança aqueles servidores que, á época da entrada em vigor da Emenda nº 20/98, adimpliram os requisitos para auferir licença-prêmio, mas não completaram os da aposentadoria. É que, nessa situação, tais servidores revelavam, apenas, uma expectativa de, no futuro, quando da aposentadoria, poderem contar em dobro o tempo das férias-prêmio não gozadas.

Ademais, é princípio elementar de eficácia da norma no tempo e no espaço o de que a lei nova regula as situações pendentes e futuras¹⁴⁶.

A seu turno, o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, nos autos do Processo 6792-02.00/99-1, decisão prolatada em 06/10/1999, adotou o seguinte posicionamento:

Inexistindo em texto expresso de lei, período fixado para o exercício de usufruir a licença-prêmio, o servidor público poderá, a qualquer tempo, convertê-la em dobro, como tempo de serviço para efeito de aposentadoria, desde que, em 16/12/1998, já contasse com tempo suficiente para usufruir a licença-prêmio¹⁴⁷.

O Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina assim se manifestou em consulta formulada pela Secretaria de Estado da Administração¹⁴⁸:

A qualificação do tempo de serviço é dada pela lei vigente ao tempo em que o serviço foi prestado.

Se a lei vigente qualificava como tempo de serviço, para fins de aposentadoria, o tempo ficto decorrente de contagem em dobro de pe-

¹⁴⁶ MINAS GERAIS. Tribunal de Contas, op. cit.

¹⁴⁷ Disponível em: <<http://www.tce.rs.gov.br/v6792.htm>>. Acesso em: 15 set. 2000.

¹⁴⁸ SANTA CATARINA. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA. Consulta. Processo nº CON — 00/06168264, Ata nº 47/01, Relator Conselheiro Luiz Suzin Marini, Sessão do dia 16/07/2001. Decisão proferida nos termos do parecer COG 095 de 10 abr./2001, de autoria da Analista de Controle Externo Joseane Aparecida Corrêa.

riodo de licença-prêmio não usufruído, prestado o serviço, a lei nova não poderá atingir tal qualificação. Esta constitui direito adquirido do servidor (art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal c/c art. 6º da Lei nº 4.745/42).

Os servidores estaduais que conquistaram o direito até 18 de abril de 1991, data em que a Lei Complementar nº 36/91 revogou o art. 43 da Lei nº 6.745/85, poderão exercê-lo a qualquer tempo, ainda que não tenham cumprido os demais requisitos para aposentação até o advento da Emenda Constitucional nº 20/98.

O art. 4º da Emenda Constitucional nº 20/98, bem como o art. 8º, consideram como tempo de contribuição o tempo de serviço (real ou ficto) qualificado pela legislação vigente até 16 de dezembro de 1998, excluindo desta equivalência o tempo fictício somente a partir de 16 de dezembro de 1998, portanto, protegem direitos adquiridos, inclusive a contagem em dobro, determinado expressamente a pós-atividade da lei antiga.

A resposta à consulta contribuiu para a alteração do posicionamento adotado pelo Estado de Santa Catarina em relação aos seus servidores. Com efeito, após a manifestação do Tribunal de Contas do Estado, e com fundamento no Parecer da Consultoria Geral — COG nº 95/2001, a Administração Estadual revogou, através da Instrução nº 003/01/ SEA/DIRH (Anexo E), o inciso I, do item

1.2, da Instrução Normativa nº 006/00/SEA/DIRH (Anexo C), que considerava o tempo de licença não usufruído como tempo ficto. Assim, a partir da Instrução nº 003/01/SEA/DIRH, a Administração Estadual voltou a computar em dobro, para fins de aposentadoria, mesmo após a Emenda Constitucional nº 20/98, o tempo de serviço advindo de licença-prêmio não gozado adquirido com base na Lei nº 6.745/85.

CONCLUSÃO

A aplicação da lei no tempo não é algo fácil, exigindo muita ponderação e cuidado. Nas situações nas quais ocorre a contagem de tempo ficto não seria diferente.

Há várias formas de se olhar o problema: pela ótica dos direitos adquiridos, pela ótica dos fatos passados que se referem ao binômio retroatividade/irretroatividade, ou ainda pela ótica das três eficácias da lei no tempo.

O importante é separar o que são modos de aplicação da lei no tempo da proteção aos direitos adquiridos e ao ato jurídico perfeito, garantidos pela Constituição Federal e pela Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.

O primeiro passo é olhar o caso concreto e as leis em conflito no tempo. É necessário separar passado, presente e futuro, ou como num filme, começo, meio e fim, mas sabendo-se que, diferentemente da vida real, no filme em que a lei é protagonista, o passado pode ser alterado.

