

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO

GABRIELA PIETSCH SERAFIN

EMENDA CONSTITUCIONAL 103/2019: análise do processo reformador da ordem social
constitucional de 1988

CRICIÚMA

2021

GABRIELA PIETSCH SERAFIN

EMENDA CONSTITUCIONAL 103/2019: análise do processo reformador da ordem social
constitucional de 1988

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direitos Humanos e Sociedade.

Orientador: Prof. Dr. Lucas Machado Fagundes.

CRICIÚMA

2021

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

S481e Serafin, Gabriela Pietsch.

Emenda Constitucional 103/2019 : análise do processo reformador da ordem social constitucional de 1988 / Gabriela Pietsch Serafin. - 2021.
251 p. : il.

Dissertação (Mestrado) - Universidade do Extremo Sul Catarinense, Programa de Pós-Graduação em Direito, Criciúma, 2021.

Orientação: Lucas Machado Fagundes.

1. Direito previdenciário. 2. Previdência social - Legislação. 3. Reforma previdenciária. 4. Direito constitucional. 5. Poder legislativo. 6. Poder executivo. 7. Direitos fundamentais. I. Título.

CDD 23. ed. 341.67

Bibliotecária Eliziane de Lucca Alosilla - CRB 14/1101
Biblioteca Central Prof. Eurico Back - UNESC

GABRIELA PIETSCH SERAFIN

**“EMENDA CONSTITUCIONAL 103/2019: ANÁLISE DO PROCESSO
REFORMADOR DA ORDEM SOCIAL CONSTITUCIONAL DE 1988”**

Esta dissertação foi julgada e aprovada para obtenção do Grau de Mestre em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense.

Criciúma, 20 de dezembro de 2021.

BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Lucas Machado Fagundes
(Presidente e Orientador (a) – UNESC))

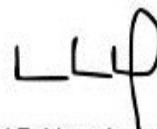
JOSE RICARDO
CAETANO
COSTA:3485721
4091

Assinado de forma
digital por JOSE
RICARDO CAETANO
COSTA:34857214091
Dados: 2022.02.16
15:41:56 -03'00'

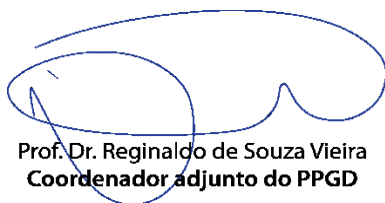
Prof. Dr. José Ricardo Caetano Costa
(Membro externo – FURG)



(Membro – PPGD/UNESC)



Profa. Dra. Raquel Fabiana Lopes Sparemberger
(Membro externo – FMP-RS)



Prof. Dr. Reginaldo de Souza Vieira
Coordenador adjunto do PPGD

Para Douglas.

Você me mostrou que somos vulneráveis, e que na vulnerabilidade é que nascem o amor, a aceitação, a coragem, a confiança e a empatia. Foi pela sua presença e sua existência que me tornei melhor.

AGRADECIMENTOS

Foi o amor, a dedicação dos meus pais e a confiança na vida, que fizeram com que todos os obstáculos enfrentados nesses quase dois anos do Curso do Mestrado fossem ultrapassados para a realização desse projeto.

Aos meus pais José e Elisabete, que me ensinaram os valores humanos e a necessidade de solidariedade para erradicar as desigualdades sociais. Nesse momento frágil de minha vida, agradeço ao amor incondicional deles, com o qual abraçaram, sem hesitar, uma filha que novamente precisava de colo, e um neto para educar, amar e mostrar o que é realmente importante.

Ao meu filho Pedro, que nos seus 05 anos de idade aprendeu a conviver com tantos novos desafios, privado de seu pai, e em muitos momentos privado da mãe, mas que há pouco percebi já ser um guri de personalidade e feliz. Obrigada minha família por isso: Zezinho, Bete, Elisa, Augusto, André e Heloísa, juntamente a Douglas, pois aqueles que amamos permanecem em nós. Amo vocês!

Ao meu orientador, professor Lucas, pelo compartilhamento do conhecimento e das experiências. Passado esse tempo, sei por que o universo nos aproximou: só aprendemos com aqueles que nos inquietam e nos fazem pensar diferente! Obrigada.

Ao colega e prof. Dr. Gilson Jacobsen, aquele que no meio da década de 90 afirmou que eu tinha potencial e me fez descobrir qual caminho profissional trilhar. Demorei seguir seus conselhos acadêmicos professor, mas estou aqui!

Ao colega e prof. Dr. José Antonio Savaris, pela curta troca de ideias, mas que me mostrou o caminho a seguir para a conclusão dessa dissertação.

Ao Poder Judiciário Federal e aos colegas e grandes amigos que fiz nesses quase 20 anos, os quais sempre me fazem pensar muito e discutir jurisdição previdenciária, além de apoiadores incondicionais! Obrigada Rodney, Fernanda, Mariana, Marina, Erika, Henrique, Ivanise, Eliana, Marta e Bruno.

Aos colegas mestrandos Camila, Mário, Daniel, Janaína, Ângela, Rosângela, Geraldo, Cláudia e Thaila, pelas valiosas trocas virtuais em tempos pandêmicos.

À incansável Iris, pelo auxílio na formatação e revisão dessa dissertação.

“Ninguém pode ser solidário sozinho. A solidariedade é um fato social”.

Philippe Perrenoud

RESUMO

O trabalho tem seu foco na Emenda Constitucional nº 103/2019, a chamada “Nova Previdência”, a qual deu novos e estreitos contornos ao Regime Geral de Previdência Social Brasileiro, cuja constitucionalidade está em franca análise pelo Judiciário. Com enfoque no Estado Social Democrático de Direito trazido pelo Constituinte de 1988, partiu-se dos estudos de Ana Paula de Barcellos sobre o Direito Fundamental a um Devido Procedimento na Elaboração Normativa (DPEN), afirmando que o caráter procedimental de uma emenda constitucional não pode ser reduzido a qualquer forma de procedimento sob a justificativa de que é o povo quem decide - através de seus representantes. Afirmou-se a necessidade de apresentação de razões pautadas em informações confiáveis e sustentáveis pelo proponente da emenda, as quais, necessariamente, precisam ser alvo de questionamentos pelo Congresso Nacional, debates que apontem as incongruências e desvios (provavelmente sempre existentes), sob pena de ausência de um devido procedimento na elaboração da emenda constitucional, ausência de democracia e, ao final, inconstitucionalidade formal. Perpassando pelo volume de judicialização previdenciária como direito individual pré emenda constitucional, sinalizou-se seus efeitos materiais nos benefícios previdenciários e a já judicialização da inconstitucionalidade material da emenda, inclusive apresentando exemplos práticos retirados da 3ª Vara Federal de Criciúma, Seção Judiciária de Santa Catarina, e decisões já proferidas pelo Judiciário Brasileiro em instâncias ordinárias. A não desconfiguração dessa reforma de política pública pelo Judiciário como detentor da última palavra em inconstitucionalidade formal e material, em Conrado Hübner Mendes se buscou a “interlocução institucional” entre Judiciário e Legislativo: debate da emenda no Supremo Tribunal Federal a qualificá-la técnica e argumentativamente, de forma democrática, afirmando sua inconstitucionalidade formal e devolvendo ao Parlamento, berço democrático das políticas públicas, a reanálise reformadora, agora já com informações coerentes e um mínimo de maturação, ainda que realizado pelo Judiciário. Para o Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos e Sociedade, a relevância do tema reside na necessária proteção social previdenciária de uma sociedade para que existam condições materiais ao acesso a bens jurídicos tutelados pelo direito, consolidando-se como instrumento à dignidade humana. A pesquisa está situada na linha de pesquisa “Direito, Sociedade e Estado”, que aborda os processos de transformação social no Brasil e na América Latina: transformação constitucional brasileira dentro de uma análise crítica. Para tanto, será realizado trabalho monográfico, empregando-se o método hipotético dedutivo, mediante pesquisa bibliográfica, legal, documental e jurisprudencial.

Palavras-chave: Direito Constitucional; Direito Previdenciário; Emenda Constitucional nº 103/2019; Poder Legislativo; Poder Executivo; Interlocução entre Poderes; Democracia Substancial.

ABSTRACT

The research focuses on Constitutional Amendment nº. 103/2019, the so-called new “Nova Previdência”, which gave new and narrow contours to the Brazilian General Social Security System, whose constitutionality is under frank analysis by the Judiciary. Focusing on the Democratic Social State of Law brought by the Constitution of 1988, it started from the studies by Ana Paula de Barcellos on the Fundamental Right to a Due Procedure in Normative Drafting, stating that the procedural nature of a constitutional amendment cannot be reduced to any form of procedure under the justification that it is the people who decide - through their representatives. The need for the presentation of reasons based on reliable and sustainable information by the proponent of the amendment was affirmed, which necessarily need to be questioned by the National Congress, debates that point out incongruities and deviations (probably always existing), under penalty of absence of a proper procedure in the elaboration of the constitutional amendment, absence of democracy, formal unconstitutionality at the end, which was verified in the study of the reasons for the constitutional amendment under analysis. Going through the volume of social security judicialization as an individual right before the constitutional amendment, its material effects on social security benefits and the already judicialization of the material unconstitutionality of the amendment were signaled, including practical examples taken from the 3rd Federal Court of Criciúma, Judiciary Section of Santa Catarina, and decisions already rendered by the Brazilian Judiciary in ordinary instances. In order not to misconfigure this public policy reform by the Judiciary as the holder of the last word in formal and material unconstitutionality, in Conrado Hübner Mendes the “institutional dialogue” between the Judiciary and the Legislative was sought: debate of the amendment in the Federal Supreme Court to qualify it as technical and argumentatively, in a democratic way, affirming its formal unconstitutionality and returning to parliament the reforming reanalysis, now with coherent information and a minimum of maturation, even if carried out by the Judiciary. For the Postgraduate Program in Human Rights and Society, the relevance of the theme lies in the necessary social security protection of a society so that there are material conditions for access to legal assets protected by law, consolidating itself as an instrument for human dignity. The research is situated in the line of research “Law, Society and State”, which approaches the processes of social transformation in Brazil and Latin America: Brazilian constitutional transformation within a critical analysis. For this, a monographic work will be carried out, using the hypothetical deductive method, through bibliographic, legal, documentary and jurisprudential research.

Keywords: Constitutional right; Social Security Law; Constitutional Amendment nº. 103/2019; Legislative Power; Executive Power; Interlocution between Powers; Substantial Democracy.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO: O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS.....	13
2.1 FUNDAMENTOS DO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO	13
2.1.1 Estado Social.....	25
2.1.2 Estado Social e a liberdade material	29
2.2 DO ESTADO SOCIAL AO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO: O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO	31
2.3 O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	36
2.3.1 Dimensões dos direitos fundamentais.....	38
2.3.2 Classificação dos direitos fundamentais	42
2.3.3 Perspectiva subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais.....	45
2.3.4 Direito fundamental social à previdência social: um direito coletivo.....	48
2.4 DIREITO FUNDAMENTAL À PREVIDÊNCIA SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	53
2.4.1 Evolução da previdência social no Brasil.....	53
2.4.2 Previdência Social: fundamentalidade formal e material	61
2.4.3 Direitos sociais previdenciários em sua dimensão prestacional material e o limite da reserva do possível	64
2.5 DOS LIMITES CONSTITUCIONAIS ÀS MEDIDAS RESTRITIVAS AO DIREITO FUNDAMENTAL À PREVIDÊNCIA SOCIAL.....	69
2.5.1 Âmbito de proteção e limites do direito fundamental à Previdência Social	70
2.5.2 Limites aos limites dos direitos fundamentais.....	73
2.5.3 O princípio da vedação do retrocesso social	77
3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O PROCESSO DE REFORMA CONSTITUCIONAL DA EMENDA Nº 103/2019 – “NOVA PREVIDÊNCIA”	88
3.1 O PROCESSO LEGISLATIVO DE EMENDA CONSTITUCIONAL	89
3.2 DIREITO FUNDAMENTAL AO DEVIDO PROCEDIMENTO NA ELABORAÇÃO NORMATIVA (DFPEN)	92
3.2.1 Do direito à justificativa da proposta de lei	92

3.2.2 Fundamentos do Direito Constitucional a um devido procedimento na elaboração normativa	95
3.2.3 Do Direito à Justificativa.....	98
3.2.3.1 Razões e informações da Justificativa Pública à iniciativa legislativa	99
3.2.3.2 Primeiro conteúdo mínimo: o problema que a iniciativa legislativa pretende enfrentar.....	102
3.2.3.3 Segundo conteúdo mínimo: resultados pretendidos com a medida proposta	103
3.2.3.4 Terceiro conteúdo mínimo: custo e impactos da medida proposta	104
3.3 PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 06/2019 E SUA APROVAÇÃO: EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 103/2019 - “NOVA PREVIDÊNCIA”	107
3.3.1 Estrutura político-econômica do Brasil pós-Constituição de 1988	108
3.3.2 Escola de Chicago e Bem-Estar Social	111
3.3.3 Da proposta de Emenda Constitucional nº 06/2019	114
3.3.3.1 Da justificativa pública à Proposta de Emenda Constitucional - PEC nº 06/2019	116
3.3.3.2 Do trabalho do governo federal pós-apresentação da PEC nº 06/2019	124
3.3.4 Da tramitação no Congresso Nacional da PEC nº 06/2019 e sua aprovação	125
3.4 EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 103/2019 – “NOVA PREVIDÊNCIA” E A AUSÊNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO NA ELABORAÇÃO NORMATIVA	132
3.4.1 Do déficit da Previdência Social	132
3.4.2 Cultura da inadimplência fiscal previdenciária e seu fomento público...138	
3.4.3 Insustentabilidade do RGPS em 2060 pelo elevado patamar de despesas previdenciárias	142
3.4.4 Desconstitucionalização das Regras Previdenciárias	144
3.4.5 Financiamento por capitalização – Transição da Seguridade Social para o Seguro Social	146
3.4.6 Ausência do devido procedimento na elaboração normativa da Emenda Constitucional nº 103/2019	151
3.5 A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 103/2019 - “NOVA PREVIDÊNCIA” E A AUSÊNCIA DE DEMOCRACIA PELO PODER CONSTITUINTE	154

4 CONTROLE CONSTITUCIONAL DA EMENDA CONSTITUCIONAL 103/2019:	
DIREITO COLETIVO E REFORMA DEMOCRÁTICA	165
4.1 A JUDICIALIZAÇÃO: FENÔMENO COMPLEXO E MULTIFATORIAL	166
4.1.1 Judicialização da política	168
4.1.2 Judicialização do direito	171
4.2 A JUDICIALIZAÇÃO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL: VISÃO INDIVIDUAL	174
4.2.1 “Hiperjudicialização” previdenciária	175
4.2.1.1 Aposentadoria especial: amplitude judicial do que são agentes nocivos	181
4.2.1.2 Pensão por morte: direito ao cônjuge desquitado e aos companheiros ou companheiras homossexuais	184
4.2.1.3 Aposentadoria por idade e idade na modalidade híbrida: gama de interpretações extensivas dadas pelo Judiciário	185
4.3 EFEITOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 103/2019 NA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS: PROGRAMÁVEIS E NÃO PROGRAMÁVEIS	188
4.3.1 Benefícios por Incapacidade	188
4.3.2 Pensão por morte	196
4.3.3 Aposentadoria especial	204
4.4 LEGITIMIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL PELA DELIBERAÇÃO INTERINSTITUCIONAL	212
4.4.1 Separação de poderes e política: de quem é a última palavra?	214
4.4.2 Separação de poderes e legitimidade: deliberação interinstitucional.....	218
4.4.3 Corte Constitucional: barreira de contenção da EC nº103/2019, aprimoramento democrático e devolução ao parlamento	222
5 CONCLUSÃO	225
REFERÊNCIAS.....	230

1 INTRODUÇÃO

Num país com tantas mazelas sociais, salários percebidos à subsistência da família, impossibilidade ou ausência de educação financeira, doenças incapacitantes pela ineficácia do sistema público de saúde e longevidade, entre outros, é obrigação do Estado a política pública de previdência social. E a Constituição Federal de 1988, inaugurando o Estado Social Democrático de Direito, concretizador dos direitos sociais por meio de políticas públicas, tratou o direito à previdência social como direito fundamental positivado, ligado aos valores da vida, da liberdade, da igualdade e da dignidade humana, além de ser promotor de uma sociedade livre, justa e solidária, responsável, também, pela erradicação da pobreza e da marginalização e da redução das desigualdades sociais. A legislação infraconstitucional de 1991, com as alterações constitucionais e infraconstitucionais posteriores, regulavam o sistema geral previdenciário.

Levando-se em conta as necessárias mudanças na regulação do direito social previdenciário de tempos em tempos, frente às modificações sociais, longevidade e recursos à sustentabilidade do sistema para as presentes e futuras gerações, foi a Emenda Constitucional nº. 103/2019, a chamada “Nova Previdência”, publicada em 12 de novembro de 2019.

Essa emenda constitucional provocou modificações substanciais nos rumos dos direitos sociais previdenciários da maior parte da população brasileira e, destarte, a tanto, precisava basear-se em dados técnicos e tão precisos quanto possível dentro da imprevisibilidade de um sistema – responsabilidade do proponente da proposta, aqui o Chefe do Poder Executivo -, com discussão e correção de erros no local político correto, o Parlamento, sob pena de desconfiguração dessa política pública por outro poder – Poder Judiciário.

Nessa toada, o objetivo do trabalho é analisar o processo reformador dessa Emenda Constitucional: a proposta de emenda à constituição pelo Chefe do Poder Executivo; sua deliberação pelo Parlamento; as consequências já verificadas da judicialização dessa emenda; e, ao final, afirmar que a não desconfiguração dessa reforma de política pública pelo Judiciário dar-se-á apenas através de uma “interlocução institucional” entre Judiciário e Legislativo.

Para o Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos e Sociedade, a relevância do tema reside na necessária proteção social previdenciária de uma sociedade para que existam condições materiais ao acesso a bens jurídicos tutelados pelo direito, consolidando-se como instrumento à dignidade humana.

A pesquisa está situada na linha de pesquisa “Direito, Sociedade e Estado”, que aborda os processos de transformação social no Brasil e na América Latina: transformação constitucional brasileira dentro de uma análise crítica.

Ainda, vincula-se com o orientador Professor Doutor Lucas numa análise constitucional crítica: identificando os processos de desdemocratização do sistema político brasileiro com aviltamento dos direitos sociais e da própria transformação social. Da mesma forma, o tema dialoga com as análises do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito – NUPED da UNESCO, especialmente em relação à linha de pesquisa Estado, Políticas Públicas e Direitos Fundamentais. Do ponto de vista acadêmico, entende-se que a pesquisa proposta é epistemologicamente relevante, pois há ênfase na tutela política do direito à previdência social. E, no que concerne à relevância social, a judicialização individual da previdência social é um problema de inegável atualidade e relevância, diante do alto número de ações pretéritas, presentes e futuras, essas também decorrentes da emenda constitucional em análise.

Para os fins desta dissertação, adotar-se-á como marco teórico o Estado Social e Democrático de Direito. Tal opção teórica se justifica porque o direito à previdência social é construção histórica do Estado Social, que transcendeu o Estado Liberal na condição de mero garantidor das liberdades civis e passou a assumir o dever de garantir o gozo de direitos sociais por meio de políticas públicas. Vale esclarecer que aqui se utilizou a nomenclatura conferida por Novais (2006, p. 218), para quem o Estado Social e Democrático de Direito exprime a vinculação jurídica do Estado à garantia dos direitos fundamentais e à manutenção das condições para o desenvolvimento da personalidade individual. Ainda, como o estudo confere especial ênfase às dimensões objetiva e coletiva do direito à previdência social, o aporte teórico do Estado Social e Democrático de Direito mostra-se de todo adequado, pois ele transcende o Estado Social e incorpora o princípio democrático como elemento constitutivo, promovendo a justiça social e a efetiva participação do povo no controle das decisões estatais. Esse aspecto é crucial para o desenvolvimento do presente trabalho, pois, como será demonstrado oportunamente, a ausência de discussão

política no Parlamento leva a uma ilegitimidade formal de qualquer modificação normativa.

E, quanto a forma de modificação das políticas públicas – procedimento normativo -, essa dissertação terá como referência o constitucionalismo crítico: compreensão da constituição como uma estrutura híbrida do direito e da política, problematizado na reforma à Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº. 103/2019 e ausência de um devido procedimento reformador democrático. O caráter procedimental de uma emenda constitucional não pode ser reduzido a qualquer forma de procedimento sob a justificativa de que é o povo quem decide através de seus representantes. Afirmar-se-á a necessidade de apresentação de razões pautadas em informações confiáveis e sustentáveis pelo proponente da emenda, as quais, necessariamente, precisam ser alvo de questionamentos pelo Congresso Nacional, debates que apontem as incongruências e desvios (provavelmente sempre existentes), sob pena de ausência de um devido procedimento na elaboração da emenda constitucional, ausência de democracia e, ao final, inconstitucionalidade formal.

Além dessas fundamentações teóricas, analisar-se-á o cenário de judicialização da previdência social como direito individual pré emenda constitucional, sinalizando-se seus efeitos materiais nos benefícios previdenciários e a já judicialização da inconstitucionalidade material da emenda, inclusive apresentando exemplos práticos retirados da 3ª Vara Federal de Criciúma, Seção Judiciária de Santa Catarina, e decisões já proferidas pelo Judiciário Brasileiro em instâncias ordinárias.

Intentar-se-á, ainda, afirmar que o Judiciário não é detentor da última palavra em políticas públicas, competindo a ele efetivar uma “interlocução institucional” com o Legislativo, democraticamente eleito.

Por tais motivos, buscar-se-á responder à questão central desta pesquisa, qual seja: *As alterações constitucionais operadas pelo legislador reformador na emenda constitucional 103/2019 subverteram o devido procedimento democrático de elaboração normativa? Qual o papel do Judiciário para conferir legitimidade democrática à reforma?*

Para alcançar tais objetivos específicos, o método de abordagem empregado é o hipotético dedutivo, o método de procedimento é o monográfico e a técnica de pesquisa utilizada é a bibliográfica, legal, documental e jurisprudencial.

Nesse âmbito, o primeiro capítulo tratará do Estado Social e do Estado Democrático de Direito como concretizadores dos direitos sociais por meio de políticas públicas através da participação do cidadão. Abordar-se-á os direitos fundamentais e o direito à previdência social enquanto direito fundamental positivado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sua evolução histórica, sua fundamentalidade, dimensão prestacional, coletiva, a reserva do possível e as medidas restritivas de direitos sociais, com excursão pelo princípio da vedação do retrocesso social.

Após, no segundo capítulo, utilizando-se de Ana Paula de Barcellos e o Direito Fundamental ao Devido Procedimento na Elaboração Normativa (DFPEN), apontar-se-á as incongruências dessa proposta de emenda à constituição, a ausência de discussão no parlamento e, destarte, a ausência de democracia em sua elaboração e aprovação. Pontuar-se-á que a função do Parlamento é fomentar o debate político e conferir maior consistência e seriedade a qualquer modificação normativa, impondo elementos para que as proposições sejam refletidas, contestadas e expurgadas ou retificadas dentro do contexto em que foram inseridas, porquanto é no âmbito do debate político no parlamento que se pode buscar o mais próximo do ideal de democracia nos estados modernos, e, não efetivado tal debate, ter-se-á uma maquiagem de democracia, a qual deverá ser rechaçada pelo Judiciário, mas não como promotor de política pública.

E, no último capítulo, apontando a judicialização das políticas públicas e do direito previdenciário como direito individual pré e pós emenda constitucional, com destaque para pontos de inconstitucionalidade material da emenda, alguns já declarados pelas instâncias jurisdicionais ordinárias, intentar-se-á encontrar em Conrado Hübner Mendes a possibilidade de não desconfiguração dessa emenda constitucional pelo Poder Judiciário como detentor da última palavra em inconstitucionalidade formal e material, através de interlocução entre os Poderes Judiciário e Legislativo, preservando a democracia, a democracia substancial.

2 ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO: O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS

Considerando tratar-se de estudo que versa sobre o direito social à previdência social, a obrigação estatal de garanti-lo e a correspondente atuação do Poder Legislativo na elaboração dessa política pública, partir-se-á, inicialmente, do marco teórico do Estado Social e do Estado Democrático de Direito: transcendeu a função de garantidor das liberdades civis do anterior Estado Liberal, passando a assumir o dever de concretizar os direitos sociais por meio de políticas públicas.

No seguir, apresentar-se-á uma abordagem acerca dos direitos fundamentais. A partir disso, tratar-se-á do direito à previdência social enquanto direito fundamental positivado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB, evolução histórica, sua fundamentalidade, dimensão prestacional, coletiva e o limite da reserva do possível.

Por fim, a abordagem será dos limites constitucionais às medidas restritivas ao direito à previdência social, com enfoque a ideia da proibição de retrocesso social – aqui trazido como princípio fundamental constitucional implícito.

2.1 FUNDAMENTOS DO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Instituído a partir da Revolução Francesa de 1789¹, o Estado Liberal Clássico do *laissez-faire* (liberalismo econômico) tinha como características a não intervenção na economia, o princípio da igualdade (formal), a tripartição de poderes e a Constituição entendida como norma meramente limitadora do poder estatal. O liberalismo redundava na dicotomia entre Estado e Sociedade: os direitos intrínsecos ao liberalismo impunham ao Estado uma conduta meramente negativa.

Embora calcado no trinômio liberdade, igualdade e fraternidade, o Estado liberal significou, em verdade, a ascensão da burguesia ao poder em detrimento da nobreza, restando às classes menos abastadas o papel de coadjuvantes. Assim, a igualdade do liberalismo clássico existia no plano formal, pois se tratava de um sistema político-econômico que elegia o patrimônio como o principal direito da

¹ Série de eventos ocorridos na França no final do Século XVIII, que redundaram no fim da monarquia absolutista e na ascensão da burguesia ao poder político.

personalidade a ser protegido pela ordem jurídica. Extrai-se, nesse sentido, da lição de Bonavides (2004, p. 42):

Em suma, o primeiro Estado jurídico, guardião das liberdades individuais, alcançou sua experimentação histórica na Revolução Francesa. E tanto ele como a sociedade qual a idearam os teóricos desse mesmo embate, entendendo-a como uma soma de átomos, correspondem, segundo alguns pensadores, entre os quais Schmitt, tão-somente à concepção burguesa da ordem política [...] E, tanto antes como depois, nada mais fez do que generalizá-los doutrinariamente como ideais comuns a todos os componentes do corpo social. Mas, no momento em que se apodera do controle político da sociedade, a burguesia já se não interessa em manter na prática a universalidade daqueles princípios, como apanágio de todos os homens. Só de maneira formal os sustenta, uma vez que no plano de aplicação política eles se conservam, de fato, princípios constitutivos de uma ideologia de classe.

Em que pese as importantes contribuições do Estado Liberal para a humanidade – concepção de Estado de Direito, a tripartição de poderes e a fundamentalização de direitos humanos –, a história mostra que o *laissez-faire* redundou em graves mazelas sociais. O individualismo da época influenciou a Revolução Industrial², fenômeno catalisador de profundas transformações na Europa, como o êxodo rural e a criação de uma grande massa de trabalhadores nos centros urbanos (STRECK; MORAIS, 2008, p. 69). Tais mudanças produziram graves consequências sociais, como a fome, as más condições de saneamento básico nos centros urbanos, as jornadas de trabalhos desumanas, o desemprego e a inexistência de direitos trabalhistas e previdenciários. Por isso, afirma-se que a modernidade não cumpriu suas promessas de liberdade, igualdade e fraternidade.

Essas adversidades do Estado Liberal Clássico redundaram em clamor por uma mudança de paradigma, anseio que adveio tanto das deficiências estruturais do liberalismo moderno, quanto da pressão advinda do Marxismo³, da Revolução Russa⁴ e da “ameaça do Socialismo”. Nesse contexto, o Estado Liberal teve que se

² Processo de transformação ocorrido na Europa nos séculos XVIII e XIX que envolveu a substituição do trabalho artesanal pelo assalariado e a utilização da máquina a vapor em larga escala (HUBERMAN, 1981, p. 183).

³ Conforme Wolkmer (2004), “[...] a doutrina formulada por Karl Marx (o chamado socialismo científico) a de maior influência sobre os movimentos revolucionários e sobre as lutas dos movimentos operários”, pautada “na práxis e no intento revolucionário para o projeto de libertação do homem e de emancipação da sociedade”.

⁴ Série de eventos ocorridos na Rússia em 1917, dos quais resultou o estabelecimento do controle do poder pelo partido bolchevique e a criação da União Soviética.

transformar a fim de garantir a própria subsistência do Capitalismo. A esse respeito, Vieira (2013, p. 139) aduz que:

O século XIX, ao mesmo tempo em que representou a consolidação do projeto moderno capitalista, também trouxe a lume a crise social que o abstencionismo do Estado Liberal gerou. Essa realidade, ressaltada pela exploração laboral na esteira da Revolução Industrial, geraria as condições para o questionamento do Estado Liberal e do sistema econômico capitalista como modelo hegemônico.

Conforme Novais (2006, p. 180-182), no final do século XIX, os países liberais passaram a implementar incipientes medidas estatais de cunho assistencialista e trabalhista para frear os excessos do capitalismo selvagem. A Alemanha deu início a ordenamento legal que tratou sobre a Previdência Social na Idade Contemporânea. Tal ordenamento foi editado pelo então chanceler Otto Von Bismarck em 1883, tendo, inicialmente, instituído o seguro doença e, em um momento posterior, incluído outros benefícios, tais como o seguro contra acidente de trabalho, em 1884, o seguro invalidez e o seguro velhice, ambos em 1889. Em 19 de julho de 1911, essas três leis são consolidadas no primeiro Código de Seguro Social (ROCHA, 2004, p. 36).

O objetivo dos chamados seguros sociais de Bismarck foi o de, precipuamente, impedir movimentos socialistas fortalecidos com a crise industrial, atenuando a tensão existente nas classes de trabalhadores, criando para o segurado um direito subjetivo público ao seguro social. Esse primeiro sistema era de característica laborista/mutualista. Voltava-se exclusivamente à proteção das classes trabalhadoras, através do pagamento prévio de contribuições, garantindo, em situações de redução ou eliminação da capacidade de trabalho, a manutenção dos rendimentos anteriormente auferidos. Todavia, a efetiva mudança de postura quanto à configuração do Estado se deu apenas com o advento da Primeira Guerra Mundial, conflito bélico gerado pelas próprias contradições do sistema liberal, as quais criaram a necessidade de maior intervenção estatal. Garcia-Pelayo (2009, p. 6) converge no mesmo sentido, ao referir que o Estado Social “significa, historicamente, a tentativa de adaptação do Estado tradicional (pelo que entende-se, neste caso, o estado liberal burguês) às condições sociais da civilização industrial e pós-industrial”.

Para o autor espanhol (2009), o Estado Social sucedeu ao Estado Liberal como a nova modalidade de governo nos países neocapitalistas tanto por “exigência

ética” quanto por “necessidade histórica”. Isso ocorreu porque a nova configuração de Estado se fez necessária para corrigir as disfunções da sociedade industrial competitiva, na medida em que apenas suas reformas sociais poderiam evitar a revolução e alteração do paradigma de poder. Esping-Andersen e Myles (2008) apontam nesse entendimento, referindo que as estruturas do Welfare State foram estabelecidas por conservadores que, primariamente, buscavam reproduzir – não alterar – as hierarquias sociais prevalentes⁵.

Como resultado dessas transformações, exsurgiu o Estado Social, consubstanciado em um modelo intervencionista, ao qual, além da garantia dos direitos de primeira dimensão⁶, também se impunha uma atuação positiva, a fim de propiciar o gozo dos direitos de segunda dimensão, relacionados à saúde, à educação, ao trabalho, à assistência social e outros. Nesse aspecto, aliás, Bonavides (2004, p. 17) estatui que o Estado Social promoveu os direitos das quatro gerações ou dimensões:

[...] o Estado social contemporâneo compreende direitos da primeira, da segunda, da terceira e da quarta gerações numa linha ascendente de desdobramento conjugado e contínuo, que principia com os direitos individuais, chega aos direitos sociais, prossegue com os direitos da fraternidade e alcança, finalmente, o último direito da condição política do homem: o direito à democracia.

Segundo Novais (2006, p. 179), esse novo modelo de Estado constitucional configurou-se, originariamente, na Constituição Mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar na Alemanha em 1919, portadora de maior influência no constitucionalismo mundial na defesa desses direitos.

Originada da Revolução Mexicana de 1910 e inspirada nos ideais do anarcossindicalismo europeu do final do Século XIX – especialmente da Rússia (COMPARATO, 2019, p. 184), a carta constitucional do México pela primeira vez positivou o Estado Social, instituindo expressamente o intervencionismo estatal:

⁵ “A quick historical glance at social reform will dispel of any notion that the welfare state was pursued for egalitarian reasons. Its foundations were typically laid by conservative reformers who, like Bismarck, sought primarily to reproduce, rather than to alter, prevailing social hierarchies. When the opportunity arose, socialists pushed for social policies that would better the conditions of workers, eliminate poverty, and equalize opportunities” (ESPING-ANDERSEN; MYLES, 2008, p. 2).

⁶ Sarlet (2021, p. 45) prefere a expressão dimensão dos direitos fundamentais. Ainda neste capítulo serão analisadas essas nomenclaturas.

Artículo 25 - Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral, que fortalezca la soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución. El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará al cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga esta Constitución⁷ (MÉXICO, 1917, p. 49-50).

A Constituição mexicana também inovou ao estabelecer, em seu texto, várias garantias de ordem trabalhista e previdenciária no célebre Título VI – Do Trabalho e da Previdência Social, composto exclusivamente pelo artigo 123 (MÉXICO, 1917, p. 217), pilar sustentador da consagração das aspirações revolucionárias em sede constitucional. Tratando de previdência social, houve o reconhecimento, pela constituição, da utilidade pública da Lei de Seguro Social no inciso XXIX do art. 123:

XXIX - Es de utilidad pública la Ley del Seguro Social, y ella comprenderá seguros de invalidez, de vejez, de vida, de cesación involuntaria del trabajo, de enfermedades y accidentes, de servicios de guardería y cualquier otro encaminado a la protección y bienestar de los trabajadores, campesinos, no asalariados y otros sectores sociales y sus familiares⁸ (MÉXICO, 1917, p. 226).

Com efeito, a revolução mexicana iniciou-se em 1910, e o período de agitações sociais e políticas no México estendeu-se por quase 23 (vinte e três) anos após a promulgação da Carta Política de 1917. A revolução mexicana mobilizou, em seu processo, milhões de camponeses e indígenas e se insurgia, essencialmente, contra a ditadura do Presidente Porfirio Díaz, que perdurou de 1876 a 1911 e que se apropriou das terras dos indígenas e camponeses. Em 1911 Díaz foge após uma revolta camponesa liderada por Emiliano Zapata, e Francisco Madero, latifundiário liberal que se opunha à Díaz, é eleito Presidente. Madero não promove as prometidas

⁷ “O Estado é responsável por governar o desenvolvimento nacional para assegurar que seja abrangente, que fortaleça a soberania da Nação e seu regime democrático e que, ao promover o crescimento econômico e o emprego, uma distribuição mais justa de renda e riqueza, o exercício pleno da liberdade e dignidade de indivíduos, grupos e classes sociais, cuja segurança protege esta Constituição. O Estado planejará, conduzirá, coordenará e orientará a atividade econômica nacional e executará a regulamentação e promoção de atividades que exijam o interesse geral no âmbito das liberdades concedidas por esta Constituição” (MÉXICO, 1917, p. 49-50, tradução nossa).

⁸ “A Lei da Previdência Social é de utilidade pública, e incluirá seguros de invalidez, velhice, vida, cessação involuntária do trabalho, doenças e acidentes, creches e quaisquer outras destinadas à proteção e bem-estar dos trabalhadores, camponeses, não assalariados trabalhadores e outros setores sociais e suas famílias” (MÉXICO, 1917, p. 226, tradução nossa).

alterações no aparelho estatal, o que gera profunda insatisfação dos líderes camponeses que o apoiaram, notadamente de Emiliano Zapata, que se recusa a desarmar seus homens e exige a reforma agrária negada pelo novo Presidente. Desatendido, Zapata promove, agora com o apoio de Pancho Villa, uma rebelião contra Madero e lança, em novembro de 1911, o célebre Plano Ayala, que dispunha sobre a distribuição de terra dos latifúndios para os camponeses. O Presidente Madero, em reação, envia o general Victoriano Huerta para derrotar Zapata, que repele a ofensiva do exército e passa a ser tido como um prestigiado líder das camadas mais pobres. Em 1913, Huerta assassina Madero e se torna o novo Presidente, com oposição de Zapata e Villa, que proclamam um plano de Reconstrução Constitucional. Em 1914 Huerta renuncia, subindo ao poder Carranza, que inicia o processo de construção das novas instituições mexicanas. Os revolucionários, após a vitória, dividem-se: Carranza e Álvaro Obregón, que propõem, simplesmente, a reforma da Constituição Liberal de 1857; e em convencionistas (Emiliano Zapata e Pancho Villa), que desejam implementar as propostas de transformações radicais da convenção de Aguascalientes (1914) (COMPARATO, 2019).

As medidas colocadas em prática por Emiliano Zapata são mais radicais e vão além daquilo que foi proposto no texto original do Plano Ayala. Além da reforma agrária, formam-se escolas técnicas, fábricas de ferramentas e um banco de crédito rural. Venustiano Carranza, insatisfeito com as concretizações promovidas por Zapata, deseja institucionalizar e regulamentar as reivindicações revolucionárias, e, em 1917, promulga a nova Constituição Mexicana, inspirada pela doutrina, conforme acima já afirmado, anarcossindicalista de Bakunin⁹. Dois anos mais tarde a nova Constituição ainda era completamente ignorada pelo governo, Zapata era assassinado e o país prosseguia em guerra civil até 1920, quando Carranza (assassinou Zapata) é deposto e assassinado, e assume a Presidência o general Álvaro Obregón, que consolida a revolução (COMPARATO, 2019).

Em verdade, a elaboração de um novo texto constitucional não foi um dos objetivos da Revolução Mexicana, em que pese, posteriormente, ser expressão máxima às aspirações por ela reivindicadas. Contudo, foi a primeira Carta Política a

⁹ Mikhail Bakunin, teórico político e destacado revolucionário russo, que teve importante papel para o desenvolvimento do anarquismo, na Europa Ocidental, do século XIX.

atribuir aos direitos trabalhistas e previdenciários a qualidade de direitos fundamentais: pioneira na inserção significativa dos direitos sociais em constituição. A importância desse precedente histórico é tamanha, porquanto na Europa a consciência de que os direitos humanos têm dimensão social só veio a se afirmar posterior, após a grande guerra: 1914-1918 (COMPARATO, 2019).

Embora seu texto tenha sofrido diversas alterações, descaracterizando seu espírito original, a importante carta constitucional mexicana continua a vigor até os dias de hoje, tendo completado 100 anos de existência em 2017¹⁰.

Assim como a Constituição Mexicana que cronologicamente lhe antecedeu, a Constituição de Weimar nasceu num período de profundas perturbações sociais. Para analisar o contexto histórico em que se deu o advento da Constituição de Weimar, deve-se remeter à vitória alemã, liderada por Bismarck, na Guerra Franco-Prussiana (1870) e no estímulo que esta vitória representou para o início da luta de unificação federalizada dos principados e das cidades livres de língua alemã na Confederação Germânica - concretizou-se sob o reinado do Kaiser Guilherme II, com a criação do Primeiro Reich, quando a Alemanha experimentou um notável crescimento urbano-industrial, o que gerou um aumento em sua classe operária militante e, conseqüentemente, nas reivindicações por ela manifestadas (COMPARATO, 2019).

A entrada da Alemanha na Primeira Guerra, no entanto, trouxe profundas consequências internas, causadas pelo elevado número de mortos e feridos e, também, pela profunda crise econômica que se abateu sobre um país totalmente voltado a atividades bélicas. Nos últimos anos de guerra, a situação interna na Alemanha foi de profundo caos, o que também foi agravado pelo intenso bloqueio naval inglês, que trouxe escassez de alimentos à população e conseqüente inflação de preços. Nesse contexto, levantes começam a eclodir em toda a Alemanha, levantes estes que, além de decorrerem da miséria e da crise social interna, eram também inspirados pelo recente e próximo exemplo da União Soviética (COMPARATO, 2019, p. 196).

Inicia-se, assim, uma verdadeira revolução bolchevista no seio do Reich: os partidos de extrema esquerda – espartaquistas e socialistas independentes –

¹⁰ Conforme afirmado no parágrafo, o texto original foi praticamente descaracterizado do original de 1917, devido as várias reformadas havidas durante ao longo dos anos.

exigiam a dissolução do parlamento alemão. E, em novembro de 1918, eclodi na Alemanha uma rebelião naval, “[...] que em pouco tempo desembocou em verdadeira guerra civil” (COMPARATO, 2019, p. 196).

Tal revolta, iniciada em 1918, no porto de Kiel, foi assim descrita por Lionel Richard (1988, p. 29-31):

Os marinheiros se haviam recusado a seguir os oficiais que queriam continuar a guerra no mar. As más condições de vida fizeram o resto: a bandeira vermelha foi hasteada nos navios e 20.000 marujos armados ocuparam o porto. Desarmaram oficiais, libertaram os prisioneiros nos quartéis, elegeram um conselho de soldados. Com esse exemplo, interromperam o trabalho nas fábricas. Os grevistas formaram um conselho de operários. Após Kiel, o processo se repetiu em Stuttgart e Hamburgo. As estações foram ocupadas, as tropas levantaram contra os oficiais, os comandantes militares foram substituídos, os meios de transporte requisitados por soldados em revolta. Símbolos de séculos de opressão, as insígnias foram por toda parte destruídas; bandeiras vermelhas foram hasteadas; organizaram-se conselhos de operários e de soldados.

Na linha do relato histórico de Comparato (2019, p. 196-197), a abdicação do Kaiser Guilherme II era insistentemente pedida, mas ele ainda tentou salvar a dinastia¹¹, nomeando em novembro de 1918 o Príncipe Max de Baden como chefe do governo e determinando a parlamentarização da Alemanha – reforma do texto constitucional alemão, em 03.11.1918. No entanto, os acontecimentos precipitaram-se, com proclamação da “República Democrática e Socialista” na Baviera. Sentindo que a esquerda mais radical – especialmente o grupo Spartak, liderado por Karl Liebknecht – ganhava o apoio das lideranças populares, os sociais democratas (integrantes do partido socialista majoritário) abandonam definitivamente o governo e convocam uma greve geral. O Príncipe Marx, então, anuncia a abdicação do Imperador, designa Friederich Ebert (líder dos social-democratas) para exercer as funções de chanceler, propondo, ainda, a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte. Antecipando-se, Philip Scheidemann, ministro integrante da social-democracia, anuncia, no mesmo dia, no balcão da chancelaria em Berlim, a proclamação da República. Formou-se, então, um governo provisório (Conselho dos Delegados do Povo), chefiado por Ebert e que compreendia três integrantes da social-democracia (SPD) e outros três integrantes do Partido Social Democrático Independente (USPD). Esse governo provisório tinha objetivos divergentes,

¹¹ Alimentava com isso a esperança de ganhar tempo e, em último caso, abrir mão tão só da coroa imperial, permanecendo como rei da Prússia (COMPARATO, 2019, p. 196).

pretendendo, o SPD, a convocação de Assembleia Constituinte e o estabelecimento de uma democracia parlamentar; enquanto o USPD buscava o imediato estabelecimento de uma ditadura do proletariado, com a completa socialização da economia nos moldes soviéticos.

Essa divergência foi solucionada mediante a convocação de um congresso de representantes das diferentes províncias integrantes do Reich, que, reunido em Berlim, em 20.01.1919, deliberou, por ampla maioria, no sentido da convocação de uma assembleia constituinte. O local escolhido para sediar a Assembleia Constituinte foi Weimar porque, além de trazer a inspiração de Goethe, que ali vivera, ficava afastado das lutas travadas em Berlim em função do levante spartakista. É que dias antes (entre 6 e 15 de janeiro), as forças militares alemãs travaram violentos conflitos em Berlim contra os militantes Spartak, do que resultou o assassinato de seus líderes Rosa Luxemburgo e Karl Liebknecht (COMPARATO, 2019).

Nas palavras de Comparato (2019, p. 197)

[com] o desaparecimento dessas grandes personalidades de esquerda, únicas em condições de resistir criticamente à influência do comunismo soviético, o movimento socialista alemão viu-se singularmente enfraquecido” para “enfrentar com êxito” a “extrema direita totalitária.

Convocadas as eleições para a Assembleia Constituinte, os partidos socialistas não alcançaram a maioria absoluta (SPD obtiveram a maioria das cadeiras, mas não sua maioria absoluta: 163, e 22 para o USPD, num total de 414). Assim, o projeto da Constituição de Weimar foi redigido por Hugo Preuss, professor de origem judaica, adepto do comunitarismo, discípulo de Otto v. Gierke e influenciado por Weber. E, em 11 de agosto de 1919, restava promulgado o novo texto constitucional da república alemã pela assembleia nacional constituinte: agora, uma República Federativa. Antes, porém, em 9 de julho de 1919, a assembleia ratificou o Tratado de Versalhes que, pelas duras penalidades e indenizações econômicas que impôs à Alemanha, representaria um dos fatores determinantes do colapso de Weimar em 1933 com a entrada em cena da barbárie nazista (após o golpe final desferido pela Crise de 1929) (COMPARATO, 2019).

Comparato (2019, p. 198) afirma que em virtude daquele momento histórico, a concepção da Constituição de Weimar, “[...] se estrutura contraditoriamente, procurando conciliar ideias pré-medievais com exigências socialistas ou liberais-capitalistas da civilização industrial”.

Contudo, a inovadora Constituição alemã exerceu decisiva influência sobre a evolução das instituições políticas em todo o Ocidente e, o Estado Social, cujas linhas mestras já haviam sido traçadas pela Constituição Mexicana de 1917, adquiriu na Alemanha uma estrutura mais elaborada. Foi claramente dualista: primeira parte apresentou a organização do Estado e a segunda a declaração dos direitos e deveres fundamentais, acrescentando às clássicas liberdades individuais os novos direitos de conteúdo social, exigindo atividade positiva do Estado, por meio de políticas públicas: educação, saúde, trabalho, previdência social, entre outros (COMPARATO, 2019).

Dentre os direitos de segunda dimensão – que conferem o caráter social à Constituição de Weimar – destacam-se, aqui, os direitos dos trabalhadores e previdenciários elevados ao nível constitucional de direitos fundamentais – arts. 157 e seguintes. O artigo 161 traz a proteção à maternidade, à velhice, às debilidades e aos acasos da vida, mediante sistema de seguros, com a direta colaboração dos segurados, mas instituído pelo Reich – Governo Central. Ainda, destaca-se a obrigação do Reich à promoção de "um mínimo geral de direitos sociais" (art. 162). O documento também instituiu uma economia organizada com base no princípio da justiça, tendo o objetivo de atingir uma vida digna para todos (art. 151) (COMPARATO, 2019).

Como já afirmado, o Estado Social da Constituição de Weimar possuiu vida curta, pois a Alemanha vivenciou grave crise econômica e instabilidade política nos anos subsequentes, cenário que, impulsionado pela quebra da Bolsa de Valores de Nova York em 1929 (GALBREITH, 2010), proporcionou a ascensão do Partido Nazista¹² ao poder em 1933, sob o comando de Adolf Hitler.

A par das precursoras experiências mexicana e alemã, o Estado Social se desenvolveu com maior contundência a partir da Segunda Guerra Mundial, quando os direitos sociais passam a ser ampliados e estendidos (VIEIRA, 2013, p. 147). Nesse norte, para Garcia-Pelayo (2009, p. 5), a primeira constitucionalização dessa forma de Estado ocorreu com a Lei Fundamental da República Federal Alemã (Lei Fundamental de Bonn), em 1949, cujo artigo 20 remetia a um "Estado federal, democrático e social" (ALEMANHA, 1949). O jurista espanhol leciona, ainda, que as políticas sociais dos países industrializados passaram, a partir desse novo modelo estatal, a contemplar não apenas as classes trabalhadoras, mas também toda a coletividade, por meio de

¹² Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães.

ações voltadas ao bem-estar geral, nas áreas da cultura, lazer, educação e meio ambiente. Dessa forma, enquanto o Estado Liberal do Século XIX realizava medidas fiscais para, sazonalmente, corrigir deficiências transitórias de um sistema que – supostamente – se autorregulava, o Estado Social passou a adotar no Século XX uma política permanente de direcionamento do sistema econômico, arvorando-se como “regulador decisivo do sistema social” (GARCIA-PELAYO, 2009, p. 11).

Enumeram-se os caracteres do Estado Social referidos por Bonavides (2004, p. 186):

Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede o crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidade individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência do seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área da iniciativa individual, nesse instante o Estado pode com justiça receber a denominação de Estado social.

Conquanto alguns valores do Estado Liberal tenham sido mantidos pelo Estado Social¹³, para que este atinja seu fim, diferentemente do que ocorria naquele modelo, faz-se necessário proporcionar a criação de condições que garantam livre e igual desenvolvimento da personalidade individual. Para tanto, segundo Novais (2006, p. 200), as garantias individuais devem ser (a) fundamentalizadas por meio de sua constitucionalização, (b) interpretadas segundo o princípio da socialidade e (c) entendidas como valores que se impõem a toda a Sociedade, não apenas ao Estado (eficácia horizontal). Por isso, para o jurista português, o Estado Social é impregnado de uma “intenção material” (NOVAIS, 2006, p. 212), que se revela em um caráter axiológico e metapositivo. Isso significa dizer que o Estado Social não deve intervir na sociedade para proteger os direitos fundamentais por mera obediência formal à Constituição escrita, mas sim por observância àquele princípio material, cuja base é a dignidade da pessoa humana.

¹³ Como referido acima, o Estado de Direito, a tripartição de poderes e a fundamentalização de direitos humanos. Assevere-se, contudo, que o Estado de Direito Liberal é individualista e abstencionista, e o Estado de Direito Social é coletivista, interventor, regulador e prestacional. Ou seja, Estados com princípios diversos.

Nos dizeres de Esping-Andersen *et al.* (2001, p. 15), o Estado Social adveio de uma verdadeira reconfiguração do contrato social entre o Estado e a Sociedade, na qual a questão social pautava o clamor por reformas.

Destaca-se:

As décadas de 1930 e 1940 foram um divisor de águas na história do *welfare state* justamente porque as dificuldades da Depressão e da guerra exigiam um novo contrato social entre o governo e os cidadãos. Naquela época, a urgência da reforma era expressa em termos da "questão social" e da divisão da classe industrial. As realizações mais notáveis foram a tributação progressiva, a expansão educacional, a melhoria das aposentadorias, a manutenção da renda, a assistência médica e a proteção ao emprego. A promessa de maior igualdade entre as classes sociais foi traduzida em um conjunto de garantias de cidadania social. Alguns, como a universalização do acesso à saúde e a educação, eram direcionadas ao 'povo', outras foram direcionadas para riscos específicos ou fases do ciclo de vida. O mais importante entre estas, sem dúvida, foi um novo contrato de aposentadoria intergeracional¹⁴ (ESPING-ANDERSEN *et al.*, 2001, p. 15, tradução nossa).

A despeito do inegável valor do Estado Social no pertinente à garantia dos direitos humanos, notadamente daqueles de natureza prestacional, fato é que essa forma de Estado também funcionou como instrumento de dominação de classes, como admite Garcia-Pelayo (2009, p. 4), porquanto as concessões sociais deferidas às camadas populares constituíam meio para manutenção do próprio sistema capitalista (reforma x revolução). Aliás, a política de assistência social ampla na Europa, após a Segunda Guerra Mundial, só foi possível devido ao enorme volume de recursos oriundos dos países capitalistas subordinados, dentre os quais o Brasil. Na época, tais recursos foram cooptados pelos países europeus e pelos EUA na forma de lucros e royalties de empresas transnacionais situadas nos países periféricos, agravando o desnível econômico entre aqueles e estes (VIANA, 1996).

¹⁴ No original: The 1930s and 1940s were a watershed in welfare state history precisely because the hardships of the Depression and war called for a new social contract between government and citizens. In that epoch, the urgency of reform was couched in terms of the 'social question' and the industrial class divide. The most notable achievements were progressive taxation, educational expansion, pension improvements, income maintenance, health care and job protection. The promise of more equality between the social classes was translated into a set of social citizenship guarantees. Some, like universal health care and education, spoke to the 'people', others were targeted on specific risks or life cycle phases. The single most important among the latter was, no doubt a new, inter-generational, retirement contract (ESPING-ANDERSEN *et al.*, 2001, p. 15).

2.1.1 Estado Social

Antes de adentrar ao Estado Democrático de Direito, cumpre afirmar que o Estado Social se configura dentro do próprio sistema capitalista: é o resultado das transformações pelas quais passou o Estado Liberal clássico a fim de perpetuar o capitalismo como sistema vigente. No Estado Socialista, em contrapartida, a transformação do Estado é mais profunda, pois visa a remover o poder capitalista, a assumir o controle dos meios de produção e a limitar a esfera de atuação da iniciativa privada (BONAVIDES, 2004, p. 186). O Estado Social não rejeita o modo de produção capitalista e nem é uma etapa em direção a uma sociedade socialista. O objetivo é atenuar as desigualdades sociais ocasionadas pelo individualismo liberal (VIEIRA, 2013, p. 144).

Por fim, assevere-se que o Estado Social representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal. “Mas algo, no Ocidente, o distingue, desde as bases, do Estado proletário, que o socialismo Marxista intenta implantar: é que ele conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio Cardeal a que não renuncia” (BONAVIDES, 2004, p. 184).

Portanto, o Estado Social foi construído dentro do capitalismo.

Outrossim, há distinção entre o Estado Social e os conceitos de Estado Assistencial e de Estado Providência: estes possuem um significado mais restrito, referindo-se à função estatal de assegurar

por meio de subvenções e subsídios um mínimo de subsistência vital aos que nela se encontram, ou de prevenir a eventualidade dessas situações através do estabelecimento generalizado de um sistema de seguros, de saúde e de assistência social (NOVAIS, 2006, p. 188).

Foram essas as proteções sociais introduzidas no Estado Liberal. De fato, tendo em mente – como acima já trabalhado – de que para esse ideário político a sociedade dispõe de mecanismos de autogoverno que conduzem de maneira automática à prosperidade e à justiça social, cabendo, unicamente, deixá-los atuar sem maiores impedimentos (GRIMM, 2006, p. 57), apenas às pessoas em efetiva situação de carência haveria a previsão de ajuda financeira, seja pública¹⁵ ou privada.

¹⁵ Nos debates que levaram à elaboração da Constituição francesa de 1848, a previsão de um *direito ao trabalho*, exigência do proletariado que se buscava inserir na Carta Constitucional, foi transformada em um direito à assistência pública.

O Estado Social também absorve as funções de cunho assistencialista e protetivo, porém possui significado mais amplo, na medida em que se refere à própria configuração do poder político, advindo da efetiva participação da sociedade em seu exercício. Nele, conseqüentemente, dá-se um processo recíproco de “estadualização da sociedade” e de “socialização do Estado” (NOVAIS, 2006, p. 190).

Já o Welfare State (Estado de Bem-Estar Social) e o Estado Social, do ponto de vista histórico, distinguem-se porque o Estado Social teve sua gênese no início do Século XX, impulsionado especialmente pela Revolução Mexicana de 1910 e pela Revolução Russa de 1917. O Welfare State, distintamente, tem como nascedouro o Plano Marshall de 1947¹⁶.

Do ponto de vista territorial, o Estado Social formou-se em diversos países da Europa e, inclusive, da América Latina, ao passo que o Welfare State foi formulado nos EUA e na Inglaterra. Outrossim, essas duas concepções de Estado desenvolveram-se desde processos desiguais de criação: o Estado Social adveio da conjuntura de crise vivenciada nos países capitalistas no primeiro quartel do Século XX. O Welfare State, opostamente, resultou de criação acadêmica na área da economia, baseada, principalmente, no Beveridge Report¹⁷ inspirado na teoria de Keynes (GARCIA-PELAYO, 2009, p. 8). Esta é a diferença mais sensível entre o Estado Social e o Welfare State: este foi mera estratégia econômica, adotada para fins de estabilização dos desvios e disfunções do sistema capitalista; aquele, por sua vez, visou modificar a própria ordem social, política e jurídica, não apenas com reflexos no subsistema econômico, mas também no pertinente às relações de poder e na interação entre Estado e sociedade – veja-se que o Welfare State nunca redundou na formação de qualquer carta constitucional, já o Estado Social foi positivado em diversas Constituições. No entanto, importante tecer que os contornos universalistas da Seguridade Social (não apenas laborista) ganham ênfase a partir do Relatório Beveridge.

Segundo Leal (1978, p. 347), na perspectiva universalista

o direito à segurança social deve traduzir-se no direito a um mínimo vital ou social, definido nacionalmente e assegurado a todos os cidadãos ou a todos os residentes em cada país, independentemente da sua vinculação a uma

¹⁶ Programa de Recuperação Europeia idealizado pelos Estados Unidos ao fim da Segunda Guerra Mundial. Foi realizado por meio de assistência técnica e financeira para ajudar a recuperação dos países europeus destruídos pela guerra.

¹⁷ Documento de 1942 que dispôs sobre serviços sociais e pleno emprego na Inglaterra.

actividade laboral e da sua situação económica. O direito abre-se ou concretiza-se sempre que se verifiquem determinados eventos enunciados na legislação nacional e considerados como susceptíveis de comprometer a obtenção ou manutenção desses mínimos, e isto quer efectivamente a comprometam, quer não.

Esse movimento econômico, aliado à constitucionalização dos Direitos Sociais em vários países, que atinge não somente a previdência social, mas também a saúde e a assistência social, torna-se política pública também no Brasil. Nesse sentido, a criação, em 1966, do INPS – Instituto Nacional da Previdência Social, propiciou a extensão da assistência médica a todos os trabalhadores com carteira assinada (não mais limitada àquelas específicas categorias profissionais). Posteriormente, a ampliação do acesso à cobertura na área da saúde alcançou também outros grupos excluídos, como os trabalhadores rurais, pela criação, em 1971, do Funrural. A tendência de universalização da Seguridade Social, advinda, de alguma maneira, da política econômica do *Welfare State*, mas principalmente dando cabo ao mandamento constitucional de proteção social como direito fundamental, chegou ao ápice, no Brasil, com a Constituição Federal de 1988, caracterizada pela retomada dos ideais democráticos e o respeito à dignidade da pessoa humana (SERAU JÚNIOR, 2011, p. 146).

Nesse compasso, verifica-se que o Estado Social se conforma a diversas configurações políticas. A título de exemplo, Bonavides (2004, p. 184) reconhece seus caracteres na Alemanha nazista, na Itália fascista, na Espanha franquista, em Portugal salazarista, na Inglaterra de Churchill e nos Estados Unidos de Roosevelt. Igualmente, Esping-Andersen e Myles (2008, p. 2) lecionam que os diferentes modelos do *Welfare State* adotados nos diversos países da Europa resultaram em políticas redistributivas distintas, gerando maior ou menor igualdade de renda e oportunidade¹⁸. Vieira (2013, p. 144) também detecta tais variáveis, inclusive em um recorte histórico-temporal:

Um ponto a ser destacado é que não houve um único modelo de Estado Social e nem a sua implantação no mesmo período nos diversos Estados que o adotaram. Assim, temos como exemplo a concepção europeia que já possui as suas bases desde o século XIX dentro do cenário da lutas sociais frente ao contexto de um capitalismo avançado; a latino-americana, que, em sua origem, esteve inserta na realidade de governos autoritários, vindo a reconhecer direitos sociais (em diversos situações, de forma parcial) no

¹⁸ “Tudo isso considerado, precisamos estar especialmente atentos a três questões básicas. Primeiro, os estados de bem-estar adotam princípios redistributivos distintos, alguns dos quais podem promover mais igualdade de resultados ou de oportunidades, enquanto outros podem, na verdade, funcionar na direção oposta” (ESPING-ANDERSEN; MYLES, 2008, p. 2, tradução nossa).

contexto de um capitalismo periférico e dependente e de um modelo corporativo e centralizador e de restrição da organização social, inclusive da democracia liberal partidária; até a existência de Estados que não o conheceram.

Novais (2006, p. 216) também se opõe à visão reducionista do Estado Social, negando sua vinculação a uma só forma de governo e conformando-o a distintos quadros políticos.

Destaca-se:

[...] o Estado Social de Direito afirma-se como quadro aberto a uma pluralidade de concretizações, na medida em que, sem prejuízo da comum intenção de realizar os valores da autonomia individual, a exigência de socialidade é susceptível de, a seu modo, ser realizada em cada uma das seguintes variantes: num Estado que, assumindo a concepção da sociedade como um objecto carente de conformação, reduz a intervenção económica e social a um mínimo compatível com a manutenção do statu quo e a repartição de bens existentes (neo-capitalismo liberal); num Estado que se proponha influenciar profundamente a distribuição de bens e o funcionamento dos mecanismos de mercado, sem transformar a natureza essencial das relações de produção e o regime jurídico da titularidade privada dos meios de produção (capitalismo social); num Estado que faça da reconstrução sistemática dos fundamentos económicos e sociais da comunidade, em ordem à socialização progressiva dos meios de produção, condição e pressuposto da realização integral da intenção de socialidade e dos direitos fundamentais do homem (democracia social ou socialismo democrático)¹⁹.

É o Estado Social, portanto, uma categoria ampla, que, assim, engloba todos os conceitos operacionais acima citados, transcendendo-os, pois, a par de suas funções e caracteres, tem como núcleo a liberdade material e o princípio democrático.

2.1.2 Estado Social e a liberdade material

A compreensão do Estado Social necessita de uma breve definição do conceito de liberdade, especialmente no tocante à sua diferente conotação no Estado Liberal clássico. Com efeito, nos dizeres de Garcia-Pelayo (2009, p. 43):

No geral, toda liberdade é liberdade de algo para algo. Portanto, cada época histórica e/ou cada camada ou grupo social deve encarar de frente o problema de saber perante que coerção concreta deve postular-se a liberdade: Frente à coerção do senhor? Frente à coerção das oligarquias gremiais? Frente à do Estado? Frente à necessidade económica sustentada sobre uma organização político-social?

¹⁹ Os textos em português de Portugal foram mantidos no original sem tradução.

Benjamin Constant (1819), em seu clássico texto “*The liberty of the ancients compared with that of the moderns*”²⁰, tratou sobre as diferenças entre a liberdade dos povos antigos e dos modernos, bem como sobre os respectivos reflexos na França após a Revolução de 1789. Nele, o pensador francês atribuiu aos antigos – egípcios, gregos, romanos e gauleses – o entendimento da liberdade em seu sentido político, da qual resultava soberania nos espaços públicos de discussão e escravidão nas relações privadas. Já para os modernos – entendidos como os europeus nos Séculos XVIII e XIX –, predominava a valorização da liberdade individual, o que repercutia em soberania política aparente e independência na vida privada. Para Constant (1819), essa noção moderna da liberdade relacionava-se intrinsecamente ao individualismo e ao poder econômico advindo do comércio, o qual, segundo ele, superava o próprio poder político e militar.

Segundo Bonavides (2004, p. 145), o escrito de Benjamin Constant sintetiza os ideais do liberalismo, pois,

Se algum documento há de reivindicar na História o título de manifesto político do liberalismo, será este, incontestavelmente, o discurso de Constant sobre a liberdade dos antigos comparada com a dos modernos. Ali, a teoria política do liberalismo retoma, em poucas páginas, a certeza de suas energias ideológicas e se afirma na precisão incomparável de uma fórmula que a identifica doutrinariamente, sem qualquer eiva de equívoco.

No Estado Liberal, a liberdade cingia-se na exaltação do indivíduo e de sua personalidade, com desprezo à intervenção estatal. Além de seu cunho individualista, a liberdade era concebida em um aspecto meramente formal, transfigurando-se em verdadeira ideologia da classe detentora da supremacia econômica da época. As condições materiais para tanto (para a liberdade - saúde, alimentação, moradia), não eram classificadas como objeto dos direitos humanos, pois cada pessoa deveria se esforçar para, egoisticamente, garantir para si e sua família condições melhores de vida. A dignidade humana, nessa lógica, não era responsabilidade da comunidade, mas dos próprios indivíduos (HERRERA FLORES, 2009). A liberdade assim entendida restringia-se ao plano meramente formal, uma vez que a liberdade política é irreal se não vem acompanhada pela liberdade em relação às dependências econômicas (GARCIA-PELAYO, 2009, p. 43). Esse foi exatamente o caso no Estado

²⁰ A liberdade dos antigos comparada à dos modernos, texto desenvolvido por Benjamin Constant a partir de palestra proferida no Athénée Royal de Paris, no ano de 1819.

Liberal em geral, pois, como referido anteriormente, o laissez-faire redundou em graves mazelas sociais, especialmente a fome e as más condições de saneamento básico nos centros urbanos. Essa posição vai ao encontro da teoria de Bonavides (2004, p. 61), para quem o conceito de liberdade do Estado Liberal mostrar-se-ia correto se todos os homens fossem dotados de igual capacidade. Contudo, como a igualdade no liberalismo ocorria apenas no plano formal, em uma abstração que acobertava as desigualdades de fato, o discurso de liberdade convertia-se em um salvo-conduto para que os mais abastados oprimissem os fracos. Segundo o jurista brasileiro, ainda,

Tanto a filosofia política da esquerda como a da direita chegaram a esse resultado comum: a superação da liberdade qual a conceitual outrora o liberalismo, sem a consideração dos fatores econômicos, reconhecidos, hoje, como indispensáveis à prática da verdadeira liberdade humana. Vã, por conseguinte, a esperança de reprimir a rotação idealista do progresso, a esperança de reprimir a rotação Idealista do progresso, a busca necessária de uma liberdade e de uma democracia esteada em postulados de justiça social e econômica (BONAVIDES, 2004, p. 62).

Pautado nesses conceitos de justiça social e econômica, o progressivo desenvolvimento do Estado Social outorgou à liberdade uma nova conotação, progredindo de um aspecto meramente formal para uma significação material. Assim, “ontem, a liberdade impetrava o acréscimo da igualdade; hoje, a igualdade impetra o acréscimo da liberdade, acréscimo material, tudo isso com o objetivo de fazer ambas concretas, tanto a liberdade como a igualdade” (BONAVIDES, 2004, p. 14-15).

A liberdade jurídica, ou seja, a permissão jurídica de fazer ou não algo, é desprovida de valor se não vier acompanhada da liberdade fática (real), cujo exercício pressupõe que o indivíduo não viva abaixo do mínimo existencial, não esteja condenado ao desemprego diuturno e tampouco esteja alienado da vida cultural de seu tempo. Trata-se, enfim, de proporcionar as condições mínimas para o exercício da liberdade.

Novais (2006, p. 198-199) insere nessa equação o princípio da socialidade, consistente na “vinculação jurídica do Estado no sentido de uma intervenção positiva destinada a criar as condições de uma real vivência e desenvolvimento da liberdade e personalidade individuais”. Dessa forma o Estado não funciona como mero limitador externo da liberdade, mas como seu elemento constitutivo: a ele incumbe outorgar as condições necessárias para que os cidadãos sejam materialmente livres. É a busca

de emancipação baseada no princípio da dignidade humana (liberdade material), não da liberdade formal (propriedade privada).

Trabalhado, nesse tópico, os fundamentos do Estado Social e Democrático de Direito – evolução histórica a partir do Estado Liberal e diferenciação com os demais tipos de Estado – passa-se à análise do vetor democrático e dos direitos fundamentais.

2.2 DO ESTADO SOCIAL AO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO: O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

Como acima visto, na lógica liberal, ao Estado incumbia apenas a defesa do indivíduo contra a autoridade, o que favorecia as aspirações da classe economicamente dominante naquela época – a burguesia. Bonavides (2004, p. 168), ao referir-se à base ideológica daquele sistema, classificava-o como ode à tutela do indivíduo e da propriedade privada, “premissa essencial do sistema capitalista”.

Ao fixar as bases ideológicas do Estado Social, Bonavides (2004, p. 166) reporta-se, com contundência, à filosofia de Jean Jacques Rousseau, notadamente ao resgate da democracia grega como ação política pertencente a todos, sem distinção de classes. Trata-se da *volonté générale*²¹, consubstanciada na prevalência da soberania popular e na cessão da liberdade individual para a própria coletividade, não para uma autoridade individual ou um determinado grupo de indivíduos. Conquanto a exegese da teoria rousseauiana possa redundar em sua associação a regimes totalitários ou ao próprio liberalismo, a vontade geral é a base instrumental política do próprio Estado Social, pois permite “acesso a um socialismo moderado, por via democrática” (BONAVIDES, 2004, p. 170-175).

Vale ressaltar, no entanto, que a democracia idealizada para o Estado Social se distingue daquela do Estado Liberal: enquanto a democracia formal do liberalismo se exercia por meio do sufrágio censitário, cujo acesso era franqueado apenas aos membros de determinada classe, no Estado Social a democracia busca assumir um caráter material, mediante a universalização do sufrágio. Assim, a vontade popular, antes exercida apenas formalmente no liberalismo clássico, passa a se impor de maneira concreta, com a participação de todos.

²¹ Vontade geral (tradução nossa).

Novais (2006, p. 183) coaduna desse entendimento, esclarecendo que o Estado Social não implica apenas em mero intervencionismo, mas sim em uma nova configuração e interação nas relações entre Estado e Sociedade. Trata-se de vinculação ao princípio democrático, em que o cidadão não é apenas receptor de políticas públicas, mas participante ativo de sua elaboração. A esse respeito, como refere Garcia-Pelayo (2009, p. 35), o que caracteriza o Estado Social não é a função assistencial nem a política de bem-estar, porém sua própria configuração global. Trata-se, nessa ótica, de uma democracia social que reivindica a socialização do Estado, a fim de que os cidadãos participem da formação de sua vontade política, bem como da distribuição e atribuição de bens e serviços.

Sobre o princípio democrático, Novais (2006, p. 213) estatui que

É exactamente neste plano que a dimensão democrática do Estado de Direito adquire a maior relevância, já que, numa sociedade politicamente heterogênea, pluralista, atravessado por profundos conflitos sociais e dissensões ideológicas, não se pode pretender – a não ser recorrendo a soluções autoritárias, excluídas por definição – chegar a uma decisão unívoca e consensual sobre esta matéria. Um acordo mínimo só é possível em torno da remissão deste problema (o da determinação da forma política mais adequada realizar a axiologia da dignidade da pessoa humana) para a decisão popular democraticamente expressa nos seus momentos constituinte (originário e derivado) e constituído.

Nesse passo, o Estado Social de Direito possui uma intenção material que supera o reducionismo formalista do Estado Liberal e o entendimento de que o Direito é tão somente criação do Estado, o que se revela nos valores que persegue e na dimensão social de sua atividade. Garcia-Pelayo (2009, p. 35) caracteriza o Estado Social em tais termos:

Porém, por Estado Social devemos entender não apenas uma configuração histórica concreta, mas também um conceito claro e distinto frente a outras estruturas estatais. Por isso, precisamos considerá-lo como um sistema democraticamente organizado, ou seja, como um sistema onde a sociedade não só participa passivamente como receptora de bens e serviços. Trata-se de um sistema em que, através de suas organizações, a sociedade é parte ativa na formulação da vontade geral do Estado, bem como na construção das políticas distributivas e de outras prestações estatais. Dito de outro modo, qualquer que seja o conteúdo social, sua atualização precisa vincular-se a um processo democrático, mais complexo, certamente, do que a simples democracia política, uma vez que ele deve estender-se a outras dimensões.

Com base nessas premissas, ou seja, do entendimento do Estado Social como um sistema democraticamente organizado, exsurge a ideia de Estado Democrático de Direito.

