

MARCELO RODRIGUES DA SILVA

**LIMITES À ALTERAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL
PREVIDENCIÁRIA**

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Titular Dr. Sérgio Pinto Martins

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO

2020

MARCELO RODRIGUES DA SILVA

**LIMITES À ALTERAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL
PREVIDENCIÁRIA**

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito do Trabalho e da Seguridade Social, sob a orientação do Professor Titular Dr. Sérgio Pinto Martins.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO

2020

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Rodrigues da Silva, Marcelo
Limites à alteração da norma constitucional
previdenciária ; Marcelo Rodrigues da Silva ;
orientador Sérgio Pinto Martins -- São Paulo, 2020.
225
Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em
Direito do Trabalho e Seguridade Social) - Faculdade
de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

1. Direito Previdenciário. 2. Direito
Constitucional. 3. Cláusulas Pétreas. 4. Direito
Adquirido. 5. Expectativa de Direito. I. Martins,
Sérgio Pinto , orient. II. Título.

TERMO DE APROVAÇÃO

Nome: SILVA, Marcelo Rodrigues

Título: Limites à alteração da norma constitucional previdenciária

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito do Trabalho e da Seguridade Social, sob a orientação do Professor Titular Dr. Sérgio Pinto Martins.

Aprovado em: ____ / ____ / ____

Banca Examinadora

Prof. Dr(a). _____ Instituição _____

Julgamento _____ Assinatura _____

Prof. Dr(a). _____ Instituição _____

Julgamento _____ Assinatura _____

Prof. Dr(a). _____ Instituição _____

Julgamento _____ Assinatura _____

Prof. Dr(a). _____ Instituição _____

Julgamento _____ Assinatura _____

Prof. Dr(a). _____ Instituição _____

Julgamento _____ Assinatura _____

Prof. Dr(a). _____ Instituição _____

Julgamento _____ Assinatura _____

*A meus pais,
paradigma de dedicação e esforço.*

Agradecimentos:

Ao Prof. Dr. Sérgio Pinto Martins, pelo estímulo e orientação.

Aos Professores da FADUSP, pelos debates honestos e profícuos.

Aos colegas alunos do CPG, pelo companheirismo durante a jornada.

Aos colaboradores da FADUSP, pela dedicação ao trabalho.

Aos colegas docentes do UNIVEM, pelo incentivo.

À Advocacia-Geral da União, que tornou possível mais esta realização.

RESUMO

SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Limites à alteração da norma constitucional previdenciária*. 225 f. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

O presente trabalho analisa o surgimento, as origens e a evolução da previdência social até seu atual estágio de desenvolvimento. Examina seu fundamento constitucional e sua configuração como direito fundamental. Investiga a possibilidade de os serviços relacionados à previdência social serem prestados diretamente pelo particular sob a regulamentação e fiscalização estatais. Explora a estrutura das normas previdenciárias trazidas na Constituição e as classifica segundo sua forma e sua funcionalidade, relacionando-as com as cláusulas pétreas. Averigua os motivos que conduzem à alteração da norma constitucional, com especial enfoque na ampliação e na restrição à cobertura previdenciária. Em seguida, a pesquisa se debruça sobre o direito adquirido, analisando sua estrutura, sua configuração e a distinção em relação a figuras afins, além da possibilidade de suscitá-lo diante do poder constituinte e em face de regime jurídico ou legal. Segue-se análise do direito adquirido no âmbito previdenciário, verificando-se as hipóteses fáticas em que ocorre, a distinção em relação a figuras semelhantes e formas jurídicas de sua proteção. Para tanto, são examinadas a segurança jurídica e seus desdobramentos boa-fé e proteção da confiança, os quais justificam a necessidade de adoção de regras de transição em face da alteração das normas constitucionais previdenciárias que modificam os critérios de acesso a prestações, notadamente quando ocorre seu endurecimento. Analisa como o Supremo Tribunal Federal foi provocado e enfrentou questionamentos a respeito das principais emendas constitucionais alterando normas previdenciárias. Verifica como se deu o surgimento da crise econômica de 2008 e investiga seus reflexos nos esquemas de previdência da Grécia e de Portugal e como as Supremas Cortes desses países decidiram sobre a restrição a aposentadorias e pensões. Averigua diversas perspectivas de alteração da norma previdenciária, como os eventos que a motivam, os efeitos de sua constitucionalização, a função da gestão previdenciária no contexto da criação e da alteração da norma, a flexibilidade da norma e seu confronto com o retrocesso social. Ao fim da investigação, indicam-se quais normas constitucionais versando sobre a previdência social não admitem alteração.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional; Direito Previdenciário; cláusulas pétreas; direito adquirido; expectativa de direito.

ABSTRACT

SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Limits to the amendment of the social security constitutional norm*. 225 p. Doctorate – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

The present paper analyzes the emergence, origins and evolution of social security to its present stage of development. It examines its constitutional foundation and its configuration as a fundamental right. It investigates the possibility of social security-related services being provided directly by the private sector under state regulation and supervision. It explores the structure of social security norms that are present in the Constitution and classifies them according to their form and functionality, relating them to entrenched clauses. It examines the reasons that lead to the amendment of the constitutional norm, with special focus on expanding and restricting social security coverage. The research then focuses on vested right, analyzing its structure, configuration and distinction regarding similar figures, besides the possibility of raising it before the constituent power and in a juridical or legal regime. This is followed by an analysis of vested rights in the social security sphere, verifying the factual hypotheses in which they occur, the distinction regarding similar figures and how to legally protect them. To this end, legal certainty and its features good faith and protection of trust are examined, which justify the need to adopt transitional rules in a scenery of changes in social security constitutional norms that modify the criteria for access to benefits, especially when they become stricter. It analyzes how the Brazilian Federal Supreme Court was provoked and questioned about the main constitutional amendments changing social security rules. It examines how the 2008 financial crisis came about and investigates its effects on pension schemes in Greece and Portugal and how the Supreme Courts of these countries decided on restrictions on pensions. It studies various perspectives for changing the social security norm, such as the events that motivate these changes, what happens when they are constitutionalized, the role of social security management in the context of creating and amending norms, how flexible the norm is and how it faces social setback. At the end of the investigation, the paper points out which constitutional norms regarding social security cannot be altered.

KEYWORDS: Constitutional Law; Social Security Law; entrenched clauses; vested right; expectation of law.

RÉSUMÉ

SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Limites à l'altération de la norme constitutionnelle de la sécurité sociale*. 225 f. Doctorat – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

Cette recherche analyse l'apparition, les origines et l'évolution de la sécurité sociale jusqu'à son stage actuel de développement. Elle examine son fondement constitutionnel et sa configuration en tant que droit fondamental. Elle fait des recherches sur la possibilité que les services en relation à la sécurité sociale soient directement faits par des particuliers sous la réglementation et la fiscalisation de l'état. Elle explore la structure des normes de la sécurité sociale présentes dans la constitution, les classe selon leur forme et leur fonctionnalité et les relie aux clauses inamovibles. Elle vérifie les motifs qui conduisent à l'altération de la norme constitutionnelle, focalisant spécialement sur l'amplification et la restriction de la couverture de la sécurité sociale. Ensuite, elle se penche sur le droit acquis, en analysant sa structure, sa configuration et la distinction en relation à des cas similaires, en plus de la possibilité de le susciter devant le pouvoir constituant et face au régime juridique ou légal. Puis on continue avec l'analyse du droit acquis dans le domaine de la sécurité sociale, en vérifiant les hypothèses phatiques où elles se déroulent, la distinction en relation aux cas similaires et aux formes juridiques de sa protection. Pour cela, on examine la sécurité juridique et ses manifestations, la bonne foi et la protection de la confiance, qui justifient la nécessité d'adoption de règles de transition face à l'altération des normes constitutionnelles de la sécurité sociale qui modifient les critères d'accès aux prestations, notamment quand ils se durcissent. Elle analyse comment le Tribunal Suprême Fédéral a été provoqué et a affronté la remise en question des principaux amendements constitutionnels qui ont altéré les normes de la sécurité sociale. Elle vérifie comment est apparue la crise économique de 2008 et enquête sur ses répercussions dans les schémas de la sécurité sociale de la Grèce et du Portugal, et comment les Cours Suprêmes de ces pays ont pris leurs décisions sur la restriction des retraites et des pensions. Elle vérifie diverses perspectives d'altération de la norme de la sécurité sociale, comme les événements qui la motivent, les effets de sa constitutionnalisation, la fonction de la gestion de la sécurité sociale dans le contexte de la création et de l'altération de la norme, la flexibilité de la norme et sa confrontation avec la régression sociale. À la fin de la recherche, on indique quelles normes constitutionnelles portant sur la sécurité sociale n'admettent pas d'altération.

MOTS CLÉS: Droit constitutionnel. Droit de la sécurité sociale. Clauses inamovibles. Droit acquis. Expectative de droit.

LISTA DE ABREVIACÕES

ADCT: Ato de Disposições Constitucionais Transitórias
ADI: Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADI-MC: Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade
ANS: Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANVISA: Agência Nacional de Vigilância Sanitária
ARE: Recurso Extraordinário com Agravo
Art.: Artigo
BPC: Benefício de Prestação Continuada
CAP: Caixa de Aposentadorias e Pensões
CF: Constituição Federal
CN: Congresso Nacional
CR: Constituição da República
Dec.: Decreto
EC: Emenda Constitucional
FMI: Fundo Monetário Internacional
IAP: Instituto de Aposentadorias e Pensões
IBGE: Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
Inc.: inciso
INPC: Índice Nacional de Preços ao Consumidor
ISSB: Instituto dos Serviços Sociais do Brasil
INPS: Instituto Nacional de Previdência Social
INSS: Instituto Nacional do Seguro Social
LC: Lei Complementar
LINDB: Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
LOAS: Lei Orgânica da Assistência Social (Lei nº 8.742/93)
LOPS: Lei Orgânica da Previdência Social (Lei nº 3.807/60)
Min.: Ministro
MONGERAL: Montepio Geral da Economia dos Servidores Públicos
MPv: Medida Provisória
MS: Mandado de Segurança
Nº: número
OIT: Organização Internacional do Trabalho

ONU: Organização das Nações Unidas
PEC: Proposta de Emenda Constitucional
PL: Projeto de Lei
Resp.: Recurso Especial
RE: Recurso Extraordinário
RGPS: Regime Geral de Previdência Social
RPPS: Regime Próprio de Previdência Social
STF: Supremo Tribunal Federal
STJ: Superior Tribunal de Justiça
SUS: Sistema Único de Saúde
TC: Tribunal Constitucional português
TNU: Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência
TRF: Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
CAPÍTULO I – O SISTEMA DE PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA	20
1.1. Antecedentes históricos	20
1.1.1. Surgimento e evolução da previdência social.....	20
1.2. Fundamentos teóricos do sistema de proteção previdenciária.....	29
1.2.1. Razões que levam à criação de um sistema compulsório de previdência social	29
1.2.2. Gestão dos serviços relacionados à previdência social.....	31
1.3. A proteção previdenciária como direito fundamental e suas implicações.....	38
1.3.1. Análise dos direitos fundamentais	38
1.3.2. Previdência social como direito fundamental: justificação material e formal.....	41
1.3.3. Previdência social como direito fundamental: implicações.....	43
CAPÍTULO II – A NORMA CONSTITUCIONAL PREVIDENCIÁRIA	46
2.1. Ciências Naturais e Ciências Sociais.....	46
2.2. Norma.....	46
2.3. Norma jurídica, regra jurídica e princípio jurídico	48
2.3.1. Norma jurídica.....	48
2.3.2. Regra jurídica e princípio jurídico.....	50
2.4. Norma constitucional.....	54
2.5. Norma constitucional previdenciária.....	55
2.5.1. Norma constitucional previdenciária: regras e princípios	57
2.5.2. Norma constitucional previdenciária: direito fundamental e cláusula pétrea.....	59
2.5.2.1. Norma constitucional previdenciária como direito fundamental.....	59
2.5.2.2. Norma constitucional previdenciária como cláusula pétrea	62
CAPÍTULO III – ALTERAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL PREVIDENCIÁRIA	67
3.1. Alteração da norma constitucional	67
3.2. Possíveis perspectivas de alteração da norma constitucional previdenciária	68
3.3. Aspecto temporal da alteração da norma previdenciária	69
3.4. Ampliação da proteção previdenciária	71
3.4.1. Limites para a ampliação da cobertura	74
3.4.1.1. Contingências sociais e relevância do agravo para a coletividade	75
3.4.1.2. Regra da contrapartida.....	79
3.4.1.3. Proteção igualitária	80
3.5. Restrição da proteção previdenciária.....	86
3.5.1. Limites para a restrição da cobertura.....	87
3.5.1.1. Patamar mínimo de proteção	88

3.5.1.2. Ineficácia da proteção	90
3.5.1.3. Mínimo existencial e salário mínimo	92
3.5.1.4. Dignidade da pessoa humana	94
CAPÍTULO IV – DIREITO ADQUIRIDO E EXPECTATIVA DE DIREITO NA ALTERAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL PREVIDENCIÁRIA.....	98
4.1. Relação jurídica continuativa e estendida no tempo	98
4.2. A sucessão de normas no tempo e a situação jurídica consolidada.....	100
4.2.1. Sucessão de normas, direito adquirido e situação jurídica	100
4.2.2. Direito adquirido e alteração da norma constitucional.....	104
4.2.3. Direito adquirido e sua conformação no campo da previdência social	107
4.2.3.1. Direito adquirido e regime jurídico previdenciário	109
4.3. A sucessão de normas no tempo e a situação jurídica ainda não consolidada	112
4.3.1 Direito expectativo, expectativa de direito e direito expectado	113
4.3.2. Sucessão de normas, segurança, boa-fé e proteção da confiança.....	117
4.3.2.1. Segurança e segurança jurídica	118
4.3.2.2. Princípio da boa-fé	119
4.3.2.3. Proteção da confiança	123
4.3.2.3.1. Confiança	124
4.3.2.3.2. Fundamentos da proteção da confiança	125
4.3.2.3.3. Elementos da proteção da confiança	128
4.3.2.4. Distinção entre proteção da confiança e boa-fé	129
4.3.3. Aplicação da boa-fé e da proteção da confiança no âmbito previdenciário: proteção à expectativa de direito	132
4.3.3.1. Vedação da retroatividade em prejuízo do direito acumulado	133
4.3.3.2. Regra de transição	135
4.3.3.3. Alteração da regra de transição	142
CAPÍTULO V – AS EMENDAS DE REFORMA PREVIDENCIÁRIA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O EXAME DE CASOS ESTRANGEIROS.....	144
5.1. As Cortes Constitucionais e a norma constitucional previdenciária	144
5.2. Emenda nº 03/93	146
5.2.1. Emenda nº 03/93 e a instituição de contribuição previdenciária sobre inativos e pensionistas	147
5.3. Emenda nº 20/98	149
5.3.1. Redução do conteúdo protegido.....	150
5.3.2. Respeito ao direito adquirido	156
5.3.3. Proteção à expectativa de direito.....	160

5.4. Emenda nº 41/03.....	161
5.4.1. Direito adquirido e contribuição dos inativos e pensionistas	164
5.4.2. Direito adquirido e limitação dos proventos e pensões	167
5.4.3. Direito adquirido e alteração de regra de transição	170
5.5. Emenda nº 47/05.....	171
5.6. Identificação e delimitação do núcleo do conteúdo mínimo da proteção previdenciária: síntese da interpretação constitucional da Suprema Corte	173
5.7. Estudo de casos estrangeiros: a crise global de 2008 e seus efeitos sobre as aposentadorias na Grécia e em Portugal	176
5.7.1. O caso grego	177
5.7.2. O caso português	181
5.7.3. Síntese da interpretação das Cortes Constitucionais Grega e Portuguesa	185
CAPÍTULO VI – PERSPECTIVA DELIMITADORA DA ALTERAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL PREVIDENCIÁRIA	186
6.1. Diversidade de perspectivas	186
6.1.1. Razões que conduzem à alteração da norma previdenciária.....	187
6.1.2. Efeitos da constitucionalização da norma previdenciária.....	189
6.1.3. Gestão previdenciária responsável	192
6.1.4. Resiliência da norma previdenciária e retrocesso social	194
6.2. Discussões suscitadas pela modificação da norma constitucional previdenciária.....	198
6.2.1. Delimitação da alteração da norma constitucional previdenciária	199
CONCLUSÕES.....	205
REFERÊNCIAS	211

INTRODUÇÃO

A relação previdenciária é continuativa, protraindo-se no tempo durante vários anos. Nesse período, o segurado permanece coberto pelo sistema, cujas regras, pela dinâmica própria da sociedade para a qual é voltado, sofrem alterações diversas. As regras existentes no início dessa relação frequentemente encontram-se superadas no momento em que o benefício é requerido.

Em nosso sistema de proteção social, as regras dos regimes de previdência são de ordem pública e, como tal, imperativas. Até mesmo no regime de previdência complementar há pouco espaço para avença, uma vez que é de interesse público sua blindagem jurídica de modo a evitar desequilíbrios capazes de gerar risco sistêmico de quebra e desconfiança generalizada.

O segurado fica completamente à mercê do Poder Público, que, premido por fatores sociais, econômicos, demográficos, financeiros e políticos, promove alteração nas regras inicialmente existentes quando do ingresso no regime. Como resultado, colhe-se a insatisfação de parte dos segurados – em especial daqueles há mais tempo no sistema –, que enxergam nessa alteração restrição em seu cabedal jurídico. Seguem-se acirrados debates acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade dessas alterações.

Polarizada a discussão, de um lado estão aqueles que focam no caráter pético do direito individual, de índole social, à proteção previdenciária. Assim, as inovações normativas somente são admissíveis quando ampliam a cobertura. Ademais, qualquer redução de concessões pretéritas implicaria retrocesso social, negando conquistas alcançadas ao longo de anos de luta pela melhoria das condições de vida do povo.

De outro lado, figuram aqueles que admitem modificações voltadas à restrição da cobertura previdenciária desde que, obviamente, não violado o acesso à proteção mínima a cargo da previdência. A situação estaria adequada ao espírito da Constituição, uma vez que não suprime o direito à previdência social em si, seja qual for o conteúdo concreto dessa proteção.

Diante desse cenário, marcado pela interpretação dicotomizada do texto constitucional, este trabalho visou identificar os contornos e os limites a serem respeitados no que diz respeito à modificação da norma constitucional previdenciária, seja do regime

geral, seja dos regimes próprios, considerando, como ponto central, o não aviltamento dessa proteção.

Toda alteração nesse sistema protetivo, seja aqui, seja alhures, é objeto de acirradas disputas no campo político, econômico e jurídico, ocasionando dúvidas e objeções das mais diversas espécies. Ao fim, o trabalho procurou demonstrar que a solução não é tolher as reformas, mas encontrar o justo equilíbrio entre a proteção à pessoa humana e a flexibilização rumo ao aperfeiçoamento normativo. É justamente essa a contribuição original à ciência jurídica: encontrar uma justificativa teórica e uma limitação lógica e racional para as alterações constitucionais em matéria previdenciária.

Seu escopo geral foi evidenciar que o quadro estruturante-programático da previdência social, da forma como desenhado pela Constituição de 1988, não só admite, mas na verdade estimula, o constante aperfeiçoamento do modelo protetivo criado, devendo-se, entretanto, respeitar determinado núcleo intangível de direitos. A partir da identificação concreta desse núcleo intangível, as alterações normativas tornar-se-ão mais transparentes, contribuindo, ainda que timidamente, para evitar ou reduzir contestações judiciais a esse respeito. A modificação (ou reforma) na legislação previdenciária, portanto, não deve ser encarada com desconfiança ou descrédito, mas com tranquilidade e clareza.

A pesquisa foi articulada e desenvolvida a partir de quatro indagações específicas: (i) O ordenamento jurídico admite alterações tendentes a restringir ou mesmo excluir direitos dos protegidos pelo sistema constitucional previdenciário? (ii) Quais são os limites dessa alteração? (iii) A norma que altera o sistema constitucional previdenciário deve, necessariamente, trazer regra de transição em prol daqueles que, já vinculados ao sistema, ainda não adquiriram o direito a determinada prestação? (iv) A leitura impeditiva da restrição do conteúdo da proteção previdenciária funciona, por outro lado, como elemento dissuasivo da ampliação dessa mesma proteção?

Na busca de solução a tais questionamentos, foram traçados objetivos específicos, os quais figuram como verdadeiros pressupostos necessários para alcançar as respostas. Os objetivos consistiram em: (i) revisar as origens do seguro social¹ de modo a contextualizar a proteção previdenciária como direito fundamental e suas implicações, bem

¹ Considerando que ambas as palavras expressam a noção de sistema protetivo, de natureza contributiva e disciplinado por lei, destinado a amparar o segurado frente a determinadas contingências sociais, adota-se, a partir deste momento e em sinonímia, as expressões previdência social e seguro social. Não se olvida, todavia, que o regime geral de previdência social contempla, como digna de cobertura, a pessoa que não exerce atividade laborativa remunerada, mas que deseja contribuir para o sistema. A inclusão do segurado facultativo, conforme se entende no presente trabalho, e em congruência com André Studart Leitão (*Teoria geral da filiação previdenciária – controvérsias sobre a filiação obrigatória e a filiação facultativa*, 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013, p.115-116 e 250-255), não desnatura a característica de seguro social do sistema previdenciário por se tratar de relação jurídica contributiva e decorrente de lei (e não de contrato).

como (ii) identificar os elementos estruturantes dessa proteção; (iii) definir e classificar as normas constitucionais previdenciárias; (iv) examinar os possíveis âmbitos de alteração da norma constitucional previdenciária; (v) verificar como ocorre a proteção ao direito adquirido e à expectativa de direito no quadro de alteração de normas constitucionais; (vi) examinar como, no debate acerca das emendas constitucionais de reforma à previdência social, a Suprema Corte enfrentou os questionamentos sobre (vi.1) quais normas constitucionais previdenciárias constituem cláusula pétrea e (vi.2) a proteção aos direitos adquiridos e à expectativa de direito; (vii) verificar como foi conduzido o debate sobre a restrição às pensões de aposentadoria no âmbito de países selecionados; (viii) examinar a compreensão e os reflexos da constitucionalização e da restrição a direitos previdenciários; e (ix) elaborar um quadro que funcione como delimitador das iniciativas tendentes a modificar a norma previdenciária.