Pois bem, o passado da lei é aquilo que aconteceu antes do início da sua vigência, o presente é aquilo que

está acontecendo enquanto ela vigora e o futuro é o que ocorre depois que ela se foi, ou seja, são as situações nascidas após o fim de sua vigência ou os efeitos produzidos neste tempo por situações que já eram existentes ao tempo da lei revogada.

Pelo princípio da continuidade, a lei vigora até que outra lei venha e lhe tire a força. A regra é esta: durante a sua vigência a lei regula todos os fatos que se encaixem em seu pressuposto. Neste momento a sua força é prospectiva, regula fatos que lhe são contemporâneos. Quando a lei se aplica a fatos ocorridos antes dela entrar em vigor, sua força é retroativa. Finalmente, quando a lei se aplica a fatos ocorridos após ter perdido a vigência, ela adquire uma força, de certa forma paranormal, denominada pós-ativa.

O roteirista-legislador poderá determinar que a lei atue no presente, no passado e no futuro, desde que respeite os comandos constitucionais. Portanto, a liberdade “poético-legislativa” não é total, será limitada ou incentivada pela atuação de dois personagens que estão colocados no plano da Constituição Federal: o ato jurídico perfeito e o direito adquirido.

Esses dois atores coadjuvantes só entram em cena após ficar bem definido o que seja o passado, o presente e o futuro da lei; no entanto, eles influem decisivamente na trajetória da personagem protagonista, a lei. São eles os agentes determinantes das regras de exceção na aplicação da lei no tempo: o primeiro, o ato jurídico perfeito, impede que ela atue no passado e o segundo, o direito

adquirido, determina a pós-atividade da lei, sua força sobrenatural regulatória do futuro.

Embora a regra seja a prospectividade (normal ou forte), a lei poderá sem problemas ser aplicada no passado ou no futuro, só não poderá atingir em sua ação prospectiva os direitos adquiridos, e em sua ação retroativa os atos jurídicos perfeitos.

A teoria das três eficácias torna mais simples o estudo da aplicação da lei no tempo, pois separa a sua aplicação no presente, no passado e no futuro, da proteção ao ato jurídico perfeito e aos direitos adquiridos.

Com efeito, as teorias se complementam, pois a teoria clássica procura definir o que é direito adquirido, já a teoria intermédia cuida do ato jurídico perfeito, enquanto a teoria das três eficácias da lei no tempo define regras quanto à sua aplicação no tempo a fim de proteger adequadamente tais institutos, que têm como finalidade a garantia da segurança jurídica.

No caso dos direitos relacionados à prestação de serviço público, entre eles a contagem em dobro de tempo de serviço para fins de aposentadoria, pode-se utilizar as três teorias, tendo em vista as disposições de Direito Intertemporal contidas no ordenamento jurídico brasileiro.

Dessa forma, pela teoria intermediária pode-se qualificar a prestação do serviço como ato jurídico perfeito, enquanto pela do direito adquirido se pode considerar que o servidor tem direito à contagem desse período como tempo de serviço para efeitos da futura aposentadoria. A teoria das três eficácias da lei no tempo reúne esses dois

elementos, para dizer que a lei nova não poderá atuar retroativamente alterando os efeitos já produzidos no passado pela prestação do serviço, nem prospectivamente, regulando os efeitos futuros (contagem em dobro para fins de aposentadoria) do tempo de serviço prestado no passado; a nova lei não pode dar efeito diverso àquele previsto pela lei antiga, porque a contagem em dobro é direito adquirido, razão pela qual a lei antiga deverá sobreviver atuando no futuro, atuando pós-ativamente.

Como se vê, a teoria das três eficácias oferece instrumentos mais adequados para a solução do problema, uma vez que ao separar passado, presente e futuro, permite a aplicação mais adequada da lei à situação concreta. Em primeiro lugar, esclarece que a prestação do serviço, situação passada, deve ter seu pressuposto qualificado conforme a estatuição definida pela lei antiga, de acordo com a regra geral de que os fatos devem ser regulados pela lei vigente ao tempo em que ocorreram (hipótese em que há simples aplicação prospectiva da lei que qualificou o exercício laboral).

As exceções seriam a aplicação retroativa e pós-ativa. Se houvesse previsão legislativa que autorizasse a modificação da qualificação do tempo de serviço já prestado, conforme os artigos 43 e 78 da Lei nº 6.745/85, cujo pressuposto e estatuição ocorreram no passado, seria o caso de aplicação retroativa.