O conceito de Estado de Direito, conforme Streck e Morais (2008, p. 91), não se consubstancia em um modelo institucional de pura legalidade formal, mas sim de conteúdo. Estado e Direito, nessa perspectiva, são elementos "complementares e interdependentes", numa dinâmica em que àquele cabe o pretense monopólio e aplicação deste. Da mesma forma, embora a estrutura formal jurídica esteja incorporada de forma relevante no Estado de Direito, este não constitui apenas um Estado Legal, porquanto também se pauta e intervém na realidade social e política. É, nos dizeres de Streck e Morais (2008, p. 93), "[...] uma concepção de fundo acerca das liberdades públicas da democracia e do papel do Estado, o que constitui o fundamento subjacente da ordem jurídica". Por tal motivo, o Estado de Direito assumiu diferentes identidades na medida das sucessivas transformações políticas, sociais e econômicas que ocorreram a partir do final do Século XVIII, especialmente na Europa.

De fato, como já afirmado, o primeiro modelo de Estado de Direito foi concebido segundo a matriz liberal. Naquele momento, as estruturas jurídicas do Estado Liberal – como o império da lei, a tripartição poderes e as garantias individuais – não constituíam um fim em si mesmas, mas sim instrumento do ideário então preponderante, relacionado ao individualismo e à liberdade de atuação dos indivíduos ante um Estado mínimo.

Posteriormente, o Estado de Direito passou a sofrer influência das preocupações e clamores da questão social, as quais, como apontado acima, produziram relevantes transformações e redundaram na formação do Estado Social. Neste, às mencionadas estruturas jurídicas se antepôs um novo conteúdo axiológico-político, baseado em exigências sociais. Nessa perspectiva, o mesmo Estado de Direito, anteriormente reduzido a um papel mínimo, passou a assumir o protagonismo nas tentativas de solucionar as mazelas sociais, consubstanciando-se em um Estado interventor. Essas transformações influenciaram, inclusive, a própria estrutura jurídica, que, do caráter geral e abstrato intrínseco à legislação no Estado Liberal, passou a apresentar caráter específico e concreto, atuando em setores específicos da sociedade (STRECK; MORAIS, 2008, p. 97).

O Estado Social e Democrático de Direito, por sua vez, possui estrutura similar ao modelo clássico liberal, com suas garantias jurídico-legais, e também é

dotado da preocupação social intrínseca ao Estado Social. Vale ressaltar a nomenclatura conferida por Novais (2006, p. 218), para quem o Estado Social e Democrático de Direito é

[...] conceito que exprime a limitação e vinculação jurídica do Estado com vista à garantia dos direitos fundamentais do homem e à promoção das condições do livre e autónomo desenvolvimento da personalidade individual - acolher e integrar juridicamente as transformações económicas e sociais democraticamente decididas e, com tal alcance, constituir-se em princípio estruturante da ordem constitucional das sociedades democráticas contemporâneas.

Essa nova forma de Estado vai além, pois visa incorporar o princípio democrático como seu elemento constitutivo, de forma a garantir a justiça social e a efetiva participação do povo no controle das decisões estatais. Conforme Silva (2005, p. 118):

Conclui-se daí que a igualdade do Estado de Direito, na concepção clássica, se funda num elemento puramente formal e abstrato, qual seja, a generalidade das leis. Não tem base material que se realize na vida concreta. A tentativa de corrigir isso, como vimos, foi a construção do Estado Social de Direito, que, no entanto, não foi capaz de assegurar a justiça social nem a autêntica participação democrática do povo no processo político.

Realmente, como também asseveram Streck e Moraes (2008, p. 97), mesmo sob a égide do Estado Social, a questão da igualdade não obteve solução, motivo pelo qual se desenvolveu o novo conceito de Estado Social e Democrático de Direito. Este novo modelo contempla as conquistas democráticas, as garantias legais e a preocupação social supracitadas, mas também tem por mister essencial a “transformação do *status quo*”.

Nesse norte, o Estado Social e Democrático de Direito se caracteriza por alguns princípios, quais sejam, a) da constitucionalidade: vinculação a uma Constituição rígida emanada da vontade popular; b) da organização democrática da sociedade; c) do sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos; d) da justiça social: intenção de corrigir desigualdades no corpo social; e) da igualdade: em seu sentido material, transcendendo a igualdade formal do modelo liberal; f) da divisão de poderes; g) da legalidade; e h) da segurança jurídica (STRECK; MORAIS, 2008).

Portanto,

O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade, apropriando-se do caráter incerto da democracia para veicular uma perspectiva de futuro voltada à produção de uma nova sociedade, onde a questão da democracia contém e implica, necessariamente, a solução do problema das condições materiais de existência (STRECK; MORAIS, 2008, p. 97-98).

Note-se, a colocação da ordem econômica e social em função do Estado, para consecução de seus fins materiais, não importa em renúncia ou cerceamento da autonomia individual. A importância da personalidade individual persiste no Estado Social e Democrático de Direito, porém não mais com base na predominância do direito à propriedade, como ocorreu no Estado Liberal, mas sim da dignidade humana como critério e limite jurídico e ético. Dessa forma, o Estado Social e Democrático de Direito não promove a vontade popular a princípio absoluto, pois limita seu poder na autonomia individual e na dignidade da pessoa humana (NOVAIS, 2006, p. 211).

Não há dúvidas de que a concretização do ideário democrático acima delineado encontra diversos obstáculos. Os anseios de justiça social do Estado Social e Democrático de Direito, mesmo quando expressamente positivado em cartas constitucionais, encontram fortes obstáculos de ordem prática, como a insuficiência de recursos e a política. No Brasil, a discrepância entre a estrutura normativa de direitos e sua efetiva garantia adjetiva a Constituição: apenas simbólica, nas palavras de Neves (2011).

Ainda que o Estado Social tenha propiciado a universalização do sufrágio, certo é que nas democracias da atualidade não há a efetiva participação da população nos processos políticos. Trata-se de uma democracia formal e não substancial. Segundo Bobbio (2007, p. 157), “[...] distinção entre democracia formal, que diz respeito precisamente à forma de governo, e democracia substancial, que diz respeito ao conteúdo desta forma”, o que leva ao questionamento da própria qualidade da democracia. Morlino (2015, p. 179) afirma que a boa democracia é “[...] aquela que apresenta uma estrutura institucional estável que realiza a liberdade e a igualdade dos cidadãos por meio do funcionamento legítimo e correto de suas instituições e mecanismos”.

Há enormes desafios à concretude do Estado Social e Democrático de Direito. Não há dúvidas, contudo, que a sua constitucionalização representou avanço na busca por justiça social e igualdade material.

2.3 O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Antes de adentrar na temática dos direitos sociais, suas dimensões e o reconhecimento do direito à previdência social como direito fundamental, cumpre tratar brevemente sobre os conceitos de direitos humanos e fundamentais. De fato, embora essas duas categorias sejam utilizadas como sinônimas, tem prevalecido o entendimento de que elas se diferenciam, tanto por aspectos territoriais quanto de eficácia. Do ponto de vista territorial, segundo o entendimento tradicional, os direitos humanos são aqueles reconhecidos nos documentos internacionais, aos quais se atribui um pretenso caráter de universalidade e validade para todos os povos. Isso significa dizer que os direitos humanos constituem garantias reconhecidas em favor de todo homem e toda mulher, independentemente de sua vinculação a qualquer nação ou ordenamento jurídico, mas tão só devido à sua condição humana²² (SILVA, 2005). Por outro lado, os direitos fundamentais são as prerrogativas e instituições concretizadas no nível do direito positivo circunscrito a determinado Estado, para garantia da convivência “digna, livre e igual de todas as pessoas” (SILVA, 2005). Além da distinção espacial, do ponto de vista da eficácia, entende-se que os direitos fundamentais possuem maior grau de efetividade do que os direitos humanos, pois possuem “positivação jurídico-constitucional” e “contam com uma estrutura judiciária capaz de obrigar os destinatários de normas específicas ao seu devido cumprimento” (OLSEN, 2008, p. 31). Contudo, os direitos humanos, no cenário internacional pós 2ª Guerra Mundial, passaram a contar com órgãos jurisdicionais, como a Corte Internacional de Justiça e o Tribunal Penal Internacional – Tribunais de Haia, no âmbito da Organização das Nações Unidas – ONU, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

²² Embora a visão crítica dos direitos humanos não seja o objeto deste trabalho, cumpre mencionar o entendimento de Herrera Flores (2009), que, buscando superar a visão moderna e eurocêntrica firmada na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, sustenta que tais direitos são processos que exsurtem como o “resultado sempre provisório das lutas que os seres humanos colocam em prática para ter acesso aos bens necessários para a vida”.

Sarlet (2015) reconhece a existência da dicotomia conceitual entre direitos humanos e fundamentais, concluindo que,

Em que pese os dois termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) sejam comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado (como é o caso, dentre tantos, de José Joaquim Gomes Canotilho) ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter internacional (Jorge Miranda). Mas também tal definição não é a única disponível, seja para direitos fundamentais, seja para o caso dos direitos humanos.

Estabelecida a referida distinção, cumpre consignar que os direitos fundamentais, “nascem e se desenvolvem com as Constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados”, tratando-se, portanto, “de direitos delimitados espacial e temporalmente”, cuja denominação se deve a seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito” (SARLET, 2021, p. 38-42). São, desse modo, direitos de titularidade do ser humano, ainda que inserido no contexto de entes coletivos, que configuram o próprio Estado.

Nesse sentido, Sarlet (2021, p. 69) reconhece a presença de uma “íntima e indissociável vinculação entre os direitos fundamentais e as noções de Constituição e Estado de Direito”. Assim, há um nexo de interdependência entre os direitos fundamentais e o Estado de Direito, pois a configuração deste implica, necessariamente, a garantia daqueles, na medida em que não é razoável admitir a vigência de um Estado de Direito que não promova a defesa dos direitos fundamentais. Não é possível cogitar a existência de direitos fundamentais sem o correspondente suporte de um Estado de Direito formal e substancialmente constituído. Alexy (2008, p. 520-522), aduz que os direitos fundamentais são dotados de uma fundamentalidade formal e de uma fundamentalidade substancial. São, dessa maneira, formalmente fundamentais devido à sua posição no topo da estrutura do ordenamento jurídico, em uma carta constitucional, de forma a vincular diretamente os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Consequentemente, as normas de direitos fundamentais estão hierarquicamente acima das demais normas do ordenamento jurídico, submetem-se a limites formais e materiais de emenda constitucional (cláusulas pétreas) e possuem aplicabilidade imediata. Por outro lado,

a fundamentalidade substancial dos direitos fundamentais se dá porque eles são decisivos para configuração básica do Estado e da Sociedade, refletindo o conteúdo axiológico da Constituição, mormente o princípio da dignidade humana (SARLET, 2021, p. 85-89; OLSEN, 2008, p. 23).

2.3.1 Dimensões dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais são comumente classificados segundo o contexto histórico em que tiveram sua gênese, sendo, assim, divididos em cinco dimensões²³, conforme magistério de Antônio Carlos Wolkmer (2012).

Os direitos de primeira dimensão são os direitos civis e políticos, relacionados à liberdade, à igualdade e à propriedade. O titular desses direitos é o homem individualmente considerado. Classificam-se como “negativos” porque impõem ao Estado o respeito ao patrimônio jurídico de cada indivíduo, criando um dever de não fazer. Surgiram no decorrer dos séculos XVIII e XIX como reflexo da hegemonia da burguesia, principalmente nos EUA e na França, com as Declarações de Direitos de Virgínia em 1776²⁴ e da França²⁵, relacionando-se, portanto, ao Estado Liberal.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão são os direitos sociais, ligados ao trabalho, saúde, educação e previdência social, entre outras áreas. Tal qual ocorre com os direitos civis e políticos, esses direitos possuem destinatários que podem ser, via de regra, individualmente delimitados. São, todavia, considerados “positivos”, pois exigem do Estado uma atuação ativa para que se efetivem. Sua gênese ocorreu, como já referido acima, no início do século XX, com a crise do liberalismo e o surgimento do Estado Social.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão estão assentados sobre a noção de fraternidade. São direitos que “não se destinam especificamente à proteção

²³ Embora a divisão em diferentes dimensões seja tradicionalmente atribuída aos direitos humanos, trata-se de classificação igualmente aplicável aos direitos fundamentais (SARLET, 2021, p. 55).

²⁴ Destaca-se, o art. 1º da Declaração de Direitos de Virgínia: “Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, por nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança”.

²⁵ E da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “Art. 4.º A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.”

dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado” (BONAVIDES, 2020, p. 583-584), mas o próprio gênero humano em si, incluído o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade. “São os direitos metaindividuais, direitos coletivos e difusos, direitos de solidariedade e de desenvolvimento” (WOLKMER, 2012, p. 25). Ao contrário das duas primeiras dimensões, os direitos de terceira dimensão não possuem como titular o homem individualmente considerado, mas sim grupos e coletividades. Seu desenvolvimento foi motivado pelos horrores da Segunda Guerra Mundial, notadamente o genocídio e a grave destruição ambiental. Dentre eles, destacam-se o Direito Ambiental e o Direito do Consumidor. No Brasil, a Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) constituiu um importante marco legislativo à efetivação desses direitos.

Os direitos fundamentais de quarta dimensão constituem-se em “novos direitos”, pertinentes a questões bioéticas, como a reprodução assistida, a eutanásia, a clonagem, a contracepção e os transplantes de órgãos. Emergiram de forma mais relevante no final do século XX e, no Brasil, possuem como diplomas legislativos relevantes a Lei nº 9.434/97 (Lei de Doação de Órgãos) e a Lei nº 11.105/05 (Lei Brasileira de Biossegurança). Ressalva-se, contudo, a teoria de Bonavides (2004), para quem a democracia é direito de quarta dimensão, assim como a informação e ao pluralismo – político, jurídico, religioso e cultural. Tais direitos culminam a objetividade dos direitos das duas gerações antecedentes absorvendo a subjetividade dos direitos individuais, de primeira dimensão, irradiando eficácia normativa a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico, com critérios objetivos, principiológicos, valorativos, concretizando os próprios direitos de segunda, terceira e quarta dimensão.

Os direitos de quinta dimensão são os direitos das mídias eletrônicas, da internet e do ciberespaço, surgidos como reflexo da passagem da era industrial para a era digital do século XXI. Nas palavras de Rangel (2013):

Contemporaneamente, a sociedade vivencia uma revolução propiciada pelos avanços tecnológicos, os quais são fortalecidos pela difusão da cibernética, constituindo um cenário próprio, com aspectos caracterizadores peculiares. Convém salientar que, em decorrência do desenvolvimento da internet, frutificou a necessidade de tutelar, juridicamente, os fatos e bens decorrentes das relações virtuais. Em meio a esse cenário, emergiu a quinta dimensão dos direitos fundamentais, os quais compreendem os direitos inerentes ao ambiente cibernético, decorrendo da realidade virtual e demonstrando a

preocupação do ordenamento jurídico com o avanço exacerbado de um veículo que propicia a troca e pulverização de informações entre indivíduos, de maneira célere, derrubando, em razão disso, as fronteiras geográficas e antrópicas erigidas e abreviando as distâncias existentes. Ora, é verificável que o advento do espaço cibernético propiciou a humanidade situação singular, não testemunhada em toda a sua história, na qual houve a possibilidade de interação entre indivíduos separados por distâncias imensas.

Ressalte-se, mais uma vez, que Bonavides (2008) traz o direito à paz como direito de quinta geração (transladação da terceira para a quinta geração de direitos fundamentais).

[...] Direito à paz como direito natural dos povos. Direito que esteve em estado de natureza no contratualismo social de Rousseau ou que ficou implícito como um dogma na paz perpétua de Kant. Direito ora impetrado na qualidade de direito universal do ser humano (BONAVIDES, 2008).

Note-se, Wolkmer (2012, p. 22-23) se vale do termo “dimensões” em detrimento das tradicionais “gerações” por simples razões estéticas, mas sim por entender que “esses direitos não são substituídos ou alterados de tempos em tempos, de forma unilateral e sequencial, mas resultam em processos materiais de interações e lutas sociais, fazendo-as e complementando-se”.

Sarlet (2021, p. 45), a seu turno, sustenta que

[...] o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações pode ensejar a falsa impressão de substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões” dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina”.

Categorias, gerações ou dimensões de direitos fundamentais, pouco importa o nome que se dê para as etapas que se seguiram, desde que fique claro que o conjunto de direitos fundamentais foi amplificado, “em uma interpenetração mútua que exige harmonia e concordância prática, não havendo substituição, mas complementaridade entre as várias categorias de direitos fundamentais” (NETTO, 2010, p. 147-148). Ademais, tais direitos não podem ser analisados de forma dissociada das circunstâncias históricas, políticas e sociais que redundaram em sua formação, inclusive diante da visão crítica de que eles são resultados de processos de lutas e conquistas (HERRERA FLORES, 2009; MARTÍNEZ, 2015). As distinções

são facilmente perceptíveis no contraponto entre os direitos de primeira dimensão, advindos do Estado Liberal, e os de segunda dimensão, exsurgidos do Estado Social. Por outro lado, ainda que tenha sido ampliado o rol de direitos consagrados nas Cartas Constitucionais dos ordenamentos jurídicos da maioria dos países, boa parte desses direitos, embora expressamente relacionados, acabaram sem qualquer efetividade concreta, dependentes de uma atuação legislativa política que não se realizou. Bobbio (1992, p. 67) critica que nestes últimos anos falou-se em direitos do homem mais do que se conseguiu fazer até agora para que eles sejam reconhecidos e protegidos efetivamente, de modo a “transformar aspirações (nobres, mas vagas), exigência (justas, mas débeis), em direitos propriamente ditos (isto é, no sentido em que os juristas falam de ‘direito’)”. Isso se deu, principalmente, com os direitos sociais, cuja realização reclama conteúdo prestacional e dependem de disponibilização de recursos financeiros por parte do Estado.

2.3.2 Classificação dos direitos fundamentais

O referencial para classificar os direitos fundamentais mais utilizado é a doutrina dos quatro *status* de Jellinek²⁶. Ainda que tal teoria possa sofrer críticas no mundo contemporâneo, em que não se concebe mais os direitos fundamentais com enfoque exclusivo nos direitos de primeira dimensão, nem nos indivíduos abstratamente considerados, tal concepção vem sendo utilizada como base para a estruturação dos direitos fundamentais por um grande número de juristas (JELLINEK *apud* SARLET, 2021, p. 162).

Destacam-se o (1) *status* negativo – que corresponde à esfera de liberdade individual, permitidas ações livres, porque não estão determinadas ou proibidas; (2) o *status* passivo – que coloca o indivíduo na posição de devedor de uma obrigação para com o Estado; (3) o *status* positivo – que permite ao indivíduo exigir do Estado prestações positivas ou condutas de conteúdo negativo, reclamando para si algo a que o Estado está obrigado a fazer ou deixar de fazer; e, (4) o *status* ativo – no qual o cidadão recebe competências para participar do Estado, formando a vontade estatal,

²⁶ Criada no final do século XIX por Georg Jellinek, importante jurista e filósofo alemão, em sua obra intitulada “Sistema dos Direitos Subjetivos Públicos”, a Teoria dos Quatro Status indica quatro posições que um indivíduo pode ficar frente ao Estado. São elas: passiva, ativa, negativa e positiva (SARLET, 2021, p. 162).

seja por meio de uma obrigação (*status* passivo) ou de uma faculdade (*status* negativo).

Explica Barros (2003, p. 137) que, “[...] embora individualmente descritas, estas posições, na realidade, podem se apresentar intrincadas, de maneira a conferir ao indivíduo feixes de pretensões e obrigações que não de ser analisadas em cada caso concreto”. A verdade é que a doutrina constitucional não apresenta uma forma individual de classificar os direitos fundamentais, até mesmo porque, além de multifacetados, eles podem ser considerados por critérios diferenciados, seja em virtude de sua titularidade, de seu conteúdo, de sua estrutura, de seu modo de proteção, ou de seu regime (ROCHA, 2004, p. 89).

Alexy (2002, p. 174-177) busca classificar os direitos fundamentais vinculados a uma concepção de direito fundamental subjetivo; Canotilho (2000, p. 407-411), por sua vez, arrola uma classificação atrelada à função dos direitos fundamentais. Descreve as funções que os direitos fundamentais podem desempenhar, tecendo algumas considerações críticas a respeito. Identifica inicialmente quatro espécies: (1) função de defesa ou de liberdade – atrelada sobretudo aos “direitos, liberdade e garantias”; (2) função de prestação social – relacionada ao direito de o particular obter algo através do Estado; (3) função de proteção perante terceiros – dever de o Estado adotar medidas positivas (fáticas ou normativas) destinadas a proteger o exercício dos direitos fundamentais de cada indivíduo perante atividades perturbadoras ou lesivas dos mesmos praticadas por terceiros; e, (4) função de não-discriminação – vinculada a todos os direitos fundamentais e que assegura que o Estado trate os seus cidadãos como cidadãos fundamentalmente iguais, impulsionando as políticas afirmativas.

Nesse trabalho, utiliza-se a classificação proposta por Sarlet (2021), considerando o ordenamento jurídico pátrio e tomando por base a proposta de Alexy (2002), que buscou na doutrina de Jellinek sua fundamentação: função desempenhada por cada um dos direitos fundamentais nos ordenamentos jurídicos. Sarlet (2021, p. 162-214) divide-os em dois grandes grupos: (1) direitos fundamentais na condição de direitos de defesa; e, (2) direitos fundamentais como direitos a prestações, que exigem um comportamento predominantemente ativo por parte do Estado, com a finalidade de se alcançar prestações jurídicas e fáticas. Os direitos a prestações, por sua vez, dividem-se em (2.1) direitos a prestações em sentido amplo: (2.1.1) direitos à proteção e (2.1.2) direitos à participação na organização e

procedimento; e, (2.2) direitos a prestação em sentido estrito. Não se adota uma divisão estanque entre as funções apresentadas, já que o mesmo direito fundamental pode se apresentar sob mais de uma perspectiva. O que se considera é o efeito predominantemente defensivo ou prestacional que o direito fundamental pode exercer em uma determinada posição jurídica.

Os direitos de defesa (1) constituem inicialmente direitos do indivíduo contra ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade, limitando o poder estatal, quando em desconformidade com a Constituição. Tais direitos outorgam ao indivíduo um direito subjetivo que lhe permite evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal. Sarlet (2021, p. 174), assim, inclui nesta categoria os direitos fundamentais de primeira dimensão. Ao apontar que a maioria dos direitos individuais e coletivos elencados no artigo 5º da Constituição Federal exercem típica função de direitos de defesa, pois correspondem, em princípio, aos clássicos direitos de liberdade, destaca o equívoco de se classificar os direitos individuais apenas como direitos de liberdade, bem como os direitos coletivos ou institucionais exclusivamente como direitos sociais, já que estes são, acima de tudo, direitos outorgados à pessoa individual.

De outro lado, além dos direitos de defesa, que geram para o indivíduo a citada liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), os direitos fundamentais apresentam-se como direitos a prestações (2), já que objetivam a liberdade “por intermédio do Estado”. Tais direitos implicam uma postura ativa do Estado, obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica (normativa) e material (fática) (SARLET, 2021, p. 194).

Sarlet (2021, p. 196), tomando como parâmetro o conceito amplo de direitos fundamentais a prestações proposto por Alexy (2002) – que exigem uma ação por parte do Estado –, subdivide os direitos a prestações (2.1) em sentido amplo e (2.2) em sentido estrito. Enquanto os primeiros (2.1) abrangem todas as posições fundamentais prestacionais jurídicas ou normativas, que podem incluir tanto (2.1.1) direitos a proteção, mediante a emissão de normas jurídico-penais, quanto (2.1.2) direitos à participação na organização e procedimento, os segundos (2.2) incluem o direito às prestações fáticas ou materiais que o indivíduo, caso dispusesse dos recursos necessários e em existindo no mercado oferta suficiente, poderia obter também de particulares. Os direitos à proteção alcançam tudo o que se encontra sob

o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a propriedade, a vida e a integridade física. O dever do Estado acaba por desembocar na obrigação de adotar medidas positivas com vista a garantir e proteger de forma efetiva a fruição dos direitos fundamentais. A realização desta proteção pode se dar por meio de normas penais, de normas procedimentais, de atos administrativos ou até mesmo por uma atuação concreta dos poderes públicos.

Os direitos à prestação em sentido estrito revelam-se como direito de exigir do Estado ou de uma entidade privada ou pessoa física uma determinada prestação material.

Contudo, como já frisado, a interpretação entre direitos de defesa e direitos a prestações, assim como entre os direitos a prestações em sentido amplo e restrito, não podem ser tomados como antagônicos, senão que os direitos fundamentais, de modo geral, possuem uma dúplici função negativa e positiva, dependendo da forma como se apresentam, havendo apenas critério de predominância de um ou de outro efeito defensivo ou prestacional.

2.3.3 Perspectiva subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais

Para além da perspectiva jurídico-subjetiva, os direitos fundamentais possuem uma perspectiva jurídico-objetiva, que reforça ainda mais os direitos fundamentais e lhes dá maior eficácia e efetividade – irradiam não apenas efeitos individualizados consubstanciados em direitos subjetivos. Em verdade, eles também produzem os fundamentos objetivos que configuram os valores idealizados por uma sociedade, bem como a consequente atuação do Poder Público. Desse modo, os direitos fundamentais devem ser analisados sob o prisma dessa dupla perspectiva, ou seja, tendo em vista as suas dimensões objetiva e subjetiva.

Após o reconhecimento dos direitos de liberdade de primeira dimensão, com o advento dos direitos sociais, ressalta Bonavides (2020) que os publicistas alemães descobriram também o aspecto objetivo, a garantia de valores e princípios que escudam e protegem as instituições.

Os direitos de segunda geração/dimensão:

[...] fizeram nascer a consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, conforme ocorreria na concepção clássica dos direitos da liberdade, era proteger a instituição, uma realidade social muito mais rica e

aberta à participação criativa e à valoração da personalidade que o quadro tradicional da solidão individualista, onde se formara o culto liberal do homem abstrato e insulado, sem a densidade dos valores existenciais, aqueles que unicamente o social proporciona em toda a plenitude (BONAVIDES, 2020, p. 579).

Segundo o magistério de Sarlet (2021, p. 149), a par de teorias já existentes no primeiro pós-guerra²⁷, foi a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (Lei Fundamental de Bonn), de 1949, que gerou o impulso decisivo para o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. A partir daquele diploma legislativo e de modo particular à decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Alemão no paradigmático caso L $\ddot{u}$ th²⁸, de 15 de janeiro de 1958, assentou-se que os direitos fundamentais não se limitavam à função de direitos de defesa do indivíduo contra atos do poder público – eficácia bilateral entre Estado e cidadão, mas também constituíam posicionamentos axiológicos sobre o entendimento da própria Constituição, produzindo verdadeiras diretrizes a serem seguidas pelos Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo. Considerando que o artigo 1.3 da Lei Fundamental de 1949 estabelece que as prerrogativas fundamentais são direitos de aplicação direta e de vinculação imediata a todos os poderes públicos²⁹, não se pode admitir que a Carta Magna seja uma ordem neutra de valores, mas um sistema valorativo que encontra seu núcleo na pessoa humana, e que se desenvolve livremente no interior da comunidade social e em sua dignidade. Aliás, o paradigmático julgado não reconheceu, tão somente, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, mas também detectou as “bases dogmáticas” da eficácia horizontal desses direitos e da exigência de ponderação no caso de colisão entre princípios (SCHWAB, 2006, p. 381-382).

Destarte, da norma que prevê o direito fundamental pode-se extrair tanto uma fundamentação subjetiva, que consagra basicamente um direito para o indivíduo ou para seus interesses, afirmando-se a possibilidade que tem a pessoa individual ou

²⁷ Novais (2010b, p. 64) salienta que esta concepção já havia sido defendida por Smend, na época da República de Weimar, mas foi sobretudo depois da Segunda Guerra que encontrou aceitação relevante, especialmente considerada pela generalização das preocupações em torno do reconhecimento e proteção da dignidade da pessoa humana.

²⁸ Naquela oportunidade, a Corte Constitucional Alemã decidiu que “Os direitos fundamentais são, em primeira linha, direitos de resistência do cidadão contra o Estado. Não obstante, às normas de direito fundamental incorpora-se também um ordenamento axiológico objetivo, que vale para todas as áreas do direito como uma fundamental decisão constitucional” (SCHWAB, 2006, p. 382).

²⁹ A Constituição Federal de 1988 tem semelhante previsão no artigo 5º, § 1º, quando determina que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (BRASIL, 1988).

o ente coletivo a quem é atribuído de fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas contra o Estado que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão; como uma fundamentação objetiva, voltada para o seu significado na coletividade, para o interesse público, traduzindo um valor geral para a comunidade, perspectiva diversa que vai além deste direito em si, reflexa ao próprio direito subjetivo, ou, ainda, como posição jurídica fundamental com normatividade restrita à perspectiva objetiva (SARLET, 2021, p. 148-149).

Decorrem dessa perspectiva objetiva parâmetros para a criação e constituição de organizações ou instituições estatais e para o procedimento, pois é a partir da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais que são reconhecidos os direitos a prestações em sentido amplo, já que para a efetivação de alguns direitos fundamentais é necessário a prévia fixação de um procedimento ordenado e justo, o que só pode ser feito se baseado no próprio conjunto axiológico dos direitos fundamentais eleitos pelo ordenamento constitucional.

Ao incorporarem e revelarem os valores comunitários, a perspectiva axiológica dos direitos fundamentais acaba por legitimar as restrições do exercício dos próprios direitos subjetivos individuais com base no interesse comunitário prevalente, além de também contribuir para a limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais, ainda que se preserve sempre o núcleo essencial desses (SARLET, 2021, p. 157). Nesse sentido, Novais (2010a, p. 79-80) destaca a importância dos conteúdos objetivos dos direitos fundamentais para o problema das restrições aos direitos fundamentais, elencando quatro razões para isto: (a) porque os deveres estatais que decorrem desta dimensão objetiva podem funcionar como fundamento legitimador de restrições; (b) porque obrigam a perspectivar a legitimidade de uma restrição a direitos fundamentais, não apenas em função das consequências produzidas nos direitos subjetivos dos particulares, mas também, e porque isso se traduz em consequências jurídicas, igualmente em função dos seus reflexos na dimensão objetiva dos direitos fundamentais; (c) porque o fato de a restrição respeitar à dimensão objetiva ou à subjetiva, e como fruto da diferença estrutural entre elas, projeta consequências relevantes em termos da densidade do respectivo controle judicial; e, por último, (d) porque através da concepção que lhe vem associada dos direitos fundamentais enquanto sistema objetivo de valores, ordem escalonada de valores ou enquanto princípios (suscetíveis, por isso, de entrarem em colisão entre si

ou com outros bens), abre-se, assim, o domínio dos direitos fundamentais à metodologia de ponderação de bens, a qual assume importância na resolução dos problemas de restrições a direitos.

Ainda que se admita a especial importância do reconhecimento da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, há uma relação de prevalência da perspectiva jurídico-subjetiva em relação à perspectiva objetiva. Afinal, a finalidade precípua dos direitos fundamentais (mesmo os de cunho coletivo) reside na proteção do indivíduo primeiro, e não da coletividade, ao passo que a perspectiva objetiva consiste, em primeira linha, numa espécie de reforço da proteção jurídica dos direitos subjetivos. O reconhecimento de um direito subjetivo significa um grau maior de realização do que a simples previsão de obrigações de cunho meramente objetivo (SARLET, 2021, p. 157-161). Resta evidenciado que das normas que prescrevem os direitos fundamentais, na sua perspectiva subjetiva ou do conjunto destes, extrai-se uma perspectiva objetiva que lhe reforça a aplicabilidade e identifica os seus limites, impondo um dever estatal de proteção ao direito fundamental que, por sua vez, gera ao Estado uma obrigação de legislar e adotar medidas concretas para garantir a efetividade do direito fundamental previsto na norma constitucional.

2.3.4 Direito fundamental social à previdência social: um direito coletivo

No seguir, tratar-se-á do direito fundamental à previdência social. Contudo, em conexão a esse tópico, importante trazer a dimensão coletiva dos direitos sociais, especificamente do direito aqui tratado: à previdência social.

De fato, além das referidas dimensões objetiva e subjetiva, o direito à previdência social, tal qual ocorre com os direitos fundamentais sociais em geral, é dotado de uma dimensão coletiva. Realmente, como a previdência social é pressuposto também para a concretização da dignidade humana e da cidadania, não se pode conceber o seu exercício e gozo de uma forma dissociada de seu conteúdo axiológico, na qualidade de valor basilar de toda a coletividade. A garantia do direito à previdência social deve advir da interação produzida pelas políticas públicas, numa dinâmica em que o Estado, lastreado em princípios da seguridade social como um

todo³⁰ e, também, da previdência social³¹, visa garantir igualdade material e justiça social.

Embora os comandos constitucionais e legais à percepção de benefícios previdenciários sejam gerais e impessoais, eles se individualizam rápido e facilmente: no momento em que as pessoas específicas requerem seus benefícios previdenciários junto ao Estado-providência. Para essa pessoa (segurado ou dependente, futuro beneficiário), pouco importa a impessoalidade da norma, porquanto seu objetivo é a sua proteção individual. A situação é claramente individual: os reflexos são sentidos por aquele indivíduo e, no máximo, sua família, considerando, ainda, que na maioria dos casos de proteção social previdenciária fala-se em recebimento de benefícios previdenciários em pecúnia. Da mesma forma, eventual impugnação ao descompasso da aplicação ou interpretação da legislação previdenciária dá-se através de iniciativa do próprio beneficiário através de uma postulação administrativa ou judicial. Trata-se de questão que atinge aquele beneficiário e, portanto, é ele quem deve buscar o reparo.

No entanto, muito antes de se tratar de um direito individual, como já exposto no primeiro parágrafo, é um direito coletivo.

A doutrina busca catalogar os direitos coletivos em grupos (dos direitos difusos, dos direitos coletivos *stricto sensu* e dos direitos individuais homogêneos)³².

Os direitos difusos são os típicos da terceira dimensão de direitos fundamentais: possuem a mais ampla transindividualidade real. Têm como características a indeterminação dos sujeitos titulares – unidos por um vínculo meramente de fato –, a indivisibilidade ampla, a indisponibilidade, a intensa conflituosidade, a ressarcibilidade indireta – o *quantum debeatur* vai para um fundo (BENJAMIN, 1995, p. 92-93). Nas liberdades clássicas, sabe-se quem é o sujeito que exige a abstenção do Estado; nos difusos, ainda que seja possível reivindicação individual, o tema interessa e aproveita a todos. São difusos por não se localizarem num estrato intangível do conhecimento humano, mas, sim, pela titularidade, que é indeterminada.

Para Grinover (1984, p. 30-31), a categoria dos direitos difusos:

³⁰ Art. 194 da CF.

³¹ Art. 201 da CF e art. 2º da Lei 8.213/91.

³² Notadamente para fins de ajuizamento de Ação Civil Pública (Lei nº. 7.347, de 24.07.1985).

[...] compreende interesses que não encontram apoio em uma relação base bem definida, reduzindo-se o vínculo entre as pessoas a fatores conjunturais ou extremamente genéricos, a dados de fato freqüentemente acidentais ou mutáveis: habitar a mesma região, consumir o mesmo produto, viver sob determinadas condições socioeconômicas, sujeitar-se a determinados empreendimentos, etc.

Os direitos coletivos em sentido estrito, por sua vez, têm como características a transindividualidade real restrita; a determinabilidade dos sujeitos titulares – grupo, categoria ou classe de pessoas –, unidos por uma relação jurídica-base; a divisibilidade externa e a divisibilidade interna; a disponibilidade coletiva e a indisponibilidade individual; a irrelevância de unanimidade social e a reparabilidade indireta (BENJAMIN, 1995, p. 92-93).

Já os direitos individuais homogêneos, chamados “direitos acidentalmente coletivos” por Moreira (1984, p. 195-196), são aqueles que decorrem de uma origem comum, possuem transindividualidade instrumental ou artificial, os seus titulares são pessoas determinadas e o seu objeto é divisível e admite reparabilidade direta, ou seja, fruição e recomposição individual (BENJAMIN, 1995, p. 92-93).

A doutrina e jurisprudência³³ costumam afirmar que o direito previdenciário deve ser tutelado na perspectiva coletiva como direito individual homogêneo. Nesse sentido:

Os direitos individuais homogêneos, podem ser objeto de um processo individual instaurado pelas vítimas em litisconsórcio por afinidade (art. 46, IV, do CPC). Podem, ainda, ser objeto de ações individuais propostas pelas vítimas isoladamente [...]. Essas “causas repetitivas” são exatamente as causas individuais propostas por vítimas isoladas ou em litisconsórcio, que se acumulam no Judiciário. São exemplos as causas previdenciárias (reajustes de benefícios previdenciários), tributárias (não pagamento de determinado tributo), consumeristas (não aplicação de determinada cláusula abusiva de um contrato-tipo), etc. (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2013, p. 84).

Ainda, extrai-se do julgamento do Recurso Especial nº 702.607 do Superior Tribunal de Justiça que “os interesses são homogêneos, tendo em vista o debate de uma ampla classe de segurados da Previdência Social, onde se tem um universo indeterminado de titulares desses direitos” (BRASIL, 2005, p. 1).

³³ Trabalhado apenas para o fim de explanação do contexto geral, já que não é objeto de estudo.

Afirmando o caráter geral dos direitos coletivos e a ausência de listas fechadas, destaca-se o voto do Ministro Celso de Mello, por ocasião do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Recurso Extraordinário nº. 163.231:

Na real verdade, a **complexidade** desses múltiplos interesses **não permite** sejam discriminados e identificados na lei. Os interesses difusos e coletivos **não comportam** rol exaustivo. **A cada momento**, e em função de novas exigências impostas pela sociedade moderna e pós-industrial, evidenciam-se **novos** valores, pertencentes a todo o grupo social, cuja tutela se revela necessária e inafastável. Os interesses transindividuais, por isso mesmo, são **inominados**, embora haja alguns, **mais evidentes**, como os relacionados aos direitos do consumidor ou concernentes ao patrimônio ambiental, histórico, artístico, estético e cultural (BRASIL, 1997, grifo do autor).

A ligação do direito previdenciário com a transindividualidade verifica-se na Constituição Federal: a) objetivo do Estado a construção de uma sociedade livre, justa e *solidária* (art. 3º, I); b) previdência social é um *direito social* (art. 6º), inserido no contexto da *ordem social* que tem por finalidade a promoção do bem-estar e justiça social (art. 193); e c) é a previdência social parte integrante da seguridade social, que compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos *poderes públicos e da sociedade* (art. 194) (BRASIL, 1988).

Outrossim, quando a Constituição propõe a atuação conjunta dos poderes públicos e da sociedade, é a afirmação da solidariedade na construção do próprio Estado. Nas palavras de Martins (2014, p. 59):

Ocorre solidariedade na Seguridade Social quando várias as pessoas economizam em conjunto para assegurar benefícios quando as pessoas necessitarem. As contingências são distribuídas igualmente a todas as pessoas do grupo. Quando uma pessoa é atingida pela contingência, todas as outras continuam contribuindo para a cobertura do benefício do necessitado.

Portanto, a seguridade social forma-se em torno da ideia de grupo, diferentemente dos direitos de primeira dimensão, os quais buscam isolar o indivíduo por meio de sua inserção em uma esfera individual de proteção. Mais ainda, os direitos sociais objetivam a proteção de um grupo social.

Desse modo, há que se buscar a interação entre os direitos sociais e os direitos coletivos. O primeiro, com objetivo ao bem-estar e à justiça social; e o segundo, proteção da coletividade abstratamente considerada. De um modo claro, o

bem-estar social já objetiva a proteção da coletividade abstratamente considerada (carga abstrata e transcendente).

Outrossim, quando a Constituição Federal exige a participação de todos para a organização da seguridade social e, em contrapartida, oferece a todos mecanismo de proteção, está, inegavelmente, diante de um grupo de pessoas³⁴. As questões de seguridade social, portanto, são questões coletivas e sua promoção e proteção são inerentes a todos e, destarte, à sociedade.

Grinover (1999) afirma:

[...] os interesses sociais são comuns a um conjunto de pessoas, e somente a estas. Interesses espalhados e informais à tutela de necessidades coletivas, sinteticamente referíveis à qualidade de vida. Interesses de massa, que comportam ofensas de massa e que colocam em contraste grupos, categorias, classes de pessoas. Não mais se trata de um feixe de linhas paralelas, mas de um leque de linhas que convergem para um objeto comum e indivisível. Aqui se inserem os interesses dos consumidores, ao ambiente, dos usuários de serviços públicos, dos investidores, dos beneficiários da previdência social e de todos aqueles que integram uma comunidade, compartilhando de suas necessidades e seus anseios.

E, ainda que tratado o direito previdenciário como direito individual homogêneo pela doutrina e jurisprudência, no presente estudo, trabalhando a análise da previdência social como política pública, adota-se o entendimento de que este liame jurídico vai além do que a mera criação de um direito subjetivo, pois o direito à previdência social, mesmo quando analisado em sua perspectiva individual, possui uma dimensão objetiva, consistente em uma carga de valores imponíveis ao Estado e a toda a sociedade. Assim, quando se protege o direito à previdência social de um cidadão, em verdade, atende-se aos próprios fundamentos do Estado Social e Democrático de Direito, pois se trata de condição indispensável ao exercício da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

A dimensão objetiva do direito à previdência social pode ser extraída do próprio artigo 201 da Constituição Federal, ao prever que o Estado atuará por meio de políticas econômico-sociais, não apenas para fins de recebimento de benefício previdenciário futuro, mas também para a proteção da saúde do segurado e a

³⁴ Não há dúvidas de que os instrumentos de Seguridade Social variam em relação ao critério de universalidade, mas é sempre coletivo. Por exemplo, é mais amplo na saúde do que na previdência e assistencial social, mas todos voltamos à coletividade como forma de justiça e proteção social.

promoção do equilíbrio financeiro do sistema, observando-se a expectativa de vida das pessoas, a evolução da qualidade laboral, entre outros.

Assim, mais do que o direito subjetivo de exigir do Estado determinado benefício previdenciário, a previdência social é, no sistema constitucional brasileiro, valor fundamental a ser protegido pelo poder público e toda a sociedade, obrigando-os a adotarem medidas estruturais que assim o garantam, como nítido direito coletivo.

Desta feita, se encerra esse ponto afirmando que, verificado o reconhecimento dos direitos fundamentais, apurada a classificação funcional e reconhecida a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, as consequências geradas a partir desta e o caráter coletivo do direito à previdência social, cumpre evoluir o raciocínio para focar o estudo agora no direito fundamental à previdência social.

2.4 DIREITO FUNDAMENTAL À PREVIDÊNCIA SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Afirmou-se anteriormente que os direitos fundamentais, incluídos os direitos sociais, podem ser considerados sob mais de um aspecto, dependendo da posição que ocupam no ordenamento constitucional. Assim como a função negativa não está adstrita aos clássicos direitos individuais e de liberdade, podendo ser reconhecida inclusive nos direitos sociais, a função positiva se evidencia também naquela espécie de direito. As perspectivas em que se revelam os direitos fundamentais podem ser alteradas dependendo da forma como se apresentam.

No que tange ao direito à Previdência Social, direito que é incluído no rol dos direitos sociais (ou, se preferir, no rol dos direitos de segunda dimensão), deve-se, nesse momento, justificar a sua fundamentalidade no ordenamento pátrio, tanto na perspectiva formal quanto material, o contexto normativo em que se insere, e a eficácia que se reconhece às normas constitucionais que consagram o respectivo direito. Inicia-se com um breve estudo histórico do direito como apresentado até então.

2.4.1 Evolução da previdência social no Brasil

O direito à Previdência Social no Brasil demorou a ter sua disciplina introduzida no ordenamento constitucional de modo autônomo ao direito do trabalho,

conquistando *status* inequívoco de autêntico direito fundamental. Reconhecido inicialmente como um reflexo à relação de trabalho, inserido em título que dispunha sobre a ordem econômica e social, cuja fundamentalidade questionava-se³⁵, foi a ordem constitucional de 1988, fruto de uma evolução gradativa de ampliação dos direitos fundamentais, que introduziu a ideia de que o sistema de Previdência Social deve ser visto como direito fundamental e autônomo e que o direito se estende a todos os indivíduos, trabalhadores ou não.

De fato, o Brasil, por questões histórico-culturais³⁶, demorou a despertar a necessidade de construção de um seguro social obrigatório. As primeiras manifestações de proteção social foram a concessão de privilégios a determinadas categorias de servidores³⁷, sem qualquer relação de seguro social, porquanto concebidos de forma de mútua³⁸ ou como concessão gratuita a certas pessoas em razão dos serviços prestados³⁹ - ausência de qualquer característica de seguro social compulsório e construído com noção de previdência, responsabilidade, segurança e assistência.

Outrossim, como já afirmando anteriormente nesse capítulo, enquanto na Alemanha em 1883 teve origem o primeiro ordenamento legal que tratou sobre a Previdência Social na Idade Contemporânea, no Brasil apenas em 1919 houve

³⁵ Sarlet (2021, p. 146) ressalta que “a Constituição de 1988 [...] acolheu os direitos fundamentais sociais expressamente no título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), concedendo-lhes capítulo próprio e reconhecendo de forma inequívoca o seu status de autênticos direitos fundamentais, afastando-se, portanto, da tradição anterior do nosso constitucionalismo que, desde a Constituição de 1934, costumava abrigar estes direitos (a menos parte dos mesmos), no título da ordem econômica e social, imprimindo-lhes reduzida eficácia e efetividade, ainda mais porquanto eminentemente consagrados sob a forma de normas de cunho programático”.

³⁶ Enquanto eclodia a Revolução Industrial na Inglaterra e por toda a Europa, o Brasil mantinha sua economia baseada na atividade agrícola e regime escravocrata.

³⁷ Netter (2004, p. 16) lembra que “*pendant longtemps les pensions accordées par le souverain ont été soit la reconnaissance de services rendus, soit l’expression de la faveur royale*”, em tradução: por muito tempo as pensões concedidas pelo soberano eram ou o reconhecimento de serviços prestados ou a expressão de favor real.

³⁸ Nesse sentido, o Montepio Geral da Economia dos Servidores do Estado (MONGERAL) – fundado em 1835, considerado a primeira entidade privada organizada de previdência do país -, a aposentadoria a mestres e professores prevista por um Decreto de 1821, a aposentadoria aos empregados dos Correios (Decreto nº 9.912-A, de 26/03/1888) e a aposentadoria dos empregados da Estrada de Ferro Central do Brasil (Decreto nº 221, 26/02/1890), posteriormente estendida aos demais ferroviários do Estado (Decreto nº 565, de 12/07/1890).

³⁹ A Constituição de 1891 que, de forma inovadora, incluiu em seu texto a palavra “aposentadoria”, limitou-se em determinar a concessão do benefício aos funcionários públicos em caso de invalidez a serviço da Nação (art. 75) (BRASIL, 1891).

aprovação da Lei n. 3.724, de 15 de janeiro, que tornou compulsório o seguro contra acidentes de trabalho em favor das atividades ali enumeradas⁴⁰.

O Decreto Legislativo n. 4.682, publicado em 24.01.1923, Lei Elói Chaves, determinou a criação de uma Caixa de Aposentadoria e Pensão para cada empresa ferroviária, tornando seus empregados segurados obrigatórios. A Lei Elói Chaves foi então considerada o principal marco da Previdência Social no Brasil: permitiu a uma determinada categoria de trabalhadores de empresas privadas a concessão de assistência médica, aposentadoria por tempo de serviço e por idade avançada, por invalidez e pensão aos dependentes.

Em 22.06.1933, por intermédio do Decreto nº 22.872, foi criado o Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Marítimos (IAPM), que foi seguido por outros institutos de aposentadorias e pensões⁴¹, sempre estruturados por categorias profissionais e não mais por empresas.

O artigo 121, § 1º, alínea “h”, da Constituição de 1934, determinou que a legislação trabalhista observasse “o direito à assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte”. A redação do dispositivo espelha o nascedouro da legislação previdenciária, que teve sua origem no direito trabalhista. Além disso, o referido dispositivo deixava clara a participação direta da União, ao lado dos empregados e empregadores, na formação do fundo de amparo social. A concessão de direitos sociais pela Carta Constitucional de 1934 não abrangeu as relações de trabalho rural, permanecendo à margem da intervenção legislativa. Outrossim, tal qual a Constituição de Weimar, o ordenamento brasileiro de 1934 manifestava a intenção de um regime democrático que promovesse a justiça e o bem-estar social e econômico: direito à propriedade vinha atrelado à sua função

⁴⁰ Explica Rocha (2004, p. 52) que o seguro contra acidente de trabalho, obrigatório e a cargo das empresas, era coberto por seguradoras privadas, que o mantiveram sob seu domínio mesmo após a edição da LOPS em 1960, somente integrando-o ao sistema previdenciário em 1967 (auge dos governos militares), com o advento da Lei nº 5.316.

⁴¹ Tavares (2010, p. 57), cita, por exemplo, o Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Comerciantes (IAPC) de 1934, o Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Bancários (IAPB) de 1934, o IAP dos Industriários (IAPI) de 1936, e o IPA dos Empregados em Transportes e Cargas (IAPTEC) de 1938. Segundo ele, “esse processo de unificação e criação dos Institutos avançou até o início dos anos 50, quando praticamente toda a população urbana assalariada já se encontrava coberta pela previdência, exceto os trabalhadores domésticos e autônomos”.

social e, no âmbito da assistência social, o artigo 113, §34, previa o amparo do poder público aos em estado de indigência⁴².

A Constituição outorgada pelo golpe de Estado de 1937 manteve os direitos previdenciários juntamente aos preceitos pertinentes aos direitos trabalhistas, destacando-se as alíneas l, m e n do artigo 137⁴³. Não havia, portanto, previsão nos direitos e garantias individuais dos direitos sociais.

As diretrizes dos Relatórios de Beveridge, irradiaram influência pela América Latina também no que toca ao seguro social. E, no Brasil, em 1943, houve esforço coordenado por João Carlos Vidal para a reforma da previdência social: unificação dos institutos e benefícios previdenciários, através de uma única instituição, o Instituto de Serviços Sociais do Brasil – ISSB. Contudo, por pressões das seguradoras privadas, dos segurados de benefícios melhores, sindicatos e políticos atrelados ao seguro privado e, ainda, dos empresários ante elevação de impostos, não foi o projeto aprovado. Ainda, em 07 de maio de 1945, Getúlio Vargas, em ato solitário, baixou o Decreto-Lei 7.526 instituindo o ISSB, o qual nunca foi regulamentado em virtude da deposição de Vargas (ROCHA, 2004, p. 62). Russomano (1979, p. 36) observa que houve o atraso de vinte anos na evolução da Previdência Social no Brasil pela não regulamentação desse decreto.

A Constituição de 1946 foi o retrato da preocupação mundial: plano ideológico destinado a contrapor-se aos projetos fascistas e socialistas de planificação social, demonstrando que a democracia liberal também tinha projetos aos problemas sociais, afirmando que a “[...] ordem econômica deveria ser organizada consoante os princípios de justiça social” (ROCHA, 2004, p. 63). Ficou consignado, pela primeira vez, competir à União legislar sobre previdência social, possibilitando a criação, de forma corrente, de regimes de previdência próprio para os Estados e Municípios para seus servidores, caso em que ficariam excluídos do regime geral⁴⁴.

⁴² §34 do artigo 113: “A todos cabe o direito de prover à própria subsistência e à de sua família, mediante trabalho honesto. O Poder Público deve amparar, na forma da lei, os que estejam em indigência” (BRASIL, 1934).

⁴³ Art. 137: [...] l) assistência médica e higiênica ao trabalhador e à gestante, assegurado a esta, sem prejuízo do salário, um período de repouso antes e depois do parto; m) a instituição de seguros de velhice, de invalidez, de vida e para os casos de acidentes do trabalho; n) as associações de trabalhadores têm o dever de prestar aos seus associados auxílio ou assistência, no referente às práticas administrativas ou judiciais relativas aos seguros de acidentes do trabalho e aos seguros sociais (BRASIL, 1934).

⁴⁴ Diretriz seguida pela Constituição Federal de 1988 e vigente até hoje.

O artigo 157 dessa Carta Constitucional referiu expressamente que a “legislação da Previdência Social”, ao lado da “legislação do trabalho”, obedeceria aos seguintes preceitos:

- XVI - previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as consequências da doença, da velhice, da invalidez e da morte;
- XVII - obrigatoriedade da instituição do seguro pelo empregador contra os acidentes do trabalho (BRASIL, 1988).

Outrossim, embora inseridos no art. 157, os seguros contra acidentes de trabalho permaneceram a cargo exclusivo das empresas privadas, mantidos fora do âmbito da Previdência Social oficial (ROCHA, 2004, p. 63). Essa situação somente foi alterada a partir da Lei nº 5.316, de 14.09.1967, já sob o manto da Constituição de 1967, que determinou a realização dos seguros contra acidentes do trabalho e moléstias profissionais dentro do Instituto Nacional de Previdência Social, e praticamente equiparou as prestações reparatórias por esses eventos às devidas na ocorrência das demais contingências humanas. Os incisos XVI e XV previam, respectivamente, assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva ao trabalhador e à gestante, bem como “assistência aos desempregados”, embora essa, segundo Rocha (2004, p. 63-68), não tenha logrado efetiva concretização legislativa⁴⁵.

Em 1960, um projeto de lei apresentado em 1947 pelo Deputado Aluísio Alves, foi convertido na Lei Orgânica da Previdência Social – LOPS (Lei nº 3.807/60). Não chegou a unificar os organismos existentes, mas criou normas uniformes para o amparo a segurados e dependentes dos vários Institutos, inclusive para os trabalhadores autônomos, que foram incluídos na legislação como segurados obrigatórios pelo artigo 5º, IV. E, apesar da Constituição de 1934 já prever a contribuição da União ao lado das contribuições dos empregados e empregadores, o ente federativo não a repassava e sua dívida com a previdência crescia

⁴⁵ A Constituição de 1967 aumentou a proteção oferecida aos desempregados, na medida em que passou a prever o seguro-desemprego como direito oferecido no âmbito da previdência social. O artigo 158, inciso XVI, da CF 1967 expressamente previa como direito do trabalhador a previdência social, organizada mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, para seguro-desemprego, proteção da maternidade e, nos casos de doença, velhice, invalidez e morte. Contudo, “até o final dos anos 80, a prestação foi objeto de legislação que condicionava a sua concessão a existência de recursos em um fundo – o Fundo de Assistência aos Desempregados, FAD, criado pela Lei nº 4.923/65 com múltiplas áreas de atuação que drenavam os seus recursos – e a requisitos rígidos que praticamente interditavam o acesso dos trabalhadores ao seguro-desemprego” (ROCHA, 2004, p. 68).

consideravelmente a cada ano. Assim, em razão da crise econômica e amparados pelo inciso XVI do artigo 157 da Carta de 1946, foi defendida a ideia de que a nova ordem não determinava uma contribuição paritária da União (ROCHA, 2004, p. 64). A LOPS, assim, acabou por estabelecer que a União respondesse apenas pelas despesas de administração do sistema.

A Constituição de 1967, a seu turno, estabeleceu no artigo 158, § 2º, que a participação da União seria atendida mediante dotação orçamentária ou por meio de contribuição de caráter geral. A unificação dos Institutos de Aposentadorias e Pensões somente se deu com o Decreto-lei nº 72, de 21.11.1966, que centralizou a organização previdenciária no Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), implantado de fato a partir de 02.01.1967. Contudo, mesmo depois da criação do INPS, continuaram num regime previdenciário excepcional os jornalistas (lei 3.529/59), os aeronautas (Lei 5.698/71) e os ex-combatentes de guerra de 1939/1946 (DL 158/67). Rocha (2004, p. 67) esclarece que a unificação administrativa não foi total, subsistindo o IAPFESP – Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Ferroviários e Servidores Públicos (art. 176, da LOPS); o IPASE – Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado, que contemplava os funcionários públicos federais (DL 288/38); e o SASSE – Serviço de Assistência e Seguro Social dos Economiários, abrangente dos empregados das caixas econômicas federais (Lei nº 3.149/57).

No tocante aos trabalhadores rurais, embora a Lei nº 4.214, de 02.03.1963, ao disciplinar o Estatuto do Trabalhador Rural, tenha criado um sistema previdenciário semelhante ao do trabalhador urbano, denominado Fundo de Assistência e Previdência do Trabalhador Rural, tais disposições nunca foram aplicadas em virtude da ausência de regulamentação. Apenas a partir da Lei Complementar nº 11, de 25 de maio de 1971, posteriormente modificada em parte pela LC 16/73, que instituiu o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural – PRORURAL, é que os trabalhadores rurais passaram a ser concretamente amparados pela previdência nas contingências velhice, invalidez e morte. Nenhum dos sistemas anteriores à Constituição Federal de 1988, contudo, previram um sistema previdenciário propriamente dito para o trabalhador rural, já que, para a percepção dos benefícios, não se tinha como

pressuposto a contribuição direta do rurícola ou a sua remuneração efetivamente auferida⁴⁶.

Os empregadores rurais ganharam um sistema de previdência e assistência social pela Lei nº 6.260, de 07.11.1975, e pelo Decreto nº 77.514, de 29.04.1976. Foi classificado como empregador rural, para efeitos desta lei, a pessoa física, proprietário ou não, que, em estabelecimento rural ou prédio rústico, explorasse, com o concurso de empregados, em caráter permanente, diretamente ou através de prepostos, atividade agroeconômica, assim entendidas as atividades agrícolas, pastoris, hortigranjeiras ou a indústria rural, bem como a extração de produtos primários, vegetais ou animais. O sistema previdenciário era baseado na contribuição anual dos empregadores (art. 5º) e as prestações daí advindas eram calculadas com base neste valor (art. 3º). Já os empregados domésticos somente foram incluídos no regime de Previdência do Trabalhador Urbano pela Lei nº 5.859, de 11.12.72, regulamentada pelo Decreto nº 71.885, de 09.03.73.

A Lei nº 6.439, de 01.09.1977, alterou o sistema organizacional, instituindo o SINPAS (Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social), que tinha como objetivo a reorganização da Previdência Social. O SINPAS destinava-se a integrar as atividades da Previdência Social, da assistência médica, da assistência social e de gestão administrativa, financeira e patrimonial, entre as entidades vinculadas ao Ministério da Previdência e Assistência Social.

A última CLPS (Consolidação das Leis de Previdência Social), anterior à Constituição Federal de 1988, data de 1984, reunindo o Decreto nº 89.312, de 23.01.1984, tratou de toda a matéria de custeio e benefícios previdenciários, mais os decorrentes de acidentes do trabalho.

Quando da promulgação da Carta Constitucional de 1988, a Assistência e a Saúde eram prestadas por intermédio do seguro social (INPS). Os trabalhadores rurais não possuíam um sistema previdenciário contributivo, ao contrário do determinado para os trabalhadores urbanos, incluídos os domésticos. A previdência dos trabalhadores urbanos, a seu turno, não permitia a inclusão de modo amplo e

⁴⁶ O sistema previdenciário do trabalhador rural previsto pela LC 11/71 tinha nítida natureza assistencial. Outrossim, mesmo depois da nova ordem constitucional, a Lei de Benefícios continuou possibilitando a concessão de diversos benefícios previdenciários ao segurado especial sem a respectiva contraprestação direta (art. 39, inciso I, e parágrafo único, Lei nº 8.213/91).

irrestrito⁴⁷ de qualquer pessoa que, não possuindo regime próprio de previdência ou não sendo filiado obrigatoriamente ao regime de previdência urbana ou rural, pretendesse filiar-se facultativamente ao seguro social. E, o constituinte de 1988, inserido em um contexto histórico de rompimento com uma ditadura militar que perdurou por décadas, procurou assegurar a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, concedendo primazia à garantia da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais.

Na chamada Constituição Cidadã, a proteção social galgou excepcional relevância no ordenamento jurídico brasileiro: o direito à Previdência Social veio expressamente consagrado no artigo 6º da Constituição Federal como direito social, erigido à proteção diferenciada do artigo 5º, § 1º, e do artigo 60, § 4º, inciso IV, ambos da Carta de 1988, já que os direitos sociais integram o Título II da Constituição, que prevê os direitos e garantias fundamentais⁴⁸.

Já no preâmbulo da nova ordem democrática consta a finalidade de se assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

Sarlet (2021, p. 83-84) conecta os direitos fundamentais sociais aos próprios fundamentos do Estado Social consagrado de forma imanente na Constituição Federal brasileira. Para ele, conquanto a carta constitucional brasileira não qualifique expressamente a República como um Estado Social, este lá se encontra sistematicamente previsto. Podem-se citar, nesse sentido, os princípios da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária (Título I), bem como em uma vasta gama de direitos fundamentais sociais, tanto de natureza trabalhista, quanto de natureza prestacional por parte do Estado. Nessa perspectiva, os direitos fundamentais sociais são

⁴⁷ A legislação por vezes permitiu a filiação do estudante e a manutenção no sistema daquele que deixasse de exercer atividade de filiação obrigatória, denominando-o de contribuinte em dobro.

⁴⁸ Embora boa parte dos direitos sociais garantidos na Carta de 1988 tenha ficado na dependência de futura concretização pelo legislador ordinário, a Constituição Federal de 1988 foi considerada um grande avanço na política social brasileira até então adotada pelas constituições anteriores.

exigência insuperável para configuração do Estado Democrático de Direito e a concretização de seus anseios por justiça material.

Neste sentido, o sistema de Seguridade Social eleito foi construído sobre os pilares trazidos pelos novos valores e fundamentos elencados no preâmbulo e nos artigos 1º e 3º da Constituição. Importante registrar que foram inseridos em um capítulo à parte, distinto dos direitos dos trabalhadores, dentro da Ordem Social que tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça social (art. 193, CF).

Portanto, o direito à Previdência Social, agora constitucionalmente subsistema da Seguridade Social, separado da Assistência Social e da Saúde, está fundamentado em novos valores: não mais direito dos trabalhadores, mas direito social de todo cidadão, positivado na Carta Constitucional como direito fundamental.

2.4.2 Previdência Social: fundamentalidade formal e material

Da posição jusnaturalista dos franceses à dogmática alemã, os direitos fundamentais consolidaram-se material e formalmente nos ordenamentos constitucionais como direitos dos homens que devem ser respeitados pelo Estado e pelos demais indivíduos, e que constituem, além de barreiras de não intervenção dos poderes governamentais, direitos a ações do Estado contra as carências individuais e sociais, numa concepção integrada entre o conceito liberal e o social (CANOTILHO; MOREIRA, 1991, p. 100-105).

Consagram-se como direitos formalmente fundamentais toda posição jurídica subjetiva que decorre de enunciado de direito fundamental expressamente consagrado na Constituição; enquanto a fundamentalidade material decorre do reconhecimento de que determinados direitos, integrando a essência do Estado Constitucional e constituindo prioridade do Estado, contribuem para a dignificação da pessoa humana.

Não há dúvidas da dificuldade de elaboração de um conceito material de direito fundamental. Canotilho (2000, p. 406) considera materialmente fundamentais os direitos, segundo a sua qualidade de conformar subjetivamente um espaço de liberdade de decisão e de autorrealização, servindo simultaneamente para assegurar ou garantir a defesa desta subjetividade pessoal. Andrade (2001, p. 73-93), a seu turno, atribui a condição de direito materialmente fundamental àqueles direitos

básicos, essenciais, principais, que caracterizam a pessoa, mesmo que não estejam previstos no catálogo ou na Constituição. A referência ao princípio da dignidade da pessoa humana deve ser enriquecida com estas características, para afastar direitos individuais que não mereçam aquele qualificativo, procurando distinguir direitos fundamentais que, embora formalmente reconhecidos no ordenamento constitucional, não revelem a fundamentalidade material.

O que importa, em verdade, é o que a própria Constituição os considera. Se o Constituinte, a quem incumbe fazer a opção, preferiu integrar determinada situação ou posição que, na sua opinião, deveria ser objeto de especial proteção, não há razão para se lhe excluir o qualificativo de direito fundamental (SARLET, 2021, p. 145).

A questão é identificar os direitos que, embora não sejam formalmente reconhecidos como direitos fundamentais, mereçam o qualificativo em razão de sua fundamentalidade material, em especial em ordenamentos constitucionais como o brasileiro, que consagram a abertura do catálogo dos direitos fundamentais, como prevê o artigo 5º, § 2º, da Constituição de 1988. Em assim sendo, atribuir-lhes-ia os aspectos protetivos dignos dos direitos formalmente fundamentais: por serem direitos de natureza “supralegal”, na qualidade de norma constitucional, encontram-se submetidos aos limites formais e materiais de reforma constitucional, e, como reconhece o art. 5º, § 1º, são normas diretamente aplicáveis que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas.

Nesse sentido Sarlet (2021, p. 78), embora proponha um conceito genérico e universal de direito fundamental, afirma que:

[...] direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).

Uma conceituação de cunho descritivo e que contenha referenciais indicativos do efetivo conteúdo dos direitos fundamentais somente parece possível à luz do direito positivo e dos elementos constitutivos da matéria dos direitos

fundamentais, excluindo, de antemão, uma relação exaustiva (SARLET, 2021, p. 77-78).

O direito à Previdência Social no ordenamento constitucional brasileiro está gravado com o qualificativo de direito formal e materialmente fundamental. Vem expressamente consagrado no artigo 6º da Constituição Federal como direito social, erigido à proteção diferenciada do artigo 5º, § 1º, e do artigo 60, § 4º, inciso IV, ambos da Carta de 1988, já que os direitos sociais integram o Título II da Constituição que prevê os direitos e garantias fundamentais. Além disso, pela sua especial ligação aos valores da vida, da liberdade, da igualdade e da dignidade humana, além de ser promotor de uma sociedade livre, justa e solidária, responsável, também, parcialmente pela erradicação da pobreza e da marginalização e da redução das desigualdades sociais, é possível atribuir-lhe a fundamentalidade material. Ainda que nem todos os direitos fundamentais possuam um conteúdo diretamente fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana, no que tange ao direito à Previdência Social, ao menos em relação à grande parte de suas prestações, é possível relacioná-lo a tal princípio, já que, indubitavelmente, referido direito se conecta ao direito à vida e à preservação da integridade física e moral, servindo de alavanca à promoção da liberdade e da igualdade material.

O amparo previdenciário garantido pela sociedade por intermédio do Estado não tem outra finalidade senão a de prover a subsistência do indivíduo – e dos que dele dependem – os quais, por motivos alheios, têm sua capacidade laborativa subtraída ou mesmo negado o acesso ao trabalho. Integrando os direitos sociais, direitos de segunda dimensão, que têm por finalidade básica promover a liberdade do indivíduo “através” do Estado, o direito a uma Previdência Social implica, basicamente, a possibilidade de dispor do necessário para enfrentar as contingências que podem ocorrer na vida dos indivíduos. A finalidade da Previdência Social organizada pelo ente estatal é garantir a subsistência daqueles que sofrem as consequências de determinados riscos sociais estabelecidos pela legislação e que afetam a sua capacidade de subsistência. No âmbito do seguro social, todos os indivíduos devem estar protegidos contra a incerteza do amanhã e se encontram garantidos contra a miséria que poderá resultar de uma redução da capacidade física ou intelectual. Baseia-se a Previdência Social no princípio da justiça social e no dever da sociedade organizada de garantir a todo indivíduo meios de subsistência suficientes quando esse não possa trabalhar (NETTER, 2004, p. 8), mantendo o

equilíbrio econômico, ao menos em patamares mínimos⁴⁹, daquele que é atingido pelas consequências dos riscos sociais ou seus dependentes.

Distingue-se sobremaneira do seguro privado, porquanto o seguro social representa a poupança coletiva organizada pelo Estado capaz de confortar o anseio de segurança geral, garantindo o amparo ainda quando o evento danoso ocorra de modo imprevisto, antes que se tenha formado poupança individual suficiente⁵⁰ para arcar com as despesas decorrentes dos infortúnios. A sociedade e o Estado, como um todo, financiam solidariamente a reparação econômica de que o indivíduo e a família necessitam para sobreviver de forma digna. Por tais razões, o direito à Previdência Social deve ser entendido como direito formal e materialmente fundamental atrelado, inclusive, ao conceito de mínimo existencial⁵¹, protegendo a imensa gama de trabalhadores e seus dependentes na ocorrência de um risco social.

A inserção, a exclusão ou a redução de proteção de determinadas prestações do núcleo essencial do direito à Previdência Social – como, por exemplo, efetuados pela Emenda Constitucional nº. 103/2019 –, não lhe retira a fundamentalidade formal nem material, apenas se lhe reconhece ou se lhe afasta eventualmente a especial proteção decorrente da obrigação de se preservar o núcleo minimamente assegurado pelo constituinte, decorrente do direito fundamental que vincula o legislador e impõe um dever de proteção.

2.4.3 Direitos sociais previdenciários em sua dimensão prestacional material e o limite da reserva do possível

O direito à Previdência Social, como mencionado, reveste-se de um qualificativo de direito social e fundamental, podendo, por isso, exercer uma postura negativa ou positiva, além de revelar uma função defensiva ou prestacional. Os direitos sociais costumam ser vinculados pela doutrina tradicional à ideia de que são normas programáticas, cuja eficácia está limitada à concretização política do

⁴⁹ Compromisso do Estado com a consecução de patamares mínimos de dignidade humana, mas os objetivos constitucionais apontam para uma ideia de máximo: comprometido com o avanço social.

⁵⁰ Ainda que não tenha números estatísticos, sabe-se que a maior parte da população brasileira não forma qualquer poupança individual, seja pela ausência de recursos a tanto, seja ante ausência de educação financeira.

⁵¹ O conceito de mínimo existencial, em que pese inúmeras tentativas de definição e justificação, permanece em aberto. Entretanto, aproxima-se da ideia de dignidade da pessoa humana, apontando para a necessidade de proteção do núcleo essencial do direito fundamental social que permite à pessoa viver com dignidade (OLSEN, 2008, p. 311-318).

legislador, já que dependem de recursos financeiros e de políticas públicas para sua efetivação, negada a possibilidade de o Poder Judiciário conceder tais direitos originariamente ao texto constitucional, porquanto afrontaria os princípios da reserva parlamentar em matéria orçamentária e a separação de poderes⁵².

No que respeita à dimensão prestacional, nas distintas posições que o direito fundamental pode ocupar enquanto direito à prestação, em sentido amplo e restrito, é possível, ainda, adotar a classificação de Canotilho (2000, p. 477-479), que identifica, na dimensão subjetiva dos “direitos sociais”, a existência de direitos originários à prestação, extraídos diretamente do preceito constitucional, e direitos derivados à prestação, que se implementam por intermédio da concretização legislativa na medida em que o Estado vai desempenhando politicamente suas tarefas econômicas e sociais.

Os direitos originários à prestação podem, desde logo, ser reclamados, inclusive judicialmente, mesmo inexistente norma regulamentadora. Ainda que o poder público não tenha colocado os serviços à disposição dos particulares, ainda que não haja lei alguma regulamentando a matéria, esses direitos, tendo em vista que implicam a criação imediata de situações jurídicas subjetivas de vantagem, são suscetíveis de demanda perante o Poder Judiciário. Já os direitos prestacionais derivados não se realizam, inteiramente, sem a prévia regulamentação, sem a existência de uma política, de um serviço e/ou de uma rubrica orçamentária e, a própria omissão em concretizar, assegurar o direito fundamental previsto na Lei Maior, pode configurar a ilegitimidade da atuação política do legislador, no sentido de que o direito fundamental pode sofrer afetações em ambas as dimensões, seja com ações ou omissões praticadas pelo ente estatal, com intervenção excessiva ou deficitária.