No âmbito do direito comparado, foi examinado como Portugal e Grécia, países gravemente afetados pela crise econômica de 2008 e que duramente sofreram restrições em seus sistemas de previdência social, enfrentaram corte a benefícios e redução em seus valores, inclusive dos benefícios já anteriormente concedidos; ou seja, qual fundamentação foi suficientemente plausível para confrontar direitos adquiridos.

Para a consecução dos objetivos propostos, foram adotados o método científico hipotético dedutivo e o procedimento técnico da pesquisa bibliográfica. O tema foi desenvolvido ao longo de seis capítulos.

O primeiro capítulo examina o sistema de proteção materializado pela previdência social, desde suas origens até o quadro atual. São pontos centrais desse capítulo trazer à lembrança as razões que ensejam a criação de um sistema obrigatório de previdência, o debate sobre a natureza pública ou privada do gestor do sistema, a justificativa para inserir a previdência dentre os direitos fundamentais e as consequências dessa interpretação. O deslinde dessas questões é fundamental na investigação do conteúdo essencial da proteção previdenciária e sobre o que, à luz do ordenamento constitucional, pode ou não pode ser objeto de alteração.

O segundo capítulo visa definir o que vem a ser norma constitucional previdenciária. A partir daí, é feito minucioso estudo sobre a Constituição de 1988, sacando dela todas as normas dessa natureza, classificando-as em quatro tipos básicos e, depois, distinguindo, dentre elas, as que possuem natureza jurídica de regra das que possuem natureza de princípio. Por fim, é feita a identificação de quais delas consagram direito fundamental e integram o rol das cláusulas pétreas.

O terceiro capítulo discorre sobre a modificação da norma constitucional previdenciária. Principia examinando as formas e o conteúdo da alteração da Constituição, que pode resultar em ampliação ou restrição da proteção oferecida pela previdência social. Em cada uma das duas hipóteses, são encontrados limites balizadores, para além dos quais a modificação descamba para a inconstitucionalidade.

O quarto capítulo é dedicado ao exame do direito intertemporal. O direito adquirido é investigado em detalhes, com as correntes de pensamento ou teorias que estabeleceram a forma de interpretar e aplicar a lei nova, particularmente no que toca à produção dos efeitos dos atos realizados sob a égide da lei antiga. A expectativa de direito é analisada em profundidade, bem como suas formas de tutela, quais sejam, a irretroatividade em prejuízo do direito acumulado do segurado e a estipulação de regra de transição.

O quinto capítulo teve por escopo analisar as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal frente às emendas constitucionais que mais significativamente promoveram alteração das normas previdenciárias. Foram enfocados dois aspectos das decisões da Corte: quais critérios serviram de guia para o reconhecimento da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de normas contidas na emenda; e quais argumentos foram adotados para acolher ou repelir alegações de ofensa a direitos adquiridos e a expectativas de direito. Em cada um dos aspectos enfocados, foram examinados os fundamentos que conduziram à decisão final, cujo objetivo é estabelecer o posicionamento da Corte sobre o tema. No estudo de casos estrangeiros, foram examinados os reflexos da crise econômica de 2008 na previdência social de Portugal e da Grécia, particularmente na redução do valor das aposentadorias. A escolha desses países deve-se ao fato de serem os que mais duramente reduziram ou cortaram prestações do seguro social, mesmo diante de situações jurídicas de anos consolidadas. Seu exame é importante pois permite averiguar até onde foi possível chegar na restrição a direitos e qual discurso jurídico serviu como justificativa.

O sexto capítulo examina as diversas perspectivas em que se coloca a modificação da norma previdenciária, abordando questões relacionadas aos motivos que conduzem a essa alteração, as consequências de sua constitucionalização, as razões gerenciais que devem ser sopesadas na elaboração e na alteração da norma, bem como sua flexibilidade e relação com o retrocesso social. Foram, também, elencadas as normas constitucionais que, versando matéria previdenciária, não admitem supressão ou redução que conduza à ineficácia da proteção securitária.

As conclusões tiradas em cada um dos capítulos foram sumariadas e acrescidas de outras que decorreram do exame global do trabalho.

Ao fim de todo esse percurso, espera-se ter dado resposta às indagações inauguralmente suscitadas e, ainda que de modo singelo, contribuído para o debate rumo ao aprimoramento de tão valiosa e indispensável instituição que é a previdência social.

CAPÍTULO I – O SISTEMA DE PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA

1.1. Antecedentes históricos

A previdência social, presente – em maior ou menor medida – em praticamente todos os países do mundo, não é um dado, mas um construído; não é um ser, mas um dever ser, ou seja, representa mais do que um órgão, instituição ou conjunto de prestações. Representa, na verdade, o desejo de segurança que torna possível a serenidade da vida numa sociedade organizada. Até alcançar o atual grau de evolução, passou por diversas etapas que justificam a presente conformação, a qual, de modo geral, não encontra grandes diferenças ao redor do globo.

A fim de melhor conhecer seus contornos, bem como para não perder de vista qual foi e continua sendo o objeto de proteção, entende-se conveniente revisitar as etapas pelas quais passou o seguro social até os dias presentes.

1.1.1. Surgimento e evolução da previdência social

O trabalho é a força motriz do desenvolvimento humano, pois é capaz de produzir crescimento material² e intelectual. Tão antigo quanto o trabalho é a preocupação com a impossibilidade de realizá-lo. Daí advém a noção de proteção contra eventos que afastem o ser humano de suas atividades rotineiras e por força das quais ganha o seu sustento.

A forma mais antiga de proteção contra infortúnios dessa natureza³ ocorreu

² Segundo John Locke, a forma de adquirir propriedade (e, vale notar, riqueza) é pelo trabalho, já que o Todo Poderoso legou aos homens a terra e tudo que nela existe em condições de igualdade, num verdadeiro condomínio, de modo que a única forma de destacar um quinhão é laborando nele e acrescentando valor pelo esforço humano (*Segundo tratado sobre o governo civil*. Trad. Marsely de Marco Dantas, São Paulo: Edipro, 2014, p.44).

³ Os infortúnios aqui referidos são os riscos ou contingências sociais, os quais, segundo Dominique Grandguillot, constituem um “evento futuro ou incerto causador de dano quando se manifesta” e que “se torna social quando é partilhado por uma coletividade” (*L’essentiel du droit de la Sécurité sociale*. 4. ed. Paris: Gualino, 2017, p.15, tradução livre). Assinala Marco Aurélio Serau Júnior que “[...] a percepção dos riscos é eminentemente cultural e social, inexistindo uma noção prévia e intrínseca do que seja um *risco* a ser suportado pela sociedade. Em consequência, se a noção de risco é percebida socialmente, também social e politicamente será definida a resposta ao mesmo [...]” (*Seguridade social como direito fundamental material*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p.57). É por isso que cada sociedade, num dado momento histórico, define quais riscos ou contingências são relevantes e dignos de proteção.

no seio da família, por meio da solidariedade⁴ entre pessoas atadas por laços de sangue⁵. Seguiu-se a solidariedade por entes estranhos (particulares ou o Estado) e posteriormente a solidariedade entre trabalhadores.

Apesar das diversas conotações que o vocábulo solidariedade comporta, releva, no presente estudo, sua enunciação como espécie de acordo ou pacto social por força do qual as pessoas sentem-se responsáveis pelo bem-estar umas das outras⁶. É nessa justa significação que o termo vem sendo utilizado na configuração atual do seguro social.

Sem grande divergência, a doutrina⁷ observa no surgimento e evolução da previdência social três etapas distintas, a saber: fase (ou etapa) do assistencialismo, fase (ou etapa) do mutualismo e fase (ou etapa) do seguro social, todas elas embasadas na solidariedade.

O assistencialismo consiste na caridade, na doação incondicionada e fundada meramente no sentimento altruísta de ajudar alguém em situação de necessidade ou impossibilidade de sustentar a si mesmo e aos que dele dependam. Como anota Augusto Venturi⁸, durante muito tempo foi chamado de caridade ou amor ao próximo; na prédica religiosa, foi denominado fraternidade ou filantropia; e em tempos recentes, solidariedade. Surgiu nos primórdios da existência humana, no exato momento em que um homem decidiu estender a mão ao próximo em situação menos favorecida. Marcou a forma da sociedade romana pela figura do cliente (pessoa em geral não pertencente à aristocracia e sem posse de

⁴ Vera Herweg Westphal assinala que, nos primórdios, a noção de solidariedade estava relacionada ao amor altruísta, dando lugar, mais tarde, à ideia de fraternidade e irmandade e, em fins do século XIX, à concepção do dever recíproco de promover o bem-estar dos membros da sociedade (Diferentes matizes da ideia de solidariedade. *Revista Katálysis*. Florianópolis, v. 11, n° 1, jan./jun. 2008, p.43-52). No mesmo sentido, ver Joacir Sevegnani (*A solidariedade social no Estado Constitucional de Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p.15-22 e 64-65).

⁵ PERSIANI, Mattia Persiani. *Direito da previdência social*. 14. ed. Trad. Wagner Balera e Edson L. M. Bini. São Paulo: Quartier Latian, 2008, p.24; PASTOR, José Manuel Almansa. *Derecho de la seguridad social*. 7. ed. Madri: Editorial Tecnos, 1991, p.35; SEVEGNANI, Joacir Sevegnani, op. cit., p.15.

⁶ WESTPHAL, Vera Herweg, op. cit., p.44; SEVEGNANI, Joacir, op. cit., p.58.

⁷ AMADO, Frederico. *Curso de direito e processo previdenciário*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017; ROCHA, Daniel Machado da. *O direito fundamental à previdência social na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004; MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2016; RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de previdência social*. Rio de Janeiro: Forense, 1979; PERSIANI, Mattia. *Direito da previdência social*. 14. ed. Trad. Wagner Balera e Edson L. M. Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2008; CASTRO, Carlos Alberto Pereira. LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014; VENTURI, Augusto. *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*. Trad. Gregorio Tudela Cambroner. Madri: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994. Todavía, não se desconhece que alguns autores observam na evolução da previdência social três (IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008) ou quatro (HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito previdenciário*. 8. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010) fases de desenvolvimento, a saber, da formação (1883 à I Grande Guerra), da universalização (período entre guerras), da consolidação (período pós II Grande Guerra a fins da década de 1970) e da reformulação (de fins da década de 1970 ao momento atual), ou ainda que outros autores acrescem a etapa do seguro contratual como antecedente àquela do seguro social (CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. *Direito social brasileiro*. Vol. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, p.401-407; GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito da seguridade social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016; FERREIRA, Lauro Cesar Mazetto. *Seguridade social e direitos humanos*. São Paulo: LTr, 2007).

⁸ Op. cit., p.23.

terras que, mesmo não sendo escrava, realizava pequenos serviços a uma família proprietária, a qual era responsável por sua sobrevivência)⁹ e da sociedade feudal pela figura do servo (cuja proteção era atribuída ao senhor dono das terras nas quais trabalhava). Mais frequentemente realizada pela iniciativa e com recursos privados, foi na Idade Moderna que passou a contar com o protagonismo do ente público, cujo exemplo mais conhecido é o *Poor Relief Act*, ou Lei dos Pobres, editado na Inglaterra no ano de 1601¹⁰. Por meio dessa lei, periodicamente nomeavam-se duas pessoas encarregadas de recolher determinada soma da população, segundo a capacidade contributiva de cada um, e com o produto obtido fornecer aprendizagem profissional e estímulo ao trabalho para crianças, adolescentes e adultos capazes, bem como providenciar meios de sobrevivência aos incapazes de trabalhar¹¹. Já na Era Contemporânea, a Convenção Nacional francesa, em 1793, reformulando a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, dispôs que¹²

Artigo 21: os socorros públicos são uma dívida sagrada. A sociedade deve a subsistência aos cidadãos infelizes, quer seja oferecendo-lhes trabalho, quer seja assegurando os meios de existência àqueles que são impossibilitados de trabalhar. (tradução livre)¹³

No Brasil, costuma-se atribuir o surgimento do assistencialismo à criação, em 1543, da Santa Casa de Misericórdia de Santos, por Braz Cubas¹⁴. Seguiu-se, no campo público, sua previsão na Constituição Imperial de 1824 (artigo 179, XXXI) e na primeira

⁹ HORVATH JÚNIOR, Miguel, op. cit., p.23.

¹⁰ Antes de 1601, houve experiências da ação estatal no campo da caridade pública, como nos dá conta Augusto Venturi, citando a Constituição de Gênova de 1413, regulamentos de Frankfurt de 1437, lei francesa de 1536 e lei alemã de 1530, e, na Inglaterra, lei de Henrique VIII de 1536 e da rainha Elizabeth de 1563. Todavia, ressalta o autor, a beneficência pública, cujos custos eram distribuídos pela comunidade, estava mais calcada num desiderato individualista (eliminar a ociosidade, a pobreza e a mendicância e, conseqüentemente, reduzir o peso desse fardo para a comunidade) do que numa concepção altruísta e solidária de convívio social (op. cit., p.44-51). Nessa mesma linha, Julien Damon e Benjamin Ferras assinalam o caráter repressivo do assistencialismo na Era Moderna, uma vez que a doença e a pobreza eram vistas como ameaça coletiva (*Que sais-je? La Sécurité sociale*. Paris: Presses Universitaires de France, 2015, edição eletrônica). Sonia Fleury destaca que o pensamento do século XIX pode ser condensado na seguinte afirmativa: “Já que o homem comum era visto como preguiçoso, cheio de vícios, desregrado e sem ambições, a pobreza aparecia como condição pedagógica de discipliná-lo ao trabalho e condição política de aceitação da autoridade da elite” (*Estado sem cidadãos: seguridade social na América Latina*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1994, p.61), o que demonstra a crença de ser a pobreza resultado de opção individual, e não de fatos contingentes alheios à vontade de cada pessoa. Apenas em fins do século XIX e início do século XX, face a crises econômicas causadoras de desemprego involuntário em massa, é que foi abandonado o caráter repressivo da assistência social, pois ficou patente que a miséria não decorria de opção, mas de falta de alternativas para as camadas menos favorecidas da população.

¹¹ VENTURI, Augusto, op. cit., p.47.

¹² MARTINS, Sérgio Pinto, op. cit., p.36; ROCHA, Daniel Machado da, op. cit., p.30-31; SEVEGNANI, Joacir, op. cit., p.21; COIMBRA, J. R. Feijó. *Direito previdenciário brasileiro*, 10. ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, p.5.

¹³ No original: “Article 21. Les secours publics sont une dette sacrée. La société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d’existence à ceux qui sont hors d’état de travailler” (disponível em <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-du-24-juin-1793.5084.html>> – acesso em 09.03.2018).

¹⁴ MARTINS, Sérgio Pinto, op. cit., p.40.

Constituição Republicana de 1891 (artigo 5º), que determinavam a criação de socorros públicos para atendimento das populações atingidas por calamidades.

É fácil observar que o assistencialismo não foi suficiente para proteger contra eventos danosos da vida, visto que depender da boa vontade de terceiros põe o necessitado (notadamente o trabalhador) em situação de incerteza e medo. Daí a urgência em criar outra forma de precaução/prevenção contra tais eventos, sem, contudo, por termo à caridade.

Surgiu, então, a etapa do mutualismo, que constitui uma espécie de ajuda recíproca entre grupo de particulares, os quais se cotizam para fazer frente às situações de necessidade dos membros. É, na verdade, técnica de previdência coletiva na qual os membros contribuem proporcionalmente à sua capacidade para a constituição de um fundo destinado a prover-lhes o sustento uma vez ocorrida a contingência, tal como a incapacidade laborativa, a velhice e a morte¹⁵. Remonta à Grécia Antiga, onde foram criadas associações políticas, denominadas *herairas* e *eranos*, que praticavam assistência mútua com a finalidade de arcar com o funeral dos associados¹⁶. Ainda na Antiguidade, destaca-se a importância dos colégios (ou *collegia*) gregos e romanos, agremiações que tinham finalidades religiosas, econômicas e profissionais, inserindo-se dentre elas a de prestar ajuda recíproca a seus membros¹⁷. Na Idade Média, exemplos de mutualismo são encontrados nas corporações de ofício, as quais, além de estabelecer regras para o exercício da atividade artesanal, o preço da mercadoria ou serviço e o número de profissionais e aprendizes em cada praça, tinham entre os artífices o pacto de se ajudarem reciprocamente em caso de necessidade, no mais das vezes decorrente da impossibilidade de desempenhar seu ofício.

Embora no Brasil exista referência à proteção do trabalhador em data anterior¹⁸, apenas em 1835 a experiência mutualista surgiu por aqui, quando da criação do MONGERAL (Montepio Geral da Economia dos Servidores Públicos), instituição que administrava as contribuições destinadas ao pagamento de benefício futuro aos associados e dependentes (esses últimos em caso de morte do associado). Seguiu-se, a partir de 1889, a criação de diversas Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAPs) no âmbito das empresas, mantidas com recursos fornecidos por patrões e empregados.

Todavia, a criação das entidades mutualistas continuava dependendo do arbítrio do patrão e da organização e de poucos recursos econômicos da classe trabalhadora,

¹⁵ DOUBLET, Jacques. *Sécurité Sociale*. 5. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1972, p.9 e 22-23.

¹⁶ MARTINS, Sérgio Pinto, op. cit., p.35; CASTRO, Carlos Alberto Pereira. LAZZARI, João Batista, op. cit., p.38; RUSSOMANO, Mozart Vítor, op. cit., p.4-5; HORVATH JÚNIOR, Miguel, op. cit., p.22.

¹⁷ ROCHA, Daniel Machado da. op. cit., p.20-21.

¹⁸ Por decreto imperial, foi instituída a aposentadoria aos mestres e professores (Decreto de 01.10.1821), porém tal concessão tinha caráter premial, ou seja, o beneficiado não contribuía financeiramente para o seu custeio.

de modo que muitos ficavam legados à sua própria sorte. O quadro chamou a atenção dos Poderes Públicos à medida que a Revolução Industrial passou a demandar hordas cada vez maiores de operários, os quais inflavam centros urbanos totalmente despreparados para seu acolhimento. Nesse novo sistema, a produção foi desatrelada do labor individual, uma vez que, na manufatura em escala, cada operário concentra-se numa etapa produtiva, perdendo a noção do todo produzido¹⁹. A partir de então, com o trabalhador reificado, laborando em jornadas por demais extensas e vivendo em condições desumanas, as ideias socialistas e os movimentos sociais que reivindicavam melhores condições de trabalho e vida para o operariado encontraram terreno fértil para a sua propagação²⁰.

Por outro lado, o pensamento liberal, então dominante, enxergava na igualdade formal o bem maior a ser preservado, como sinônimo de liberdade, permitindo aos operários buscar melhores condições para si. Para aqueles que não conseguiam tais condições (a quase totalidade dos trabalhadores), restava submeter-se à miséria e à caridade.

Pressionado, o Estado, com receio de perturbações sociais, paulatinamente passou a criar um conjunto de leis e sistemas destinados a proteger o trabalhador, basicamente por meio de prestações (serviços e benefícios substitutivos da renda do trabalho) quando impossibilitado de exercer seu ofício²¹.

O grito de socorro dos trabalhadores também foi ouvido pela Igreja Católica, que respondeu com a criação de sua Doutrina Social²². Desenvolvida a partir de fins do século XIX e pregando a conciliação do Evangelho com a moderna sociedade industrial, essa doutrina, ao mesmo tempo que defendia a propriedade privada (em oposição às ideias socialistas), criticava o capitalismo agressivo e gerador de acumulação de toda a riqueza nas mãos de poucos, em detrimento da maioria, notadamente dos operários, em situação de pobreza e necessidade. A Encíclica *Rerum Novarum*, publicada pelo Papa Leão XIII em 15.05.1891, declaração inaugural dessa nova doutrina católica, mencionava as vantagens da

¹⁹ Nas palavras de Sérgio Pinto Martins, “a Revolução Industrial acabou transformando o trabalho em emprego. Os trabalhadores, de maneira geral, passaram a trabalhar por salários. Com a mudança, houve uma nova cultura a ser apreendida e uma antiga a ser desconsiderada” (*Direitos fundamentais trabalhistas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.10-11).

²⁰ VENTURI, Augusto, op. cit., p.100.

²¹ CASTRO, Carlos Alberto Pereira. LAZZARI, João Batista, op. cit., p.3-5; COIMBRA, J. R. Feijó, op. cit., p.2; MARTINS, Sérgio Pinto. *Reforma previdenciária*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.17; ROCHA, Daniel Machado da, op. cit., p.26; PERSIANI, Mattia, op. cit., p.24.

²² ROCHA, Daniel Machado da, op. cit., p.30; MARTINS, Sérgio Pinto, *Direito...*, 36. ed. p.37; DOUBLET, Jacques, op. cit. p.24; VENTURI, Augusto, op. cit., p.123-125.

criação de entidades beneficentes e associações de socorros mútuos²³ como forma de remediar as péssimas condições a que era submetido o operariado da época.

Nesse clima tempestuoso em que se opunham interesses inicialmente inconciliáveis – acumulação individual privada de capital, de um lado, e extrema miséria, de outro –, floresceu o movimento pelos direitos dos trabalhadores, o que levou a duros embates não só ideológicos, mas também físicos. Como forma de ao mesmo tempo conter o crescimento do partido socialista alemão²⁴ e responder aos reclamos por melhores condições de vida, foram aprovadas na Prússia do chanceler Otto von Bismarck, a partir de 1883, leis instituindo seguro-doença (1883), seguro contra acidentes de trabalho (1884) e seguro contra velhice e invalidez (1889), as quais foram objeto de consolidação e ampliação no Código de Seguros Sociais alemão de 1911. Tais leis, quebrando o paradigma liberal, determinavam a intervenção do Estado no campo da iniciativa privada, obrigando as empresas a contratar seguros em benefício dos empregados para cobrir os eventos doença, acidente do trabalho, invalidez e velhice. Os custos envolvidos eram suportados pelas empresas, pelos empregados e pelo Estado (exceto o seguro contra acidentes de trabalho, o qual era integralmente suportado pelo empregador). Esse foi o surgimento do seguro social²⁵, forma obrigatória de proteção ao trabalhador, criada pelo Estado e mantida com recursos privados (contribuições do empregador e do trabalhador) e públicos.

Seguindo o exemplo alemão, diversos países criaram formas de proteção baseadas no esquema do seguro social obrigatório, de modo que no início da Segunda Guerra Mundial ao menos os trabalhadores da indústria gozavam de cobertura contra acidentes do trabalho²⁶.