Por outro lado, a contagem em dobro para fins de aposentadoria, que neste caso transforma-se em pressuposto da norma que concede o benefício, que só virá ocorrer

na vigência da lei nova (EC nº 20/98), ainda que como desdobramento daquela situação pendente qualificada como tempo de serviço pela lei antiga (Lei nº 6.745/98), irá constituir aplicação pós-ativa da lei estadual.

Definidos os modos de aplicação da lei no tempo, conforme a teoria das três eficácias, tem lugar a aplicação das normas que tutelam o ato jurídico perfeito e o direito adquirido.

Assim sendo, o serviço prestado durante a vigência dos art. 43 e 78 da Lei Estadual nº 6.745/98, ou seja, até 18 de abril de 1991 (data da alteração determinada pela Lei Complementar nº 36/91), e a correspondente qualificação como tempo de serviço para fins de aposentadoria, constituem fatos passados. Portanto, a modificação desta qualificação mediante a aplicação retroativa da EC nº 20/98, constitui ofensa ao ato jurídico perfeito.

Por outro lado, a contagem em dobro para fins de aposentadoria, contagem esta que em relação à lei antiga só irá ocorrer no futuro, já na vigência da nova, constitui direito adquirido do servidor público. Este, ainda na vigência da lei anterior terá preenchido os requisitos (pressupostos) necessários à aquisição do direito, pois a contagem para se perfectibilizar, dependia apenas de evento futuro, (a aposentadoria, já previsto na norma anterior).

A aplicação prospectiva do § 10, do art. 40, da Constituição Federal, conforme a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98, que veda a contagem de contribuição fictícia, bem como dos artigos 4º e 8º da EC nº 20/98, no sentido de excluir da equivalência tempo de

serviço/tempo de contribuição, os tempos fictos, considerados como de serviço válido no momento da prestação laboral, constitui ofensa ao direito adquirido.

A interpretação do novo § 10, do artigo 40, depende de sua correlação com os artigos 4º e 8º e do art. 3º, todos da EC nº 20/98. Da análise cuidadosa dos dispositivos exsurge as seguintes conclusões:

- a) A partir de 15 de dezembro de 1998, a lei não pode estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício, ou seja, a norma contida no § 10 representa um comando proibindo que as leis infraconstitucionais federais, estaduais e municipais, criem formas de contagem de contribuição fictícia, do presente para o futuro. Não está desconstituindo no passado as formas de contagem previstas por leis anteriores à sua vigência. A disposição não é retroativa;
- b) As normas de transição contidas nos art. 4º e 8º da EC nº 20/98 devem ser interpretadas de modo a garantir, até que norma infraconstitucional defina o que é tempo de contribuição, a equivalência entre qualquer tempo de serviço, real ou ficto, prestado antes da vigência da EC nº 20/98, com o tempo de contribuição, pois a interpretação que afasta tal equivalência, além de vislumbrar restrição onde não existe, afronta direitos adquiridos na vigência da lei anterior;
- c) A remissão do artigo 4º, ao § 10 do art. 40, é simplesmente para afastar desta equivalência

tempo de serviço/tempo de contribuição, apenas o tempo ficto prestado após a vigência da Emenda.

Note-se que o art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil e o artigo 5º, inciso XXXVI, da Carta Magna, protegem o ato jurídico e o direito adquirido, mesmo em se tratando de Emenda Constitucional, pois esta, da mesma forma que as leis ordinárias, decorre do poder derivado, incapaz, portanto, de modificar cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV, da CRFB/88), entre elas os direitos e garantias individuais, dos quais fazem parte o ato jurídico perfeito e o direito adquirido.

As decisões judiciais, administrativas e alguns doutrinadores, apesar de tratarem a questão apenas sob a ótica da teoria do direito adquirido, como fazem alguns, ou da teoria do fato passado, com apelo à noção de ato jurídico perfeito, como fazem outros (mas todos confundindo isso com a retroatividade ou irretroatividade da lei), acabam por corroborar a hipótese defendida neste trabalho: a qualificação como tempo de serviço do período advindo da licença-prêmio, adquirida nos termos do art. 78 da Lei nº 6.745/85, constitui ato jurídico perfeito, enquanto a contagem em dobro para fins de aposentadoria, nos termos do artigo 43 da Lei nº 6.745/98, com base neste período constitui direito adquirido do servidor público.

O ato jurídico perfeito será protegido pela aplicação imediata da lei nova, impedindo sua retroatividade, enquanto o direito adquirido será protegido pela aplicação

pós-ativa da lei antiga, mesmo após a vigência da Emenda Constitucional nº 20/98, permitindo assim que os servidores estaduais que se aposentarem após 15 de dezembro de 1998 utilizem na quantificação do tempo necessário à aposentadoria (integral ou proporcional) aquele período de licença-prêmio correspondente a serviço prestado até 18 de abril de 1991 contado em dobro.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Direito intertemporal**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, 2 v.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 9. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2004.