No âmbito do sistema constitucional brasileiro, partindo da ideia de que os direitos sociais prestacionais são inequivocamente autênticos direitos fundamentais, imediata e diretamente aplicáveis, já que incluídos no disposto no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal – verdadeiro “mandado de otimização” que estabelece aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais –, Sarlet (2021, p. 269-281) defende que tais direitos sempre estarão

⁵² Chega-se a negar, inclusive, a sua natureza de direito fundamental, já que os direitos sociais e econômicos dependem da concessão do legislador e se subordinam à ideia de justiça social. Tal interpretação não se coaduna com a Carta Constitucional de 1988, porquanto foram os direitos sociais gravados com a fundamentalidade.

aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, dependendo da sua forma de positivação no texto constitucional e das peculiaridades de seu objeto. Ainda que nem todas as normas constitucionais possuam aplicabilidade imediata (eficácia jurídica peculiar a cada norma), vigora em relação aos direitos fundamentais “uma presunção de plenitude eficaz” (SARLET, 2021, p. 281). Ao dizer que o artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal deve ser interpretado como um princípio, um “mandado de otimização” (SARLET, 2021, p. 281), afasta-se a tese de que tal dispositivo, por si só, teria sempre força suficiente para transformar todos os direitos fundamentais em normas imediatamente aplicáveis e dotadas de plena eficácia, criando direito subjetivo a prestações sociais ainda que a norma careça de normatividade suficiente.

Destaca que os direitos fundamentais possuem, em relação às demais normas constitucionais, maior aplicabilidade e eficácia, o que não significa que mesmo dentre os direitos fundamentais não possam existir distinções quanto à graduação desta aplicabilidade e eficácia, dependendo da forma de positivação, do objeto e da função que cada preceito desempenha. O dispositivo em tela apenas determina aos poderes públicos a tarefa e o dever de extrair das normas que consagram direitos fundamentais a “maior eficácia possível”, havendo desde já uma presunção em favor da aplicabilidade imediata e plena eficácia das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, de modo que a eventual recusa a sua aplicação, em virtude da ausência de ato concretizador, deve ser necessariamente fundamentada e justificada (SARLET, 2021, p. 269-281).

Justamente pelo fato dos direitos sociais prestacionais terem por objeto prestação do Estado vinculado à tarefa de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes, bem como a criação de bens materiais, admite-se a sua relevância econômica - apesar de alguns direitos de cunho defensivo também gerarem custos operacionais⁵³ (SARLET, 2021, p. 293). De fato, como o “custo” dos direitos sociais a prestações assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, dependem, em última análise, da conjuntura econômica e do direito que aquela sociedade, naquele momento, busca proteger. Com efeito, argumenta-se que as prestações necessárias à efetivação dos direitos fundamentais dependem sempre da disponibilidade financeira e da capacidade jurídica de quem tenha o dever de

⁵³ Nabais (2007, p. 175), inclusive afirma que todos os direitos fundamentais importam custos, custos compreendidos em sentido amplo como a própria existência do Estado (os chamados custos financeiros públicos de todos os direitos).

assegurá-las. Por conta de tal objeção, sustenta-se que os direitos a prestações e o mínimo existencial encontram-se condicionados pela assim designada “reserva do possível” e pela relação que esta guarda, entre outros aspectos, com as competências constitucionais, o princípio da separação dos Poderes, a reserva de lei orçamentária e o princípio federativo. Sarlet (2021) afirma que a limitação dos recursos do Estado constitui em limite fático à efetivação de todos os direitos.

Ressalta-se:

Encontramo-nos, portanto, diante de duas facetas diversas, porém intimamente entrelaçadas, que caracterizam os direitos fundamentais sociais prestacionais. É justamente em virtude destes aspectos que se passou a sustentar a colocação dos direitos sociais a prestações sob o que se denominou de uma “reserva do possível”, que, compreendida em sentido amplo, abrange tanto a possibilidade, quanto o poder de disposição por parte do destinatário da norma (SARLET, 2021, p. 295).

A construção teórica da “reserva do possível” tem, ao que se sabe, origem na Alemanha, especialmente a partir do início dos anos de 1970 (CANOTILHO, 2000, p. 108). De acordo com essa construção teórica, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, já que direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos. A partir disso, a “reserva do possível” (*Der Vorbehalt des Möglichen*) passou a traduzir a ideia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, através orçamento público. Tais noções foram acolhidas e desenvolvidas na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que, desde o paradigmático caso *numerus clausus*⁵⁴, firmou entendimento no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade.

Nas palavras de Sarlet (2021, p. 295),

[...] poder-se-ia sustentar que não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social a alguém que efetivamente não faça jus ao benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para seu sustento. O que, contudo, corresponde ao razoável também depende – de acordo com a

⁵⁴ Decisão da Corte Constitucional Federal da Alemanha versando sobre o direito de acesso ao ensino superior, firmando jurisprudência no sentido de não se poder falar em obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável (SARLET, 2021, p. 295).

decisão referida e boa parte da doutrina alemã – da ponderação por parte do legislador.

Sarlet (2021, p. 296) afirma que a reserva do possível constitui-se uma “espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais”, não elemento integrante dos direitos fundamentais (núcleo essencial). Nas palavras de Schäfer (2013, p. 88), “[...] a chamada ‘reserva do possível’ aqui entendida como condicionante jurídica ou concreta à efetivação do direito, é elemento que se integra externamente a todos os direitos fundamentais (uma vez que não compõe a estrutura da posição jurídica)”. É dizer, observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais, a afetação material dos recursos e a sua aplicação dependem da conjuntura socioeconômica global. E, partindo-se da premissa de que a Constituição não oferece (ela mesma) os critérios para esta decisão, deixa a cargo dos órgãos políticos (de modo especial ao legislador) competentes a definição das linhas gerais das políticas na esfera socioeconômica.

Nessa toada, para Sarlet (2021, p. 296) a reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas; c) e na perspectiva do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.

Olsen (2008, p. 213) afirma que apesar da reserva do possível ser uma construção humana artificial (necessidades humanas e obrigação de satisfação), deve ser compreendida como sendo uma espécie de condição da realidade, a exigir um mínimo de coerência entre a realidade e a ordenação objetivo da regulação jurídica.

E é por isso, na oportuna lição de Canotilho (1982, p. 369), que os direitos sociais – na sua condição de direitos subjetivos a prestações – costuma ser encarada como sendo sempre também um autêntico problema em termos de competências constitucionais, pois, segundo averba o autor referido, “[...] ao legislador compete, dentro das reservas orçamentais, dos planos económicos e financeiros, das condições sociais e económicas do país, garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, económicos e culturais”.

Não há dúvidas das limitações materiais de recursos públicos, mas é imperioso afirmar que é obrigação de todos os órgãos estatais e agentes políticos a tarefa de maximizar os recursos e minimizar o impacto da reserva do possível, não podendo ser utilizada (a reserva do possível) como desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social. Mais, cabe ao poder público o ônus da comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, assim como da eficiente aplicação dos mesmos.

Vale destacar, ainda, que não se pode privilegiar a legislação orçamentária em detrimento de imposições e prioridades constitucionais. Como bem recorda Eros Grau (2005, p. 125), que a assim designada reserva do possível “[...] não pode ser reduzida a limite posto pelo orçamento, até porque, se fosse assim, um direito social sob ‘reserva de cofres cheios’ equivaleria, na prática [...] a nenhuma vinculação jurídica”.

Importa, portanto, que à aplicação da reserva do possível, num Estado Democrático e Constitucional de Direito, aos poderes constituídos impõe-se o dever de fidelidade às opções do constituinte, havendo discricionariedade vinculada do administrador legislador. Sobre o mote, destaca-se passagem do voto do Recurso Extraordinário 581352-AM, de relatoria do Ministro Celso de Mello:

Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade (BRASIL, 2013b, p. 11).

Conclui-se afirmando que não há dúvidas das limitações materiais de recursos públicos, mas é obrigação de todos os órgãos estatais e agentes políticos maximizar os recursos e minimizar o impacto da reserva do possível, notadamente quando se trabalha com direitos sociais, não podendo aventar “a reserva do possível” como desculpa genérica para a omissão estatal.

O próximo e derradeiro tópico desse capítulo abordará os limites à restrição do direito fundamental à Previdência Social.

2.5 DOS LIMITES CONSTITUCIONAIS ÀS MEDIDAS RESTRITIVAS AO DIREITO FUNDAMENTAL À PREVIDÊNCIA SOCIAL

O trabalho, nesse ponto, abordará limites aos limites dos direitos fundamentais: é dizer, ainda que exista a possibilidade de limitação de direitos sociais já conquistados, há limites a esses limites.

Os limites impostos com base em autorização constitucional expressa ou implícita (formal ou material) são aptos a estabelecerem as restrições que permitirão determinar os contornos definitivos do direito fundamental. E, quando falamos em direitos sociais, o retrocesso social – medida restritiva de direito em matéria de direitos sociais – não é absoluto. Exige-se, contudo, do poder político que esclareça os motivos a tal retrocesso de um direito social já incorporado na legislação.

2.5.1 Âmbito de proteção e limites do direito fundamental à Previdência Social

A ideia de que os direitos fundamentais possuem um âmbito de proteção e respectivos limites parte do pressuposto de que não são absolutos e intangíveis, sendo passíveis de sofrerem alterações ou restrições ao seu conteúdo, inclusive em virtude da reserva do possível. A ausência de absolutismo e de limite aos direitos decorre da necessidade de coexistência em sociedade. Não se pode conceber a proteção absoluta e incondicionada de alguns direitos, mas a acomodação hermenêutica dos direitos antagônicos, de modo que se admite que um direito deva ceder em favor de outro.

Alexy (2002, p. 268) argumenta que o conceito de restrição de um direito fundamental sugere a existência de duas coisas distintas: o direito e suas restrições. O direito em si, inicialmente considerado sem qualquer restrição, e o direito já restringido, quando já consideradas as restrições que se lhe impõe. A chamada teoria externa dos limites ao direito fundamental admite que nos ordenamentos jurídicos os direitos apresentam-se principal ou exclusivamente como direitos restringidos, apesar de também serem concebíveis direitos sem restrições. Segundo esta teoria, não existe nenhuma relação necessária entre o conceito de direito e o de restrição; a relação é criada apenas em virtude de uma necessidade externa ao direito, a de compatibilizar os direitos dos diferentes indivíduos bem como os direitos individuais e os bens coletivos. As restrições são compreendidas, para esta teoria, como “desvantagens

normativas impostas externamente aos direitos”, sem que se exclua a possibilidade de que existam direitos sem restrição, já que a relação entre o conceito de direito e o de restrição se estabelece pela necessidade de compatibilizar diferentes bens jurídicos (SARLET, 2021, p. 407).

Para os defensores da teoria interna dos limites dos direitos fundamentais, o direito possui um determinado conteúdo sem que se possa destacar o direito das suas restrições. O conceito de restrição é substituído pelo de “limite”, concebidos não como recortes externos de seu âmbito de incidência, mas resultado da análise de seu conteúdo tal como estatuído na Constituição (PEREIRA, 2006, p. 141). A dúvida se transfere da possibilidade ou não do direito ser limitado para a de se identificar o conteúdo em si do direito. Para os adeptos desta teoria que identifica “limites” ao invés de “restrições”, são concebidas apenas “restrições imanentes” (ALEXY, 2002, p. 269). O direito já é concebido com os seus limites, que consistem em “fronteiras implícitas, de natureza apriorística, e que não se deixam confundir com autênticas restrições” (SARLET, 2021, p. 407). O direito tem, dessa forma, o seu alcance definido de antemão, de “tal sorte que sua restrição se revela desnecessária e até mesmo impossível do ponto de vista lógico”, uma vez que “o processo de definição dos limites do direito é algo interno a ele” (SARLET, 2021, p. 407-408). A distinção entre a teoria interna e a externa dos limites aos direitos fundamentais implica a consideração das normas de direitos fundamentais como regras ou como princípios, a consideração das posições jusfundamentais como posições definitivas ou apenas *prima facie*, respectivamente (ALEXY, 2002, p. 269).

A teoria externa mostra-se preferencialmente compatível com um sistema de controle de constitucionalidade das leis (*latu sensu*), quando destaca as restrições ao direito fundamental de seu âmbito de proteção e permite, em contrapartida, um controle determinado de todo o procedimento realizado, impondo critérios precisos a serem observados pelo legislador na imposição de restrições ao direito fundamental, em homenagem aos princípios da segurança jurídica e do próprio Estado Democrático de Direito. Já a teoria interna mostra-se desvantajosa, na medida em que aumenta o risco de restrições arbitrárias da liberdade, uma vez que não se identificam, de modo separado, o âmbito de proteção dos limites dos direitos fundamentais, e permite-se que sejam incluídas considerações relativas a outros bens dignos de proteção (como interesses coletivos ou estatais) no próprio âmbito de proteção destes direitos, quando

deveriam ser considerados apenas como restrições legítimas externas ao próprio direito fundamental inicialmente considerado (SARLET, 2021, p. 408).

Utilizando-se a teoria externa, tome-se como exemplo o direito fundamental à inviolabilidade de correspondência previsto no art. 5º, XII da Constituição Federal de 1988. O STF considerou a interceptação de cartas de presidiários pela administração penitenciária medida excepcional, enquadrando-a como restrição aos direitos fundamentais dos presos – art. 41 da Lei de Execuções Penais⁵⁵.

Segundo os defensores da teoria externa, o conteúdo protegido pelas normas de direitos fundamentais é um processo estruturado em três etapas, quais sejam, a delimitação *prima facie* do âmbito de proteção constitucional; a identificação dos seus limites (âmbito real de proteção obtido a partir das restrições ou limitações impostas); e o controle de constitucionalidade dos atos restritivos (limites dos limites), no qual se verifica o cumprimento de determinadas exigências de cunho formal e material por parte da lei (CANOTILHO, 2000, p. 1284).

Refutada, dessa forma, a teoria interna dos limites aos direitos fundamentais e a concepção ampliativa do suporte fático defendida por Alexy (2002), o direito fundamental à Previdência Social não deve ser configurado *a priori* segundo o modelo ponderativo, mas pensando já na ordem constitucional eleita, antes, inclusive, de submetê-lo a qualquer ponderação de bens e valores colidentes, a fim de que não se crie uma expansão artificial do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, desconsiderando a sua própria inserção constitucional.

No ordenamento constitucional brasileiro, o artigo 6º da Constituição Federal prevê apenas que se considera direito fundamental o direito à Previdência Social, arrolando-o ao lado de outros direitos sociais, como o direito à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, e à assistência aos desamparados, dentre outros. Embora possam ser afastadas de plano aquelas hipóteses incompatíveis com o Estado de Direito, a norma constitucional em si não traz qualquer restrição ao direito, sendo que é o artigo 201 da Constituição Federal (na redação originária matéria veiculada também no artigo 202 da Carta de 1988) o dispositivo responsável por traçar os contornos iniciais do seu âmbito de proteção mais concreto, impondo diversos limites externos à proteção do direito. Na linha do que se entende, considerada aquela posição do âmbito de proteção do direito fundamental à Previdência Social, somente

⁵⁵ HC 70814/SP. Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 24 de junho de 1994 (BRASIL, 1994).

resta, estabelecido o direito fundamental após a incidência de seus limites externos ao âmbito de proteção, que nada mais são do que ações ou omissões veiculadas por expressa disposição constitucional, por norma legal promulgada com fundamento na Constituição ou por força de colisão entre direitos fundamentais (quando se revelar imprescindível para a garantia de outros direitos constitucionais), que serão responsáveis por dificultar, reduzir ou eliminar o acesso ao bem jurídico protegido.

No caso do direito em tela, as três hipóteses de limitação apresentam-se compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro, já que o artigo 201, além de conter já algumas restrições previamente estabelecidas no texto constitucional, declina à norma legal os principais contornos ao amparo concedido por intermédio do Regime Geral de Previdência Social, sem que se possam excluir as limitações decorrentes da colisão com outros direitos fundamentais ou bens jurídicos hierarquicamente considerados numa dada situação, aplicáveis até mesmo aos direitos fundamentais que não possuam quaisquer restrições expressamente autorizadas pela Constituição. Ainda, cumpre ressaltar que a questão dos limites ao âmbito de proteção do direito fundamental afeta o direito como um todo, sendo possível pensar no controle constitucional das restrições ao direito fundamental tanto na sua dimensão positiva quanto negativa.

Estabelecidos os fundamentos doutrinários que se acolhem, apresentar-se-á uma investigação mais aprofundada das restrições externas ao âmbito de proteção do direito fundamental e respectivos limites impostos ao legislador ordinário, com especial enfoque às medidas restritivas e retrocessivas do direito fundamental, portanto, na sua dimensão negativa, lembrando que o enfoque é a relação de amparo (prestacional), cuja proteção se configura como direito fundamental social, diferentemente da relação jurídica de custeio que possui nítida natureza tributária, vinculada, dessa forma, às peculiaridades inerentes aos direitos fundamentais de primeira dimensão.

2.5.2 Limites aos limites dos direitos fundamentais

Partindo do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais⁵⁶, não absoluto, e da incidência de limites externos ao seu âmbito de proteção, é preciso especificar o que se considera como limite. A expressão em si pode ser compreendida tanto como uma imposição que restringe o direito como um contorno que estabelece o seu alcance máximo. A vinculação do legislador aos direitos fundamentais implica tanto o dever de concretizá-los e densificá-los, conferindo-lhes conteúdo e efetividade, reforçando a sua proteção, como o de se abster de tomar medidas restritivas indevidas aos direitos fundamentais, de modo a preservar o seu conteúdo. Ao legislador ordinário é conferido o dever de apontar um detalhamento da definição ao direito fundamental e de suas formas de exercício, e, dentro de certos parâmetros fixados constitucionalmente, o poder político de estabelecer constrições, exceções ou privações ao exercício do direito estabelecido constitucionalmente. A própria abertura e indeterminação da maioria das normas constitucionais exige que o seu conteúdo normativo seja especificado por norma legal, apta a completar, densificar e concretizar o direito fundamental (MENDES, 2002, p. 214-215), de modo que se utilizam as expressões restrição e configuração, intervenção e conformação/concretização.

Novais (2010a, p. 188-191) defende que, na esteira da doutrina e jurisprudência norte-americanas, todas as regulações jusfundamentalmente relevantes devem ser submetidas a um controle de constitucionalidade. Desde que se possa, de algum modo, identificar a presença de elementos restritivos, de afetação desvantajosa do conteúdo do direito fundamental em questão, a norma deve se submeter aos requisitos materiais e formais do Estado de Direito, observando o princípio da proporcionalidade, a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, o princípio da igualdade, a natureza necessariamente geral e abstrata das leis restritivas, a exigência de reserva de lei no domínio dos direitos fundamentais e a necessidade de uma autorização constitucional. Apenas quando se tratar de norma que pacificamente não contenha qualquer efeito restritivo ao direito

⁵⁶ Segundo se entende, na esteira de Alexy (2002, p. 86-172), as normas que estabelecem os direitos fundamentais têm natureza de princípio e não de regra, são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades reais e jurídicas existentes. Dessa forma, considera-se que as normas de direitos fundamentais são mandados de otimização que podem ser cumpridos em diferentes graus, e a medida devida de seu cumprimento depende das possibilidades reais e jurídicas, estas determinadas pelos princípios e regras opostos.

fundamental é que se poderia relegar eventualmente a avaliação dos requisitos formais de constitucionalidade, tais como os de proibição de lei retroativa, de reserva de lei ou de obrigatoriedade de lei de aprovação parlamentar.

De outra sorte, uma vez legitimadas pelo ordenamento constitucional, as normas restritivas do direito fundamental são, dessa forma, responsáveis pela delimitação final do âmbito de proteção do direito fundamental, inicialmente considerado em seu aspecto amplo. As restrições legitimamente impostas limitam o conteúdo objetivo de proteção da norma de direito fundamental, dando origem a um novo conteúdo do direito, a uma nova norma de direito fundamental. É a existência desses limites, fixados no plano constitucional ou legal com base na Constituição, que faz dos direitos fundamentais, apesar de sua vocação expansiva, uma grandeza não absoluta, mas delimitada e limitável. Segundo Canotilho (2000, p. 1273), a conversão de um direito *prima facie* em direito definitivo poderá, desde logo, ser objeto de lei restritiva, que, nos casos autorizados pela Constituição, representará um primeiro instrumento de solução de conflitos. Ainda, admite-se também que a restrição ao direito fundamental opera não apenas mediante expressa permissão para tanto, como nos casos em que a própria constituição já impõe limites ou permite que a lei o faça, como pela ponderação de outros princípios e valores postos em discussão que colidem com o direito fundamental subjetivo, sendo reconhecida a imposição de restrições não expressamente previstas pela Constituição, mas que decorrem da necessidade de compatibilizar outros bens, interesses e até mesmo outros direitos fundamentais, colidentes entre si.

Dessa forma, os limites podem ser impostos com base em autorização constitucional expressa ou implicitamente admitida: as normas constitucionais e as normas legais estabelecidas mediante autorização expressa da Constituição, ao lado dos limites derivados da necessária compatibilização com outros os valores ou interesses constitucionais, são aptos a estabelecerem as restrições que permitirão determinar os contornos definitivos do direito fundamental, que com ele não se confundem.

Importante ratificar que somente as restrições concebidas constitucionalmente, direta ou indiretamente, expressa ou implicitamente, são admitidas; de tal modo que é preciso analisar se a interferência limitadora realizada no direito fundamental possui amparo constitucional, sob pena de se considerá-la

inválida. É nesse momento que devem ser avaliados os limites formais⁵⁷ e materiais⁵⁸ às restrições aos direitos fundamentais operadas pelo legislador. As indagações que se colocam neste aspecto dizem respeito à respectiva justificação ou legitimidade constitucional e ao respectivo controle. O problema a ser analisado aqui, segundo identifica Canotilho (2000, p. 1284), é se a lei restritiva observou os limites ou requisitos estabelecidos na Constituição para essas leis, se observou a proporcionalidade, a retroatividade, a abstração, se ressaltou o núcleo essencial e, ainda, segundo Sarlet (2021, p. 414), se observou o princípio da proibição de retrocesso.

Esclarece Sarlet (2021, p. 414):

Os limites aos limites dos fundamentais funcionam, portanto, como verdadeiras barreiras às limitações (restrições) destes direitos, sendo, nessa perspectiva, garantes da eficácia dos direitos fundamentais nas suas múltiplas dimensões e funções. Na Constituição do Brasil, diferentemente de outros países, como é o caso da Alemanha (art. 19, II, da Lei Fundamental de 1949) e Portugal (art. 18, II e III, da Constituição de 1976), não existe, consoante já adiantado, previsão constitucional expressa a respeito dos limites aos limites dos direitos fundamentais. A tradição doutrinária e jurisprudencial brasileira, todavia, ainda que nem sempre da mesma forma, acabou por recepcionar tal noção, objeto da farta análise doutrinária e expressiva (embora muitas vezes extremamente controversa) prática jurisdicional. Dentro tais limites dos limites, despontam, pela sua repercussão teórica e prática, a proporcionalidade (e a razoabilidade), assim como a garantia do núcleo essencial.

No caso do direito fundamental à Previdência Social, é possível transpor a teoria exposta avaliando se as atuações normativas do poder público que suprimem, impedem, diminuem ou dificultam o alcance do conteúdo *prima facie* conferido pelo conjunto normativo do direito à Previdência Social, formal e materialmente fundamental no ordenamento pátrio (art. 6º da Constituição Federal), encontram amparo constitucional explícito ou implícito, compatibilizado com outros diferentes bens jurídicos.

Além dos limites ou restrições já estabelecidos na própria Constituição ao direito fundamental à Previdência Social (amparo previdenciário à contraprestação do segurado, ausência de requisitos diferenciadores à concessão de benefícios,

⁵⁷ No plano formal, dá-se a investigação da competência, do procedimento e da forma adotados pela autoridade estatal (SARLET, 2021, p. 414).

⁵⁸ O controle material diz essencialmente com a observância da proteção do núcleo (conteúdo) essencial destes direitos, bem como o atendimento das exigências da proporcionalidade e da razoabilidade, além da proibição de retrocesso, segundo Sarlet (2021, p. 414).

impossibilidade de inclusão no Regime Geral de Previdência Social de pessoa já participante de outro regime próprio de previdência, por exemplo), admitem-se os limites estabelecidos com base nessa, seja por meio de norma legal ou por força de colisão entre direitos fundamentais.

Há que se observar se as restrições operadas, em especial as normas constitucionais e infraconstitucionais que retrocedem no direito já concretizado, configuram-se como legítimas, formal e materialmente adequadas ao Estado de Direito.

Embora se admita que os limites ao direito fundamental se estabelecem tanto na dimensão positiva quanto negativa do direito prestacional, o enfoque dado, como já afirmado, quando se aponta os limites às restrições retrocessivas do direito já concretizado, é invariavelmente na dimensão negativa.

2.5.3 O princípio da vedação do retrocesso social

O princípio da segurança jurídica e o princípio da preservação da confiança depositada pelos indivíduos na administração, incorporados ao Estado Democrático e Social de Direito, conduzem, ao lado de princípios como o da socialidade, da democracia, da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais (decorrente, no ordenamento brasileiro, da previsão contida no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal), da superioridade e da força normativa da Constituição, além da internacionalização dos direitos fundamentais que exigem uma implementação progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, um princípio mais amplo que veda ao legislador a adoção de medidas retrocessivas dos direitos fundamentais, costumeiramente denominado de proibição/vedação de retrocesso.

Enquanto a segurança jurídica⁵⁹ impõe a possibilidade de o indivíduo, à luz do ordenamento jurídico, conduzir, planificar e conformar sua vida de maneira autônoma e responsável, garantindo a paz jurídico-social, mediante a estabilidade, certeza e confiança na ordem jurídica, além da previsibilidade da conduta do Poder

⁵⁹ Canotilho (*apud* SARLET, 2021, p. 452), afirma que a “doutrina constitucional contemporânea tem considerado a segurança jurídica como expressão inarredável do Estado de Direito, de tal sorte que a segurança jurídica passou a ter o status de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito”. Desenvolver-se-á este tema no segundo capítulo.

Público e dos seus efeitos na esfera individual dos cidadãos, de acordo com as normas jurídicas válidas e vigentes, preservando o direito adquirido e as expectativas legítimas dos cidadãos, a formulação do princípio da proibição de retrocesso social destaca-se pela exigência de manutenção de um padrão de concretização dos direitos fundamentais realizado pelo legislador (DERBLI, 2007, p. 213-216).

Mendonça (2003, p. 218-219) atenta para a distinção de três conceitos de “vedação do retrocesso” que têm sido atribuídos. O primeiro é aquele que denomina “retrocesso” tudo o que contrarie a opinião de seu emissor quanto à conveniência e à oportunidade de alguma lei. O segundo, diz com um conceito de vedação “genérica” do retrocesso e significa que, uma vez tornada plenamente aplicável determinada norma constitucional pela edição da legislação infraconstitucional necessária para lhe completar o sentido e densificar o conteúdo, esta legislação não poderá mais ser simplesmente revogada, embora possa ser substituída. Por fim, a terceira acepção é a que diz respeito exclusivamente com os direitos sociais fundamentais, e que se identificou como vedação “específica” dos direitos fundamentais: atingido determinado grau de realização dos direitos fundamentais por intermédio da legislação infraconstitucional, não se poderá retrocedê-lo (no sentido de minorar o nível de sua garantia), muito embora ainda se possa regular de forma diferente. Os dois últimos conceitos diferenciam-se porque aquele se refere à vedação de uma revogação pura e simples de uma lei infraconstitucional que dê aplicabilidade a uma norma constitucional, sem que nada se coloque em seu lugar, e o último, à vedação da redução – por alteração na legislação infraconstitucional – de um *status* jurídico anteriormente alcançado no campo dos direitos sociais.

Conclui-se que “retrocesso” (acolhendo já o sentido específico da expressão) deve ser entendido:

[...] nos estritos termos de uma dogmática jurídico-constitucional que lide com as ideias de efetividade, força normativa da Constituição, eficácia de defesa dos direitos prestacionais e dever de proteção pelo aspecto objetivo dos direitos fundamentais sociais (MENDONÇA, 2003, p. 219).

Considerando que o direito fundamental à Previdência Social tem nítido caráter social e que se pretende estabelecer os limites constitucionais da restrição a este direito, é lógico que se volte o enfoque ao conceito estrito de vedação de retrocesso referido por Mendonça (2003), apto a fundamentar as conclusões a que se pretende chegar, embora, na esteira do que defende Derbli (2007), não haja uma

vedação de retrocesso genérica oponível a essa vedação de retrocesso específica para os direitos sociais.

A ideia da proibição de retrocesso social é defendida especialmente pelos constitucionalistas Canotilho e Moreira (1991) como um dos efeitos da perspectiva jurídico-subjetiva dos direitos fundamentais sociais na sua dimensão prestacional, assumindo a condição de verdadeiros direitos de defesa contra medidas de cunho retrocessivo, que tenham por objeto a sua destruição ou redução. Vale dizer que, “[...] uma vez dada satisfação ao direito, este ‘transforma-se’, nessa medida, em ‘direito negativo’ ou direito de defesa, isto é, num direito a que o Estado se abstenha de atentar contra ele” (CANOTILHO; MOREIRA, 1991, p. 131).

Mais do que direito à prestação, classificado como direito positivo - no sentido de exigir uma ação positiva do poder público, seja legislando matéria prevista abstratamente na norma constitucional, seja implementando determinado serviço já regulado por lei ordinária -, o direito negativo ou direito de defesa, nesse caso, reflete uma proibição de retroceder em matéria social, restringindo, ou até mesmo suprimindo, direito prestacional já implementado. Quer dizer: uma vez obtido um determinado grau de realização social, passa a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo.

Essa concepção encontrou acolhida na jurisprudência do Tribunal Constitucional de Portugal, que declarou a inconstitucionalidade de uma lei que havia revogado boa parte da Lei do Serviço Nacional de Saúde⁶⁰, sob o argumento de que com essa revogação estava o legislador atentando contra o direito fundamental à saúde (art. 64 da CRP), posição que foi reafirmada pelo mesmo Tribunal ao reconhecer a inconstitucionalidade da exclusão das pessoas entre 18 e 25 anos do benefício de rendimento mínimo de inserção⁶¹.

No ordenamento pátrio, Barroso (2001, p. 158) afirma a necessidade de garantir a proteção do “patrimônio jurídica da cidadania”, e especifica:

⁶⁰ Acórdão nº 39, de 1984. A argumentação conduzida nos votos condutores do acórdão sustenta que “as tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam também a não aboli-los uma vez criados”. E, “após ter emanado uma lei requerida pela Constituição para realizar um direito fundamental, é interdito ao legislador revogar a lei, repondo o estado de coisas anterior. A instituição, serviço ou instituto jurídico por ela criados passam a ter sua existência constitucionalmente garantida. Uma nova lei pode vir a alterá-la ou reformá-los nos limites constitucionalmente admitidos; mas não pode vir a extingui-los ou revogá-los” (SARLET, 2021, p. 466-467).

⁶¹ Acórdão nº 509, de 19.12.2002 (SARLET, 2021).

[...] Por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não possa ser absolutamente suprimido. Nessa ordem de ideias, uma lei posterior não pode extinguir um direito ou uma garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito fundado na Constituição. O que se veda é o ataque à efetividade da norma, que foi alcançada a partir de sua regulamentação. Assim, por exemplo, se o legislador infraconstitucional deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito que dependia de sua intermediação, não poderá simplesmente revogar o ato legislativo, fazendo a situação voltar ao estado de omissão legislativa anterior (BARROSO, 2001, p. 158).

José Afonso da Silva, (1982 p. 147), apresenta referido princípio como um “direito subjetivo negativo”, com possibilidade de impugnação de qualquer medida legislativa que venha “[...] subtrair supervenientemente a uma norma constitucional o grau de concretização anterior que lhe foi outorgado pelo legislador”.

Nesse sentido, Sarlet (2021, p. 469) defende a vedação de retrocesso social como princípio constitucional fundamental implícito – aplicável a todos os direitos fundamentais, mas especialmente aos direitos sociais prestacionais, extraído tanto (a) do princípio do Estado democrático e social de Direito, no âmbito da proteção da confiança e da estabilidade das relações jurídicas inerentes à segurança jurídica, além de garantia da manutenção dos graus mínimos de segurança social alcançados; (b) do princípio da dignidade humana, a qual exige prestação positiva: satisfação dos direitos sociais; e prestação negativa: não efetivação de medidas que fiquem aquém de condições condignas para os cidadãos; e (c) do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais sociais – art. 5º, §1º, da CF.

No plano do direito internacional, ainda, vale lembrar das observações feitas por Abramovich e Courtis (2002, p. 92), de que o sistema de proteção internacional impõe a progressiva implementação efetiva da proteção social por parte dos Estados, estando implicitamente vedado, por isso, o retrocesso em relação aos direitos sociais já concretizados.

No ordenamento constitucional brasileiro, o princípio da socialidade resta evidenciado já no preâmbulo, onde consta expressamente que o Estado Democrático instituído está destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais além dos individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, todos como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Igualmente, o artigo 3º indica como objetivo fundamental da República

Federativa do Brasil, dentre outros, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, voltada para a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como para a redução de desigualdades sociais e regionais. A ideia traduzida é de implementação progressiva dos direitos sociais, de modo a efetivar uma ascendente democracia econômica e social, e não de involução na sua realização. E, nesse aspecto, a supremacia da Constituição, a sua força normativa e a vinculação aos direitos fundamentais também traduzem a proibição do retrocesso social.

Importante aqui trazer à baila a Declaração Universal dos Direitos Humanos (adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948) que prevê em seu artigo XXII que:

toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade (ONU, 1948).

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*), adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966, garante a progressividade dos direitos em questão.

Consta em seu artigo 2.1 que:

cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o, pleno exercício e dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativa (ONU, 1966).

Da mesma forma, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, prevê no seu artigo 26 o desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais, ainda que na medida dos recursos disponíveis de cada Estado. A responsabilidade fundamental que repousa sobre cada Estado membro é garantir os requisitos mínimos do direito ao seguro social para todos, particularmente para os grupos mais marginalizados e desfavorecidos, dentro dos recursos disponíveis à disposição do Estado. Mesmo os países menos desenvolvidos terão que mostrar que sua alocação de recursos respeita

as obrigações da Convenção de afastar a discriminação e de assegurar tratamento igual a homens e mulheres dentro dos recursos disponíveis (OEA, 1969).

No que se refere ao não retrocesso em matéria atinente à Previdência Social, no ordenamento constitucional brasileiro também é possível encontrar seu fundamento específico nos princípios e regras relacionados ao sistema de seguridade social. A Constituição de 1988, ao elencar os objetivos da Seguridade Social - aí incluídas as ações destinadas a assegurar os direitos relativos não só à saúde e à assistência social, mas também à Previdência Social -, destacou que tais direitos sociais seriam pautados pela “universalidade da cobertura e do atendimento” e pela “seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços” (BRASIL, 1988).

Portanto, é correto afirmar a existência de um elevado grau de consenso quanto à existência de uma proteção contra o retrocesso. Nessa toada, também é correto afirmar que tal proteção não tem caráter absoluto, afinal, é da função legiferante a obrigação de constante avaliação e reavaliação das necessidades do Estado: as decisões políticas do legislador não podem ser limitadas – regime democrático.

E, afirmando a inexistência absoluta desse princípio⁶², o próprio jurista Canotilho (2004) foi suficientemente claro em sua manifestação contrária a uma concepção rígida e inflexível do princípio da vedação do retrocesso, rompendo a tese outrora defendida:

O rígido princípio da ‘não reversibilidade’ ou, formulação marcadamente ideológica, o ‘princípio da proibição da evolução reaccionária’ pressupunha um progresso, uma direcção e uma meta emancipatória e unilateralmente definidas: aumento contínuo de prestações sociais. Deve relativizar-se este discurso que nós próprios enfatizámos noutros trabalhos. ‘A dramática aceitação de ‘menos trabalho e menos salário, mas trabalho e salário e para todos’, o desafio da bancarrota da previdência social, o desemprego duradouro, parecem apontar para a insustentabilidade do princípio da não reversibilidade social (CANOTILHO, 2004, p. 111).

⁶² Robert Alexy (2015, p. 63-64) há muito assinala em sua “Teoria dos Direitos Fundamentais”, fazendo a distinção entre regras e princípios, “é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades jurídicas e fáticas”. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados pelo fato de que eles podem ser realizados em graus diferentes e que a medida ordenada de sua realização não depende só das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas”. De longe entra-se nessa discussão, apenas afirmando que a norma constitucional deve ser contextualmente interpretada de acordo com suas possibilidades fáticas e jurídicas.

Canotilho (2004) não está sozinho em sua posição. Novais (2010, p. 244-245) afirma que o princípio da proibição do retrocesso social “[...] não tem, pura e simplesmente, nem arrimo positivo em qualquer ordem constitucional, nem sustentação dogmática, nem justificação ou apoio em quaisquer critérios de simples razoabilidade”, porque pressupõe uma “concepção determinista da história” e um “optimismo inabalável”.

O Tribunal Constitucional de Portugal, por sua vez, ao desenvolver a denominada “jurisprudência da crise”⁶³, evoluiu substancialmente em seus posicionamentos, de modo que vem com certa cautela tolerando restrições a benefícios sociais anteriormente conquistados em face da crise econômica e financeira. Destacam-se, aqui, os Acórdãos 399/2010, 396/2011 e 353/2012, nos quais o Tribunal Constitucional admitiu a redução salarial progressiva de 3,5% até 10% dos servidores públicos, a suspensão do adicional de férias e do décimo terceiro e a própria redução dos vencimentos dos servidores em até 25%.

A Suprema Corte brasileira na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 3.105, Relator do acórdão Ministro Cezar Peluso, em julgamento de 18.08.2004, considerou constitucional a Emenda Constitucional nº 41, que autorizou a instituição de contribuição previdenciária sobre os proventos dos servidores inativos. O Ministro Celso de Mello, contudo, pela primeira vez na Corte⁶⁴, analisou o âmbito de incidência

⁶³ Explica Lavoratti (2018, p. 96) em sua pesquisa à nível de mestrado: “Verifica-se que no percurso da nomeada jurisprudência da crise, os juízes constitucionais não apenas consideraram como relevante fator a conjuntura fática de grave instabilidade econômica nas quais as medidas foram implementadas, como essa foi justificativa para que as expectativas de estabilidade da ordem jurídica fossem atenuadas. É no mesmo sentido a constatação de Machado e Costa de que, no decurso da emergência econômica, as garantias de previsibilidade e calculabilidade parecem ter sido desconsideradas e as expectativas legítimas postergadas. Pela mesma exegese, a despeito da aplicação do princípio da proporcionalidade e tendo em consideração as condicionantes econômico-financeiras e a necessidade de atendê-las no intento de reverter a grave situação de instabilidade, ao interesse público passa a ser atribuído maior peso do que ao interesse geral dos indivíduos quando na ponderação dos mesmos. Nessa linha, afirma Blanco de Moraes que a jurisprudência nesse período é prolatada à luz de um princípio não explicitado na Constituição, o da conjuntura econômico financeira excepcional”.

⁶⁴ A primeira decisão do Supremo Tribunal Federal com referência à não regressividade de que se tem notícia data de 2003, quando foi julgada a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1946, em que foi relator o Ministro Sidney Sanches. Ainda assim, fala-se em retrocesso “histórico”, e não em proibição do retrocesso social. Na hipótese, discutia-se a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 20 de 15 de dezembro de 1998. A referida emenda propunha uma limitação no valor da prestação previdenciária paga a título de auxílio-maternidade. Até então, o art. 7º, XVIII da CF garantia licença-gestante por prazo de 120 dias, sem prejuízo do salário. O pagamento do salário, posteriormente, foi atribuído à Previdência Social por meio de lei ordinária. A proposta da Emenda Constitucional era a de limitar o valor do salário pago em até R\$ 1.200,00. Entendeu na época o STF que tal medida seria inconstitucional, por ferir garantia constitucional anteriormente dada às mulheres além de agravar a

do princípio da proibição do retrocesso e, com base nele, votou pela inconstitucionalidade da tributação: a conquista da garantia de não mais contribuir para o regime previdenciário com o ato de aposentação não poderia ser suprimida para obrigar os aposentados e pensionistas a continuarem como contribuintes do sistema, sob pena de retrocesso ilegítimo desse direito (BRASIL, 2004).

Nesse julgado, o ministro Celso (BRASIL, 2004) afirmou que:

[...] a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional, impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos [...], salvo na hipótese da implementação de políticas compensatórias.

O Supremo Tribunal Federal (STF) foi novamente chamado a decidir acerca da constitucionalidade, ou não, de dispositivos da Emenda Constitucional nº 41/2003 em julgamento ocorrido em 2007 na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.104/DF (BRASIL, 2007). Desta vez a ação versava sobre a alteração de critérios para aposentação de trabalhadores urbanos e rurais, tornando-os mais rigorosos, embora estabelecendo uma regra de transição. A decisão se baseou pelo princípio *tempus regit actum*, contudo, o princípio da proibição do retrocesso foi abordado pela relatora, ministra Carmen Lúcia, segundo a qual haveria violação ao mesmo apenas se tivesse ocorrido a extinção do direito à aposentadoria. Como no caso ocorreu a transição de um modelo para outro, a não regressividade não restou ofendida. A decisão levou em conta, ainda, o equilíbrio financeiro e atuarial das contas da previdência, razoabilidade e proporcionalidade (BRASIL, 2007).

Trata-se de uma decisão paradigma ao tema, tendo em vista o contexto em que foi exarada. O Estado brasileiro, à época, enfrentava um grave problema de déficit nas contas da Previdência Social. A reforma empreendida, por meio da edição da Emenda Constitucional nº 41/2003 visava combater exatamente este problema. Havia, portanto, um importante fator econômico em debate, consistente na necessidade de equilibrar o orçamento fiscal e evitar a “quebra” do sistema

discriminação ente os sexos, vedada no art. 7º, inciso XXX da CF. A decisão foi fundamentada, portanto, em uma interpretação conforme a constituição (BRASIL, 2003).

previdenciário brasileiro, que já não disporia de recursos para manter os benefícios previdenciários⁶⁵ (BRASIL, 2007).

O princípio da proibição do retrocesso foi utilizado pelo STF novamente, mas agora fora do contexto social: em 2009, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 351750, no qual, aplicando o Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei 8.078/90, afastou a limitação dos valores de indenização por atraso de voo internacional trazida pelos Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/86) e da Convenção de Varsóvia (acolhida no Brasil por meio do Decreto nº 2.860/98), sob o argumento de não “retrocesso social” na defesa dos consumidores (BRASIL, 2009); e na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.543, oriunda do Distrito Federal, na qual se discutia a validade de artigo de lei que determinava a impressão do voto após sua digitação. O STF afirmou a inconstitucionalidade do referido artigo, pois seria um retrocesso no direito fundamental ao voto secreto (BRASIL, 2013a).

Como se observa, a Corte Constitucional brasileira já enfrentou o tema do princípio da proibição do retrocesso social, admitindo-o. Contudo, apenas em duas decisões, o princípio serviu como fundamento para reconhecimento de inconstitucionalidade, e ambas não se tratavam de direito social⁶⁶.

Nas ADIs 5.246 e 5.230 a proibição do retrocesso figura como argumento central da suposta inconstitucionalidade material das Medidas Provisórias, ambas em matéria previdenciária. Nelas os requerentes fundamentaram a pretensão de inconstitucionalidade no princípio do não retrocesso social e se apoiaram no voto do ministro Celso de Mello proferido na ADI 3.105 anteriormente citada. Contudo, ambos os processos foram extintos sem julgamento de mérito (BRASIL, 2015a, 2015b).

⁶⁵ Mesmo discurso empreendido pela Emenda Constitucional 103/2019.

⁶⁶ O Supremo Tribunal Federal, no julgamento Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 639337, em agosto de 2011, tendo por relator o ministro Celso de Mello, decidiu pela obrigatoriedade de o Estado de São Paulo manter pré-escola para crianças de 06 anos em locais próximos de sua residência ou próximo ao local de trabalho dos pais e responsáveis. Debateu-se a possibilidade de o Judiciário ordenar ao Estado a implantação de políticas públicas já previstas na constituição. A decisão foi fundamentada no princípio da proibição do retrocesso social, na reserva do possível, mínimo existencial e dignidade da pessoa humana. Tem-se, contudo, que o princípio da proibição do retrocesso foi usado um tanto fora de contexto, pois a ação visava a imposição de um dever ao Estado de garantir acesso à pré-escola. Não houve, no caso, supressão, total ou parcial, do direito pelo Estado, mas sim sua não implantação. A intenção do relator, ao que nos parece, ao falara em não regressividade, foi reforçar a importância dos direitos sociais (BRASIL, 2011).

Recentemente, em análise da Emenda Constitucional nº 103/2019, especificamente no ponto que tratou do valor da pensão por morte⁶⁷, a Turma Recursal da Seção Judiciária de Sergipe (TRF5), processo nº 0503624-34.2020.4.05.8500, afirmando, dentre outros, o não retrocesso social, declarou a inconstitucionalidade do novo cálculo da pensão por morte (SERGIPE, 2021).

Retira-se do voto condutor do acórdão:

Não há a menor sombra de dúvida que a alteração estabelecida pela EC em relação à pensão por morte conduz à supressão concreta do direito e viola flagrantemente as instituições que o Estado deve proteger, a garantia da “cobertura do evento morte” (art. 201, inciso I, da CF/88) e a vedação do retrocesso, especialmente porque sequer se poderia falar em aplicação da reserva do possível no caso das prestações previdenciárias, pois elas têm fonte de custeio específica (SERGIPE, 2021).

Afastando-se da ideia de que a proibição do retrocesso deve constituir, em termos absolutos, um óbice intransponível às leis ou às emendas constitucionais que eventualmente venham a limitar ou a suprimir direitos sociais, defende-se que uma medida restritiva de direito em matéria de direitos sociais deve ser analisada com reservas e, para que tais atos normativos tenham sua validade constitucional certificada, será necessário que resistam ao teste tríplice da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). É dizer, para que o Poder Legislativo volte atrás na proteção, reduzindo ou extinguindo determinado benefício ou serviço no âmbito da Previdência Social, deverá justificar financeiramente a realocação de recursos que, presumidamente, já existiam para serem aplicados naquela área. A proibição de o legislador retroceder nestes casos é mais evidente, pois estampada a prévia existência de recursos suficientes para aquela despesa criada. Ademais, considerando o princípio da distributividade expresso no sistema de Seguridade Social, essa realocação de recursos somente será constitucional se comprovadamente tiver sido dada prioridade à proteção de pessoas e situações de maior risco social, ainda que em relação a direito fundamental diverso.

⁶⁷ Art. 23 da EC 103/2019: “A pensão por morte concedida a dependente de segurado do Regime Geral de Previdência Social ou de servidor público federal será equivalente a uma cota familiar de 50% (cinquenta por cento) do valor da aposentadoria recebida pelo segurado ou servidor ou daquela a que teria direito se fosse aposentado por incapacidade permanente na data do óbito, acrescida de cotas de 10 (dez) pontos percentuais por dependente, até o máximo de 100% (cem por cento)” (BRASIL, 2019b).

Pode-se concluir que, embora os direitos fundamentais, responsáveis por dar efetividade à dignidade da pessoa humana, limitem a competência do legislador, não se podem limitar as decisões políticas - vitais no regime democrático. Exige-se do poder político, contudo, que esclareça seus motivos de forma transparente, havendo uma presunção favorável à existência de recursos materiais para a manutenção de tal direito prestacional.

Um dos elementos estruturantes de um Estado Democrático de Direito, do pluralismo político e do próprio princípio republicano - todos consagrados na condição de princípios e fundamentos no artigo 1º, caput e inciso IV, da Constituição Federal - consiste na exigência de um devido processo legislativo, que, por sua vez, implica um correspondente direito ao devido procedimento de elaboração normativa.

Não se põe em dúvida a necessária independência dos governantes eleitos para proporem leis e disporem sobre as políticas públicas, já que se trabalha com o modelo representativo; porém, não estão eles desonerados de fundamentar adequadamente suas opções, apresentando premissas empíricas confiáveis, transparentes, acessíveis e controláveis por parte do povo.

É esse o enfoque do próximo capítulo, porquanto o processo deliberativo no parlamento precisa se apoiar em informações consistentes, especialmente as decisões dotadas de maior complexidade e impacto social, uma vez que o caráter não absoluto do princípio da vedação do retrocesso não implica conceder carta branca ao legislador para suprimir ou para restringir livremente qualquer direito social já assegurado em favor dos cidadãos.

3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O PROCESSO DE REFORMA CONSTITUCIONAL DA EMENDA Nº 103/2019 – “NOVA PREVIDÊNCIA”

Importante, antes de adentrar ao segundo capítulo, afirmar que do ponto de vista do controle substancial (material) da constitucionalidade da Emenda Constitucional 103, de 12 de novembro de 2019, nomeada “Nova Previdência”, os pontos centrais gravitam em torno da existência de violação aos limites materiais⁶⁸ à reforma constitucional e, ainda, a inconsistência com outros princípios e regras da própria Constituição, como é o caso da dignidade da pessoa humana, do retrocesso social, isonomia, proporcionalidade e da razoabilidade⁶⁹.

O presente capítulo, contudo, não se concentra nessa análise⁷⁰, mas sim na ilegitimidade dessa reforma levada a efeito por violação ao dever constitucional de um devido processo de elaboração normativa⁷¹, o qual exige motivação consistente e adequada das opções tomadas pelo proponente de uma emenda constitucional e pelo legislador, mediante processo democrático.

Com efeito, um dos elementos estruturantes de um Estado Democrático de Direito, do princípio do pluralismo político e do próprio princípio republicano, todos consagrados na condição de princípios e fundamentos no artigo 1º, *caput* e inciso IV, da Constituição Federal, consiste na exigência de um devido processo legislativo: democratizador.

Partir-se-á, assim, do marco teórico do Direito Fundamental ao Devido Procedimento na Elaboração Normativa (DFPEN). Após, analisar-se-á a exposição de motivos afirmados pelo proponente da Proposta à Emenda Constitucional – PEC nº 06/2019, bem como sua tramitação célere e sem questionamentos concretos no Congresso Nacional. Ao cabo dessa parte, buscar-se-á demonstrar que a PEC que deu origem à “Nova Previdência” - EC nº 103/2019 foi pautada em publicidade oficial a justificar publicamente as mudanças pretendidas com o objetivo de captar a simpatia da opinião pública mediante comparação de dados de questionável valor científico;

⁶⁸ Expressos ou implícitos, com várias ADIs submetidas ao crivo do STF (ADIs 6254, 6255, 6256, 6258, 6271 e 6279, essa última como requerente o Partido dos Trabalhadores, todas de relatoria do Min. Roberto Barroso).

⁶⁹ Alguns já tratados no primeiro capítulo.

⁷⁰ Compete às instâncias majoritárias a realização dos direitos fundamentais a todos os cidadãos, através de ampla discussão democrática, reconhecendo-se os limites do Judiciário, e até sua legitimidade, na promoção dos direitos fundamentais.

⁷¹ Possível inconstitucionalidade formal.

ausência de premissas empíricas confiáveis, transparentes, acessíveis e fundadas em evidências a justificar as razões das mudanças; bem como ausência de justificação e motivação da opção legislativa harmônicas entre si: ausência do devido procedimento na elaboração normativa.

No seguir, será pontuado que o parlamento não fez sua função democrática, que é fomentar o debate político e conferir maior consistência democrático popular a todo procedimento de elaboração normativa, elementos para que as proposições normativas sejam refletidas, contestadas e expurgadas ou retificadas dentro do contexto em que foram inseridas. É justamente no âmbito do debate político no parlamento que se busca o mais próximo que se pode chegar do ideal de democracia nos Estados modernos, o qual, não realizado, demonstra a ausência de democracia e, portanto, de um procedimento na elaboração normativa democrático - exigível em qualquer Estado de Direito, notadamente quando se trabalha com um Direito Social Fundamental.

3.1 O PROCESSO LEGISLATIVO DE EMENDA CONSTITUCIONAL

No âmbito do constitucionalismo moderno, a constituição visa assegurar a estabilidade das instituições políticas e jurídicas. Nas palavras de Bonavides (2020, 200) “uma certa estabilidade ou permanência que traduz até certo ponto o grau de certeza e solidez jurídica das instituições num determinado ordenamento social”, mas não sua imutabilidade⁷², já que a vida e a sociedade são mudança, progresso e rotatividade. Para tanto, o próprio constituinte originário afirmou a maior dificuldade de alteração do texto constitucional em relação ao processo legislativo ordinário. Portanto, o propósito da Constituição é de garantir a permanência e a estabilidade institucional, mas não a imutabilidade da constituição, de modo que, em prol dessa estabilidade, existam garantias contra a supressão de determinadas matérias da Constituição que são blindadas até mesmo contra a ação do poder de reforma constitucional, que são as denominadas “cláusulas pétreas” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2020).

O poder de reforma à Constituição é uma fórmula encontrada pelo

⁷² “A pretensão à imutabilidade foi o sonho de alguns iluministas do século XVIII. Cegos da confiança do poder da razão, queriam eles a lei com um produto lógico e absoluto, válido para todas as idades, atualizado para todas as gerações” (BONAVIDES, 2020, p. 200).

constituente originário para atualizar o texto originário. Sem esse mecanismo, nos tempos pós-modernos, ante a velocidade com que a sociedade evolui, dificilmente uma carta constitucional viveria muito. Ademais, a manifestação do constituinte originário é natural numa nação, mas realizada de forma excepcional, competindo à Constituição se renovar com mecanismos capazes de mantê-la ao tempo que a atualiza (poder constituinte derivado).

Paulo Bonavides (2020, p. 148) realiza a distinção entre poder constituinte originário e poder constituinte constituído ou derivado:

Costuma-se distinguir o poder constituinte originário do poder constituinte constituído ou derivado. O primeiro faz a Constituição e não se prende a limites formais: é essencialmente político ou, se quiserem, extrajurídico. O segundo se insere na Constituição, é órgão constitucional, conhece limitações tácitas e expressas, e se define como poder primacialmente jurídico, que tem por objeto a reforma do texto constitucional. Deriva da necessidade de conciliar o sistema representativo com as manifestações diretas de uma vontade soberana, competente para alterar os fundamentos institucionais de ordem estabelecida.

Na mesma linha de raciocínio, leciona Luís Roberto Barroso (2010, p. 147):

Poder constituinte originário é o poder constituinte propriamente dito, [...]. Nele se concentra a energia inicial pela que se cria ou se reconstrói um Estado, com a instituição de uma nova ordem jurídica, superadora de uma ideia de Direito preexistente. O poder constituinte derivado, por sua vez, expressa o poder, normalmente atribuído ao Parlamento, de reformar o texto constitucional. Trata-se de uma competência regulada pela Constituição.

O Poder Constituinte Derivado Reformador – único tratado nesse trabalho – refere-se à possibilidade de se alterar formalmente o texto da Constituição e seus limites: juridicamente vinculado às normas de competência, organização e procedimento ditadas pelo primeiro (a potência criadora da constituição) (SARLET, 2015b, p. 428). Importante ter presente que o legislador, ao reformar a Constituição, não dispõe de liberdade de conformação irrestrita, sujeitando-se a um sistema de limitações que objetiva a manutenção da identidade da Constituição e a sua preservação hierárquica decorrente da supremacia da ordem política criadora.

Utilizando-se a classificação de Nelson de Souza Sampaio (1954), as limitações à reforma da Constituição podem ser divididas em três categorias: 1) limites temporais; 2) limites formais e 3) limites materiais.

A Constituição brasileira não estabelece restrição ao número de emendas a serem editadas, nem ao prazo de sua elaboração. Portanto, não há limites de tempo expressamente fixados⁷³. As limitações materiais podem ser expressas, como as cláusulas pétreas (voto direto, secreto, universal e periódico; forma federativa do Estado; separação e harmonia entre os poderes constitucionais; direitos e garantias individuais – art. 60, §4º), e implícitas, que decorrem dos próprios fundamentos da Constituição.

Os limites formais – foco do presente trabalho –, referem-se à modificação do texto constitucional por meio da ação do poder de reforma constitucional, que se dá mediante um processo previamente estabelecido pelo poder constituinte. A Constituição brasileira adotou um caráter rígido, procedimento mais rigoroso para as reformas constitucionais do que o previsto para a alteração da legislação infraconstitucional: os mecanismos estão no art. 60 da Constituição Federal.

Os limites formais subjetivos, por sua vez, conforme divisão realizada por Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2020), dizem respeito aos legitimados para impulsionar o processo. No Brasil, para que possa existir uma emenda constitucional, é necessário que haja uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC), que pode ser apresentada, respectivamente, conforme o artigo 60, incisos I, II e III da Constituição Federal: por um terço dos deputados federais ou dos senadores; pelo Presidente da República; ou por mais da metade das assembleias legislativas, desde que cada uma delas se manifeste pela maioria relativa de seus componentes (BRASIL, 1988).

Os limites formais de caráter objetivo estão elencados no artigo 60, parágrafos 2º, 3º e 5º da Constituição (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2020). No § 2º, tem-se que a proposta de emenda constitucional será discutida e votada em dois turnos, em cada Casa do Congresso, e será aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros, o que corresponde a 308 deputados e 49 senadores (BRASIL, 1988).

No que diz respeito ao § 3º, tem-se que “a emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem” (BRASIL, 1988). Trata-se de regra que agrega rigor ao

⁷³ Há exceções à regra: impossibilidade de reapresentação de projeto de emenda não aprovado no mesmo ano legislativo (art. 61, §5º) e impossibilidade de emenda durante intervenção federal nos estados-membros da Federação, e vigência dos estados de defesa e de sítio (art. 61, §1º). Importante frisar aqui que parte da doutrina, como Bonavides (2020, p. 204), traz essas normas no grupo de limites circunstanciais, mas neste trabalho adota-se a divisão trazida por Sarlet (2021, p. 429).

processo de reforma constitucional na medida em que permite maior controle do fluxo das emendas.

Portanto, no aspecto dos limites formais, a modificação do direito constitucional – enquanto norma jurídica, sujeita-se a três conjuntos de disposições constitucionais: iniciativa (quem é competente para iniciar a proposta de norma), deliberação (quórum de deliberação e a dinâmica entre as duas Casas Legislativas) e aprovação (veto, sanção, promulgação e publicação).

Por proponente da norma, entende-se aquele que apresenta uma proposição normativa que será objeto de discussão e deliberação do colegiado. O proponente dessa norma tem o dever de apresentar, de forma pública, as razões pelas quais considera que a tal norma deve ser editada e as informações que a fundamentam. Outrossim, à deliberação, necessário fomentar o debate público. É isso que agora se trabalhará.

3.2 DIREITO FUNDAMENTAL AO DEVIDO PROCEDIMENTO NA ELABORAÇÃO NORMATIVA (DFPEN)

Inicia-se esse tópico com o devido procedimento na elaboração normativa (DPEN) como regra aplicável à criação do direito. Nas palavras de Barcellos (2020, p. 73), “ele não se ocupa de limitar o conteúdo possível da norma que a autoridade competente pode vir a editar”, porquanto isso é papel dos mecanismos do controle de constitucionalidade que incidirão sobre a norma editada. O DPEN, portanto, é procedimental, objetivando fomentar a produção de razões e promover o respectivo debate no espaço público. Exemplifica Barcellos (2020, p. 73): “[...] o Executivo ou um parlamentar ao encaminhar um projeto de lei – justifique sua proposta apresentando publicamente as razões e informações que, a seu juízo, a sustentam”.

3.2.1 Do direito à justificativa da proposta de lei

O tema aqui proposto guarda uma relação importante com o Estado de Direito – necessariamente democrático – já que este exige de quem propõe ou elabora normas a apresentação da justificativa correspondente. Outrossim, está inserido num

contexto mais global nomeado como legisprudência⁷⁴ e se comunica com a expressão “legística”, que pode ser definida, em sentido *lato*, como:

Um ramo da ciência da legislação que se ocupa do estudo dos conhecimentos, dos métodos e das técnicas destinados a assegurar, em sede de concepção, elaboração e controle dos efeitos normativos, a qualidade, validade e a prática do texto e do conteúdo prescritivo das leis (MORAIS, 2007, p. 70).

O objetivo do DPEN, contudo, vai além, porque está ligado às exigências democráticas da estrutura do Estado de Direito que é o direito fundamental de receber justificativas como elemento do devido procedimento na elaboração normativa.

Aponta Barcellos (2020, p. 78) que outras partes do mundo têm semelhantes preocupações. A ideia de um *due process of lawmaking*⁷⁵ (LINDE, 1976) – determinadas exigências de fundamentação e, inclusive, de instrução do processo legislativo – tem sido objeto de discussão nos Estados Unidos desde a década de 70. Da mesma forma ocorre na Europa e no Canadá, cuja abordagem se concentra na necessidade de estudos prévios de avaliação de impacto da legislação. Há constituições, inclusive, que preveem expressamente que o Parlamento deve exigir a demonstração da eficácia das medidas propostas⁷⁶.

A noção do conceito de devido processo na elaboração normativa é de que toda ação estatal tem limites e precisa justificar-se, porque, embora o voto lhes confira uma ampla legitimidade para tomar decisões no âmbito da democracia, essas decisões precisam de razões e justificativas aos destinatários - povo, quaisquer que sejam elas – razões e justificativas (BARCELLOS, 2020, p. 79).

Importante destacar que a exigência de um devido procedimento na elaboração normativa é uma forma de afirmar a democracia plural no Brasil, porque, em que pese a produção legislativa em abundância seja um fenômeno mundial, no caso brasileiro é agravado pelo amplo domínio do Poder Executivo, cujo sistema de

⁷⁴ Na expressão de Wintgens (2006), “seria uma teoria da legislação que se ocupa dos princípios para uma elaboração racional da legislação. Dentre esses princípios está justamente o da necessidade de justificação”.

⁷⁵ Em tradução livre “Devido processo legislativo”.

⁷⁶ A Constituição Espanhola requer que os projetos de lei encaminhados pelo Executivo ao Congresso sejam acompanhados de exposição de motivos e dos antecedentes necessários para avaliação da questão. Diz a Constituição Espanhola: “Artículo 88: Los proyectos de ley serán aprobados en Consejo de Ministros, que los someterá al Congreso, acompañados de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellos” (ESPANHA, 1978, p. 22).

governo – presidencialismo de coalizão⁷⁷ – faz com que os controles recíprocos entre Executivo e Legislativo não se desenvolvam⁷⁸.

Ainda que seja verdade que exista uma exposição de motivos veiculando informações e razões específicas à compreensão da lógica da medida legislativa, muitas delas não apresentam informações confiáveis e sustentáveis, com o que, em existindo qualquer discussão democrática, cairiam por terra. Nesse sentido, compete ao Direito Constitucional garantir um procedimento na elaboração normativa a salvaguardar a democracia: exibição pública de uma justificativa que aborde determinados conteúdos mínimos (BARCELLOS, 2020, p. 87).

Destaca-se:

[...] o DPEN está ligado às exigências democráticas (nesse sentido é correto afirmar que ele pretende incrementar esse aspecto da qualidade da legislação), a outras previsões estruturantes do Estado brasileiro, ao direito fundamental de receber justificativas, e aos direitos fundamentais como um todo. É provável (e assim se espera, a rigor) que a apresentação de justificativas por quem quer que proponha normas, sem prejuízo de outras eventuais recomendações e das técnicas sugeridas pela legística, efetivamente incrementem a qualidade da legislação como um todo, sob diferentes perspectivas (BARCELLOS, 2020, p. 77).

Passar-se-á, portanto, aos fundamentos de um devido procedimento na elaboração normativa.

3.2.2 Fundamentos do Direito Constitucional a um devido procedimento na elaboração normativa

Barcellos (2020, p. 89-90) apresenta a existência de um direito constitucional – e não mera conveniência política – a um devido procedimento na

⁷⁷ Caracterizado pela barganha política e formação de coalizões legislativas para garantir as maiorias necessárias para a governabilidade. Para tal fim, o presidente indica pessoas para inúmeros cargos administrativos, influencia o processo legislativo (iniciativa, sanção, veto, emissão de MPs etc.), propõe ações junto ao STF e nomeia os ministros desta Corte, entre outros. Esta centralização de poderes pode facilitar o desenvolvimento socioeconômico, já que o presidente possui os recursos para lidar com partidos políticos e coalizações parlamentares. Sempre há, contudo, o risco do desvio dessas prerrogativas, fato que ameaça a democracia e o Estado de Direito (PINTO, 2018).

⁷⁸ Barcellos (2020, p. 82-84) aponta que das leis publicadas de janeiro de 1999 a agosto de 2004, 79,45% foram de iniciativa do Poder Executivo e a média de tramitação das propostas do Poder Executivo no período foi cerca de dez vezes menor (121,36 dias). Ainda, 85% dos projetos tramitaram sob o regime de urgência, o que retira a participação das comissões e discussões. A proposta de Emenda à Constituição nº 6/2019 (que deu origem à Emenda Constitucional nº. 103/2019), de iniciativa do presidente da República, foi entregue ao Congresso Nacional em 20 de fevereiro de 2019, com aprovação em 12.11.2019 (265 dias).

elaboração normativa (DPEN), com dois eixos principais. O primeiro, parte da perspectiva da pessoa humana; e o segundo, da opção da organização do Estado adotada pelo sistema constitucional brasileiro.

A pessoa humana individual e coletivamente é dotada de dignidade e merece ser, sempre, tratada com respeito, e “receber justificativas relativamente aos atos que nos afetam é um dos conteúdos essenciais do respeito a que cada indivíduo faz jus em decorrência de sua dignidade essencial como ser humano” (BARCELLOS, 2020, p. 90).

A necessidade de ser respeitado é identificada na psicologia como uma necessidade humana básica. De acordo com a conhecida pirâmide de Maslow⁷⁹, o respeito está inserido na necessidade de autoestima, só menos importante do que as necessidades fisiológicas e de segurança.

E, nas palavras de Barcellos (2020, p. 93-94):

Apresentar justificativas é uma exigência do respeito devido aos indivíduos, de modo que é possível afirmar que há igualmente, e com ainda maiores razões, um direito a receber justificativas nas relações dos indivíduos com o Poder Público⁸⁰ e, destarte, no espaço público entre Estado e cidadão, se possa falar em “um direito fundamental a receber justificação.

Portanto, pode-se afirmar que a simples possibilidade potencial que toda norma carrega de afetar a vida das pessoas já é suficiente para que o cidadão tenha o direito a receber explicações sobre o porquê da norma, em decorrência do direito de ser tratado com respeito: pessoa dotada de dignidade⁸¹.

Nas palavras de Forst (2007, p. 194, tradução nossa), “de acordo com este princípio, cada membro em um contexto de justiça tem um direito básico de

⁷⁹ Segundo Maslow (2012, p. 20-21), as necessidades humanas estão estruturadas e colocadas em níveis, em uma escala de importância e de influência. Por ordem decrescente de urgência, as necessidades foram classificadas em: fisiológicas, de segurança, sociais, de estima e de auto realização. Portanto, a mais básica e essencial é a fisiológica e a mais fraca na hierarquia de urgência é a necessidade de auto realização.

⁸⁰ Ainda que a justificativa possa ser equivocada, um dos objetivos do DPEN é fomentar o debate, a discordância daqueles que recebem a justificação como forma de aumentar o debate e a democracia, na busca da melhor solução (BARCELLOS, 2020, p. 93).

⁸¹ Uma mera decisão administrativa de alocar recursos públicos em determinado serviço deixa clara a intenção de tornar esse serviço mais disponível, reduzindo, contudo, ofertas ou qualidade de outros.

justificação, isto é, um direito a razões adequadas para as normas de direito que devem estar geralmente em vigor”⁸².

Finaliza Barcellos (2020, p. 97):

Em resumo, o direito de cada indivíduo de ser tratado com respeito decorre de sua dignidade. Um dos conteúdos essenciais do respeito a que cada indivíduo faz jus é o direito de receber justificativas em relação aos atos que irão afetá-lo ou o afetem. As normas produzidas pelo Poder Público afetam os indivíduos direta ou indiretamente, de modo que há um direito fundamental de receber justificativas acerca das ações estatais em geral e, em particular, na elaboração normativa. Esse, portanto, é o primeiro fundamento do direito a um devido procedimento na elaboração normativa, ao qual se agregarão os demais fundamentos [...].

O segundo eixo – opção da organização do Estado adotada pelo sistema constitucional brasileiro – compreende: a) o respeito, a proteção e a promoção dos direitos fundamentais; b) os princípios constitucionais republicano e democrático; c) os princípios do Estado de Direito e do devido processo legal; d) o dever constitucional de publicidade; e e) o direito constitucional de acesso à informação (BARCELLOS, 2020, p. 97-133).

Trabalhando com o item “a”, tem-se que a atividade do Estado deve ser pautada na seriedade de sua atuação na promoção dos direitos fundamentais e, para tanto, numa república, os agentes públicos que exercem o poder político delegado por parte do povo (através do voto, conteúdo essencial da democracia), devem prestar contas dos atos praticados e dos que pretendam praticar e que tenham repercussão na vida dos cidadãos. A apresentação dessas razões é uma exigência essencial da democracia (item “b”).

O Estado-Elaborador de normas está submetido ao Estado de Direito e ao devido processo legal. O processo na elaboração de normas, como ato do poder público, recebe a incidência das cláusulas constitucionais. Afirma Barcellos (2020, p. 115):

[...] o devido processo na elaboração normativa apenas exige que os elementos considerados nucleares para a garantia do Estado de Direito e do devido processo legal sejam considerados e explicitados por quem propõe a

⁸² “According to this principle, each member within a context of justice has a basic right to justification, that is, a right to adequate reasons for the norms of justice that are to be generally in force” (FORST, 2007, p. 194).

norma e, nesse sentido, é uma decorrência lógica de tais princípios constitucionais.

Importante aqui trazer à baila que a Constituição Federal de 1988 não trata de forma sistemática a elaboração normativa pelo Estado, estabelecendo apenas regras básicas acerca do processo legislativo conduzido pelas Casas Legislativas, e “nenhuma delas prevê, de forma explícita, o dever de apresentação de uma justificativa nos termos do devido procedimento na elaboração normativa” (BARCELLOS, 2020, p. 115). Sua fundamentação, portanto, encontra-se nos princípios que estruturam a atuação estatal como um todo e a atuação legislativa. De fato, a Constituição prevê que as competências normativas de Casas Legislativas envolvem discutir e votar os temas que lhe são submetidos⁸³. É dizer, muito além da votação, há necessidade de discussão do tema: apresentação de argumentos e contra-argumentos, envolvendo razões e informações. Ainda, quanto ao veto, a Constituição exige que seja motivado e, ao tratar da reunião que decidirá sobre ele, diz que cabe ao Congresso reunir-se para conhecer do veto e deliberar⁸⁴.

A Constituição também prevê que o Congresso e suas casas deverão contar com comissões permanentes e temporárias para aprofundar e ampliar os debates das matérias examinadas. Os debates receberão a contribuição de representantes da sociedade civil e de outros Poderes: circunstância de serem examinados sob diferentes perspectivas, diferentes concentrações temáticas das comissões. Caberá aos regimentos internos das casas definirem a forma e as atribuições das comissões, competindo-lhes, nos termos da Constituição: discutir e votar projetos de lei, apreciar e elaborar parecer sobre programas de obras e planos de desenvolvimento, coletar informações e razões por meio da oitiva de pessoas e do debate em audiências públicas⁸⁵.

⁸³ “Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. [...] § 2º Às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe: I - discutir e votar projeto de lei que dispensar, na forma do regimento, a competência do Plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa;” (BRASIL, 1988).

⁸⁴ “Art. 57. O Congresso Nacional reunir-se-á, anualmente, na Capital Federal, de 2 de fevereiro a 17 de julho e de 1º de agosto a 22 de dezembro. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 50, de 2006). [...] § 3º Além de outros casos previstos nesta Constituição, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal reunir-se-ão em sessão conjunta para: [...] IV - conhecer do veto e sobre ele deliberar” (BRASIL, 1988).