²³ “29. Em último lugar, diremos que os próprios patrões e operários podem singularmente auxiliar a solução, por meio de todas as obras capazes de aliviar eficazmente a indigência e de operar uma aproximação entre as duas classes. Pertencem a este número as associações de socorros mútuos; as diversas instituições, devidas à iniciativa particular, que têm por fim socorrer os operários, bem como as suas viúvas e órfãos, em caso de morte, de acidentes ou de enfermidades; os patronatos que exercem uma protecção benéfica para com as crianças dos dois sexos, os adolescentes e os homens feitos. Mas o primeiro lugar pertence às corporações operárias, que abrangem quase todas as outras. [...] Assim, com prazer vemos irem-se formando por toda a parte sociedades deste género, quer compostas só de operários, quer mistas, reunindo ao mesmo tempo operários e patrões: é para desejar que aumentem a sua acção” (disponível em <http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_1-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html#_ftnref39> – acesso em 28.02.2018).

²⁴ ROCHA, Daniel Machado da, op. cit., p.36; DOUBLET, Jacques, op. cit., p.24-25; VENTURI, Augusto, op. cit., p.108; DAMON, Julien. FERRAS, Benjamin Ferras, op. cit., edição eletrônica.

²⁵ De modo sucinto e objetivo, Francisco Eduardo Barreto de Oliveira assim define o instituto: “[...] o Seguro Social, também conhecido como previdência social, constituído por um programa de pagamentos em dinheiro e/ou serviços feitos/prestados ao indivíduo ou a seus dependentes, como compensação parcial/total da perda de capacidade laborativa, geralmente mediante um vínculo contributivo. A clientela é usualmente restrita aos ‘segurados’ e os benefícios guardam alguma proporcionalidade com as contribuições. [...] O que caracteriza o Seguro Social é que, não deixando de ser um seguro, não o é de forma estrita ou pura, sendo admissível algum grau de redistributividade. Mesmo assim, é fundamental ter-se em vista que o objetivo fundamental (sic) do Seguro Social é a reposição da renda do trabalhador (ou mais genericamente, do segurado); o objetivo redistributivo, via de regra presente, é de caráter nitidamente secundário” (*Proposta de um referencial básico para a discussão da seguridade social*. Rio de Janeiro: IPEA, 1992, p.3-4).

²⁶ VENTURI, Augusto, op. cit., p.119.

No âmbito das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral da ONU em 10.12.1948, enunciou o direito à proteção em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outra forma de perda dos meios de prover a subsistência²⁷.

Credita-se a instituição da previdência social no Brasil à Lei Elói Chaves²⁸. Por esforço e iniciativa desse deputado federal, foi aprovado no Parlamento o Decreto Legislativo nº 4.682, de 24.01.1923, que, em resumo, determinava a cada empresa ferroviária que operasse em território nacional a criação de uma Caixa de Aposentadoria e Pensões (CAP) com o objetivo de prestar assistência médica aos trabalhadores, bem como aposentadoria em caso de velhice e pensão aos herdeiros em caso de morte do operário. Os custos relacionados à constituição de um fundo garantidor do pagamento dos benefícios e à manutenção da CAP seriam repartidos entre a empresa ferroviária e os respectivos trabalhadores. Seguiram-se diversas leis determinando a criação de CAPs por empresas de outros ramos, como portuários e marítimos. Face à grave crise financeira que muitas dessas Caixas enfrentavam, o Governo Provisório instituído no começo dos anos 1930 adotou medidas de reestruturação do sistema²⁹. A partir de 1933, as Caixas de Aposentadoria e Pensões foram agrupadas por categoria profissional e paulatinamente incorporadas a uma autarquia setorial que, assumindo seu ativo e suas obrigações, passou a gerir os serviços então prestados. Assim foi criado o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos em 1933, o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciantes e Bancários em 1934, o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários em 1936, o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Servidores e o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Empregados em Transporte de Carga, ambos em 1938.

²⁷ “**Artigo 25.** 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social” (disponível em <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm> – acesso em 09.03.2018).

²⁸ Antes dessa lei, houve a instituição de aposentadorias no país, tal como a dos funcionários públicos que ficassem inválidos quando a serviço da Nação (artigo 75 da Constituição de 1891) e a aposentadoria por invalidez dos operários do Arsenal da Marinha (Lei nº 217, de 29.11.1892), todas dotadas de caráter premial, já que não havia contribuição de parte alguma e nem previsão de fundos para sua manutenção (de modo que corriam exclusivamente à conta do Tesouro Nacional). Por outro lado, a primeira norma brasileira a dispor especificamente sobre acidentes do trabalho (Lei nº 3.724, de 15.01.1919) limitou-se a estabelecer a responsabilidade objetiva do empregador e definir critérios para fixar a indenização, a qual corria exclusivamente à custa do patrão. Ademais, como assinalado por Frederico Amado (op. cit., p.156-157), a Lei Elói Chaves criou um sistema privado de previdência, já que as Caixas de Aposentadorias e Pensões dos Ferroviários eram geridas pelas companhias ferroviárias, e somente em 1933, com a criação do Instituto de Previdência dos Marítimos (IAPM), pelo Decreto 22.972, administrado pelo Estado, é que se pode falar estritamente em previdência social

²⁹ Pelo Decreto nº 19.554, de 31.12.1930, e sob a justificativa de aumento de despesas com aposentadorias e pensões e da necessidade de reestruturar as Caixas, foi determinada (i) a prorrogação do mandato dos conselhos de administração dessas entidades e (ii) a suspensão da concessão de novas aposentadorias, salvo aquelas motivadas por invalidez.

No plano constitucional, o texto de 1934 instituiu o tríplice custeio da previdência, dispondo, em seu artigo 121, parágrafo 1º, alínea “h”, que a legislação do trabalho deveria contemplar

assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurado a este 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 Carta de 1937, exaltando o seguro social, determinou a criação de seguros em face de velhice, invalidez e acidente de trabalho, impondo, ademais, às associações de trabalhadores o dever de prestar ajuda aos associados relativamente a demandas administrativas ou judiciais envolvendo seguros de acidentes do trabalho e seguros sociais (artigo 137, alíneas “m” e “n”).

A Constituição da redemocratização, em 1946, foi a primeira a adotar a expressão “previdência social” em seu texto. Assegurou aos trabalhadores e empregadores acesso à previdência, com tríplice custeio, a qual deveria cobrir os eventos maternidade, doença, velhice, invalidez e morte (artigo 157, XVI). Também tornou obrigatória a contratação, pelo empregador, de seguro contra acidentes do trabalho (artigo 157, XVII). A Emenda Constitucional nº 11, de 31.03.1965, pelo acréscimo do parágrafo 2º ao artigo 157, instituiu a regra da precedência do custeio, segundo a qual nenhuma prestação poderia ser criada, majorada ou estendida sem a indicação da correspondente fonte de custeio, a qual permanece até os dias atuais. Em relação ao funcionário público, determinou aposentadorias compulsórias por invalidez e por idade a partir dos 70 anos (artigo 191, I e II), e voluntária após 35 anos de serviço (artigo 191, parágrafo 1º), permitindo a redução desse tempo em casos de serviço de natureza especial (artigo 191, parágrafo 4º); fixou os proventos em valor integral a partir dos 30 anos de trabalho ou em caso de acidente no serviço, moléstia profissional ou doença grave (artigo 191, parágrafos 1º e 2º); e assegurou a consideração, para fins de jubilação, do tempo laborado junto às esferas municipal, estadual e federal do serviço público, ou seja, a instituição da contagem recíproca (artigo 192).

Tentou-se, no final do governo Vargas, unificar os sistemas de proteção que existiam à época numa só organização, denominada Instituto dos Serviços Sociais do Brasil (ISSB). Criada pelo Decreto-lei nº 7.426, de 14.05.1945, essa autarquia deveria englobar todos os serviços de previdência e assistência social então existentes, o que efetivamente não

se concretizou³⁰. Somente em 1960, com a edição da Lei nº 3.807 (Lei Orgânica da Previdência Social – LOPS), foi possível unificar a legislação previdenciária, que foi inicialmente aplicada pelos Institutos de Aposentadoria e Pensões (IAPs). Em 1966, pela edição do Decreto-lei nº 72, foi criado o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), por intermédio da unificação dos IAPs.

No âmbito rural, o Estatuto da Terra (Lei nº 4.214, de 21.03.1963) criou o Fundo de Assistência e Previdência do Trabalhador Rural e elencou os beneficiários e as prestações; todavia, por ausência de regulamentação (tal como determinavam seus artigos 182 e 183), jamais pode ser colocado em prática³¹. A previdência do trabalhador rural surgiu efetivamente com a publicação da Lei Complementar nº 11, de 25.05.1971, regulamentada pelo Decreto nº 69.919 de 12.01.1972.

A Constituição de 1967 preservou as disposições do texto precedente, acrescentando, porém, o salário-família aos dependentes do trabalhador (artigo 158, II); o descanso remunerado da gestante antes e após o parto, mantidos o emprego e o salário (artigo 158, XI); a cobertura contra desemprego involuntário (artigo 158, XVI); o direito da mulher de se aposentar após 30 anos de trabalho (artigo 158, XX); e que a participação da União no custeio dar-se-ia por meio da arrecadação das contribuições previdenciárias ou por dotação orçamentária (artigo 158, parágrafo 2º). Relativamente aos funcionários públicos, a inovação cingiu-se à redução, em cinco anos, do tempo de serviço exigido para a aposentadoria da servidora, que passou a jubilar-se aos 30 anos de labor (artigo 100, parágrafo 1º); e da paridade dos proventos do aposentado com os vencimentos do funcionário ativo (artigo 101, parágrafo 2º).

A Emenda Constitucional nº 1, 17.10.1969, manteve as disposições da Carta de 1967. Foi emendada aos 30.06.1981 (EC nº 18) para estabelecer que a jubilação do professor dar-se-ia após 30 anos de serviço e da professora, após 25 anos (acréscimo do inciso XX ao artigo 165)³².

A nova ordem constitucional surgida em 1988 alterou sobremodo a organização dos serviços públicos de proteção. Foi criado o sistema de seguridade social, de cunho universalista, igualitário e abrangente, composto por três subsistemas. No vigente

³⁰ Feijó Coimbra assinala que “[...] o governo instalado em 1946 desinteressou-se” em executar esse decreto, de modo que o objetivo de criar uma previdência unificada foi postergado (op. cit., p.35). Todavia, como assinala Mozart Vítor Russomano, “atrás de si, porém, ficou a esteira do belo gesto, até certo ponto audacioso para a época, que apontava o caminho certo e que seria retomado, anos depois” (op. cit., p.35). Em seu *Direito Social Brasileiro* (Vol. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, p.142), Cesarino Júnior traz à memória o mesmo relato.

³¹ ROCHA, Daniel Machado da, op. cit., p.65.

³² O que resultou em não mais considerar essa atividade como especial, para fins previdenciários, em função de penosidade, tal como inicialmente contemplada no quadro anexo do Decreto 53.831, de 25.03.1964.

texto constitucional, a previdência social vem consagrada como direito social fundamental (artigo 6º), como subsistema da seguridade social (artigo 195, caput) e como conjunto de prestações (a saber, serviços e benefícios) fornecidas pelo Estado e voltadas a debelar contingências que de ordinário alcançam o trabalhador³³ (artigo 40 e artigo 201).

1.2. Fundamentos teóricos do sistema de proteção previdenciária

Examinada a origem e o desenvolvimento da previdência, desde tempos imemoriais até os dias de hoje, permanece ainda sem resposta a indagação acerca dos motivos que levam à sua instituição como um sistema compulsório. Em outras palavras, (i) por que criar um sistema obrigatório de previdência? e (ii) esse sistema deve necessariamente ser executado diretamente pelo Estado?

1.2.1. Razões que levam à criação de um sistema compulsório de previdência social

A justificação teórica para a criação de um sistema de seguro social guarda estreita relação com o desenvolvimento das forças produtivas, o que é plenamente justificável na medida em que o escopo primeiro da previdência é resguardar o trabalhador³⁴ contra eventos que o impeçam de auferir ordinariamente sua renda.

Em tempos longevos, os seres humanos agrupavam-se em tribos, desenvolvendo atividades de caça e extrativismo. Os infortúnios, nessa época, eram remediados pela solidariedade do grupo. Num momento posterior, ainda na Antiguidade, a atividade produtiva passou a ser desempenhada por escravos, cuja manutenção ficava a cargo do proprietário. Já na Idade Média, a figura do escravo foi substituída pelo servo, a quem

³³ São as denominadas contingências sociais, definidas por André Studart Leitão (op. cit., p.64) como “a situação de vida legalmente tipificada que, por presunção legal ou por análise casuística [...], leva à supressão total ou parcial dos ganhos habituais ou à imposição de cargas econômicas suplementares”, ou seja, são eventos previstos em lei capazes de, efetiva ou presumidamente, gerar perda ou redução de renda, ou maiores encargos econômicos, ao segurado.

³⁴ Não se desconsidera, aqui, a figura do segurado facultativo, pessoa que, embora não exerça atividade remunerada, ingressa no sistema, contribui e goza da proteção previdenciária. Trata-se, no mais das vezes, de indivíduo que possui ocupação habitual (como a dona de casa e o estudante) ou mesmo que se encontra temporariamente fora do mercado de trabalho (como o desempregado e o preso), dotado de potencial laborativo e que possui necessidades básicas cuja manutenção, em caso de contingência, pode ser suprida com a renda do benefício. Portanto, embora não sobreviva à custa de seu trabalho, o segurado facultativo é dotado de capacidade laboral, o que potencialmente o habilita a ingressar no mercado de trabalho quando assim o desejar. Para ele, a cobertura previdenciária reflete uma proteção ao seu potencial para se sustentar com o esforço de seu trabalho.

competia realizar a lida na terra. Nesse meio, além da solidariedade familiar, competia ao senhor feudal proteger os servos a seu cargo.

A proteção do trabalhador até então era realizada dentro do grupo familiar ou da comunidade ou à custa do proprietário³⁵. A ruptura dessa forma gregária de vida ocorreu com a industrialização, que retirou o homem de seu agrupamento de origem – no qual havia fortes laços de solidariedade – e o conduziu às cidades, completamente alijado daqueles laços³⁶. O trabalhador da indústria vivia à custa de seu salário, com o qual frequentemente não conseguia suprir as necessidades básicas de sua família. É nesse quadro que surge a solidariedade capitaneada pelo Estado e materializada em diversas iniciativas que levaram à instituição da previdência social.

A razão primeira, portanto, que conduz à instituição de um sistema de previdência, seja gerido pelo particular, seja administrado pelo ente público, é a necessidade de se precaver ante eventos capazes de subtrair das pessoas a fonte de rendimento que lhes propicie o sustento. Daí a necessidade de criação de mecanismos que ofereçam renda substitutiva ao trabalho humano³⁷.

Dentro da prédica liberal, baseada na liberdade e na igualdade formal, a tarefa de resguardar o trabalhador é função do mercado, sendo vedada a intervenção na economia porquanto oposta aos valores éticos que sustentam a sociedade e o Estado³⁸. É por isso que as primeiras iniciativas protetivas, ainda que impositivas³⁹, se deram na forma do seguro privado. A experiência, todavia, não foi exitosa, seja pela falta de regramento preciso e eficaz, seja pela ausência de conscientização individual dos trabalhadores, seja por sua

³⁵ VENTURI, Augusto, op. cit., p.101-102.

³⁶ PERSIANI, Mattia, op. cit., p.24.

³⁷ CESARINO JÚNIOR, op. cit., p.401; HORVATH JÚNIOR, Miguel, op. cit., p.22-22; AMADO, Frederico, op. cit., p.27; TAFNER, Paulo. *Seguridade e previdência: conceitos fundamentais*. In: TAFNER, Paulo. GIAMBIAGI, Fabio (Org.). *Previdência no Brasil: debates, dilemas e escolhas*. Rio de Janeiro: IPEA, 2007, p.40. Calha a lição de Armando de Oliveira Assis: “[...] podemos dizer que no seguro social há apenas uma coisa segurada: o salário do trabalhador, ou melhor, a remuneração obtida pelo segurado no exercício de sua profissão, visto que o seguro tem por missão fundamental assegurar os meios de subsistência das classes sociais mais desprotegidas” (*Compêndio de seguro social*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1963, p.64).

³⁸ VENTURI, Augusto, op. cit., p.104. Interessante análise do pensamento liberal que grassava na sociedade inglesa até fins do século XIX pode ser encontrada em Sonia Fleury, cuja íntegra é digna de menção: “Os pobres são considerados como crianças, aos quais os ricos deverão fornecer uma moral e uma ética, ademais das condições de proteção social necessárias à manutenção da ordem laboral. Estas relações tradicionais de autoridade estavam fundadas na crença da desigualdade natural entre os homens e na reciprocidade de expectativas radicadas nas diferentes funções que cada um deveria cumprir na sociedade. **A proteção social embutia-se nesta matriz relacional, sendo que os homens de espírito deveriam tomar a seu encargo a proteção aos pobres, que incluía desde a proteção social até a proteção dos pobres de si mesmos. Assim, o Estado não era chamado a intervir nas condições de pobreza, seja porque esta não fora elevada à categoria de problema social, seja porque a proteção necessária à preservação da ordem social e econômica estava adstrita às relações paternalistas de dependência pessoal, situando-se, portanto, na própria sociedade civil.**” (op. cit., p.62, grifei)

³⁹ Isto é, determinadas pelo Estado.

desorganização, seja por insuficiência de recursos devido aos baixos salários⁴⁰. Parte significativa dos trabalhadores, se não a grande maioria, permanecia alijada de qualquer proteção.

Ante a insuficiência e a ineficácia de seguros privados para dar cabo de tão relevante missão⁴¹, o Estado, pressionado por questões políticas⁴², administrativas⁴³ e sociais⁴⁴, assumiu mais essa tarefa. Ademais, já não prevalecia a noção de risco individual, em que a relação securitária se restringia ao elo prestador-tomador dos serviços. Ora, o trabalho gregário beneficia a todos, e não somente ao empregador e ao trabalhador⁴⁵. A sociedade não prescinde de nenhum trabalhador e de nenhuma forma de trabalho. As formas de alijamento do labor constituem, assim, não um risco individual, mas sim um risco social, que atinge a todos e por toda a sociedade deve ser protegido⁴⁶.

Todavia, é de fato necessário que o Estado se incumba da prestação direta dos serviços relacionados à previdência social, ou basta sua atuação na regulamentação setorial, evitando desvios, abusos e incertezas?

1.2.2. Gestão dos serviços relacionados à previdência social

A indagação remete, ainda que de modo sucinto e para os limites do presente estudo, à discussão acerca das funções que o Estado deve exercer. Embora o tema seja

⁴⁰ VENTURI, Augusto, op. cit., p.91-95; ABASCAL, Vicente-Antonio Martínez. MARTÍN, José Bernardo Herrero. *Sistema de derecho de la protección social*. 3. ed. rev. e ampl. Tarragona: URV, 2016, p.31.

⁴¹ Nas palavras de Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari, as falhas de mercado justificam a atuação estatal com vistas a conferir tratamento igualitário aos trabalhadores e o acesso universal às prestações previdenciárias (op. cit., p.20).

⁴² O surgimento do seguro social coincide com o recrudescimento da luta por melhores condições de vida e trabalho de parte do operariado, que, em muitos países da Europa continental, foi impelido por ideias socialistas no final do século XIX (VENTURI, Augusto, op. cit., p.100 e 108). A universalização do direito a voto, com a possibilidade de participação na gestão da coisa pública e como instrumento de pressão junto aos mandatários eleitos, também parece ter sido um relevante fator para expansão do seguro social (FERREIRA, Sérgio Guimarães. *Sistemas previdenciários no mundo: sem “almoço grátis”*. In TAFNER, Paulo. GIAMBIAGI, Fabio (Org.). *Previdência no Brasil: debates, dilemas e escolhas*. Rio de Janeiro: IPEA, 2007, p.74).

⁴³ A inadequada gestão dos seguros privados, a baixa adesão, a ocorrência de fraudes e os altos custos gerenciais foram razões que motivaram sua assunção pelo ente público (VENTURI, Augusto, op. cit., p.127-132)

⁴⁴ A melhoria da qualidade de vida e saúde da população também impulsionou a criação do seguro social na medida em que resultou na garantia de renda em casos de enfermidade e velhice, permitindo até mesmo a inatividade programada (VENTURI, Augusto, op. cit., p.100-101; ROCHA, Daniel Machado da, op. cit., p.26; PERSIANI, Mattia, op. cit., p.24; MARTINS, Sérgio Pinto, *Reforma...*, op. cit., p.17).

⁴⁵ A imprescindibilidade do trabalho – e a correspondente necessidade de proteger o “não trabalho” – foi notada por Beveridge e enfatizada em seu relatório, como se apura da seguinte passagem: “455 – [...]. O plano não é para dar a toda a gente alguma coisa de nada e sem perturbação, ou alguma coisa que deixe os seus beneficiários livres de responsabilidades pessoais. **O plano é para garantir um rendimento de subsistência, com a condição de serviço e contribuição e em ordem a tornar o homem apto para o serviço.**” (BEVERIDGE, William. *O Plano Beveridge com um estudo do prof. Marques Guedes*. Lisboa: Editorial Século, 1943, p.334, grifo nosso)

⁴⁶ Todavia, não se perca de vista que o incremento do risco segue à conta e responsabilidade do empregador (CASTRO, Carlos Alberto Pereira. LAZZARI, João Batista, op. cit., p.26).

controverso, Paulo Tafner assinala haver algum consenso no sentido de constituírem funções estatais básicas

*a) garantir as bases macroeconômicas para a estabilidade e o crescimento econômico; b) promover e garantir justiça entre os cidadãos; c) criar mecanismos institucionais para que a alocação de recursos seja eficiente; e d) garantir equidade de oportunidades e de acesso a bens meritórios.*⁴⁷

Nessa linha, as ações relacionadas a promoção e garantia da justiça, alocação eficiente de recursos e equidade de oportunidades são funções que se conectam com a previdência. São funções relevantes e que visam ao bem-estar da população. Entrementes, a relevância da atividade *per se* não justifica sua prestação direta pelo Estado⁴⁸. Atividades de incontroversa importância vêm sendo prestadas, em diversos setores, por agentes econômicos privados com relativo grau de segurança e eficiência⁴⁹.

Surgem, então, diversos argumentos teóricos para justificar a atuação estatal no seguro social, os quais Paulo Tafner⁵⁰ reúne em dois grupos: um, que denomina teorias normativas da ação do Estado, investiga as razões que motivam essa atuação estatal; e outro, o qual chama de teorias positivas da presença do Estado, não busca as razões da intervenção estatal, mas o modo como essa intervenção opera⁵¹.