BRASIL. **Justiça Federal**. Seção Judiciária de Santa Catarina. Ação Ordinária nº 2000.72.00.8793-8. Segunda Vara Federal. Juiz Carlos Alberto Dias. Florianópolis, 04 outubro de 2000.

BRASIL. **Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão**. Parecer da Consultoria Jurídica nº 2.721/2000. Interpretação do Ministério de Planejamento, no sentido de incluir como equivalente ao tempo de contribuição aquele tempo ficto considerado como tempo de serviço até a edição da Emenda Constitucional nº 20/98. Parecerista: Procuradora Federal Irene Vieira de Carvalho, 2000.

BRASIL. **Ministério da Previdência e Assistência Social**. Instrução Normativa nº 03, de 12 de agosto de 2004.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Decisão nº 748/2000. Consulta. Brasília, DF, 13 de setembro de 2000. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/>>. Acesso em: 12 maio 2001.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal**. Região. 5. Administrativo. Mandado de segurança nº 2000.72.00.008600-4/SC, com pedido de liminar, contra ato de agente público federal. Relatora Desembargadora Federal Marga Inge Barth Tessler. 2002. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp>>. Acesso em: 05 jan. 2002.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial. nº 66.536-SC. Administrativo. Relator Ministro Vicente Cernicchiaro. Diário da Justiça de 20 de novembro de 1995. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=66536&&b=JUR2&p=true&t=&l=20&i=9>>. Acesso em: 05 mar. 2002.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 85.740. Relator Ministro Cunha Peixoto. Brasília, 25 de março de 1977. Disponível em: <[http://gemini.Supremo Tribunal Federal.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&s1=85740&u=http://www.Supremo Tribunal Federal.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=1&f=G&n=&l=20](http://gemini.SupremoTribunalFederal.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&s1=85740&u=http://www.SupremoTribunalFederal.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=1&f=G&n=&l=20)>. Acesso em: 18 maio 2001.

_____. Recurso Extraordinário nº 82.881 de São Paulo. Relator Ministro Eloy Rocha. Brasília, 05 de maio de 1976. Disponível em: <[http://gemini.Supremo Tribunal Federal.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&s1=82881&u=http://www.Supremo Tribunal Federal.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=1&f=G&n=&l=20](http://gemini.SupremoTribunalFederal.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&s1=82881&u=http://www.SupremoTribunalFederal.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=1&f=G&n=&l=20)>. Acesso em: 03 mar. 2000.

_____. Recurso Extraordinário nº 99.522. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 01 de março de 1983. Disponível em: <[http://gemini.Supremo Tribunal Federal.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&s1=99522&u=http://www.Supremo Tribunal Federal.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=1&f=G&n=&l=20](http://gemini.SupremoTribunalFederal.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&s1=99522&u=http://www.SupremoTribunalFederal.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=1&f=G&n=&l=20)>. Acesso em: 07 nov. 1999.

_____. Recurso Extraordinário nº 73.189. Relator: Ministro Luiz Gallotti. Brasília, 29 de março de 1973. Disponível em:

<<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=73189&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=3&f=G>>.
Acesso em: 14 maio 2005.

_____. Recurso Extraordinário nº RE 382631 AgR/RS.
Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 10 de outubro de 2005. Disponível em: <http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=direito++adj+adquirido+e+aposentadoria&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=1&f=G>. Acesso em: 29 nov. 2005.

_____. ADI nº 3105/DF. Relatora: Ministra Ellen Gracie.
Relator do Acórdão: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 08 de agosto de 2004. Disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=contribui%E7%E3o+e+inativos+&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=19&f=G>>. Acesso em: 29 nov. 2005.

_____. ADI nº 404-2. Relator: Ministro Carlos Velloso.
Brasília, 01 de abril de 2004. Disponível em: <http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=404&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=>

[PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=7&f=G](#). Acesso em: 29 nov. 2005.

_____. RE 101.052. Relator: Ministro Aldir Passarinho. Brasília, 09 de agosto de 1985. Disponível em: < <http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=101052&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=1&f=G>>. Acesso em: 29 nov. 2005.

CARDOZO, José Eduardo Martins. **Da retroatividade da lei**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CARVALHO, Francisco Bertino Bezerra de. A garantia do direito adquirido em face das emendas constitucionais — a contagem em dobro da licença-prêmio (especial) e emenda constitucional nº 20/98. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, v. 23, p. 165-192, 2000.