⁸⁵ “Art. 58. [...] § 1º Na constituição das Mesas e de cada Comissão, é assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa. § 2º Às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe: I - discutir e

Por fim, o direito constitucional de publicidade⁸⁶ e de acesso à informação⁸⁷ significa afirmar a possibilidade de exigir as informações necessárias de interesse público relacionadas com a ação estatal na elaboração das leis.

3.2.3 Do Direito à Justificativa

A ideia de justificar as ações e de exigir justificativa é inerente ao ser humano, podendo ter como objetivo convencer os outros de que suas ações são certas, demonstrar que a opção ventilada não é absurda, etc. E, ainda que a exigência de justificativa para as proposições normativas não resolva todos os problemas da democracia e das ações dos poderes públicos, apresenta um papel importante na limitação das ações estatais.

E, nesse passo, importante reafirmar que o DPEN não se destina a estabelecer parâmetros para o exame ou a avaliação do mérito das razões e informações apresentadas como justificativas⁸⁸, mas a fomentar a produção de razões e informações pelas instâncias majoritárias no espaço público. Tem natureza nitidamente procedimental (BARCELLOS, 2020, p. 135-136).

Barcellos (2020, p. 136-137) aponta a existência de um conteúdo mínimo do DPEN exigido constitucionalmente, mas, também, procedimentos adicionais

votar projeto de lei que dispensar, na forma do regimento, a competência do Plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa; II - realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil; III - convocar Ministros de Estado para prestar informações sobre assuntos inerentes a suas atribuições; IV - receber petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas; V - solicitar depoimento de qualquer autoridade ou cidadão; VI - apreciar programas de obras, planos nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento e sobre eles emitir parecer" (BRASIL, 1988).

⁸⁶ "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: [...] II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII" (BRASIL, 1988).

⁸⁷ "Art. 5º [...] XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; e XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado" (BRASIL, 1988).

⁸⁸ "O direito a um devido procedimento na elaboração normativa não significa que caberá aos juízes avaliar o conteúdo ou o mérito das razões e informações que serão apresentadas, ou substituir a sua avaliação por aquela que terá sido feita pelo órgão competente. Ao Judiciário caberá apenas [...] controlar se as razões e informações em questão foram ou não apresentadas ao debate público. Quanto à norma que venha a ser editada, seu conteúdo poderá ser controlado nas mesmas circunstâncias admitidas hoje pelo sistema brasileiro de controle de constitucionalidade" (BARCELLOS, 2020, p. 74).

destinados a estimular o debate sobre essas razões e informações inicialmente apresentadas.

O conteúdo mínimo significa que todo ato normativo deverá ser acompanhado de uma justificativa pública contendo: 1) razões e informações; 2) o problema que a iniciativa legislativa pretende enfrentar; 3) os impactos esperados pela medida proposta; e 4) os custos dessa medida (BARCELLOS, 2020, p. 165). Os procedimentos adicionais⁸⁹, ainda que não apresentem *status* de observância constitucional obrigatória, criam oportunidades para que os interessados manifestem suas próprias razões, críticas ou apoio à proposta apresentada, com a oitiva de *experts* no assunto à discussão para o debate entre todas as diferentes visões; podendo existir, em alguns casos, determinação normativa ao cumprimento de procedimentos adicionais. No caso do Poder Legislativo, a Constituição Federal regula o tema prevendo que cabe às comissões parlamentares cumprir vários dos procedimentos adicionais (art. 58, *in fine*, da CF), adotados como regra geral.

3.2.3.1 Razões e informações da Justificativa Pública à iniciativa legislativa

O substantivo feminino razão significa ideia, opinião e argumento; já informação está diretamente atrelada a fatos. Ainda que cada indivíduo possa apresentar opinião diversa sobre um determinado assunto, não haverá um próprio “fato” pessoal. Assim, diferentes grupos terão opiniões e razões sobre um mesmo fato, mas não informação diversa sobre ele.

Barcellos (2020, p. 143-145) afirma que a justificativa apresentada às inovações normativas necessita de ambos os elementos – razões e informações –, sob os seguintes fundamentos: a) qualquer inovação normativa pretende conformar a realidade, do que resta evidente que envolve não apenas razões, mas também informações existentes acerca da realidade sobre a qual a norma pretende incidir. A criação do Direito não é atividade puramente retórica, porquanto o Direito existe para alterar a realidade⁹⁰; e b) funcionamento democrático – a partir do momento que

⁸⁹ “Os procedimentos adicionais, por seu turno, envolvem uma dinâmica mais complexa e, embora amplamente desejáveis, não parece consistente afirmar que eles decorrem obrigatoriamente do núcleo dos princípios constitucionais referidos, como é possível afirmar relativamente ao conteúdo mínimo do DPEN” (BARCELLOS, 2020, p. 138).

⁹⁰ Destaca-se, aqui, já voltado para a emenda constitucional que se pretende analisar, que o proponente da norma pode não ter interesse em obter maiores informações ou divulgá-las, para não

existem razões e informações à criação da norma, criam-se oportunidades de debates (discussão em torno das razões apresentadas, debate sobre as informações e conexão entre os dois elementos).

O objetivo do DPEN, apresentadas as razões e informações, é promover a democracia plural: fomentar o debate político e conferir maior consistência e seriedade, impondo elementos para que as proposições normativas sejam refletidas dentro do contexto em que estão inseridas e pretendem modificar. É justamente no âmbito do debate político no parlamento, devidamente apresentadas as razões e informações, que se tem o mais próximo do que se pode chegar do ideal de democracia nos estados modernos, porquanto a representação é um recurso pragmático para contornar dificuldades que tornaram inviável a adoção do padrão democrático original (democracia direta)⁹¹.

Nas palavras de Barcellos (2020, p. 146):

Mais do que isso, o DPEN não deve ser confundido com um esforço de pasteurização do debate político ou com uma tentativa de impor determinados tipos de racionalidade sobre outros, a pretexto de alguma superioridade entre eles, o que, além de potencialmente autoritário e excludente, seria incompatível com o pluralismo político e, *a fortiori*, com uma democracia plural. Ou seja: o DPEN não pretende estabelecer critérios acerca do que pode ou não ser apresentado como “razões aceitáveis”, e menos ainda ensejar controle judicial a partir desses supostos critérios. O objetivo do DPEN é, como referido, fomentar o debate político, plural, levado a cabo pela sociedade, de modo que diferentes razões e informações sejam confrontadas e possam ser objeto de diálogo, crítica e elaboração nesse ambiente, e não esvaziar o referido debate ou substituí-lo por mecanismos de controle externo.

O que se exige, portanto, é que razões⁹² e informações sejam efetivamente apresentadas a justificar a propositura normativa (justificativa pública), sem filtros ao

suscitar dúvidas e debates prejudiciais às suas razões. Essa percepção reforça, principalmente do ponto de vista democrático, a necessária informação da realidade.

⁹¹ Acerca da concepção de democracia ao longo do tempo, cabe apontar que a teoria da representatividade validou a conformação de uma sociedade liberal-burguesa, bem como o processo de institucionalização de uma democracia formal no Ocidente nos séculos XVIII e XIX. Isso porque ao final do século XVIII, autores como Benjamin Constant e Sieyès perceberam que a participação política direta, oriunda da democracia grega, não seria viável na moderna sociedade burguesa, pois esta demandava um sistema representativo que excluísse diretamente o cidadão comum da arena política (WOLKMER, 2003). “Assim, diferentemente da liberdade antiga que implicava em participação direta dos cidadãos, a liberdade dos modernos necessitaria de uma organização diferente. Daí o avanço na direção de uma democracia representativa” (WOLKMER, 2003, p. 91).

⁹² Não se discute aqui as diferentes concepções e tradições sobre a racionalidade, e também não se pretende afirmar a racionalidade da atividade legislativa, porquanto tal atividade é política e envolve agentes políticos, sendo certo que possíveis “irracionalidades” sejam trazidas à luz e alvo de análises

debate político. “O devido procedimento na elaboração normativa trata justamente disso: de se exigir uma justificativa pública, dirigida a todos, contendo razões e informações sobre [...] normas jurídicas” (BARCELLOS, 2020, p. 152).

E, nesse aspecto, a razão pública é uma racionalidade que busca regular o debate público em geral e o político em particular, partindo-se do pressuposto de que as pessoas, a despeito de divergências inerentes ao pluralismo, sejam capazes de concordar com concepções básicas e razoáveis acerca do funcionamento social. É razoável que os agentes públicos que apresentem proposições normativas utilizem razões que se comuniquem com a sociedade e é desejável que as razões sejam aceitáveis por diversos seguimentos sociais (BARCELLOS, 2020, p. 153-156), baseados em dados concretos e verdadeiros (informações), porquanto só dessa forma haverá diálogo que poderá superar as diferenças e gerar o consenso possível.

No que tange às informações, ainda que o conhecimento humano seja limitado, que haja no Brasil uma série de dificuldades em obter dados razoavelmente precisos e confiáveis, e da dificuldade de análise e correlação dos dados por conta da complexidade e das diferentes perspectivas de abordagem, as informações existentes precisam ser apontadas, de forma clara e sem distorções (confiabilidade da informação trazida do agente político⁹³).

Destarte, o conteúdo mínimo do DPEN, em termos gerais, exige que a proposta de qualquer ato normativo seja acompanhada de uma justificativa pública contendo razões e informações, e que essa justificativa apresente, ao menos, os três temas antes afirmados: (1) o problema que a iniciativa legislativa pretende enfrentar; (2) os impactos esperados pela medida proposta; e (3) os custos dessa medida (BARCELLOS, 2020, p. 165).

e críticas, perfeitamente possível e ideal numa democracia verdadeiramente plural. Nas palavras de Barcellos (2020, p. 150), “[...] em uma democracia plural diferentes racionalidades podem perfeitamente conviver com o sistema constitucional. Muitas delas são apenas diferentes concepções políticas, próprias do pluralismo. Dito de outro modo, nem tudo com o que se discorda politicamente é, por isso, inconstitucional”.

⁹³ Partindo-se da existência de inveracidade das informações, há a ausência de elementos a justificar qualquer proposta de elaboração normativa.

3.2.3.2 Primeiro conteúdo mínimo: o problema que a iniciativa legislativa pretende enfrentar

A justificativa pública deverá, em primeiro lugar, descrever o problema e dimensioná-lo, o que demanda a apresentação de dados e informações. E, em segundo lugar, requer a apresentação de razões⁹⁴ à intervenção legislativa. A intervenção normativa do Estado se justifica em face da existência de alguma questão que, na visão de quem propõe a norma, demanda enfrentamento. O devido procedimento de elaboração normativa exige que a justificativa descreva o problema, apresente informações relevantes sobre ele e as razões pelas quais se considera que há um problema a ser solucionado pela norma proposta (BARCELLOS, 2020, p. 166). A identificação do problema e seu dimensionamento⁹⁵ são indispensáveis para que a proposta normativa possa ser compreendida e discutida:

Uma discussão que pretende criar uma norma para produzir determinados efeitos no mundo dos fatos que não se preocupa minimamente em entender esses fatos e se relacionar com eles não atende às exigências elementares do devido procedimento na elaboração normativa (BARCELLOS, 2020, p. 167).

Nas palavras de Leal (1960, p. 22), enfatizando a fidedignidade, “as fontes de informação do legislador devem ser fidedignas. Ao redigir uma lei, o legislador não pode perder de vista a observação real da vida [...]”.

Caso a proposta normativa não considere informações sobre a dimensão do problema que pretende enfrentar, há um alto grau de, em sendo aprovada, ser ineficaz: imaginar que a simples inclusão legislativa de uma norma de promoção de direitos produzirá efeitos no mundo fático é um equívoco em si.

E, ainda importante, nesse passo, observar que o diagnóstico dos problemas decorre das percepções e orientações políticas de quem proponha a norma. Inclusive, as informações trazidas são parciais e contestáveis por outras

⁹⁴ “Antes de decidir sobre as providências a serem empreendidas, cumpre identificar o problema a ser enfrentado. [...] A reunião de informações exatas sobre uma situação considerada inaceitável ou problemática é imprescindível tanto para evitar a construção de falsos problemas quanto para afastar o perigo de uma avaliação errônea (superestimação ou subestimação)” (MENDES, 1993, p. 267).

⁹⁵ Hipoteticamente, para fins de explanação, imagina-se que, no âmbito do RGPS, o problema a ser enfrentado é o benefício aposentadoria especial. À sua resolução é importante verificar quais atividades são realmente especiais (nocividade da atividade), número de pessoas envolvidas atualmente e em projeção futura e, ainda, possibilidades de enfrentamento do problema observando o conhecimento científico existente.

(outras razões, outros dados, os quais podem favorecer uma compreensão inteira da realidade). “Daí a importância de a justificativa não apenas existir, mas ser pública e facilmente acessível, e de haver oportunidade para que críticas lhe sejam dirigidas e outras visões e concepções sejam apresentadas, de modo a ensejar um debate sobre a questão” (BARCELLOS, 2020, p. 172).

3.2.3.3 Segundo conteúdo mínimo: resultados pretendidos com a medida proposta

Além de indicar o problema que motiva a proposta, o segundo conteúdo mínimo envolve a indicação, por aquele que propõe a norma, dos resultados pretendidos com ela: resultados que se imagina que a norma produzirá no mundo dos fatos no enfrentamento do problema identificado.

Mendes (1993, p. 268-269) esclarece que:

Para verificar a adequação dos meios a serem utilizados deve-se proceder uma análise dos objetivos que devem ser atingidos com a aprovação da proposta [...] impõe-se aferir, com a utilização de critérios de probabilidade (prognósticos), se os meios a serem empregados se mostram adequados a produzir as consequências desejadas.

Portanto, ainda que a realidade seja complexa e o futuro não tão previsível, a imprevisibilidade é um elemento da realidade humana, não se cogitando uma indicação precisa de resultados, mas a existência de uma avaliação diante dos elementos disponíveis no momento da elaboração da norma: resultados que se espera que sejam produzidos a partir da edição e execução da norma⁹⁶ (BARCELLOS, 2020, p. 173-174), inclusive com dados estatísticos e econômicos.

⁹⁶ “As instituições são mecanismos humanamente concebidos para moldar as interações humanas. Desta forma, a reforma legal ou a reengenharia constitucional, como se prefere atualmente, parte do pressuposto de que a mudança do marco normativo tem a capacidade de transformar o comportamento dos agentes em relação à esfera regulamentada, balizando as transformações numa determinada sociedade. Ao estabelecer incentivos e constrangimentos, as normas e instituições por elas criadas limitam o número de alternativas que cada agente pode escolher, redirecionando suas decisões. Essas proposições partem da crença de que somos seres racionais e que tomamos nossas decisões a partir de uma série de elementos, entre os quais as normas legais, que constituem instituições de extrema relevância na organização das relações sociais. Assim, escolhendo os meios corretos, seria possível atingir os objetivos desejados. Ao propor mudanças legais e desenhar novas instituições, portanto, seria fundamental ter, em primeiro lugar, uma noção razoavelmente precisa do fim almejado, compreender as razões que movem os diversos agentes envolvidos e, por fim, escolher incentivos e constrangimentos adequados para dirigir a conduta dos agentes no sentido dos objetivos a serem alcançados. Por mais que estejamos evoluindo na compreensão da racionalidade humana, infelizmente as ciências humanas nos

A indicação dos resultados pretendidos pela norma, além de se tratar de um direito fundamental das pessoas de receber justificativas acerca dos atos do Estado, permite o debate no ambiente democrático e, o mais importante, permite, ao longo do tempo, avaliar se os resultados estão de fato acontecendo ou se há necessidade de revisitar a norma. Como afirma Barcellos (2020, p. 176):

[...] a edição da norma é apenas um meio para atingir determinadas finalidades. [...] não encerra a ação estatal no particular, mas, a rigor, apenas a inicia. Depois de editada a norma, será preciso acompanhar sua execução, avaliar os resultados produzidos, fazer as correções necessárias (normativas, se necessário), prosseguir no acompanhamento, e assim sucessivamente, até que o resultado pretendido seja alcançado.

Importante, nos termos do estudo de Barcellos (2020, p. 177), não entender “resultados pretendidos” com dinheiro investido ou economizado em função do que a norma venha prever. A análise econômica do direito é de suma importância, mas, sobretudo quando se trabalha com direitos fundamentais, “o resultado na vida das pessoas, no incremento do respeito, da proteção e da promoção dos direitos” é resultado obrigatório.

As exigências inerentes ao DPEN, portanto, servem como um ponto de partida, na medida que impõem que sejam indicados quais os resultados finais pretendidos pela norma, resultados mensuráveis, para que seja possível avaliar, ao longo do tempo, seus efeitos no mundo real: o problema anteriormente existente e a tentativa de sua superação. Sem indicação dos resultados pretendidos, não há elementos a aferir a transformação buscada. E, como afirma Barcellos (2020, p. 183), “os meios cogitados para resolver um problema podem gerar outros problemas, desencadear impactos diversos, e quem propõe uma norma não poderá ignorar esse fenômeno”.

Inserido os resultados pretendidos com a norma, trabalhar-se-ão, agora, os custos e impactos dessa medida proposta.

oferecem modelos ainda pouco seguros a respeito do modo como funcionamos” (VIEIRA, 2004, p. 195-196).

3.2.3.4 Terceiro conteúdo mínimo: custo e impactos da medida proposta

O terceiro conteúdo mínimo que o devido procedimento na elaboração normativa exige para a justificativa a ser apresentada por quem propõe uma norma envolve considerações sobre os custos e impactos da medida proposta. A obrigatoriedade dessa discussão exige que quem elabora a norma faça uma reflexão sobre sua proporcionalidade e facilite a discussão sobre eventuais medidas alternativas que apresentem custos e impactos menos graves⁹⁷. Como antes delineado, ainda que existam múltiplos imprevisíveis, existem custos e impactos previsíveis – relativa segurança de sua probabilidade. São nesses impactos que a proposta de uma norma deve ser capaz de justificar-se publicamente, de forma adiantada. É afirmar: em que pese tais custos e impactos, a proposta é necessária.

Barcellos (2020, p. 184):

O devido procedimento na elaboração normativa exige apenas que haja um enfrentamento desses pontos: custos e impactos da medida proposta. Omitir, ignorar ou desconsiderar os custos e impactos que podem ser conhecidos antecipadamente é uma forma de manipulação do dever de apresentar justificativa, incompatível com o Estado Democrático de Direito.

A Constituição Federal indica dois temas gerais de custos e impactos que precisam, necessariamente, receber atenção de quem propõe uma norma: custos econômicos gerados para o Estado e impacto sobre os direitos fundamentais. Barcellos (2020, p. 184), aponta, ainda, quanto aos direitos fundamentais, que deve ocorrer especialmente sob a ótica da desigualdade, já que é ela – a desigualdade – um dos objetivos de redução no Estado brasileiro⁹⁸.

Destaca-se:

[...] a realidade de fruição dos direitos no âmbito da sociedade é desigual, e o impacto das políticas públicas sobre essa realidade frequentemente produzirá também resultados desiguais: essa dimensão deve ser considerada na justificativa a ser apresentada (BARCELLOS, 2020, p. 184).

⁹⁷ Aqui já abrindo o espaço para a proposta de emenda que culminou na Emenda Constitucional 103/2019, pode-se falar nos impactos sociais da retirada de direitos sociais previdenciários e, ainda, a escolha de quais benefícios atingir. Mais, atingir de forma imediata ou diferida (existência de regra de transição).

⁹⁸ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;” (BRASIL, 1988).

Os custos são igualmente relevantes do ponto de vista constitucional, porquanto a Constituição determina que qualquer proposição encaminhada pelo Executivo tenha estimativa de custo⁹⁹. Os impactos associados às alterações sugeridas pelo Legislativo ao projeto de lei do orçamento anual também devem ser avaliados¹⁰⁰. Ainda, a partir da EC 42/2003, cabe ao Senado Federal, nos termos do art. 52, inciso XV, “avaliar periodicamente a funcionalidade do Sistema Tributário Nacional, em sua estrutura e seus componentes, e o desempenho das administrações tributárias da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios” (BRASIL, 1988). Portanto, claramente importante, pelo sistema constitucional, a preocupação com os custos.

O Decreto 9.191/2017, com suas atualizações posteriores, que estabelece as normas e as diretrizes para elaboração, redação, alteração, consolidação e encaminhamento de propostas de atos normativos ao Presidente da República pelos Ministros de Estado, deixa clara a importância desses dois temas: direitos fundamentais e custos.

Não há dúvidas, assim, da importância de ambos e da importância de análise sob as diferentes visões e concepções políticas ao debate¹⁰¹. Nesse sentido, o devido procedimento na elaboração normativa poderá contribuir para a ampliação dos debates democráticos e a incorporação de normas que agregam mais preocupações do que as inicialmente consideradas.

Como se buscou afirmar nesse tópico, o devido procedimento na elaboração normativa decorre de um conjunto de fundamentos constitucionais vinculados tanto aos direitos fundamentais quanto aos princípios que estruturam o Estado brasileiro nos termos da Constituição de 1988, exigindo daquele que propõe uma norma, compromisso mínimo de justificativa: identificação do problema, com seu dimensionamento, o resultado efetivamente buscado com a norma e os custos e impactos da medida proposta que de antemão são conhecidos.

⁹⁹ Art. 63 da Constituição de 1988.

¹⁰⁰ Art. 166, §3º, da Constituição de 1988.

¹⁰¹ “Tendo em mente os dois grandes temas constitucionais referidos – custos econômicos e impactos sobre direitos fundamentais – é certo que os diferentes grupos consideram como importantes aspectos diferentes da realidade e, portanto, enfatizam os possíveis impactos sobre esses aspectos em particular. Outros grupos não consideram tais impactos relevantes ou ao menos não lhes dão o mesmo peso atribuído a outras questões” (BARCELLOS, 2020, p. 187).

Antes de concluir, importante ponderar a questão econômico-financeira e controle dos gastos públicos em detrimento de outros impactos relacionados à existência humana (direitos fundamentais). Não há dúvidas da necessidade do compromisso com a alocação de recursos e da disponibilidade financeira do Estado¹⁰².

Contudo, existem diversos mecanismos por meio dos quais o Poder Público pode lidar com os custos que sejam considerados importantes, envolvendo, assim, decisões e avaliações políticas¹⁰³. Todos os dados estatísticos não são imutáveis – são mutáveis conforme a decisão política que se toma – e o custo, apesar de relevante, não é o único critério a ser considerado no âmbito das decisões normativas, é apenas um dos critérios.

E, assim, feitas as devidas análises quando ao direito fundamental de justificativa ao devido procedimento na elaboração normativa, adentra-se à Proposta de Emenda Constitucional nº 06/2019 que deu origem à Nova Previdência (EC nº 103/2019), não sem antes realizar uma análise superficial da estrutura político-econômica do Brasil pós-Constituição de 1988, bem como da teoria da “Escola de Chicago” no que diz respeito a medidas de bem-estar social, escola essa da qual o Ministro da Economia¹⁰⁴ responsável pela proposta de emenda em comento é

¹⁰² “A metáfora do cobertor curto é adequada para a compreensão de qualquer orçamento, mas é mais adequada ainda para a compreensão dos limites do orçamento público brasileiro. Trata-se de um cobertor insuficiente para cobrir, ao mesmo tempo, todas as partes do corpo. Se cobre os pés, deixa as mãos sob o efeito do clima. Mas se cobre as mãos, não consegue dar conta dos pés [...]. Por isso os recursos públicos devem ser muito bem manejados. O cuidado com a escassez permitirá, dentro dos limites oferecidos pela riqueza nacional, implementar políticas públicas realistas. Daí a insistência na tese de que incumbe ao poder público consignar na peça orçamentária as dotações necessárias para a realização progressiva dos direitos. Não se trata de adiar a sua efetividade. Trata-se de estabelecer de modo contínuo as ações voltadas para a sua realização num horizonte de tempo factível” (CLÈVE, 2006, p. 34).

¹⁰³ “Outro caminho a ser trilhado (ou aperfeiçoado) diz respeito ao controle judicial e social das opções orçamentárias e da legislação relativa aos gastos públicos em geral (inclusive da que dispõe sobre a responsabilidade fiscal), já que com isso se poderá, também, minimizar os efeitos da reserva do possível, notadamente no que tange ao seu componente jurídico, considerando a possibilidade (ainda que mensurada com saudável e necessária cautela) de redirecionar recursos (ou mesmo suplementá-los) no âmbito dos recursos disponíveis e, importa frisar, disponibilizáveis. Com efeito, o que se verifica, em muitos casos, é uma inversão hierárquica tanto em termos jurídico-normativos quanto em termos axiológicos, quando se pretende bloquear qualquer possibilidade de intervenção nesse plano, a ponto de se privilegiar a legislação orçamentária em detrimento das imposições e prioridades constitucionais e, o que é mais grave, prioridades em matéria de efetividade de direitos fundamentais” (SARLET, 2015b, p. 474).

¹⁰⁴ Paulo Guedes, ministro da Economia do presidente Jair Bolsonaro (2019 a atual), doutor pela Universidade de Chicago e um dos fundadores do Banco Pactual e de vários fundos de investimentos e empresas, bem como um dos fundadores do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC), criado para ser um instituto de pesquisas sobre o mercado financeiro.

egresso.

3.3 PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 06/2019 E SUA APROVAÇÃO: EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 103/2019 - “NOVA PREVIDÊNCIA”

Antes da análise da exposição de motivos à Proposta de Emenda Constitucional nº 06/2019, como acima afirmado, necessário uma abordagem estrutural político-econômica do Brasil pós-Constituição de 1988¹⁰⁵ até chegar ao seu embasamento (exposição de motivos). Após, adentrar-se-á à justificativa pública à proposta de emenda e sua tramitação até a aprovação da “Nova Previdência”.

3.3.1 Estrutura político-econômica do Brasil pós-Constituição de 1988

O texto original da Constituição Federal de 1988, como já tratado no primeiro capítulo, traçou bases mínimas à Previdência Social, a qual foi, posteriormente, implantada pela Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, em sua redação original (Lei Planos de Benefícios da Previdência Social), estruturando-se na perspectiva de universalidade de serviços e benefícios, do modo mais inclusivo possível, a permitir a todos o exercício dos direitos fundamentais à vida, à liberdade e à dignidade humana. Ratifica-se que a opção do Constituinte originário de 1988 foi a Construção do Direito à Proteção Social, superando-se o paradigma insuficiente e incompleto da caridade, da assistência privada e pública, ou da mutualidade/laborista¹⁰⁶ (vínculo ao seguro social apenas pelo exercício profissional e no pertencimento a uma determinada categoria profissional) existente no ordenamento constitucional anterior, e elevando os direitos sociais ao *status* de direito fundamental material, no modelo de Estado de Bem-Estar Social.

Ainda que essa tenha sido a opção do pacto social de 1988, a reação contra esse pacto começou antes mesmo de sua promulgação: Estado-econômico em detrimento do Estado-social.

De fato, em contexto mundial, o aumento do tamanho do Estado – tenha ele atingido ou não a qualidade de Estado de Bem-Estar Social – provocou inúmeras reações contrárias e conservadoras e, sob o argumento de dar azo a ineficiências,

¹⁰⁵ Superficial, para fins desse trabalho apenas.

¹⁰⁶ Constituições de 1934 e 1937.

elevados custos governamentais e déficit de legitimidade, o Estado de Bem-Estar Social sofreu forte refluxo, principalmente sob os auspícios dos governos Thatcher e Reagan, respectivamente na Inglaterra e Estados Unidos (SERAU JÚNIOR, 2011, p. 148).

Ressurgia, nesse momento da história política, as ideias político-econômicas liberais (batizada de neoliberalismo), afirmando a primazia do econômico frente ao político, determinando-se a diminuição do aparato estatal.

O veículo propulsor dessa modificação da estrutura estatal consistiu no Consenso de Washington, realizado em 1989: programa de profunda permissividade econômica, reduzindo-se a atividade estatal de normatização, fiscalização, regulamentação e implementação de políticas públicas inclusivas.

Defendeu-se, nesse Consenso, dez medidas a serem tomadas em diversos países para ao desenvolvimento econômico, as quais foram adotadas pelo FMI (Fundo Monetário Internacional): disciplina fiscal, reordenamento nas prioridades dos gastos públicos, reforma tributária, liberalização do setor financeiro, manutenção de taxas de câmbio competitivas, liberalização comercial, atração de investimentos diretos estrangeiros, privatização de empresas estatais, desregulamentação da economia e proteção a direitos autorais.

Esse ímpeto foi aplicado a partir de 1990 no Brasil, quando o governo abraçou, tardiamente em comparação aos demais países, esse modelo neoliberal.

Como afirma Fagnani (2019, p. 119),

[...] no campo internacional, quando incorporamos alguns dos valores do paradigma do Estado de Bem-Estar, ele [o Estado brasileiro e sua Constituição de 1988] estava na contramão do movimento global marcado pela hegemonia da agenda neoliberal no contexto do capitalismo dominado pelas finanças.

O projeto neoliberal, no âmbito social, exigia/exige a eliminação do Capítulo sobre a “Ordem Social” da Constituição da República, já que a instalação do Estado-mínimo, em conformidade com a agência das instituições de fomento internacional, é incompatível com os valores do Estado de Bem-Estar lançado pela Constituição Federal de 1988.

Portanto, desde 1990, a proteção social, em que pese avanços iniciais expressivos, notadamente no que toca à Previdência Social, passou a viver as tensões entre dois sistemas antagônicos: proteção Social num Estado de Bem-Estar

Social afirmado pelo constituinte originário e valores do Estado-mínimo. Essas tensões, elenca Fagnani (2019), apresentam-se especificadas em cinco períodos bem demarcados:

- O primeiro, entre 1990-1992 (contrarreforma truncada), é marcado pela formulação de agenda de reformas liberalizantes visando à revisão da Constituição prevista para 1993, o que não ocorreu devido ao *impeachment* do Presidente da República.
- O segundo, entre 1993-2002 (retomada das reformas liberalizantes), é marcado pela retomada das reformas exigidas pelo mercado. Nesta quadra, houve extrema antinomia entre a estratégia macroeconômica e de reforma liberal do Estado e as possibilidades efetivas de desenvolvimento e inclusão social. Destaque-se, entre outros aspectos, a criação do chamado “Fundo Social de Emergência”, atualmente denominado de Desvinculação das Receitas da União (DRU), que captura, para o Tesouro Nacional, 30% dos recursos constitucionais vinculados ao financiamento da Seguridade Social e da educação; a Emenda Constitucional 20/1998 que promoveu a regressão dos direitos previdenciários; e a continuidade do descumprimento dos preceitos constitucionais na Seguridade Social. Ao cabo desse período, muitos dos princípios da Ordem Social da Constituição de 1988 restaram desconfigurados.
- O terceiro momento, entre 2003-2006 (continuismo econômico e ambiguidades na proteção social), é marcado pela manutenção da política econômica adotada no período anterior. Economistas orgânicos do capital ocuparam postos de comando do governo (como Joaquim Levy, Marcos Lisboa e Alexandre Schwartzman, por exemplo). A manutenção da ortodoxia continuava a limitar as possibilidades das políticas sociais. O debate entre “focalização” *versus* “universalização” permaneceu aquecido e as tensões entre os paradigmas do Estado Mínimo e do Estado Social, presentes desde 1990, mantiveram-se acirradas, sobretudo pelo acolhimento da agenda da focalização pelo Ministério da Fazenda, que resgatou a conhecida “Agenda Perdida”, escrita por economistas liberais com “patrocínio” de uma ONG financiada pelo Banco Mundial.
- O quarto momento, entre 2007-2014 (crescimento econômico e inclusão social), é marcado pelo arrefecimento dessas tensões que, no entanto, mantiveram-se presentes. Em grande medida, esse fato decorreu do crescimento da economia em um contexto internacional favorável. Com isso, foi possível lograr melhor conjugação entre os objetivos econômicos e sociais em relação ao passado. No entanto, a melhoria nas condições de vida não veio acompanhada por reformas estruturais mais amplas, o que limitou o alcance e a própria preservação desses avanços.
- O quinto momento, entre 2015-2019 (“austeridade” econômica e derrocada da cidadania pós-golpe), é marcado por novo acirramento dessas tensões, agora com caráter antipopular e antidemocrático, que se intensificou com a proximidade das eleições de 2014, quando a oposição aprofundou a campanha ideológica “terrorista” contra o suposto programa econômico “intervencionista”, agora com o propósito de apresentar o Brasil em “crise econômica terminal”. Especialmente a partir do golpe parlamentar de 2016 a contraofensiva contra a cidadania social intensifica-se com a retomada do projeto ultraliberal sem a legitimidade das urnas. Em 2019, com a eleição de Jair Bolsonaro, esse processo de implicação da ordem neoliberal, tentado desde 1989 e em curso desde 2016, ganhou fôlego e caminha em marcha forçada (FAGNANI, 2019, p. 119-120).

Ainda que não se concorde integralmente com o autor, não há dúvidas de que ao longo das décadas propagou-se e executou-se a ideia política de que a

cobertura de proteção social deve gerir-se pelos mínimos sociais (contornos do mínimo existencial à sobrevivência física e não proteção social).

De fato, as reformas previdenciárias levadas a efeito, notadamente desde 1998¹⁰⁷, pautaram-se, principalmente, no custo financeiro de subsistência do sistema, deixando de lado os impactos nos direitos sociais como promotor da dignidade humana.

3.3.2 Escola de Chicago e Bem-Estar Social

As crises de 1870 e, posteriormente, a crise de 1930, deflagram dois momentos de depressão econômica mundial significativas. Com as depressões, observou-se uma acentuada adesão e mobilização social em torno de projetos de

¹⁰⁷ No Brasil, desde 1988, quando da promulgação da Constituição Federal, já foram aprovadas sete Emendas Constitucionais afetas à previdência social. Apontam-se as modificações promovidas: 1) A EC n. 3, de 17 de março de 1993 (EC 3/1993), estabeleceu contribuição da União e dos servidores públicos federais para a concessão de aposentadorias e pensões, emprestando caráter contributivo ao regime próprio de previdência social dos servidores titulares de cargo efetivo (RPPS); 2) AEC n. 20, de 15 de dezembro de 1998 (EC 20/1998), dentre outras providências, criou o requisito de idade mínima para concessão de aposentadoria no regime próprio de previdência social (RPPS) e também para a aposentadoria proporcional por tempo de contribuição, no âmbito do regime geral de previdência social (RGPS). Destaque-se, ainda, a vedação do cômputo de tempo fictício para fins de aposentadoria; 3) A EC n. 41, de 19 de dezembro de 2003 (EC 41/2003), estabeleceu a contribuição dos servidores inativos e pensionistas sobre o valor das aposentadorias e pensões que superassem o teto do RGPS. Além disso, alterou a sistemática de cálculo das aposentadorias e pensões, abandonando o critério integralidade/paridade e passando a adotar a média de todas as remunerações dos servidores; 4) A EC n. 47, de 5 de julho de 2005 (EC 47/2005), resultado da Proposta de Emenda Constitucional “PEC paralela” à EC 41/2003, além de oferecer importantes regras transitórias, assegurou a aposentadoria com critérios diferenciados à pessoa com deficiência e o sistema especial de inclusão previdenciária para segurados de baixa renda; 5) A EC n. 70, de 29 de março de 2012 (EC 70/2012), assegurou a integralidade com base na remuneração aos servidores públicos que ingressaram na Administração até a data da publicação da EC 41/2003. Nesses casos, quando da concessão de aposentadoria por invalidez decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, incurável ou contagiosa, em substituição à sistemática dos proventos integrais com base na média aritmética das maiores remunerações, estabelecida pela EC 41/2003. Também determinou a revisão das aposentadorias concedidas na vigência da EC 41/2003, com efeitos financeiros a partir da publicação da EC 70/2012; 6) A EC n. 88, de 7 de maio de 2015 (EC 88/2015), alterou a idade para a aposentadoria compulsória, estabelecendo ser aos 70 ou 75 anos de idade, conforme disposto em lei complementar. Também acrescentou o art. 100 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, fixando a idade de 75 anos como limite para os Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União, até a entrada em vigor da aludida lei complementar. Sobre o tema, a Lei Complementar n.152, de 3 de dezembro de 2015, estabeleceu a idade de 75 anos para a generalidade dos servidores públicos titulares de cargos efetivos; 7) Por fim, a última e recente alteração no governo de Jair Bolsonaro: Poder Executivo apresentou a Proposta de Emenda Constitucional n. 6, de 20 de fevereiro de 2019. Na sequência, transformada na EC 103/2019, promulgada no dia 12/11/2019 e publicada no D.O.U. de 13/11/2019. Referida emenda alterou substancialmente o sistema de previdência social brasileiro. Ainda que não tenha sido uma reforma estrutural, não há dúvidas de sua mudança na ordem social previdenciária, desnaturando-a.

sociedade alternativos ao sistema vigente (liberalismo não intervencionista). O deflagrar de crises profundas e de grandes dimensões veio evidenciar a falência do sistema vigente e, conseqüentemente, contribuiu para abrir espaço a novas propostas de sociedade. Na Rússia, a revolução saiu vitoriosa. Nos EUA, a experiência intervencionista tomou forma com o *New Deal*, inspirado nos pressupostos keynesianos e na proposta reformista norte-americana, conhecida como progressivismo (1890-1920). Os projetos de sociabilidade inspirados na social-democracia e no *New Deal* construíram durante o entre-guerras uma forte hegemonia, sendo aceito por amplos setores sociais durante muitas décadas, aproximadamente até o fim da Guerra Fria. Os pensadores das escolas austríaca e de Chicago não partilhavam de tal consenso e logo procuraram não apenas construir críticas e contrapropostas acadêmicas, mas também lutar diretamente em aparelhos de hegemonia: o objetivo perseguido de forma geral (ação política e na academia) era encontrar formas de reconstruir as bases da livre sociedade – um projeto de liberalismo renovado.

Marcado pela crítica ao intervencionismo e pela influência do utilitarismo e do marginalismo, esse projeto diferenciou-se do clássico liberalismo¹⁰⁸, carregando discussões e inquietações de seu tempo e ficando conhecido, em fins do século XX, como neoliberalismo – duras críticas ao intervencionismo estatal e às políticas de bem-estar promovidas pelo Estado (FIGUEIREDO, 2009, p. 122). Ainda que tenha como precursor Hayek¹⁰⁹, que ao longo da sua vida lutou pela hegemonia neoliberal, tem-se em Milton Friedman o exponencial da Escola de Chicago. Em sua obra-prima publicada em 1962, “Capitalismo e liberdade”, defendeu muitos dos argumentos já enfatizados por Hayek. Assim, Friedman (2002) afirma que a questão primordial tratada em “Capitalismo e liberdade” é o “capitalismo competitivo”, seu papel como um sistema de liberdade econômica e condição necessária à liberdade política.

¹⁰⁸ “Em meados do século XVIII, Adam Smith recupera o debate iniciado por Vico e Mandeville, trabalhando em cima da perspectiva na qual a busca pelo interesse individual levaria a benefícios públicos. Essa defesa se coloca de forma mais ampla em seu primeiro livro, *Teoria dos sentimentos morais*, de 1759, tornando-se ainda mais específica em *A riqueza das nações*, de 1776. Ao longo das duas obras, o autor procura apresentar justificativa moral para a defesa do interesse particular, justificativa essa assentada exatamente na ideia de que a busca pelo interesse individual seria pública ou socialmente vantajosa” (FIGUEIREDO, 2009, p. 108, grifo do autor).

¹⁰⁹ Friedrich von Hayek, considerado um dos maiores representantes da Escola Austríaca de pensamento econômico, “recebeu título de senador honorário pela Universidade de Viena e de doutor honorário pela Universidade de Rikkio, em Tóquio (1964), e pela Universidade de Salzburg (1974). Ganhou também o Nobel de Economia em 1974, em conjunto com Gunnar Myrdal” (FIGUEIREDO, 2009, p. 122).

Enfatiza Figueiredo (2009, p. 125):

Na lista de Friedman nota-se a presença de uma série de programas promovidos pelo governo norte-americano dedicados à melhoria do bem-estar social. Tais políticas são duramente criticadas pelo autor com base no argumento da privação da liberdade de escolha individual e invasão do público na vida privada. Segundo ele, os programas contribuiriam para inibir a iniciativa individual, estimulando a indolência e aprofundando o déficit público já crítico nos EUA. Além disso, a promoção governamental de programas e mais programas levaria, conseqüentemente, a um aumento da máquina do Estado pela criação de infinitas secretarias e extensa burocracia.

Especificamente sobre a “previdência social”, Friedman (2002, p. 185-192) afirmou em 1962:

[...] é uma daquelas coisas que a tirania do *status quo* está começando a produzir sua mágica. Apesar da controvérsia que cercou seu início, ela passou a ser considerada tão certa que sua eficácia raramente voltou a ser questionada. O fato, porém, é que a previdência social envolve invasão em grande escala na vida pessoal de enorme parcela do país, sem nenhuma justificativa convincente, tanto quanto vejo, com base não só nos princípios liberais, mas também com fundamento em quaisquer outros. [...] A compra compulsória de planos de aposentadoria, portanto, impôs grandes custos e poucos ganhos. Privou-nos a todos do controle de fração significativa de nossa renda, obrigando-nos a destiná-la a propósito específico, qual seja, a compra de plano de aposentadoria, de maneira específica, fornecidos pelo governo. Em consequência, inibiu a competição na venda de planos de aposentadoria e retardou o desenvolvimento da previdência privada. [...]

Lembrando que, atualmente, numa essência bem apertada, o sistema previdenciário norte-americano se divide em dois planos: 1) o público de previdência conhecido como *Social Security*, contributivo, solidariedade intergeracional, em transição para o 2) privado, conhecido como Plano 401K (esse nome advém do código fiscal americano ao qual o plano está inserido), sistema de capitalização implantado na década de 1980 por R. Reagan (BORSIO, 2019, p. 103-104).

O Ministro da Economia e responsável pela elaboração da proposta de emenda à reforma previdenciária foi aluno de Friedman na década de 1970, trazendo princípios daquela época à atualidade, em completa dissonância com o sistema previdenciário buscado pela Constituição de 1988. Especificamente quanto à reforma da previdência, Guedes defendeu a mudança do sistema atual de repartição (regime no qual o pagamento dos aposentados é feito pelos trabalhadores ativos) pelo modelo de contas individuais de capitalização (onde cada trabalhador contribui durante a vida para sustentar seu próprio benefício previdenciário). O texto original da Reforma,

como se verá adiante, previa a mudança¹¹⁰, no entanto a pauta foi derrubada apenas parcialmente pelos parlamentares durante a tramitação do projeto na Câmara, haja vista a abertura de possibilidade de implantação futura por Lei Complementar¹¹¹.

3.3.3 Da proposta de Emenda Constitucional nº 06/2019

O debate sobre as reformas previdenciárias envolve, geralmente e com maior ênfase, o argumento de que não há recursos suficientes para fazer frente a despesas futuras caso não se altere as regras de aposentadoria e pensão.

Robert Castel (2003, p. 100-102) afirma que o período mundial atual é de insegurança social: os que estão desempregados (somada informalidade e subemprego), na precariedade econômica presente pela falta de salário; e futura, pela ausência de proteção social.

E, com a diminuição mundial de recursos aos sistemas de seguridade social, abaixo dos níveis propostos pela Organização Internacional do Trabalho¹¹², há um grande aumento da desigualdade. Amartya Sen, prêmio Nobel de Economia, e Bernardo Kliksberg, Doutor em Economia, sintetizam a questão da globalização e desigualdade:

O principal desafio refere-se à desigualdade – internacional e dentro de cada país. As preocupantes desigualdades na riqueza e também assimetrias brutais no poder e nas oportunidades políticas, sociais e econômicas. Uma questão crucial diz respeito à divisão dos ganhos potenciais da globalização – entre países ricos e pobres e entre os diferentes grupos dentro de um país. Não é suficiente compreender que os pobres do mundo precisam da globalização tanto quanto os ricos; também é importante garantir que eles de fato consigam aquilo de que necessitam. Isso pode exigir reforma

¹¹⁰ “‘Ainda tenho objetivos maiores com relação à capitalização’, diz Paulo Guedes. Texto apresentado originalmente pelo governo continha a proposta, mas ela foi derrubada pelos parlamentares durante a tramitação na Câmara dos Deputados”, conforme notícia publicada no Portal G1 (MELO; GERBELLI, 2019).

¹¹¹ Art. 201, §10, da EC 103/2019: “Lei complementar poderá disciplinar a cobertura de benefícios não programados, inclusive os decorrentes de acidente do trabalho, a ser atendida concorrentemente pelo Regime Geral de Previdência Social e pelo setor privado” (BRASIL, 2019b).

¹¹² “A OIT foi criada em 1919, como parte do Tratado de Versalhes, que pôs fim à Primeira Guerra Mundial. Fundou-se sobre a convicção primordial de que a paz universal e permanente somente pode estar baseada na justiça social. É a única das agências do Sistema das Nações Unidas com uma estrutura tripartite, composta de representantes de governos e de organizações de empregadores e de trabalhadores. A OIT é responsável pela formulação e aplicação das normas internacionais do trabalho (convenções e recomendações). As convenções, uma vez ratificadas por decisão soberana de um país, passam a fazer parte de seu ordenamento jurídico. O Brasil está entre os membros fundadores da OIT e participa da Conferência Internacional do Trabalho desde sua primeira reunião” (OIT, 2021).

institucional extensiva, mesmo quando se defende a globalização (SEN; KLIKSBURG, 2010, p. 23-24).

A distribuição dos benefícios da globalização está por detrás do debate da desconstrução do modelo de Estado de Bem-Estar Social, como visto. E, antes de adentrar à proposta de emenda, importante ponderar que, especificamente quanto às reformas previdenciárias, podem ser classificadas em estruturais e não-estruturais.

As estruturais, como o próprio nome indica, são operadas no sistema estrutural do sistema previdenciário: introdução do sistema de capitalização individual em substituição ao sistema de repartição. Nas reformas não-estruturais, há mudanças no sistema existente, mas não a eliminação do sistema público e nem introdução de um sistema privado como sistema geral, mantendo o regime de repartição e o modelo de contribuições.

No sistema de capitalização, cada indivíduo capitaliza um montante ao longo de sua vida, por meio de contribuições a uma conta individual e específica, repassadas mensalmente à instituição administradora financeira (bancos ou fundos de pensão, geralmente). A conta funciona como uma poupança individual, de modo que, após certo período de depósitos (contrato previamente entabulado entre o segurado e a operadora do sistema), o indivíduo passa a receber o retorno do que capitalizou ao longo da vida como prestações mensais. Esse recurso é aplicado no sistema financeiro e restituído ao indivíduo em função dos valores acumulados. No sistema de repartição – solidariedade entre gerações – os recursos arrecadados pelo sistema, resultante das contribuições dos trabalhadores segurados “ativos”, são utilizados para garantir os benefícios atuais daqueles que contribuíram no passado (inativos). Nesse sistema o valor do benefício é proporcional à contribuição efetuada (BOSCHETTI, 2008, p. 184).

Seguindo a classificação da Associação Internacional de Seguridade Social (ISSA), subdividem-se as reformas estruturais em três tipos: substitutivo, paralelo e misto. O modelo substitutivo caracteriza-se por substituir o modelo de repartição simples público pelo modelo de capitalização individual (prestação fixada e benefício razoável, gerido por fundos privados). Trata-se do modelo instituído no Chile (1981), Bolívia (1997), México (1997), El Salvador (1998) e Nicarágua (2001). O sistema paralelo, não elimina o sistema público, porém introduz um sistema de capitalização individual que concorre e compete com o sistema público de repartição –

contribuições não definidas e benefícios definidos convivem com um sistema privado de capitalização, que estabelece contribuições definidas e benefícios não definidos. Peru (1993) e Colômbia (1994) são exemplos de países. O terceiro tipo de reforma estrutural, considerada mista, agrega um sistema público, que assegura benefícios compulsórios básicos sob o regime de repartição e gestão pública, com um sistema privado complementar, regido pelo sistema de capitalização individual. A Argentina (1994), o Uruguai (1996) e a Costa Rica (2001) reestruturaram-se nessa sistemática (BOSCHETTI, 2008, p. 185).

Feita essa ponderação quanto às reformas previdenciárias, passa-se à Proposta de Emenda Constitucional nº 06/2019 (BRASIL, 2019a), encaminhada ao Congresso Nacional pelo presidente da República Jair Bolsonaro em 20.02.2019 – proponente da reforma, por meio da Mensagem nº 55/2019, instruída com a Exposição de Motivos nº 29/2019.

3.3.3.1 Da justificativa pública à Proposta de Emenda Constitucional - PEC nº 06/2019

Da exposição de motivos da proposta, destacam-se as razões apresentadas, que justificaram a nova elaboração normativa constitucional, ressaltando que o objetivo da emenda era promover adequações constitucionais de forma a tornar equilibrado o sistema previdenciário brasileiro, mediante a adoção de “um novo sistema de seguridade social sustentável e mais justo, com impactos positivos sobre o crescimento econômico sustentado e o desenvolvimento do País” (item 11) (BRASIL, 2019d). Além de evitar custos excessivos para as futuras gerações e o comprometimento dos benefícios dos aposentados e pensionistas, também permitirá a construção de um modelo que fortaleça o desenvolvimento e a poupança.

Afirmou o proponente que o modelo brasileiro de regras atuariais e de acesso a benefícios previdenciários é bastante rígido quanto à possibilidade de alterações e que as políticas públicas a que se referem não atendem aos princípios constitucionais de igualdade e distribuição de renda, pois o Brasil, apesar de ser uma das dez nações mais produtivas do planeta, continua a ser um dos países mais desiguais do mundo, não estando sequer entre os setenta países com maior PIB *per capita*. E, apesar de o País produzir muito, essa produção é aquém do necessário para elevar a qualidade de vida da população (mantida a mesma taxa de crescimento da produtividade alcançada nos últimos trinta anos pelas próximas três décadas,

chegaremos a 2048 com a mesma renda de 2018). Ainda, deixou claro o nó fiscal como razão primeira para a limitação do crescimento brasileiro, afirmando, igualmente, que esse nó tem a sua raiz fundamentalmente calcada na despesa previdenciária. Outrossim, o veloz processo de envelhecimento da população exige a revisão das regras previdenciárias em vigor, uma vez que a Previdência Social já consome mais da metade do orçamento da União. O ajuste proposto busca maior equidade, convergência entre os diferentes regimes previdenciários, maior separação entre previdência e assistência e a sustentabilidade da nova previdência (itens 4 a 11) (BRASIL, 2019d).

Com base nessa premissa, o proponente apontou os pilares para a nova previdência: 1) o combate às fraudes e a redução da judicialização, que já foi o objetivo central da Medida Provisória nº 871, de 2019¹¹³, convertida na Lei nº. 13.846/2019; 2) o fortalecimento dos processos de cobrança da dívida ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, em especial das contribuições previdenciárias; e 3) a equidade, que é tratada na proposição por conceder tratamento diferenciado a pessoas que não se encontram em condições de igualdade, considerando suas especificidades, além de exigir maior contribuição daqueles que recebem mais. Aliam-se a esses pilares o financiamento por capitalização, a preservação do direito adquirido, as regras de transição e a maior separação entre previdência e assistência social (itens 12 a 20) (BRASIL, 2019d).

O autor-proponente, traça, ainda, um paralelo entre a Previdência Social e a transição demográfica pela qual o Brasil passa, alegando que, diante do crescimento absoluto no número de idosos, que atingem idades cada vez mais avançadas, é esperado o aumento da demanda por cuidados de saúde e por benefícios previdenciários que permitam a manutenção do nível de renda em meio à perda da capacidade laborativa. Não obstante, a idade de aposentadoria do brasileiro continua a mesma desde a era Vargas, em 1940 (itens 24 a 26) (BRASIL, 2019d).

Justifica a reforma pretendida, também, a partir de uma correlação entre o envelhecimento populacional, o fim do “bônus demográfico”, a redução da taxa de fecundidade, o aumento da expectativa de vida ao nascer e da expectativa de sobrevida em idades avançadas. Ademais, aponta os seguintes problemas: a) as aposentadorias precoces no âmbito do RGPS, onde a pessoa pode se aposentar por

¹¹³ Conhecida como M.P. antifraude.

tempo de contribuição, sem a exigência de uma idade mínima; b) a redução da participação relativa do grupo etário em idade ativa, havendo redução do total de contribuintes para o sistema previdenciário brasileiro, o que causa problemas para a sua sustentabilidade; e c) a deterioração da relação entre o número de contribuintes e o número de beneficiários, em que “projeções apontam para a redução dessa relação para 1, por volta da década de 2040 e, a partir da década de 2050, para abaixo de 1, ou seja, existirão mais beneficiários do que contribuintes para a previdência” (itens 27 a 37) (BRASIL, 2019d).

O proponente também argumenta que o elevado patamar de despesas previdenciárias pressiona a carga tributária e o endividamento público e tende a diminuir o investimento e a limitar a concretização de outras políticas públicas. Além disso, o crescimento das despesas previdenciárias se dá de maneira mais acelerada do que o da receita, acarretando o aumento dos déficits ou redução de superávit:

39. [...] A despesa do RGPS cresceu de 4,6% do PIB, em 1995, para uma estimativa de 8,6% do PIB em 2018, ou seja, uma alta média anual da ordem de 0,17 p.p. do PIB. Tal média representou um crescimento de 2,0 p.p. do PIB a cada 11,6 anos. Entre 1995 e 2018, a despesa do RGPS cresceu à média de 6,2% a.a. em termos reais (acima da inflação), o que implica mais que dobrar a cada 12 anos (BRASIL, 2019d).

Acrescenta a perspectiva de insustentabilidade, no futuro, tanto do RGPS, quanto do RPPS, dada a trajetória ascendente das despesas e o expressivo déficit atuarial. Afirmou:

45. [...] Segundo o Projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias 2019 (Anexo de Metas Fiscais IV.6), há trajetória ascendente da despesa do RGPS, alcançando 16,8% do PIB em 2060. Como a receita possui flutuação semelhante à do PIB, é esperado que aceleração da despesa aumente a necessidade de financiamento significativamente, que atingirá cerca de 11,4% em 2060. Assim, evidencia-se um cenário de enormes dificuldades em relação à sustentabilidade fiscal do RGPS. Cabe destacar que o ritmo de crescimento da despesa previsto nesta projeção consiste, na verdade, em praticamente reproduzir a velocidade de aumento do gasto previdenciário observado nas últimas décadas, quando o bônus demográfico ainda não havia chegado o seu fim, que deve ter ocorrido em 2018 (BRASIL, 2019d).

Feitas essas considerações, o autor defende que a proposição promove maior equidade e justiça social, apontando a desigualdade no RGPS atual e alegando a tese de que os ricos tendem a se aposentar mais cedo (por tempo de contribuição) e com maiores valores e os pobres tendem a se aposentar mais tarde (por idade) e

com menores valores. Nesse contexto, a instituição de uma idade mínima para aposentadoria no RGPS se constituiria como medida de justiça distributiva, a contribuir para que os trabalhadores com melhor situação financeira se aposentem na mesma idade dos mais pobres. Além disso, afirma ser desejável uma maior convergência entre o RGPS e os RPPS e que os ajustes propostos também possuiriam uma dimensão distributiva (itens 49 a 54) (BRASIL, 2019d).

Acrescenta que o envelhecimento da população tem impactos significativos sobre o modelo de financiamento por repartição com base nas regras atuais, o que representará um peso insustentável para as gerações futuras. Por esse motivo, propõe a introdução do regime de capitalização, em caráter obrigatório, tanto no Regime Geral de Previdência Social quanto nos regimes próprios (itens 55 e 56) (BRASIL, 2019d).

Em sequência, o proponente assegura que a proposta estabelece expressamente o direito à obtenção de aposentadoria e pensão aos que reuniram, antes da Emenda Constitucional, todos os requisitos para a sua concessão. Para esses, que possuem direito adquirido, nenhuma exigência ou critério de concessão será alterado. Ademais, também são garantidas regras de transição para todos os atuais trabalhadores formais, respeitando especificidades de cada regime previdenciário e de seus segurados (item 57) (BRASIL, 2019d).

Com essas razões e informações, o autor passa a discorrer topicamente sobre as alterações do sistema previdenciário constantes da proposta de emenda à Constituição.

Em relação ao Regime Geral de Previdência Social, afirma que as alterações cuidam de estabelecer de forma mais objetiva a contribuição dos trabalhadores rurais, extrativistas e pescadores artesanais que exercem suas atividades em regime de economia familiar, bem como o modo de reconhecimento do tempo de serviço e contribuição. Ainda, tendo em vista as alterações advindas da Reforma Trabalhista, são definidas regras de contribuição para os trabalhadores com jornada parcial, intermitente ou variável (itens 58 e 59) (BRASIL, 2019d).

Assegura que a nova previdência do regime geral é caracterizada pela manutenção de coberturas mínimas, pela necessidade de observância de critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e pelo caráter contributivo e de filiação obrigatória. Todavia, serão definidos por lei complementar de iniciativa do Poder

Executivo os critérios e parâmetros para o funcionamento do regime (item 60) (BRASIL, 2019d).

Ainda no âmbito do regime geral, registra que ao lado das regras mínimas de cobertura, são mantidas no texto constitucional a vedação de contagem de tempo fictício e a possibilidade de se estabelecer idade mínima e tempo de contribuição diferentes da regra geral para algumas categorias de segurados, tais como: pessoas com deficiência; trabalhadores cujas atividades sejam exercidas com exposição a agentes nocivos químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde; professores que comprovem exclusivamente tempo de contribuição de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio; e trabalhadores rurais.

Ademais, passa a integrar o texto constitucional dispositivo que autoriza a instituição de benefícios de riscos não programados, garantidas as coberturas mínimas para maternidade, incapacidade temporária ou permanente e morte do segurado, a serem atendidas concorrentemente pelo Regime Geral de Previdência Social e pelo setor privado (itens 61 e 62) (BRASIL, 2019d).

O autor conclui esse ponto afirmando que até a edição da lei complementar que definirá os critérios e parâmetros para o funcionamento do RGPS, serão estabelecidas regras transitórias que já fixam alguns critérios e parâmetros para a concessão de aposentadorias, além das regras de transição intermediárias entre as vigentes até a edição da Emenda à Constituição e aquelas regras futuras já antecipadas nas disposições transitórias (item 63) (BRASIL, 2019d).

A partir desse ponto, passa a discorrer sobre as disposições transitórias aplicáveis ao Regime Geral de Previdência Social, notadamente quanto aos requisitos de idade e tempo de contribuição, e quanto à aposentadoria diferenciada para os professores, para os trabalhadores cujas atividades sejam exercidas em condições especiais prejudiciais à saúde, para as pessoas com deficiência e para os trabalhadores rurais (itens 64 a 66) (BRASIL, 2019d).

Registra que também está assegurada a aposentadoria por incapacidade permanente para os trabalhadores que forem considerados incapazes para o trabalho e insusceptíveis de reabilitação para o exercício de outra atividade que lhe garanta subsistência, sendo integral o benefício se a incapacidade for decorrente de acidente do trabalho, doença profissional ou doença do trabalho (item 67) (BRASIL, 2019d).

Em seguida, discorre sobre o cálculo das aposentadorias em geral; sobre o valor da aposentadoria da pessoa com deficiência e por incapacidade permanente decorrente de acidente do trabalho, doença profissional e doença do trabalho e sobre o cálculo da pensão por morte (itens 68 a 70) (BRASIL, 2019d).

Registra que foi estabelecida regra transitória, a valer a partir da promulgação da Emenda até a publicação da lei complementar que fixará os novos critérios e parâmetros ao RGPS, em relação ao acúmulo de aposentadorias e pensões que venha a ocorrer após a vigência da Emenda. O dispositivo veda a acumulação de mais de uma aposentadoria e de mais de uma pensão deixada por cônjuge ou companheiro, no âmbito do RGPS. É possível, todavia, haver acúmulo de pensão por morte do RGPS com pensão por morte do RPPS ou decorrente de atividades militares. Além disso, é possível o acúmulo da pensão por morte do RGPS com aposentadoria do RGPS, RPPS ou decorrente de atividades militares. Nesses casos, será resguardada a percepção integral do benefício mais vantajoso e de uma parte de cada um dos demais benefícios acumulados, que estarão sujeitos à aplicação de redutor escalonado por faixas remuneratórias (item 71) (BRASIL, 2019d).

São também alterados os critérios para acesso e recebimento do auxílio-reclusão, no valor de um salário mínimo, que passa a ser garantido apenas aos dependentes do segurado que receba rendimento mensal de até um salário mínimo e que seja recluso em regime fechado. Quanto ao salário-família, tal benefício será garantido apenas aos segurados que recebam rendimento mensal de até um salário mínimo, com valor de R\$ 46,54 por filho ou equiparado menor de 14 anos de idade ou inválido ou com deficiência grave (item 72) (BRASIL, 2019d).

Registra, para a conclusão deste ponto, que até que seja editada lei que altere o plano de custeio do RGPS, a proposta estabelece alíquotas provisórias de contribuição para o segurado empregado, inclusive o doméstico, e para o trabalhador avulso, de 7,5% a 14%, que serão aplicadas de forma progressiva sobre o salário de contribuição do segurado (item 73) (BRASIL, 2019d).

Na sequência, são expostas as regras de transição para os segurados que, no momento da promulgação da Emenda Constitucional, já estiverem vinculados ao RGPS, as quais assegurariam, de forma diferenciada, o direito às aposentadorias por idade, especial e por tempo de contribuição, incluída a aposentadoria dos professores. São apresentadas, em relação a cada grupo de segurados, as regras transitórias aplicáveis (itens 74 a 80) (BRASIL, 2019d).

Após discorrer sobre os Regimes Próprios de Previdência Social (não tratados nesse trabalho – itens 81 a 108), foram abordados alguns programas e prestações relacionados com a assistência social e a necessidade de interoperabilidade de dados. Afirmou que as despesas primárias do governo federal em 2018 foram de 1,351 trilhões de reais e registra que 1,3% corresponderia ao pagamento de abono salarial, 4,2% ao benefício de prestação continuada da LOAS/RMV (Lei Orgânica de Assistência Social/Renda Mínima Vitalícia) e 2,3% ao pagamento do Programa Bolsa Família (item 109) (BRASIL, 2019d).

A Proposta teria como foco a busca da eficiência do atendimento das pessoas em situação de miserabilidade, reduzindo o “limite do pagamento de abono salarial dos atuais 2 para 1 salário mínimo, direcionando esses recursos para o pagamento de benefícios assistenciais de forma fásica, reduzindo a idade para pagamento e variando o seu valor em função da idade” (item 110) (BRASIL, 2019d).

Ainda quanto ao tema da assistência social, o autor afirma existirem auditorias realizadas pelos tribunais de contas, identificando pessoas com pagamentos indevidos, principalmente relacionados ao acúmulo de benefícios, já que órgãos federais, estaduais e municipais não possuem uma troca efetiva de informação que iniba fraudes e irregularidades. A solução para esses problemas se daria nos termos do acrescido art. 251, segundo o qual a União instituirá sistema integrado de dados relativos aos regimes de previdência, aos programas de assistência social e, no que couber, aos proventos de inatividade e pensão por morte decorrentes das atividades militares. Tudo isso teria o objetivo de fortalecer a gestão, a governança e a transparência e o cumprimento das disposições estabelecidas na Constituição e na legislação de regência. Ademais, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as entidades gestoras dos regimes, dos sistemas e desses programas disponibilizarão as informações necessárias para a estruturação do sistema integrado de dados e terão acesso ao compartilhamento das referidas informações na forma prevista em lei. Desse modo, seria viabilizada a transferência de informações entre os sistemas de gestão e bancos de dados, contemplando opções de tecnologia, programas, redes e equipamentos. Essa atuação permitiria uma agenda de serviços interoperáveis de governo eletrônico, nos moldes já adotados em nações com administrações mais aprimoradas (item 111) (BRASIL, 2019d).

Daí por diante, o autor trata da Desvinculação de Receitas da União (DRU) e da alteração da destinação dos recursos do PIS/PASEP. Afirmar que a proposta

exclui da DRU as contribuições sociais destinadas à seguridade social, para que a totalidade das receitas das 14 contribuições da seguridade social seja vinculada ao custeio das ações da Saúde, Previdência e Assistência Social. Desse modo, seria possível maior transparência, além da superação de questionamentos relacionados ao suposto efeito da DRU sobre o déficit do sistema previdenciário. Além disso, visando elevar o volume de recursos para a seguridade social, a proposta também reduz de 40% para 28% os recursos do Programa de Integração Social (PIS) e do Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PASEP) destinados ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES (itens 112 e 113) (BRASIL, 2019d).

Por último, o autor proponente faz uma estimativa do impacto financeiro que decorreria da proposta. Utilizando-se de uma tabela, registra a economia pretendida em 10 e 20 anos, sem considerar os impactos de ações paralelas como a Medida Provisória de Combate às Fraudes, o projeto de lei de revisão do estatuto dos militares e o projeto de lei de aumento da efetividade da cobrança da dívida ativa (BRASIL, 2019d).

Nesses termos, foram apresentados os seguintes números, conforme tabela extraída do item 114 da proposta:

Tabela 1 - Estimativa de Impacto da PEC da Nova Previdência – item 114

Impacto Líquido (R\$ bi de 2019)	10 anos	20 anos
Reforma do RGPS	715	3.449,4
Reforma no RPPS da União	173,5	413,5
Mudanças das alíquotas no RPPS da União	29,3	45,2
Mudanças das alíquotas no RGPS	-27,6	-61,9
Assistência Fásica e Focalização do abono salarial	182,2	651,2
TOTAL	1.072,4	4.497,4

Fonte: Exposição de Motivos da PEC 6/2019 (BRASIL, 2019d).

3.3.3.2 Do trabalho do governo federal pós-apresentação da PEC nº 06/2019

Tão logo apresentada pelo presidente Bolsonaro a proposta de emenda à reforma da previdência, antes mesmo do início da tramitação dela no Congresso, a Advocacia-Geral da União formou uma força-tarefa para acompanhar os trabalhos da reforma da Previdência. Por meio de portaria publicada na edição de 11.03.2019 do Diário Oficial da União, Portaria nº 180, de 07.03.2019 (BRASIL, 2019c), a AGU

afirmou atuar nas "demandas judiciais" sobre a PEC nº 06, de 2019, que modifica o sistema de previdência social.

O governo sinalizou, naquele momento, a necessidade de ausência de discussão judicial à aprovação da reforma, com campanha governamental de esclarecimento (convencimento) da população à reforma. Antes, inclusive, em governo anterior, quando da PEC nº 287/2016¹¹⁴, já havia na mídia tal atitude.

Transcreve-se, aqui, lição de Feliciano e Castro (2018):

O grande equívoco – e a crueldade capital – por detrás dessas campanhas está justamente em gerar um imenso clima de insegurança na população. Seria mais inteligente e palatável trabalhar com uma proposta de alteração das regras previdenciárias restrita aos novos segurados, de modo que as pessoas que viessem a ingressar no mercado de trabalho após a reforma se submetessem a um novo critério, razoavelmente escalonado, que combinasse idade mínima e tempo mínimo de contribuição. O que as últimas campanhas de mídia conseguiram promover, no entanto, foi uma corrida desenfreada às aposentadorias por quem, hoje, já preenche os requisitos constitucionais e legais, receando prejuízos a médio e longo prazos. Daí que, em março de 2017, houve um incremento de 36.5% nos pedidos de aposentadoria, em relação a 2016. E tal percentual fez apenas aumentar desde então, graças à insistente propaganda – paga com o escasso dinheiro público – de que a reforma viria a galope. O resultado? A curto prazo, maior gasto com aposentadorias.

É dizer, o intuito governamental à aprovação da emenda, sem discussão substancial, seja no parlamento, seja judicial, estava clara: ausência de democracia.

3.3.4 Da tramitação no Congresso Nacional da PEC nº 06/2019 e sua aprovação

A Proposta de Emenda à Constituição (PEC) da reforma da Previdência Social começou a tramitar pela Câmara dos Deputados. Pelas regras regimentais, a matéria foi distribuída à Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) da Câmara, que analisou se o texto feria algum princípio constitucional (1ª fase da proposta:

¹¹⁴ Vale reproduzir alguns trechos da ADI n. 5.863/DF, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República em 18/12/2017, que impugna o Anexo I da Lei n. 13.528/2017 (no que destina R\$ 99 milhões com publicidade da Reforma da Previdência): “É natural que cada governo busque a implementação de uma dada ordem de propostas políticas. Se, porém, o governo entende que deve esforçar-se por persuadir a população do acerto de uma proposta polêmica, não pode valer-se de recursos financeiros públicos para promover campanha de convencimento que se reduza à repetição de ideias, teses e juízos que não são de consenso universal. [...] A publicidade em favor de uma medida notoriamente controvertida é substancialmente distinta de uma publicidade em favor da conscientização da população sobre a necessidade de cuidados, por exemplo, para evitar a proliferação do mosquito da dengue. [...] No caso da reforma da previdência, esse consenso não existe – por isso mesmo não se pode verter recursos públicos exclusivamente para favorecer um dos polos da controvérsia” (BRASIL, 2018, grifo nosso).

constitucionalidade/admissibilidade): juízo preliminar inerente ao processo legislativo destinado à reforma constitucional, no qual se examina, exclusivamente, a observância das limitações procedimentais ou formais, das limitações circunstanciais e das limitações materiais¹¹⁵.

Nesta fase da tramitação, as limitações formais dizem respeito à legitimidade da iniciativa e à inexistência de matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por rejeitada na sessão legislativa. As limitações circunstanciais dizem respeito à inocorrência de situações de anormalidade institucional previstas na Constituição, como intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio. As limitações materiais, por fim, dizem respeito ao próprio objeto da reforma, que não pode violar nenhuma cláusula pétrea.

Como providência preliminar destinada à discussão da matéria naquela Comissão, foram apresentados requerimentos para convocação do Ministro de Estado da Economia, Paulo Guedes, com fundamento no art. 50, *caput*, e art. 58, § 2º, inciso III, ambos da Constituição Federal, e na forma do art. 219, inciso I do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Mediante acordo de lideranças, a convocação foi convertida em convite e o Ministro de Estado compareceu à Comissão no dia 03.04.2019 (BRASIL, 2019a).

Na audiência, que foi parcialmente acompanhada pelo Presidente da Casa, deputado Rodrigo Maia, concedeu-se a palavra ao Ministro por 20 minutos, para considerações iniciais sobre a proposição. Em seguida ele respondeu aos questionamentos suscitados pelos deputados membros da Comissão e pelos demais deputados inscritos (BRASIL, 2019a).

O Ministro insistiu que o atual sistema previdenciário estaria condenado e defendeu a criação de um sistema de capitalização individual para que, no futuro, cada trabalhador tenha uma conta para depositar suas contribuições para aposentadoria. Comparou o sistema de repartição simples, atualmente em vigor e no qual os trabalhadores pagam os benefícios dos aposentados, a um avião sem combustível que se dirige para o alto-mar. Diante dessa situação trágica, a proposta apresentada

¹¹⁵ A Comissão não realiza juízo de conveniência e oportunidade nem afere se a proposta é condizente com os imperativos de justiça. A propósito, dispõe o art. 202, § 2º do Regimento Interno que o exame dos aspectos concernente ao mérito incumbe à Comissão Especial, que será designada caso admitida a proposta. Tal modo estreita é a cognição reservada à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, que sequer é possível o oferecimento de emendas de mérito ou de redação (BRASIL, 1989).

buscaria equacionar um problema grave, em relação à qual ele é apenas um elaborador, cabendo ao Congresso decidir se colocará “os nossos filhos e netos nesse avião” (BRASIL, 2019a).

Também se realizou audiência pública com a participação de juristas, ocorrida no dia 04.04.2019. Compareceram à sessão o professor de Direito Previdenciário e de Direito Atuarial da Universidade Federal de São Paulo Arthur Bragança de Vasconcellos Weintraub; o secretário especial adjunto de Previdência e Trabalho Bruno Bianco Leal; o advogado e ex-presidente da Ordem dos Advogados do Brasil Cezar Britto; a procuradora do Ministério de Contas de São Paulo Élica Graziane Pinto; o advogado José Roberto Soderno Victório; e a Procuradora Regional da República Zélia Luiza Pierdoná. Os conferencistas fizeram exposições iniciais e em seguida responderam aos questionamentos dos deputados inscritos (BRASIL, 2019a).