Interessa, para os fins do presente estudo, examinar apenas a primeira corrente (teoria normativa da ação do Estado). Partidário dela, Lawrence Thompson esclarece que o Estado assume essa responsabilidade por duas razões principais: primeiro, a partir do momento em que a massa do emprego assalariado ganha destaque como uma

⁴⁷ Seguridade e previdência: conceitos fundamentais. In TAFNER, Paulo. GIAMBIAGI, Fabio (Org.). *Previdência no Brasil: debates, dilemas e escolhas*. Rio de Janeiro: IPEA, 2007, p.48.

⁴⁸ Conforme assinala Christiane Kuptsch em estudo sobre a privatização dos programas de previdência de diversos países, “Different societies have different ideas about the tasks that the State should be responsible for, and those ideas can change with time. The fact that a particular task is important for public welfare, in other words that it is a ‘public’ responsibility, does not mean that it has to be carried out or even regulated by the State. Supplying food and clothing would be an example. On the other hand, a constitutional State may carry out only public responsibilities; anything else would have to be seen as interfering with the freedom of the individual.” (KUPTSCH, Christiane. Social security privatization: different context, different discourse. In: SCHEIL-ADLUNG, Xenia. (Ed.). *Building social security: the challenge of privatization*. International Social Security Series v. 6, Londres e Nova York, 2001, edição eletrônica).

⁴⁹ São atividades que vão desde a saúde e educação até geração e transmissão de energia, passando pela construção e manutenção de modais de transporte (aeródromos, rodovias e hidrovias) a atividades relacionadas a telecomunicações.

⁵⁰ Op. cit., p.51.

⁵¹ Sérgio Guimarães Ferreira assinala que a existência de sistemas previdenciários se justifica porque os governos são (i) benevolentes e paternalistas; ou (ii) benevolentes e procuram corrigir ineficiências dos mercados; ou ainda (iii) não são benevolentes, mas criam tais sistemas por força de grupos de pressão e coalização de eleitores. As duas primeiras hipóteses conduzem às teorias normativas da ação do Estado, e a última, às teorias positivas da presença do Estado (Sistemas previdenciários no mundo: sem “almoço grátis”. In: TAFNER, Paulo. GIAMBIAGI, Fabio (Org.). *Previdência no Brasil: debates, dilemas e escolhas*. Rio de Janeiro: IPEA, 2007, p.69).

relevante fonte de recursos⁵²; segundo, porque, como se observa dos antecedentes que levaram ao surgimento da previdência social, há muito o Estado se tornou responsável por garantir condições mínimas de existência às parcelas mais carentes da sociedade (em geral idosos e enfermos). Por outro lado, os mercados, devido às suas limitações, embora aptos a conduzir razoavelmente bem a economia, encontram limitações que os impedem de (ou tornam temerário) responsabilizar-se pela renda das pessoas após essas cessarem de trabalhar. Daí surge a necessidade de o Estado gerir os programas obrigatórios de previdência. Assim, diante das falhas do mercado, costuma-se alinhar quatro principais razões para a criação desses programas, a saber⁵³: miopia individual, proteção dos prudentes, redistribuição de rendas e falha do mercado de seguros.

A constituição de rendas futuras destinadas a precaução contra infortúnios, notadamente a velhice, retira, no presente, as possibilidades de consumo. Muitas pessoas, jovens na maioria, são imprevidentes e não poupam (ou não o fazem o suficiente) para seu futuro, e quando caem em si, já estão numa fase avançada da vida. Essa *miopia individual* conduz a duas situações: produz uma diminuta reserva, ocasionando uma renda igualmente pequena na inatividade, sujeitando o indivíduo a privações ou mesmo à impossibilidade de prover o necessário à sua sobrevivência com alguma dignidade; e à necessidade de trabalhar mais tempo para obter reservas suficientes à sua manutenção durante a inatividade.

O Estado, de modo frequente, mantém programa de renda mínima para idosos e enfermos⁵⁴, o que torna desinteressante aos trabalhadores com baixos rendimentos fazerem reservas para sua aposentadoria⁵⁵. Essa realidade – na qual os trabalhadores de baixa renda são atraídos para fora do seguro social porque esse não lhes trará nenhum incremento financeiro – prejudica os trabalhadores previdentes, os quais teriam de contribuir mais para o sistema. Justamente para a *proteção dos prudentes*, institui-se a obrigatória contribuição de todos os trabalhadores, inclusive os de baixa renda.

As sociedades, com base na solidariedade coletiva e com vistas a corrigir falhas de mercado, promovem, por meio da previdência, *redistribuição de renda* em prol daqueles com baixos rendimentos, o que se materializa pela adoção de um piso mínimo de

⁵² Nas palavras do autor, “[...] programas obrigatórios de aposentadoria, geridos pelo Estado, tendem a emergir quando o emprego assalariado se torna uma importante fonte de recursos econômicos”. (*Mais velha e mais sábia: a economia dos sistemas previdenciários*. Trad. Celso Barroso Leite. Brasília: Ministério da Previdência e Assistência Social, 2000, p.35)

⁵³ Op. cit., p.37-41.

⁵⁴ No caso brasileiro assegurado pelo artigo 203, inciso V da Constituição e disciplinado pelo artigo 20 da Lei nº 8.742/93, a garantia de um salário mínimo ao mês ao idoso e ao deficiente que não possam manter a si mesmos e nem a família o possa é prestação mais conhecida como LOAS, BPC ou amparo assistencial.

⁵⁵ Uma vez que já têm assegurada uma renda mínima quando em situação de necessidade, notadamente a velhice e a enfermidade.

valor de benefício. Isso fica bem claro nos programas baseados no regime de repartição simples, nos quais a redistribuição ocorre de modo vertical (solidariedade intergeracional) e horizontal (solidariedade intrageracional)⁵⁶.

Ainda que o cidadão faça reservas para o futuro, elas podem não ser suficientes diante de vários fatores que escapam à sua governança (como a inflação, o aumento do custo de vida, o aumento da expectativa de sobrevida, o aumento da mortalidade dos demais membros contribuintes da sociedade etc.), o que evidencia *falha do mercado*. Torna-se, então, imprescindível a adoção de uma espécie de *seguro*, necessariamente impositivo por determinação estatal, que estabeleça um plano de resgate futuro segundo regras prévias e claramente fixadas, conferindo segurança à clientela assistida.

Francisco Eduardo Barreto de Oliveira, na essência, não discrepa das razões assinaladas por Lawrence Thopmson. Em texto publicado no início da década de 1980⁵⁷, o autor aponta três razões elementares para justificar a compulsoriedade de um sistema de previdência baseado no seguro social: (i) a imprevidência de alguns indivíduos, que escolhem o consumo presente e olvidam as necessidades futuras, ficando, na velhice, em completa dependência da sociedade; (ii) a ausência, para a maioria das pessoas, de um acervo de informações precisas e úteis sobre quando poupar, quanto poupar e como aplicar tais recursos, ignorância que, não raras vezes, leva a investimentos incapazes de fazer frente a necessidades futuras; e (iii) o que o autor denomina de “seleção adversa de mercado”, ou seja, deixada a opção ao livre arbítrio dos trabalhadores, apenas aqueles submetidos a maiores riscos escolheriam a cobertura previdenciária, situação que geraria o aumento dos custos do seguro e o conseqüente desestímulo à sua contratação.

Paulo Tafner menciona, ainda, mais uma justificativa para o Estado fornecer diretamente as ações e serviços de previdência social: a necessidade de reposição de mão de obra. Na velhice, os trabalhadores tendem a reduzir sua produtividade, o que impacta no resultado global da economia nacional. A solução é substituir o idoso por trabalhadores mais jovens e com taxas mais altas de produtividade. Por isso são oferecidos incentivos à jubilação

⁵⁶ Assinale-se, todavia, que a redistribuição de renda no sistema previdenciário nem sempre opera com máxima eficiência. Não raras vezes a solidariedade conduz a desequilíbrios – passíveis de retificação por reformas paramétricas – em que os trabalhadores com baixos rendimentos subsidiam as aposentadorias de maiores valores. É o que se observa, por exemplo, na aposentadoria por tempo de contribuição desatrelada à idade mínima: o trabalhador qualificado e bem remunerado, sem muita dificuldade, consegue implementar os 35 anos para tal jubilação ainda antes dos 60 anos e, após isso, sobrevive por mais 20 anos (considerando-se uma expectativa de sobrevida média de 80,3 anos para os homens, segundo dados da Tábua Completa de Mortalidade, edição 2016, fornecida pelo IBGE), o que, na média, resulta em receber aposentadoria por quase 10 anos além da reserva matemática teórica que constituiu em toda a sua vida. Os recursos para o pagamento de tal aposentadoria – com esteio na repartição simples – vêm da contribuição de todos os trabalhadores, inclusive os de baixa renda.

⁵⁷ *Alguns aspectos conceituais, operacionais e estruturais da previdência social brasileira*. Brasília: IPEA, 1982, p.3-5.

(por exemplo, não elevação da idade mínima para aposentadoria, alta taxa de retorno do benefício, ganhos secundários⁵⁸ etc.), os quais somente podem ser suportados pelo ente público⁵⁹.

A atuação do Estado na prestação direta de ações e serviços de previdência é dotada de aspectos positivos e negativos. Como positivos, podemos citar: a realização de poupança individual obrigatória⁶⁰; maior segurança quanto à percepção futura da prestação, uma vez que ele é o garantidor do sistema; estabilidade sistêmica, não se sujeitando às flutuações do mercado, uma vez que seu gestor não mira o lucro, mas o bem-estar da população; menor custo na administração do sistema, devido à economia de escala e ao caráter não lucrativo⁶¹ etc. E como negativos, podemos indicar: a interferência na liberdade individual quanto à opção de consumo presente em vez da poupança para o futuro; perda da racionalidade do sistema, uma vez que o Estado é parte interessada em sua manutenção, o que no mais das vezes o leva a adotar soluções que, sob o ponto de vista econômico, são ineficazes e ineficientes; dificuldade na tomada de decisões, devido à estrutura política e à burocracia estatal, o que resulta em perda de eficiência etc.

Nenhuma dessas razões, todavia, é suficiente para justificar a atuação direta do Estado na prestação do seguro social. Todas as hipóteses versadas (miopia ou imprevidência individual, proteção dos prudentes ou seleção adversa do mercado, déficit de informação, redistribuição de rendas e falha do mercado de seguros, perda de produtividade) admitem controle e superação com a adoção de instrumentos manejados pelo Estado atuando como órgão de regulação⁶², legando ao particular a prestação direta de tais ações e serviços.

Não há que se confundir, como esclarece Francisco Eduardo Barreto de Oliveira⁶³, a compulsoriedade do seguro social com a estatização das ações e serviços correlatos. A obrigatoriedade da vinculação a um regime de previdência pode decorrer de mandamento constitucional ou legal, ou seja, de comando impositivo estabelecido pelo Estado. Daí não se pode concluir que seja interdito ao ente privado oferecer as prestações de

⁵⁸ Como ganhos secundários, no Brasil, podemos citar o levantamento do saldo da conta do fundo de garantia, a remissão de plano ou seguro de saúde (se previsto em convenção coletiva de trabalho), o levantamento de seguro de vida em grupo fornecido pela empresa, a quitação do financiamento de imóvel habitacional etc.

⁵⁹ Op. cit., p.53-54.

⁶⁰ Mesmo no regime de partição ou repartição simples, é altamente recomendável a criação de reservas individuais, ainda que teóricas e não efetivamente reais, de modo a permitir seja mantido o equilíbrio atuarial do regime.

⁶¹ MESA-LAGO, Carmelo. *As reformas de previdência na América Latina e seus impactos nos princípios da seguridade social*. Brasília: Ministério da Previdência, 2006, p.30.

⁶² A título meramente exemplificativo, pode-se citar, como ações de regulação, a vinculação obrigatória a algum regime de previdência, a determinação de critérios de acesso às prestações, a flexibilização de tais critérios com vistas a estimular ou desestimular a obtenção de prestações, o estímulo a poupança individual com a adoção de incentivos fiscais (dedução no imposto de renda devido pela pessoa física), fomento à criação de fundos de pensão pelos sindicatos e associações classistas, dentre outras tantas possíveis e viáveis.

⁶³ *Proposta...*, op. cit., p.9.

tal regime. Aliás, em sua gênese, tanto aqui quanto alhures, os serviços afetos ao seguro social foram prestados por entes privados⁶⁴ (as denominadas caixas de aposentadorias e pensões).

Não existem, como assinala Paulo Tafner⁶⁵, fundamentos teóricos ou empíricos que indiquem a necessidade de atuação direta do Estado nesse campo. Segundo o autor, todos os estudos demonstram que a previdência social pode ser gerida de forma exitosa e de forma desastrosa tanto pelo ente público quando pelo ente privado. Daí que a opção entre a prestação direta ou a prestação indireta – permanecendo o Estado no campo regulatório (organização, normatividade e fiscalização dos prestadores particulares) – é escolha política que compete a cada modelo de Estado.

O texto constitucional brasileiro fixou as diretrizes⁶⁶ e as contingências⁶⁷ elementares do seguro social (sem, contudo, vedar a ampliação das coberturas), atribuindo aos entes federados competência para legislar a respeito⁶⁸. Todavia, diferentemente da postura adotada em outros temas (como emissão de moeda, serviço postal, correio aéreo nacional e inspeção do trabalho, atividades atribuídas unicamente à União), a previdência não foi inserida no âmbito de exclusiva e direta prestação por parte dos Poderes Públicos. A única referência à sua execução vem estampada no artigo 40, parágrafo 20, ao vedar a existência de mais de um órgão gestor de regime próprio de previdência social por ente federado.

Afigura-se, dessa maneira, hipótese de lacuna quanto à atribuição dos serviços de previdência social, a qual pode ser interpretada como silêncio eloquente tanto em prol quanto contra a atuação estatal direta nesse campo.

Essa exegese pode ser sacada do exame sistemático da Constituição. Sua orientação é no sentido da apropriação privada dos meios de produção e da livre iniciativa como fundamento do Estado e da Ordem Econômica. As atividades públicas, por

⁶⁴ GIRÓN, Jesús Martínez. VARELA, Alberto Arufe. VÁSQUEZ, Xosé Manuel Carril. *Derecho de la seguridad social*. 2. ed. La Coruña: Netbiblo, 2008, p.5.

⁶⁵ Op. cit., p.44 e 54.

⁶⁶ Referência a caráter contributivo e a equilíbrio financeiro e atuarial (artigo 40, caput, e artigo 201, caput), a piso e teto do valor das prestações (artigo 40, parágrafos 2º e 11, e artigo 201, parágrafo 2º), a correlação com a remuneração do segurado (artigo 40, parágrafos 3º e 17, e artigo 201, parágrafos 3º e 11), a reajustamentos periódicos dos benefícios em manutenção (artigo 40, parágrafo 8º, e artigo 201, parágrafo 4º), dentre outras.

⁶⁷ São eventos que, de ordinário, alcançam toda e qualquer pessoa em alguma etapa da vida. Encontram-se, de modo geral, alinhavados nos incisos I a V do artigo 201, a saber, incapacidade laborativa (doença e invalidez), morte, idade avançada (anteriormente denominada velhice), maternidade/gestação, desemprego involuntário, reclusão e encargos familiares decorrentes de prole em idade escolar (esses dois últimos eventos quando atingirem o segurado de baixa renda). Embora o artigo 40 da Constituição refira apenas morte e idade avançada, outros dispositivos contemplam as mesmas coberturas aos trabalhadores vinculados a regime próprio de previdência.

⁶⁸ Artigo 24, inciso XII; artigo 30, inciso I; artigo 40, parágrafos 1º, incisos I e II, 3º, 4º, 7º, 8º, 14 e 17; artigo 42, parágrafo 1º; artigo 142, parágrafo 3º, inciso X; artigo 149, parágrafo 1º; e artigo 201, caput e parágrafos 1º, 3º, 4º, 7º, 9º, 10 a 12.

consequente, restringem-se aos pontos sensíveis, tais como funções estatais típicas (criar leis, solver conflitos na aplicação das leis e administrar a coisa pública), segurança interna e externa, regulação do meio circulante (moeda) e outras determinadas no próprio texto e definidas, num dado momento histórico, como relevantes⁶⁹. No mais, é interdito ao Estado realizar quaisquer atividades senão aquela de fiscalização (porquanto inserida no âmbito de suas funções típicas). A gestão direta do sistema de previdência, sem embargo de sua relevância, não constitui função típica de Estado e nem foi definida como relevante a ponto de ser realizada apenas pelo Poder Público.

Por outro lado, existem serviços afetos à Ordem Social relativamente aos quais a Constituição foi clara em dispor que sejam prestados tanto pelo ente público quanto pelo privado. É o caso da saúde e da educação. A prestação direta de serviços relacionados à saúde pública pode ser realizada diretamente por entidades privadas, sob a coordenação e supervisão do Sistema Único de Saúde (SUS)⁷⁰, ao passo que a saúde privada pode ser explorada pelo particular, em complemento ao SUS e sob a supervisão dos órgãos reguladores⁷¹. A disponibilização de estabelecimentos e profissionais da educação, ao menos no que toca os ciclos infantil, fundamental e médio de ensino, é obrigação do Estado. Tal dever não afasta a iniciativa privada, que, por expressa disposição no texto, tem franqueada a prestação direta desses serviços⁷².

A previdência pública, no texto constitucional, não foi contemplada com dispositivo algum versando a execução de seus serviços correlatos. Em verdade, ocupou-se a Constituição, repisamos, apenas em estruturar o seguro social e definir os eventos necessariamente cobertos. Daí que ou o Poder Público não pode explorar o seguro social por absoluta ausência de competência constitucional expressa, ou, com base nessa mesma ausência, admite-se que podem explorá-lo tanto o ente público quanto o ente privado.

Diante do desenvolvimento histórico do seguro social e com base na função estatal de promotor e garantidor dos direitos fundamentais, notadamente os de índole social, parece adequado interpretar que a ausência de competência expressa na Constituição tem o escopo de permitir que as ações e serviços de previdência social sejam realizados tanto pelo

⁶⁹ Materializadas nas competências, privativas ou concorrentes, definidas nos artigos 22, 24 e 30 da Constituição.

⁷⁰ Artigo 197.

⁷¹ Artigo 199. Tais órgãos são a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

⁷² Artigo 209.

particular quanto pelo Estado, reservando-se ao último, quando não prestador, a função de regulação (definição de normas, escolha do prestador e fiscalização de sua atuação)⁷³.

Isso, em verdade, já ocorre no âmbito da previdência complementar. Todavia, no campo dos regimes obrigatórios, é o Estado que diretamente (por si ou por autarquia a tanto vocacionada) vem concedendo, mantendo e fiscalizando prestações do seguro social. Não há, entretanto, óbice normativo para que, sob ordenação, supervisão e fiscalização estatais, o particular possa desempenhar tais atividades⁷⁴.

1.3. A proteção previdenciária como direito fundamental e suas implicações

A previdência, como visto, é elemento de capital importância porquanto apta a conferir estabilidade e segurança à sociedade, atuando em momentos de necessidade para impedir a marginalização e reduzir a pobreza. Contudo, é necessário indagar: tal relevância é suficiente para alçá-la a elemento estruturante do Estado Democrático de Direito⁷⁵? Em outras palavras, o acesso à previdência social constitui direito fundamental?

Para elucidar a questão, devemos, ainda que de modo sucinto, apreender o que é direito fundamental.

1.3.1. Análise dos direitos fundamentais

Examinado sob uma perspectiva espaço-temporal, seria fundamental aquele acervo de direitos que, por relevantes, pertencem a todos os homens, em todos os lugares e em qualquer tempo (dimensão filosófica ou jusnaturalista); ou em todos os lugares numa determinada época (dimensão universalista ou internacionalista); ou, ainda, um conjunto de

⁷³ Comunga desse entendimento Wladimir Novaes Martinez. Tecendo comentários à redação do artigo 40, caput, da Constituição, na redação da EC nº 41/03, o autor assinala que “a técnica protetiva é oferecida [aos servidores efetivos], **necessariamente não significando que deva ser gerida diretamente pelo poder público**, de alguma forma autorizada a delegação, mas cometimento submetido à supervisão do Estado [...]” (*Reforma da previdência dos servidores: comentários à EC nº 41/03*. São Paulo: LTr, 2004, p.37, grifo nosso).

⁷⁴ É, aliás, o que se colhe da experiência mundial, como assinala Marcelo Abi-Ramia Caetano: “internacionalmente, o desenho institucional mais comum é ter algum órgão governamental como responsável pela previdência social básica. Porém, tal fato não se constitui regra única. O caso chileno serve como exemplo, onde a administração da previdência social é privada” (*Fundamentos acerca dos riscos associados à previdência social*. Brasília: IPEA, 2006, p.9).

⁷⁵ Preâmbulo constitucional e caput do artigo 1º.

direitos conferidos aos homens numa determinada época e num determinado Estado (dimensão estatal ou constitucional)⁷⁶.

A concepção filosófica inspira-se no conhecimento inato da distinção entre o bem e o mal e na concessão divina dos direitos, que antecede o próprio homem, isto é, de um direito que não emana do homem e é natural ou comum a todos. Seriam os direitos mais elementares, como o direito à existência, o direito a não se curvar ante leis injustas e os direitos de liberdade, segurança e propriedade.

A dimensão universalista, que se desenvolveu no período pós-guerras do início do século XX, encontra fundamento em declarações de direitos enunciadas em dado momento histórico por diversas nações e que traz elenco de prerrogativas afeto a todos os homens pelo simples motivo de pertencerem à agremiação humana e cuja ofensa constitui um problema que extrapola as fronteiras nacionais⁷⁷. Integram essa perspectiva os direitos de proteção às minorias, o direito à autodeterminação e o direito a viver com dignidade⁷⁸.

Na dimensão estatal, encontramos direitos que, na concepção originária, alcançavam aqueles dotados do *status* de cidadão, ou seja, nacionais de um Estado e que podiam exercer direitos políticos, e que findou por evoluir e alcançar a todos, sejam ou não cidadãos. Em geral estampados em textos constitucionais, abarcam prerrogativas, além das previstas nas dimensões precedentes, relacionadas à proteção do Estado, ao bem-estar e a interesses de natureza transindividual e coletiva.

⁷⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998, p.12-42.

⁷⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de, op .cit., p.20.