CARVALHO, Irene Vieira de. **Parecer nº 2.721/2000 da Consultoria Jurídica do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão**. Interpretação do Ministério de Planejamento, no sentido de incluir como equivalente ao de contribuição aquele tempo ficto considerado como tempo de serviço até a edição da Emenda Constitucional nº 20/98, 2000.

CAVALCANTI, Francisco de Queirós Bezerra. **O novo regime previdenciário dos servidores públicos**. Maceió: Editora Nossa Livraria, 1999.

COIMBRA, Feijó. **Direito previdenciário brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 2001.

CORRÊA, Joseane Aparecida. Parecer COG 095/2001. Consulta. Processo nº CON — 00/06168264, **Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina**. 2001.

_____. A Emenda Constitucional nº 41/03 e o direito adquirido: constitucionalidade da contribuição previdenciária dos inativos do regime próprio. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina**, Florianópolis, ano III, n. 4, jul., p. 144-145, 2005.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DALLARI, Adilson Abreu. **Regime constitucional dos servidores públicos**. 2. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1990.

DELGADO, José Augusto. O direito adquirido nas relações de direito privado e nas relações de direito público. **Revista de Julgados do Tribunal de Alçada de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 20, p. 13-36, 1984.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Editora Atlas, 1999.

FRANÇA, R. Limongi. **A irretroatividade das leis e o direito adquirido**, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. **Direito intertemporal brasileiro: doutrina da irretroatividade das leis e direito adquirido**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

GARCIA, Maria. A emenda previdenciária e os direitos adquiridos. **Revistas dos Tribunais**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, n. 26, p. 111-118, jan.-mar., 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **A seguridade social na Constituição Federal**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000.

_____. **Direito adquirido na previdência social**. São Paulo: LTr, 2000.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito Intertemporal ou teoria da retroatividade das leis**. Rio de Janeiro. Freitas Bastos, 1955.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O direito adquirido e o direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo: Malheiros, n. 24, 1998.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

MENDONÇA, Maria Luiza Vianna Pessoa de. **O princípio constitucional da irretroatividade da lei**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. Consulta nº 625.581. Relator: Conselheiro Moura e Castro. Belo Horizonte, 02 de março de 2002. Disponível em: <www.tce.mg.gov.br>. Acesso em: 09 nov. 2005.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, de 1969**, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. 5 v.

MODESTO, Paulo. Reforma administrativa e direito adquirido ao regime da função pública. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo: Malheiros, n. 14, p. 232-238, 1996.

PEREIRA NETTO, Juliana Presotto. **A previdência social em reforma: o desafio da inclusão de um número maior de trabalhadores**. São Paulo: LTr, 2002.

NORONHA, Fernando. **Direito intertemporal**. Livro em curso de redação. Florianópolis.

_____. Retroatividade, eficácia imediata e pós-atividade das leis: sua caracterização correta, como indispensável para solução dos problemas de direito intertemporal.

Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 23, ano 6, abril-jun.1998.

_____. Indispensável reequacionamento das questões fundamentais de Direito Intertemporal. **Revista dos Tribunais**, n. 837, ano 94, p. 55-78, jul., 2005.

PIERDONÁ, Zélia Luiza. **Revista de Direito Social**, Porto Alegre: Notadez, n. 1, p. 93-110, 2001.

ROUBIER, Paul. ***Droits subjectifs et situations juridiques***. Paris: *Editions Dalloz*, 1963.

ROUBIER, Paul. ***Le droit transitoire. Conflits des lois dans le temps***. 2. ed. Paris: *Editions Dalloz et Sirey*, 1960.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul**. Consulta. Processo 6792-02.00/99-1. Porto Alegre, 06 de outubro de 1999. Disponível em: <<http://www.tce.rs.gov.br/v6792.htm>>. Acesso em: 15 set. 2000.

RUPRECHT, Alfredo J. **Direito da seguridade social**. São Paulo: LTr, 1996.

SANTA CATARINA. **Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina**. Página Oficial. O que é o Ipescc?
Disponível em: <ipescc.sc.gov.br>. Acesso em: 13 fev. 2005.

_____. **Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina**.
Consulta. Processo nº CON — 00/06168264, Ata nº 47/01,
Decisão proferida nos termos do parecer COG 095,
de 10/04/2001. Relator Conselheiro Luiz Suzin Marini.
Florianópolis, 16 de julho de 2001. Disponível em:
< www.tce.sc.gov.br >. Acesso em: 15 fev. de 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TODESCHINI, Edmilson. Emenda constitucional nº 20/98 e o tempo de contribuição fictício. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre: Notadez, n. 05, p. 124-135, 2000.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.