Do voto do relator Deputado Marcelo Freitas (2019b), após afirmar a regularidade à admissibilidade da proposta de emenda, ante a envergadura da matéria, houve apresentação dos fundamentos¹¹⁶, segundo os quais, nos termos do voto do relator, tal emenda estaria em consonância com o momento histórico-econômico e com a própria Constituição.

Destaca-se do voto, no ponto que interessa ao presente trabalho, *mutatis mutandis*:

[1] **Nenhum direito fundamental tem caráter absoluto**, e a sua centralidade no ordenamento jurídico não autoriza que se rompam com os pressupostos de uma gestão responsável. [...] não se tratando de abolição de direitos e garantias individuais, temos a possibilidade de alteração, pelas vias democráticas constitucionalmente estabelecidas, dos contornos, estrutura e requisitos para a concessão de benefícios [previdenciários]. [...]

[2] O **avanço dos gastos previdenciários sobre os demais gastos públicos é indiscutível**. Segundo dados do último Relatório Resumido da Execução Orçamentária do Governo Federal divulgado pela Secretaria do Tesouro Nacional (RREO), em 2018, o pagamento de benefícios previdenciários consumiu R\$ 684,3 bilhões do orçamento da União, representando cerca de 48% das despesas primárias (despesas não financeiras), superando, portanto, todas as despesas com saúde (R\$ 120,9 bilhões), assistência social (R\$ 88,7 bilhões), educação (R\$ 112,2 bilhões) e defesa nacional (R\$ 76,9 bilhões). Se compararmos os gastos previdenciários com as contribuições que são exclusivamente destinadas a suportá-los, fica evidente o peso que a Previdência Social exerce sobre as receitas da União. No âmbito do RGPS, o déficit foi de mais de R\$ 190 bilhões; no RPPS dos servidores civis, alcançou mais de R\$ 46 bilhões; e o relacionado à inatividade dos militares e suas pensões foi de mais de R\$ 43 bilhões. [...] As

¹¹⁶ Em que pese desnecessário, já que inexistente nesse momento análise de mérito.

despesas da seguridade social somaram cerca de R\$ 994 bilhões em 2018, ao passo que arrecadação de contribuições previdenciárias e contribuições sociais vinculadas à seguridade chegou a apenas R\$ 713 bilhões, com insuficiência de R\$ 281 bilhões, cálculo este que considera a Desvinculação de Receitas da União de até 30%. Se tomar a totalidade dos recursos arrecadados com contribuições previdenciárias e contribuições sociais, sem considerar a DRU, a arrecadação chegou a R\$ 823 bilhões, com uma insuficiência de R\$ 171 bilhões. Tanto numa situação como na outra resta evidenciada a situação dramática da nossa previdência social; [...]

[3] **Garantia da renda mínima (salário mínimo):** ante a proposta de renda abaixo do mínimo a benefício assistencial, entendeu-se pela constitucionalidade, por não se tratar de benefício previdenciário; [...]

[4] **Desconstitucionalização das normas previdenciárias:** [não há que se falar em ausência de segurança jurídica, porquanto as regras previdenciárias, se tratadas por meio de lei complementar] terão considerável grau de proteção contra alterações abruptas ou irrefletidas. Isso porque a lei complementar exige quórum qualificado de maioria absoluta para sua aprovação e votação nominal dos parlamentares, diferente das leis ordinárias que exigem apenas maioria simples e admitem votação simbólica. Além disso, matéria de lei complementar não pode ser objeto de lei delegada nem de medida provisória e não admite apreciação exclusiva pelas comissões, devendo, necessariamente, ser objeto de deliberação pelo Plenário dessa casa; [...]

[5] **Inexistência de retrocesso social:** [...] as soluções propostas não promovem o retrocesso social. Antes, pelo contrário, buscam a efetividade de todos os direitos, pois o desequilíbrio fiscal provocado pelos elevados custos da previdência social tem comprometido sobremaneira a garantia dos demais direitos, inclusive daqueles considerados mais urgentes pela população¹¹⁷; [...]

[6] **Violação do princípio da isonomia:** [...] ausência de regras de transição e ausência de reforma da previdência dos militares e de todos os servidores. Afirmou a existência de regras de transição e, quanto aos militares, tratando-se de atividades desiguais de condições de operação e trabalho, há necessidade de tratamento distinto; [...]

[7] **Regime de capitalização:** [...] acaso o direito à previdência social estivesse protegido por cláusula pétrea, a especial proteção recairia sobre o direito à previdência social em si, e não a um determinado modelo de previdência. Desse modo, não há imutabilidade quanto ao sistema de previdência nem obrigatoriedade de que o sistema de previdência seja o de repartição; [...]

[8] **Regras relacionadas à concessão de pensão por morte e acumulação de benefícios previdenciários:** [ante a profunda redução do valor das pensões, aponta-se] vício de inconstitucionalidade material, notadamente porque seriam injustas e porque delas decorrerão benefícios previdenciários de valores muito reduzidos em relação às expectativas e necessidades dos segurados e seus dependentes. [...] Todavia, como em outras situações dos apontamentos anteriores, definitivamente não se trata de violação de cláusula pétrea, circunstância que impede, portanto, qualquer medida no âmbito desta

¹¹⁷ Segundo o voto, em 2019 as despesas com a Previdência Social devem superar em mais de três vezes os gastos com saúde, educação e segurança pública, segundo os valores do próprio Orçamento da Seguridade Social constantes da Lei Orçamentária Anual: 1. Despesas previdenciárias: R\$ 767,8 bilhões (53,4% dos gastos totais, estimados em R\$ 1,438 trilhão); 2. Gastos em saúde, educação e segurança pública (incluindo Ministério da Justiça): R\$ 228 bilhões (15,86% do total). Sendo assim, os gastos previdenciários do Governo Federal ficarão, segundo o Orçamento em vigor, R\$ 540 bilhões de reais acima das despesas com saúde, educação e segurança pública, que são justamente os problemas sociais mais graves e urgentes, de acordo com diversos levantamentos junto à opinião pública (FREITAS, 2019b).

Comissão, cuja atribuição se circunscreve ao exame de constitucionalidade (FREITAS, 2019b).

Afirmando essas considerações e impropriedades técnicas a serem sanadas, houve parecer do relator à admissibilidade da Proposta de Emenda à Constituição nº 6/2019, aprovado em 09.04.2019, com complementação de voto¹¹⁸ em 23.04.2019 (FREITAS, 2019^a), em que pese votos em separado que foram apresentados na CCJ, mas sem maiores discussões.

Em seguida, iniciou-se a 2ª fase, através da instalação de uma Comissão Especial formada por deputados para discutir o mérito da proposta e efetuar mudanças no texto. Após audiências para discussão do tema e negociações nos bastidores, com três versões do relatório, relator Deputado Samuel Moreira, foi aprovado pela comissão especial, em 03 e 04 de julho de 2019, um substitutivo à proposta do Executivo, com tênues mudanças, notadamente:

a) retirada das mudanças propostas para o BPC - benefício de prestação continuada e aposentadoria rural;

b) exclusão do regime de capitalização obrigatório, apesar de mantida a possibilidade de provimento do atendimento pelo setor privado de benefícios não programados¹¹⁹. Atualmente, a Constituição limita tal possibilidade ao seguro acidente de trabalho. Com o texto, que reproduz a PEC original, benefícios como a pensão por morte, o auxílio-doença (atual incapacidade temporária), a aposentadoria por invalidez (atual incapacidade permanente), o salário-maternidade, entre outros, mediante lei complementar, poderão ser atendidos pelo setor privado, abrindo uma enorme avenida para a privatização do sistema. Atualmente, cerca de 43% das despesas do RGPS são relacionadas aos benefícios não programados, entre os quais se destaca a pensão por morte;

¹¹⁸ Importante aqui explicar que a complementação do voto (nova versão do relatório) é procedimento estranho às propostas de emenda constitucional, realizada apenas por exigência de alguns parlamentares afirmados de centrão para a votação. São os seguintes trechos recomendados à retirada: 1) Fim da multa de 40% do FGTS para aposentados e fim da obrigatoriedade de recolhimento do FGTS de quem se aposenta e continua trabalhando; 2) Retirada da definição do que é aposentadoria compulsória da Constituição (pelo texto original, isso seria definido por lei complementar, mais fácil de ser modificada no Congresso); 3) Trecho que atribui ao governo federal a atribuição exclusiva de propor qualquer alteração nas regras da Previdência; 4) Definição de que qualquer ação judicial referente à aposentadoria tenha de ser necessariamente protocolada na Justiça Federal de Brasília (SANT'ANA, 2019a).

¹¹⁹ Benefícios não programados são aqueles cuja concessão depende de eventos não previsíveis, como a morte, a invalidez, a doença, o acidente e a reclusão.

c) aumento do limite proposto pelo governo para obtenção do abono salarial;

d) redução no tempo mínimo de contribuição ao RGPS das mulheres;

e) nova regra de transição mais benéfica;

f) redução da idade mínima para professoras;

g) criação de duas fontes extras de receita para a seguridade social;

h) retirada da aplicação automática das regras para estados e municípios.

No dia 05 de julho, em votação dos destaques (pedidos pontuais de mudanças), os membros da comissão especial acataram ainda dois pontos para prosseguimento da proposta, quais sejam: retirada de policiais militares e bombeiros da reforma (não terão regras iguais às das Forças Armadas, como buscava o governo); e isenção de contribuições previdenciárias apenas a produtores rurais que exportem pelo menos uma parte de sua produção. A reoneração estava no texto original do governo e previa uma arrecadação de R\$ 100 bilhões em dez anos à seguridade social.

A 3ª fase iniciou-se com votação em primeiro turno em Plenário, em 09 de julho de 2019. Em 10 de julho, o plenário da Câmara aprovou em primeiro turno o texto base da reforma, saída da Comissão Especial. Em 12 de julho, analisaram os destaques da reforma, com apenas quatro mudanças no texto aprovado na comissão especial, destacando-se ao presente trabalho (RGPS): a) idade mínima à aposentação de mulher em 62 anos; b) pensão por morte não inferior a um salário mínimo apenas quando é o único rendimento; c) tempo mínimo de contribuição de 15 anos aos homens já inseridos no RGPS, aprovado em 13 de julho de 2019.

Já no dia 07 de agosto de 2019, o Plenário da Câmara dos Deputados concluiu a votação em segundo turno da proposta de reforma da Previdência (4ª fase). Todos os destaques apresentados foram rejeitados e o texto foi enviado ao Senado Federal.

Em 8 de agosto, deu-se início à tramitação da reforma da Previdência no Senado. Diferentemente da Câmara, o texto precisou passar somente pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) antes de ir a Plenário. No Senado, a CCJ analisa tanto a admissibilidade quanto o mérito da proposta. Não há, no Senado, comissão especial.

No dia 27 de agosto, o Senador Tasso Jereissati (PSDB-CE), relator da reforma da Previdência na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado,

apresentou seu parecer. Ele recomendou a aprovação da maior parte da proposta, mas sugeriu a retirada de pontos polêmicos e algumas mudanças. Sugeriu a retirada de um item que colocava na Constituição o critério de acesso ao Benefício de Prestação Continuada (BPC), eliminou o trecho que elevava gradualmente os requisitos para aposentadoria especial para atividades de risco e suprimiu outro ponto para permitir que estados e municípios adotassem contribuições extraordinárias. Como foram todas mudanças supressivas, o texto não precisou voltar para a Câmara.

Tasso também propôs a criação de uma PEC "paralela", com tramitação independente à da PEC principal. Essa proposta pede a reinclusão de estados e municípios na reforma e propõe algumas mudanças ao texto principal, como redução do tempo mínimo de contribuição exigido de homens que ainda irão entrar no mercado de trabalho, e garantia de que ninguém receberá pensão inferior a um salário mínimo. Também traz fontes adicionais de receita para a seguridade social, com a reoneração de alguns setores. Por propor mudanças, a PEC paralela precisará passar pela Câmara¹²⁰.

Assim como aconteceu na Câmara, os senadores não ficaram satisfeitos com a primeira versão do relatório do Senador Tasso. Eles pressionaram por mais mudanças no texto e tiveram alguns dos pleitos atendidos. A nova versão do relatório foi apresentada na manhã do dia 4 de setembro, reforçando-se que o valor da pensão por morte não poderia ser inferior a um salário mínimo (sempre), entre outros. Também acrescentou algumas novidades à PEC paralela, como a criação da seguridade social para crianças de baixa renda. Atendidos os pleitos dos senadores, o parecer foi aprovado, assim como aprovada a criação da PEC paralela.

Entre os dias 10 a 16 de setembro, fez-se cinco sessões temáticas para a discussão da reforma da Previdência – procedimento obrigatório, no qual também foram apresentadas emendas ao texto principal. No dia 19 de setembro, o texto da reforma da Previdência voltou à CCJ para que o relator pudesse dar o seu parecer sobre as emendas apresentadas em plenário. Tasso rejeitou 76 (setenta e seis) emendas e aprovou somente uma. Aproveitou a oportunidade para deixar claro em seu parecer que somente trabalhadores informais de baixa renda terão direito a uma alíquota previdenciária diferenciada. No dia 1º de outubro a CCJ do Senado votou o

¹²⁰ Com todas as alterações, afirma-se que a economia com a PEC principal, a encaminhada inicialmente pelo governo e aprovada na Câmara, caiu para R\$ 902,5 bilhões em dez anos.

relatório, aprovando-o. No mesmo dia, o plenário do Senado se reuniu para votar em primeiro turno a reforma da Previdência. O texto-base foi aprovado por 56 votos a 49. Após, os senadores deram início a votação dos destaques, mantendo-se as atuais regras do abono salarial¹²¹.

Na noite do dia 22 de outubro de 2019, o plenário do senado aprovou por 60 votos a 19 o texto da reforma da previdência em segundo turno. A votação só foi possível após governo e parlamentares chegarem a um acordo sobre a divisão de recursos do megaleilão do pré-sal (PARTIDOS, 2019). Ainda na noite de 22 de outubro, os senadores votaram dois destaques – pedidos pontuais de mudança – apresentados ao texto aprovado em segundo turno. Todos esses destaques foram rejeitados. Mas, por falta de acordo, ficou faltando a votação de dois destaques. Com isso, a conclusão da reforma da previdência aconteceu no dia 23 de outubro, quando o destaque do Partido dos Trabalhadores - PT foi votado para possibilitar que trabalhadores expostos a condições de periculosidade tenham direito à aposentadoria especial, mantendo-se a exigência de idade mínima¹²².

A proposta de emenda foi promulgada no dia 12 de novembro de 2019 em sessão solene (MUGNATTO, 2019), a qual se tornou a Emenda Constitucional nº 103/2019 – denominada “Nova Previdência”.

Apresentados os dados técnicos que foram da exposição de motivos até a promulgação da Emenda Constitucional nº 103/2019, passar-se-á a exposição de incongruências que justificaram a proposta de emenda e, ao depois, à análise da emenda sob o enfoque de presença ou ausência de devido procedimento na elaboração normativa e sua aprovação: democrática ou não democrática.

3.4 EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 103/2019 – “NOVA PREVIDÊNCIA” E A AUSÊNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO NA ELABORAÇÃO NORMATIVA

Nesse tópico será abordado a ausência de informações, informações não confiáveis e razões dissociadas apresentadas pelo proponente da emenda na exposição de motivos à reforma previdenciária, demonstrando ausência de

¹²¹ Foi a maior derrota do governo na Previdência, reduzindo a economia da reforma em R\$ 70 bilhões. Outrossim, no contexto geral, a economia da reforma caiu para R\$ 800 bilhões ao longo de dez anos, frente R\$ 1,2 trilhão da proposta original do governo (SANT’ANA, 2019b).

¹²² A ser elaborado por lei complementar.

justificativas confiáveis e, destarte, de violação direta à democracia (qualificada pela ausência de discussão no parlamento).

A abordagem quanto à ausência de informações e informações inconsistentes que desnaturam um devido procedimento na elaboração normativa dar-se-á em cinco pilares reputados, ao trabalho, primordiais à reforma da previdência¹²³, quais sejam: a) ausência de dados claros e coerentes quanto ao déficit da previdência social; b) cultura da inadimplência fiscal previdenciária e seu fomento público; c) afirmação inverídica de insustentabilidade do RGPS em 2060 pelo elevado patamar de despesas previdenciárias; d) desconstitucionalização das regras previdenciárias; e e) financiamento por capitalização – transição da seguridade social para o seguro social; os quais serão abordados na sequência.

Em seguida, finalizar-se-á esse tópico fazendo o enlace dessas informações com a ausência do devido procedimento na elaboração normativa dessa emenda constitucional.

3.4.1 Do déficit da Previdência Social

O proponente da emenda, como justificativa apresentada às inovações normativas necessárias, apresentou como uma das razões o elevado patamar de despesas previdenciárias que pressiona a carga tributária e o endividamento público e tende a diminuir o investimento e a limitar a concretização de outras políticas públicas. Além disso, o crescimento das despesas previdenciárias se dá de maneira mais acelerada do que o da receita, acarretando o aumento dos déficits ou redução de superávit:

39. [...] A despesa do RGPS cresceu de 4,6% do PIB, em 1995, para uma estimativa de 8,6% do PIB em 2018, ou seja, uma alta média anual da ordem de 0,17 p.p. do PIB. Tal média representou um crescimento de 2,0 p.p. do PIB a cada 11,6 anos. Entre 1995 e 2018, a despesa do RGPS cresceu à média de 6,2% a.a. em termos reais (acima da inflação), o que implica mais que dobrar a cada 12 anos (BRASIL, 2019d)

Acrescentou a perspectiva de insustentabilidade do regime dada a trajetória ascendente das despesas e o expressivo déficit atuarial. Afirmou:

¹²³ Desde já se afirma que o intuito do trabalho não é debater números e afirmar como dever-se-ia proceder à reforma, mas sim apresentar dados informativos de ausência de consistência e debate não democrático.

45. [...] Segundo o Projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias 2019 (Anexo de Metas Fiscais IV.6), há trajetória ascendente da despesa do RGPS, alcançando 16,8% do PIB em 2060. Como a receita possui flutuação semelhante à do PIB, é esperado que aceleração da despesa aumente a necessidade de financiamento significativamente, que atingirá cerca de 11,4% em 2060. Assim, evidencia-se um cenário de enormes dificuldades em relação à sustentabilidade fiscal do RGPS. Cabe destacar que o ritmo de crescimento da despesa previsto nesta projeção consiste, na verdade, em praticamente reproduzir a velocidade de aumento do gasto previdenciário observado nas últimas décadas, quando o bônus demográfico ainda não havia chegado o seu fim, que deve ter ocorrido em 2018 (BRASIL, 2019d).

A exposição de motivos (justificativa pública) da proposta de emenda à constituição, apesar de afirmar o déficit atual e futuro, apresentando números e cálculos da suposta economia para os próximos 20 (vinte) anos, não apresentou uma análise técnica qualificada dos dados do “rombo previdenciário”, o que caracteriza ausência de informação consistente.

Importante aqui afirmar que a previdência está inserida na seguridade social, juntamente à assistência social e à saúde, conforme está escrito no art. 194 da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Essa proteção social é tão importante que os constituintes cuidaram de estabelecer fontes de receitas diversas, financiada por toda a sociedade (art. 195 da CF). Constitucionalizou-se o modelo tripartite, instituindo o orçamento da seguridade social composto de três contribuições: do governo, do empregador e do trabalhador e, para que o governo contribuísse com sua parte, criaram duas fontes de receita que não existiam: Contribuição Social para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL). Além disso, os constituintes determinaram que parte das receitas do PIS-Pasep (Programa de Integração Social e Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público) fosse direcionada para o financiamento do Programa do Seguro-desemprego, também cobrado sobre o faturamento das empresas e das receitas de concursos de prognósticos.

A Constituição de 1988 também determina, em seu art. 165, a obrigatoriedade de a União apresentar, anualmente, três peças orçamentárias: o orçamento fiscal, o das empresas estatais e o da seguridade social. Porém, os sucessivos governos brasileiros têm incluído na Lei Orçamentária Anual enviada ao Congresso Nacional apenas duas peças: o orçamento das estatais e, de modo

agregado, o orçamento fiscal e da seguridade social¹²⁴.

Ainda, imperioso apontar que a Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil (ANFIP), desde meados da década de 1990, consolida os dados das receitas e despesas da seguridade social seguindo todos os procedimentos e fontes estabelecidas pela Constituição Federal. E, dentro desse contexto, aponta a existência de superávit orçamentário da seguridade social, referindo:

Os saldos positivos do Orçamento da Seguridade Social (OSS) têm sido determinantes para a política de ajuste fiscal em curso no país. O OSS é sensível a um conjunto de variáveis econômicas e as decisões políticas, em particular, influenciam os resultados da seguridade social: a) o crescimento do PIB; b) o impacto fiscal das medidas de desoneração tributária e de incentivos ao investimento e à produção; c) a condução da política monetária; d) os recursos destinados aos programas sociais do governo; e e) o comportamento do mercado de trabalho (SALVADOR, 2014, p. 10-11)

No referido estudo são apresentadas tabelas com números de 2010 a 2013 e, em todos os anos, as receitas da seguridade social são maiores do que as despesas nas áreas previdenciária, assistencial, de saúde e dos benefícios do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT). Conforme explica Salvador (2014, p. 11), “o saldo do OSS evoluiu de R\$ 55,0 bilhões em 2010 para R\$ 78,1 bilhões em 2013, isto é, um crescimento nominal de mais de 42%, no período”. Mais, os relatórios da ANFIP

¹²⁴ “A concretização dessa conquista social passa pela efetivação do Orçamento da Seguridade Social (OSS). Para tanto, um dos princípios constitucionais estabelecidos é a diversidade das bases de financiamento, que deveriam ser constituídas por contribuições sociais exclusivas. Estas contribuições, adicionadas às receitas arrecadadas sobre a folha de pagamentos mais impostos a serem transferidos pelo Orçamento Fiscal, seriam conduzidas para um fundo público redistributivo da Seguridade Social. A Seguridade Social enfrenta dificuldades desde seu surgimento, em consequência, entre outros fatores, da não implementação de um orçamento na forma prevista na CF/88. Até 2002, as propostas de leis orçamentárias encaminhadas pelo Poder Executivo e aprovadas pelo Congresso Nacional não tratavam das despesas e das receitas da Seguridade Social de forma separada do Orçamento Fiscal. A lei orçamentária, em cada ano, incluía de forma homogênea as despesas e receitas das esferas fiscal e da Seguridade Social, em uma única peça orçamentária denominada Orçamento Fiscal e da Seguridade Social - um orçamento meramente virtual. Em 2003, ou seja, após 15 anos de existência da Constituição, o projeto e a lei orçamentária aprovados trouxeram o montante das receitas e das despesas dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social separados. Contudo, essa apresentação limitou-se a uma estrutura contábil formal de orçamento, sem qualquer controle social, pois o Conselho Nacional de Seguridade Social (CNSS) tinha sido extinto quatro anos antes. Além disto, os orçamentos aprovados após 2003 não seguem o desenho constitucional da Seguridade Social, pois não explicitam a desvinculação das receitas que ocorre por meio do mecanismo denominado de Desvinculação das Receitas da União (DRU), que é transformada em arrecadação do Orçamento Fiscal. Também as despesas não ficam limitadas àquelas previstas na Carta Magna para o conjunto de ações de responsabilidade da Seguridade Social (previdência, saúde, assistência social e seguro-desemprego)” (SALVADOR, 2014).

revelam que a seguridade social sempre foi superavitária até 2015, se fossem seguidos os procedimentos e fontes estabelecidos pela Constituição para o seu financiamento:

Inobstante esse cenário adverso, a seguridade social apresentou resultados positivos em 2015. Em um ano de uma profunda queda na economia e ainda sob o efeito de volumosas desonerações concedidas no passado, as receitas totalizaram R\$ 694,3 bilhões, superando em R\$ 6,4 bilhões as de 2014 (SILVA *et al.*, 2016, p. 26).

Conforme relatório da ANFIP, somente a partir de 2016 a seguridade social passou a apresentar resultados negativos:

Em 2019, as receitas exclusivas do Orçamento da Seguridade somaram R\$ 831 bilhões e as despesas, R\$ 927,2 bilhões. Assim, a Seguridade Social apresentou um resultado negativo de R\$ 96,2 bilhões. O acompanhamento das receitas e despesas desde 2005 permite identificar que esse resultado negativo espelha problemas econômicos vivenciados no último período, a recessão de 2015 e 2016, a letargia da recuperação a partir de 2017. A Análise da Seguridade Social sistematiza nesta publicação os dados desde 2005. Integraliza quinze exercícios de dados acumulados sob a mesma metodologia. Ao contrário do que os governos reafirmam, os resultados negativos do Orçamento da Seguridade Social são exceção, não regra (MAÇANEIRO, 2020, p. 38).

Nesse contexto, cabe o questionamento: se a seguridade social foi superavitária até 2015, por qual motivo o déficit alegado? Como o governo federal construiu seus dados?

A primeira envolve a Desvinculação de Receitas da União (DRU). O Orçamento da Seguridade Social (OSS) vem sofrendo ao longo dos anos com desvios de recursos que não são repassados integralmente pela União, pois permaneceu em vigor, desde 1994, instrumentos de desvinculação de recursos que retiravam 20% da arrecadação das contribuições sociais exclusivas da seguridade social para livre aplicação no orçamento público, em particular à formação do superávit primário. A situação ficou ainda mais grave com a promulgação da Emenda Constitucional nº 93, de 09.09.2016, que autorizou a desvinculação de órgão, fundo ou despesas, até 31.12.2023, de 30% da arrecadação da União relativa às contribuições sociais, sem prejuízo do pagamento das despesas do RGPS, às contribuições de intervenção no domínio econômico e às taxas, já instituídas ou que vierem a ser criadas até a referida data.

A Emenda Constitucional nº 103/2019¹²⁵ acabou com esse gravíssimo desvio de finalidade da arrecadação previdenciária, como forma, inclusive, de mostrar a transparência previdenciária.

A segunda operação de subtração envolve desconhecer várias receitas da Seguridade que simplesmente deixam de constar no Orçamento da Seguridade Social. Entram nesse rol recursos de receitas próprias, inclusive as resultantes de aplicação financeira dos diversos órgãos da seguridade, as compensações pela desoneração da folha de pagamentos e a parcela dos recursos do PIS/Pasep destinada a aplicações financeiras da Seguridade no BNDES. No caso do PIS, a Constituição determina que essa contribuição seja financiadora do Programa de Seguro-Desemprego, no Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT).

Estabelece, ainda, que 40% dessa arrecadação seja transferida ao BNDES para compor recursos que serão utilizados em programas de crédito às empresas voltadas para a geração de emprego e renda, uma programação que visa exatamente diminuir o desemprego. Ocorre que o governo não considera como recurso da Seguridade a parcela de 40% da Contribuição que é investido no BNDES. A CF/88 não desvincula esses recursos da Seguridade, pelo contrário, os vincula a um empréstimo ao BNDES. São recursos do FAT, que aplicados no BNDES, permanecem no patrimônio do Fundo e, por eles, recebe remunerações, porque são, de fato, de sua titularidade. Ao aportar recursos de contribuições sociais para um investimento a cargo do BNDES, realiza-se um superávit primário e, no caso concreto, trata-se de um superávit efetivado pela Seguridade, não pelo Tesouro. A utilização junto ao BNDES não desnatura a fonte desses recursos, que são provenientes da contribuição social do PIS/Pasep.

O governo também não considera a compensação integral pela desoneração da folha de pagamentos. Segundo os estudos da ANFIP e da Fundação ANFIP, uma fração dessas compensações determinadas legalmente não é repassada e corresponde à diferença entre o custo total da desoneração da folha e a compensação realizada pelo governo.

Na prática, portanto, os superávits do Orçamento da Seguridade Social sustentaram os resultados positivos do governo federal. Na média de todos esses

¹²⁵ Cf. §4º do art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988 introduzido pela Emenda Constitucional nº 103/2019.

anos, foi o resultado da seguridade o fator determinante, permitindo que os resultados positivos da seguridade social sejam transferidos para o orçamento fiscal.

Retira-se da análise:

O Orçamento da Seguridade Social apresentou resultados negativos somente a partir de 2016, foram em média de R\$ 65 bilhões. Esse foi o valor que o Tesouro contribuiu, nesse curto período de tempo, para financiar o conjunto das ações e benefícios de saúde, assistência social e de previdência social. Recursos para garantir direitos de cidadania e financiar um dos maiores programas de distribuição de renda. Em todos os outros anos, desde 2005, foram os próprios recursos da Seguridade que ajudaram a financiar o Tesouro (MAÇANEIRO, 2020, p. 40).

Importante ainda esclarecer as despesas com juros do governo federal desde 2005. Apenas em 2008 foram inferiores a R\$ 100 bilhões, e nos anos 2015 a 2019, foram, em média, de R\$ 335 bilhões (MAÇANEIRO, 2020, p. 40). O país gasta silente o quádruplo dos valores da seguridade social em juros, mas faz inúmeras críticas e quer evitar, subtraindo direitos e serviços, o uso dos recursos do orçamento fiscal na seguridade social.

Para produzir os seus números deficitários, o governo – proponente da reforma - também atuou no campo das despesas, inflando o Orçamento da Seguridade com despesas estranhas ao conceito constitucional. A principal delas é a inclusão dos regimes previdenciários próprios de servidores e de militares nas contas da seguridade social¹²⁶.

Tais dados não foram trazidos à discussão pelo proponente da reforma previdenciária¹²⁷. É dizer, as informações apresentadas acerca da realidade a transformar não são confiáveis. E, ainda mais grave, em que pese levantados – os dados – por parlamentares¹²⁸, não foram por eles discutidos, abafando-se qualquer debate democrático.

¹²⁶ Para a Análise da Seguridade Social, nem o regime previdenciário dos servidores nem o dos militares integra o Orçamento da Seguridade Social. Para a Constituição, a previdência prevista no art. 195 é a organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social.

¹²⁷ “Os governos utilizam metodologias, distintas do estabelecido na Constituição Federal, que fabricam déficit da Seguridade Social para questionar o crescimento dos gastos sociais e sua inviabilidade frente à economia e ao conjunto das receitas públicas. Se, ao contrário os números demonstrassem os sucessivos superávits da Seguridade, a sociedade entraria em luta permanente para ver esse superávit ser aplicado em mais recursos para a Saúde ou na ampliação dos direitos sociais. Em relação à previdência, ao invés de cortes em benefícios, ganhariam força os embates pela universalização da cobertura ou por maiores reajustes para os aposentados e pensionistas” (MAÇANEIRO, 2020, p. 44).

¹²⁸ Manifestações pontuais no Congresso sobre a falácia do déficit previdenciário.

Finda-se essa parte afirmando que as despesas com benefícios fazem com que uma parcela importante da arrecadação da União seja devolvida diretamente às pessoas, redistribuindo renda, importante fator redistributivo da renda no Brasil. A receita corrente líquida da União em 2018, descontadas as transferências constitucionais a estados e municípios, segundo a Secretaria do Tesouro Nacional (STN), correspondeu a 18% do PIB. O valor das transferências em benefícios da seguridade social, com 10,6%, representou 59% e, portanto, superou a metade desse montante.

3.4.2 Cultura da inadimplência fiscal previdenciária e seu fomento público

O não recolhimento tempestivo das contribuições destinadas à seguridade social compromete a operacionalização de todo o sistema, resultando um “rombo” previdenciário. Nas palavras de Magalhães (2017), “[...] a sonegação e a inadimplência equivalem a um terço do ‘déficit’ da Previdência”.

A título de exemplificação, Magalhães (2017) apresenta que o INSS

[...] deixou de arrecadar pelo menos R\$ 30,4 bilhões em 2015 devido a sonegação ou inadimplência, de acordo com estudo do Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho (Sinait). Esse valor representa pouco mais de um terço (35%) do chamado déficit da Previdência, que naquele ano foi de R\$ 85 bilhões.¹²⁹

Tais dados não foram trazidos à baila na exposição de motivos da reforma da previdência. É dizer, há omissão clara quanto a esse mecanismo de desproteção previdenciária. Serão apresentados, contudo, dados que demonstram a propositada ausência dessa informação.

De fato, em números de 2018, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) estima que as dívidas de natureza previdenciária triplicaram entre 2008 e 2018, passando de R\$ 174,9 milhões para R\$491,2 bilhões, um salto de mais de

¹²⁹ “Os valores são relativos a contribuições previdenciárias do trabalhador retidas na hora do pagamento do salário, que variam de 8% a 11% da folha salarial. A arrecadação desse tipo foi de R\$ 60,2 bilhões em 2015, mas deveria ter sido de R\$ 90,6 bilhões, segundo o cálculo dos auditores com base nos dados de empregos formais do Ministério do Trabalho e Emprego. Ou seja, 33% do que deveria ter sido pago como contribuição previdenciária do trabalhador em 2015 não chegaram aos cofres da Previdência. A chamada ‘ineficiência arrecadatória’ tem crescido ao longo dos anos. Esse percentual, que inclui dívidas e sonegação, subiu de 22% em 2012 para 33% em 2015, segundo o Sinait. Nesses quatro anos, R\$ 92 bilhões referentes a contribuições previdenciárias do trabalhador deixaram de ser arrecadados” (MAGALHÃES, 2017).

300%. Em 2019, esse valor era de R\$ 543,1 bilhões. Para piorar o cenário, a PGFN recuperou, de 2010 a 2019, apenas R\$ 45,8 bilhões (BRASIL, 2021a).

Afirma a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (BRASIL, 2021a) que nos últimos 6 (seis) anos o estoque cresceu a um ritmo médio de 11,3% ao ano, devido: a) à inscrição periódica de novos créditos previdenciários apurados pela Receita Federal do Brasil (RFB); b) à atualização monetária pela taxa SELIC; c) ao longo prazo dos parcelamentos, que pode superar 20 anos; e d) ao tempo despendido nas discussões judiciais sobre a exigibilidade dos créditos.

Cabe a reflexão de Feliciano e Castro (2018, grifo do autor):

Por tantas razões, o governo deveria se concentrar em outras alternativas muito palpáveis de recuperação do patrimônio da Seguridade Social, como, p. ex., na *otimização da arrecadação* — e, nomeadamente, em esforços concretos e estratégias inteligentes para cobrar dos milhares de sonegadores os bilhões de reais que escorrem pelos dedos da Fazenda nacional, ante a notória falta de apetite — na outra ponta das relações previdenciárias (a saber, a do custeio) — por parte de quem dá as ordens na casa. Dados do extinto Ministério do Trabalho e Previdência Social apontam que, apenas em 2015, foram perdidos nada menos que *R\$ 88,6 bilhões* entre renúncias previdenciárias, sonegações fiscais previdenciárias e a mera inadimplência nas contribuições sociais. Levantamentos do governo federal também revelavam, à altura, que, do total da dívida ativa da União, R\$ 10,2 bilhões tinham alta probabilidade de recuperação e outros R\$ 89,7 bilhões tinham chances medianas de recuperação. Por que não investir em mecanismos mais eficientes para essa recuperação, como, p. ex., políticas sérias de identificação e tratamento de grandes devedores da Previdência Social? Há poucos meses, p. ex., a CPI do Déficit da Previdência, presidida pelo Senador Paulo Paim e relatada pelo Senador Hélio José, apontava que apenas a *JBS* —aquela mesma do “*tem de manter isso, hein?*” —possuía débito acumulado de R\$ 2,4 bilhões com os cofres da Previdência, de uma dívida total de cerca de *R\$ 500 bilhões*.

Ao contrário de uma prática de austeridade e justiça tributária, o período recente (a partir de 2010) demonstra benesses aos devedores da Previdência Social e o fomento à inadimplência com a expectativa de surgimento de parcelamentos. A adesão aos parcelamentos, cada vez mais frequentes, reafirma e colabora para a inadimplência fiscal, visto que os gestores privados se apoiam nesta possibilidade para procederem com o adiamento do recolhimento dos débitos tributários.

Em pesquisa realizada, Freitas (2007) referenda sua hipótese de que as maiores empresas têm menores índices de conformidade tributária. Possuem, elas, grande volume de mão de obra e, conseqüentemente, grande volume de contribuições previdenciárias a arrecadar e, por isso, contribuem para a métrica de evasão previdenciária.

Destaca-se a reportagem de Carrança (2020), repórter da BBC News Brasil, intitulada “Brasil perde ‘uma reforma da Previdência’ por ano em impostos não pagos por milionários e empresas”:

O Brasil deixa de arrecadar por ano em impostos não pagos por multinacionais e milionários o equivalente à economia média anual esperada pelo governo com a reforma da Previdência, aponta estudo inédito divulgado na quinta-feira (19/11) pela Rede de Justiça Fiscal (Tax Justice Network). Segundo o levantamento, são US\$ 14,9 bilhões (cerca de R\$ 79 bilhões ao câmbio atual) em impostos que deixam de ser recolhidos pelo país por ano. A economia estimada pelo governo com a reforma da Previdência é de R\$ 800,3 bilhões em uma década, o que resulta em uma média anual de R\$ 80 bilhões. Esse valor faz do Brasil o quinto país do mundo que mais perde impostos devido à elisão (uso de manobras lícitas para evitar o pagamento de taxas, impostos e outros tributos) e evasão fiscal por multinacionais e pessoas ricas, atrás apenas dos Estados Unidos, Reino Unido, Alemanha e França, conforme o estudo. Em todo o mundo, são US\$ 427 bilhões (R\$ 2,3 trilhões) em impostos perdidos, sendo US\$ 245 bilhões devido à transferência legal ou ilegal de lucros de multinacionais para paraísos fiscais e US\$ 182 bilhões não pagos por milionários que escondem ativos e rendimentos não declarados no exterior (CARRANÇA, 2020).

Mais, o frequente lançamento de programas de parcelamentos¹³⁰ contribui para a prática de inadimplência. A prática do governo de parcelamentos criou uma legião de viciados em renegociações, pois tanto pessoas físicas quanto as jurídicas em débito com a Receita Federal e Previdência Social pagam somente as primeiras parcelas do parcelamento aderido e, posteriormente, abandonam os pagamentos à espera de novo perdão da dívida e de nova renegociação.

Continua a reflexão de Feliciano e Castro (2018):

[...] houve um novo REFIS – tradicional programa brasileiro de parcelamento e redução (drástica) de juros e multas (em até 99%!) –, de tal modo que, graças às mudanças incluídas na Câmara dos Deputados e aprovadas pelo Chefe do Executivo, “a projeção do governo para chegar no déficit atual de R\$ 139 bilhões será frustrada” (alerta feito, à altura, pelo Diretor da Dívida Ativa da Procuradoria da Fazenda Nacional em evento na FIESP); - editou-se uma medida provisória para o perdão das dívidas do agronegócio (gerando perdas de 10 bilhões de reais, segundo dados da própria Receita Federal); - editou-se, pouco depois, outra medida provisória para o perdão das dívidas de empresas optantes pelo SIMPLES, “beneficiando” 600 mil empresas.

Esse processo crônico do governo brasileiro sugere a certeza de novo lançamento a incentivar a inadimplência, impactando sobremaneira a previdência e, ao fim e ao cabo, o direito coletivo à prestação previdenciária.

¹³⁰ Desde 2000 com o primeiro Refis, Lei Federal nº 9.964/2000.

Conforme noticiou Fernandes (2019):

O último grande Refis, concedido pelo governo federal durante a gestão do ex-presidente Michel Temer, perdoou R\$ 47,4 bilhões em dívidas de 131 mil contribuintes, de acordo com o balanço final do programa de parcelamento de débitos tributários, obtidos pelo jornal "O Estado de S. Paulo" e o Broadcast (sistema de notícias em tempo real do Grupo Estado). O restante --R\$ 59,5 bilhões, ou pouco mais da metade da dívida original-- foi parcelado em até 175 prestações. Os parcelamentos especiais permitem que empresas refinanciem dívidas com descontos sobre juros, multas e encargos. Em troca, o governo recebe uma parcela da dívida adiantada, mas abre mão de uma parcela do que ganharia com juros e multas.

Não é de se espantar, portanto, a aprovação pelo Senado em 05.08.2021 do Projeto de Lei Complementar (PLP) 46/2021, que reabre o Programa Especial de Regularização Tributária (PERT), conhecido como Refis. A proposta garante perdão de até 90% em multas e juros e de 100% nos encargos para dívidas de empresas e pessoas físicas acumuladas até este ano (SENADO, 2021).

Ao aceitar tais refinanciamentos com perdão de dívidas milionárias e, principalmente, a omissão de tais dados na exposição de motivos à proposta de emenda constitucional à reforma da previdência, deixam dúvidas consistentes da constitucionalidade dessa proposta na elaboração normativa.

3.4.3 Insustentabilidade do RGPS em 2060 pelo elevado patamar de despesas previdenciárias

Nesse ponto, cumpre destacar novamente os itens 39 e 45 da Exposição de Motivos da PEC 6/2019, já citados na seção 3.4.1 deste trabalho. Do ponto de vista financeiro, as receitas exclusivas do RGPS estão aviltadas por inúmeras razões. Desde 2014, o crescimento do desemprego, das renúncias, da sonegação e da inadimplência afetam de forma simultânea e negativa as contribuições previdenciárias.

Vários desses fatores atuaram alternadamente, mas, desde 2015, atuaram em conjunto, em uma mesma direção, diminuindo a arrecadação. Em 2007 a seguridade social perdeu uma significativa fonte de financiamento com o fim da CPMF¹³¹. Somente da previdência social foram suprimidos R\$ 9,5 bilhões (em valores

¹³¹ Em 1999, quando a alíquota da CPMF foi ampliada para 0,38% pela EC n.º 21, ficou estabelecido que a parcela da arrecadação correspondente à majoração da alíquota em 0,10% seria destinada

de 2007), o equivalente a 7% das receitas previdenciárias daquele ano – o que correspondia ao dobro da contribuição rural. Assim, o subsistema rural perdeu dois terços de seu financiamento. Somente esses valores significariam, em 2019, cerca de R\$ 22 bilhões¹³² (MAÇANEIRO, 2020, p. 120).

Os números apresentados pelo governo federal não consideram o efeito das renúncias e de outros fatores que afetam diretamente a arrecadação do sistema, e partem do pressuposto de que as contas da previdência devem se limitar a suas contribuições específicas, desrespeitando o seu modelo tripartite de financiamento e o papel do Estado e da seguridade social na composição das receitas e na garantia dos direitos relativos à Previdência Social. De fato, entre 2005 e 2010, um período que inclui a crise de 2007-2009, o saldo negativo das despesas previdenciárias com a arrecadação previdenciária, em relação ao PIB, foi de -1,7% para -1,1%. E a capacidade de a Previdência Social pagar todos os benefícios exclusivamente com contribuições previdenciárias subiu de 74,3% para 83,2%. Mesmo com a crise, o Tesouro, através dos próprios recursos da seguridade social, nunca foi chamado a alocar a sua terça parte do financiamento (MAÇANEIRO, 2020, p. 121).

Entre 2012 e 2014, no auge da formalização do emprego, da recuperação do poder de compra do salário mínimo e de aumento dos salários, a necessidade de aportes financeiros da Seguridade ficou constante em 0,7% do PIB, isso significava que 90% dos benefícios de aposentadoria e pensões para dezenas de milhões de trabalhadores e seus dependentes era custeado com as receitas exclusivas do RGPS. Essa situação modificou diante da degradação da economia e do mercado de trabalho. O triênio 2017-2019 foi um período em que o país saiu da crise, mas não a superou, mantendo altos níveis de desemprego e informalidade. Nesse triênio, o aporte de recursos da seguridade social para a previdência, ou seja, as despesas com benefícios que ultrapassaram as receitas de contribuições previdenciárias, ficaram estáveis em 2,8% do PIB e representaram 66% do financiamento.

A diferença entre os triênios 2012-2014 e 2017-2019 foi a grande crise econômica em que o PIB perdeu quase 7%, o país perdeu 3 milhões de empregos formais, a desocupação cresceu para mais de 6 milhões de trabalhadores e a

ao custeio da Previdência Social. Como à época o subsistema urbano era superavitário, essa parcela da CPMF passou a compor o financiamento do subsistema rural.

¹³² Em 2008, para compensar as perdas da CPMF, o governo elevou as alíquotas do IOF e da CSLL das instituições financeiras, mas não houve vinculação dessas novas receitas à Previdência Social – nenhuma compensação ao RGPS foi feita.

previdência acompanhou uma queda de 1,7 milhão de contribuintes. Além disso, a renúncia fiscal e a sonegação aumentaram (MAÇANEIRO, 2020, p. 124).

Portanto, ao fazer esse prognóstico, o governo defende que não é possível promover um novo ciclo de emprego, de distribuição de renda ou de redução de desigualdades.

Nas palavras de Fagnani (2019, p. 82):

Se houvesse debate técnico qualificado, a sociedade teria chance de saber que o governo não dispõe de modelo atuarial adequado para projetar a “explosão” do “déficit” da Previdência em 2060. Como se sabe, a desconhecida bola de cristal dos extremistas do terrorismo econômico é categórica ao projetar desastre inexorável, “se nada for feito”.

[...]

No caso da Previdência Social, é muito preocupante que essa draconiana proposta de “Reforma” seja justificada por projeções catastrofistas sem base científica. Afinal, como amplamente comprovado em estudo coordenado por Denise Gentil e Claudio Puty, o governo não dispõe de modelo de projeção atuarial minimamente confiável.

Ainda que certo os efeitos negativos no emprego, nas despesas previdenciárias e sociais, e no déficit de arrecadação previdenciária em virtude da pandemia Covid-19, não há como, genericamente, prever a ausência de crescimento econômico brasileiro futuro.

De fato, insta afirmar a ausência de dados para essa projeção atuarial: não há elementos concretos e confiáveis a validar tal projeção. Questionam Puty e Gentil (2017, p. 71-72),

Que fenômenos previstos pelo governo estão influenciando tão drasticamente o resultado previdenciário além do problema demográfico de envelhecimento da população? Que pressupostos foram levados em consideração sobre as decisões de políticas macroeconômicas, afetando diretamente as receitas e despesas? Qual o cenário mundial e suas possíveis implicações sobre a economia local serviram de suporte para as previsões? O que se considerou como cenário para o mercado de trabalho e para os valores de seus parâmetros e variáveis? [...]

E, ainda, concluem:

Como apontam os manuais de Macroeconomia, tanto o PIB quanto a necessidade de financiamento da previdência pública são afetados pelo ambiente internacional, pela evolução da estrutura produtiva interna, pelas opções de política macroeconômica de cada governo eleito e pelas questões político-institucionais. A carga de fatores imprevisíveis torna vulnerável qualquer determinismo voluntarioso das projeções elaboradas pelo governo, particularmente no que diz respeito ao suposto “rombo” da Previdência e à “bomba” demográfica (PUTY; GENTIL, 2017, p. 72).

Essa afirmação lacunosa como uma das razões da emenda, sem informações técnicas transparentes e minimamente aferíveis, demonstra o desrespeito do proponente da norma com o cidadão e com seus direitos sociais. Previsões catastróficas sem dados não é previsão, senão adivinhação.

3.4.4 Desconstitucionalização das Regras Previdenciárias

Desconstitucionalizar significa retirar determinado conteúdo normativo que estava previsto na Constituição para regulamentá-lo por meio de Lei (complementar ou ordinária). Essa alteração, ou rebaixamento do conteúdo normativo de constitucional para infraconstitucional, ocorre quando há interesse em facilitar a alteração do comando legal, já que a regulamentação por lei, ainda que complementar, é muito mais simples do que por emenda à Constituição.

O governo, afirmando a necessidade de facilitar a modificação das regras previdenciárias ao longo do tempo, propõe que inúmeros temas sejam relegados à lei complementar, temas constitucionais de proteção social.

Segundo Saraiva (2019), membro da Comissão da Seguridade Social, “se alguma lei ou ato normativo se atrever a mexer nesse elenco, os mecanismos jurídicos atuais tratam de o defender; são direitos travestidos da roupagem constitucional”.

Saraiva (2019) ainda faz considerações sobre o tema e ressalta:

A desconstitucionalização seria o contrário disso. Abre espaço para que tais direitos sejam alterados sem tanta cerimônia. E, nesse tocante, a PEC 06/2019 caprichou. Cerca de 52 vezes há referência de que lei complementar possa fazê-lo. Aliás, essa é uma das características da PEC: ela viabiliza que as mudanças sejam feitas em doses homeopáticas, conforme os desígnios dos futuros governantes. E, como na área previdenciária as mudanças normalmente não são positivas, daí a preocupação. É uma espécie de janela aberta para o futuro, que autoriza mudanças drásticas sem tanta burocracia. Essa desconstitucionalização poderia, portanto, alterar as alíquotas de contribuição para o INSS, as regras de cálculo da aposentadoria, ampliar os limites de idade para aposentadoria, o aumento dos tetos sempre que ocorrer aumento na perspectiva de vida, entre outros dispositivos. Enfim, a sociedade precisa ponderar se essa confiança depositada no bom-senso e na capacidade dos políticos em mexerem a qualquer momento é o melhor para o desejo de o brasileiro alcançar a tão sonhada aposentadoria.

Dito isso, não há dúvidas de que o objetivo da reforma, desconstitucionalizando vários de seus pontos, não é apenas criar uma “Nova Previdência”, mas acolher a possibilidade de que o Estado, a cada momento que entender necessário, através de um procedimento legislativo mais fácil, célere e sem

tanto alarde social, promova a intervenção nesses direitos sociais, reduzindo-o sempre, tal qual exige o Estado (neo)liberal.

Fagnani (2019, p. 137) aponta

[...] a verdadeira “Reforma” de Bolsonaro não é a PEC n. 6/2019, pois ela apenas introduz diretrizes transitórias que terão validade até que a verdadeira “Reforma” seja feita por meio de dezenas de leis complementares de iniciativa do Poder Executivo, deixando à margem e desprestigiando o Congresso Nacional. Esse ardil justifica-se pelo fato de que essas mudanças têm aprovação mais fácil: enquanto a aprovação de uma Emenda Constitucional requer o voto favorável de 308 deputados e 49 senadores, em duas votações em cada Casa, a aprovação de uma lei complementar requer o voto de 257 deputados e 41 de senadores, em uma votação em cada Casa.

Portanto, não há dúvidas de que a destruição do pacto social de 1988 dar-se-á com essa desconstitucionalização. Na expressão cunhada por Ferrajoli: “poderes selvagens”¹³³ - forma de poder ilimitado que subjuga os poderes políticos e jurídicos.

Interessante, contudo, lembrar o aqui já afirmado: que a CCJ no Câmara de Deputados, em seu relatório, esclareceu que não há que se falar em ausência de segurança jurídica, porquanto as regras previdenciárias, se tratadas por meio de lei complementar, terão considerável grau de proteção contra alterações abruptas ou irrefletidas. Isso porque a lei complementar exige quórum qualificado de maioria absoluta para sua aprovação e votação nominal dos parlamentares, diferente das leis ordinárias que exigem apenas maioria simples e admitem votação simbólica. Além disso, matéria de lei complementar não pode ser objeto de lei delegada nem de medida provisória e não admite apreciação exclusiva pelas comissões, devendo, necessariamente, ser objeto de deliberação pelo Plenário de cada Casa. É dizer, o parlamento iniciou seu estudo abraçando o desmonte da previdência social sem qualquer oposição ou contraponto necessário numa democracia.

3.4.5 Financiamento por capitalização – Transição da Seguridade Social para o Seguro Social

A tentativa de introdução do regime de capitalização individual fez parte do debate não transparente da proposta de Emenda Constitucional. É de se lembrar que na abertura dos trabalhos na Comissão Especial da Reforma da Previdência,

¹³³ Ainda nesse capítulo a ser tratada.

Paulo Guedes foi preciso quando afirmou que “no Brasil, [a capitalização] daria certo, os juros estão na lua sempre”, isto é, “para assegurar a boa rentabilidade das contas individuais de capitalização, a política de juros altos que afoga na paralisia a economia brasileira e alimenta o desemprego e o rentismo deveria continuar”, destacam Lavinas e Bruno (2019).

Essa proposta buscou uma transformação de grande monta, dado que a seguridade social brasileira, baseada no pacto da solidariedade, transferiria ao indivíduo a responsabilidade sobre todos os riscos e inseguranças presentes ao longo de toda a sua vida laboral: proteção social baseada no contrato selado entre o indivíduo e o fundo de pensão, segundo o qual o direito é assegurado mediante o pagamento.

Estudo da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 2018, apontou que de 1981 a 2014 trinta países privatizaram total ou parcialmente seus sistemas de previdência social obrigatórios. Quatorze países são da América Latina: Chile (primeiro a privatizar em 1981), Peru (1993), Argentina e Colômbia (1994), Uruguai (1996), Estado Plurinacional da Bolívia, México e República Bolivariana da Venezuela (1997), El Salvador (1998), Nicarágua (2000), Costa Rica e Equador (2001), República Dominicana (2003) e Panamá (2008). Outros quatorze são da Europa do Leste e da antiga União Soviética e mais dois países da África. Contudo, até 2018, dezoito países fizeram a re-reforma, revertendo total ou parcialmente a privatização da sua previdência social: República Bolivariana da Venezuela (2000), Equador (2002), Nicarágua (2005), Bulgária (2007), Argentina (2008), Eslováquia (2008), Estônia, Letônia e Lituânia (2009), Estado Plurinacional da Bolívia (2009), Hungria (2010), Croácia e Macedônia (2011), Polônia (2011), Federação da Rússia (2012), Cazaquistão (2013), República Tcheca (2016) e Romênia (2017). A grande maioria dos países se afastou da privatização após a crise financeira global de 2008, quando as falhas do sistema de previdência privada tornaram-se evidentes e tiveram que ser corrigidas.

A reversão da privatização pela maioria dos países e a acumulação de evidências sobre os impactos sociais e econômicos negativos da privatização, segundo a OIT, “pode-se afirmar que o experimento da privatização fracassou” (ORTIZ *et al.*, 2018).

Ainda que tenha a privatização dos sistemas de aposentadorias e pensões sido apresentada como uma solução concreta para enfrentar o envelhecimento da

população e garantir a sustentabilidade dos sistemas de previdência¹³⁴, não produziu os resultados esperados (ORTIZ *et al.*, 2018).

Destaca-se da análise de Ortiz *et al.* (2018, p. 1-3, grifo dos autores):

a) **as taxas de cobertura estagnaram ou diminuíram**: os defensores da privatização argumentaram que as contas individuais obrigatórias teriam maior rentabilidade e melhoraria o cumprimento das obrigações e aumentaria a propensão para contribuir. Contudo, a maioria dos países registrou uma diminuição nas taxas de cobertura dos regimes contributivos. Na Argentina, as taxas de cobertura caíram mais de 20 por cento. O similar foi observado no Chile, Hungria, Cazaquistão e México [...].

b) **as prestações previdenciárias se deterioraram**: a mudança do tipo de plano de benefício definido para contribuição definida teve um sério impacto negativo na suficiência das prestações, com taxas de substituição muitas vezes abaixo dos padrões da OIT¹³⁵. Na Bolívia, as pensões privadas correspondem em média a apenas 20 por cento do salário médio durante a vida ativa do trabalhador. No Chile, a mediana das taxas de substituição futuras é de 15 por cento e apenas 3,8 por cento para os trabalhadores de baixa renda. A deterioração do nível das prestações sociais resultou em aumentos da pobreza na velhice, comprometendo o objetivo principal dos sistemas de previdência [...].

c) **a desigualdade de gênero e de renda aumentou**: a privatização quebrou o contrato social consagrado na seguridade social. Os programas de seguro social bem concebidos são redistributivos por duas razões principais: (i) por incluir uma transferência de renda dos empregadores para os trabalhadores e (ii) são destinados a redistribuir daqueles com maior renda para aqueles com menor renda ao longo da vida, e de pessoas saudáveis capazes de trabalhar para pessoas doentes, portadoras de deficiência ou incapacitadas de trabalhar, como as mulheres durante sua maternidade. Os componentes redistributivos dos sistemas de previdência social foram suprimidos com a introdução de contas individuais. As contribuições do empregador foram eliminadas. Como a aposentadoria privada é resultado de poupança pessoal, as pessoas de baixa renda ou que tiveram sua vida profissional interrompida - por exemplo por causa da maternidade e das responsabilidades familiares - obtiveram poupanças muito reduzidas e consequentemente terminaram com aposentadorias baixas, aumentando assim as desigualdades. Na Bolívia, por exemplo, a proporção de mulheres idosas que recebem uma aposentadoria caiu de 23,7 por cento em 1995 para 12,8 por cento em 2007 [...].

d) **os altos custos de transição criaram pressões fiscais enormes**: os custos de transição dos sistemas públicos baseados na solidariedade para os sistemas privados de contas individuais não foram devidamente avaliados pelas instituições financeiras internacionais; em realidade, foram seriamente subestimados em todos os países que privatizaram a previdência social, criando assim novas pressões fiscais. Na Bolívia, os custos reais de transição foram 2,5 vezes a projeção inicial. Da mesma forma, na Argentina, o custo foi inicialmente estimado em 0,2 por cento do PIB em 1994; no entanto, a estimativa foi posteriormente ajustada em 2001 e aumentou 18 vezes, para cerca de 3,6 por cento do PIB. Essa nova crise fiscal gerada foi inaceitável para muitos governos, particularmente porque as preocupações com as pressões fiscais e a sustentabilidade financeira da previdência social eram o motivo principal por trás das reformas de privatização em todos os países. A privatização tinha sido apresentada como o remédio para evitar uma "crise

¹³⁴ Tal qual a proposta de Emenda Constitucional nº 6/2019.

¹³⁵ A recomendação da OIT é de que o valor da aposentadoria seja de pelo menos 40% do salário-base de cada trabalhador após 30 anos de atividade.

da seguridade social e para assegurar um financiamento futuro mais sustentável aos sistemas de previdência social". Em geral, os custos de transição foram muito altos em todos os países, uma das principais razões pelas quais os governos reverteram a privatização das pensões e voltaram ao sistema público.

e) **custos administrativos elevados:** os custos administrativos dos fundos de previdência privados eram muito elevados e, em consequência, geraram rendimentos e aposentadorias mais baixos [...].

f) **governança frágil - captura das funções de regulação e supervisão:** a captura do regulador é a situação em que uma agência reguladora, criada para defender o interesse público, age em benefício de determinados grupos de interesse econômico do setor que devia ser objeto de regulação¹³⁶ [...].

g) **concentração no setor de seguros privados:** os proponentes da privatização da previdência argumentaram também que a privatização pudesse gerar competição entre os muitos administradores privados e, assim, melhoraria a eficiência e a prestação de serviços. Porém, a concorrência entre os fundos de pensão resultou baixa, com alguns países tendo apenas dois grandes administradores de previdência, criando-se mercados oligopolistas e, assim, eliminando-se os benefícios decorrentes da concorrência¹³⁷ [...].

j) **riscos demográficos e do mercado financeiro transferidos para os indivíduos:** os sistemas privados de contas individuais transferiram o ônus dos riscos sistêmicos para o indivíduo, deixando o trabalhador arcar com os riscos de investimento, de longevidade e de inflação. No Chile, na crise de 2008, as AFPs perderam 60 por cento de todas as prestações acumuladas entre 1982 e 2008. Na Argentina, a crise financeira doméstica de 2001-02 levou a uma diminuição de 44 por cento nos fundos de previdência privados¹³⁸ [...].

k) **diálogo social deteriorado:** a maioria das reformas estruturais foi implementada com limitado diálogo social, o que mais tarde gerou questionamentos sobre a legitimidade das reformas. Houve fortes campanhas na mídia para promover a previdência privada, muitas vezes patrocinadas por fundos de pensão privados, para diminuir a oposição pública. A desconfiança nos sistemas privados de previdência aumentou rapidamente quando as taxas de substituição caíram drasticamente e a suficiência das aposentadorias tornou-se um problema grave, incapaz de proporcionar uma proteção suficiente na idade avançada. Antes das reformas, a maioria dos fundos de previdência social tinha alguma forma de governança tripartita com representantes de trabalhadores, empregadores e governo, de acordo com as normas da OIT. A privatização acabou com essa participação social no novo sistema, embora os trabalhadores fossem os únicos contribuintes e proprietários da sua conta individual [...]. (ORTIZ *et al.*, 2018, p. 1-3, grifo dos autores).

¹³⁶ "Os laços estreitos entre os políticos e o setor financeiro, bem como a escassez de pessoal qualificado de alto nível na regulamentação dos mercados financeiros, contribuíram para a seleção de reguladores que já atuavam no setor, acomodando assim os interesses privados" (ORTIZ *et al.*, 2018).

¹³⁷ "O número de administradores chilenos de fundos privados de previdência (as chamadas AFPs) caiu de 21 em 1994 para 5 em 2008, com as três maiores empresas detendo 86 por cento dos ativos" (ORTIZ *et al.*, 2018).

¹³⁸ "O Estado precisou intervir para compensar aposentadorias que deveriam ter sido pagas pelo sistema privado. Por exemplo, em 2008, o governo chileno teve que pagar complementos de aposentadoria. No mesmo ano, 77 por cento dos pagamentos de aposentadorias foi feito pelo governo argentino, para cobrir integralmente 445.000 aposentados do pilar privado, bem como parcialmente com pagamentos adicionais a 179.000 aposentados para manter a garantia de aposentadoria mínima" (ORTIZ *et al.*, 2018).

Nesse compasso, a OIT concluiu que o baixo desempenho da previdência privada obrigatória e as lições de desproteção social, apontam pela necessidade de reforço do seguro social público, associado a regimes solidários não contributivos, para que haja sustentabilidade financeira dos sistemas de previdência e o nível de prestações garantidas, permitindo às pessoas usufruir de uma melhor vida na aposentadoria. A responsabilidade dos Estados de garantir a segurança de renda na idade avançada é melhor cumprida por meio do fortalecimento de sistemas públicos de previdência.

Com base em tais dados, Lavinhas e Bruno (2019), questionam:

[...] o governo invariavelmente apresenta déficit sem que o mercado financeiro se inquiete por isso, já que, contabilmente, corresponde aos fluxos de juros apropriados pelos bancos e pelas elites rentistas. Por que então não inverter essa lógica conceitual? Poder-se-ia tentar gerar superávits fiscais, primeiramente deduzindo os juros da arrecadação total e mantendo essa diferença positiva, não por meio de aumentos de impostos, mas mediante diminuição significativa dos pagamentos de juros. Assim haveria orçamento suficiente para o Estado entregar à sociedade os bens e serviços que lhes são de direito e estabelecidos na Carta de 1988. Tampouco haveria necessidade de uma reforma nos moldes atuais, que, na prática, acaba com a Previdência Pública e solidária. Mas isso implicaria remover a financeirização da economia brasileira e libertar o Estado das amarras que o prendem aos interesses da acumulação rentista-patrimonial. Algo que vai na direção contrária ao que faz este governo.

A solidariedade é compromisso fundamental da República Federativa do Brasil pela Constituição de 1988. A solidariedade previdenciária legitima-se na ideia de que, além de direitos e liberdades, os indivíduos também têm deveres para com a comunidade na qual estão inseridos, protegendo toda a sociedade e cada indivíduo para “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”¹³⁹ (BRASIL, 1988). Nas palavras de Russomano (1979, p. 28-29), as novas realidades sociais e econômicas engendradas pelo ser humano “deixaram claro que não seria suficiente dar a cada um o que é seu para que existisse equilíbrio. Ao contrário, [...] se tornou preciso dar a cada um o que não é seu, mas que lhe é devido pela sua simples condição humana” através de toda a sociedade.

Ainda que a Câmara dos Deputados tenha excluído o regime de capitalização obrigatório – como já tratado antes no trabalho –, foi mantida a possibilidade de os benefícios não programáveis serem cobertos pelo setor privado,

¹³⁹ Art. 3º, III, da CF/88.

através da edição de Lei Complementar (art. 201, §10, da CF)¹⁴⁰, o que revela a manutenção da tendência de presença da previdência privada em detrimento da pública¹⁴¹. Veja-se que se trata de todos os benefícios não programados, destacando a pensão por morte, o auxílio-doença (atual incapacidade temporária), a aposentadoria por invalidez (atual incapacidade permanente) e o salário-maternidade. Em 2018, cerca de 43% das despesas do RGPS estavam relacionadas aos benefícios não programados, fator preocupante no que toca à manutenção do direito social como direito originariamente previsto pelo Poder Constituinte.

Ibrahim (2019) traz importante reflexão acerca da precarização do sistema atual:

Mais do que assumir a negativa automática de modelo privado paralelo de cobertura, acredito que seja a hora de reconhecermos a precariedade do modelo vigente e sua improvável recuperação em tempo hábil. Um aparato regulatório apropriado, com fiscalização efetiva, pode atender ao desejo natural de seguradoras em atuar no segmento com o propósito constitucional da efetiva cobertura previdenciária. Caso a proposta seja aprovada, nos resta averiguar como será a respectiva regulamentação e, então, observar se os interesses de segurados e dependentes serão devidamente atendidos. Afinal, a proteção adequada e em tempo hábil é a missão de qualquer sistema previdenciário.

Aprovada a possibilidade de precarização por lei complementar está, o que já demonstra a total possibilidade de adentrar no sistema de não preservação da dignidade da pessoa humana, mediante a não concretização – como já visto em sistemas privatizados – da liberdade, igualdade, fraternidade e respectivas dimensões retratadas pelos direitos humanos fundamentais e direitos sociais, econômicos e culturais conexos. Segundo lição de Miguel Reale (2000, p. 210-211), “o homem é o valor fundamental, algo que vale por si mesmo”, e “o ser do homem é seu dever ser”, sendo certo que o mercado financeiro assim não o vê.

Findada a abordagem dos cinco pilares supra, passa-se, agora, ao enlace dessas informações com a ausência do devido procedimento na elaboração normativa dessa emenda constitucional.

¹⁴⁰ Até então essa cobertura pelo setor privado só era prevista quando o risco social fosse decorrente de acidente de trabalho (§10 com redação dada pela EC 20/1998). Só que essa cobertura seria disciplinada por lei ordinária, a qual jamais foi editada.

¹⁴¹ Como tratado no tópico anterior, desmantelamento da previdência social pela desconstitucionalidade do sistema.

3.4.6 Ausência do devido procedimento na elaboração normativa da Emenda Constitucional nº 103/2019

Como anunciado e fundamentado em Barcellos (2020, p. 165), o que já foi abordado exaustivamente no início deste capítulo, sustenta-se um direito constitucional a um devido procedimento na elaboração normativa (DPEN) da proposta de emenda que deu origem a “Nova Previdência – Emenda Constitucional nº 103/2019”, direito constitucional esse com um conteúdo mínimo. Também como já afirmado, o conteúdo mínimo, em termos gerais, exige que a proposta de qualquer ato normativo seja acompanhada de uma justificativa pública contendo razões e informações e, ainda, essa justificativa deverá apresentar: o problema que a iniciativa legislativa pretende enfrentar, os impactos esperados pela medida proposta e os custos dessa medida.

Foi apresentado acima, ainda, os cinco pilares¹⁴² reputados primordiais à reforma da previdência; que o proponente dessa emenda constitucional, ao justificá-la publicamente, utilizou-se de ausência de informações confiáveis e sustentáveis; e, com base nessas informações (e ausência delas), apresentou razões à reforma previdenciária: é dizer, partiu-se de várias premissas não verídicas como justificativa a uma reforma no âmbito social, atingindo diretamente a dignidade humana.

A noção do conceito de devido processo na elaboração normativa é de que toda ação estatal tem limites e precisa justificar-se, porque, embora o voto lhes confira uma ampla legitimidade para tomar decisões no âmbito da democracia, no caso, ao propor uma emenda à Constituição, essas decisões precisam de razões e justificativas aos destinatários: o povo. Portanto, partindo-se de premissas não verídicas, sob o enfoque de Barcellos (2020), já se está diante da ausência de um devido procedimento na elaboração normativa: as informações existentes precisam ser apontadas, de forma clara e sem distorções – confiabilidade da informação trazida pelo agente político com respeito ao cidadão.

As normas propostas pelo poder público afetam os indivíduos direta ou indiretamente, de modo que há um direito fundamental de receber justificativas acerca

¹⁴² Quais sejam: 1) ausência de dados claros e coerentes quanto ao déficit da previdência social; 2) cultura da inadimplência fiscal previdenciária e seu fomento público; 3) afirmação inverídica de insustentabilidade do RGPS em 2060 pelo elevado patamar de despesas previdenciárias; 4) desconstitucionalização das regras previdenciárias; e 5) financiamento por capitalização – transição da seguridade social para o seguro social.

das ações estatais em geral e, em particular, na elaboração normativa, sempre pautado na transparência das informações.

A opção da organização do Estado adotada pelo sistema constitucional brasileiro compreende o respeito, a proteção e a promoção dos direitos fundamentais; os princípios constitucionais republicano e democrático; os princípios do Estado de Direito e do devido processo legal; o dever constitucional de publicidade e o direito constitucional de acesso à informação. O Estado-Elaborador de normas está submetido ao Estado de Direito e ao devido processo legal. O processo de elaboração de normas, como ato do poder público, recebe a incidência das cláusulas constitucionais.

Portanto, a ausência de apresentação de razões ou apresentação de razões pautadas em informações não confiáveis apresentam consequências jurídicas no seu plano de validade – validade ou invalidade de uma proposta legislativa¹⁴³.

Importante tecer que no caso da administração pública, a doutrina administrativista tem sido bem-sucedida em exigir que atos administrativos vinculados ou discricionários sejam motivados, demonstrando sua adequação tanto à lei a que se subordinam quanto às circunstâncias que os justificam. A exigência de motivação dos atos administrativos sempre esteve relacionada à possibilidade de controle dos atos pelo Poder Judiciário. Desenvolveu-se, inclusive, a chamada “teoria dos motivos determinantes”, por força da qual o administrador, para além dos parâmetros legais, se vincula ao motivo declarado, de modo que o ato será considerado inválido ao se verificar, por exemplo, que o motivo não é verdadeiro¹⁴⁴.

De outro lado, desenvolveu-se o raciocínio equivocado de que os atos políticos – puramente políticos ou preponderantemente políticos – dos demais Poderes (Executivo e Legislativo) não precisariam ser fundamentados, já que não seriam controláveis pelo Poder Judiciário. De fato, é um equívoco, porque o principal destinatário das razões e informações a uma emenda constitucional não é o Poder Judiciário, mas a sociedade como um todo (direito difuso). Nesse sentido, todas as

¹⁴³ Nesse sentido, de certo modo, decidiu em 2010 o Tribunal Constitucional alemão (BverfGE, v. 125, p. 175 et seq.), ao invalidar legislação que alterava o código de proteção social (a chamada Lei Hartz IV), dentro outras razões, pela falta de demonstração dos critérios utilizados para o cálculo dos valores dos benefícios sociais que seriam pagos (WILLIANS, 2010, p. 141-199).

¹⁴⁴ “Teoria dos motivos determinantes, em consonância com a qual a validade do ato se vincula aos motivos indicados como seu fundamento, de tal modo que, se inexistentes ou falsos, implicam a sua nulidade. Por outras palavras, quando a Administração motiva o ato, mesmo que a lei não exija a motivação, ele só será válido se os motivos forem verdadeiros” (DI PIETRO, 2014, p. 220).

peessoas têm o direito de ter acesso à justificativa que deverá ser apresentada por quem propõe a edição de uma norma.

Nesse sentido, Barcellos (2020, p. 67-68) destaca:

De outra parte, a exigência de que os agentes públicos apresentem publicamente as razões e informações subjacentes a seus atos, conteúdo básico do devido procedimento na elaboração normativa (DPEN), decorre do sistema constitucional brasileiro, e não apenas do seu potencial de fomentar o debate democrático. Tanto os direitos fundamentais dos destinatários do ato do Poder Público quanto os princípios que estruturam o Estado brasileiro exigem a apresentação de explicações prévias para os atos estatais, na medida em que a atividade pública se exerce por delegação e demanda justificativa. Paralelamente ao ponto acerca do potencial de fomento sobre o funcionamento da democracia, portanto, trata-se de uma exigência constitucional [...].