⁷⁸ Na lição de Alexandre de Moraes, “A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. [...] O princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da *dignidade da pessoa humana* apresenta-se em uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. Esse dever configura-se pela exigência de o indivíduo respeitar a *dignidade* de seu semelhante tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria.” (*Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p.60-61). Para que se viva com dignidade, então, é preciso que o Estado garanta a infraestrutura material necessária para permitir que cada pessoa possa desenvolver suas potencialidades, ou seja, suas aptidões laborais, sejam elas operacionais, intelectuais, artísticas, técnicas ou outras quaisquer. Isso é alcançado por meio de regras e ações que assegurem igualdade de acesso a bens e serviços, públicos e privados, de modo a evitar a prevalência dos mais ricos e a exclusão de minorias.

Outra classificação, mais usual na doutrina⁷⁹, é a que distingue os direitos humanos dos direitos fundamentais: os primeiros são inerentes a qualquer ser humano, independentemente de outro requisito ou condição, e por isso mesmo são direitos universais e atemporais; os direitos fundamentais, por outro lado, são objetivamente definidos numa determinada ordem jurídica, estando temporal e espacialmente delimitados.

Ambas as classificações, sem olvidar a existência de outras, guardam relação com o surgimento das primeiras declarações de direitos no século XVIII. Inicialmente – tanto nas treze colônias americanas que buscavam independência da coroa inglesa quanto na assembleia revolucionária instalada na França de 1789 –, foram enunciadas declarações de direitos do homem, cujo escopo, obviamente, não era constituir tais direitos, mas reproduzi-los num texto escrito para fins de clareza, precisão e até mesmo educação. As constituições (dos Estados Unidos e da França) surgiram anos após as declarações de direitos. Assim, conforme assinala Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁸⁰, estabeleciam-se dois documentos em separado: o pacto social, representado pela declaração de direitos, e o pacto político, representado pela Constituição. Somente mais tarde é que ambos os pactos foram reunidos num único documento, ou seja, a Constituição.

O que se destaca em tais direitos, sem embargo das diversas perspectivas ou classificações sob as quais sejam analisados, é que são imprescindíveis ao ser humano. Em outras palavras, são absolutamente necessários para que se alcance a condição humana, sem o que não é falar em vida com dignidade.

Na perspectiva espaço-temporal delimitada pelo presente estudo⁸¹, importa a definição de direito fundamental, e adota-se, por abrangência e clareza, a lição de Vladimir Brega Filho, para quem

[...] os direitos fundamentais são os interesses jurídicos previstos na Constituição que o Estado deve respeitar e proporcionar às pessoas a fim de que elas tenham uma vida digna.

Em relação ao seu conteúdo, vimos no histórico dos direitos fundamentais que eles são compostos de uma série de direitos os quais foram sendo construídos paulatinamente. [...]

⁷⁹ BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p.73; DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: RT, 2014, p.52-53; NUNES, Anelise Coelho. *A titularidade dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.21-22; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.560-561; DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.40); PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Trad. Antônio Francisco de Souza e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, edição eletrônica, tópicos 43-45; MARTINS, Sérgio Pinto. *Direitos fundamentais trabalhistas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.47-50.

⁸⁰ *Direitos humanos fundamentais*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.5-6.

⁸¹ Ou seja, o exame dos direitos fundamentais no texto constitucional vigente.

Dessa forma, dentro do conteúdo dos direitos fundamentais devemos incluir todos os direitos necessários para a garantia de uma vida humana digna, sejam eles individuais, políticos, sociais e de solidariedade.⁸²

Direitos fundamentais, portanto, é o conjunto de prerrogativas, franqueadas a todos, que constituem o universo de bens necessários ao alcance de uma vida com dignidade, sem os quais o ser humano não se realiza como pessoa⁸³. Integram esse conjunto bens de natureza material e imaterial. Entre os primeiros podemos inserir vida, propriedade, trabalho, participação nos negócios de Estado etc., e entre os segundos, tratamento igualitário por parte dos entes públicos e também dos particulares, respeito, zelo com o próximo, proteção/segurança etc.

Tecidas essas considerações, importa agora investigar a justificativa formal e material para a previdência social encontrar-se inserida dentre os direitos fundamentais.

1.3.2. Previdência social como direito fundamental: justificação material e formal

A cristalização dos direitos fundamentais decorreu de um processo histórico-evolutivo que partiu de uma dicotomia individualista (cidadão-Estado) e alcançou uma posição coletiva (sociedade-Estado). Inicialmente, os clássicos direitos de liberdade (direito à vida, à propriedade e à liberdade propriamente dita) foram reputados suficientes para materializar a igualdade natural dos homens entre si. Pensava-se suficiente, nesse momento, conter o arbítrio estatal, de modo que cada qual ordinariamente fosse capaz de providenciar uma vida com dignidade. Todavia, essa síntese do pensamento liberal mostrou-se equivocada, já que a grande massa da população permanecia na miséria, enquanto poucos acumulavam grandes fortunas. Tornou-se, então, necessária a criação de mecanismos de fomento à igualdade em sentido concreto, sem o que os clássicos direitos de liberdade não passariam de mera ficção. A partir dessa realidade, surgem direitos que, institucionalizados e promovidos pelo Estado, têm por objetivo viabilizar o exercício daquelas liberdades e tornar efetiva a igualdade entre os homens. A tônica deixou de ser a abstenção e passou a ser

⁸² Op. cit., p.67.

⁸³ Jorge Reis Novaes destaca a relação entre dignidade humana e direitos fundamentais nos seguintes termos: “[...] os direitos sociais no Estado de Direito dos nossos dias são hoje amplamente tidos como direitos fundamentais por força da sua relevância material, enquanto exigências concretizadas, ou a concretizar, da dignidade da pessoa humana e, nos Estados constitucionais que assim o decidiram, por força do reconhecimento dessa qualidade por parte da Constituição” (*Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2010, p.32-33).

a atuação estatal na implantação desses direitos⁸⁴ atinentes a toda a sociedade, de onde advém a denominação de direitos sociais.

Talvez o mais representativo desses direitos seja o acesso ao trabalho, objeto de muitas convulsões sociais a partir da segunda metade do século XIX. Ao lado de sua relevância ética⁸⁵, existe o viés econômico, pois com a atividade remunerada (notadamente nos centros urbanos) o salário passou a ser a única fonte de subsistência do operariado. O corolário desse direito é a proteção contra a impossibilidade de exercê-lo, ou seja, a proteção previdenciária constituída pelo seguro (social)⁸⁶. Trabalho e previdência constituem, dessa forma, o verso e o reverso da mesma moeda, qual seja, fonte de renda para subsistência. Portanto, sob o ângulo do fornecimento de recursos concretos necessários à promoção da sobrevivência e da dignidade das pessoas, justifica-se materialmente que o trabalho e o seguro social⁸⁷ sejam arrolados como direitos fundamentais⁸⁸.

Essa realidade não passou despercebida pelo constituinte. Já na redação original da Constituição de 1988, foi arrolada dentre os direitos fundamentais de natureza social a previdência, quadro que permanece até os dias presentes, como se observa em seu artigo 6º⁸⁹. Os direitos sociais, porquanto diretamente relacionados ao bem-estar das pessoas, estão em permanente evolução, como dão conta os acréscimos, no dispositivo em debate, do direito à moradia (introduzido pela EC nº 26/2000), do direito à alimentação (introduzido pela EC nº 64/2010) e do direito ao transporte (inovação da EC nº 90/2015). Assinale-se, por relevante nesse momento, que a sagração da proteção previdenciária como basilar ao Estado

⁸⁴ Embora consagrado na doutrina tradicional que os direitos fundamentais de primeira dimensão reclamem a abstenção estatal, ao passo que os de segunda dimensão exigem uma atuação estatal positiva, a doutrina moderna vem entendendo que a proteção a todo direito fundamental demanda uma atuação estatal positiva. Todavia, o que se assinala no presente trabalho é que, relativamente aos direitos sociais, se faz necessária a criação de órgãos e estruturas – muitas vezes inexistentes ou incipientes – para a concretização de tais direitos.

⁸⁵ MARTINS, Sérgio Pinto, *Direitos fundamentais...*, op. cit., p.68.

⁸⁶ É nesse sentido que Jorge Reis Novais alinha o direito ao mínimo vital e à segurança social como direitos fundamentais (*Direitos sociais...*, op. cit., p.40-41).

⁸⁷ Reinhold Stephanes, com propriedade, registrou que “a previdência está relacionada a seguro, formado este por um programa de pagamentos prestados ao indivíduo ou a seus dependentes, como compensação parcial ou total da perda de capacidade laborativa por doença, invalidez, morte (deixando a pensão protegendo a família) ou por idade avançada” (*Reforma da previdência sem segredos*. Rio de Janeiro: Record, 1998, p.4.).

⁸⁸ Lauro Cesar Mazetto Ferreira, após esclarecer que a finalidade do seguro social compulsório é assegurar um “padrão digno de vida para as pessoas”, justifica sua fundamentalidade na proteção ao trabalho: é com o fruto do labor que o ser humano consegue suprir suas necessidades de existência digna, surgindo a renda substitutiva (decorrente da impossibilidade de trabalhar) como forma de suprir tais necessidades; daí que a seguridade social, ao propiciar a renda substitutiva, assegura ao homem condições de uma existência digna (*Seguridade social e direitos humanos*. São Paulo: LTr, 2007, p.87, 122 e 164-165). De forma mais abrangente, incluindo a previdência social, Marco Aurélio Serau Júnior apresenta quatro argumentos para justificar a fundamentalidade do direito à seguridade social, quais sejam, (i) promover a dignidade da pessoa humana, (ii) garantir um mínimo vital, (iii) como decorrência da universalidade dos direitos fundamentais, e (iv) por constituir um dos fins do Estado (*Seguridade social como direito fundamental material*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p.171-178).

⁸⁹ ROCHA, Daniel Machado da. *O direito fundamental à previdência social na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.110-111.

Democrático de Direito é anterior ao próprio texto constitucional, que somente fez declará-la formalmente⁹⁰.

Não se pode, entretanto, confundir o direito à previdência social com o direito a determinada prestação pecuniária do seguro social. Aquele é produto da filosofia kantiana que tem no homem a finalidade de todas as coisas, e não mero instrumento para apropriação de bens, e tem no bem-estar das pessoas o escopo primeiro de toda comunidade e do Estado, por conseguinte. Visa assegurar, pelo meio que for, condições dignas à pessoa do trabalhador e seus dependentes.

Por outro lado, o direito a benefício pecuniário decorre de um conjunto de regras criadas com base em dados demográficos, econômicos e atuariais, segundo interesses políticos e disponibilidade financeira. Leva em consideração elementos como o fenômeno inflacionário, o nível de renda, o custo de vida, o nível de emprego e desemprego da população. Seu conteúdo, ou seja, seu valor, sofre variação no tempo e no espaço, não se perenizando em época alguma⁹¹.

O que confere dignidade à pessoa não é um benefício de determinado valor, mas a garantia de renda, seja qual for, desde que não aviltante, capaz de propiciar existência com respeito, consideração e liberdade. Não é, assim, o direito à prestação, mas o direito a ter uma previdência social, que se afigura como fundamental⁹².

1.3.3. Previdência social como direito fundamental: implicações

Todavia, o que significa dizer que a proteção previdenciária é um direito fundamental (ou, em outras palavras, qual é o efeito prático de classificá-la como um direito fundamental)?

⁹⁰ Não se pretende ingressar no debate acerca do momento em que surgem os direitos fundamentais: se constituídos na sua positivação ou, por preexistirem, se apenas declarados. O que se procura acentuar é que a relevância da proteção previdenciária, no contexto social, político e econômico que surgiu no pós-guerra do século XX, era tamanha que o constituinte não poderia olvidá-la.

⁹¹ O que é fácil observar pelos influxos normativos. Antes da atual Carta Política, não causava espécie, sendo mesmo natural, o pagamento de benefício substitutivo da renda do trabalho em monta inferior ao salário mínimo. Existe hoje forte pressão de setores técnicos para desvincular o benefício previdenciário do salário mínimo, o que seria uma volta ao *status quo ante*.

⁹² Esse parece ser o entendimento da Suprema Corte, esboçado em duas oportunidades: no RE nº 626.489 (repercussão geral tema 313), em que o Min. Luís Roberto Barroso assinalou essa diferença ao examinar a aplicação do instituto da decadência no âmbito previdenciário; e na ADI nº 3.104, em que se discutia constitucionalidade de alteração das regras de transição por emenda constitucional, ocasião na qual a Min. Cármen Lúcia asseverou que, em tema previdenciário, somente ocorreria retrocesso social caso extinta a possibilidade de aposentadoria, e não por alteração nos critérios de acesso ou na forma de apuração de seu valor.

Significa, desde logo, que a previdência, ao se conectar com a dignidade da pessoa humana⁹³, representa um dos alicerces sobre os quais foi erigido o Estado brasileiro. Já se teve a oportunidade de registrar que a dignidade da pessoa humana

[...] é a aptidão para todo ser humano enxergar, a si mesmo, como sujeito e titular de direitos tais que o torne capaz de dirigir a sua própria existência, com respeito, liberdade e autonomia, e de participar nos destinos políticos do Estado; e de ser enxergado pelos demais seres humanos como semelhante, como igual em titularidade de respeito, direitos e obrigações; criando, para o Estado, o dever de garantir a infraestrutura material necessária para que os seres humanos tornem concreta esta forma de enxergarem-se a si mesmos (sic) e de assim serem enxergados.⁹⁴

Uma das formas de garantir essa “infraestrutura material” é pela criação de um sistema substitutivo da renda do trabalho para fazer frente às contingências que não permitam o exercício do labor. Sem essa forma de proteção, a sociedade ruiria⁹⁵.

A liberdade, como direito inalienável de qualquer ser humano, compreende a franquia de exercer toda e qualquer atividade laboral e, em decorrência do exercício desse labor, a garantia de renda pela impossibilidade de exercê-lo. Portanto, o trabalho e a proteção previdenciária são direitos individuais que decorrem do direito à liberdade.

Ao reconhecer que o acesso à previdência social é, ao mesmo tempo, direito individual e direito fundamental, a Constituição lhe outorgou uma proteção especial, pois conferiu-lhe o caráter de cláusula pétrea. Tamanha é sua importância que o texto constitucional veda até mesmo proposta de emenda que, de algum modo, possa levar à sua abolição⁹⁶.

Atente-se para a clareza do dispositivo constitucional: a vedação não alcança toda e qualquer alteração nos direitos fundamentais, mas apenas aquela capaz de conduzir à erradicação de uma faceta de tais direitos⁹⁷, sendo plenamente viáveis e possíveis modificações voltadas a ajustes e mesmo restrições⁹⁸.

⁹³ Convém assinalar que para alguns autores, como Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari (op. cit., p.22), a principal (ou mais ampla) finalidade da previdência social é, na verdade, proteger a dignidade da pessoa.

⁹⁴ SILVA, Marcelo Rodrigues da *Agências reguladoras e o direito à digna existência*. Curitiba: Prismas, 2015, p.61.

⁹⁵ No mesmo sentido, ver Fábio Zambitte Ibrahim (*A previdência social como direito fundamental*. Disponível em <<https://www.impetus.com.br/artigo/92/a-previdencia-social-como-direito-fundamental>>. Acesso em 12.06.2018).

⁹⁶ BREGA FILHO, Vladimir, op. cit., p.83-85.

⁹⁷ Sem ingressar no debate acerca das teorias sobre restrição aos direitos fundamentais (teoria interna ou dos limites imanentes, ou teoria externa, conforme assinala Virgílio Afonso da Silva em *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed., 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2017, p.126 e ss), o que se pretende destacar, nessa etapa, é que o texto constitucional confere uma acentuada proteção à previdência social, o que não implica torná-la imutável ou não sujeita a aperfeiçoamentos.

⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.426-427.

No campo do seguro social, a distinção é de grande interesse, uma vez que a parametrização dos direitos⁹⁹ ficou, quase integralmente, confiada à legislação ordinária. A Constituição, como já dissemos, ocupou-se em elencar as diretrizes gerais do sistema e um rol mínimo de eventos a serem cobertos. Daí que nem toda alteração da norma previdenciária poderá ser atacada por vício de inconstitucionalidade.

Em verdade, como já assinalado por Fábio Zambitte Ibraim¹⁰⁰, ao inserir a previdência social entre os direitos fundamentais, o constituinte não garantiu a percepção dessa ou daquela prestação, mas assegurou um sistema protetivo necessário e suficiente para que o trabalhador e seus dependentes possam ter uma existência com dignidade.

A concreta materialização desse sistema, observadas as diretrizes e respeitados os eventos contemplados na Constituição, é dever do legislador ordinário, que formatará as prestações segundo critérios históricos, políticos e econômicos. Há de existir, contudo, um núcleo imodificável, um mínimo inarredável, que não pode ser alterado, sob pena de, indiretamente, violar a limitação constitucional ao poder de emenda¹⁰¹. Esse núcleo mínimo será examinado nos capítulos 3 a 6.

⁹⁹ Ou seja, a determinação de critérios para a concessão das prestações.

¹⁰⁰ *A previdência social como direito fundamental*. Disponível em <<https://www.impetus.com.br/artigo/92/a-previdencia-social-como-direito-fundamental>>. Acesso em 12.06.2018.

¹⁰¹ Esse também é o pensamento de Vladimir Brega Filho, para quem a limitação ao poder de emenda não resulta no congelamento ou imutabilidade dos direitos fundamentais, pois o escopo dessa vedação é não permitir a erradicação ou inviolabilidade prática de tais direitos, sendo possível desde que respeitado o núcleo mínimo intangível ou essencial desses direitos (op. cit., p.87-88). No mesmo sentido, ver Daniel Machado da Rocha (op. cit., p.113-114).

CAPÍTULO II – A NORMA CONSTITUCIONAL PREVIDENCIÁRIA

2.1. Ciências Naturais e Ciências Sociais

É conhecida a distinção entre Ciências Naturais ou Físicas e Ciências Sociais. As primeiras descrevem eventos do mundo físico, concreto, que nos rodeiam – tais como a força da gravidade, os estados (líquido, sólido e gasoso) dos corpos e os eventos naturais (como a chuva, as erupções vulcânicas e os terremotos) – como eles são. Dessa natureza são a Física, a Biologia e a Geografia, dentre outros ramos das Ciências Naturais.

As Ciências Sociais, por sua vez, descrevem o mundo não como ele realmente é, mas como ele deveria ser, ou seja, o mundo ideal. É o que se examina nas relações comerciais travadas entre as pessoas, as condutas esperadas de um profissional da medicina, as obrigações e deveres dos cônjuges entre si. Dessa natureza são a Ética e o Direito, dentre outros ramos das Ciências Sociais¹⁰².

As Ciências Naturais ocupam-se em descrever como os eventos naturais ocorrem. Já as Ciências Sociais ocupam-se em criar ou estabelecer as formas do agir humano, o que fazem por meio da determinação (ou do comando) de comportamentos, daí serem conhecidas como ciências normativas.

A fim de evitar confusões, compete esclarecer que as Ciências Naturais também trabalham com normas. Diferem, todavia, das Ciências Sociais porque (i) observam as ações da natureza, e não as ações humanas, e (ii) cingem-se a descrever as normas que guiam as ações da natureza, sem, portanto, as criar.

Interessa, no presente estudo, o exame da norma relacionada às Ciências Sociais apenas.

2.2. Norma

Norma, no âmbito das Ciências Sociais, significa determinação de comportamento humano, ou seja, um comando comportamental, uma imposição de conduta dirigida aos seres humanos. Trata-se de uma ação humana desejada ou desejável segundo

¹⁰² KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986, p.13-17 e 29; TELLES JUNIOR, Goffredo. *Direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.205-207; VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.2-3.

uma gama de valores aceitos numa dada época e lugar (Moral) ou segundo o que se entendeu necessário e suficiente para o pacífico e harmonioso convívio social (Direito)¹⁰³. Assim, a norma consagra um comportamento ideal, um comportamento que “deve ser” de tal ou qual modo.

Essa determinação de comportamento, quando frustrada (descumprida), gera consequências endógenas ou exógenas¹⁰⁴: a norma moral (ou norma ética), quando desrespeitada, repercute na consciência do agente, ocasionando um sentimento de culpa, de angústia, de íntima perturbação¹⁰⁵; a norma de direito (ou norma jurídica), uma vez descumprida, conduz à sanção externamente imposta (que pode ser a invalidade do ato, como no caso de ausência de capacidade ou de competência, ou a pena, que pode ser a multa ou a privação de liberdade, dentre outras sanções)¹⁰⁶.

A norma jurídica decorre de uma vontade arbitrária¹⁰⁷ ou do costume¹⁰⁸, e se consagra, se materializa, na lei. Todavia, “lei” e “norma” não são sinônimos. A lei é mero instrumento pelo qual se leva à coletividade o conhecimento da norma. Essa, na verdade, é o sentido, a interpretação sacada do texto ou enunciado da lei. Extrai-se de um dispositivo legal várias normas, como também ocorre de vários dispositivos legais expressarem apenas uma norma¹⁰⁹.

¹⁰³ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed., 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2004, p.2. Segundo Maria Helena Diniz, “a norma jurídica é o instrumento elaborado pelos homens para lograr aquele fim consistente em que se produza a conduta desejada; é, portanto, um mero meio especial adotado pelos indivíduos em sociedade para assegurar a realização dos fins cujo logro consideram necessário para sua vida” (*Conceito de norma jurídica como problema de essência*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.24-25).

¹⁰⁴ A distinção toma por base os imperativos autônomos e heterônomos kantianos: nos primeiros, o formulador e o executor da norma é uma mesma pessoa; nos segundos, o formulador e o executor da norma são pessoas distintas (BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Arani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Batista. 6. ed. São Paulo: Edipro, 2016, p.88-91).

¹⁰⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*, op. cit., p.152-154.

¹⁰⁶ A concepção de sanção como inerente à norma jurídica foi desenvolvida por Hans Kelsen (*Teoria pura do direito*. 8. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p.71; e *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986, p.30-31). Norberto Bobbio entende que o característico da norma jurídica é a sanção externa e institucionalizada, ou seja, a sanção proporcional à ofensa e executada por pessoas previamente determinadas ou determináveis (*Teoria da norma jurídica*, op. cit., p.157-160). Por outro lado, tem-se entendido que o atributo inerente à norma não é a sanção, mas a possibilidade de exigir coativamente o cumprimento da conduta nela prescrita (LATORRE, Angel. *Introdução ao direito*. Trad. Dr. Manoel de Alarcão. 3. reimp. Coimbra: Almedina, 1997, p.17-18; DINIZ, Maria Helena. *Conceito de norma jurídica*, op. cit., p.143-144; TELLES JUNIOR, Goffredo. *Direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.274 e 293-298).

¹⁰⁷ A filosofia tomista já patenteou essa realidade na clássica distinção entre lei eterna ou divina (decorrente da vontade divina e somente por Deus conhecida), lei natural (decorrente da vontade divina, mas revelada aos homens, que dela conhecem por força e uso de sua razão) e lei dos homens (criada por vontade humana) (LATORRE, Angel. *Introdução ao direito*. Trad. Dr. Manoel de Alarcão. 3. reimp. Coimbra: Almedina, 1997, p.171-174; BOBBIO, Norberto. *Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Icone, 2006, p.17-19; KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986, p.3 e 6).

¹⁰⁸ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*, op. cit., p.2-3.

¹⁰⁹ Vale a advertência de Humberto Ávila no sentido de que “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. [...] **O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte**” (*Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. São Paulo, Malheiros, 2016, p.50, grifei).

Sob o ponto de vista formal, a norma jurídica consiste numa proposição prescritiva, ou seja, num agregado ou conjunto de palavras que possui uma unidade de significado. Essa unidade de significado nada mais é do que a descrição de uma conduta¹¹⁰ (proibida ou permitida), ou ainda a outorga ou derrogação de poderes ou competências¹¹¹.

Sob o ponto de vista material, a norma é um mero vaso, um recipiente no qual se deposita a vontade humana. A norma nada quer, não tem um fim ou uma necessidade teleológica. Todo o querer contido na norma (ou seja, nela depositado) pertence ao ser humano, e não à norma¹¹². Isso fica evidente ao lembrar que a estrutura lógica da norma jurídica é hipotética (se A é, B deve ser), sendo produto da inteligência humana, a qual “[...] descobre, em cada circunstância social, as interações *necessárias*, isto é, as reações que devem ser permitidas e as que devem ser proibidas”¹¹³. Ou seja, o intelecto humano vale-se do recipiente “norma jurídica” para determinar as ações das pessoas¹¹⁴.

2.3. Norma jurídica, regra jurídica e princípio jurídico¹¹⁵

Tecidas essas considerações iniciais, compete agora trazer à baila a definição de norma jurídica e traçar, em breve linhas, a distinção entre institutos correlatos, notadamente porquanto frequentemente objeto de alguma confusão de parte do intérprete.

2.3.1. Norma jurídica

Para Hans Kelsen, norma é um mandamento, uma prescrição, uma ordem de comportamentos, poderes ou permissões. Adquire o qualificativo de “jurídica” quando a seu descumprimento corresponder uma sanção no Direito¹¹⁶.

¹¹⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Arani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Batista. 6. ed. São Paulo: Edipro, 2016, p.72-73.

¹¹¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, op. cit., p.6.

¹¹² KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*, op. cit., p.16.

¹¹³ TELLES JUNIOR, Goffredo, op. cit., p.280.

¹¹⁴ Por meio da norma previdenciária que estabelece critérios para a obtenção de um dado benefício (aposentadoria ou benefício por incapacidade), pode-se estimular ou desestimular a permanência de um trabalhador na ativa. É o que acontece quando se desvinculam as aposentadorias programadas de uma idade mínima, ou quando a forma de cálculo do benefício gera uma renda de inatividade maior do que a remuneração do serviço ativo.

¹¹⁵ Conquanto relevante para o presente estudo, não se tem a pretensão de exaurir o tema ingressando no campo da Filosofia do Direito, o que certamente implicaria na perda do foco da pesquisa. Em verdade, buscaram-se apenas subsídios para estruturar as argumentações que se seguirão relativas ao objeto da pesquisa.

¹¹⁶ *Teoria geral das normas*, op. cit., p.1 e 30-31; *Teoria pura do direito*, op. cit., p.6 e 70-71.

Norberto Bobbio, após examinar analiticamente diversos critérios adotados para definir a norma jurídica, conclui que sua marca essencial é ter seu cumprimento assegurado por uma sanção externa e institucionalizada¹¹⁷. Escorado na distinção kantiana entre imperativos autônomos e heterônomos, aduz que a sanção ao descumprimento da norma moral é interior (ou interna) ao agente, ao passo que a norma jurídica é sancionada externamente¹¹⁸. Esse critério (sanção externa) por si só é insuficiente para definir a norma como jurídica, uma vez que todo grupo social exerce controle coativo sobre seus membros¹¹⁹. A sanção oriunda desses grupos sociais, assevera o autor, por carecerem de indicação clara quanto ao executor, às condutas reprovadas e à medida da punição, geram incertezas¹²⁰. Apenas quando esses grupos se organizam de modo a definir as condutas não permitidas, estabelecer as sanções em proporção ao agravo e identificar o executor da punição, ou seja, quando a sanção se torna institucionalizada, é que se estará diante de uma norma jurídica.

Todavia, há autores que não veem a sanção como elemento essencial da norma jurídica.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior esclarece que os juristas, de modo geral, compreendem a norma como proposição, como prescrição ou como comunicação. A norma-proposição, independentemente de quem a estabeleça e para quem é voltada, corresponde a um dever ser, a uma situação ideal, a um direcionamento de conduta sob pena de sanção. A norma-prescrição também corresponde a um dever-ser, mas decorre de uma vontade impositiva, de uma vontade vinculativa e inafastável (e por isso distingue-se da norma-proposição), resultando em comando oriundo de uma vontade institucionalizada. A norma-comunicação é vista como um fenômeno complexo, resultante da troca de mensagens entre seres humanos e baseada em relações de subordinação e coordenação, em que são relevantes não só as qualidades do emissor do comando, mas também as qualidades do receptor e sua reação ao comando. Contudo, independentemente da formulação, a norma jurídica sempre retratará um dever-ser, uma conduta a ser observada, e terá por conteúdo vedações, obrigações ou permissões por intermédio das quais os homens travam relações de subordinação e coordenação, se organizam coletivamente, limitam o exercício do poder etc.¹²¹. A coercibilidade dessa conduta não decorre da sanção (ou sua ameaça), mas do

¹¹⁷ *Teoria da norma jurídica*, op. cit., p.158.

¹¹⁸ *Teoria da norma jurídica*, op. cit., p.88-90 e 152-154.

¹¹⁹ É o que ocorre com grupos unidos por laços de fé (religiosos), de amizade, de práticas esportivas etc., os quais estipulam sanção aos membros faltosos.

¹²⁰ *Teoria da norma jurídica*, op. cit., p.154-157.

¹²¹ *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 98-101.

reconhecimento social (ou grau de institucionalização) da autoridade emissora da mensagem¹²² (que, no caso da norma jurídica, é o Estado). A partir dessas considerações, define dogmaticamente norma jurídica como um “imperativo despsicologizado” ou um “diretivo vinculante”, ou seja, um comando institucionalizado, impessoal, geral e abstrato que estipula, para uma dada conduta, uma respectiva consequência jurídica, servindo, assim, como critério para tomada de decisões¹²³.

Goffredo Telles Junior define-a como “imperativo autorizante”, ou seja, um mandamento ou ordem de conduta que permite ao lesado reagir em caso de descumprimento¹²⁴. A característica marcante, assim, é a possibilidade de o prejudicado lançar mão dos meios a seu alcance para reparar o dano sofrido. A sanção somente surgirá **se e quando** o lesado exercitar seu poder de reação. Daí, então, a sanção se afigura como elemento contingente da norma (e não mais elemento essencial)¹²⁵.

Das definições enunciadas, pode-se extrair que a norma jurídica se caracteriza como uma ordem que prescreve uma conduta (uma ação ou omissão, uma autorização ou uma permissão), cuja inobservância libera a reação de parte do lesado, segundo termos e condições previamente estabelecidos, guiando, assim, a tomada de decisões pelas pessoas. Em outras palavras, o descumprimento da norma é motivo bastante para o lesado vindicar as consequências jurídicas prescritas (como a cessação do ilícito, a invalidade do ato jurídico, a aplicação de multa ou pena privativa de liberdade, dentre outras), fato que, sem dúvida, é levado em conta no momento de decidir qual conduta adotar.

2.3.2. Regra jurídica e princípio jurídico

A norma jurídica é gênero, do qual são espécies a regra e o princípio jurídicos¹²⁶. Cada qual dessas espécies, porém, têm características próprias, as quais foram objeto de exame por diversos autores. A doutrina que tenta estabelecer distinção entre os

¹²² Op.cit., p.105-113 e 119-121.

¹²³ Op.cit., p.122.

¹²⁴ *Direito quântico...*, op. cit., p.274-276.

¹²⁵ *Direito quântico...*, op. cit., p.295-298. No mesmo sentido é o entendimento de Maria Helena Diniz, que, ao compartilhar a definição de norma como “imperativo autorizante”, esclarece que “[...] a exigibilidade, coação, coatividade não são notas integrantes da norma jurídica, mas apenas corolários do autorizamento, que é a sua essência específica inerente a todas as formas de ordenação jurídica da conduta humana” (*Conceito de norma jurídica como problema de essência*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.143-144 e 151).

¹²⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução da 5. ed. por Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p.87 e 91.

institutos é vasta e o seu exaurimento foge do escopo do presente trabalho, razão pela qual opta-se pelo exame dos autores que mais se destacaram nessa tarefa.

Josef Esser afirma que os princípios se relacionam ao conteúdo da norma, ao passo que as regras dizem respeito à sua forma¹²⁷. Servem os primeiros como causa, critério ou justificação do mandamento (ou seja, do comando contido na norma)¹²⁸. Ademais, existe entre ambos uma distinção qualitativa, e não de grau de abstração, o que frequentemente conduz à interpretação de uma regra como princípio apenas porque elaborada com alguma generalidade¹²⁹.

Para Karl Larenz, que fundamentalmente não se distancia de Esser, princípios são diretrizes, pensamentos reitores de uma regulação jurídica. Diferenciam-se das regras por não conterem uma “hipótese de incidência” em vista da qual seriam aplicáveis e nem uma “consequência jurídica” concretamente estabelecida. Seriam, na verdade, um indicativo, um primeiro passo no caminho para a obtenção da regra, uma vez que os princípios carecem da atuação legislativa para lhes preencher o sentido¹³⁰.

Claus-Wilhelm Canaris, a seu turno, assinala duas características próprias aos princípios: possuem uma grande carga axiológica, mas falta-lhes a concreticidade (inerente às regras) que os torne subsumíveis a uma situação fática¹³¹; são destituídos de caráter absoluto, isto é, não valem sem exceção (e justamente por isso podem entrar em oposição uns com outros), e não gozam de exclusividade, de modo que atuam (ou seja, devem ser aplicados) segundo um processo de complementação e limitação¹³².

Segundo Ronald Dworkin, a distinção em debate reside na estrutura (ou “natureza”) lógica dos princípios e regras. Estas aplicam-se na forma do tudo ou nada, é dizer, ou a regra é válida e deve ser aplicada, ou é inválida ou possui uma exceção, situações em que cede lugar a outra regra¹³³. Em outras palavras, ou uma regra vale para uma dada situação fática, e como tal deve ser aplicada, ou não vale e não deve ser aplicada. Por outro lado, a incidência de dois ou mais princípios numa dada situação fática não implica na validade de um e invalidade dos demais. A aplicação dos princípios não respeita o critério da validade-invalidade, mas o exame do seu peso ou importância relativa (ponderação) no

¹²⁷ *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Trad. Eduardo Valenti Fiol. Barcelona: Bosch, 1961, p.65.

¹²⁸ Op. cit., p.66-67.

¹²⁹ Op. cit., p.122-123.

¹³⁰ *Derecho Justo. Fundamentos de Ética Jurídica*. Trad. Luis Díez-Picazo. Madri: Civitas, 1993, p.32-33; *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p.481-482.

¹³¹ *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Trad. A. Menezes Cordeiro, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p.86 e 96-99.

¹³² Op. cit., p.88-96.

¹³³ *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.39.

caso concreto¹³⁴. Ademais, os princípios, embora não forneçam resposta para um problema, servem de justificação para a solução adotada em concreto¹³⁵. Assinala o autor que a linha que separa a regra do princípio nem sempre é clara e evidente, podendo variar conforme a atuação do intérprete diante do caso concreto¹³⁶.

Embora com alguma divergência, Robert Alexy aprofunda a concepção que Dworkin oferece de princípios e regras. Para ele, os princípios relacionam-se a um “dever ideal”, ao passo que as regras, a um “dever real”¹³⁷. As regras, para Alexy, constituem obrigações absolutas (devem ou não ser aplicáveis, no sentido de “tudo ou nada” que Dworkin lhes confere) cuja aplicação no caso concreto é imperativa¹³⁸. Os princípios também constituem obrigações, mas – diferentemente das regras – sua aplicação depende do conjunto de possibilidades fáticas e normativas: somente diante do caso concreto é possível dizer se o conteúdo normativo do princípio (a prescrição de conduta nele contida) é ou não aplicável (possibilidade fática); e a incidência de mais de um princípio no caso concreto demanda a ponderação (ou sopesamento) entre eles (e não a invalidade) para que se faça a escolha daquele que melhor se adequa (possibilidade normativa)¹³⁹. Em resumo, o conflito entre regras se resolve no plano da validade, ao passo que o conflito entre princípios se resolve no exame de seu peso relativo diante do caso concreto. Ademais, os princípios, embora devam ser aplicados na maior medida possível (consideradas as possibilidades fáticas e jurídicas existentes), não são mandamentos definitivos, mas mandamentos *prima facie* (isto é, à primeira vista e que podem ceder diante de outros princípios); as regras, por outro lado, são mandamentos definitivos (ou seja, na colisão, haverá uma regra válida e aplicável e outra inválida e não aplicável)¹⁴⁰.

Humberto Ávila estabelece as seguintes distinções: a regra enuncia o comportamento permitido ou proibido (indica a conduta a ser adotada), ao passo que o princípio indica o estado de coisas a ser alcançado (ou seja, os fins, mas não os meios, de sorte que deixa aberto um leque de opções); a regra é aplicada de acordo com o critério de subsunção (correspondência da situação hipotética nela prevista ao caso concreto), e o princípio é aplicado segundo a justificação dos meios utilizados para alcançar o estado de

¹³⁴ Op. cit., p.42-43.

¹³⁵ Op. cit., p.114.

¹³⁶ Como exemplo, cita o direito à liberdade de expressão contido na Constituição norte-americana, havendo quem o interprete como regra (e, como tal, inviolável) ou como princípio (passível de superação ou flexibilização ante outros princípios de maior relevo no exame do caso concreto). Op. cit., p.43-45.

¹³⁷ FELLET, André Luiz Fernandes. *Regras e princípios, valores e normas*. São Paulo: Saraiva, 2014, edição eletrônica.

¹³⁸ *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução da 5. ed. por Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p.91 e 92-93.

¹³⁹ Op. cit., p.90 e 93-103.

¹⁴⁰ Op. cit., p.104.

coisas desejado (já que esse pode ser atingido de vários modos); a regra tem a pretensão de servir como único fundamento para uma tomada de decisão (ao modo *se A, então B*), e o princípio se afigura com um dos fundamentos que, somados, conduzirão à tomada de decisão (ou seja, os princípios complementam-se uns aos outros para justificar determinada decisão)¹⁴¹. Ressalta, todavia, que, a depender do enfoque (ou seja, da situação concreta ou da interpretação), a norma pode configurar uma ordem de comportamento (podendo ser qualificada como regra), um valor a ser protegido (podendo configurar um princípio) ou ainda um método interpretativo (figurando, assim, como sobrenorma jurídica, que o autor denomina “postulado normativo”)¹⁴².

O que há em comum entre o pensamento dos autores citados é que regra e princípio se distinguem pela (i) estrutura linguística (as regras são precisas quanto às situações em vista das quais devem ser aplicadas e as consequências jurídicas decorrentes, ao passo que os princípios não delimitam *a priori* nem as situações de aplicabilidade nem as consequências jurídicas), pela (ii) justificação que lhes serve de base (as regras, por si só, constituem razão bastante para sua aplicação, ao passo que os princípios carecem de justificação para sua aplicação), e quanto (iii) à solução em caso de conflito (havendo colisão, existirá uma única regra aplicável, excluindo-se as demais, seja por invalidade, seja por se tratar de hipótese de exclusão; a colisão entre princípios resolve-se pela relevância – ponderação ou sopesamento – conferida a um em detrimento dos demais, sem que quaisquer deles, contudo, seja reconhecido como inválido).

Por isso, na esteira de Humberto Ávila, e para os fins do presente estudo, parece acertado dizer que as regras (ao identificarem a situação hipotética de seu cabimento e o resultado jurídico consequente) prescrevem condutas a serem tomadas e pressupõem objetivos a serem alcançados. A dinâmica dos princípios é inversa: indicam um estado de coisas a ser alcançado (prescrevendo, assim, um objetivo, uma finalidade¹⁴³) e pressupõem a adoção de uma conduta (ou seja, a escolha *a priori* de um dos diversos caminhos possíveis). Daí que as regras são normas que se relacionam imediatamente com as condutas e mediatamente com os objetivos, ao passo que os princípios são normas que se relacionam imediatamente com os objetivos e mediatamente com as condutas.

¹⁴¹ *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p.95-102.

¹⁴² *Op. cit.*, p.92.

¹⁴³ ÁVILA, Humberto. *Competências tributárias: um ensaio sobre a sua compatibilidade com as noções de tipo e conceito*. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 20.

2.4. Norma constitucional

As normas que integram o texto de uma Constituição são, por isso, denominadas normas constitucionais. Prescrições que tratam da estrutura e da forma do Estado, divisão e organização dos Poderes, acesso aos postos de comando, prerrogativas e garantias do cidadão frente ao Estado, matriz econômica e direitos sociais são exemplos de normas constitucionais.

É comum a introdução, no texto, de disposições relativas a matérias outras, que, embora relevantes, não se referem àquelas citadas. Daí a tradicional a distinção entre norma *materialmente* constitucional e norma *formalmente* constitucional¹⁴⁴: as primeiras tratam de temas tipicamente constitucionais (como a forma, a estrutura e a organização do Estado, seus fins políticos e os direitos do cidadão); as segundas são todas as normas que se encontram alojadas no texto de uma Constituição, independentemente de seu conteúdo.

A importância da distinção relaciona-se diretamente com a forma ou processo de alteração dessas normas: as materialmente constitucionais seriam objeto de um distinto e complexo processo legislativo, tal como previsto nos artigos 174 a 177 da Constituição Imperial de 1824. Por isso seu artigo 178, de modo objetivo, tratava de distinguir a matéria¹⁴⁵.

Embora consagrada, essa classificação é objeto de críticas. Para Inocêncio Mártires Coelho, não existe um critério objetivo e seguro para distinguir o que é e o que não é matéria eminentemente constitucional¹⁴⁶. José Afonso da Silva esclarece que, nos primórdios, as constituições tinham por finalidade apenas estruturar o Estado, mas, com o passar dos anos, essa finalidade foi sofrendo alargamentos relacionados aos fins do Estado, o que ensejou a ampliação das funções estatais. Daí, conclui, se tudo que integra o texto de uma Constituição se refere, direta ou indiretamente, à estrutura e às funções estatais, todas as suas normas têm caráter nitidamente constitucional, donde a distinção perde o sentido¹⁴⁷. Luís Roberto Barroso assinala que o relevante não é, em si, a matéria tratada, mas o fato de

¹⁴⁴ BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 2008, p.39; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.63-65; BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.6-7; MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, edição eletrônica; SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.37-40.

¹⁴⁵ Artigo 178. E' só Constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Politicos, e aos Direitos Politicos, e individuaes dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, pôde ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinarias.

¹⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.46.

¹⁴⁷ *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.43.

essas normas localizarem-se no ápice, no vértice do ordenamento jurídico, situação que lhes confere uma hierarquia superior¹⁴⁸.

A crítica procede. Uma vez que o vigente texto estabelece um único processo legislativo para alteração de seu conteúdo, parece-nos desimportante, ao menos para os limites do presente trabalho, a diferenciação quanto ao interior dessas normas. Portanto, normas constitucionais são todas quantas inseridas no texto constitucional, o que engloba o corpo permanente e o transitório da Constituição, bem como suas emendas.

2.5. Norma constitucional previdenciária

Pode-se dizer, de um modo quicá açodado, que norma constitucional previdenciária é toda aquela que, situada numa Constituição, trata de matéria dessa natureza. A definição, contudo, resulta circular, tautológica e pouco esclarecedora. É circular porque usa, na definição, o próprio termo que procura definir. É tautológica porque se limita a repetir o que já é sabido. É pouco esclarecedora porque, ao final, não elucida qual é, na verdade, a matéria versada. Essa definição, portanto, não se afigura proveitosa e nem mesmo útil para o fim de explorar seu conteúdo.

As normas versando sobre a previdência encontram-se dispersas em todo o texto da Constituição Federal. São encontradas ao examinar dispositivos que cuidam da distribuição de atribuições ou funções, do serviço público, da ordem tributária, da ordem social e de assuntos transitórios. Não se limitam a questões ligadas a prestações (tais como critérios para obtenção de aposentadorias, forma de cálculo do benefício e seu reajustamento periódico) uma vez que também cuidam de identificar os responsáveis pela criação e gestão do sistema (que atribuem função de legislar, tributar e fiscalizar), das características do sistema (caráter contributivo, equilíbrio financeiro e atuarial, fontes de custeio etc.) e de diversas condutas proibidas (acumulação de aposentadorias, critérios diferenciados para jubilação, teto do valor dos benefícios etc.).

Examinados de modo sistemático, os dispositivos constitucionais que tratam da temática previdenciária podem ser reunidos em quatro tipos básicos, a saber: dispositivos que conferem atribuições, dispositivos que definem estrutura, dispositivos que outorgam prerrogativas e dispositivos que impõem proibições. Cumpre examinar cada um deles.

¹⁴⁸ *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.75-76.

Há dispositivos que confiam funções e tarefas aos entes federados, os quais se desincumbem editando leis e atos normativos ou praticando atos materiais concretos. Como exemplo de atribuição normativa temos o artigo 24, inciso XII, e o artigo 30, inciso I, com esteio nos quais os entes federados podem legislar sobre previdência social. Quanto à execução de atividades concretas, instituem esse encargo o artigo 21, inciso VIII (dever da União de fiscalizar a previdência privada), o artigo 71, inciso III (dever da Corte de Contas de fiscalizar a concessão de aposentadorias, reformas e pensões dos servidores civis e dos militares) e o artigo 114, inciso VIII (dever da Justiça do Trabalho de cobrar e arrecadar a contribuição previdenciária incidente das relações jurídicas que reconhecer). Dispositivos dessa natureza estabelecem normas de competência – legislativa e material – previdenciária.