Com efeito, conclui-se esse tópico afirmando que a apresentação de razões pautadas em informações não confiáveis a essa emenda constitucional – devidamente apontadas neste trabalho – demanda, em primeiro lugar, que se exija a apresentação da justificativa omitida e apresentada de forma incongruente, cuja função é do parlamento; em segundo lugar, não cumprida a primeira, desencadeia a inconstitucionalidade formal da norma por acaso editada (plano de validade da norma).

Ora, a função do parlamento é fomentar o debate político e conferir maior consistência e seriedade, impondo elementos para que as proposições normativas sejam refletidas, contestadas e expurgadas ou retificadas dentro do contexto em que foram inseridas. É justamente no âmbito do debate político no parlamento que se pode buscar o mais próximo do ideal de democracia nos estados modernos. De outra banda, não efetivado pelo parlamento o seu papel, competirá ao Poder Judiciário garantir o cumprimento do devido procedimento na elaboração normativa, qual seja, verificar o respeito ou o desrespeito ao conteúdo mínimo do devido procedimento na elaboração normativa e, em sendo esse o caso, declarar a inconstitucionalidade da norma editada.

Nesse passo, afirmada a ausência de justificativas verídicas e consistentes à emenda previdenciária – exposição de motivos dissociada de fatos jurídicos, ou seja, a presença de um indevido procedimento na elaboração dessa norma – inconstitucional; no tópico seguinte, tratar-se-á da ausência de deliberação democrática dessa emenda no parlamento – “fetichismo democrático”, termo cunhado por Boron (2007) para demonstrar uma maquiagem de democracia que funciona como

legitimação do próprio sistema em si.

3.5 A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 103/2019 - “NOVA PREVIDÊNCIA” E A AUSÊNCIA DE DEMOCRACIA PELO PODER CONSTITUINTE

Bobbio, Matteucci e Pasquino (1993, p. 326) definem democracia como “um método ou um conjunto de regras de procedimento para a constituição de governo e para a formação das decisões políticas, que abrangem a toda a comunidade, mais do que uma determinada ideologia”. Salientam, ainda, que essas regras determinam como se deve chegar à decisão política e não o que decidir, daí a necessidade de se fazer uma distinção entre democracia formal e democracia substantiva.

Assim, tomando por parâmetro o conceito clássico de democracia defendido por Abraham Lincoln na cerimônia de inauguração do Cemitério Militar de Gettysburg, em 1863 nos Estados Unidos, como sendo o “governo do povo, pelo povo e para o povo”, depreende-se que a “democracia formal seria caracterizada pelos comportamentos universais, com alternâncias de concepções no poder” (BRILHANTE, 2017, p. 31), diferentemente da democracia substantiva que faz referência principalmente à ideia de justiça social, para além dos direitos civis e políticos, estendendo a influência do cidadão à formulação e implementação das políticas públicas e à definição das prioridades do orçamento público, dando concretude também aos direitos materiais, especialmente os sociais, econômicos e culturais.

Não há dúvidas da impossibilidade de uma definição padronizada e absoluta de democracia¹⁴⁵. Ao longo da história, inúmeras experiências políticas concretas foram qualificadas como democráticas. Aliás, algumas delas foram reputadas, em seu tempo, como democráticas, mas não poderiam atualmente merecer tal qualificação em face da evolução da civilização¹⁴⁶.

Experiências concretas forneceram comprovação de que nenhuma democracia pode se configurar a partir da preponderância ilimitada da vontade da maioria. Aliás, atribuir a largos extratos da população o poder de decisão sobre

¹⁴⁵ Democracia é um conceito cada vez mais difícil de enunciar e não é objetivo desse estudo dissertar sobre ela.

¹⁴⁶ O exemplo mais evidente é a democracia ateniense do séc. V a.C., que excluía a participação das mulheres e dos estrangeiros e comportava a existência de escravos.

questões fundamentais tende à destruição da democracia. O interesse da maioria não pode conduzir à destruição de valores fundamentais ou de certos direitos e garantias reconhecidos em prol da totalidade dos cidadãos¹⁴⁷.

Para existir democracia, portanto, é indispensável que certas funções sejam ocupadas por sujeitos escolhidos pela vontade popular, tal como é necessário que as decisões concretas reflitam o interesse dos componentes da organização sociopolítica. No entanto, a democracia exige que as minorias tenham seus interesses assegurados e que os valores fundamentais sejam realizados mesmo contra a vontade da maioria ou de extratos significativos da população. Reconhece-se, então, que todo e qualquer sistema que aspire à democracia comporta um conjunto de princípios e regras destinados tanto a assegurar a participação popular na formação da vontade política quanto propicie limites a essa participação.

É possível lembrar famoso precedente da Corte Europeia dos Direitos Humanos (caso Young, James e Webster, decidido em 13 de agosto de 1981), no sentido de que:

Se bem que seja necessário subordinar os interesses dos indivíduos àqueles de um grupo, a democracia não se restringe à supremacia constante da opinião de uma maioria; ela impõe um equilíbrio que assegure às minorias um tratamento justo e que evite todo abuso de uma posição dominante (WACHSMANN, 2000, p. 63).

O presente tópico tem como objetivo refletir aspectos do constitucionalismo relacionados à democratização por meio da esfera constitucional. Com efeito, com a constitucionalização das democracias no século XX, a democracia tornou-se fundamento de legitimação popular de um Estado, bem como de limitação do exercício da política e norma jurídica orientadora de todas as suas ações e finalidades públicas, sendo, dessa maneira, considerada indispensável para a construção e consolidação de direitos e, também, para a formulação e execução de políticas públicas. Assim, o exercício da democracia passou a atrelar-se à efetividade da constituição (entendida como os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito).

Não será aprofundado as teorias do poder constituinte, já que não é o foco

¹⁴⁷ Como afirma Konrad Hesse (1998, p. 118), "[...] a democracia direta, que mais se aproxima do autogoverno do povo, é domínio de homens sobre outros homens, e precisamente, da maioria sobre a minoria; mesmo no caso de unanimidade, ela ainda é domínio daqueles que participaram na votação, sobre os não-votantes, e a afirmação da identidade de governantes com governados é nada mais que uma identificação entre domínio da maioria e domínio do povo".

do presente trabalho, contudo, não se pode deixar de afirmar que o poder constituinte na sua modalidade democrática é bloqueado por instrumentos formais: interesses oligárquicos e econômicos que operam mudanças substanciais no constitucionalismo, sobrepondo-se aos clássicos fundamentos democráticos da soberania popular concreta.

Luigi Ferrajoli (2014) cunhou a expressão poderes selvagens para indicar formas de poder incontroláveis e ilimitadas e que, por isso, podem subjugar os poderes político e jurídico e a ordem do Estado de Direito. Em seu livro “Poderes Selvagens: a crise da democracia italiana”, busca demonstrar como que por trás de uma democracia formal acoberta-se uma deformação nas instituições representativas, as quais geram a aniquilação da dimensão política e representativa da democracia.

Em sua obra, afirma Ferrajoli (2014, p. 31) que existe uma ruptura entre a normatividade e a efetividade da democracia constitucional, tendo como resultado o desenvolvimento de uma crise de inefetividade das garantias: o processo de desconstitucionalização decorrente de violações da carta constitucional na Itália originou o que o autor denomina de “dupla crise destrutiva, do alto e do baixo”, sendo esta de nível social e cultural e aquela em nível político e institucional, ambas manifestando as separações entre as esferas ou níveis de poder – entre Estado e Povo, entre público e privado, entre forças políticas e instituições políticas.

Não há dúvidas de que a confusão entre os poderes políticos públicos e poderes econômicos privados é gerada pela aliança e conflito de interesses entre ambos, vez que o dinheiro é utilizado para fazer política e informação, informação para fazer dinheiro e política, e política para fazer dinheiro e informação (FERRAJOLI, 2014, p. 36), fomentando a desregulação financeira e a perda da soberania dos Estados,

[...] que se manifesta nas múltiplas formas de corrupção, na ação dos lobbies, nos inúmeros conflitos de interesse e na relação sempre mais estreita entre política e dinheiro: dinheiro para financiar campanhas eleitorais e para manter as burocracias de partidos políticos; política e dinheiro para obter o acesso, o favor, ou pior, o controle da mídia. Todos estes fatores de distorção da esfera pública e do próprio mercado, além de comprometer o orçamento público (FERRAJOLI, 2015, p. 152).

A interferência do poder econômico nas decisões políticas provoca um interminável ciclo vicioso, ocasionando uma usurpação de competências. Não se fala mais na degeneração da esfera pública comprada e subordinada aos interesses

econômicos privados, todavia destes sempre distinta e separada (FERRAJOLI, 2014, p. 37), mas sim à explícita e institucionalizada confusão entre os interesses públicos e privados. Isto eclode na ausência de limites e vínculos do mercado que se caracteriza como um poder global, gerando a fragilização do papel normativo do Estado de Direito, a subordinação das funções políticas de governo à economia e a consequente dependência da política à economia.

O cerne desta confusão de poderes é constituído pelos conflitos de interesse gerados pela estreita aliança entre poderes políticos públicos e poderes econômicos privados e pela substancial subordinação dos primeiros aos segundos (FERRAJOLI, 2014, p. 36).

Para Ferrajoli (2015, p. 148-149), há uma forte despotencialização da política em relação aos mercados financeiros, vez em que está se desenvolvendo um processo de potencialização de desconstitucionalização dos ordenamentos que se manifesta no progressivo desmantelamento do Estado Social, redução dos serviços sociais e das garantias de educação e saúde. Esta impotência da política no tocante à economia corresponde a uma inovada onipotência da política em relação às pessoas e em prejuízo aos seus direitos constitucionais. Não há mais o governo público e político da economia, mas o “governo privado e econômico da política”.

O “governo privado e econômico da política” se fez presente na proposta de emenda constitucional do governo federal à reforma da previdência¹⁴⁸ e, mormente, na ausência de discussão democrática dessa emenda no parlamento: mudanças substanciais em direitos sociais – retirada de direitos sociais sem discussão e introdução do mercado financeiro no sistema.

Maestro Buelga (*apud* BERCOVICI, 2013, p. 299), afirma:

A análise da constituição econômica do “novo constitucionalismo latino-americano” não pode ser feita sem se partir da comparação com o modelo original do constitucionalismo econômico do Estado Social. As novas constituições latino-americanas adotam mecanismos gestados no constitucionalismo social, como os direitos sociais, os serviços públicos, o planejamento, as relações formais entre Estado e mercado, mas transcendem ao modelo de construção do Estado Social europeu tradicional, pois estão inseridas em uma realidade social e econômica muito mais complexa.

No entanto, ainda que presentes tais bloqueios democráticos (constituição

¹⁴⁸ Ainda que não tratado dessa forma no presente trabalho.

econômica subjugando a social¹⁴⁹), levando a uma aparente democracia, ao fetichismo democrático de Boron (2007), “para demonstrar como o capitalismo trabalha uma maquiagem de democracia que funciona como legitimação do próprio sistema capitalista” (GOMES, 2015, p. 4); formalmente a Constituição Federal estrutura um devido processo para a alteração do texto constitucional, cuja observância é obrigatória, sob pena de nulidade das normas constitucionais produzidas.

A natureza legislativa e o caráter devido do processo que regulamenta o exercício da atividade constituinte derivada decorrem da natureza da atividade desenvolvida, produção de normas gerais, abstratas, obrigatórias e inovadoras do texto constitucional, enquanto o caráter constituinte dessa atividade decorre da natureza da função estatal desempenhada, a função constituinte. É nesse sentido que a Constituição Federal afirma, em seu artigo 59, inciso I, que o processo legislativo compreende a elaboração de emendas à Constituição. Apesar das funções legislativa e constituinte não se confundirem, ambas são atribuídas ao mesmo órgão, o Congresso Nacional, e seu exercício requer a observância de um devido processo normativo, instituído pela Constituição Federal segundo um modelo processual único de observância obrigatória.

Destarte, o processo constituinte, enquanto processo de natureza legislativa, não deve ser reduzido à noção de um único ato jurídico (a emenda constitucional), nem deve ser tomado como mera formalidade, mero procedimento, porquanto a legitimidade da atividade constituinte, no contexto de um regime democrático, se dá através da plena discussão e participação dos representantes legitimamente eleitos na produção legislativa (pelo poder constituído).

A Constituição brasileira de 1988, ao estruturar o processo legislativo, o fez com base na adoção irrestrita do princípio do contraditório, o que se verifica nas disposições atinentes à participação dos parlamentares nas Comissões Parlamentares de modo proporcional à representação do Plenário (§1º. do art. 58), no direito dos parlamentares de apresentarem emendas a todo e qualquer projeto de lei em tramitação, no direito à deliberação e voto, entre outras hipóteses. O contraditório é peça necessária no processo legislativo. Compreende-se, pois, que o poder de legislar, a exemplo do poder de aplicar a lei, exige do legislador questionamento das

¹⁴⁹ Não será nesse trabalho aprofundado (crise do constitucionalismo democrático e da democracia).

razões e informações trazidas pelo proponente de uma norma à sua internalização.

A propósito, afirma Eduardo Couture (1978, p. 51) ao discorrer sobre o devido processo legal:

La garantía de debido proceso consiste, en último término, en no ser privado de la vida, libertad o propiedad sin la garantía que supone la tramitación de un proceso desenvuelto en la forma que establece la ley y de una ley dotada de todas las garantías del proceso parlamentario¹⁵⁰.

Agregando ao explanado em todo este capítulo, era dever dos parlamentares, durante a tramitação dessa emenda previdenciária, debater todos os pontos trazidos pelo proponente da emenda (discussão em torno das razões apresentadas, debate sobre as informações e conexão entre os dois elementos). A deliberação devidamente efetivada é um mecanismo capaz de conferir legitimidade à democracia. Mais, só há democracia e não processo desdemocratizante quando há norma elaborada amplamente discutida pelas instâncias majoritárias no espaço público.

Dito isso, resta evidente que o parlamento não fez o seu papel de agente promotor da democracia, porquanto referida emenda, tal qual muitas outras no Brasil, foi aprovada sem discussão de todos os pontos nebulosos, inclusive sem dar qualquer relevância aos estudiosos do direito previdenciário, como membros da sociedade civil, trazidos ao parlamento para discutir o tema, em completa maquiagem de democracia deliberativa¹⁵¹.

Houve, em verdade, um acordo do parlamento (Poder Legislativo) com o Poder Executivo para modificação da estrutura social previdenciária brasileira sem questionamentos das informações apresentadas, das medidas propostas e dos direitos subtraídos. Mais, as poucas emendas efetuadas foram, de forma antiisonômica, para amparo a alguns nichos oligárquicos e deliberação de recursos públicos.

A ausência de um devido procedimento na elaboração normativa, aqui notadamente informações e razões coerentes à modificação da norma, sem exigência

¹⁵⁰ “A garantia do devido processo consiste, em último caso, em não ser privado da vida, liberdade ou propriedade sem a garantia que supõe a tramitação de um processo desenvolvido da forma que estabelece a lei e de uma lei dotada de todas as garantias do processo parlamentar” (COUTURE, 1978, p. 51, tradução nossa).

¹⁵¹ Termo criado por Jürgen Habermas, constituindo-se como um modelo de deliberação democrática que incorpora a participação da sociedade civil na regulação da vida coletiva.

de esclarecimento pelo parlamento – sua função no âmbito do debate político democrático –, levam à ilegitimidade constitucional da opção legislativa antes mesmo de eventual exame de sua inconsistência do ponto de vista substantivo (do mérito intrínseco da decisão do legislador democraticamente legitimado).

Sarlet e Souza Neto (2020), tratando da EC nº 103/2019, assentaram que:

O processo deliberativo, no Parlamento, deve se apoiar em informações consistentes. Quanto a esse aspecto, a Emenda Constitucional n. 95 veiculou inovação importante: os projetos de lei que criam despesas obrigatórias ou instituem renúncia de receita devem ser acompanhados de estudo de impacto orçamentário e financeiro (ADCT, art. 113). Em decorrência dos princípios republicano (artigo 1º, *caput*, da Constituição de 1988) e do pluralismo político (artigo 1º, IV), exigências equivalentes de consistência deixem de ser impostas à deliberação sobre outras matérias. Em especial, decisões dotadas de maior complexidade e impacto social não podem ser tomadas sem que se garanta a “confiabilidade das premissas empíricas”, ao que alude Robert Alexy, no contexto da explicitação dos elementos essenciais ao teste de proporcionalidade.

O dever de apresentar justificativas na elaboração normativa não é um favor ou uma gentileza do proponente da norma, nem apenas uma conveniência política da qual a autoridade que edita a norma – Poder Legislativo – possa abrir mão. É uma exigência constitucional de natureza procedimental que corresponde a um direito fundamental das pessoas e de cada cidadão individualmente, em um Estado que se afirma democrático. Os agentes públicos exercem poder político por delegação do povo e, ao disporem de competência para propor e aprovar normas (exercício do poder político delegado, portanto), não podem, simplesmente, dispor do direito ao devido procedimento na elaboração normativa, porquanto não lhes pertence.

Não custa lembrar que o DPEN torna obrigatória a prestação de contas que dá conteúdo à justificativa que deve acompanhar as propostas normativas. E seu objetivo é justamente permitir que a população controle o exercício do poder político por esses seus agentes delegados (BARCELLOS, 2020, p. 201).

Os que exercem o poder devem se justificar e prestar contas perante todos. Esse dever costuma ser também designado como *accountability*. Como lembram Gutmann e Thompson (1996, p. 129) “o princípio deliberativo da *accountability* requer que os representantes façam mais que tentar ganhar eleições e respeitar direitos constitucionais. Em uma democracia deliberativa os representantes devem justificar suas ações em termos morais”.

Apontam Sarlet e Souza Neto (2020), ainda, que no direito estrangeiro, a consistência deliberativa tem sido exigida pela Corte Constitucional da Colômbia que possui uma série de decisões que estabelecem o “dever de deliberação mínima”. Em razão desse princípio, a corte exige respeito ao que chama de “princípio da consecutividade”, de acordo com o qual cada iniciativa de lei deve vir precedida de debates para se converter em lei.

A sentença C-277, de 2011, da Corte Constitucional da Colômbia, magistrado proponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, de 12.04.2011, deixa claro a opção daquela corte pela proteção à deliberação do parlamento à aprovação de qualquer emenda constitucional:

[...] **PRINCIPIO DE CONSECUTIVIDAD EN TRAMITE LEGISLATIVO-**
Concepto/PRINCIPIO DE CONSECUTIVIDAD EN TRAMITE LEGISLATIVO-
Requisitos.

Si bien el principio de consecutividad debe entenderse como (i) la obligación de que tanto las comisiones como las plenarias deben estudiar y debatir todos los temas que ante ellas hayan sido propuestos durante el trámite legislativo; (ii) que no se posponga para una etapa posterior el debate de un determinado asunto planteado en comisión o en plenaria; y (iii) que la totalidad del articulado propuesto para primer o segundo debate, al igual que las proposiciones que lo modifiquen o adicionen, deben discutirse, debatirse, aprobarse o improbarse al interior de la instancia legislativa en la que son sometidas a consideración, por lo que para que la Corte pueda entrar a realizar un examen de constitucionalidad por este concepto se requiere que la demanda cumpla las siguientes condiciones: 1. Que identifique de manera precisa los contenidos normativos que se consideran nuevos y 2. Que se exprese, así sea de manera sucinta, respecto de cada uno de ellos, o de cada grupo de contenidos, las razones por las cuales se considere que los mismos corresponden a asuntos nuevos, que no guarden relación de conexidad con lo discutido con anterioridad, correspondiéndole al demandante indicar, como requisito sustantivo de la demanda, por qué esa modificación, por qué esa novedad –claramente identificada en la demanda– es violatoria del principio de consecutividad y va en contravía de la potestad general de modificación de los proyectos que tienen las cámaras¹⁵² (COLOMBIA, 2011).

¹⁵² “Princípio da Consecutividade no Processamento Legislativo-Concepto/Princípio da Consecutividade no Processamento Legislativo-Requisitos. Ainda que o princípio da consecutividade deva ser entendido como (i) a obrigação de que tanto as comissões quanto as comissões plenárias estudem e debatam todas as questões que lhes foram propostas durante o processo legislativo; (ii) que o debate sobre determinada matéria suscitada em comissão ou em plenário não seja adiado para posterior; e (iii) que a totalidade dos artigos propostos para o primeiro ou segundo debate, bem como as propostas que os modificam ou acrescentam, devem ser discutidos, debatidos, aprovados ou rejeitados no órgão legislativo em que são submetidos à consideração, por Para que o Tribunal possa proceder ao exame da constitucionalidade deste conceito, a reclamação deve reunir as seguintes condições: 1. Que identifique com precisão os conteúdos normativos considerados novos e 2. Que se exprima, tal como é sucintamente, relativamente a cada um deles, ou a cada conjunto de conteúdos, os motivos pelos quais se considera que correspondem a matérias novas, que não se relacionam com o que foi anteriormente

Finda-se esse capítulo afirmando que o caráter procedimental de uma emenda constitucional, num Estado Democrático de Direito, não pode ser reduzido a qualquer forma de procedimento sob a justificativa de que, no final, é o povo quem decide (através de seus representantes). Reduzir a um mero formalismo o caráter procedimental e democrático através do qual se dá a produção do direito é reduzir a legitimidade à legalidade, afrontando os princípios básicos que estruturam o Estado brasileiro – como os princípios republicano, democrático, do Estado de Direito e a garantia do devido processo legal. Os titulares desse direito não são os demais agentes políticos apenas, mas a sociedade. Especificamente no que toca à reforma em análise, os verdadeiros titulares do direito aviltado são os cidadãos em seu direito social previdenciário, porque em que pese um direito coletivo (assim entendido nesse trabalho), é um direito individual fundamental material de subsistência.

Nesse contexto, não tendo o Executivo e o Legislativo efetivado seu papel democrático, há inconstitucionalidade formal da norma editada sem observância do devido procedimento na elaboração normativa, cuja consequência natural para o desrespeito ao procedimento constitucionalmente estabelecido é sua declaração pelo Poder Judiciário, mas não na dimensão de “última palavra” do Judiciário (MENDES, 2008).

E, assim, no próximo e derradeiro capítulo, perpassando pela judicialização da previdência social como direito individual e seu fomento nos últimos anos, visualizar-se-á os efeitos materiais da Emenda Constitucional nº 103/2019 nos requisitos à concessão de benefícios previdenciários programáveis e não-programáveis do RGPS (alterações a tornar mais rigorosos os requisitos à concessão de benefícios, diminuição nos valores das prestações - cálculo de benefício e sua cumulação -, inexistência de uma regra segura de transição), inclusive com exemplos judiciais concretos dos efeitos dessa emenda ao cidadão segurado (exemplos retirados junto à 3ª Vara Federal de Criciúma, período de março/2021 a maio/2021) e decisões judiciais sobre o tema (inconstitucionalidade material da emenda). Por fim, como forma de garantir o Direito Social à Previdência Social, buscar-se-á, no lugar de justificar a revisão judicial dessa emenda com base na necessidade de proteção de

discutido, cabendo ao autor a indicação, como requisito substantivo de a alegação, por que essa modificação, por que essa novidade - claramente identificada na reivindicação - viola o princípio da contra a segurança e vai contra o poder geral de modificar os projetos que as câmaras possuem” (COLOMBIA, 2011, tradução nossa).

direitos fundamentais (seja em caráter de ação individual ou ação constitucional), afirmar a necessidade de interlocução institucional entre os Poderes Judiciário e o Legislativo, fomentando a discussão argumentativa da emenda previdenciária dentro do STF através das audiências públicas e manifestação de *experts*.

E, conferida a legitimidade democrática não efetivada pelo parlamento, declarar a inconstitucionalidade formal da emenda, devolvendo ao parlamento a discussão reformadora, agora já com informações coerentes e um mínimo de maturação, ainda que realizado pelo Judiciário, como interlocutor institucional ao enriquecimento da democracia (MENDES, 2008).

4 CONTROLE CONSTITUCIONAL DA EMENDA CONSTITUCIONAL 103/2019: DIREITO COLETIVO E REFORMA DEMOCRÁTICA

No primeiro capítulo foi tratado acerca do Estado Social e do Estado Democrático de Direito como concretizadores dos direitos sociais por meio de políticas públicas através da participação do cidadão. Foram abordados os direitos fundamentais e o direito à previdência social enquanto direito fundamental positivado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, evolução histórica, sua fundamentalidade, dimensão prestacional, coletiva, a reserva do possível e as medidas restritivas de direitos sociais, com excursão pelo princípio da vedação do retrocesso social.

No segundo capítulo, partiu-se do marco teórico do Direito Fundamental ao Devido Procedimento na Elaboração Normativa (DFPEN). Analisou-se a exposição de motivos da proposta à emenda constitucional – PEC nº 06/2019 - à luz do DPEN e a tramitação daquela no Congresso Nacional. Concluiu-se pela ausência de um devido procedimento na elaboração da emenda constitucional em análise, porquanto as razões apresentadas pelo proponente da emenda foram pautadas em informações não confiáveis e não sustentáveis devidamente apontadas no capítulo, as quais também não foram alvo de questionamentos pelo Congresso Nacional, demonstrando, assim, a total ausência de democracia, já que qualquer debate minimamente efetivado apontaria as incongruências. Afirmou-se, ao final do capítulo, não tendo o Executivo e o Legislativo efetivado seu papel democrático, a inconstitucionalidade formal da norma editada sem observância do devido procedimento na elaboração normativa como consequência natural para o desrespeito ao procedimento constitucionalmente estabelecido a ser declarada pelo Poder Judiciário.

No terceiro e derradeiro capítulo, como forma de garantir o Direito Social à Previdência Social, buscar-se-á, no lugar de justificar a revisão judicial dessa emenda com base na necessidade de proteção de direitos fundamentais (seja em caráter de ação individual ou ação constitucional), a necessária discussão argumentativa da emenda previdenciária dentro do STF através das audiências públicas e manifestação de *experts*. Assim, conferida a legitimidade democrática não efetivada pelo parlamento – levantamento de todos os pontos não debatidos, devolver-se-á ao parlamento a discussão reformadora, agora já com informações coerentes e um

mínimo de maturação, ainda que realizado pelo Judiciário, como interlocutor institucional ao enriquecimento da democracia.

Antes, porém, no início desse capítulo, apresentar-se-á a Judicialização da Previdência Social como direito individual e seu fomento nos últimos anos, visualizando os efeitos da Emenda Constitucional nº 103/2019 nos requisitos à concessão de benefícios previdenciários programáveis e não-programáveis do RGPS, inclusive com exemplos judiciais concretos dos efeitos dessa emenda ao cidadão segurado (exemplos retirados junto à 3ª Vara Federal de Criciúma, período de março/2021 a maio/2021), bem como a já manifestação do Judiciário quanto à constitucionalidade da emenda, desnaturando o direito coletivo: análise do direito social previdenciário como direito individual, colocando em risco os próprios efeitos almejados com a reforma previdenciária.

4.1 A JUDICIALIZAÇÃO: FENÔMENO COMPLEXO E MULTIFATORIAL

O processo de expansão global do Poder Judiciário culminou com a progressiva ampliação do espectro de sua atuação, mediante a possibilidade de os órgãos jurisdicionais exercerem controle de constitucionalidade sobre a legislação e sobre a própria política. Nesse contexto, “O fortalecimento do Poder Judiciário e sua crescente interferência na esfera política é um fenômeno comum a todas as sociedades contemporâneas” (LEITE, 2014, p. 178).

A primeira onda dessa tendência ocorreu nos Estados Unidos no final do Século XVIII (BRANDÃO, 2013, p. 176) e, segundo dados reunidos por Tom Ginsburg (2008, p. 81) no estudo *The Global Spread of Constitutional Review*, dos 191 sistemas constitucionais existentes no mundo em 2008, 158 previam alguma forma de controle de constitucionalidade. Isso não quer dizer que em todos eles houve desencadeamento de processo de judicialização, como ocorreu no Brasil.

Ran Hirschl (2004) se refere a esse protagonismo jurisdicional como juristocracia, aduzindo que nas últimas décadas o mundo testemunhou um veloz processo de transição, em que a reforma constitucional transferiu uma quantidade de poder sem precedentes das instituições representativas para o Poder Judiciário. O professor da Universidade de Toronto adiciona que hoje há pouquíssimas

controvérsias morais, políticas ou de políticas públicas que, mais cedo ou mais tarde, não se tornarão objeto de embate na via judicial¹⁵³.

Chester Neal Tate (1995), no texto *The Global Expansion of Judicial Power*, relaciona as seguintes condições como facilitadoras da expansão global do Poder Judiciário: (a) a operação de um sistema político-democrático; (b) a existência de um ordenamento institucional baseado na separação de Poderes; (c) a existência de uma Carta de direitos; (d) o uso dos tribunais por grupos de interesse; (e) o uso dos tribunais pela oposição; (f) a inefetividade das instituições majoritárias em impedir o envolvimento de instituições judiciais em certas disputas políticas; (g) percepções negativas acerca das instituições majoritárias e legitimação de instituições judiciais; e (h) algum grau de delegação de poderes de decisão das instituições majoritárias em favor de instituições judiciais.

Para Carvalho (2004, p. 120-121), mapeando-se as condições brasileiras, é possível afirmar que todos os fenômenos estão presentes, “[...] embora, algumas condições, apesar de formalmente estabelecidas, não se tenham mostrado realidades factíveis”.

Quanto à judicialização em si, não há dúvidas de que se trata de um fenômeno complexo, multifatorial e se manifesta por diferentes formas e em variados contextos. Barroso (2012, p. 3-5), relacionando como causas de judicialização a redemocratização do país, a constitucionalização abrangente e o sistema de controle de constitucionalidade. Define a judicialização nos seguintes termos:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro (BARROSO, 2012, p. 3).

Além dos três fatores citados por Barroso (2012), Leal e Alves (2015, p. 64-65) elencam, ainda, como causa da judicialização brasileira, a recorrente ineficiência dos Poderes Executivo e Legislativo na implementação da vasta gama de direitos sociais

¹⁵³ “There is now hardly any moral, political, or public policy controversy in the new constitutionalism world that does not sooner or later become a judicial one” (HIRSCHL, 2004).

previstos na Constituição Federal de 1988. Segundo os autores, essa omissão estatal, somada à disponibilidade de “meios processuais democraticamente conferidos”, contribui para o crescimento do fenômeno da judicialização. Assim, “de nada adiantaria caso o cidadão dispusesse de direitos, mas não houvesse um meio eficaz de concretizá-los e guardá-los” (LEAL; ALVES, 2015, p. 65).

Podemos afirmar, portanto, em síntese, que a judicialização¹⁵⁴ consiste no fenômeno relacionado à expansão global do Poder Judiciário, em que uma variada gama de pretensões e conflitos normalmente decididos na via administrativa ou extrajudicial são levados à apreciação da Justiça. No Brasil, esse processo associa-se intrinsecamente à Constituição Federal de 1988, que reforçou a noção de cidadania, fundamentalizou diversos direitos – inclusive de índole social –, consolidou a independência do Poder Judiciário, do Ministério Público e estabeleceu variados mecanismos para que os cidadãos pudessem questionar judicialmente os atos dos Poderes Executivos e Legislativo.

Passa-se, agora, a delimitar a judicialização da política.

4.1.1 Judicialização da política

A judicialização da política diz respeito à aproximação entre direito e política, não apenas em decorrência da intervenção do Poder Judiciário na esfera de atuação dos demais Poderes, mas por uma questão de vinculação à Constituição Federal: devido à transformação estrutural da ordem jurídica, a atuação jurisdicional em questões políticas não é uma faculdade, mas uma imposição legal e constitucional. Com efeito, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais produz uma noção de dever de proteção estatal, reduzindo os espaços e a margem de discricionariedade do poder público na conformação das políticas públicas, mercê da existência de parâmetros jurídicos - ainda que de efetividade limitada - fixados na Carta Constitucional. Destarte, o Poder Judiciário, quando provocado, deve, obrigatoriamente, assegurar a observância a tais parâmetros.

¹⁵⁴ Difere-se do ativismo judicial, o qual se refere à espécie de resposta adotada pelo Judiciário no enfrentamento da judicialização, representando um tipo de decisão na qual a vontade do julgador substitui o debate político (BARROSO, 2008, p. 6). Esclarece-se, aqui, que não iremos classificar a judicialização da previdência social como simples judicialização ou ativismo judicial, porquanto o foco desse trabalho é afirmar a necessidade do debate político e de opção política, não judicial – muito menos como direito individual.

Nas palavras de Leal e Alves (2014, p. 6):

A instituição de catálogos de direitos fundamentais nas Constituições contemporâneas, os quais se fazem acompanhados de instrumentos de proteção (a exemplo das ações constitucionais) e o próprio desenvolvimento do Estado voltado à concretização da cidadania (com uma atuação ativa e aparelhamento de instituições como o Ministério Público e a Defensoria Pública) fazem com que o cidadão bata à porta do Poder Judiciário em busca de proteção/concretização de seus direitos fundamentais.

A judicialização da política teve sua gênese nos EUA com o paradigmático caso *Marbury x Madison*¹⁵⁵, quando o Poder Judiciário passou a exercer um papel de destaque na vida política e social, por meio do controle de constitucionalidade das leis. Todavia, a despeito do caráter paradigmático daquela decisão, importante ressaltar que o processo de judicialização da política se deu de forma lenta no período posterior, tanto que foi apenas a partir do Século XX que a corte constitucional norte-americana passou a atuar de forma mais relevante na efetivação dos direitos fundamentais. Tal qual a experiência norte-americana, a Europa e o Brasil, com a constitucionalização dos direitos, o reconhecimento da eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais e a ampliação dos instrumentos de controle de constitucionalidade (*judicial review*), o Judiciário se colocou ao nível dos demais Poderes em uma das tarefas mais importantes do sistema político: o processo decisório relacionado à produção normativa. Nos países em que não há controle jurisdicional de constitucionalidade, o Poder Judiciário não participa da dimensão normativa do Estado, limitando-se a atuar na solução de conflitos, de forma técnica (CALAZANS, 2016).

Leal e Alves (2014, p. 8-9) explicam a judicialização da política pública em quadro abordagens (a) funcionalista, (b) centrada em direitos, (c) institucionalista e (d) centrada nos tribunais. Na abordagem funcionalista, a judicialização da política é produzida pela divisão do governo em diferentes níveis, inclusive a separação de poderes e a forma federalista. Nessa dinâmica, da descentralização governamental exsurge a atuação do Poder Judiciário como um terceiro imparcial na resolução das controvérsias entre os Poderes ou entre os entes federados. Segundo a abordagem

¹⁵⁵ Célebre julgado de 1803, *leading case* do *judicial review*, de relatoria de John Marshall, em que a Corte Suprema dos Estados Unidos afastou a aplicação de lei federal que lhe outorgava competência originária para analisar *writ of mandamus* contra atos de autoridades federais. Entendeu-se que a legislação infraconstitucional não poderia ampliar o rol de competências previamente estabelecido na constituição federal americana (CALAZANS, 2016).

centrada nos direitos, a judicialização da política ocorre de baixo para cima, relacionando-se à conscientização de que os direitos dos cidadãos devem prevalecer e são imponíveis ao poder político. Aqui o Poder Judiciário passa a ocupar espaços que não ocupava porque os indivíduos passam a confiar mais na resposta jurisdicional do que na barganha política. A abordagem institucionalista, por sua vez, reporta-se a submissão à norma jurídica, cuja aplicação deverá ser garantida por um tribunal superior, dotado de alguma forma de poder de *judicial review*. O regime democrático, a existência de separação de poderes e a possibilidade de *judicial review* favorecem, nessa abordagem, a judicialização da política. Por fim, na abordagem centrada nos tribunais, a judicialização da política decorre da própria postura dos magistrados: chamam para si o poder de decisão em temas morais e políticos, deixando, inclusive, de observar a separação de poderes. Em assim agindo, o fenômeno da judicialização da política torna-se uma espécie de “bola de neve”, no sentido de “quanto mais, mais” (HIRSCHL, 2012, p. 33).

Leal e Alves (2014, p. 9) ainda destacam uma quinta abordagem, por eles denominada (f) abordagem centrada nos Poderes Públicos. É o que Hirschl (2012, p. 33-34) convencionou chamar de judicialização de cima para baixo: o próprio Poder Legislativo transfere ao Judiciário o enfrentamento de questões de alta relevância e controvérsia política, a fim de evitar o respectivo desgaste político¹⁵⁶.

Sob estas diferentes abordagens, os autores afirmam que é possível identificar três faces da judicialização da política: “associada ao crescente poder dos tribunais e das instituições judiciais, à crescente capacidade dos tribunais para limitar instituições legislativas e à crescente proeminência de escândalos envolvendo as instâncias políticas” (LEAL; ALVES, 2014, p. 9). Analisando as duas primeiras faces, importantes a esse trabalho, temos que com a crescente complexidade das sociedades, o Poder Judiciário passa a atuar como responsável pela manutenção da harmonia ou coesão social e, ainda, passa à criação de políticas públicas, o que pode ocorrer tanto por meio de decisões judiciais concretizadoras de direitos fundamentais, quanto pela resolução judicial de conflitos no âmbito dos órgãos do Estado, pertinentes, por exemplo, à separação dos poderes ou à relação entre entes federados.

¹⁵⁶ Como exemplo, citamos as uniões homoafetivas, na qual o Congresso Nacional se esquivou de decidir, acabando a decisão pelo Supremo Tribunal Federal: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132.

Há autores que criticam a judicialização da política, classificando-a como incompatível com a democracia. Nesse sentido, Tonelli (2016, p. 7) reconhece a existência de uma “[...] tensão entre democracia e Estado de Direito, ou seja, entre o poder político (democracia) e o direito (constituição, direitos fundamentais)”. Para a autora, a expansão global do Poder Judiciário resulta na “invasão da política pelo direito” e na “politização do judiciário, que ameaça a democracia e o próprio Estado de Direito” (TONELLI, 2016, p. 7-8).

Em suma, pode-se dizer que a judicialização da política consiste em o Poder Judiciário fiscalizar, rever e implementar, com base nas regras constitucionais, as decisões tomadas ou não tomadas pelos Poderes Executivo e Legislativo¹⁵⁷. Leite (2014, p. 180) define esse fenômeno como o “processo sócio-político por meio do qual o poder constituinte e parlamentar amplia a área de atuação dos tribunais, juridicizando setores da vida política, social e econômica que antes não estavam sujeitos a ação judicial”.

A seguir, tratar-se-á da judicialização do direito, a qual, diferentemente desta, trabalha na concepção de decisões do Poder Judiciário como fonte de direito: um direito cada vez mais jurisprudencial (*judge made law*) em detrimento do direito “[...] tradicional, legislado, oriundo das esferas políticas” (LEAL; ALVES, 2014, p. 9).

4.1.2 Judicialização do direito

A judicialização do direito, ou jurisprudencialização, pode ser definida como o estabelecimento das decisões do Poder Judiciário enquanto fonte de direito. Trata-se do direito do caso concreto e da interpretação, que reforça o espaço de atuação do Poder Judiciário e posiciona a jurisprudência como fonte normativa - status da própria legislação: diversas espécies de provimentos jurisdicionais não irradiam efeitos somente perante as partes do processo, mas em face de toda a sociedade.

Leal e Alves (2014, p. 11) aduzem que a judicialização do direito:

[...] trata-se da transposição de decisões estratégicas para o rumo social – aborto, pesquisas genéticas, uniões homoafetivas, etc. – dos Poderes

¹⁵⁷ Adota-se, nesse trabalho, como afirmado no capítulo anterior e se verá no decorrer desse capítulo, o entendimento de que a judicialização da política não é incompatível com o princípio democrático. Contudo, não o Poder Judiciário como protagonista político e na condição de legislador, mas na sua atuação jurisdicional como garantidor de uma atuação democrática dos outros Poderes, notadamente a esse estudo, na elaboração normativa e opção constitucional do Estado-Legislador.

políticos para o Poder Judiciário, fazendo com que o Direito seja, cada vez mais, um “Direito Judicial”, ou seja, cunhado na seara jurisdicional, e não na esfera deliberativa, como deveria, originariamente, ser.

Com a Segunda Guerra, os ideais positivistas (de mera subsunção à lei) que vigoraram durante muito tempo nos sistemas jurídicos que sofreram influência da revolução francesa – *civil law*¹⁵⁸, passaram à conferência de maior “poder” ao Judiciário, atribuída à incapacidade do Poder Legislativo cumprir seu papel (LEAL; ALVES, 2014, p. 11).

Leal e Alves (2014, p. 12) destacam como causas da judicialização do direito a supremacia dos direitos fundamentais - entende-se que estes constituem elementos centrais da ordem jurídica, transmutando-se em princípios que demandam concretização e determinação do seu conteúdo no caso concreto, mesmo nas hipóteses em que a legislação ordinária sobre eles se omite; a constitucionalização do direito - decorre da ampliação das matérias passíveis de controle de constitucionalidade, o que resulta em aumento do número de questões que submetem à jurisdição constitucional; e fatores culturais e jurídicos inerentes à contemporaneidade - os primeiros, decorrentes do maior nível de conscientização da população sobre seus direitos e das expectativas quanto à possível solução jurisdicional. Os segundos, relacionados à ampliação dos meios de acesso à justiça, bem como dos mecanismos para o estabelecimento das decisões judiciais como fonte de direito.

A criação jurisprudencial (esta nova forma de produção do direito) tem impacto significativo nos mais distintos campos da vida social, uma vez que não diz respeito estritamente às partes envolvidas, mas a toda a sociedade. Significa dizer que outros cidadãos interessados, se não ouvidos hoje, serão em um futuro próximo atendidos em suas demandas, sempre num viés individual, em que pese, quando trabalhamos direitos sociais, um direito coletivo¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Na *civil law* francesa, após a Revolução de 1789, aos magistrados cabia apenas aplicar estritamente a legislação, formando a figura do juiz silogista. Nos países da *common law*, como os EUA, por outro lado, adotou-se o sistema de freios e contrapesos, conferindo-se ao Judiciário maior autonomia para fiscalizar a atuação dos demais Poderes (KREBS, 2015, p. 142-145).

¹⁵⁹ A judicialização do direito mais falada e verificada é pertinente ao direito à saúde, já que versa, muitas vezes, sobre o fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis na lista do SUS em detrimento de todo o sistema de saúde (coletivo). “Só se avalia a perspectiva coletiva, mas tem que ter critérios de priorização. A política de saúde é feita no interesse coletivo. No processo judicial, é individual. Nesse aspecto, os juízes avaliam apenas a questão individualizada sobre o pedido do

O direito previdenciário é pródigo no fenômeno da judicialização do direito individual/coletivo¹⁶⁰, ultrapassando a vontade do legislador previdenciário a fim de garantir a observância aos princípios constitucionais da isonomia e da dignidade da pessoa humana, sem, contudo, fazer qualquer análise de sustentabilidade do sistema previdenciário – impacto de suas decisões no orçamento previdenciário – obrigação do legislador (art. 195, §5º, da CF).

Ainda que alguns autores afirmem o potencial democrático e sensível da judicialização ante os anseios e necessidades da população (LEAL; ALVES, 2014, p. 13), há interferência política do Judiciário em políticas públicas. Savaris (2019, p. 1176) classifica essa judicialização como judicialização de políticas públicas de segundo nível, porquanto não “[...] se discute a política pública abrangentemente considerada, mas aspecto pontual de sua implementação que consubstancia errônea interpretação administrativa de fatos ou normas [...]”.

Assim, verificados os fundamentos jurídicos e políticos da judicialização, suas causas, conceituação e subdivisões, passar-se-á ao estudo específico da judicialização da previdência social.

4.2 A JUDICIALIZAÇÃO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL: VISÃO INDIVIDUAL

A Constituição Federal de 1988 instituiu um projeto de Estado Social e Democrático de Direito, fundamentalizou os direitos sociais e determinou que o direito à previdência social fosse implementado. Esses avanços, contudo, redundaram no fenômeno da judicialização, pois a discrepância entre a estrutura normativa do direito fundamental à previdência social e a sua concretização no plano fático gera

medicamento. Há um descompasso nesse sentido, da tutela individual e da tutela coletiva” (SCHULZE *apud* PEDROZO, 2019).

¹⁶⁰ Destaco, aqui, Recurso Especial nº 1.720.805/RJ, submetido à sistemática de recursos repetitivos (Tema 982 do Superior Tribunal de Justiça), versou sobre a extensão do acréscimo de 25% da aposentadoria por invalidez – devido a pessoas que necessitam de cuidados permanentes de terceiros – para os demais benefícios previdenciários. A intenção do legislador foi restringir o acréscimo apenas aos titulares de aposentadoria por invalidez, como consta expressamente do artigo 45 da Lei nº 8213/91. O Superior Tribunal de Justiça, contudo, entendeu que não deveria prevalecer a vontade do legislador, pois a situação de vulnerabilidade e a necessidade de auxílio permanente podem ocorrer com qualquer segurado do INSS. O STF, analisando o tema em Recurso Extraordinário 1.221.446 (Tema 1095, julgado em agosto/2021), ainda que tenha assentado a impossibilidade de concessão e extensão do “auxílio-acompanhante” para todas as espécies de aposentadoria por ausência de previsão legal, modulou os efeitos da tese para preservar o direito das decisões já transitadas em julgado (ausência de ação rescisória) e a irrepetibilidade dos valores recebidos a título de decisão judicial até a proclamação do julgado (valores alimentares recebidos de boa-fé) (BRASIL, 2021b).

insatisfação na população, cujas expectativas foram criadas a partir das promessas da Carta Constitucional. Importante notar, como já referido, que o sistema constitucional não prevê apenas uma vasta gama de direitos fundamentais, mas também estabelece diversas ferramentas jurídicas para que a população os exija na via judicial em caso de omissão do poder público. A judicialização das políticas públicas em previdência social é um fenômeno relacionado aos elementos anteriormente abordados.

Com efeito, a judicialização da previdência acompanha um movimento também presente em outros casos de judicialização de políticas públicas, que é a contestação de evidências técnicas, médicas, e dos princípios de proteção social perante cortes diante de processos administrativos frágeis e pouco responsivos a novos entendimentos jurisprudenciais. Esse movimento de desacordo envolve atores da gestão administrativa e do sistema de justiça dentro e fora do conflito individual e marcam as diferentes interpretações e respostas ao fenômeno. Some-se a isso o progressivo processo de expansão do Poder Judiciário, que, desde a ampliação de seu espectro de atuação¹⁶¹, passou a intervir em políticas públicas, confrontando, em tal mister, os Poderes Legislativo e Executivo.

Nessa toada, passaremos à análise da magnitude dessa judicialização previdenciária como direito individual pré Emenda Constitucional nº 103/2019 para, ao seguir, apontarmos elementos de judicialização pela emenda constitucional – notadamente pela sua subtração de direitos.

4.2.1 “Hiperjudicialização” previdenciária

Decisões administrativas na área de previdência social são objeto frequente de demandas judiciais. A magnitude dessa judicialização é grande o suficiente para afetar não só a política previdenciária, mas o funcionamento do próprio Judiciário, visto que se trata de um dos tipos de demanda que mais congestiona as cortes brasileiras. Da revisão do valor de benefícios previdenciários à rediscussão de critérios de inclusão em benefícios focalizados, a previdência é o tema mais

¹⁶¹ No âmbito da Justiça Federal e do direito previdenciário, tem relevo a criação dos Juizados Especiais Federais pela Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, no qual os profissionais do direito viram a possibilidade de satisfação de direitos sociais previdenciários de forma célere e sem custos, com reflexos no estudo do direito previdenciário e, destarte, sua judicialização (BRASIL, 2001).

judicializado em varas e tribunais federais (CNJ, 2021), representando em 2016 mais de 50% do volume de casos novos ajuizados em âmbito federal (57,9% do total de casos novos ou 2.224.760 ações judiciais classificadas como de direito previdenciário), além de presente no âmbito da justiça estadual sob competência delegada. O tema ocupa também centralidade entre as matérias analisadas pelas duas cortes superiores, STF e STJ.

O Tribunal de Contas da União em acórdão publicado em 2018 concluiu que ações judiciais que envolvem os benefícios previdenciários regulados pela Lei de Benefícios da Previdência Social (Lei n. 8.213 de 24 de julho de 1991) custaram aos cofres públicos da União 92 bilhões de reais. A cifra representou mais de 15% da despesa total com benefícios previdenciários daquele ano. Constatou-se, ainda, que havia 3,8 milhões de benefícios judiciais na folha de pagamento da autarquia, o que representou 11,1% do total de 34,3 milhões de benefícios previdenciários implantados pelo INSS em 2017.

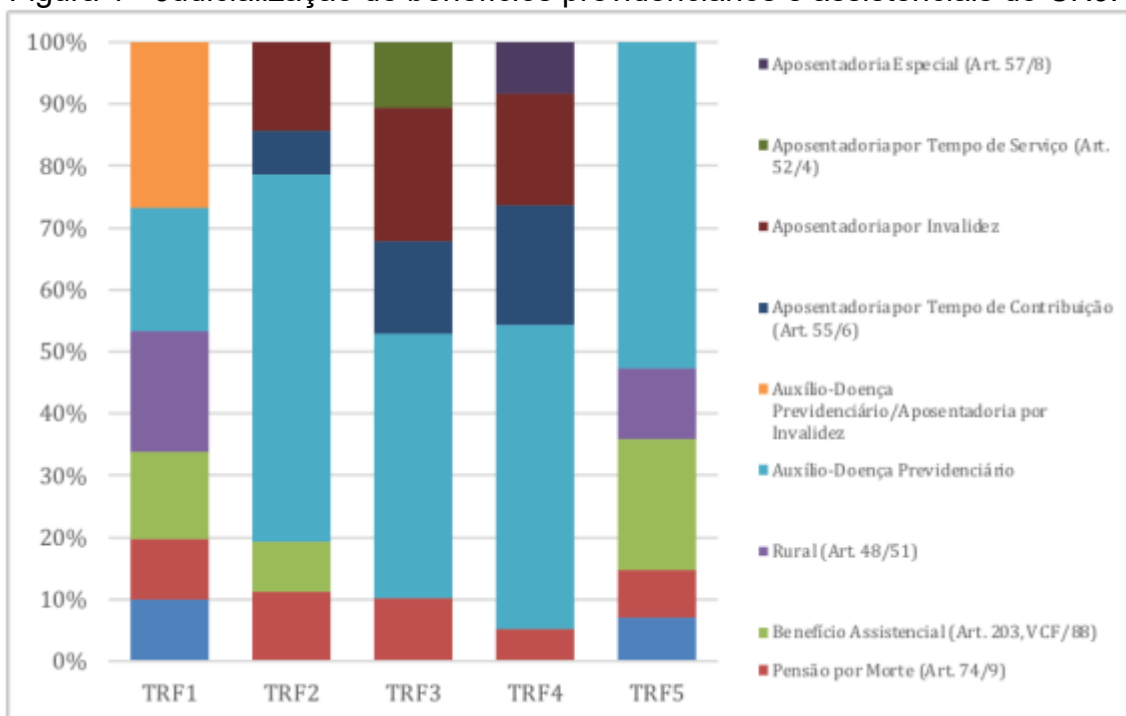
Segundo os dados do CNJ (2020b, p. 93), que compilou dados até final de 2019, o Poder Judiciário brasileiro finalizou o ano de 2019 com 77,1 milhões de processos em tramitação que aguardavam alguma solução definitiva. Em média, a cada grupo de 100.000 habitantes, 12.211 ingressaram com uma ação judicial no ano de 2019 (CNJ, 2020b, p. 99). Tal quantitativo manteve-se em 2021, ano-base 2020 (CNJ, 2021). Outro levantamento realizado pelo CNJ e compilado em 2020, apontou um número crescente de ações relacionadas ao direito previdenciário: no período de 2015 a 2018 houve um acréscimo considerável de demanda – na ordem de 52%, passando de 1.364.081 em 2014 para 1.740.047 em 2018 (CNJ, 2020a). Em matéria previdenciária, a cada grupo de 100.000 habitantes, ano de 2018, 1.486 ingressaram com uma ação judicial. Destaca-se a região Sul do Brasil, com 3.481 ações por 100.000 habitantes em 2018, acréscimo de 551,66% em comparação a 2015 (INSPER, 2020, p. 66).

Asseverando-se a necessidade de prévio requerimento administrativo a comprovar o interesse de agir a uma ação previdenciária (necessidade de uma decisão administrativa previdenciária à judicialização) – RE n. 631.240¹⁶² em sede de Repercussão Geral, Tema 350 do STF, não há dúvidas de múltiplos fatores à

¹⁶² Destaca-se que o Ministro Luís Roberto Barroso inseriu em um tópico específico (“Considerações Práticas”) o problema da elevada judicialização de demandas previdenciárias no país, inclusive (BRASIL, 2014).

judicialização (BRASIL, 2014). E, antes de passar aos fatores, importante apontar os temas previdenciários de judicialização, conforme tabela abaixo retirada do Relatório da Judicialização de Benefícios Previdenciários e Assistenciais do Instituto de Ensino e Pesquisa de 2020, dados dos Tribunais Regionais Federais:

Figura 1 - Judicialização de benefícios previdenciários e assistenciais do CNJ.



Fonte: INSPER (2020, p. 67).

Verificamos do gráfico o grande volume de benefícios por incapacidade – cerca da metade da judicialização, mas também das demais matérias previdenciárias. E, nessa toada, compartilhamos do estudo de Savaris (2019, p. 1176) quanto aos motivos de judicialização da proteção social. Três são as linhas argumentativas, não autoexcludentes: (i) a efetiva existência de fatos não reconhecidos pela administração pública e que implicam o cumprimento dos requisitos legais; (ii) a ilegalidade de exigência administrativa amparada em ato normativo infralegal que extrapolaria o poder regulamentar, por veicular condições ou requisitos não previstos em lei no sentido formal e material; e (iii) a inconstitucionalidade de critério ou elemento constitutivo do critério de elegibilidade estabelecido em lei, por incompatibilidade formal ou material com norma constitucional.

Nas palavras de Savaris (2019, p. 1176):

Nessas três modalidades argumentativas de demanda judicial de proteção social, não se discute a política pública abrangentemente considerada, mas aspecto pontual de sua implementação que consubstancia errônea interpretação administrativa de fatos ou normas, nos dois primeiros casos, ou inconstitucionalidade do critério adotado pelo legislador, no caso derradeiro.

Portanto, em linhas gerais, não há omissão imputável aos poderes públicos quanto à formulação ou implementação de políticas públicas previdenciárias, o que se tem é a violação de direito por não cumprimento das regras pela administração: seja porque avaliou mal os fatos, seja porque editou norma mais restritiva que extrapola a lei, seja porque se amparou em norma legal que é incompatível com a Constituição ou, ainda, em norma inconstitucional, por isso chamado pelo autor de segundo nível de judicialização de políticas públicas, na qual “[...] busca-se predominantemente assegurar a fiel realização de política pública já definida por lei e que já corresponde a medidas concretas, porque plenamente regulamentados os direitos sociais” (SAVARIS, 2019, p. 1176).

E, ainda que o grau de intervenção judicial nas políticas públicas aqui seja mínimo, materializado em casos concretos como resposta a um ato administrativo, já que o judiciário trabalha com (i) flexibilização de requisito legal, mediante adoção de diretrizes hermenêuticas que têm como comum ponto de partida a dissociação ontológica entre texto e norma ou (ii) o afastamento de critério de elegibilidade pela via do controle difuso de constitucionalidade, há intervenção em política pública.

Savaris (2019, p. 1177) entende diversamente,

antes de uma intervenção nas escolhas políticas, o que se tem nesses casos predominantemente é a interpretação das normas jurídicas que integram as políticas públicas e que concretizam os direitos fundamentais. Trata-se, com efeito, de interpretação do conjunto normativo e de sua aplicação, à luz de diretrizes hermenêuticas dos direitos fundamentais e das exigências metodológicas de constituição equitativa da norma para o caso concreto, o que implica ajustamento das normas, gerais e abstratas, às particularidades do problema jurídico em concreto. Desde que a violação a direito social ocorre mediante descumprimento administrativo das normas de seguridade social em desfavor de sujeito determinado, a judicialização se expressará, via de regra, por ações estritamente individuais que, em essência, buscam o afastamento de ato concreto dos Poderes Públicos responsáveis pela execução das políticas públicas.

Contudo, ainda que não tratemos como intervenção nas escolhas políticas, mas apenas na interpretação das normas jurídicas de políticas públicas e que concretizam os direitos sociais fundamentais, há criação ou majoração de benefícios previdenciários individualmente e reflexos no custeio, na sustentabilidade do sistema.

E, quando falamos em sustentabilidade do sistema, o ideal do princípio da universalidade de cobertura e de atendimento, tão peculiar no nosso sistema de Seguridade Social, inscrito na Constituição da República (artigo 194, inciso I), funda-se em diretrizes gerais e os meios necessários para sua consecução. O financiamento desse modelo de proteção social passou a ser regido pelo princípio da diversidade da base de financiamento (CF/88, artigo 194, inciso VI) – ou princípio da universalidade do custeio (CF/88, artigo 195, *caput*). Para assegurar a cobertura social de modo sustentável – garantindo a satisfação das necessidades sociais da presente geração e das futuras¹⁶³ – somente é alcançável se a política pública de Seguridade Social for desenvolvida com olhos voltados ao princípio da precedência do custeio¹⁶⁴, segundo o qual “nenhum benefício ou serviço da Seguridade Social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total” (BRASIL, 1988).

Destinado a coibir o legislador ordinário de instituir desordenadamente novos benefícios de modo a afetar a estrutura do sistema previdenciário, o princípio da precedência do custeio passou a integrar o artigo 103 da Consolidação das Leis da Previdência Social - CLPS, aprovada pelo Decreto nº 77.077/76, e o artigo 94 da Consolidação das Leis da Previdência Social - CLPS, aprovada pelo Decreto nº 89.312/84 (MARTINEZ, 2001, p. 147).

O reconhecimento da importância do princípio da precedência do custeio para a sustentabilidade econômica do sistema de proteção social conduziu-o à constitucionalização por meio da Emenda Constitucional nº 11/65, que acrescentou o parágrafo segundo ao artigo 157 da Constituição de 1946.

Com efeito, esse princípio objetiva prevenir riscos capazes de afetar o equilíbrio das contas do sistema de Seguridade Social. Daí a razão de condicionar-se a legitimidade da (geração de despesas mediante) criação, majoração ou extensão de benefícios ou serviços à demonstração da origem dos recursos para seu custeio (ou à preexistência da respectiva fonte de custeio total).

O princípio da precedência do custeio foi reproduzido pela Lei de Responsabilidade Fiscal como lógica da imprescindibilidade prévia do financiamento para todos os atos (lei, medida provisória ou ato administrativo normativo) que criarem ou aumentarem despesa pública obrigatória de caráter continuado a ser executada

¹⁶³ Objetivo de todas as reformas previdenciárias havidas.

¹⁶⁴ Não só, já que o fim da Seguridade Social é a primazia da proteção social.

por qualquer ente da Federação (Lei Complementar nº 101/2000, art. 17, *caput* e parágrafo primeiro).

Portanto, os princípios da primazia da proteção social (CF/88, artigo 194, §4º) e da precedência do custeio (CF/88, artigo 194, §5º) são diretrizes de políticas públicas de Seguridade Social.

No que tange aos destinatários dessa norma jurídica, não há dúvidas de que são os agentes responsáveis pela formulação e implementação de políticas públicas e não o juiz responsável pela aplicação do direito.

Contudo, sob a égide da Constituição da República de 1988 nasceu no âmbito da Procuradoria Federal a tese segundo a qual o princípio da precedência do custeio não se destina apenas ao legislador, mas igualmente ao juiz aplicador da norma previdenciária, de modo que não seria legítimo o reconhecimento judicial de direitos que não estejam textualmente previstos na legislação previdenciária (SAVARIS, 2011, p. 292).

O STF abarcou essa tese em 1992 ao suspender a execução de sentença previdenciária do reajuste dos 147%¹⁶⁵, quando do julgamento das Suspensões de Segurança 471-9/DF e 472-7/DF, oportunidade em que foi realçada, na ementa do acórdão, a possibilidade de desestabilização das finanças da Previdência Social, em detrimento de todos os trabalhadores ativos e inativos, do presente e do futuro¹⁶⁶.

Contudo, o entendimento posterior prevalente no Supremo Tribunal Federal foi no sentido de que a condicionante financeira tem como destinatário exclusivo o legislador¹⁶⁷. Porém, o princípio da precedência do custeio também aplicável às decisões judiciais culminou por ser novamente acolhida pelo STF quando do julgamento do Recurso Extraordinário 415.454/SC (BRASIL, 2007c), que, desconsiderando sua própria jurisprudência sobre o tema, entendeu que o princípio da precedência do custeio não se aplica apenas ao legislador ordinário, mas

¹⁶⁵ Mérito da causa dizia respeito à inteligência do disposto nos artigos 58 e 59 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, que determinavam a equivalência salarial dos benefícios mantidos pela Previdência Social ao tempo da promulgação da Constituição até quando da efetiva implementação dos novos Planos de Custeio e de Benefícios da Previdência Social.

¹⁶⁶ Supremo Tribunal Federal, Plenário, Suspensão de Segurança (Agravo Regimental) nº 471-9, Relator: Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, Julgado em: 13/04/1992 (processo físico).

¹⁶⁷ “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se, de modo unânime e uniforme, no sentido da auto-aplicabilidade das normas inscritas no art. 201, §§ 5º e 6º, da Constituição da República. A exigência inscrita no art. 195, § 5º, da Carta Política traduz comando que tem, por destinatário exclusivo, o próprio legislador ordinário, no que se refere à criação, majoração ou extensão de outros benefícios ou serviços da Seguridade Social” (Agravo de Instrumento nº 151.106-1, Agravo Regimental) (BRASIL, 1993).

igualmente ao juiz, na aplicação do direito previdenciário. Da mesma forma, em recente julgado desse ano 2021 – RE 1.221.446/RJ, afirmando que “somente lei pode criar ou ampliar benefícios e vantagens previdenciárias” (BRASIL, 2021b).

Nessa toada, toda decisão judicial que reconheça direito previdenciário fora do que está textualmente previsto pela legislação previdenciária e não indique uma fonte de custeio para fazer frente a essa nova despesa previdenciária poderia (porque se sabe que a admissibilidade de recursos extraordinários em matéria previdenciária não ocorre de forma linear) chegar ao STF - princípio da precedência do custeio em sua versão ampliada.

De qualquer sorte, essas decisões do STF não restringem a atuação jurisdicional de concessão ou de revisão de um benefício previdenciário na perspectiva de efetivação dos direitos fundamentais sociais, porquanto, se assim o fosse, implicaria a recusa da justiciabilidade dos direitos sociais, mesmos daqueles que conformam o mínimo existencial e consubstanciam a afirmação da dignidade humana, valor fonte de nossa ordem constitucional. Com efeito, a ausência de fonte específica para a proteção social determinada judicialmente retira

[...] a possibilidade de pessoas que se consideram vítimas de violações a esses direitos ajuizarem demandas perante uma autoridade imparcial e requererem remédios legais ou reparação adequados em face de uma violação ou ameaça de violação a esses direitos (COURTIS, 2008, p. 487).

E a jurisprudência previdenciária caminha na tarefa de aperfeiçoamento do sistema de proteção social, na superação do formalismo positivista, com a problemática da interpretação da norma – dialética entre intencionalidade normativa e realidade do caso concreto. Para Neves (2003, p. 185), essa dialética “se traduz verdadeiramente a interpretação como momento daquela realização e em que as prescrições veem afinal constituída a sua significação e o seu sentido juridicamente decisivos”.

Não faltam exemplos a nos servir com o norte de atuação jurisdicional no âmbito previdenciário pré emenda constitucional, a demonstrar que assim se seguirá pós emenda que deu vida à “Nova Previdência”.

4.2.1.1 Aposentadoria especial: amplitude judicial do que são agentes nocivos

A aposentadoria especial é benefício previdenciário criado na década de 1960 com o intuito de salvaguardar a saúde e a vida do trabalhador que laborar em meio ambiente de trabalho desequilibrado - proteção ao trabalhador de atividades penosas, perigosas e insalubres – nomenclatura do direito do trabalho.

Com a Constituição Federal de 1988, a redação original do artigo 202, II, garantiu a aposentação com contagem de tempo inferior à aposentadoria comum para os sujeitos a trabalho sob condições especiais, aqui esclarecidos como aqueles que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidas em lei – *status* constitucional à aposentadoria especial. Buscou-se, constitucionalmente, com essa definição, a diferenciação com o direito do trabalho (agentes perigosos, penosos e insalubres), em que pese a ligação umbilical de ambos.

Foi a Lei nº 8.213/91, que, em seus artigos 57 e 58, trouxe a definição da aposentadoria especial, determinando que a lista dos agentes nocivos continuaria regida pelos Decretos n. 53.831/64 e n. 83.080/79 (ausência de lei específica afirmada no art. 58), lista essa que somente foi alterada pelo Decreto n. 2.172, de 5.3.1997, trazendo uma nova lista de agentes nocivos em seu Anexo IV. E, por fim, o Decreto n. 3.048, de 06.05.1999, revogou o Decreto n. 2.172/97 e trouxe nova lista de agentes nocivos no seu Anexo IV, estando em vigor até os dias atuais.

Partindo-se da premissa de que a regra não diz tudo, muito antes da própria Constituição Federal de 1988, o extinto Tribunal Federal de Recursos, em 1985, chegou a sumular¹⁶⁸ entendimento de que o rol de agentes nocivos à atividade especial não era taxativo, ampliando os agentes nocivos regulamentares, “[...] fazendo explodir o quadrado supostamente inflexível que havia sido marcado pela legislação previdenciária, e aproximando a especial proteção às diversas situações de vida que escapavam pelos dedos da pretensamente onipotente mão legislativa” (SAVARIS, 2011, p. 305).

¹⁶⁸ Súmula 198/TFR – DJ 02/12/1985 - Seguridade social. Aposentadoria especial. Atividade insalubre, perigosa ou penosa. Constatação por perícia judicial. “Atendidos os demais requisitos, é devida a aposentadoria especial, se perícia judicial constata que a atividade exercida pelo segurado é perigosa, insalubre ou penosa, mesmo não inscrita em Regulamento” (WEBER, 2013).

E com a modificação constitucional não foi diferente, tanto que tal decisão pré-constituição é até hoje citada pelos tribunais pátrios¹⁶⁹. Vale afirmar que a interpretação dada é que o art. 57 da Lei 8.213/1991 assegura expressamente o direito à aposentadoria especial ao segurado que exerça sua atividade em condições que coloquem em risco a sua saúde ou a sua integridade física, em harmonia com o texto dos arts. 201, § 1o. e 202, II da Constituição Federal, sem qualquer limitação infralegal dos agentes nocivos. E, destarte, há ampliação, sobremaneira, pelo Judiciário, dos agentes nocivos à aposentação especial, sem qualquer contrapartida financeira (financiamento da aposentadoria especial¹⁷⁰), porquanto só reconhecida judicialmente.

Importante ponderar que apesar de conceitos e objetivos diversos de proteção (aposentadoria especial e condições de trabalho insalubre e perigoso), a legislação previdenciária se vale da legislação trabalhista para afirmar a especialidade, ainda que essa também seja regulamentada por normas infralegais. Como exemplos, trazemos o Tema 1031 do STJ¹⁷¹, afirmando a possibilidade de atividade especial de vigilante (BRASIL, 2020a); decisão em REsp 1.306.113/SC, que fixou a orientação de que a despeito da supressão do agente nocivo eletricidade pelo Decreto 2.172/1997, é possível o reconhecimento da especialidade da atividade submetida a tal agente perigoso (BRASIL, 2012); além de todos os demais agentes perigosos previstos na legislação trabalhista e suas respectivas normas regulamentadoras (art. 193 da CLT) (BRASIL, 1943).

Ao cabo desse tópico, importante trazer decisão criadora de direito no âmbito previdenciário: Tema nº 5 do Tribunal Federal da 4ª Região¹⁷² – Incidente de Assunção

¹⁶⁹ Como exemplo, recente decisão do TRF4ª Região, autos de Apelação Cível 5091578-83.2019.4.04.7100/RS (RIO GRANDE DO SUL, 2021).

¹⁷⁰ §6º do art. 57 da Lei 8.213: O benefício previsto neste artigo será financiado com os recursos provenientes da contribuição de que trata o inciso II do art. 22 da Lei 8.212, de 24 de julho de 1991, cujas alíquotas serão acrescidas de doze, nove ou seis pontos percentuais, conforme a atividade exercida pelo segurado a serviço da empresa permita a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente (BRASIL, 1991).

¹⁷¹ Tese firmada Tema 1031 do STJ: é admissível o reconhecimento da especialidade da atividade de Vigilante, com ou sem o uso de arma de fogo, em data posterior à Lei 9.032/1995 e ao Decreto 2.172/1997, desde que haja a comprovação da efetiva nocividade da atividade, por qualquer meio de prova até 5.3.1997, momento em que se passa a exigir apresentação de laudo técnico ou elemento material equivalente, para comprovar a permanente, não ocasional nem intermitente, exposição à atividade nociva, que coloque em risco a integridade física do Segurado (BRASIL, 2020a).

¹⁷² Tese Firmada no Tema 5 do TRF 4ª Região: “Tratando-se de circunstância que, embora possua previsão constitucional, carece de regulamentação legislativa, sequer é cogitada pelos empregadores na confecção dos formulários habitualmente utilizados para a comprovação de

de Competência¹⁷³ 5033888-90.2018.4.04.0000/RS, julgamento de 25.11.2020, na qual se reconheceu a possibilidade de atividade especial pela penosidade, termo que não possui definição legal ou regulamentar e cujo sentido pode variar à luz da visão subjetiva de quem o interpreta (ausência de previsão de penosidade, inclusive, na legislação trabalhista). E, ainda que haja recursos especial e extraordinário recebidos pelo tribunal de origem da decisão desse incidente, trata-se de incidente a ser seguido por toda a Jurisdição Federal da 4ª Região, pela obrigatoriedade de uma jurisprudência sistêmica, íntegra e coerente, prevista do art. 926 e seguintes do CPC, o qual impede que os órgãos fracionários de jurisdição incorram em jurisprudência conflitante, dando azo a uma proliferação de ações (RIO GRANDE DO SUL, 2020a).

Portanto, desde a decisão do extinto TRF, a legislação previdenciária não é percebida como a única fonte declarativa da natureza especial de uma determinada atividade profissional, fazendo explodir o quadrado supostamente inflexível marcado pela legislação previdenciária.

4.2.1.2 Pensão por morte: direito ao cônjuge desquitado e aos companheiros ou companheiras homossexuais

O extinto Tribunal Federal de Recursos também alterou o critério legal para concessão de pensão por morte à dependente de segurado da Previdência Social. Enquanto estava expresso na legislação previdenciária (art. 14 da Lei n. 3.807/1960) que “Não terá direito à prestação o cônjuge desquitado, ao qual não tenha sido assegurada a percepção de alimentos [...]” (BRASIL, 1960), aquele tribunal sumulou o entendimento de que “A mulher que dispensou, no acordo de desquite, a prestação de alimentos, conserva, não obstante, o direito a pensão decorrente do óbito do marido, desde que comprovada a necessidade do benefício” (Súmula 64 do extinto TFR) (BRASIL, 2007a).

atividade especial, motivo pelo qual é necessário que os órgãos judiciais garantam o direito dos segurados à produção da prova da alegada penosidade. Ademais, considerando que a tese encaminhada por esta Corte vincula o reconhecimento da penosidade à identificação dessa circunstância por perícia técnica, essa constitui, então, o único meio de prova à disposição do segurado” (RIO GRANDE DO SUL, 2020a).

¹⁷³ O IAC é mecanismo do Direito Processual Civil que tem o objetivo de, nas palavras de Gaio Júnior (2020, p. 38-39) “estabelecer decisórios, os quais são necessários para fins de se evitar uma discrepância de entendimentos dos tribunais”. É um dos institutos do atual CPC que mais se aproxima do sistema de precedentes vinculantes dos países de *common law*, enaltecendo a aplicação do *stare decisis*.

A lei veiculava, em princípio, uma regra clara e absoluta de inexistência de direito previdenciário. A aplicação dessa norma para todos os casos, porém, levaria a situações em que a mulher desquitada, mesmo que necessitada de recursos para subsistência, recursos que poderiam ser reivindicados junto ao ex-cônjuge a qualquer tempo, jamais poderiam receber a proteção previdenciária pelo óbito deste. O tribunal dispôs, por tal razão, que a necessidade, verificada caso a caso, poderia justificar a concessão do benefício. Também neste sentido é a Súmula 336 do STJ: “A mulher que renunciou aos alimentos na separação judicial tem direito à pensão previdenciária por morte do ex-marido, comprovada a necessidade econômica superveniente” (BRASIL, 2007a).

Outrossim, na Ação Cível Pública nº 2000.04.01.073643-8, com decisão de primeiro grau em dezembro de 2001 e abrangência nacional, o Judiciário considerou os companheiros ou companheiras homossexuais como dependentes preferenciais dos segurados ou seguradas do Regime Geral de Previdência Social (RIO GRANDE DO SUL, 2001). Determinou ao INSS que os casais que vivem em união estável homoafetiva tenham tratamento idêntico ao que é dado aos casais heterossexuais, impondo exigências exatamente iguais para todos nos casos de concessão de benefícios previdenciários. O Judiciário previdenciário afirmou que as uniões homossexuais também se constituem em entidades familiares, verdadeiro cumprimento de imperativo constitucional.

4.2.1.3 Aposentadoria por idade e idade na modalidade híbrida: gama de interpretações extensivas dadas pelo Judiciário

Talvez o mais exemplar de todos os casos corresponda ao entendimento que foi consagrado pela Jurisprudência do extinto Tribunal Federal de Recursos – e prestigiado pelo Superior Tribunal de Justiça –, quanto à dispensa da qualidade de segurado para concessão de aposentadoria por idade, ao tempo em que a lei expressamente referia que a perda da qualidade de segurado implicava a caducidade de todos os direitos perante a Previdência Social, conforme art. 7º da Lei 3.807/1960. O legislador seguiu a jurisprudência, reconhecendo a importância da contribuição por ela oferecida. Por força da atuação judicial no aperfeiçoamento do sistema normativo previdenciário, é que foi editada a MP 83/2002, posteriormente convertida na Lei 10.666/03.

Da mesma forma, o Regime Geral de Previdência Social Brasileiro, a partir da Lei 8.213/91 (cumprindo a nova ordem constitucional de 1988), previu a possibilidade de concessão de duas espécies de aposentadoria por idade: a aposentadoria por idade urbana e a aposentadoria por idade rural.

Não houve, pela norma legal, a previsão e contemplação daqueles segurados (trabalhadores) que passavam da atividade rural para urbana próximos ao implemento da idade à aposentação.

Em virtude dessa lacuna legal, a jurisprudência caminhou a assegurar a proteção previdenciária àqueles que se dedicam ao trabalho rural em regime de economia familiar, porém abandonam a lavoura antes de completar 55/60 anos de idade (requisito para a aposentadoria por idade rural do segurado especial) e, a partir daí, passam a exercer atividade urbana; porém quando completam o requisito etário geral 60/65 anos, sequer estão próximos de cumprir a carência em número de contribuições mensais exigida para a aposentadoria por idade urbana.

Nos termos das decisões dos tribunais¹⁷⁴, seria pouco razoável obrigar tais pessoas a permanecerem contribuindo por longos anos após o implemento do requisito etário comum (60/65 anos) se, na prática, somado o tempo de serviço rural com o urbano, atingem muito mais do que 180 meses de trabalho/contribuição – carência geral à aposentadoria por idade urbana ou rural. Nos julgamentos levados a efeito pelos tribunais, exigiu-se o cômputo urbano e rural durante o período de carência – 180 meses de atividade rural e urbana antes da idade.

O legislador ordinário infraconstitucional, mais uma vez, em 2008, abarcou parcialmente à legislação o que a jurisprudência vinha consolidando. De fato, com redação dada pela Lei 11.718, de 20 de junho de 2008, introduziu o §3º ao art. 48 da Lei 8.213/91¹⁷⁵, autorizou o que a doutrina passou a chamar de aposentadoria por

¹⁷⁴ Destaco como decisão inaugural a proferida pela então única Turma Recursal de Santa Catarina em 12.05.2004, processo 2004.72.95.000558-7 (origem 2003.72.02.051948-1), Relatora Juíza Federal Eliana Paggiarin Marinho (processo físico).

¹⁷⁵ “Art. 48. A aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta Lei, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher. § 1º Os limites fixados no caput são reduzidos para sessenta e cinquenta e cinco anos no caso de trabalhadores rurais, respectivamente homens e mulheres, referidos na alínea a do inciso I, na alínea g do inciso V e nos incisos VI e VII do art. 11. § 2º Para os efeitos do disposto no § 1º deste artigo, o trabalhador rural deve comprovar o efetivo exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício pretendido, computado o período a que se referem os incisos III a VIII do § 9º do art. 11 desta Lei. § 3º Os trabalhadores rurais de que trata o § 1º deste artigo que não atendam ao disposto no § 2º deste artigo, mas que satisfaçam essa condição, se forem considerados períodos de contribuição sob outras categorias

idade híbrida (soma de rural com urbano, no período de carência à aposentadoria por idade rural, à aposentação por idade).

E a jurisprudência, indo mais longe do que o legislador de 2008 visou com a norma através de procedimento político legislativo, expandiu a interpretação da lei, afirmando a irrelevância da natureza do último labor exercido, se rural ou urbano, para acesso à aposentadoria por idade híbrida. E, mais, possibilitou, de forma diversa do intuito do legislador e interpretação administrativa, o cômputo do trabalho rural exercido em período remoto à aposentadoria por idade híbrida – decisão da tese uniformizadora no Tema 1007 do STJ¹⁷⁶: nítida fonte normativa dessa decisão uniformizadora.

Teríamos outros exemplos¹⁷⁷, mas o que se pretende destacar, em suma, é que o juiz aplicador do direito previdenciário tem no sistema normativo os seus critérios imediatos, mas se algo há de comum em toda a construção jurisprudencial previdenciária, é a percepção da existência de um legítimo espaço para a realização do que se tem por desenvolvimento judicial do Direito (SAVARIS, 2011, p. 307).

A compreensão do sistema normativo previdenciário pressupõe, de um lado, a percepção de que as normas jurídicas devem ser lidas com a devida filtragem constitucional, reconhecendo-se a eficácia normativa dos princípios constitucionais sobre os quais se alicerça o sistema de proteção previdenciária. De outro lado, como somente se compreende a norma jurídica na aplicação ao caso concreto, as

do segurado, farão jus ao benefício ao completarem 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta) anos, se mulher. § 4o Para efeito do § 3o deste artigo, o cálculo da renda mensal do benefício será apurado de acordo com o disposto no inciso II do caput do art. 29 desta Lei, considerando-se como salário-de-contribuição mensal do período como segurado especial o limite mínimo de salário-de-contribuição da Previdência Social" (BRASIL, 1991).

¹⁷⁶ Tema 1007 assim redigido: "O tempo de serviço rural, ainda que remoto e descontínuo, anterior ao advento da Lei 8.213/1991, pode ser computado para fins da carência necessária à obtenção da aposentadoria híbrida por idade, ainda que não tenha sido efetivado o recolhimento das contribuições, nos termos do art. 48, § 3o. da Lei 8.213/1991, seja qual for a predominância do labor misto exercido no período de carência ou o tipo de trabalho exercido no momento do implemento do requisito etário ou do requerimento administrativo" (BRASIL, 2020b).

¹⁷⁷ Flexibilização da exigência de prova material para comprovação de tempo de serviço de trabalhadores rurais boias-frias (AR 3.005/SP, Rel. Min. Paulo Gallotti, Terceira Seção, j. em 26/09/2007, DJ 25/10/2007, p. 119); a manutenção do benefício de pensão por morte à mulher que contraía novas núpcias, ainda que a legislação previdenciária determinasse a imediata cessação do benefício com o casamento (Lei 3.807/60, art. 39, b), segundo entendimento do extinto Tribunal Federal de Recursos consagrado na Súmula 170: "Não se extingue a pensão previdenciária, se do novo casamento não resulta melhoria na situação econômico-financeira da viúva, de modo a tornar dispensável o benefício"; a equiparação do trabalhador rural boia-fria ao segurado empregado rural ou ao segurado especial, para fins de recebimento de salário-maternidade ou benefício por incapacidade, independentemente do recolhimento de contribuições à Previdência Social, embora o artigo 143 da Lei 8.213/91 apenas assegurasse a essa categoria a concessão de aposentadoria por idade.

exigências de justiça do caso devem ser consideradas. É isso que nos falam os precedentes referidos acima: dado que a compreensão plena do Direito “transcende a análise exclusivamente da norma”, pensa-se o fenômeno jurídico como “instância da realidade” que não pode ser reduzida “às categorias e modelos rígidos da lógica formal” (GRAU, 2005, p. 36).

Analisado em retrospectiva o caminhar da judicialização do direito individual previdenciário, não há dúvidas da judicialização do direito previdenciário efetivado na constância da EC nº. 103/2019, também como direito individual, mormente quando já se tem, no nascedouro, elementos de proteção social não analisados e fundamentados em procedimento legislativo¹⁷⁸.

E é esse ponto que adentraremos agora: a “Nova Previdência” e suas incongruências na concretização de direitos sociais dando azo à judicialização.

4.3 EFEITOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 103/2019 NA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS: PROGRAMÁVEIS E NÃO PROGRAMÁVEIS

Analisaremos, nesse tópico, os efeitos da Emenda Constitucional nº 103/2019 nos requisitos à concessão de benefícios previdenciários programáveis e não-programáveis do RGPS, inclusive com exemplos judiciais concretos dos efeitos dessa emenda ao cidadão segurado (exemplos retirados junto à 3ª Vara Federal de Criciúma, período de março/2021 a maio/2021), bem como as iniciais manifestações do Judiciário quanto à constitucionalidade da emenda – desnaturando a emenda através do direito individual.

Em não se tratando de trabalho que visa analisar os aspectos materiais inconstitucionais de toda a reforma previdenciária, mas sim apontar elementos que levaram (e ainda levarão) à grande judicialização, focar-se-á em três pontos, de grande impacto previdenciário: (a) benefícios por incapacidade; (b) pensão por morte e (c) aposentadoria especial.

¹⁷⁸ Tratado no capítulo anterior.

4.3.1 Benefícios por Incapacidade

Os benefícios previdenciários que visam a situações de incapacidade laboral, quais sejam: auxílio por incapacidade temporária¹⁷⁹ e aposentadoria por incapacidade permanente¹⁸⁰, quando a incapacidade for total e definitiva, impedindo a reabilitação, foram profundamente esvaziados em seu valor – renda mensal –, pela Emenda Constitucional nº 103/2019.

Em análise histórica, os benefícios por incapacidade têm sua fase embrionária no Decreto 4.682, de 24/01/1923, diploma conhecido como Lei Eloy Chaves. Embora não expressamente previsto no art. 9º do mencionado decreto – artigo que contemplava o rol dos direitos conferidos ao empregado ferroviário contribuinte para a Caixa de Aposentadoria e Pensões –, o certo é que o art. 16 abrigava à previsão de indenização quando, em caso de acidente, resultasse incapacidade temporária, total ou parcial.

A Lei 3.807, de 26.08.1960, intitulada Lei Orgânica da Previdência Social - LOPS, prescreveu o auxílio-doença (art. 24), a aposentadoria por invalidez (art. 27) e o salário de benefício (art. 23).

O valor do auxílio-doença importava em uma renda mensal correspondente a 70% (setenta por cento) do salário de benefício, acrescida de 1% (um por cento) desse salário para cada grupo de 12 (doze) contribuições mensais, realizadas pelo segurado até o máximo de 20% (vinte por cento). Assim, se, porventura, implementado o percentual máximo de 20% (vinte por cento), o auxílio-doença atingia o percentual de 90% (noventa por cento) do salário de benefício. Já a aposentadoria por invalidez, nessa mesma sistemática, atingia o percentual de 100% (cem por cento).

A Constituição 1988, na redação original do art. 201, I, reafirmou a proteção social à doença e à invalidez, vindo a Lei n. 8.213/1991 (Planos de Benefícios da Previdência Social - LBPS), em sua redação original, prever que o salário de benefício consistia na média aritmética simples de todos os últimos salários de contribuição dos meses imediatamente anteriores ao do afastamento da atividade ou da data da

¹⁷⁹ Nova nomenclatura do auxílio-doença pela EC 103/2019, art. 201, I, da CF.

¹⁸⁰ Nova nomenclatura da aposentadoria por invalidez pela EC 103/2019, art. 201, I, da CF.

entrada do requerimento, até o máximo de 36 (trinta e seis), apurados em período não superior a 48 (quarenta e oito) meses (art. 29 da LB).

A renda mensal do auxílio-doença, na sistemática original da Lei n. 8.213/91, nos termos do art. 61, correspondia a 80% (oitenta por cento) do salário de benefício, mais 1% por grupo de 12 (doze) contribuições, não podendo ultrapassar 92% (noventa e dois por cento) do salário-de-benefício; ou, se decorrente de acidente de trabalho, 92% (noventa e dois por cento) do salário de benefício ou do salário de contribuição vigente no dia do acidente, o que fosse mais vantajoso.

Já em relação à renda mensal da aposentadoria por invalidez, previu a redação original da Lei de Benefícios:

Art. 44 [...] a) 80% (oitenta por cento) do salário-de-benefício, mais 1% (um por cento) deste, por grupo de 12 (doze) contribuições, não podendo ultrapassar 100% (cem por cento) do salário-de-benefício; ou b) 100% (cem por cento) do salário-de-benefício ou do salário-de-contribuição vigente no dia do acidente, o que for mais vantajoso, caso o benefício seja decorrente de acidente do trabalho (BRASIL, 1991).

A Lei 9.032/1995 atribuiu uma nova roupagem à renda mensal dos benefícios auxílio-doença e aposentadoria por invalidez, que passou a ser de 100% (cem por cento) do salário de benefício, decorrente ou não de acidente de trabalho. O auxílio-doença, por sua vez, na nova redação do art. 61, passou a possuir a renda mensal correspondente a 91% (noventa e um por cento) do salário de benefício, inclusive o decorrente de acidente de trabalho.

A sistemática de cálculo do salário de benefício sofreu profunda alteração com a Lei n. 9.876/1999, que passou a estabelecer que o salário de benefício do auxílio-doença e da aposentadoria por invalidez consistia na média aritmética simples dos maiores salários de contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo – art. 29, II, da LB, introduzido pela Lei n. 9.876/99. Igualmente, por força do disposto no art. 3º, *caput*, da Lei 9.876/99, para o segurado filiado até 28.11.1999, véspera da publicação da lei, o período básico de cálculo passou a ter, por termo inicial, a competência julho de 1994.

Ainda, a Medida Provisória 664, de 30.12.2014, convertida na Lei 13.135/2015, incluiu o §10 no art. 29 da Lei 8.213/91, instituindo novo teto para o benefício auxílio-doença: média aritmética simples dos últimos 12 (doze) salários de contribuição. Tal legislação foi motivada a equiparação da RMI ao valor do que vinha

o segurado recebendo em seu labor habitual, não mais; como forma de não estímulo a manutenção em benefício¹⁸¹.

Assim, em apertada síntese, antes da “Nova Previdência” – Emenda Constitucional n. 103, de 12.11.2019 –, para os benefícios auxílio-doença e aposentadoria por invalidez, o salário de benefício correspondia à média aritmética simples dos maiores salários de contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo (art. 29, II, da LB), sobre o qual, para o valor da renda mensal inicial (RMI), incidia o percentual de 91% (noventa e um por cento) para auxílio-doença e 100% (cem por cento) para aposentadoria por invalidez. Ainda, o auxílio-doença tinha como teto a média aritmética dos 12 (doze) últimos salários de contribuição.

A primeira alteração sensível nas regras permanentes do texto constitucional diz respeito à nomenclatura. O art. 201, *caput* e inciso I, da CF, com a redação que lhe fora atribuída pela EC 20/1998, previa que a Previdência Social, nos termos da lei, atenderia à cobertura do evento doença e invalidez.

A expressão “auxílio-doença” levava a uma errônea compreensão acerca do instituto, uma vez que o risco social protegido não é a doença, mas sim a incapacidade para o trabalho (segurados obrigatórios) ou para as atividades habituais (segurado facultativo). Amado (2020, p. 201) também entende que a “exclusão da expressão ‘doença’ é tecnicamente adequada, pois não basta estar doente para receber um benefício previdenciário por incapacidade laboral, sendo necessário que a doença implique em incapacidade laboral”.

Com a nova redação constitucional, o auxílio-doença foi rebatizado como auxílio por incapacidade temporária e a aposentadoria por invalidez como aposentadoria por incapacidade permanente. Perceba-se que o novo texto reporta à incapacidade para o trabalho, o que poderá dar ensejo à interpretação restritiva e afastar o segurado facultativo da cobertura desse risco social. Lazzari *et al.* (2020, p. 101) esclarecem que, no texto anterior, havia proteção a todas as categorias de segurados. Na regulamentação nova, poderá ocorrer a exclusão do direito aos segurados facultativos, sob o fundamento de que não exercem atividade laborativa remunerada.

¹⁸¹ Com efeito, era de praxe o valor do benefício auxílio-doença superior ao salário habitual do segurado (pela média contributiva em sua vida laboral), o que levava ao interesse em permanecer em benefício.

Há, também, a possibilidade de os auxílios por incapacidade temporária ou permanente (em verdade, todos os benefícios não programáveis) serem cobertos pelo setor privado, através da edição de Lei Complementar – art. 201, §10, da CF¹⁸², como já tratado no capítulo anterior, a revelar uma tendência de presença da previdência privada em detrimento da pública.

A mudança mais significativa trazida pela emenda constitucional em relação aos benefícios por incapacidade (comum a todos os benefícios, inclusive) diz respeito à sistemática de cálculo (art. 26 da EC 103/2019). Pela nova regra, o valor do salário de benefício será calculado com base na média de todo o histórico de contribuições do segurado sem a possibilidade de exclusão dos 20% menores, como constava na Lei 9.876/1999.

Por óbvio, o art. 26 trata de disposição transitória¹⁸³ e, igualmente, aplica-se a todos os benefícios da previdência social, já que a redação do artigo é clara: *dos benefícios*. Portanto, aqui ousamos discordar de Amado (2020, p. 206), para quem o “*caput* do art. 26 da EC 103 somente se aplica aos benefícios com regulamentação constitucional, o que não ocorre com o auxílio-doença, não regulamentado na reforma”.

Assim, o cálculo de ambos os benefícios em análise - incapacidade temporária e incapacidade permanente -, com DII (data de início da incapacidade) posterior à entrada em vigor da EC 103/2019, será realizado pela média de todo o período base de cálculo (PBC – 100%).

Ultrapassando o cálculo do salário de benefício, o qual, diga-se, sofreu forte revés com a não exclusão dos 20% menores salários de contribuição, calcular-se-á a renda mensal inicial (RMI). Aqui, a norma constitucional transitória tratou especificamente de aposentadoria (excluído, portanto, o benefício por incapacidade temporária).

Portanto, no que toca à aposentadoria por incapacidade permanente, nos termos do art. 26, §§ 2º e 5º, da EC 103/2019, corresponderá a 60% da média aritmética do salário de benefício (segundo redutor); acrescendo-se, ainda, dois pontos percentuais para cada ano que exceder o tempo de 20 anos de contribuição

¹⁸² Até então essa cobertura pelo setor privado só era prevista quando o risco social fosse decorrente de acidente de trabalho (§10 com redação dada pela EC 20/1998). Só que essa cobertura seria disciplinada por lei ordinária, a qual jamais foi editada.

¹⁸³ Regras de disposições transitórias são as regras que irão vigorar até a edição da legislação infraconstitucional regulamentadora da EC 103/2019.

para os homens e de 15 anos para as mulheres. Exemplificando: apenas para mulher com 35 anos de contribuição e para homem com 40, haverá coeficiente de 100% do salário de benefício¹⁸⁴.

No caso de aposentadoria por incapacidade permanente decorrente de acidente do trabalho, doença profissional ou doença do trabalho (art. 19 a 21 da Lei 8.213/91), corresponderá a 100% do salário de benefício - art. 26, § 3º, II, da EC 103/2019.

É dizer, no caso de aposentadoria por incapacidade permanente não decorrente de acidente do trabalho, doença profissional ou doença do trabalho, haverá dois redutores: o primeiro no cálculo do salário de benefício sem a exclusão dos 20% menores salários de contribuição; e o segundo redutor do tempo de contribuição para o coeficiente de cálculo.

E, levando-se em conta que benefícios por incapacidade são benefícios não programados e imprevisíveis dentro de um sistema de proteção social, contundente o efetivo reflexo na renda mensal inicial do segurado (RMI), pois poderá ter uma perda de até 40% de coeficiente (era sempre de 100% e agora pode cair para 60%) em situação de infortúnio.

Para mostrar a discrepância, exemplificamos: houve um acidente com desabamento de um prédio comercial. No acidente incapacitaram-se, de forma permanente, dois homens: um a passeio e outro em seu labor. Ambos, com a mesma média dos salários de contribuição (100% do período base de cálculo), de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Aquele que receberá aposentadoria por incapacidade permanente decorrente de acidente do trabalho perceberá o benefício no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais). E o outro, já que não possui mais de 20 anos de tempo de contribuição, a renda mensal inicial da mesma aposentadoria por incapacidade permanente, só que decorrente de acidente de qualquer natureza – não do trabalho, é de R\$ 3.000,00 (três mil reais) – redutor de 40%.

De outro lado, em relação ao auxílio por incapacidade temporária, excluído do §2º do art. 26 da EC 103/2019, porque não se trata de aposentadoria, mantém-se

¹⁸⁴ Havendo tempo de contribuição superior aos mencionados (M-35 e H-40), o coeficiente de cálculo ultrapassará o percentual de 100% (p.ex. 102%, 104%, 106% e assim por diante).

o cálculo nos termos do art. 61 da Lei 8.213/91 (RMI), equivalente a 91% do salário de benefício (cálculo esse nos termos da emenda)¹⁸⁵.

Com a distorção gerada entre os cálculos, já há e haverá maiores impactos à jurisdição, com a crescente judicialização em torno do tema, seja para manter o benefício por incapacidade temporária (a aposentação deixa de ser interessante), seja para buscar a DII em período anterior à EC 103/2019, ou, ainda, para ver declarada a inconstitucionalidade do art. 26, *caput* e § 2º, inciso III, da EC n. 103/2019¹⁸⁶.

E, inclusive, destaque-se decisão da 2ª Turma Recursal de Santa Catarina, nos autos do Recurso Cível Nº 5008379-08.2020.4.04.7205/SJSC¹⁸⁷, vencida a relatora, pela declaração incidental de inconstitucionalidade do artigo 26, §2º, III, da EC nº 103/2019, por ofensa aos princípios da igualdade, da proporcionalidade e da razoabilidade. Manteve-se a forma de cálculo da RMI determinada em sentença: utilização do coeficiente correspondente a 100% do salário de benefício para a apuração da RMI do benefício de aposentadoria por incapacidade permanente, devendo ser observado, para tanto, em relação ao período básico de cálculo, o *caput* do art. 26 da EC n. 103/2019, diante da higidez constitucional deste último enunciado normativo (art. 26, *caput*, da EC n. 103/2019). A sentença prolatada pelo juiz federal Vitor Hugo Anderle, aponta que a diferenciação havida entre benefícios previdenciários e acidentários não tem “razão objetiva”, já que a finalidade de proteção social é a mesma em ambos os casos. O que há é uma “indevida discriminação”. De acordo com o magistrado, o direito à aposentadoria por invalidez foi desvalorizado a

¹⁸⁵ A Portaria INSS 450/2020, com a alteração dada pela Portaria INSS 528, de 22.04.2020, deixou claro, no parágrafo único do art. 39, que a definição da renda mensal não sofreu alterações, mantendo-se em 91% do salário-de-benefício, nos termos do art. 61 da Lei nº 8.213/1991. Dito isso, verifica-se que o recebimento do benefício por incapacidade temporária tem, em regra, valor superior ao da aposentadoria por incapacidade permanente não acidentária, já que esta corresponderá a 60% (sessenta por cento) da média aritmética de todos os salários de contribuição, com acréscimo de 2 (dois) pontos percentuais para cada ano de contribuição que exceder o tempo de 20 (vinte) anos de contribuição, se homem, ou 15 (quinze), se mulher, já aquele a 91% (noventa e um por cento) da mesma média. Exemplifica-se: para um segurado cuja média dos salários de contribuição (100% do período base de cálculo) é R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e que não possua mais de 20 anos de tempo de contribuição, a renda mensal inicial de eventual benefício por incapacidade temporária, posterior à EC 103/2019, será de R\$ 4.550,00 (quatro mil, quinhentos e cinquenta reais); já a sua aposentadoria por incapacidade permanente, de R\$ 3.000,00 (três mil reais).

¹⁸⁶ Sentença proferida nos autos nº 5011834-78.2020.4.04.7205/JFSC, de 22.02.2021, com processo ainda em grau de recurso, que declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 26, §2º, III, da EC n. 103/2019, afastando a aplicação do referido preceito legal ao caso concreto (SANTA CATARINA, 2020a).

¹⁸⁷ Procedimento do Juizado Especial Federal Cível aguardando análise de admissibilidade do Recurso Extraordinário interposto.

partir da mudança da reforma. "O novo tratamento normativo conferido à aposentadoria por invalidez desconsidera a contingência social, dotada de imprevisibilidade", que segundo ele pode ameaçar a capacidade de manutenção das pessoas (SANTA CATARINA, 2020b).

Referida decisão foi publicada no Boletim de notícias eletrônicas Consultor Jurídico (HIGÍDIO, 2021), dando margem à proliferação de referido pedido judicial e judicialização individual de tal cálculo – política pública de valor de benefício.

Não há como negar que o novo regime acarreta cálculo desfavorável ao segurado em relação à legislação que anteriormente fixava as balizas de sua elaboração, o que é um retrocesso legislativo em matéria de proteção social. Demais, acarreta desigualdade desproporcional entre os valores dos benefícios por incapacidade permanente (inclusive incapacidade permanente e temporária), podendo-se até mesmo questionar a possibilidade de redução real do valor do benefício – princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios – art. 194, IV, da CF), tal qual declarado pela 3ª Turma Recursal do Rio Grande do Sul, Recurso Cível 5004558-14.2020.4.04.7102/RS, reconhecendo-se:

[...] a inconstitucionalidade das alterações advindas do art. 26, §2º e 5º, da Emenda Constitucional nº 103/2019, quanto à regra de cálculo da Renda Mensal Inicial (RMI) da aposentadoria por incapacidade permanente, para que o cálculo do benefício da parte autora observe a sistemática anteriormente vigente (RIO GRANDE DO SUL, 2020b).

Esses exemplos judiciais são claros exemplos do volume e magnitude da judicialização previdenciária que se aproxima, como direito individual.

A título de materialização dos fatos aqui tratados, trazemos os seguintes casos retirados da 3ª Vara Federal Previdenciária de Criciúma – SJSC:

a) Processo 5001811-37.2020.4.04.7217/SJSC, sentença condenatória à transformação do benefício de auxílio-doença em aposentadoria por incapacidade permanente a contar de 21.10.2020. Cálculos da aposentadoria nos termos da EC nº 103/2019. Materialmente, a média dos 100% salários de contribuição ficou em R\$ 2.152,15 (salário de benefício). Aplicando o redutor pelo tempo de contribuição (aqui o coeficiente foi de 70%), a Renda Mensal Inicial - RMI da parte autora foi calculada em R\$ 1.506,50, ou seja, perda real de 30% do valor, comparado a um benefício por incapacidade laboral decorrente de acidente do trabalho (sequer se está

comparando com a forma de cálculo anterior à EC nº. 103/2019) (SANTA CATARINA, 2020c);

b) Processo 5001850-34-2020.4.04.7217/SJSC, sentença condenatória à transformação do benefício de auxílio-doença em aposentadoria por incapacidade permanente a contar de 30.10.2020. Cálculos da aposentadoria nos termos da EC nº 103/2019. Rensal Mensal (RM) do benefício auxílio-doença anterior era acima do salário mínimo. A média dos 100% salários de contribuição ficou em R\$ 1.055,91 (salário de benefício). Aplicando o redutor pelo tempo de contribuição (aqui o coeficiente foi de 60%), a RMI da parte autora ficaria abaixo do salário mínimo, pelo que se fixou o valor em 1 (um) salário-mínimo (perda real em fase do auxílio-doença anterior e em comparação à incapacidade permanente decorrente de acidente do trabalho) (SANTA CATARINA, 2020d);

c) Processo 5000073-14.2020.4.04.7217/SJSC, sentença condenatória ao restabelecimento do auxílio-doença desde 04.07.2019 e à transformação do benefício de auxílio-doença em aposentadoria por incapacidade permanente a contar de 25.09.2020. Cálculos da aposentadoria nos termos da EC nº 103/2019. Materialmente, a média dos 100% salários de contribuição ficou em R\$ 1.947,80 (salário de benefício), aplicando o redutor pelo tempo de contribuição (aqui o coeficiente foi de 60%), a RMI da aposentadoria por incapacidade permanente parte autora foi calculada em R\$ 1.168,67, ou seja, perda real de 40% do valor, comparado a um benefício por incapacidade laboral decorrente de acidente do trabalho. Mais, seu benefício auxílio-doença anterior à EC nº 103/2019 tinha RMI no valor de R\$ 1.845,36, o que provocou uma redução real do benefício da parte autora. Veja-se, inclusive, que a lide recursal foi em torno da fixação da data do início da incapacidade - DII para fins de majorar a RMI, obtendo a parte autora êxito, e majorando-se a renda para R\$ 2.180,72 (SANTA CATARINA, 2020e).

Esses três exemplos retratam a realidade das rendas mensais dos benefícios por incapacidade permanente pós emenda e correspondem a grande parte da judicialização previdenciária: judicialização, ainda que individual, no seu aspecto coletivo; e de desconstrução coletiva da emenda constitucional, ainda que com construção social material individual. E, ainda que não se conclua que as alterações tenham promovido anulação, revogação ou aniquilação dessa política pública de previdência social – pelo STF em controle constitucional material da emenda, concentrado ou difuso -, certo é que aos benefícios decorrentes dos infortúnios do

trabalho, ditados por causas alheias à vontade do trabalhador, dá-se menor proteção¹⁸⁸ e serão individualmente discutidos judicialmente, como consequência da falta de discussão e análise correta de sua proposta normativa.

4.3.2 Pensão por morte

O benefício previdenciário da pensão por morte é aquele pago aos dependentes do segurado, em decorrência de seu falecimento. Assim, trata-se de um benefício destinado aos dependentes do segurado, visando ampará-los diante da ausência deste em razão de óbito. Portanto, a dependência é fundamental para a concessão desse benefício. Neste sentido, Ibrahim (2015, p. 672) deixa claro que “a pensão por morte é benefício direcionado aos dependentes do segurado, visando à manutenção da família no caso da morte do responsável pelo seu sustento”.

Tendo o óbito do segurado como fato gerador, a pensão por morte justifica-se pela vulnerabilidade de seus dependentes diante da perda do responsável (um dos responsáveis) pela manutenção econômica do núcleo familiar.

Possuindo previsão desde a Lei Eloy Chaves¹⁸⁹, o valor do benefício era de 50% (cinquenta por cento) da aposentadoria em caso de segurados com mais de trinta anos de serviço ou em caso de acidente, e de 25% (vinte e cinco por cento) da aposentadoria nos casos em que o segurado possuía entre dez e trinta anos de contribuição. Com o passar do tempo e evolução da legislação previdenciária, na busca pela maior proteção social, o benefício chegou ao patamar de 100% (cem por cento) do valor da aposentadoria recebida pelo segurado, ou da aposentadoria por invalidez a que teria direito.

A qualidade de segurado do instituidor da pensão também é um requisito essencial, uma vez que, não estando o trabalhador vinculado ao Regime Geral de Previdência Social, os dependentes do mesmo não receberão o respaldo do sistema. Acerca dos dependentes, o artigo 16 da Lei 8.213/91 traz um rol dos possíveis beneficiários, obedecendo uma ordem de sucessão. Ainda com referência ao art. 16 da Lei 8.213/91, seu §4º esclarece que a dependência econômica das pessoas

¹⁸⁸ Não só por conta do valor do benefício, pela EC 103/2019, como aqui examinado, mas também em virtude do aumento de requisitos à percepção de benefícios ou mesmo da exclusão de beneficiários.

¹⁸⁹ Lei Eloy Chaves, Decreto nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923: “*Crea, em cada uma das empresas de estradas de ferro existentes no país, uma caixa de aposentadoria e pensões para os respectivos empregados*” (sic) (BRASIL, 1923).

indicadas no inciso I é presumida, devendo os demais comprovarem a mesma em caso de requerimento do benefício. Ademais, o §2º do art. 76 do mesmo diploma legal prevê que o cônjuge divorciado ou separado judicialmente ou de fato que recebia pensão alimentícia do segurado falecido concorrerá em igualdade de condições com os dependentes referidos no inciso I do art. 16 acima transcrito.

Contudo, a chamada “crise do Estado-Providência” exigiu a imposição de maior rigor para a concessão de benefícios previdenciários, efetuando, a partir de 2015, modificações legislativas restritivas referentes à concessão de pensão por morte.

Especificamente quanto à definição das categorias de segurado e dependentes – a Medida Provisória 664/14, convertida na Lei 13.135/2015, trouxe apenas uma alteração, relativa ao inciso III, passando a ser considerado beneficiário “o irmão de qualquer condição menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave, nos termos do regulamento” (BRASIL, 2015c). Foi acrescida a expressão “deficiência grave” em prestígio à legislação de proteção ao deficiente, Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015 (BRASIL, 2015d). Relativamente às demais classes de dependentes, a nova legislação não trouxe nenhuma alteração. Contudo, o benefício em análise passou a ter outros critérios de concessão mais rígidos, sob o argumento da necessidade de realização de ajuste fiscal nas contas da União, bem como da prevenção de fraudes contra a sistema previdenciário.

A pensão por morte não dependia de tempo mínimo de carência para ser concedida, bastando o instituidor estar vinculado ao regime, ou seja, possuir a qualidade de segurado¹⁹⁰. Porém, com a edição da Medida Provisória 664/2014 passou-se a exigir um tempo mínimo de carência de 2 anos e, sequencialmente, a Lei 13.135/2015 diminuiu este prazo para 18 meses, excetuando-se os casos em que a morte decorrer de acidente de qualquer natureza ou de doença profissional ou do trabalho (art. 77, §2º-A da Lei 8.213/91, introduzido pela 13.135/2015). Outra inovação trazida pela Lei 13.135 foi a previsão de que cônjuge ou companheiro só terá direito à pensão por morte durante 4 meses caso sua união com o segurado falecido não tenha durado, ao menos, 2 anos. Exceção a esta regra, novamente, será feita quando o

¹⁹⁰ Tal situação justificava-se sob o argumento de que o evento morte é uma fatalidade, podendo ocorrer a qualquer momento, dificultando o planejamento financeiro dos segurados e gerando grande risco social.

óbito do segurado tenha se dado em virtude de acidente de qualquer natureza ou de doença profissional ou do trabalho.

A nova lei, ainda, traz tabela progressiva que atrela o período de duração do benefício à idade do beneficiário pertencente à categoria de cônjuge ou companheiro à época do óbito do segurado. Se até a edição da MP 664/2014 e sua posterior conversão na Lei 13.135/2015 a pensão assegurada ao cônjuge/companheiro sobrevivente era vitalícia, independentemente de sua idade, a partir da novel legislação a mesma passa a ser temporária ou vitalícia de acordo com a idade do dependente. De acordo com a referida tabela, tendo o beneficiário menos de 21 anos à data do óbito do segurado, receberá pensão por morte durante 3 anos; tendo entre 21 e 26 anos, receberá a pensão por 6 anos; tendo entre 27 e 29 anos, será pensionado por 10 anos; tendo entre 30 e 40 anos, receberá o benefício por 15 anos; tendo entre 41 e 43 anos, a pensão será paga durante 20 anos; e, por fim, a pensão será vitalícia se o beneficiário contar com 44 anos ou mais. O valor do benefício da pensão por morte permaneceu, ainda, equivalente a 100% (cem por cento) da aposentadoria recebida pelo segurado, ou daquela que teria direito se estivesse aposentado por invalidez na data de seu falecimento, sendo repartido em quotas iguais entre todos os dependentes que faziam jus ao benefício. Perdendo um dos dependentes a condição de beneficiário, sua quota seria repartida entre os demais. Nesse ponto, a Lei 13.135/2015 não recepcionou o texto da Medida Provisória 664/2014 que previa que o valor da renda mensal inicial (RMI) do benefício passaria a ser de 50% (cinquenta por cento) da aposentadoria recebida pelo segurado, ou a que teria direito, sendo acrescido de quotas individuais de 10% (dez por cento) por dependente, até o máximo de cinco; o que veio a ser incorporado na legislação previdenciária pela Emenda Constitucional 103/2019, agravada, agora, pelo novo cálculo da aposentadoria por incapacidade permanente já analisado anteriormente e pela irreversibilidade das quotas individuais aos demais dependentes:

Art. 23. A pensão por morte concedida a dependente de segurado do Regime Geral de Previdência Social ou de servidor público federal será equivalente a uma cota familiar de 50% (cinquenta por cento) do valor da aposentadoria recebida pelo segurado ou servidor ou daquela a que teria direito se fosse aposentado por incapacidade permanente na data do óbito, acrescida de cotas de 10 (dez) pontos percentuais por dependente, até o máximo de 100% (cem por cento).

§ 1º As cotas por dependente cessarão com a perda dessa qualidade e não serão reversíveis aos demais dependentes, preservado o valor de 100% (cem

por cento) da pensão por morte quando o número de dependentes remanescente for igual ou superior a 5 (cinco) (BRASIL, 2019b).

É dizer, havendo dois dependentes, o percentual será de 70%, dividido entre eles, com redução para 60% na exclusão de um. Apenas quando um dos dependentes for deficiente ou tiver invalidez para o trabalho, o percentual deverá ser fixado em 100%, recalculando-se a pensão quando excluído esse dependente¹⁹¹.

A temporariedade da pensão morte trazida anteriormente à emenda constitucional por alteração legislativa já é matéria controvertida, na medida em que nega a condição de dependência do cônjuge ou companheiro, em contraste com o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - “Protocolo de San Salvador”, o qual não estabelece qualquer prazo para a cessação do benefício¹⁹². Ainda, em consonância com a progressividade técnica e econômica do art. 1 e da progressividade legislativa do art. 2 do Protocolo, deve-se verificar se e em que medida o estabelecimento da temporalidade da pensão por morte está em consonância com o compromisso de preservação do bem-estar geral de uma sociedade democrática (art. 5 do Protocolo). E, não havendo dúvidas de que o Protocolo é um tratado de direitos humanos, pois busca salvaguardar direitos das pessoas e não prerrogativas dos Estados, como afirma Flávia Piovesan (2013, p. 59), e que o entendimento do Supremo Tribunal Federal é pela posição hierárquica dos tratados de direitos humanos no direito brasileiro, o Pacto de San Salvador está hierarquicamente abaixo da Constituição, mas acima da Lei 8.213/91 e suas alterações¹⁹³, o que, nas palavras de Basseto e Basseto (2020, p. 49) “[...] poder-se-ia, em um corte drástico, reconhecer como inconvenções os dispositivos [...]” contidos nas alterações legislativas.

Perpassando por essa análise pré emenda constitucional, atentando-nos ao cálculo da pensão por morte pós emenda, percebemos que houve, com a emenda constitucional, dois grandes redutores: novo cálculo da aposentadoria por

¹⁹¹ §2º, I e §3º, do art. 23 da EC 103/2019 (BRASIL, 2019b).

¹⁹² “Artigo 9. Direito à previdência social. 1. Toda pessoa tem direito à previdência social que a proteja das consequências da velhice e da incapacitação que a impossibilite, física ou mentalmente, de obter os meios de vida digna e decorosa. No caso de morte do beneficiário, as prestações da previdência social beneficiarão seus dependentes” (BRASIL, 1999).

¹⁹³ RE 466.343, julgado em 03.12.2008, reconhecimento pelo STF do descabimento da prisão por depósito infiel, afirmando que os tratados de direitos humanos têm hierarquia suprallegal, de modo que somente poderá ser aplicada uma norma infraconstitucional doméstica se em consonância com os tratados de direitos humanos (BRASIL, 2008).

incapacidade permanente e o percentual de 50% mais 10% por dependente, o que podemos chamar de um *bis in idem* previdenciário e que leva à concessão da maioria dos benefícios de pensão por morte em valores do salário mínimo.

Lazzari *et al.* (2020, p. 58):

Se pensarmos na composição atual das famílias brasileiras e na média das aposentadorias, não é difícil concluir que a maior parte dos benefícios de pensão, no caso, acabaria sendo inferior a um salário mínimo. Nesse ponto específico, entendemos que a novel emenda constitucional violou cláusula pétrea da nossa Lei Fundamental (inciso IV do §4º, do art. 60).

Utilizando-se de exemplos da 3ª Vara Federal Previdenciária de Criciúma – SJSC, podemos corroborar tal afirmação:

a) Processo 5002556-17.2020.4.04.7217/SJSC, sentença condenatória à concessão de pensão por morte vitalícia com início do benefício no óbito do segurado aposentado – 23.02.2020. Cálculos da pensão por morte nos termos da EC nº 103/2019. O falecido percebia aposentadoria por tempo de contribuição com renda mensal de R\$ 1.808,07. Passou a beneficiária a perceber 60% desse valor: R\$ 1.084,84, um pouco acima do salário mínimo de 2020 (R\$ 1.045,00). Com o reajuste anual de 2021, passou a perceber o salário mínimo desse ano: R\$ 1.100,00. Bom lembrar que nesse caso sequer houve redutor do cálculo da aposentadoria, porquanto já era o segurado falecido aposentado (SANTA CATARINA, 2020f);

b) Processo 5010809-33.2020.4.04.7204/SJSC, sentença condenatória à concessão de pensão por morte vitalícia com início do benefício no óbito do segurado aposentado – 05.08.2020. Cálculos da pensão por morte nos termos da EC nº 103/2019. O falecido percebia aposentadoria especial com renda mensal acima do mínimo. Passou a beneficiária a perceber salário mínimo. Nesse caso, tal qual o anterior, sequer houve redutor do cálculo da aposentadoria, porquanto já era o segurado falecido aposentado (SANTA CATARINA, 2020g).

Ainda que apenas dois exemplos, fica materialmente demonstrado que a maior parte dos benefícios de pensão por morte concedidos pós emenda constitucional, tal qual afirmado pelos doutrinados, acabarão no salário mínimo, já que este é mantido constitucionalmente (art. 201, §2º, da CF, redação dada pela EC nº 20/98, sem alteração pela EC nº 103/2019).

Salientam Lazzari *et al.* (2020, p. 58):

Não se pode negar o direito de cada geração ao autogoverno, o que abrange certamente a possibilidade de alterar a Constituição. Existe, todavia, um núcleo essencial, formado por cláusulas intangíveis que são justificadas por vedar mudanças que coloquem em risco a sobrevivência das liberdades de autonomia e participação, além dos direitos essenciais para uma sobrevivência digna.

Já há decisão pátria acerca do tema, inclusive citada no capítulo primeiro desse trabalho - Turma Recursal da Seção Judiciária de Sergipe (TRF5), processo nº 0503624-34.2020.4.05.8500, declarando a inconstitucionalidade do novo cálculo da pensão por morte (SERGIPE, 2021).

Derradeiramente, no que toca à pensão por morte, houve restrição daqueles equiparados a filhos. De fato, a EC nº 103/2019, em seu art. 23, §6º¹⁹⁴, disciplinou os equiparados a filhos que terão direito à pensão por morte utilizando a palavra exclusivamente para restringir este direito ao enteado e ao menor tutelado, desde que comprovada a dependência econômica. O menor sob guarda foi retirado, constitucionalmente, da condição de dependente previdenciário natural ou legal do segurado do INSS.

Não há dúvidas de que o objetivo dessa regra foi reverter, constitucionalmente, a posição repetitiva do Superior Tribunal de Justiça¹⁹⁵ que equiparou filho a menor sob guarda, nos termos do art. 33, §3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, quando da análise da alteração legislativa infraconstitucional (MP 1.523/96 convertida em na Lei 9.528/97) ao retirar o menor sob guarda da condição de dependente previdenciário natural ou legal do Segurado do INSS.

A corte fixou, no Tema 732 do STJ, a tese de que:

O menor sob guarda tem direito à concessão do benefício de pensão por morte do seu mantenedor, comprovada sua dependência econômica, nos termos do art. 33, § 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda que o óbito do instituidor da pensão seja posterior à vigência da Medida Provisória 1.523/96, reeditada e convertida na Lei 9.528/97. Funda-se essa conclusão na qualidade de lei especial do Estatuto da Criança e do Adolescente (8.069/90), frente à legislação previdenciária (BRASIL, 2017).

¹⁹⁴ Vale destacar o referido § 6º: “Equiparam-se a filho, para fins de recebimento da pensão por morte, exclusivamente o enteado e o menor tutelado, desde que comprovada a dependência econômica” (BRASIL, 2019b).

¹⁹⁵ Recurso Especial 1.411.258/RS.

A intenção do legislador infraconstitucional, e agora constitucional, se pauta na afirmação de inúmeras fraudes em processo de guarda, no qual, na maioria dos casos, os avós requerem a guarda dos netos tão-somente para lhes conferir direito à pensão.

Serafin (2021, p. 274) destaca:

Contudo, ainda que estatisticamente essa afirmação seja verídica, não se revela suficiente à invalidação de proteção ofertada ao menor sob guarda: não há presunção de má-fé, rompendo o princípio da boa-fé objetiva. Outrossim, há balizas jurídicas que definem a guarda, e nenhuma delas ampara concessões deliberadas de guarda de netos a avós. Ademais, o Estado – aqui através de sua autarquia previdenciária – tem instrumentos de fiscalização e controle aptos a combater qualquer possibilidade de fraude. Portanto, não é justificativa à supressão de direitos fundamentais.

Inclusive, agora no ano de 2021, o STF, em placar apertado, analisando o recurso extraordinário¹⁹⁶ dessa decisão, afirmou que ao assegurar a qualidade de dependente ao "menor sob tutela" e negá-la ao "menor sob guarda", a legislação previdenciária priva crianças e adolescentes de seus direitos e garantias fundamentais, violando o compromisso constitucional contido no art. 227, § 3º, VI da Constituição.

O Min. Fachin, em seu voto, registrou: "Pretensas fraudes supostamente ocorridas em processos de guarda não são justificativas para impedir o acesso de crianças e adolescentes a seus direitos previdenciários" (BRASIL, 2021c, p. 6). E, ainda que o Ministro tenha lembrado que as ADIs em análise não contemplaram a redação da emenda constitucional 103/2019, e por isso não se verificou a constitucionalidade da norma, firma posição quanto ao tema que novamente será por ele analisado.

A questão já era judicializada e manter-se-á judicializada, porquanto o compromisso constitucional assegurado pelo art. 227, §3º, VI, da Carta Magna, objetiva efetivar a máxima proteção dos direitos da criança e do adolescente. O texto constitucional impõe não só à família, mas também à sociedade e ao Estado o dever de, solidariamente, assegurar à criança e ao adolescente os direitos fundamentais com absoluta prioridade.

¹⁹⁶ ADI 4.878 e ADI 5.083.

Destaca Serafin (2021, p. 275):

Essa dimensão normativa que constitui conquista de ordem jurídica brasileira não pode ser impunemente retirada pelo legislador reformador, simplesmente excluindo a “existência previdenciária” do menor sob guarda sem medida compensatória, já que estes continuam existindo e necessitando de proteção material (supressão de conteúdo da constituição de forma pincelada, em descompasso com toda a proteção à Criança e ao Adolescente).

Com efeito, os fundamentos do atual ordenamento jurídico permanecem hígidos, a despeito da promulgação dessa emenda constitucional: supremacia da proteção constitucional reconhecida ao menor e ao adolescente e prevalência das normas específicas voltadas à proteção de direitos fundamentais de menores e adolescentes. Nesse sentido, qualquer disposição contrária, seja em norma infraconstitucional ou constitucional – em texto de emenda –, investe contra a eficácia das normas constitucionais de proteção ao menor, de tal modo que a sua validade será analisada - emenda constitucional materialmente inconstitucional.

4.3.3 Aposentadoria especial

A aposentadoria especial, como acima já tratado, é benefício previdenciário criado na década de 1960 com o intuito de salvaguardar a saúde e a vida do trabalhador que laborar em meio ambiente de trabalho desequilibrado, nascida, assim, em sintonia com a legislação trabalhista – proteção ao trabalhador de atividades penosas, perigosas e insalubres. A denominação “especial” deixou evidente seu caráter excepcional, adquirindo essa nomenclatura e *status* constitucional a partir de 1988.

Foi a Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, a chamada LOPS – Lei Orgânica da Previdência Social, em seu artigo 31, que garantiu a aposentação especial ao segurado que contasse com 50 (cinquenta) anos ou mais de idade, quinze anos de contribuição e tivesse trabalhado durante quinze, vinte ou vinte e cinco anos em atividades penosas, insalubres ou perigosas por Decreto do Poder Executivo (BRASIL, 1960). Havia também o enquadramento por categoria profissional, cujas atividades possuíam previsão absoluta de nocividade.

Referido texto de lei da LOPS foi expressamente revogado quanto ao requisito idade pelo art. 1º da Lei nº 5.440-A, de 1968: “Art. 1º. No art. 31 da Lei 3.807, de 26 de agosto de 1960 (Lei Orgânica da Previdência Social) suprima-se a expressão

‘50 (cinquenta) anos de idade’” (BRASIL, 1968), por entender o Parlamento que o limite etário é altamente danoso ao trabalhador, o qual deverá continuar laborando em atividade nociva até o cômputo de idade.

Os decretos que regulamentaram a aposentadoria especial e que trouxeram as listas dos agentes agressivos para o enquadramento do tempo especial foram: o Decreto n. 53.831/64, Quadro Anexo, e o Decreto n. 83.080/79, Anexos I e II.

Com a Constituição Federal de 1988, a redação original do artigo 202, II, garantiu a aposentação com contagem de tempo inferior à aposentadoria comum para os sujeitos a trabalho sob condições especiais, aqui esclarecidos como aqueles que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidas em lei – *status* constitucional à aposentadoria especial. Buscou-se, constitucionalmente, com essa definição, também, a diferenciação com o direito do trabalho (agentes perigosos, penosos e insalubres), em que pese a ligação umbilical de ambos.

Foi a Lei nº 8.213/91, que, em seus artigos 57 e 58, trouxe a definição da aposentadoria especial¹⁹⁷. As listas de categorias e agentes nocivos continuaram sendo os Decretos n. 53.831/64 e n. 83.080/79 (ausência de lei específica afirmada no art. 58).

A Lei n. 9.032/95 modificou a aposentadoria especial, passando a exigir (a) a comprovação da atividade especial pelo segurado (seu ônus), (b) exposição de forma permanente aos agentes nocivos (não ocasional e não intermitente), (c) vedação de conversão de tempo comum e especial (manutenção de conversão de especial em comum) e (d) prova individualizada da exposição a agentes nocivos (exclusão de enquadramento por categoria profissional).

A Medida Provisória n. 1523-10, de 13.10.1996, modificou o critério de comprovação de atividade especial: Laudo Técnico de Condições Ambientais do Trabalho (LTCAT) para todos os agentes nocivos (antes disso apenas se exigia para ruído, frio e calor)¹⁹⁸ e informações sobre Equipamentos de Proteção Coletiva (EPCs).

¹⁹⁷ “Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta lei, ao segurado que tiver trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme a atividade profissional, sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física” (BRASIL, 1991).

¹⁹⁸ O STJ definiu, julgando o Tema 1031, em 09.12.2020, a possibilidade de comprovação de atividade especial por qualquer meio de prova até 05.03.1997, já que a regulamentação da MP se deu com o Decreto 2.172/97 (decisão ainda sem trânsito em julgado) (BRASIL, 2020a).

O Decreto n. 2.172, de 5.3.1997, que regulamentou a Lei n. 9.032/95 e a Medida Provisória n. 1523-10/96, revogou as listas dos Decretos 53.831/64 (tacitamente) e n. 83.080/79 (expressamente), trazendo uma nova lista de agentes nocivos em seu Anexo IV.

A Lei n. 9.528, de 10.12.1997 (conversão da MP n. 1523-10/96), mencionou pela primeira vez *perfil profissiográfico* (a empresa deverá elaborar e manter atualizado perfil profissiográfico abrangendo as atividades desenvolvidas pelo trabalhador e fornecer a este, quando da rescisão do contrato de trabalho, cópia autêntica desse documento, conforme §4º do art. 58) e trouxe penalidades às empresas que não mantiverem laudo técnico atualizado.

A Lei nº 9.732, de 11.12.1998, criou o Adicional do SAT, destinado ao custeio da aposentadoria especial. Essa mesma lei acrescentou parágrafos ao artigo 58 da Lei n. 8.213/91, exigindo informações sobre Equipamentos de Proteção Individual (EPI) e laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho nos termos da legislação trabalhista.

A Emenda Constitucional 20/98 manteve a aposentação diferenciada nos casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, agora definidos em lei complementar (art. 201, §1º, redação da EC 20/1998); e a Emenda Constitucional 47/2005 incluiu essa possibilidade aos segurados portadores de deficiência (também art. 201, §1º, redação da EC 47/2005).

O Decreto n. 3.048, de 06.05.1999, revogou o Decreto n. 2.172/97 e trouxe nova lista de agentes nocivos no seu Anexo IV, estando em vigor até os dias atuais: houve alterações e atualização pelos Decretos n. 4.882, de 18.11.2003, e n. 10.410, de 30.06.2020.

Não há dúvidas se tratar de benefício que mais sofreu alterações dentro do RGPS e de maior discussão judicial, haja vista a interpretação dos agentes nocivos além dos decretos, abraçando a legislação trabalhista e, muitas vezes, indo além dela¹⁹⁹, certo é que nunca se cogitou retomar a regra de idade mínima à aposentação especial (já que seu escopo é a proteção ao trabalhador exposto a agentes nocivos através de tempo menor de exposição) e tratar de forma idêntica trabalho em atividade

¹⁹⁹ Tema já tratado anteriormente.

comum (não especial) e atividade especial (impossibilidade de conversão de tempo especial para comum – espécie de compensação).

Da LOPS em diante, as alterações legislativas realizadas no benefício de aposentadoria especial foram basicamente relativas à inclusão ou exclusão de atividades profissionais e de agentes agressivos considerados para a concessão do benefício, bem como a forma de comprovação da atividade especial e sua elisão.

Foi a Emenda Constitucional nº 103/2019 que ressuscitou idade mínima à aposentação especial; excluiu totalmente qualquer possibilidade de conversão de períodos em atividade especial para comum para aposentadoria não especial; e retirou do texto constitucional a possibilidade de reconhecimento de atividade especial pela presença de agentes nocivos à integridade física (permanecendo apenas os agentes prejudiciais à saúde).

Assim, ficou tratada a EC 103/2019 na Constituição Federal:

Art. 201 [...]

§ 1º É vedada a adoção de requisitos ou critérios diferenciados para concessão de benefícios, ressalvada, nos termos de lei complementar, a possibilidade de previsão de idade e tempo de contribuição distintos da regra geral para concessão de aposentadoria exclusivamente em favor dos segurados:

I - com deficiência, previamente submetidos a avaliação biopsicossocial realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar;

II - cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação (BRASIL, 1988).

Fica evidente, no texto da emenda, a obrigatoriedade de conjugação dos pressupostos idade e tempo de contribuição para a aposentadoria especial.

Como afirma Serau Júnior (2011, p. 178), “a Emenda Constitucional 103/2019 mudou parcialmente o perfil constitucional da aposentadoria especial”. A previsão de idade e tempo de contribuição em condições especiais, ainda que menores em relação à regra geral, são pressupostos à aposentadoria especial.

Portanto, ainda que se fale em tempo possível à aposentação diminuto, claro que esse tempo poderá ser aumentado ante a exigência de idade mínima.

Como, por exemplo, o mineiro de subsolo, frente de trabalho - escavação, que poderá aposentar-se com 15 anos de labor nessas condições (Anexo IV, código agente nocivo 4.0.2, Decreto 3.048/99). Partindo-se do início desse labor aos 20 anos de idade, sem interrupção em contrato de trabalho, haveria possibilidade de

aposentação, pré emenda constitucional, aos 35 anos de idade. Pelo regramento permanente vigente, deverá esperar até seus 55 anos de idade. Ou seja, se na mesma atividade, mais 20 anos em condições especiais – nocivas à saúde do trabalhador.

Sempre é bom lembrar que a aposentadoria especial, ao traçar o limitador de tempo de exposição a agentes nocivos (15, 20 e 25 anos), não o faz livremente, mas analisando as condições epidemiológicas de exposição aos agentes agressivos, buscando a garantia da saúde e da vida do trabalhador – caráter eminentemente protetivo (afastamento da atividade nociva antes de seu adoecimento).

Martins (2015, p. 374) discorre sobre a aposentadoria especial:

Aposentadoria especial é o benefício previdenciário decorrente do trabalho realizado em condições prejudiciais à saúde ou à integridade física do segurado, de acordo com a previsão da lei. Trata-se de um benefício de natureza extraordinária, tendo por objetivo compensar o trabalho do segurado que presta serviços em condições adversas à sua saúde ou que desempenha atividades com riscos superiores aos normais. A aposentadoria especial é espécie de aposentadoria por tempo de contribuição. Não é espécie de aposentadoria por invalidez, pois não compreende invalidez.

Independentemente do conceito a que se recorra, a aposentadoria especial ostenta um nítido caráter protetivo. Trata-se, a toda evidência, de um benefício previdenciário concedido para preservar a saúde, o bem-estar e a integridade do trabalhador submetido rotineiramente a condições de trabalho especiais. Portanto, não há dúvidas do necessário afastamento do trabalhador da atividade nociva antes que ele venha a se tornar incapaz ao labor: caráter protetivo da aposentadoria especial.

O próprio STF, quando levado a analisar a constitucionalidade da norma legal de afastamento da atividade especial daqueles aposentados em atividade especial – §8º do art. 57 da Lei 8.213/91, porquanto o Tribunal Regional Federal da 4ª Região afastou a sua incidência ao argumento de impedimento ao livre exercício do trabalho, no julgamento do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade 5001401-77.2012.4004.0000, Corte Especial do TRF4, de relatoria do Des. Fed. Ricardo Teixeira do Valle Pereira, em 24.05.2012 – no Tema 709, afirmou a constitucionalidade da norma na proteção à saúde, à integridade física e ao bem-estar do trabalhador:

[...] O art. 57, § 8º, da Lei nº 8.213/91 é constitucional, inexistindo qualquer tipo de conflito entre ele e os arts. 5º, inciso XIII; 7º, inciso XXXIII; e 201, § 1º, da Lei Fundamental. A norma se presta, de forma razoável e proporcional, para homenagear o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como os

direitos à saúde, à vida, ao ambiente de trabalho equilibrado e à redução dos riscos inerentes ao trabalho (BRASIL, 2021d).

Não pairam dúvidas, destarte, que o STF entendeu que o objetivo do meio ambiente do trabalho e da seguridade social é manter o trabalhador em atividade especial (meio ambiente agressivo à sua saúde) apenas pelo lapso temporal necessário à aposentação, já que vetou a continuidade em labor especial após isso, como proteção ao trabalhador.

Serafin, Reupke e Jacobsen (2021, p. 744), especificamente sobre a idade mínima à aposentação especial, afirmaram:

Certo é que a ciência, observada a evolução, poderá, a qualquer momento, verificar a possibilidade de maior tempo de exposição a determinado agente (aumento de tempo à aposentação) ou, até, excluir determinado agente nocivo (verificação de que não mais o é), o que justifica a modificação de análise da atividade especial. Contudo, sem justificação científica e simplesmente baseada em análises econômicas, financeiras ou demográficas, a manutenção do trabalhador em atividade nociva à sua saúde, até o cômputo de idade em tempo superior ao exigido para a aposentação, é violação à proteção de sua saúde e de sua vida. Em outras palavras, trata-se de desconstituição inconstitucional de um direito.

Outrossim, Castro e Lazzari (2020, p. 595-596) defendem que:

não se mostra condizente com a natureza dessa aposentadoria [...]. Isso porque esse benefício se presta a proteger o trabalhador sujeito a condições de trabalho inadequadas e sujeito a um limite máximo de tolerância com exposição nociva à saúde.

É dizer, a imposição de idade mínima à aposentação é matéria controversa²⁰⁰, assim como o nosso segundo tópico: exclusão total de qualquer possibilidade de conversão de períodos de atividades de naturezas distintas - segurados que tenham exercido atividades especiais *por tempo inferior* ao exigido para a concessão da aposentadoria especial não terão direito a seu aproveitamento para fins de acréscimo do tempo de contribuição - norma restritiva.

Consequência disso é que períodos parciais de exercício de atividade especial – independentemente de sua duração - não ensejarão mais qualquer tipo de

²⁰⁰ A Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria (CNTI) ajuizou no Supremo Tribunal Federal (STF) Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 6309) contra dispositivos da Reforma da Previdência (Emenda Constitucional 103/2019) que criaram requisito etário para a concessão da aposentadoria especial para segurados que trabalham expostos a agentes nocivos à saúde ou à integridade física.

proveito ao segurado, especialmente no que se refere ao tempo total de contribuição exigido para sua aposentadoria. Em última análise, para aqueles segurados que (na maioria das hipóteses) não permaneçam por pelo menos 25 anos em atividades especiais, eventual período de trabalho exposto a agentes prejudiciais à saúde serão contabilizados exatamente da mesma forma que períodos de atividade ordinária, sem exposição a quaisquer riscos.

Larrazi e Brandão (2020, p. 121-122) apontam a ilegalidade da distinção nos seguintes elementos: (i) por nítida violação à garantia constitucional da isonomia material (CF, art. 5º, *caput*), na medida em que estabelece tratamento claramente distinto a segurados em situação absolutamente análoga; (ii) clara violação ao princípio da proporcionalidade, enquanto fundamento de controle judicial da atuação legislativa, extraído de outra garantia constitucional: o postulado do devido processo legal substantivo (CF, art. 5º, LIV), e (iii) a restrição em análise também não resiste a um juízo de ponderação de interesses, na medida em que acaba por suprimir substancialmente a tutela previdenciária incidente nos casos de exercício de atividade especial por tempo insuficiente à concessão da aposentadoria especial, equiparando-a àquela assegurada aos segurados em geral, não submetidos aos mesmos agentes nocivos.

Assim, Larrazi e Brandão (2020, p. 123-124) explicam o primeiro item:

Ao suprimir a possibilidade de conversão dos períodos de atividade especial em comum, a EC nº 103/2019 instituiu tratamento distinto para segurados em situações absolutamente idênticas, não naquilo que toca à concessão da aposentadoria especial em si, que naturalmente exige o preenchimento integral de seus requisitos (tempo mínimo), mas em relação ao exercício de atividades em condições especiais, com idêntico prejuízo à saúde, independentemente do tempo de tal exposição. [...] Não é preciso maior esforço para perceber que tal desgaste não sobrevém exatamente aos 25 anos de atividade, mas é sofrido gradualmente ao longo do tempo, por todo segurado que exerça atividades especiais.

De fato, exemplificando, temos nítido a ausência de isonomia: dois segurados trabalhando na mesma empresa e setor, ambos expostos a agentes nocivos capazes de caracterizar, segundo a lei previdenciária, sua atividade como especial. Durante tal atividade, ambos sujeitam-se, igualmente, aos efeitos nocivos dos agentes sobre sua saúde, legitimadores, portanto, da concessão de aposentadoria especial ao fim de determinado período reduzido de tempo, *in casu*, 25 anos. Após 24 anos e 11 meses de trabalho sob tais condições, um destes

trabalhadores é deslocado para outra função, não exposta aos mesmos agentes nocivos. No mês seguinte, o outro trabalhador se aposenta com atividade especial. O primeiro, somente aproveitará sua atividade especial de 24 anos e 11 meses se voltar à atividade especial, caso contrário, mesmo sofrendo os efeitos da atividade especial, em nada lhe aproveitará.

Larrazzi e Brandão (2020, p. 123) continuam: “tal distinção mostra-se flagrantemente arbitrária e, além de conferir um tratamento indigno ao trabalhador, desconsidera o valor social de seu trabalho, malferindo assim dois dos fundamentos da própria República (CF, art. 1º, III e IV)”.

Aliados o primeiro com os dois últimos pontos (ausência de proporcionalidade da norma de não utilização de tempo especial frente ao dano ao trabalhador e a ausência de ponderação de valores), “simplesmente não há qualquer justificativa, sob a ótica constitucional, à disparidade de tratamento instituída pela EC nº 103/2019” (LARRAZZI; BRANDÃO, 2020, p. 126).

Por fim, o próximo debate jurídico e futuramente judicial no que toca à aposentação especial: retirada dos agentes nocivos à integridade física do texto da norma constitucional (permanecendo apenas os agentes prejudiciais à saúde).

O texto da Reforma da Previdência encaminhado ao congresso assim dispunha:

Art. 201 [...]

§1º [...]

II - Será concedida aposentadoria aos segurados que comprovem o exercício de atividades com efetiva exposição a agentes nocivos químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, **vedadas a caracterização** por categoria profissional ou ocupação e o enquadramento **por periculosidade** (BRASIL, 2019a, grifo nosso).

No Senado Federal, por emenda supressiva do Senador Paulo Paim, o termo “enquadramento por periculosidade” foi excluído do texto da Reforma. No entanto, do corpo do texto, deixou-se de considerar atividade especial a exposição a agentes nocivos à integridade física. E, ainda que esteja em tramitação no Senado Federal um Projeto de Lei Complementar 245/2019 que definirá a concessão de aposentadoria especial aos segurados do Regime Geral de Previdência Social e afirmará quais serão as profissões consideradas perigosas, o que se questiona é: há possibilidade de atividades perigosas ante a ausência de aposentadoria especial pela exposição a agentes nocivos à integridade física? A jurisprudência se incumbirá de analisar, já

pontuando que o STJ, em Embargos de Declaração do Recurso Especial nº 1.830.508-RS, Tema 1031 (BRASIL, 2020a), retificando a tese firmada do tema, afirmou a possibilidade do reconhecimento da especialidade da atividade de vigilante, mesmo após EC 103/2019, e, ainda que não tenha analisado esse tópico, propiciou e deu ênfase ao debate judicial que virá.

Concluindo a análise de alguns pontos da emenda constitucional que deu origem à Nova Previdência, deixando de fora tantos outros²⁰¹, não há dúvidas da judicialização dessa emenda constitucional, judicialização em larga escala, como direito individual, mas reflexos coletivos, já que haverá desconfiguração individual da reforma previdenciária efetivada – já que mal feita e não fundamentada²⁰².

E é nesse momento que caminhamos para o derradeiro tópico: proposição de uma atuação democrática do STF. No lugar de justificar a revisão judicial com base na necessidade de proteção de direitos fundamentais, utilizar-se-á (a revisão judicial) como “um veto a mais” para propiciar uma “interlocução institucional” entre Judiciário e Legislativo e, assim, enriquecer a qualidade argumentativa da democracia, que, ao fim e ao cabo, é o que se esperou da reforma constitucional à introdução da Nova Previdência (MENDES, 2011, p. 27-28).

4.4 LEGITIMIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL PELA DELIBERAÇÃO INTERINSTITUCIONAL

No primeiro capítulo trabalhamos o Estado Social Democrático de Direito: concretizador dos direitos sociais por meio de políticas públicas. Estado esse afirmado pelo Constituinte de 1988. No seguir do capítulo, apresentamos uma abordagem acerca dos direitos fundamentais e do direito à previdência social enquanto direito fundamental positivado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB, terminando pela abordagem dos limites constitucionais às medidas restritivas ao direito à previdência social, com enfoque na ideia de transponibilidade da proibição de retrocesso social, desde que o Poder Legislativo esclareça e prove seus motivos de forma transparente, havendo uma presunção favorável à existência de recursos materiais para a manutenção de um direito prestacional.

²⁰¹ Como ausência de regra de transição, violando-se o princípio da confiança nos atos administrativos e da segurança jurídica.

²⁰² Como já pontuado no segundo capítulo.

No segundo capítulo, trabalhou-se a necessária independência dos governantes eleitos para proporem leis e disporem sobre as políticas públicas, já que utilizamos o modelo representativo de governo; porém, não estão eles (os governantes) desonerados de fundamentar adequadamente suas opções, apresentando premissas empíricas confiáveis, transparentes, acessíveis e controláveis por parte do povo. Partiu-se, assim, do Direito Fundamental a um Devido Procedimento na Elaboração Normativa (DFPEN), afirmando que o caráter procedimental de uma emenda constitucional, num Estado Democrático de Direito, não pode ser reduzido a qualquer forma de procedimento sob a justificativa de que, no final, é o povo quem decide (através de seus representantes). Reduzir a um mero formalismo o caráter procedimental e democrático através do qual se dá a produção do direito é reduzir a legitimidade à legalidade, afrontando os princípios básicos que estruturam o Estado brasileiro – como os princípios republicano, democrático, do Estado de Direito e a garantia do devido processo legal. E, analisando a exposição de motivos à emenda constitucional de reforma previdenciária e o procedimento de aprovação legislativa da emenda, concluiu-se pela ausência de um devido procedimento na elaboração da emenda constitucional em análise, porquanto as razões apresentadas pelo proponente da emenda foram pautadas em informações não confiáveis e não sustentáveis, as quais também não foram alvo de questionamentos pelo Congresso Nacional, demonstrando, assim, a total ausência de democracia, já que qualquer debate minimamente efetivado apontaria as incongruências naquela proposta de emenda. Afirmou-se, ao final, não tendo o Executivo e o Legislativo efetivado seu papel democrático, que a inconstitucionalidade formal da norma editada deve ser declarada pelo Judiciário – ante ausência de observância do devido procedimento na elaboração normativa, cuja consequência natural para o desrespeito ao procedimento constitucionalmente estabelecido é sua declaração pelo Poder Judiciário.

Nesse capítulo, esclarecendo a judicialização das políticas públicas e, notadamente, a judicialização do direito previdenciário em seu caráter individual, inclusive apresentando dados estatísticos, pontuou-se a magnitude da judicialização do direito previdenciário no aperfeiçoamento do sistema de proteção social, com a concessão de benefícios previdenciários pela dialética normativa e não apenas pelo positivismo, apresentando exemplos pré emenda constitucional. E, no caminhar da judicialização do direito individual previdenciário e na ausência de dúvidas da

judicialização do direito previdenciário efetivado na constância da EC nº. 103/2019, também como direito individual, pontuou-se elementos de inconstitucionalidade material da emenda, alguns inclusive já declarados pelo Judiciário.

E é nesse momento que iniciamos a conclusão do capítulo e do trabalho: propor a não desconfiguração de uma reforma de política pública pelo Judiciário como detentor da última palavra afirmando a inconstitucionalidade formal e material da emenda, mas a substituição da revisão judicial com base na necessidade de proteção de direitos fundamentais pela “interlocução institucional” entre Judiciário e Legislativo. No STF, enriquecendo o debate e a qualidade argumentativa da democracia, para, após, devolver ao parlamento a reanálise reformadora, agora já com informações coerentes e um mínimo de maturação, ainda que realizado pelo Judiciário.