O segundo tipo reúne dispositivos que definem a forma como o sistema previdenciário deve ser criado, mantido e administrado. Aqui encontra-se referência à sustentabilidade, ao equilíbrio, ao custeio e à forma do sistema de seguro social. Possuem essa natureza os dispositivos que impõem aos diversos regimes o caráter contributivo e o equilíbrio financeiro e atuarial (artigo 40, caput, e artigo 201, caput), que fixam teto para o valor das prestações (artigo 37, parágrafo 12, e artigo 40, parágrafo 2º), que impõem tratamento jurídico diferenciado e simplificado às micro e pequenas empresas (artigo 179) e que determinam a criação de fundo destinado ao pagamento dos benefícios (artigos 249 e 250). São, pois, normas que definem a estrutura que a previdência deve possuir.

Integram o terceiro tipo os dispositivos que conferem prerrogativas aos participantes de um sistema de previdência, ensejando a possibilidade de vindicarem do gestor desse sistema tudo quanto lhes é franqueado. O artigo 7º, inciso XXIV (direito à aposentadoria), o artigo 38, incisos IV e V (direito de o servidor público contar o período em exercício de mandato eletivo para todos os fins, inclusive previdenciário, em seu regime previdenciário de origem), o artigo 40, parágrafos 3º e 17, e o artigo 201, parágrafos 3º e 11 (direito ao cômputo de todos os valores auferidos como remuneração, devidamente atualizados, no cálculo do benefício), o artigo 40, parágrafo 8º, e o artigo 201, parágrafo 4º (direito ao reajustamento periódico do valor dos benefícios), e o artigo 202, parágrafo 1º (direito de os participantes de plano de previdência complementar terem acesso a informações relativas à sua gestão) são algumas amostras desse universo. Esses dispositivos consagram normas instituidoras de direitos.

Correspondem ao quarto tipo os dispositivos que criam interdições, ou seja, situações cuja concretização não é permitida, haja vista serem danosas à manutenção do sistema de previdência. Compreendem a limitação ao valor dos benefícios (artigo 37, inciso

XI, artigo 40, parágrafos 2º e 11, e artigo 248), ao acúmulo de aposentadorias (artigo 37, parágrafo 10, e artigo 40, parágrafo 6º), a adoção de critérios diferenciados para jubilação (artigo 40, parágrafo 4º, e artigo 201, parágrafo 1º), a criação de despesa sem indicação de fonte de custeio (artigo 195, parágrafo 5º) e a concessão de remissão ou anistia das contribuições previdenciárias acima de determinado patamar (artigo 195, parágrafo 10). Tais dispositivos concebem normas de vedação.

Um dispositivo, como já foi dito¹⁴⁹, pode conter diversas normas. É o caso do artigo 40, caput, que (i) na primeira parte permite a criação de um regime próprio aos servidores efetivos, figurando como norma de direito e (ii) na segunda parte figura como norma de estrutura, ao prescrever que tal regime seja (ii.1) contributivo, (ii.2) solidário e (ii.3) equilibrado (ii.3.1) financeira e (ii.3.2) atuarialmente.

Por outro lado, uma norma, vazada em um único dispositivo, pode se enquadrar em mais de um dos quatro tipos aqui elencados, visto que não são categorias excludentes entre si. O artigo 149, parágrafo 1º, traz um exemplo dessa modalidade: é norma de competência porque impõe aos entes federados a criação de contribuição a ser cobrada dos servidores segurados, e é norma de estrutura porque tal contribuição destina-se à manutenção do regime próprio de previdência.

Pode-se constatar, assim, que os tipos de normas constitucionais previdenciárias não são categorias excludentes entre si (ou a norma pertence a um tipo ou a outro), mas, na verdade, são complementares.

Ante as considerações até o momento tecidas, pode-se definir como norma constitucional previdenciária aquelas que estabelecem a competência para a edição de leis e atos normativos ou a realização de atos materiais, que dispõem sobre a estrutura do sistema, que deferem prerrogativas ou direitos aos protegidos, ou ainda que impõem vedações a algum aspecto do seguro social.

2.5.1. Norma constitucional previdenciária: regras e princípios

Sem embargo da supracitada classificação, as normas constitucionais previdenciárias podem ainda ser identificadas como regra ou princípio. Como esclarecido alhures¹⁵⁰, serão da primeira espécie as normas que prescreverem condutas a serem adotadas,

¹⁴⁹ Tópico 2.2.

¹⁵⁰ Tópico 2.3.2.

restando pressupostos os objetivos a serem alcançados; e da segunda espécie aquelas que indicarem um objetivo (um estado de coisas) a ser alcançado, pressupondo, para tanto, a adoção de um dos vários meios possíveis.

As normas que outorgam competências, por estabelecerem uma conduta a ser adotada ou um conjunto específico dessas condutas – elaborar leis e atos normativos ou praticar atos materiais concretos –, configuram regras. É o caso do artigo 109, parágrafo 3º (que permite, nos casos previstos em lei, sejam processadas e julgadas na justiça estadual as causas em que forem parte segurado e órgão gestor de previdência social quando a comarca do domicílio daquele não for sede de vara federal) e do artigo 61, parágrafo 1º, inciso II, alínea “c” (que atribuiu ao Presidente da República a iniciativa de lei versando sobre a aposentadoria dos servidores federais).

As normas de estrutura possuem inequívoco caráter de regras porque indicam uma série detalhada de condições, requisitos e formas a serem respeitadas e seguidas na edificação e manutenção de um sistema de previdência. A exigência de equilíbrio financeiro e atuarial e da cobrança de contribuição da população atendida (artigo 40, caput, e artigo 201, caput), a aplicação subsidiária das disposições do RGPS ao RPPS (artigo 40, parágrafo 12), a indicação precisa de fontes de custeio (artigo 149, parágrafo 1º, e artigo 195, inciso I, alínea “a”, e inciso II), a imposição de simetria entre os militares dos Estados e os membros das Forças Armadas (artigo 42, parágrafo 1º), o estabelecimento de limites de despesa com inativos (artigo 169, caput), a obrigação de indicar fonte para aumento da despesa (artigo 195, parágrafo 5º), a imposição de “noventena” e a exoneração da “anualidade” fiscal (artigo 195, parágrafo 6º) são exemplos de regras previdenciárias.

Situam-se igualmente no plano das regras as normas que impõem vedações. Tais normas destacam-se pela precisão e pelo detalhamento de situações e hipóteses que não devem ser concretizadas. É o que se observa na imposição de teto para o pagamento de benefícios (artigo 37, inciso XI, artigo 40, parágrafo 11, e artigo 248), na proibição de acumulação de aposentadorias no RPPS (artigo 37, parágrafo 10, e artigo 40, parágrafo 6º) e na proibição de utilizar o produto das contribuições previdenciárias em fins diversos do pagamento de benefícios (artigo 167, incisos XI e XI).

As normas que conferem direitos apresentam-se ora como regra, ora como princípio, segundo sua estrutura linguística. Estaremos diante de um princípio quando a norma enunciar uma prerrogativa sem, contudo, entrar em minúcias quanto às condições e requisitos para o seu desfrute, o qual pode ser alcançado por vários modos. Todavia, quando

a norma definir os critérios ou situações hipotéticas de acesso e os efeitos jurídicos decorrentes, então estaremos diante de uma regra.

Configuram princípio as normas constitucionais previdenciárias de direitos que estabelecem acesso à previdência social (artigo 6º, artigo 40, caput, e artigo 227, parágrafo 3º, inciso II), proteção em face de contingências ou riscos sociais (artigo 201, caput, incisos I a V, e artigo 7º, incisos II, XII, XVIII e XXVIII) e critérios diferenciados para jubilação (artigo 40, parágrafos 4º/4º-C, e artigo 201, parágrafo 1º).

As normas que fixam critérios para a concessão de aposentadorias (artigo 40, parágrafos 1º e 5º, e artigo 201, parágrafos 7º e 8º), a forma de cálculo e reajustamento dos benefícios (artigo 40, parágrafos 3º, 8º e 17, e artigo 201, parágrafos 3º/4º e 11, da Constituição, combinados com o artigo 26 da EC n.º 103/19) e o aproveitamento do período contributivo (artigo 40, parágrafo 9º, e artigo 201, parágrafos 9º/9º-A), dentre outras, pela determinação das hipóteses de cabimento e das consequências jurídicas incidentes, configuram regras.

2.5.2. Norma constitucional previdenciária: direito fundamental e cláusula pétrea

As categorias examinadas precedentemente demonstram que a Constituição traz vários tipos e espécies de normas previdenciárias. Como essas normas se relacionam com a categoria dos direitos fundamentais e das cláusulas pétreas? Em outras palavras, é possível afirmar que todas as normas versando sobre a previdência encontradas na Constituição representam direito fundamental e/ou podem ser classificadas como cláusula pétrea?

Essa é a indagação que se pretende elucidar no tópico a seguir.

2.5.2.1. Norma constitucional previdenciária como direito fundamental

É tarefa relativamente simples encontrar, no texto constitucional, normas previdenciárias, facilidade, todavia, que não se reflete na identificação de quais delas espelham direito fundamental.

Com efeito, embora a previdência social em si constitua direito fundamental¹⁵¹, não se pode dizer, a partir daí, que toda referência a ela estampada no texto seja a expressão ou uma faceta desse direito fundamental.

Apenas possuem caráter de direito fundamental aquelas normas de seguro social que resguardam o fornecimento de recursos concretos necessários à promoção da sobrevivência e da dignidade das pessoas atingidas por contingências sociais¹⁵². Essa é a característica essencial, o elemento nuclear de qualquer sistema público de previdência: garantir meios materiais de sobrevivência em decorrência da perda ou insuficiência de renda provocados por contingências sociais¹⁵³. A perda de renda pode decorrer de incapacidade laborativa – efetiva (acometimento de invalidez transitória ou perene) ou potencial (presunção de impossibilidade, como em caso de idade avançada ou pelo desvelo de cuidados ao recém-nascido e à criança) – ou ainda da perda do emprego. A insuficiência da renda consiste na dificuldade de suprir as necessidades domésticas básicas em decorrência de encargos familiares (como a existência de filhos menores ou o encarceramento do provedor da família).

Existem múltiplas formas pelas quais essa garantia de renda substitutiva ao rendimento do trabalho pode ser oferecida: licenças remuneradas, pensões, aposentadorias, auxílios etc. Os critérios para sua concessão são igualmente variados: grau de incapacidade laborativa, idade mínima, tempo de trabalho ou contribuição, parto ou adoção, baixa renda etc. Quanto ao valor dos benefícios, há várias possibilidades: valor fixo igual para todos, correspondência à remuneração do trabalho, proporção às contribuições etc.

Seja qual for o modo segundo o qual se materializa, o importante é que a proteção exista. Sua estrutura e extensão sofrerão variações de acordo com os povos, o momento histórico e a existência de recursos disponíveis. Todavia, o que há de imprescindível é a presença de alguma forma de proteção face à impossibilidade de exercer o labor ou à insuficiência da renda, de sorte às pessoas sustentarem a si e aos seus dependentes com o produto de seu esforço individual.

¹⁵¹ Tópico 1.3.

¹⁵² Tal como exposto no tópico 1.3.2.

¹⁵³ Essa também é a concepção de Luís Roberto Barroso, que, ao tecer comentários sobre as alterações introduzidas no RPPS pela EC nº 41/2003, sublinhou ser escopo da previdência social garantir uma vida digna na inatividade (*Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, edição eletrônica). No mesmo sentido, ver PULINO, Daniel. *Aposentadoria por invalidez no direito positivo brasileiro*, São Paulo: LTr, 2001, p.45-48; FERREIRA, Lauro Cesar Mazetto, op. cit., p.122; SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio, op. cit., p.175; MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de direito previdenciário*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2014, p.299; CASTROS, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.27.

A classificação levada a efeito no tópico anterior revela que grande parte das normas constitucionais previdenciárias não estabelece prescrições relacionadas ao elemento nuclear de índole jusfundamental. São disposições que se ocupam de temas contingentes à natureza essencial da previdência social.

De fato, as normas que definem competência (ao se ocuparem da distribuição de funções e tarefas), as normas de estrutura (que dizem respeito à criação, manutenção e gestão do sistema) e as normas de vedação (ao criarem proibições) não se relacionam imediatamente, mas somente de modo indireto, à garantia de renda, substitutiva ou complementar, àquela resultante do trabalho.

Resta, então, examinar se as normas constitucionais previdenciárias que instituem prerrogativas possuem natureza de direito fundamental. Como vimos, elas podem ser da espécie regra e da espécie princípio.

As regras, por serem precisas quanto às situações de aplicabilidade e por estabelecerem os resultados jurídicos respectivos, definem parâmetros para o exercício dos direitos. Isso significa que as regras estipulam requisitos e definem critérios para o acesso ao cerne da proteção previdenciária (a saber, à renda, substitutiva ou complementar, ao rendimento do trabalho). Ora, tais critérios podem variar no tempo e conforme a disponibilidade de recursos financeiros, a escassez ou o excesso de mão de obra, o aumento da expectativa de sobrevida e o incremento do nível de bem-estar da população, dentre diversos outros parâmetros. Alterados que sejam, não resultarão na supressão do direito ao seguro social, repercutindo apenas na forma como esse direito será concretizado e exercitado. O relevante, enfim, é a permanência da garantia de meios indispensáveis à sobrevivência com dignidade, os quais sofrerão variação no tempo¹⁵⁴. Modificações normativas que impliquem o aviltamento do valor das prestações ou a impossibilidade do seu desfrute, ou drástica e imotivada redução do universo de potenciais beneficiados, ofende não a regra em si, mas a referida garantia de meios indispensáveis para uma vida digna.

Os princípios, por outro lado, ao indicarem um objetivo (que pode ser alcançado de variados modos), garantem a perenidade de uma situação ideal. Põem a salvo os direitos dessa forma expressos ante alterações realizadas no futuro, as quais devem sempre ter como finalidade a manutenção daquela situação ideal. Os objetivos se mantêm estanques, embora a forma de sua concretização possa sofrer variação no tempo. Postam-se num plano diverso daquele em que se encontram as regras: as últimas dependem de

¹⁵⁴ Como tratado nos tópicos 3.5.1.3 (mínimo existencial e salário mínimo) e 3.5.1.4 (dignidade da pessoa humana).

disponibilidades fáticas, ao passo que os princípios dependem de disponibilidade jurídica (ou seja, sua contemplação dentro do ordenamento jurídico). Isso significa que a ausência de recursos materiais prejudica o cumprimento da regra (que somente pode ser concretizada de um único e determinado modo), mas não o do princípio¹⁵⁵.

Além da norma consagradora do direito à previdência social (artigo 6º e artigo 227, parágrafo 3º, inciso II), também são estruturadas na forma de princípio as normas que estabelecem direito à proteção ante riscos sociais – os quais vêm dispostos no artigo 201, caput (incisos I a V), e reiterados no artigo 7º, incisos II, XII, XVII e XXVIII –, direito a regime de previdência aos servidores titulares de cargo efetivo (artigo 40, caput), e direito à jubilação segundo critérios diferenciados (artigo 40, parágrafo 4º/4º-C, e artigo 201, parágrafo 1º), pois se relacionam diretamente com o núcleo essencial da previdência.

Elementos secundários, como gestão do regime, proibições e critérios de acesso a prestações, são passíveis de alteração, ou mesmo subtração do texto constitucional, sem que com isso o sistema perca a natureza de previdenciário. Todavia, excluir contingências ou riscos sociais protegidos, assim como retirar do texto o próprio acesso ao seguro social, seria aniquilar o direito fundamental à previdência.

Daí, então, que apenas as normas constitucionais previdenciárias que instituem direitos estruturadas na forma de princípios configuram direito fundamental.

2.5.2.2. Norma constitucional previdenciária como cláusula pétrea

No campo da Ciência do Direito, a norma tem por escopo determinar condutas para que os seres humanos possam desfrutar de um convívio pacífico e harmônico¹⁵⁶. O necessário para que possam gozar desse convívio não se pereniza no tempo. A sociedade dos homens se altera, evolui, cria novas formas de interação e bem-estar. As mudanças no corpo social demandam, por conseguinte, alteração na norma de conduta. O comum, portanto, é a possibilidade de alteração da norma, sendo a imutabilidade uma exceção.

¹⁵⁵ Imagine-se que grave e indebelável crise financeira atinja determinado Estado, resultando na ausência de recursos para, a um só tempo, pagar todos os aposentados e pensionistas. Certamente algumas das medidas de urgência adotadas serão o aumento dos tributos (para que o Estado consiga gerar receita) e a redução do valor dos benefícios (de sorte a diminuir as despesas). Nessa última hipótese, serão modificadas as regras de cálculo, reajustamento e manutenção dos proventos. Todavia, não será alterado o direito de haver renda substitutiva do rendimento do trabalho de modo a conferir vida digna aos beneficiários, o que constitui o basilar princípio da previdência social. O exemplo não é aleatório, espelhando eventos ensaiados na Grécia e em Portugal durante o período mais grave da crise iniciada em 2008 (tópicos 5.7.1 e 5.7.2).

¹⁵⁶ Tópico 2.2.

Logo, não causa espanto a possibilidade de alteração da Constituição, inclusive daquelas, como a de 1988, de natureza rígida. A peculiaridade é que sua modificação exige procedimento legislativo complexo e delongado. Até os pontos mais sensíveis admitem alteração, vedada, contudo, aquela que tenha por objetivo eliminá-los. São as denominadas cláusulas pétreas, que versam sobre matéria relativa à forma federativa de Estado; o voto direito, secreto, universal e periódico; a separação de Poderes; os direitos e garantias individuais; e, por óbvio, o procedimento legislativo de emenda à Constituição e a própria existência de cláusulas pétreas (artigo 60).

Interessa, por ora, saber se (e, em caso positivo, em que medida) as normas constitucionais previdenciárias inserem-se no rol das cláusulas pétreas, notadamente daquela que proíbe até mesmo a deliberação de temas que levem à supressão dos direitos e garantias individuais.

Questão importante, nessa quadra, é estabelecer a relação entre direitos e garantias individuais e direitos fundamentais. São categorias distintas e que possuem grande zona de contato, mas não se identificam na totalidade, de modo que uma não corresponde necessariamente à outra.

Direitos individuais, noção concebida pelas primeiras declarações de direitos surgidas no século XVIII, encerram um acervo composto pelas clássicas prerrogativas de liberdade, exaltando o individualismo. Referem-se às liberdades civis, as quais podem ser sintetizadas no direito à vida, à liberdade e à propriedade.

Fundamentais são os direitos, como já visto¹⁵⁷, franqueados a todos e que constituem o universo de bens necessários ao alcance de uma vida com dignidade, sem os quais o ser humano não se realiza como pessoa. Compreendem os direitos relacionados à liberdade e também aqueles, denominados sociais, que permitem a concretização da igualdade em sentido material, como o direito ao trabalho à educação e à seguridade social, dentre outros.

Na disciplina da Constituição, os direitos individuais foram arrolados no artigo 5º, ao passo que os direitos fundamentais permeiam todo o texto. Encontramos direitos fundamentais de natureza individual (como o direito ao trabalho e o direito à educação), bem como direitos fundamentais de natureza coletiva (como o direito à greve e o direito a fundar sindicatos).

¹⁵⁷ Tópico 1.3.1.

Uma vez que enfeixam a prerrogativa de liberdade (que, na verdade, significa o direito de existir como ser humano segundo os desígnios que cada qual escolher para si), todos os direitos individuais são também direitos fundamentais na medida em que encerram elementos imprescindíveis à digna existência. Todavia, como se observa na existência de franquias singulares e coletivas, nem todo direito fundamental constitui um direito individual.

Frente a distinção traçada, descortina-se a indagação acerca de quais direitos individuais estão protegidos pelo artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, sob o manto das cláusulas pétreas. Ao menos duas correntes apresentam solução.

A primeira entende que apenas os direitos individuais elencados no artigo 5º encerram cláusulas pétreas. A interpretação é literal e considera não ser a norma constitucional imutável, havendo, entretanto, um núcleo essencial e indispensável, consagrador do Estado de Direito, que deve ser posto a salvo de alterações¹⁵⁸.

A segunda corrente defende que, diversamente das anteriores, a vigente Constituição suplantou a contraposição entre direitos individuais e direitos sociais na medida em que compreendeu formarem um todo harmônico e coeso¹⁵⁹. Os direitos sociais complementam os direitos individuais, conferindo-lhes eficácia, motivo pelo qual ambos compõem a categoria dos direitos fundamentais. Conclui, por conseguinte, que na redação do artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, o constituinte disse menos do que queria, ou seja, seu desiderato era inserir como cláusula pétrea todos os direitos fundamentais¹⁶⁰.

Uma variante da segunda corrente, calcada na distinção entre direitos de primeira e segunda dimensão, entende que os direitos sociais constituem limites implícitos ao poder de reforma constitucional. A justificativa reside na posição instrumental ou ancilar de uns em relação aos outros: os direitos sociais funcionam como meio para se alcançar, na plenitude, os direitos de liberdade¹⁶¹.

Ao adotar-se a interpretação sistemática das normas constitucionais, por coerência, encampa-se a segunda tese. Ou seja, as normas que asseguram, por meio da

¹⁵⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. *Reforma previdenciária...*, op. cit., 118; MENDES, Gilmar Ferreira. Os limites da revisão constitucional, in *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Vol. 21/1997, p.69-91, out-dez/1997.

¹⁵⁹ SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional...*, op. cit., p.184-185.

¹⁶⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet et al. *Curso de direito constitucional*, op. cit., p.258-259; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, edição eletrônica; RAMOS, Elival da Silva. *A proteção dos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.228 e 269-270; SALET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.422-427; BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.299; BICALHO, Wolker Volanin. *Limites materiais ao poder constituinte...*, op. cit., p.54 e 61.

¹⁶¹ SILVA, Gustavo Just da Costa. *Os limites da reforma constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.130-138.

previdência social, o acesso a renda substitutiva ou complementar ao trabalho, configuram direito fundamental e, embora não arroladas no artigo 5º da Constituição, inserem-se no âmbito das cláusulas pétreas, o que não é empecilho à alteração dos dispositivos que as veiculem, desde que essa modificação não resulte em sua extinção.