4.4.1 Separação de poderes e política: de quem é a última palavra?

Há, no Supremo Tribunal Federal, várias ADIs discutindo a “Nova Previdência”²⁰³, seja em seu aspecto formal, seja em seu aspecto material. Já elencamos, no segundo e nesse terceiro capítulos, elementos de inconstitucionalidade formal e material. Destarte, haverá análise, pelo Judiciário, da constitucionalidade da emenda, seja pelo controle concentrado, seja pelo difuso. Será o Judiciário, então, a afirmar a política pública previdenciária? “Num regime democrático constitucional, pode um juiz ser detentor da última palavra? Negar a via jurisdicional significa fazer pouco dos direitos fundamentais? Defender direitos fundamentais traz como consequência inexorável a revisão judicial?” (MENDES, 2008, p. 11-12).

A teoria constitucional afirma, implícita ou explicitamente, que parlamentos são a expressão mais direta do ideal democrático, enquanto as constituições e declarações de direitos, somados à instituição do controle judicial de constitucionalidade, são a manifestação do constitucionalismo: o primeiro ideal se propõe a realizar o governo do povo, o segundo busca assegurar limites aquele poder.

Mendes (2011, p. 19) entende que:

Controvérsias sobre quem deveria ter a última palavra em conflitos sobre direitos fundamentais, dessa maneira, são percebidas como uma tensão não

²⁰³ ADIs 6254, 6255, 6256, 6258, 6271 e 6279.

apenas entre duas instituições – parlamentos e cortes – mas também entre dois ideais políticos – respectivamente, democracia e constitucionalismo.

Romanelli, Tomio e Kanayama (2016, p. 100) narram que, em 1835, Alexis de Tocqueville afirmou que uma das principais funções do Poder Judiciário no desenho institucional norte-americano é o de ser uma barreira contra a “tirania” da maioria política. Cumpre ao Judiciário atuar como “força contramajoritária”, corrigindo e impedindo excessos das majorias e uma legislatura perigosamente radicalizada.

Destaca-se:

As raízes da concepção da corte constitucional norte-americana como um “freio contramajoritário” são evidenciadas em pesquisas históricas que encontram na gênese do órgão de cúpula do Poder Judiciário uma forte desconfiança com relação à vontade da maioria (ROMANELLI; TOMIO; KANAYAMA, 2016, p. 100).

Nessa ótica, o controle de constitucionalidade é reconhecido como um mecanismo para impedir que mudanças desejadas por uma eventual maioria legislativa subtraia direitos das minorias. A dificuldade reside, a toda evidência, na falta de legitimidade para que um grupo pequeno de magistrados possa se contrapor a atos elaborados dentro das regras da democracia representativa, por meio de legisladores representantes da vontade da maioria (ROMANELLI; TOMIO; KANAYAMA, 2016, p. 101).

Mendes (2011) afirma que Ronald Dworkin explica a divisão de trabalhos entre as instituições: a tarefa central das cortes é a defesa dos direitos fundamentais – o “fórum do princípio” – e a deliberação sobre políticas públicas o papel dos parlamentos - “fórum de utilidade”. A objeção democrática contra a legitimidade da revisão judicial confunde o verdadeiro significado de democracia. De acordo com a sua concepção constitucional de democracia, há requisitos morais substantivos que não são atendidos pelo procedimento majoritário, mas pela “resposta certa” sobre um direito fundamental, independentemente de quem decida (legitimação *ex post*).

Esclarecendo Dworkin, o autor prossegue afirmando que a tal “resposta certa” sobre direitos fundamentais é inspirada pelo ideal da “igual consideração e respeito”, e ajuda a promover a “filiação moral” de cada pessoa à comunidade política, padrão desejável de igualdade. Destaca: “em resumo, democracia, quando estão em jogo direitos fundamentais, é uma questão de *output* substantivo, não de *input* procedimental” (MENDES, 2011, p. 2).

Jeremy Waldron, também analisado por Mendes (2011), refuta essa justificativa de Dworkin:

[...] atribuir a juízes a decisão sobre questões moralmente controversas, retirando dos cidadãos a possibilidade de emitir seu juízo moral num procedimento majoritário, desrespeita o que a democracia teria de mais valioso: a inexistência de hierarquia entre os cidadãos, que decidem em igualdade de condições seus problemas coletivos (WALDRON *apud* MENDES, 2011, p. 25).

De acordo com Mendes (2011, p. 25), Waldron resolve o problema através da proposta de maximização do direito de participação, “o direito dos direitos”: permite a todos a igualdade em votação pública. Portanto, segundo ele, a pergunta decisiva é “quem deve decidir” e não “o que decidir”.

Mendes (2011, p. 26), explicando sua dissertação de mestrado, afirmou:

Comparei os argumentos de Dworkin e Waldron por dois ângulos. Pelo prisma da igualdade política, Waldron aponta para a conquista moral que a regra da maioria representa. Dworkin, por sua vez, busca uma versão mais genuína da igualdade, que não se limite à noção modesta por trás do voto majoritário – a igualdade de consideração e respeito. Em segundo lugar, indiquei como ambos se posicionam em relação à epistemologia moral e suas implicações. Para Waldron, a eventual existência de resposta certa para os dilemas morais é irrelevante para os fins de se pensar em instituições, uma vez que o desacordo moral em sociedades pluralistas resiste aos melhores argumentos. Do desacordo inexorável, resta apenas adotar um procedimento que dê a cada indivíduo o mesmo valor. Para Dworkin, mesmo que não seja possível demonstrar a resposta certa e que cortes possam errar, estas estariam melhor posicionadas e teriam uma expertise para encontrar tal resposta.

Partindo da análise de Dworkin, a revisão judicial dependeria da presunção da infalibilidade judicial, e a teoria constitucional demonstrar que o judiciário “respeita direitos”, o que é uma busca “[...] pouco frutífera para justificar a revisão judicial, uma vez que o respeito a direitos não se prova de maneira incontroversa” (MENDES, 2011, p. 26-27).

A maioria das democracias constitucionais contemporâneas pratica a revisão judicial como substituição da decisão do Parlamento pela decisão do Judiciário. Mendes (2008, p. 135), afirmando que quando o STF declara a inconstitucionalidade de emenda constitucional ele sufoca os meios de ação dos canais representativos, porque “[...] mesmo que o Tribunal fosse capaz de aferir erros e acertos do legislador, o regime democrático deve possibilitar que dada comunidade aprenda com os próprios erros”, deixa claro que o “direito de errar por último” é inerente ao autogoverno

democrático, rechaçando os argumentos de proteção de direitos e contrapeso institucional do Judiciário - “guardião da Constituição” (MENDES, 2008, p. 25-129).

Robert Dahl (1991, p. 192), em passagem na qual equipara o papel do tribunal ao regime de “quase guardiões”, (*quasi-guardianship*), indica preocupação parecida. A aposta nesse tipo de arranjo institucional precisa lidar, no plano empírico, com ônus da prova argumentativa, isto é, até que se demonstre a existência de certas circunstâncias excepcionadoras (a “tirania da maioria”, p. ex.), presume-se que o legislador eleito é a autoridade legítima para dirigir as escolhas morais da democracia.

A heavy burden of proof should therefore be required before the democratic process is displaced by quasi guardianship. It should be necessary to demonstrate that the democratic process fails to give equal consideration to the interests of some who are subjects to its laws; that the quasi-guardians would do só; and that the injury inflicted on the right to equal consideration outweighs the injury done to the right of a people to govern itself (DAHL, 1991, p. 192)²⁰⁴.

Mendes (2011, p. 31), contrariamente a ambos – Dworkin e Waldron, perpassando pela teoria do diálogo no interior da decisão judicial²⁰⁵, propõe um discurso de legitimidade à revisão judicial: “Além da necessidade de criticar decisões individuais que, isoladamente, podem ser boas ou más, precisamos de uma noção clara e consistente de qual a missão da corte nesse tipo de regime”, e propõe que:

[...] não deve haver competição ou conflito pela última palavra, mas um diálogo permanente e cooperativo entre instituições que, por meio de suas singulares expertises e contextos decisórios, são parceiros na busca do melhor significado constitucional (MENDES, 2011, p. 31).

²⁰⁴ Em tradução livre: “Um pesado ônus da prova deve, portanto, ser exigido antes que o processo democrático seja substituído pela decisão dos quase guardiões. Deveria ser necessário demonstrar que o processo democrático falha em dar igual consideração aos interesses de alguns que estão sujeitos às suas leis; que os quase guardiões fariam isso; e que o dano infligido ao direito a igual consideração supera o dano causado ao direito de um povo de governar a si mesmo” (DAHL, 1991, p. 192).

²⁰⁵ Mendes deu destaque para Alexander Bickel, afirmando que “[...] ajuda a perceber que há mais no controle de constitucionalidade do que interpretação e aplicação do direito. Essa não é, propriamente, uma novidade, pois o realismo jurídico e as vertentes da ciência política que investigaram o judiciário sempre desacreditaram dessa premissa. A perspectiva de Bickel é inovadora, contudo, porque defende as virtudes políticas da corte e as insere numa teoria normativa da revisão judicial. Não se trata apenas de dizer que é inevitável a corte ser influenciada por fatores externos ao direito, mas de sustentar que é assim que deve ser, a depender de quais forem esses fatores. Esse é o argumento de Bickel que se conecta com a ideia de diálogo”. (MENDES, 2011, p. 109).

O foco para o autor (2011, p. 32), portanto, é um modelo desejável de diálogo: deliberação interinstitucional (entre parlamentos e cortes) ao invés da deliberação intra-institucional (dentro de parlamentos e cortes).

Afirma, ainda, que

[...] o desafio é desenhar um diálogo que maximize a capacidade da democracia de produzir respostas melhores em direitos fundamentais ou, em outras palavras, de levar o potencial epistêmico da deliberação interinstitucional a sério, sem desconsiderar a necessidade do estado de direito por decisões estáveis, ainda que provisórias (MENDES, 2011, p. 33-34).

Passo a explorar essa ideia de Mendes (2011) e sua aplicação à análise da emenda Constitucional da Nova Previdência.

4.4.2 Separação de poderes e legitimidade: deliberação interinstitucional

Mendes, trabalhando a separação de poderes e os tempos da política, afirma que os excessos da teoria normativa “[...] produziram apoteoses da última palavra”: batalhas imaginárias entre o juiz heroico e o legislador moralmente decaído ou entre o juiz ideologicamente dissimulado e o legislador virtuoso e exemplar, em outra análise, conflito entre os direitos fundamentais e a democracia, posicionando-se, necessariamente, sobre o melhor e pior modelo (MENDES, 2011, p. 171) e o poder da última palavra.

Fomenta, contudo, a possibilidade de coexistência entre parlamentos e cortes constitucionais, sem necessidade de escolher entre um e outro de modo excludente, combinando a provisoriedade das decisões judiciais com a continuidade da política: ideal de diálogo permanente – invocação da ideia de “última palavra provisória”, porquanto as decisões têm provisoriedade²⁰⁶ (MENDES, 2011, p. 171). Não se trata de deixar a demanda de autoridade “em aberto” - desconforto existencial insuportável, mas de afirmar que a separação de poderes admite que a cada momento decida uma instituição diferente, ou uma espécie de combinação da posição de mais de uma instituição (MENDES, 2011, p. 182).

Aponta:

²⁰⁶ “A política é uma sequência ininterrupta de contestações e revisões as decisões de autoridade. Isso não é regressão ao infinito, mas continuidade histórica” (MENDES, 2011, p. 182).

A invocação da idéia de “última palavra provisória” não pode esconder o custo temporal, material e intelectual de novas “rodadas procedimentais”. Há graus de provisoriedade. Decisões, mesmo que possam ser revistas, são mais ou menos duradouras e resistentes. Alguns de seus efeitos se consomem e, em certo sentido, tornam-se irreversíveis. O fato de ser interlocutora, por essa razão, não significa que a corte esteja isenta da responsabilidade de boas decisões e de um teste rigoroso de legitimidade. De qualquer modo, relativizar a importância da última palavra tem um valor. Se o ponto de chegada é sempre provisório, dever-se-ia atentar também para o caminho, o processo de interação que precede e sucede a decisão. Diálogo, no longo prazo, é inevitável. Decisões são tomadas e problemas concretos resolvidos, mas os mesmos temas são reprocessados pela comunidade política. Essa constatação trivial traz um elemento surpreendentemente novo para a reflexão sobre o papel e legitimidade do controle de constitucionalidade (MENDES, 2011, p. 171-172).

O diálogo interinstitucional, para Mendes, baseia-se em dois componentes básicos: (a) desenho institucional que o disciplina formalmente e (b) cultura política que o anima. Para o autor, independentemente do modelo de separação de poderes – arquitetura institucional, a interação com o tempo é incontrolável, assim como as concepções variadas de legitimidade que informam a cultura política e interferem na qualidade de interação (MENDES, 2011, p. 173).

Sintetiza o professor, através de sequência de perguntas e respostas,

A última palavra sobre direitos importa? Sim, mas menos do que se supunha. Importa para quê? Para firmar decisões com pretensão de maior durabilidade; para resolver, ainda que temporariamente, uma demanda por decisão coletiva que valha para todos. Qual, então, o critério para a escolha da autoridade detentora dessa prerrogativa? A confiança da comunidade na instituição que tenha maior probabilidade de produzir a melhor decisão. E se essa instituição for, comparativamente, menos democrática do que as alternativas? Mesmo que se aceite a hipótese da qualidade mais ou menos democrática de instituições isoladas, dentro da lógica da separação de poderes, aquela que for “mais democrática”, caso discorde, sempre poderá responder. Se outra, de fato, for “mais democrática”, dificilmente será derrotada por muito tempo (MENDES, 2011, p. 182-183).

Extraí-se, portanto, a principal lição: escalas temporais da democracia – ausência de monopólio de decisões sobre direitos, chamado pelo autor de flutuações de legitimidade (MENDES, 2011, p. 183). Prossegue afirmando que essas modulações são compatíveis com a ideia de freios e contrapesos, porque a operação das instituições dentro da separação de poderes é dinâmica: negociam, passo a passo, o raio de atuação – mesclam atos de ativismo e contenção, ocupação e desocupação de espaço. “Trata-se, sobretudo, de um processo informal (e não formalizável) de acomodações contingentes ditadas pela política, não por uma cartilha de hermenêutica” (MENDES, 2011, p. 185).

O desafio da teoria normativa, destarte, não é aprisionar as instituições num esquema rígido de separação de poderes e legitimidade procedimental, mas fazer com que bons argumentos permeiem as instituições: legitimidade do diálogo.

Nesse passo, Mendes, respondendo ao questionamento por ele feito: “qual diálogo é mais desejável na democracia? (MENDES, 2011, p. 191), conclui pela modelo deliberativo apresentado por Jeffrey Tulis, professor da Universidade do Texas, que traz a ideia de deliberação para o centro da teoria da separação de poderes, que se funda na “premissa de que nenhuma instituição democrática específica é suficiente para assegurar a consideração de todas as preocupações relevantes na sustentação da democracia” (MENDES, 2011, p. 192, *apud* TULIS, 2003). Para o professor citado, a separação de poderes faz com que diferentes valores entrem em tensão, dando voz institucional a diferentes perspectivas e, nessa tensão deliberativa entre instituições, há produção de boas decisões.

Deixando o peso de autoridade legislativa democrática e justiça de decisões, já que inexistente infalibilidade, e focando na separação de poderes como estímulo ao jogo político e produção flutuante de perspectivas e argumentos, a instituição com o melhor desempenho deliberativo sobressai-se na “competição” pelo melhor argumento e legitimidade, afirmando a última palavra provisória. No nosso sistema de controle de constitucionalidade, a corte, portanto. Todavia, na perspectiva temporal, o parlamento poderá reiniciar uma nova rodada de análise, inclusive utilizando-se dos argumentos lançados pela corte.

Afirma Mendes (2011, p. 205):

Essa aparenta ser uma questão fundamental de qualquer teoria do diálogo. Se a última palavra provisória não impede novas rodadas procedimentais, significa que a estabilização de um determinado tema coletivo ocorreria somente a partir de alguma acomodação entre os dois poderes, ou quando um deles aceitar a posição do outro (a qual, a propósito, pode ser resultado de seguidas negociações argumentativas de rodadas anteriores). A abdicação judicial na situação-limite talvez fosse uma defesa normativa plausível. A corte daria ao parlamento o benefício da dúvida. No entanto, este cenário é mais especulativo do que realista. Com maior frequência, poderes reduzem progressivamente o desacordo, fazendo concessões recíprocas. É um jogo político, mas nada impede que uma deliberação genuína influencie o processo.

E como a corte pode participar desse processo? Mendes (2011, p. 205-206) aponta que a corte tem maior grau de desconfiança nesse diálogo, porquanto não detém o *pedigree* autoevidente da democracia, inclusive com reflexos no estado

de direito – necessidade de divisão clara de funções para que haja estabilidade e previsibilidade do Estado. O autor propõe que a corte possa modular “intervenção e contenção a depender do desempenho do parlamento”, analisando de forma prudente o contexto (MENDES, 2011, p. 207).

Prossegue afirmando que o interlocutor judicial pode provocar atritos e desafiar o legislador a enfrentar um tipo especial de razão que nem sempre pesa nas decisões parlamentares²⁰⁷, mas na medida que o legislador se nega a fazê-lo de forma transparente, deixa de lado a credencial eleitoral na inovação política, devendo a corte, prudentemente no contexto, enfrentar o parlamento (MENDES, 2011, p. 208).

Considerando a existência de uma deliberação genuína, a ideia não é outra do que a expectativa de que a separação de poderes deliberativa tenha maior probabilidade de chegar a melhor resposta. Esclarece que:

[...] não mais se procura qual poder, entre corte e parlamento, está mais bem estruturado para alcançar a melhor resposta em questão de princípios. Olho para os dois como partes de um único desenho. Passo da deliberação intra-institucional para inter-institucional (MENDES, 2011, p. 209).

Ao trabalhar um modelo de interação através da deliberação e que se preocupe em criar uma “cultura de justificação” - para além de um puro jogo de forças, o bom argumento cumprirá algum papel, porquanto parlamento e corte, “[...] desafiando-se reciprocamente quando consideram que têm uma melhor alternativa, é provável que produzam respostas mais criativas do que num modelo conflitivo e adversarial” (MENDES, 2011, p. 201-2011).

O trabalho de uma corte constitucional, destarte, não precisa ser apenas de uma barreira de contenção (ainda que também o seja), mas mecanismo propulsor de melhores deliberações. “Não serve somente para (tentar) nos proteger da política quando esta sucumbe ao pânico ou irracionalidade, mas para desafiá-la a superar-se em qualidade” (MENDES, 2011, p. 212).

No enfoque da corte como barreira de contenção, mas também como catalisador deliberativo, passo à análise da EC nº. 103/2019 nessa perspectiva de dimensão legítima deliberativa, ponto a concluir esse trabalho.

²⁰⁷ “Isso não implica a obrigação de demonstrar a resposta correta, ou de encontrar uma que alcance adesão consensual, mas de respeitar os ônus argumentativos de quem participa de um empreendimento deliberativo” (MENDES, 2011, p. 208)

4.4.3 Corte Constitucional: barreira de contenção da EC nº103/2019, aprimoramento democrático e devolução ao parlamento

Uma Constituição desprovida de revisão judicial é um instrumento descartável, modificável por qualquer necessidade legislativa; um simples “pedaço de papel”, nas palavras de Vieira (1999, p. 115). De outro lado, o Poder Judiciário, que tem competência para extrair uma lei do ordenamento jurídico estatal, pode se sobrepor à decisão do Poder Legislativo quanto à política pública de previdência social? Mais longe: tem o Judiciário legitimidade democrática para modificar uma política pública efetivada contra o ato legislativo dignitário do maior consenso deliberativo – a emenda constitucional?

Ainda que Rui Barbosa tenha afirmado que ao STF “deve ficar o direito de errar por último”²⁰⁸, defendemos, consoante supra elaborado, que a melhor democracia está no debate jurídico e interinstitucional.

É dizer, ao Judiciário – aqui ao STF em destaque, não há dúvidas, competirá afirmar, dentro das ações direitas de inconstitucionalidade em curso contra essa Emenda Constitucional 103/2019, as incongruências dessa emenda, em seu aspecto formal – analisados no segundo capítulo como direito fundamental a um devido procedimento na elaboração normativa -, e em seu aspecto material – apontados nessa capítulo como judicialização individual da previdência, mas jamais, ao interpretar a norma, exercer o poder criativo do Direito – mormente poder criativo individual de uma política pública social²⁰⁹.

Ao Judiciário competirá fomentar a produção de razões e informações dirigidas ao espaço público²¹⁰, e é nesse espaço público que se desenvolverá a crítica, a oposição e o debate sobre o conteúdo das opções políticas formuladas por quem tem a competência para tomar tais decisões – Legislativo.

²⁰⁸ É a lição de Rui Barbosa, citado pelo Ministro Sepúlveda Pertence em seu voto no MS nº 21.443-DF: “Em todas as organizações políticas ou judiciais sempre há uma autoridade extrema para errar em último lugar. O Supremo Tribunal Federal, não sendo infalível, pode errar, mas a alguém deve ficar o direito de errar por último, de decidir por último, de dizer alguma coisa que deva ser considerada como erro ou como verdade. Isto é humano” (BRASIL, 1992).

²⁰⁹ O que, como já apontado, está ocorrendo.

²¹⁰ Audiências públicas previstas na Lei 9.868/1999. A referida lei prevê nos artigos 9º, §1º: “Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria” (BRASIL, 1999).

O STF, como promotor da democracia, competirá, inclusive em audiências públicas, conferindo a legitimidade democrática não efetivada pelo parlamento, ouvir especialistas com autoridade e experiência na matéria, observando a igualdade e pluralidade dos participantes que representam a sociedade diretamente interessada na causa, e, decidindo, afirmar os valores constitucionais do direito à previdência social que não podem ser usurpados, emitindo um veredicto sobre o alcance desses nossos valores político-sociais sensíveis, mas não afirmando ou remodelando a política pública previdenciária, porquanto, nessa circunstância, ao contrário de contribuir para a democracia, ele sufoca a decisão tomada na principal arena desse regime.

O caminho verdadeiramente democrático a essa Emenda Constitucional é sua devolução ao parlamento pelo STF, com maturação e debates democráticos efetuados nesse poder, destacando-se os valores sociais previdenciários caros do Estado Social Brasileiro e que devem ser ponderados nessa reforma política²¹¹. Dessa maneira o Poder Judiciário promoverá o debate interinstitucional como expressão do poder ideológico que se legitima pela natureza do compromisso com a democracia, vedando o tratamento da previdência social como direito individual; e proteção individual não isonômica como máquina financeira do Judiciário.

Reiterando Mendes (2008, p. 186-187), o debate não é entre direitos e democracia procedimental (entendida somente como regra da maioria) e entre supremacia do legislador e democracia substantiva como excludentes. É, sim, sobre o melhor caminho institucional para proteger direitos.

Não há por que o Judiciário, e notadamente a Corte Constitucional, ser vista como a voz definitiva da razão, que ratifica ou decapita o Parlamento e, colocando a democracia em seu lugar, ilumina o verdadeiro direito; porquanto, ao fim e ao cabo, o Parlamento volta e toma o lugar que é seu, refazendo o malfeito.

Uma política pública previdenciária deve nascer para as futuras gerações e manter-se por décadas como forma de vida de sua sociedade, competindo ao Judiciário, nesse momento e nesse panorama histórico, a única atitude possível à vida digna dos cidadãos brasileiros: discussão democrática nesse Poder e devolução ao Parlamento.

²¹¹ Inconstitucionalidade da emenda pela ausência de deliberação mínima baseada em dados concretos, a exemplo da decisão da Corte Constitucional da Colômbia, C-277/2011, já destacada no capítulo anterior.

5 CONCLUSÃO

Como visto no primeiro capítulo, o Estado Liberal clássico instituído a partir da Revolução Francesa de 1789 outorgou importantes contribuições para humanidade, dentre as quais a concepção de Estado de Direito, a divisão de poderes e a fundamentalização de direitos humanos. O *laissez-faire*, contudo, redundou em graves mazelas sociais, relacionadas à Revolução Industrial, que catalisou profundas transformações na Europa, como o êxodo rural e a criação de uma grande massa de trabalhadores nos centros urbanos. Esses graves problemas sociais produziram um inexorável clamor por uma mudança de paradigma, potencializada pela pressão advinda do Marxismo e da Revolução Russa. Naquele contexto, a gênese do Estado Social adveio da necessidade de transformação do Estado Liberal para fins de manutenção do Capitalismo. Por isso, o novo modelo de Estado não alterou as hierarquias sociais então existentes, mas apenas as reproduziu. O Estado Social, desse modo, consubstanciou-se em um modelo intervencionista, ao qual, além da garantia dos direitos de primeira dimensão, se impunha o dever de propiciar o gozo dos direitos de segunda dimensão, relacionados à saúde, à educação, ao trabalho, à assistência e previdência social. O Estado Social e Democrático de Direito, contudo, transcende o Estado Social, pois, além da preocupação social intrínseca a este, visa a incorporar o princípio democrático como elemento constitutivo, promovendo a justiça social e a efetiva participação do povo no controle das decisões estatais. Esse é o modelo adotado pela Constituição Federal de 1988, a qual instituiu um verdadeiro projeto de sociedade para o Brasil.

No seguir, observou-se que os direitos fundamentais são dotados de uma fundamentalidade formal e de uma fundamentalidade material, podendo ser classificados em cinco dimensões distintas, conforme o contexto histórico em que tiveram sua gênese. Os direitos sociais são classificados como de segunda dimensão, pois surgiram com o advento do Estado Social e do dever de intervenção estatal para estabilizar as mazelas sociais supracitadas, constituindo ferramentas para a concretização da igualdade material. Na Constituição Federal de 1988, eles se relacionam intrinsecamente aos princípios da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Constatou-se, igualmente, que os direitos fundamentais sociais possuem aplicabilidade imediata e, em sua maioria, natureza prestacional, sendo também

dotados de dimensões subjetiva e objetiva, individual e coletiva. Adotou-se, nesse sentido, o entendimento de que os direitos fundamentais sociais correspondem ao direito a prestações em sentido estrito, de forma concatenada com o objeto de estudo, ou seja, a tutela coletiva do direito à previdência social.

A partir disso, tratou-se do direito à previdência social, enquanto direito fundamental prestacional positivado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e os limites constitucionais às medidas restritivas ao direito à previdência social, com enfoque no ideal de não retrocesso social, mas na conclusão de que, em termos absolutos, não há óbice intransponível às leis ou às emendas constitucionais limitar ou a suprimir direitos sociais, havendo necessidade, contudo, de que o proponente da emenda esclareça os motivos da modificação de forma transparente, e que o parlamento, a casa política do Estado, efetive um devido procedimento legislativo: democracia plural.

Conforme referido no segundo capítulo, um dos elementos estruturantes de um Estado Democrático de Direito, do princípio do pluralismo político e do próprio princípio republicano, todos consagrados na condição de princípios e fundamentos no artigo 1º, *caput* e inciso IV, da Constituição Federal, consiste na exigência de um devido processo legislativo. O poder de reforma à Constituição é uma fórmula encontrada pelo constituinte originário para assegurar a estabilidade política e jurídica, mas também atualizar o texto originário. Sem esse mecanismo, nos tempos pós-modernos, ante a velocidade com que a sociedade evolui, dificilmente uma carta constitucional viveria muito.

Há limites materiais e formais à reforma. Nos limites formais, a modificação do direito constitucional – enquanto norma jurídica, sujeita-se a três conjuntos de disposições constitucionais: iniciativa (quem é competente para iniciar a proposta de norma), deliberação (quórum de deliberação e a dinâmica entre as duas Casas Legislativas) e aprovação (veto, sanção, promulgação e publicação).

Por proponente da norma, entende-se aquele que apresenta uma proposição normativa que será objeto de discussão e deliberação do colegiado. O proponente dessa norma tem o dever de apresentar, de forma pública, as razões pelas quais considera que a tal norma deve ser editada e as informações que a fundamentam.

Utilizando o Direito Fundamental ao Devido Procedimento na Elaboração Normativa (DFPEN), cujo conceito é de que toda ação estatal tem limites e precisa justificar-se, porque, embora o voto lhes confira uma ampla legitimidade para tomar decisões no âmbito da democracia, essas decisões precisam de razões e justificativas aos destinatários; afirmou-se um conteúdo mínimo do DPEN, qual seja, ato normativo acompanhado de justificativa pública contendo, ao menos: 1) razões e informações; 2) o problema que a iniciativa legislativa pretende enfrentar; 3) os impactos esperados pela medida proposta e 4) os custos dessa medida. O objetivo é promover a democracia plural: fomentar o debate político e conferir maior consistência e seriedade, impondo elementos para que as proposições normativas sejam refletidas dentro do contexto em que estão inseridas e pretendem modificar.

Prosseguindo o capítulo, analisou-se a exposição de motivos da proposta à emenda constitucional nº 06/2019, a qual se transformou na Emenda Constitucional nº. 103/2019, na perspectiva do Devido Procedimento na Elaboração Normativa: justificativa pública. A abordagem ocorreu em cinco pilares: a) ausência de dados claros e coerentes quanto ao déficit da previdência social; b) cultura da inadimplência fiscal previdenciária e seu fomento público; c) afirmação inverídica de insustentabilidade do RGPS em 2060 pelo elevado patamar de despesas previdenciárias; d) desconstitucionalização das regras previdenciárias; e e) financiamento por capitalização – transição da seguridade social para o seguro social.

Concluiu-se que o proponente dessa emenda constitucional, ao justificá-la publicamente, utilizou-se de ausência de informações confiáveis e sustentáveis e, com base nessas informações (não confiáveis), apresentou razões à reforma previdenciária - partiu-se de várias premissas não verídicas como justificativa a uma reforma no âmbito social. E, a ausência de apresentação de razões ou apresentação de razões pautadas em informações não confiáveis apresenta consequências jurídicas no seu plano de validade: invalidade de uma proposta legislativa. Pontou-se que a função do Parlamento é fomentar o debate político e conferir maior consistência e seriedade, impondo elementos para que as proposições normativas sejam refletidas, contestadas e expurgadas ou retificadas dentro do contexto em que foram inseridas, porquanto é no âmbito do debate político no parlamento que pode-se buscar o mais próximo do ideal de democracia nos estados modernos, não efetivado no caso da

emenda em análise, com total ausência de democracia: maquiagem de democracia que funcionou como legitimador de modificação da estrutura social previdenciária brasileira.

Afirmando-se o dever de deliberação mínima de uma emenda constitucional pelo parlamento, inclusive com exemplo de decisão da Corte Colombiana, findou-se o capítulo tecendo que o caráter procedimental de uma emenda constitucional, num Estado de Direito, não pode ser reduzido a qualquer forma de procedimento sob a justificativa de que, no final, é o povo quem decide (através de seus representantes). Reduzir a um mero formalismo o caráter procedimental e democrático através do qual se dá a produção do direito é reduzir a legitimidade à legalidade, afrontando os princípios básicos que estruturam o Estado brasileiro – como os princípios republicano, democrático, do Estado de Direito e a garantia do devido processo legal. Nesse contexto, não tendo o Executivo e o Legislativo efetivado seu papel democrático, exclamou-se a inconstitucionalidade formal da norma editada sem observância do devido procedimento na elaboração normativa.

No último capítulo, passou-se ao estudo da judicialização, fenômeno complexo e multifatorial relacionado intrinsecamente ao processo de expansão Global do Poder Judiciário. No Brasil, esse processo associa-se intrinsecamente à Constituição Federal de 1988, que reforçou a noção de cidadania, fundamentalizou diversos direitos – inclusive de índole social –, consolidou a independência do Poder Judiciário e estabeleceu variados mecanismos para que os cidadãos pudessem questionar judicialmente os atos dos Poderes Executivos e Legislativo. Detectou-se, igualmente, a distinção entre os conceitos de judicialização e ativismo judicial, bem como entre a judicialização da política e a judicialização do direito. No pertinente à judicialização da previdência social, percebeu-se a predominância do matiz individualista e a hiperjudicialização previdenciária. Ainda entre as principais causas da judicialização da previdenciária, elencou-se: (i) a efetiva existência de fatos não reconhecidos pela administração pública e que implicam o cumprimento dos requisitos legais; (ii) a ilegalidade de exigência administrativa amparada em ato normativo infralegal que extrapolaria o poder regulamentar, por veicular condições ou requisitos não previstos em lei no sentido formal e material; e (iii) a inconstitucionalidade de critério ou elemento constitutivo do critério de elegibilidade estabelecido em lei, por incompatibilidade formal ou material com norma constitucional. E, quanto ao último

tópico, verificou-se que a atuação jurisdicional não restringe a concessão ou de revisão de um benefício previdenciário na perspectiva de efetivação dos direitos fundamentais sociais, caminhando a jurisprudência previdenciária na tarefa de aperfeiçoamento do sistema de proteção social, na superação do formalismo positivista, com a problemática da interpretação da norma – dialética entre intencionalidade normativa e realidade do caso concreto. Exemplificou-se a atuação jurisdicional no âmbito previdenciário pré emenda constitucional; demonstrou-se os efeitos materiais na concessão dos benefícios previdenciários trazidos pela emenda constitucional, inclusive com exemplos judiciais retirados da 3ª Vara Federal de Criciúma; e as possíveis e já declaradas inconstitucionalidades materiais pelas instâncias ordinárias do judiciário.

Sinalizando à possibilidade de revisão judicial da emenda constitucional pelo Judiciário como última palavra e, destarte, promotor não político de política pública, propõem-se uma interlocução institucional à preservação da democracia: debates democráticos efetuados no Poder Judiciário, destacando-se os valores constitucionais do direito à previdência social que não podem ser usurpados, emitindo um veredicto sobre o alcance desses nossos valores político-sociais sensíveis, mas não afirmando ou remodelando a política pública previdenciária, porquanto, nessa circunstância, ao contrário de contribuir para a democracia, ele sufoca a decisão tomada na principal arena desse regime.

E, efetivado o debate nesse Poder, devolver-se-á ao Parlamento a reanálise reformadora, agora já com informações coerentes e um mínimo de maturação, ainda que realizado pelo Judiciário, a novo debate democrático, democratizado interinstitucionalmente.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2002.

ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Tradução de Aechen Assis Mendonça. Berlim, Deutscher Bundestag, 23 maio 1949. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2021.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução: Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. 3. reim. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMADO, Frederico. **Reforma Previdenciária comentada**. Salvador: JusPodivm, 2020.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula. **Direito constitucional a um devido procedimento na elaboração normativa: direito à justificação**. 3.ed. São Paulo: Fórum, 2020.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle constitucional das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 12 out. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BASSETO, Marcelo Eduardo Rossitto; BASSETO, Maria do Carmo Lopes Toffanetto Rossitto. A temporalidade da pensão por morte em face do protocolo de San Salvador: direito previdenciário e controle de convencionalidade. *In*: SERAU JUNIOR, Marco Aurélio; VICTÓRIO, Rodrigo Moreira Soderó (Coord.). **Teses revisionais de inconstitucionalidade a partir da reforma da previdência (EC 103/2019)**. Curitiba: Juruá, 2020.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição brasileira de 1988, as “constituições transformadoras” e o “novo constitucionalismo latino-americano”. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 7, n. 26, p. 285-305, maio/ago. 2013.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: para uma teoria geral da política. 14 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 5ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1993.

BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. **Direitos Fundamentais e Justiça**, [S.l.], n. 3, p. 82-93, abr./jun. 2008. Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/4615/material/DIREITO%20%C3%80%20PAZ-p%20.%20bonavides.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2021

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**: 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BORON, Atilio A. Aristóteles en Macondo: notas sobre el fetichismo democrático en América Latina. *In*: HOYOS VÁSQUEZ, Guillermo. **Filosofía y teorías políticas entre la crítica y la utopía**. Buenos Aires: CLACSO, 2007.

BORSIO, Maecelo Fernando. Sistema de Proteção Securitária no Regime Anglo-Saxônico (Britânico e nos EUA) e Regime Canadense. *In*: MORAIS, Océlio de Jesús C. (Coord.). **Sistemas de Seguridade no Mundo**: a dignidade humana está em primeiro lugar? São Paulo: Ltr, 2019. p. 94-111.

BOSCHETTI, Ivanete (Org.). **Política Social no Capitalismo**: tendências contemporâneas. São Paulo: Cortez, 2008.

BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 263, p. 175-220, maio/ago. 2013. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/10648/9641>. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição 6/2019**. Modifica o sistema de previdência social, estabelece regras de transição e disposições transitórias, e dá outras providências. Brasília, 20 fev. 2019a. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=219245>. Acesso em: 19 ago. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Resolução nº 17, de 1989**. Aprova o Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Brasília, 1989. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/arquivos-1/RICD%20atualizado%20ate%20RCD%2021-2021.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2021.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Rio de Janeiro, 14 jul. 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 01 jun. 2021.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)**. Rio de Janeiro, 24 fev. 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 01 jun. 2021.

BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 01 set. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999**. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de São Salvador", concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador. Brasília, 30 dez. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3321.htm. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923**. Crea, em cada uma das empresas de estradas de ferro existentes no país, uma caixa de aposentadoria e pensões para os respectivos empregados. Rio de Janeiro, 24 jan. 1923. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4682-24-janeiro-1923-538815-publicacaooriginal-90368-pl.html>. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, 1 maio 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019.** Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Brasília, 12 nov. 2019b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 27 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001.** Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Brasília, 12 jul. 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10259.htm. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.135, de 17 de junho de 2015.** Altera as Leis nº 8.213, de 24 de julho de 1991, nº 10.876, de 2 de junho de 2004, nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e nº 10.666, de 8 de maio de 2003, e dá outras providências. Brasília, 17 jun. 2015c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13135.htm. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015.** Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, 6 jul. 2015d. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960.** Dispõe sobre a Lei Orgânica da Previdência Social. Brasília, 26 ago. 1960. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l3807.htm. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 5.440-A, de 23 de maio de 1968.** Altera o artigo 31 e dá nova redação do artigo 32 e seu § 1º da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960 (Lei Orgânica da Previdência Social). Brasília, 23 maio 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5440a.htm. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, 24 jul. 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995.** Dispõe sobre o valor do salário mínimo, altera dispositivos das Leis nº 8.212 e nº 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Brasília, 28 abr. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9032.htm. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Advocacia-Geral da União. **Portaria nº 180, de 7 de março de 2019**. Dispõe sobre a criação de Força-Tarefa no âmbito da Advocacia-Geral da União para a atuação nas demandas judiciais sobre a PEC nº 06/2019, que modifica o sistema de previdência social. Brasília, 07 mar. 2019c. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/66344423/do1-2019-03-11-portaria-n-180-de-7-de-marco-de-2019-66344217. Acesso em: 19 ago. 2021.

BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. **Dívida Ativa Previdenciária**. Brasília, 17 ago. 2021a. Disponível em: <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/divida-ativa-da-uniao/divida-ativa-previdenciaria>. Acesso em: 19 ago. 2021.

BRASIL. Subchefia de Assuntos Parlamentares. **Exposição de Motivos da PEC 6/2019**. Autoria: Ministro de Estado da Economia Paulo Roberto Nunes Guedes. Brasília, 20 fev. 2019d. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/REFORMA%202019/ME/2019/00029.htm. Acesso em: 20 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência do STJ**. Recurso Especial 702.607/SC. Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. Quinta Turma. Julgado em: 09 ago. 2005. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200401591967&dt_publicacao=12/09/2005. Acesso em: 01 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência do STJ**. Recurso Especial Nº 1.306.113 – SC. Relator: Ministro Herman Benjamin. Primeira Seção. Julgado em: 14 nov. 2012. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1186239&num_registro=201200357988&data=20130307&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Precedentes Qualificados**. Tema Repetitivo 732. Órgão julgador: Primeira Seção. Brasília, 2017. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=732&cod_tema_final=732. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Precedentes Qualificados**. Tema Repetitivo 1031. Órgão julgador: Primeira Seção. Brasília, 2020a. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&num_processo_classe=1831371. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Precedentes Qualificados**. Tema Repetitivo 1007. Órgão julgador: Primeira Seção. Brasília, 2020b. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&num_processo_classe=1831371. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 336**. Terceira Seção. Julgado em: 25 abr. 2007a. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012_28_capSumula336.pdf. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de Jurisprudência**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.543, do Distrito Federal. Relator: Cármen Lúcia. Tribunal Pleno. Julgado: 06 nov. 2013a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6925215>. Acesso em: 01 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de Jurisprudência**. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5246, do Distrito Federal. Relator: Luiz Fux. Julgado: 16 set. 2015a. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4717190>. Acesso em: 01 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de Jurisprudência**. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5230, do Distrito Federal. Relator: Luiz Fux. Julgado: 16 set. 2015b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4702470>. Acesso em: 01 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de Jurisprudência**. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3105, do Distrito Federal. Relator: Cezar Peluso. Tribunal Pleno. Julgado: 18 ago. 2004. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2192089>. Acesso em: 01 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de Jurisprudência**. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3104, do Distrito Federal. Relatora: Cármen Lúcia. Tribunal Pleno. Julgado: 26 set. 2007b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=493832>. Acesso em: 01 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de Jurisprudência**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1946, do Distrito Federal. Relator: Sidney Sanches. Julgado: 03 abr. 2003. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266805>. Acesso em: 01 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de Jurisprudência**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.863, Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento em 30 abr. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314265412&ext=.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de Jurisprudência**. Recurso Extraordinário 1.221.446, do Rio de Janeiro. Relator: Min. Dias Toffoli. Plenário. Julgado: 21 jun. 2021b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15347186023&ext=.pdf>. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de Jurisprudência**. Ação Direta De Inconstitucionalidade 4.878, do Distrito Federal. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Redator: Ministro Edson Fachin. Plenário. Julgado em: 08 jun. 2021c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756677410>. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de Jurisprudência**. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 581352, do Amazonas. Relator: Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado: 29 out. 2013b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4904100>. Acesso em: 01 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de Jurisprudência**. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário Com Agravo 639337, de São Paulo. Relator: Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado: 23 ago. 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>. Acesso em: 01 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de Jurisprudência**. Agravo de Instrumento nº 151.106-1 (Agravo Regimental). Relator: Ministro Celso de Mello. Primeira Turma. Julgado em: 28 set. 1993. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=326936>. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de Jurisprudência**. Habeas Corpus 70814, de São Paulo. Relator: Celso de Mello. Primeira Turma. Julgado: 01 mar. 1994. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72703>. Acesso em: 01 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de Jurisprudência**. Recurso Extraordinário 351750, do Rio de Janeiro. Relator: Marco Aurélio. Primeira Turma. Julgado: 17 mar. 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=603051>. Acesso em: 01 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de Jurisprudência**. Recurso Extraordinário n. 163231-3, de São Paulo. Relator: Min. Maurício Corrêa. Plenário. Julgado: 26 fev. 1997. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=214240>. Acesso em: 01 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de Jurisprudência**. Recurso Extraordinário 631240, de Minas Gerais. Relator: Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Julgado em: 03 set. 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7168938>. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de Jurisprudência**. Recurso Extraordinário nº 415454, de Santa Catarina. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em: 08 fev. 2007c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491862>. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de Jurisprudência**. Recurso Extraordinário 466.343-1, de São Paulo. Relator: Ministro Cezar Peluso. Tribunal Pleno. Julgado em: 03 dez. 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 709**. Relator: Ministor Dias Toffoli. Julgado em: 06 out. 2021d. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4518055&numeroProcesso=791961&classeProcesso=RE&numeroTema=709#>. Acesso em: 12 out. 2021.

BRILHANTE, Lígia Silva de França. **Democracia, Acesso à Justiça e Defensoria Pública**: uma comparação entre Mossoró/RN e Pelotas/RS. 2017. 206p. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Programa de Pós-Graduação em Ciência Política do Instituto de Filosofia, Sociologia e Política da Universidade Federal de Pelotas. Pelotas, 2017. Disponível em: <https://wp.ufpel.edu.br/ppgcienciapolitica/files/2017/10/L%C3%ADgia-Silva-de-Fran%C3%A7a-Brilhante-2017.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2021.

CALAZANS, Paulo Murillo. Marbury vs. Madison: um breve exame histórico, político e jurídico. **Revista Âmbito Jurídico**, [S.l.], n. 154, nov. 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/marbury-vs-madison-um-breve-exame-historico-politico-e-juridico/>. Acesso em: 12 out. 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Coimbra, 1982.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

CARRANÇA, Thais. Brasil perde 'uma reforma da Previdência' por ano em impostos não pagos por milionários e empresas. **BBC News Brasil**, São Paulo, 19 nov. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-55011017>. Acesso em: 19 ago. 2019.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Rev. Sociol. Polít.**, Curitiba, v. 23, p. 115-126, nov. 2004. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/3699/2949>. Acesso em: 12 out. 2021.

CASTEL, Robert. **Les Métamorphoses de la question sociale**. Paris: Fayard, 2003.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 14, n. 54, p. 28-39, jan./mar., 2006.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Competência Delegada**: uma comparação entre a justiça estadual e a justiça federal nas ações judiciais de direito previdenciário. Brasília: CNJ, 2020a. Disponível em:

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2020**: ano-base 2019. Brasília: CNJ, 2020b. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmoros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 12 out. 2021.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2021**: ano-base 2020. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em: 12 out. 2021.

COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia C-277/11**. Auto 160/11. Sala Plena. Bogotá, 21 jul. 2011. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-277-11.htm>. Acesso em: 20 ago. 2021.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CONSTANT, Benjamin. **The liberty of the ancients compared with that of the moderns**. [S.l.]: Domínio Público, 1819. Disponível em: <https://oll.libertyfund.org/title/constant-the-liberty-of-ancients-compared-with-that-of-moderns-1819>. Acesso em: 01 jun. 2021.

COURTIS, Christian. Critérios de Justiciabilidade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: uma breve exploração. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais**: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2008.

COUTURE, Eduardo J. **Estudios de derecho procesal civil**. Tomo I. Buenos Aires: Depalma, 1978.

DAHL, Robert. **Democracy and Its Critics**. New Haven: Yale University Press, 1991

DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ESPANHA. **Constituição Espanhola**. Junta de Castilla y León, 31 out. 1978. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2021.

ESPING-ANDERSEN, Gosta; GALLIE, Duncan; HEMERIJCK, Anton; MYLES, John. **A new welfare architecture for europe?** Report submitted to the Belgian Presidency of the European Union. [S.l.: s.n.], 2001. Disponível em: <https://childcarecanada.org/documents/research-policy-practice/02/03/new-welfare-architecture-europe-report-submitted-belgian-pr>. Acesso em: 01 jun. 2021.

ESPING-ANDERSEN, Gosta; MYLES, John. **The Welfare State and Redistribution**. [S.l.: s.n.], 2008. Disponível em https://www.academia.edu/32426135/The_Welfare_State_and_Redistribution. Acesso em: 01 jun. 2021.

FAGNANI, Eduardo. Previdência: **O debate desonesto**. São Paulo: Contracorrente, 2019.

FELICIANO, Guilherme Guimarães; CASTRO, Carlos Alberto Pereira. Voltou a reforma da Previdência, agora “desidratada”. **Portal JOTA**, [S.l.], 06 fev. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juizo-de-valor/voltou-reforma-da-previdencia-agora-desidratada-o-que-esperar-06022018>. Acesso em: 19 ago. 2019.

FERNANDES, Adriana. Temer perdoou R\$ 47,4 bi de dívidas de empresas, maior anistia em 10 anos. **Jornal Estadão**, Brasília, 21 jan. 2019. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2019/01/21/temer-perdoou-r-474-bi-de-dividas-de-empresas-maior-anistia-em-10-anos.htm>. Acesso em: 19 ago. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Tradução: Alexandre Araujo de Souza, Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, André Karam Trindade, Hermes Zaneti Júnior, Leonardo Menin. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Selvagens**: a crise da democracia italiana. Tradução: Alexander Araújo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014.

FIGUEIREDO, Tatiana Silva Poggi de. Do liberalismo ao neoliberalismo: as influências do ideário liberal na conformação da Escola de Chicago. **Leituras de Economia Política**, Campinas, v. 15, p. 97-127, jan./dez. 2009. Disponível em: <http://www.grupodetrabalhoeorientacao.com.br/Tatiana-Poggi/Do-liberalismo-ao-neoliberalismo.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2021.

FORST, Rainer. **The right to justification**. New York: Columbia University Press, 2007.

FREITAS, Adriano Brito. **Fatores condicionantes de evasão tributária**: uma análise da contribuição para o financiamento da Previdência Social. 2007. 92 p. Dissertação (Mestrado). Universidade de Brasília/DF, Brasília, 2007.

FREITAS, Marcelo. **Complementação de Voto na Proposta de Emenda à Constituição 6/2019**. Brasília, 23 abr. 2019a. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4A9A6076F089C14A3FB91DEE47B76F4B.proposicoesWeb2?codteor=1735702&filename=Parecer-CCJC-23-04-2019. Acesso em: 19 ago. 2019.

FREITAS, Marcelo. **Relatório na Proposta de Emenda à Constituição 6/2019**. Brasília, 09 abr. 2019b. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1D8F8D4547E154EA5B540DF7CFFA5662.proposicoesWebExterno2?codteor=1730596&filename=Tramitacao-PEC+6/2019. Acesso em: 19 ago. 2019.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e Liberdade**. Rio de Janeiro: LTC, 2002.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Os Perfis do incidente de assunção de competência no CPC/2015. **Revista Interdisciplinar do Direito**, Valença, [S.l.], v. 18, n. 1, p. 35-57, jul. 2020. Disponível em: <https://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/840>. Acesso em: 12 out. 2021.

GALBREITH, John Kenneth. **1929: A grande crise**. São Paulo: Larousse do Brasil, 2010.

GARCIA-PELAYO, Manuel. **As transformações do Estado contemporâneo**. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GOMES, Gabriel Pinheiro de Siqueira. Redemocratização, déficit de democracia e as jornadas de junho. **Anais** [...]. NIEP Marx, Rio de Janeiro, ago. 2015. Disponível em:

<https://www.niepmarx.blog.br/MManteriores/MM2015/anais2015/mc22/Tc221.pdf>.

Acesso em: 20 ago. 2021.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRAU, Eros Roberto. Realismo e Utopia Constitucional. *In*: MORAES, Filomeno; ROCHA, Fernando Luiz Ximenes (Coord.). **Direito Constitucional Contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Tradução: Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Simón. Madrid: Trotta, 2006.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. **Democracy and disagreement**. London: The Belknap of Harvard University, 1996.

HERRERA FLORES, Joaquin. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha**. Tradução: Luís Afonso Heck. 20ª ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998.

HIGÍDIO, José. Justiça considera inconstitucional valor menor de aposentadoria por invalidez. **Revista Consultor Jurídico**, [S.l.], 17 ago. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-17/justica-considera-inconstitucional-valor-menor-aposentadoria-invalidez>. Acesso em: 12 out. 2021.

HIRSCHL, Ran. A judicialização da megapolítica e o surgimento dos tribunais políticos. *In*: MOREIRA, Luiz (Org.). **Judicialização da Política**. São Paulo: 22 Editorial, 2012.

HIRSCHL, Ran. The Political Origins of the New Constitutionalism. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, Bloomington, v. 11, n. 1, p. 71-108, 2004. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1276&context=ijgl> s. Acesso em: 12 out. 2021.

HUBERMAN, Leo. **História da Riqueza do Homem**. São Paulo: Zahar, 1981.

IBRAHIM, Fábio Zambite. A cobertura privada dos benefícios por incapacidade. **Migalhas**, [S.l.], 16 ago. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/previdencialhas/308922/a-cobertura-privada-dos-beneficios-por-incapacidade>. Acesso em: 19 ago. 2021.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 20 ed. Niterói: Impetus, 2015.

INSPER. Instituto de Ensino e Pesquisa. **Relatório Final de Pesquisa: a judicialização de benefícios previdenciários e assistenciais**. Brasília: CNJ, INSPER, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/10/Relatorio-Final-INSPER_2020-10-09.pdf. Acesso em: 12 out. 2021.

KREBS, Hélio Ricardo Diniz. **Sistema de precedentes e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LAVINAS, Lena; BRUNO, Miguel. Guedes defende capitalização exaltando juros altos que paralisam a economia. **Jornal O Globo**, São Paulo, 11 maio 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/epoca/guedes-defende-capitalizacao-exaltando-juros-altos-que-paralisam-economia-opinio-23659032>. Acesso em: 19 ago. 2019.

LAVORATTI, Anna Claudia. **O Estado de Exceção em Face da Emergência Econômico-Financeira: um olhar sobre a jurisprudência portuguesa da crise**. 2018. 147f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas), Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2018. Disponível em <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/85949/1/DISSERTA%c3%87%c3%83O%20ARQUIVO%20FINAL.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2021.

LAZZARI, João Batista; BRANDÃO, Fábio Nobre Bueno. Reforma da Previdência (EC nº 103/2019): Inconstitucionalidade da vedação à conversão do tempo de atividade especial em comum. **JURIS - Revista da Faculdade de Direito**, Rio Grande, v. 30, n. 2, p. 111-133, 2020. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/juris/article/view/12231/8652>. Acesso em: 12 out. 2021.

LAZZARI, João Batista; CASTRO, Carlos Alberto Pereira; ROCHA, Daniel Machado; KRAVCHYCHYN, Gisele. **Comentários à Reforma da Previdência**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

LEAL, Antônio da Silva. O direito à seguridade social. *In*: MIRANDA, Jorge (Coord.). **Estudos sobre a Constituição**. Lisboa: Petrony, 1978. V. 2. p. 335-372.

LEAL, Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. A Judicialização da Política e do Direito: um fenômeno decorrente de múltiplas causas, sob diferentes abordagens. **Anais** [...]. XI Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. Santa Cruz do Sul: EdUNISC, 2014.

LEAL, Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. **Judicialização e Ativismo Judicial**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2015

LEAL, Victor Nunes. Problemas de técnica legislativa. In: LEAL, Victor Nunes. **Problemas de Direito Público**. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

LEITE, Roberto Basillone. **O papel do juiz na democracia: Ativismo Judicial Político X Ativismo Judicial Jurisdicional - 500 anos de autoritarismo e o desafio da transição para a democracia no Brasil contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2014.

LINDE, Hans. Due process of lawmaking. **Nebraska Law Review**, v. 55, p. 197-255, 1976.

MAÇANEIRO, Vanderley José (Coord.). **Análise da Seguridade Social 2019**. Brasília: ANFIP, 2020. Disponível em: https://www.anfip.org.br/wp-content/uploads/2018/12/20161013104353_Analise-da-Seguridade-Social-2015_13-10-2016_Analise-Seguridade-2015.pdf. Acesso em: 19 ago. 2019.

MAGALHÃES, Ana. Sonegação e inadimplência equivalem a um terço do 'deficit' da Previdência. **Repórter Brasil**, [S.l.], 05 jul. 2017. Disponível em: <https://reporterbrasil.org.br/2017/07/sonegacao-e-inadimplencia-equivalem-a-um-terco-do-deficit-da-previdencia/>. Acesso em: 19 ago. 2019.

MARTÍNEZ, Alejandro Rosillo. **Fundamentação dos direitos humanos desde a filosofia da libertação**. Ijuí-RS: Unijui, 2015.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de direito previdenciário**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2001.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MASLOW, Abraham H. **A theory of human motivation**. USA: Start Publishing LLC, 2012.

MELO, Luísa; GERBELLI, Luiz Guilherme. Ainda tenho objetivos maiores com relação à capitalização, diz Paulo Guedes. **Portal G1**, São Paulo, 08 ago. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/08/08/ainda-tenho-objetivos-maiores-com-relacao-a-capitalizacao-diz-paulo-guedes.ghtml>. Acesso em: 19 ago. 2019.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. 1 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. Questões fundamentais de técnica legislativa. **Revista Trimestral de Direito Público**, v. 1, p. 255-271, 1993.

MENDONÇA, José Vicente dos Santos. Vedação do retrocesso: o que é e como perder o medo. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 12, p. 205-236, 2003.

MÉXICO. **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**. Cidade do México: Unidad General de Asuntos Jurídicos, 1917. Disponível em: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Federal/pdf/wo14166.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2021.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Manual de Legística**: critérios científicos e técnicos para legislar melhor. Lisboa: Verbo, 2007.

MORLINO, Leonardo. Qualidades da democracia: como analisá-las. **Sociedade e Cultura**, Goiânia, v. 18, n. 2, p. 177-194, jul./dez. 2015. Disponível em: <http://www.redalyc.org/pdf/703/70346854015.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2021.

MUGNATTO, Sílvia. Reforma da Previdência é promulgada. **Agência Câmara de Notícias**, Brasília, 12 nov. 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/611971-REFORMA-DA-PREVIDENCIA-E-PROMULGADA>. Acesso em: 19 ago. 2019.

NABAIS, José Casalta. **Por mais uma liberdade com responsabilidade**: estudo sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2007.

NETTER, Francis. **La sécurité sociale et ses principes**. 1 reimp. Paris: Dalloz, 2004.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **O princípio de proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

NEVES, Antonio Castanheira. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica**. Coimbra: Coimbra, 2003.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3ª ed. São Paulo: WMF, 2011.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2. ed. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, 2010a.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de direito**: do Estado de direito liberal ao Estado social e democrático de direito. Coimbra: Almedina, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**. Coimbra: Coimbra, 2010b.

OEA. Organização dos Estados Americanos. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José da Costa Rica, 22 nov. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 22 maio 2021.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. **História**. Brasília, 2021. Disponível em: <https://web.archive.org/web/20131217225614/http://www.oit.org.br/content/hist%C3%B3ria>. Acesso em: 20 ago. 2021.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais**: efetividade frente a reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris: Assembleia Geral das Nações Unidas, 10 dez. 1948. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 20 maio 2021.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos**. Nova York: Assembleia Geral das Nações Unidas, 16 dez. 1966. Disponível em: https://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2_pacto_direitos_civis_politicos.pdf. Acesso em: 20 maio 2021.

ORTIZ, Isabel; DURÁN-VALVERDE, Fabio; URBAN, Stefan; WODSAK, Veronika. **Reversão da Privatização de Previdência**: Questões chaves. Suíça: OIT, 2018. Disponível em: <https://www.diap.org.br/images/stories/oit-resumo-estudo-capitalizacao.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2019.

PARTIDOS chegam a um acordo para divisão dos recursos do megaleilão do pré-sal. **Jornal Nacional**, São Paulo, 08 out. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2019/10/08/partidos-chegam-a-um-acordo-para-divisao-dos-recursos-do-megaleilao-do-pre-sal.ghtml>. Acesso em: 19 ago. 2019.

PEDROZO, Juliano. Judicialização da saúde: o Estado deve fornecer medicamento de alto custo? **Jornal Gazeta do Povo**, Curitiba, maio 2019. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/justica/judicializacao-da-saude-medicamento-alto-custo/>. Acesso em: 12 out. 2021.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERRENOUD, Philippe. As competências a serviço da solidariedade. **Pátio Revista Pedagógica**, Porto Alegre, v. 7, n. 25, p. 19-27, fev. 2003. Disponível em: https://www.unige.ch/fapse/SSE/teachers/perrenoud/php_main/php_2003/2003_07.html. Acesso em: 29 nov. 2021.

PINTO, Pedro Duarte. **Presidencialismo à Brasileira**. São Paulo: Lumen Juris, 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PUTY, Claudio Alberto Castelo Branco; GENTIL, Denise Lobato (Org.). **A previdência Social em 2060: as inconsistências do modelo de projeção atuarial do governo brasileiro**. Brasília: ANFIP/DIEESE, 2017. Disponível em: [https://www.ie.ufrj.br/images/IE/livros/Puty%20&%20Gentil%20\(org.\)%20\(2017\)%20A%20Previd%C3%Aancia%20Social%20em%202060.pdf](https://www.ie.ufrj.br/images/IE/livros/Puty%20&%20Gentil%20(org.)%20(2017)%20A%20Previd%C3%Aancia%20Social%20em%202060.pdf). Acesso em: 19 ago. 2019.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. A tutela jurídica do meio ambiente cibernético: a oxigenação propiciada pelos direitos humanos de quinta dimensão. **Revista Âmbito Jurídico**, [S.l.], n. 115, ago. 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-115/a-tutela-juridica-do-meio-ambiente-cibernetico-a-oxigenacao-propiciada-pelos-direitos-humanos-de-quinta-dimensao/>. Acesso em: 01 jun. 2021.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

RICHARD, Lionel. **A República de Weimar (1919-1933)**. São Paulo: Cia das Letras, 1988.

RIO GRANDE DO SUL. Justiça Federal – Seção Judiciária do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 5091578-83.2019.4.04.7100/RS**. Relatora: Desembargadora Federal Tais Schilling Ferraz. Sexta Turma. Julgado em: 22 set. 2021. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40002781677&versao_gproc=3&crc_gproc=9db0a938&termosPesquisados=YXRpdmlkYWRIIGVzcGVjaWFSIHRmciBzdW11bGEgMTk4. Acesso em: 12 out. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Justiça Federal – Seção Judiciária do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 2000.04.01.073643-8**. Relator: Desembargador Federal Nyilson Paim de Abreu. Sexta Turma. Julgado em: 10 jan. 2001. Disponível em: http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/acompanhamento/resultado_pesquisa.php?selForma=NU&txtValor=200004010736438&chkMostrarBaixados=S&selOrigem=TRF&hdnRefId=4e4372d310b40fe8b8efe2b48105901c&txtPalavraGerada=TgFC. Acesso em: 12 out. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Justiça Federal – Seção Judiciária do Rio Grande do Sul. **Cumprimento de Sentença contra Fazenda Pública (JEF) Nº 5004558-14.2020.4.04.7102**. Órgão Julgador: Juíza Andréia Momolli. Data de autuação: 24 jun. 2020b. Disponível em: <https://bit.ly/3FTbaQv>. Acesso em: 12 out. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Incidente de Assunção de Competência (Seção) Nº 5033888-90.2018.4.04.0000/RS**. Relator: Desembargador Federal Osni Cardoso Filho. 6ª Turma. Julgado em: 25 nov. 2020a. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40002244744&versao_gproc=10&crc_gproc=7b07cada. Acesso em: 12 out. 2021.

ROCHA, Daniel Machado da. **O direito fundamental à previdência social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

ROMANELLI, Sandro Luís Tomás Ballande; TOMIO, Fabricio Ricardo de Limas; KANAYAMA, Rodrigo Luis. Tribunais constitucionais, governos e parlamentos: para além do ativismo e da judicialização, instituições no processo decisório – um balanço da literatura. *In*: SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati; ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Jurisdição constitucional e democracia**. Itajaí: UNIVALI, 2016.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à Lei Orgânica da Previdência Social**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

SALVADOR, Evilásio (Coord.). **Seguridade e Previdência social**: contribuições para um Brasil mais justo. Brasília: ANFIP, 2014. Disponível em: https://www.anfip.org.br/wp-content/uploads/2019/01/20140808091827_Seguridade-e-Previdencia-Social-Contribuicoes-para-um-Brasil-mais-Justo_08-08-2014_Seguridade-e-Previdencia_final-1.pdf. Acesso em: 19 ago. 2019.

SAMPAIO, Nelson de Souza. **O Poder de Reforma Constitucional**. Bahia: Livraria Progresso, 1954.

SANT'ANA, Jéssica. 8 meses: o caminho que a Previdência percorreu até ser aprovada pelo Congresso. **Jornal Gazeta do Povo**, Brasília, 24 set. 2019b. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/republica/reforma-da-previdencia-passo-a-passo-tramitacao-no-congresso/>. Acesso em: 19 ago. 2019.

SANT'ANA, Jéssica. Relator atende pedido do Centrão e retira pontos polêmicos da reforma da Previdência. **Jornal Gazeta do Povo**, Brasília, 23 abr. 2019a. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/republica/reforma-previdencia-ccj-pontos-polemicos-retirados/?ref=link-interno-materia>. Acesso em: 19 ago. 2019.

SANTA CATARINA. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Consulta Processual Unificada**. Recurso Cível Nº 5011834-78.2020.4.04.7205. Órgão Julgador: Gab. Juiz Federal Henrique Luiz Hartmann. Data de autuação: 17 set. 2020a. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=5011834-78.2020.4.04.7205&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=SC&sistema=&txtChave=. Acesso em: 12 out. 2021.

SANTA CATARINA. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Consulta Processual Unificada**. Recurso Cível Nº 5008379-08.2020.4.04.7205. Juiz: Érika Giovanini Reupke. Data de autuação: 09 jul. 2020b. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=5008379-08.2020.4.04.7205&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=SC&sistema=&txtChave=. Acesso em: 12 out. 2021.

SANTA CATARINA. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Consulta Processual Unificada**. Cumprimento de Sentença contra Fazenda Pública (JEF) Nº 5001811-37.2020.4.04.7217. Juiz: Mariana Ribeiro De Castro. Data de autuação: 13 ago. 2020c. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=5001811-37.2020.4.04.7217&chkMostrarBaixados=S&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=SC&sistema=&txtChave=. Acesso em: 12 out. 2021.

SANTA CATARINA. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Consulta Processual Unificada**. Cumprimento de Sentença contra Fazenda Pública (JEF) Nº 5001850-34.2020.4.04.7217. Juiz: Gabriela Pietsch Serafin. Data de autuação: 18 ago. 2020d. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=5001850-34-2020.4.04.7217&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=SC&sistema=&txtChave=. Acesso em: 12 out. 2021.

SANTA CATARINA. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Consulta Processual Unificada**. Cumprimento de Sentença contra Fazenda Pública (JEF) Nº 5000073-14.2020.4.04.7217. Juiz: Mariana Ribeiro De Castro. Data de autuação: 20 jan. 2020e. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=5001850-34-2020.4.04.7217&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=SC&sistema=&txtChave=. Acesso em: 12 out. 2021.

SANTA CATARINA. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Consulta Processual Unificada**. Cumprimento de Sentença contra Fazenda Pública (JEF) Nº 5002556-17.2020.4.04.7217. Juiz: Gabriela Pietsch Serafin. Data de autuação: 26 nov. 2020f. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=5002556-17.2020.4.04.7217&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=SC&sistema=&txtChave=. Acesso em: 12 out. 2021.

SANTA CATARINA. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Consulta Processual Unificada**. Cumprimento de Sentença contra Fazenda Pública (JEF) Nº 5010809-33.2020.4.04.7204. Juiz: Gabriela Pietsch Serafin. Data de autuação: 08 dez. 2020g. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=5010809-33.2020.4.04.7204&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=SC&sistema=&txtChave=. Acesso em: 12 out. 2021.

SARAIVA, Rômulo. A desconstitucionalização da Constituição via Reforma da Previdência. **Portal OAB/PE**, Recife, 4 jul. 2019. Disponível em: <https://oabpe.org.br/artigo-a-desconstitucionalizacao-da-constituicao-via-reforma-da-previdencia/>. Acesso em: 19 ago. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. As aproximações e tensões existentes entre os Direitos Humanos e Fundamentais. **Revista Consultor Jurídico**, [S.l.], 23 jan. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jan-23/direitos-fundamentais-aproximacoes-tensoes-existentis-entre-direitos-humanos-fundamentais>. Acesso em: 01 jun. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais a prestações sociais e crise: algumas aproximações. **Espaço Jurídico**, v. 16, p. 459-488, 2015b.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. Pinheiros: Saraiva Educação S.A., 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Reforma da previdência e devido processo de elaboração normativa. **Revista Consultor Jurídico**, [S.l.], 14 fev. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-14/direitos-fundamentais-reforma-previdencia-devido-processo-elaboracao-normativa>. Acesso em: 20 ago. 2021.

SAVARIS, José Antonio. A aplicação judicial do direito da previdência social e a interpretação perversa do princípio constitucional da precedência do custeio: o argumento alakazam. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 281-313, jul./dez. 2011.

SAVARIS, José Antonio. Judicialização de políticas públicas e o ajustamento das normas processuais civis às demandas individuais de seguridade social. **Revista Estudos Institucionais**, [S.l.], v. 5, n. 3, p. 1168-1184, set./dez. 2019.

SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SCHWAB, Jürgen. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006. Disponível em: https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=c0b3d47d-beba-eb55-0b11-df6c530ddf52&groupId=252038. Acesso em: 01 jun. 2021.

SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar**: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. Tradução Bernardo Ajzemeberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SENADO aprova Refis com perdão de até 90% das dívidas de empresas. **Jornal Gazeta do Povo**, Brasília, 05 ago. 2021. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/economia/breves/senado-aprova-refis-com-perdao-de-ate-90-das-dividas-de-empresas/>. Acesso em: 19 ago. 2019.

SERAFIN, Gabriela Pietsch. Pensão por morte ao menor sob guarda e a “Nova Previdência” - Emenda Constitucional 103, de 12 de novembro de 2019. **Anais [...]**. III Encontro Virtual do CONPEDI: direitos sociais, seguridade e previdência social. Florianópolis: CONPEDI, 2021. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/276gsltp/4q9j5mve/t8EvKw2G9DdEX81d.pdf>. Acesso em: 12 out. 2021.

SERAFIN, Gabriela Pietsch; REUPKE, Erika Giovanini; JACOBSEN, Gilson. Inconstitucionalidade da EC 103/2019 quanto à fixação de idade mínima para a aposentadoria especial: uma abordagem à luz do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho equilibrado. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 16, n. 2, p. 713-750, 2021. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/17812/10160>. Acesso em: 12 out. 2021.

SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio. **Seguridade Social como Direito Fundamental Material**. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2011.

SERGIPE. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – Seção Judiciária do Sergipe. **Portal da Jurisprudência**. Processo nº 0503624-34.2020.4.05.8500. Julgado: 26 maio 2021. Disponível em: <https://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1220267989/recursos-5036243420204058500/inteiro-teor-1220267999>. Acesso em: 01 jun. 2021.

SILVA, Ana Lúcia Guimarães; MILANI, Luiz Valmor; BRANCO, Maria Beatriz Fernandes; GUERINI, Rozinete Bissoli; MAÇANEIRO, Vanderley José (Coord.). **Análise da Seguridade Social 2015**. Brasília: ANFIP, 2016. Disponível em: https://www.anfip.org.br/wp-content/uploads/2018/12/20161013104353_Analise-da-Seguridade-Social-2015_13-10-2016_Analise-Seguridade-2015.pdf. Acesso em: 19 ago. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência Política e teoria do estado**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TATE, Chester Neal. Why the expansion of judicial power?. In: TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn (Org.). **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário**. Niterói/RJ: Impetus, 2010.

TONELLI, Maria Luiza Quaresma. **Judicialização da política**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2016.

VIANA, Nildo. A constituição das políticas públicas. **Revista Plurais**, Online, v. 1, p. 94-112, 2006. Disponível em: <http://www.nee.ueg.br/seer/index.php/revistaplurais/article/view/69/96>. Acesso em: 01 jun. 2021.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça**. São Paulo: Malheiros, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Que reforma? **Estudos Avançados**, v. 18, n. 51, p. 195-207, 2004.

VIEIRA, Reginaldo de Souza. **A cidadania na república participativa: pressupostos para a articulação de um novo paradigma jurídico e político para os conselhos de saúde**, 2013. 527 f. Tese (Doutorado em Direito), Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, 2013.

WACHSMANN, Patrick. **Libertes publiques**. Paris: Dalloz, 2000.

WEBER, Aline Machado. A Súmula n.º 198 do TFR em face do atual regramento da aposentadoria especial. **Revista Âmbito Jurídico**, [S.l.], n. 110, 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-previdenciario/a-sumula-n-198-do-tfr-em-face-do-atual-regramento-da-aposentadoria-especial/>. Acesso em: 12 out. 2021.

WILLIAMS, Lucy A. The role of courts in the quantitative-implementation of social and economic rights: a comparative study. **Constitutional Court Review**, v. 3, p. 141-199, 2010.

WINTGENS, Luc. J. Legisprudence as a new theory of legislation. **Ratio Juris**, v. 19, n. 1, p. 1-25, 2006.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e direito**. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Os novos direitos no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2012.

WOLKMER, Antônio Carlos. Marx, a questão judaica e os direitos humanos. **Revista Seqüência**, n. 48, p. 11-28, jul. 2004. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/1250-1264-1-PB.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2021.