Em corolário, e com esteio na classificação das normas anteriormente elaborada, deduz-se que as normas constitucionais previdenciárias instituidoras de direitos que adotam a estrutura de princípios, porquanto expressão de direitos fundamentais, são reputadas cláusulas pétreas.

O entendimento ora esposado, sem embargo das respeitáveis posições em contrário, afina-se com a moderna doutrina constitucionalista. Conforme noticia Luís Roberto Barroso, os países democráticos, em sua maioria, optaram por lavrar em suas constituições cláusulas pétreas sob a forma de princípios¹⁶², indicando objetivos a serem alcançados, o que confere maior plasticidade ao texto.

Portanto, embora se admitam alterações nos dispositivos constitucionais que tratam dos riscos ou contingências sociais (artigo 201, caput e incisos I a V, e artigo 7º, incisos II, XII, XVII e XXVIII), do regime de previdência dos servidores efetivos (artigo 40, caput) e das situações nas quais a aposentadoria deve obedecer critérios diferenciados (artigo 40, parágrafo 4º/4º-C, e artigo 201, parágrafo 1º), não será permitida alteração que conduza à supressão desses direitos.

As normas constitucionais previdenciárias instituidoras de direitos edificadas sob a forma de regra, por não configurarem direito fundamental, não se inserem no rol das cláusulas pétreas, de modo que não encontram maiores obstáculos para sua modificação.

As normas constitucionais previdenciárias de competência e de estrutura, na medida em que confiam tarefas aos entes federados, podem apresentar-se como cláusula pétrea. Segundo o desenho traçado pelo poder constituinte originário¹⁶³, a cada unidade político-administrativa compete criar e manter um regime próprio de previdência para seus servidores efetivos¹⁶⁴. Alterações que venham a subtrair das unidades essas tarefas atentam contra a forma federativa de Estado, a qual é protegida pelo manto das referidas cláusulas. Destarte, ficam interditadas mudanças que retirem dos Estados, Municípios e Distrito Federal a função de criar o seu RPPS, instituir contribuição para o custeio respectivo ou gerir

¹⁶² *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, edição eletrônica.

¹⁶³ STF, MS nº 23.047 e ADI-MC nº 2.024.

¹⁶⁴ Cabe, ainda, à União a criação e manutenção do regime geral de previdência social.

as receitas decorrentes de sua cobrança, ou fixar o teto do valor dos benefícios, dentre inúmeras outras possibilidades.

Sob o enfoque da autonomia federativa, possuem natureza de cláusula pétrea as normas constitucionais previdenciárias que atribuem competência para os entes instituírem seus regimes próprios de previdência e as normas constitucionais previdenciárias de estrutura que definem a forma que esse regime deve observar.

As normas que estabelecem vedações são ancilares ao sistema constitucional previdenciário. Representam limitação a aspectos que são objeto das demais normas, ou seja, restringem direitos, competências ou a estrutura do regime, não constituindo um fim em si. Existem para circunscrever as demais normas, sem as quais não teriam surgido. Sua alteração poderá (i) aprofundar uma restrição, hipótese em que atingirá algum dos aspectos das demais normas (seja excluindo uma cobertura, seja limitando a gestão do regime), (ii) excluir uma restrição, caso em que estará ampliando a situação de vantagem dos protegidos ou a autonomia dos entes federados, ou (iii) ser neutra, como mera emenda de redação para aclarar o conteúdo da vedação, sem, com isso, gerar aprofundamento ou exclusão da restrição. Ao fazerem necessária remissão a outras normas, sua modificação atingirá essas normas, as quais podem figurar dentre as cláusulas pétreas, razão pela qual apenas reflexamente se enquadrarão nesse rol.

Em síntese, figuram como cláusulas pétreas as normas constitucionais instituidoras de prerrogativas erigidas na forma de princípios porque constituem direitos fundamentais previdenciários, e as normas constitucionais previdenciárias de competência e de estrutura que confiam aos entes a instituição e manutenção de regimes de previdência, visto que sua violação atenta contra a noção de federação.

Por outro lado, não existe embargo à modificação das normas constitucionais previdenciárias de competência e de estrutura que não tenham por objeto a distribuição das mencionadas funções aos entes federados. O mesmo ocorre com as normas de vedação, dado seu caráter acessório em relação às demais normas e às regras que instituem prerrogativas relacionadas ao seguro social, porque não figuram como direitos fundamentais de natureza previdenciária.

Convém, a partir de agora, examinar como se opera a modificação da norma constitucional previdenciária, as formas e os limites que respeita, faina que será objeto do próximo capítulo.

CAPÍTULO III – ALTERAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL PREVIDENCIÁRIA

3.1. Alteração da norma constitucional

A necessidade de atender reclamos políticos, econômicos e sociais conduz à modificação de uma Constituição¹⁶⁵. Essa modificação pode decorrer de um processo lento e gradual (efetivado, dentre outras formas, pela tradição, pelos costumes e pela interpretação jurisprudencial¹⁶⁶) ou de um processo expedito e imediato (concretizado pela pronta mudança do texto constitucional).

A modificação pelo método expedito pode levar à substituição integral de uma Carta Política por outra ou cingir-se a alguns dispositivos do texto vigente. A primeira hipótese decorre de ruptura institucional inconciliável com o sistema vigente, o que determina a criação de algo novo, com diferentes formas de distribuição de poderes e com o resguardo de situações outrora ao largo da proteção jurídica. A segunda hipótese tem lugar quando se busca o aperfeiçoamento do texto constitucional de modo a melhor atender a conveniências e proveitos da sociedade.

Na primeira situação, em que ocorre a adoção de uma nova Constituição e o completo descarte da anterior, as possibilidades são irrestritas, já que o poder constituinte é ilimitado e incondicionado. O novo texto tudo pode, sendo-lhe permitido disciplinar qualquer tema da maneira que lhe convier¹⁶⁷. Estrutura do Estado, direitos e garantias individuais e coletivas, matriz econômica, proteção a minorias e costumes são exemplos de temas que podem ser tratados livremente na Constituição inovadora que rompe com o sistema pretérito.

¹⁶⁵ SILVA, Gustavo Just da Costa. *Os limites da reforma constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.69-72.

¹⁶⁶ Ou seja, à mutação constitucional (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito...*, op. cit., p.61-61; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet et al. *Curso de direito constitucional*, op. cit., p.263; BARROSO, Luis Roberto. *Direito constitucional contemporâneo...*, op. cit., edição eletrônica).

¹⁶⁷ É claro que, embora soberano, o novo Estado criado por essa tenra Constituição, no plano internacional, deve respeitar compromissos assumidos externamente. Por isso, a nova Constituição, ainda que fruto de um processo revolucionário, deve curvar-se aos direitos do homem, devotando-lhes reconhecimento e respeito. Nesse sentido: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Natureza e eficácia das disposições constitucionais transitórias. In: GRAU, Eros Roberto. GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p.377-408; FERNANDES, Bernardo Gonçalves Fernandes. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p.129-130; HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p.28-32; ALMEIDA, Lilian Barros de Oliveira. *Direito adquirido: uma questão em aberto*. São Paulo: Saraiva, 2012, edição eletrônica, tópico 3.2.2. Inobstante, no presente estudo admite-se, na senda da doutrina clássica, a incondicionalidade e a não limitação do poder constituinte originário, o que em nada prejudicará as conclusões ao final sacadas.

Todavia, se não houver o escopo de se divorciar do sistema econômico, social e político vigente, a hipótese é de modificação parcial da Constituição. Essa situação encontra limites de forma e de fundo (dentre estes, as cláusulas pétreas), restando confinada e condicionada pelo próprio texto constitucional, segundo critérios estabelecidos pelo poder transformador que a instituiu.

A substituição de uma Constituição por outra significa a modificação de todas as normas constitucionais de uma única tacada, o que se leva a efeito na conjuntura de uma revolução¹⁶⁸. Por outro lado, quando apenas algumas normas são substituídas, permanecendo as demais intactas, tem-se uma modificação parcial, a qual se materializa por força de emendas à Constituição.

Denomina-se, no presente estudo, alteração da norma constitucional aquela que tem por finalidade a modificação parcial de uma Constituição e que é levada a cabo por intermédio de emendas em seu texto.

3.2. Possíveis perspectivas de alteração da norma constitucional previdenciária

A Constituição, enquanto elemento fundante de um país, verdadeiro documento que lhe confere a gênese, inobstante sua forma, versa, quando menos, sobre a estrutura orgânica do Estado e dos limites da atuação desse perante os cidadãos (ou seja, dos direitos e garantias individuais e coletivos)¹⁶⁹. O ente assim criado – desde a concepção contratualista de Thomas Hobbes e John Locke – visa, em derradeira análise, servir e valorizar a pessoa humana¹⁷⁰, o que se realiza pela promoção do bem comum, seja pela pacificação e proteção, seja pela ativa promoção de ações voltadas a alcançar o bem-estar geral¹⁷¹.

No caso brasileiro, as finalidades primeiras do Estado vêm estampadas no artigo 3º da Constituição da República, quais sejam, (i) construir uma sociedade livre, justa e solidária; (ii) garantir o desenvolvimento nacional; (iii) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e (iv) promover o bem de

¹⁶⁸ HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p.24.

¹⁶⁹ BARROSO, Luis Roberto. *Direito constitucional contemporâneo...*, op. cit., edição eletrônica; FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p.31-33.

¹⁷⁰ CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional*. Vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p.181-182.

¹⁷¹ De fato, não se tem notícia da criação de um Estado cujo desenganado escopo seja causar mal aos cidadãos. Ainda que o Governo descambe para a tirania, sua justificativa será sempre a proteção do tecido social contra males e ameaças reais ou, na maioria das vezes, fictícias.

todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Os ajustes levados a efeito no texto da Constituição terão, por conseguinte, o escopo de continuamente buscar esses objetivos, existindo uma variada gama de possibilidades de alteração constitucional que os atenda, sem que se perca de vista a noção de aperfeiçoamento ou melhora do texto.

No campo do seguro social, as modificações podem atingir normas de competência, cujo escopo será a redistribuição de atribuições e tarefas com o desiderato de oferecer uma melhor prestação dos serviços; normas de estrutura, com vistas a reaparelhar os órgãos de execução de atos materiais; normas de vedação, para assegurar a isonomia e a justiça do sistema; e normas de direitos, para incluir riscos sociais, excluir critérios para distribuição de benefícios ou readequar prestações, com o fim de assegurar ao público-alvo de segurados e seus dependentes renda capaz de lhes propiciar uma existência com o mínimo de dignidade.

A alteração, como vemos, pode alcançar quaisquer dos tipos de norma constitucional previdenciária, não se excluindo, a princípio, nem mesmo aquelas que instituem direitos. Mesmo as cláusulas pétreas admitem alteração, vedada, entretanto, aquela que possa extinguir direitos fundamentais ou as funções relacionadas à criação e manutenção de regime de previdência¹⁷².

São, portanto e em tese, infinitas as possibilidades de alteração da norma constitucional previdenciária.

3.3. Aspecto temporal da alteração da norma previdenciária

As Constituições modernas possuem a pretensão de influenciar a realidade social, política, econômica e cultural, não mais se limitando a elencar prerrogativas e definir a estrutura do Estado. Suas normas irradiam todo o ordenamento jurídico e refletem nas finanças, na atividade produtiva, no lazer, na educação, na saúde e em todas as demais áreas do convívio humano¹⁷³.

¹⁷² Conforme exposto no tópico 2.5.2.2, adota-se a tese de figurarem como cláusula pétrea para todos os direitos fundamentais.

¹⁷³ SILVA, José Afonso. *Curso de direito...*, op. cit., p.39; BARROSO, Luis Roberto. *Direito constitucional contemporâneo...*, op. cit., edição eletrônica.

São, porém, criadas para funcionar como elemento de estabilidade institucional, razão pela qual devem se manter no tempo¹⁷⁴. Eventos sociais, todavia, demandam a realização de adequações no documento, de sorte a atender aos fins a que se destina. A possibilidade de alteração pontual é, de ordinário, vaticinada no próprio texto e milita a favor de sua estabilidade, cuja ausência de previsão ocasionaria a substituição integral da Constituição¹⁷⁵.

Quando, porém, se deve alterar, via emenda, uma Constituição?

No sistema pátrio, os debates em torno da alteração constitucional têm por base proposta apresentada pelo Presidente da República, por ao menos um terço dos membros de cada uma das Casas do Congresso Nacional e por mais da metade das Assembleias Legislativas. Logo, sob o viés político, a transformação somente terá lugar quando desejarem esses legitimados.

A alteração, que deve atender aos interesses do povo (compreendendo-se como tal a coletividade de pessoas que, num dado território, interage na comunidade com suas ideias, empenho e manifestações políticas)¹⁷⁶, tem por objetivo tornar mais justas, equânimes e funcionais as relações sociopolíticas, socioeconômicas e socioculturais. Esse rearranjo constitucional dirige-se, em derradeira análise, a promover o bem-estar de todos em conformidade com os objetivos elementares da República (estampados no artigo 3º da Constituição). Portanto, sob o enfoque sociológico, a Constituição deve ser emendada quando necessário à promoção do bem-estar de todos.

A alteração da norma constitucional, destarte, ocorre quando o poder político (os legitimados), pressionado por eventos sociais (sociopolíticos, socioeconômicos e socioculturais), apresenta projeto de emenda.

O desejo de influir na realidade e transformá-la pode ser constatado nas iniciativas de alteração da norma constitucional previdenciária. Pressionado por razões declaradamente orçamentárias e financeiras¹⁷⁷, diferentes Governos promoveram grandes modificações no texto da Constituição, notadamente por intermédio das Emendas Constitucionais nº 20/98, nº 41/03 e, mais recentemente, nº 103/19. Embora houvesse certo consenso sobre a utilidade e necessidade do aperfeiçoamento das normas, as emendas, da

¹⁷⁴ HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p.105-108.

¹⁷⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet et al. *Curso de direito constitucional*, op. cit., p.247; BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*, op. cit., p.28.

¹⁷⁶ É nesse sentido pluralista que Bernardo Gonçalves Fernandes (*Curso de direito constitucional*, 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p.132) distingue nação de povo e identifica esse último como detentor do poder constituinte.

¹⁷⁷ As quais, segundo a prédica já conhecida, asfixiavam (e asfixiam) as contas públicas e reduziam os gastos sociais não previdenciários, bem como investimentos em infraestrutura e o crescimento econômico.

forma como apresentadas e ao final aprovadas, não espelharam o desejo unânime da sociedade – que tinha fundadas dúvidas quanto aos seus verdadeiros objetivos –, quadro que motivou diversas contestações dessas reformas junto ao Poder Judiciário. Serenadas as questões mais polêmicas via controle concentrado de constitucionalidade, resignou-se a sociedade a aceitar as modificações impostas.

3.4. Ampliação da proteção previdenciária

Considera-se ampliação, para os fins do presente estudo, toda forma de alargamento ou expansão do âmbito da proteção fornecida pelo seguro social que, sob um viés finalístico, possa gerar uma situação vantajosa ao público-alvo de segurados e seus dependentes, o que engloba inclusão de riscos ou contingências sociais, flexibilização dos critérios de acesso a prestações, incremento no valor dos benefícios e alterações objetivas e subjetivas no rol dos dependentes de sorte a contemplar pessoas e situações novas, dentre outras hipóteses.

A função do seguro social é, como já assentado¹⁷⁸, socorrer o trabalhador no caso de eventos que o impeçam de realizar suas ocupações usuais, fornecendo, nessas situações, rendimento substitutivo àquele auferido pelo labor. Forte nesse objetivo, as Constituições brasileiras foram, paulatinamente, criando um elenco de riscos sociais protegidos.

A Constituição Imperial era silente sobre o tema, ao passo que o primeiro texto republicano inaugurou o sistema protetivo, contemplando a invalidez como evento coberto, embora apenas para o funcionário público. A Constituição de 1934 acrescentou, ao lado da invalidez, a velhice, a morte, a maternidade e o acidente de trabalho. Nova inclusão veio somente com a Constituição de 1946, com o evento desemprego. Os encargos familiares, enquanto situação que demanda proteção, ensejadores da prestação “salário-família”¹⁷⁹, foram adicionados na Constituição de 1967. A Constituição de 1988 inovou, a seu turno, com a soma da reclusão ao catálogo.

A ampliação, entretanto, não se restringe ao acréscimo da contingência no texto da Constituição. Ela pode partir de inovação no campo da legislação ordinária. Disso

¹⁷⁸ Tópico 1.2.1.

¹⁷⁹ COIMBRA, J. R. Feijó. *Direito previdenciário...*, op. cit., p.170; RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de previdência social*, op. cit., p.253.

são exemplos a criação do salário-família pela Lei nº 4.266/63 (posteriormente alçado ao patamar supralegal na Constituição de 1967) e do auxílio-reclusão pela Lei nº 3.807/60 (apenas em 1988 arrolado na Constituição).

Existem, portanto, movimentos ascendentes e descendentes que conduzem ao alargamento dessa proteção: ascendente quando, inicialmente prevista no plano legal, posteriormente é alçada ao nível constitucional, tal como se deu com os eventos encargos familiares (motivadores do salário-família) e reclusão do segurado; e descendente quando, desde logo, é a Constituição que inova na ordem jurídica e soma mais um risco social ao rol existente. Desse último caso é exemplo a proteção à maternidade e à gestação, inaugurada na Constituição de 1934, mas apenas regulamentada como prestação previdenciária pela Lei nº 6.136/74 (ou seja, quarenta anos mais tarde).

Ademais, existem situações do cotidiano que, embora socialmente relevantes, estão ao desamparo, seja porque não contempladas como dignas de proteção, seja porque a proteção localiza-se aquém do necessário, seja, ainda, porque as demandas da sociedade moderna exigem sua ampliação.

Ilustrativo da ausência de proteção é o acometimento de doença não a incidir sobre a figura do segurado, mas sobre a de parente próximo, como pais ou filhos. Situações há em que um parente de primeiro ou segundo grau fica enfermo e, devido à idade (avançada, no caso de pais, e jovem, no caso de filhos) ou à gravidade, os cuidados por terceira pessoa são imprescindíveis. E muitas vezes a única, ou a melhor, pessoa capaz de oferecer as cautelas necessárias é o segurado. Por incompatível com o exercício do labor, o segurado se vê na obrigação de fazer uma escolha dramática: abandonar o trabalho ou abandonar o ente querido.

Alguns regimes próprios de previdência permitem, dentro de determinados critérios, o afastamento do serviço para fins de tratamento de saúde de familiar¹⁸⁰. No entanto, a garantia não é contemplada por todos os regimes próprios e nem pelo regime geral de previdência social. Para debelar essa ausência de proteção, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 1.876/2015, de iniciativa da Senadora Ana Amélia, que, mediante a introdução do artigo 63-A na Lei nº 8.213/91, pretende instituir o denominado “auxílio-doença parental”, que prevê o afastamento remunerado, pelo prazo máximo de 12 meses, para que o segurado possa cuidar de cônjuge, companheiro ou parente de primeiro grau acometido por alguma patologia.

¹⁸⁰ No âmbito federal, a Lei nº 8112/90, em seu artigo 83, regulamenta a licença por motivo de doença em pessoa da família, considerada essa como o cônjuge ou companheiro e parentes até o segundo grau.

Proteção aquém do devido e causadora de injustificada desigualdade tem como exemplo a denominada majoração por grande invalidez. Consiste no acréscimo de um quarto no valor do benefício em prol do jubilado por invalidez no regime geral de previdência que carecer de auxílio permanente de terceira pessoa¹⁸¹. A origem da majoração liga-se à concepção de que apenas essa espécie de aposentado poderia necessitar do concurso de outrem para realizar as atividades mais mezinhas da vida cotidiana, como alimentação, locomoção e higiene pessoal. Ocorre que muitas enfermidades degenerativas (no mais comum dos casos), sem olvidar acidentes e outros eventos, também levam à inaptidão para a rotina mais simples da vida e reclamam ajuda de terceiros. São situações que atingem todos os aposentados, independentemente da espécie de jubilação ou do regime ao qual estão vinculados. Somente argumentos sofisticados podem se lançar à inglória tarefa de justificar a distinção ora tratada¹⁸².

A partilha entre os pais da responsabilidade pela guarda e educação dos filhos é uma realidade social que demanda a ampliação da proteção previdenciária. Em pleno século XXI, a participação das mulheres no mercado de trabalho é um fato que reflete na divisão do trabalho nos lares. Não existem mais tarefas próprias aos homens e nem outras desempenhas somente por mulheres. Os homens, atualmente, têm sob sua responsabilidade diversas tarefas domésticas, não se limitando a auxiliar as mulheres no serviço da casa. Essa verdade se estende nos desvelos e educação da prole. O casal partilha as responsabilidades, que não ficam mais exclusivamente a cargo de apenas um deles.

A sociedade não mais se compraz com a figura da mãe rainha do lar, mas com a mãe operária, mãe bancária, mãe comerciária, mãe servidora pública, mãe que, a despeito desse verdadeiro ministério que é a maternidade, é também uma profissional, uma trabalhadora que provê a manutenção da família com o fruto desse esforço. Eclode, no corpo social, a demanda não só por direitos iguais, mas por responsabilidades iguais. Não apenas um dos pais deve oferecer os primeiros cuidados ao filho recém-nascido ou à criança adotada. É necessário que o casal, em conjunto, participe desse esforço. Por isso, é plenamente justificado o anseio de estender o período de licença maternidade ao casal, e não

¹⁸¹ Lei nº 8.213/91, artigo 45.

¹⁸² A esse respeito, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Recursos Especiais nº 1.648.305 e nº 1.720.805, firmou a seguinte tese jurídica: “Comprovadas a invalidez e a necessidade de assistência permanente de terceiro, é devido o acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no artigo 45 da Lei nº 8.213/91, a todos os aposentados pelo RGPS, independentemente da modalidade de aposentadoria” (recurso repetitivo, tema 982). Na sequência, e com vistas a suspender a eficácia dessa decisão, o Supremo Tribunal Federal, ao examinar a Petição n.º 8.002, determinou a suspensão de todos os processos, individuais e coletivos, versando a extensão do adicional a benefícios diversos da aposentadoria por invalidez até que seja julgado o mérito do RE nº 1.215.714.

apenas a um deles¹⁸³. A prática adotada em muitos países – e que parece plenamente compatível à realidade brasileira – é a partilha da licença de acordo com a conveniência do casal, assegurado a cada qual um período mínimo de afastamento do trabalho. É o que acontece na Dinamarca, Finlândia, Portugal e Suécia¹⁸⁴, para ficarmos com apenas alguns exemplos.

As três situações – auxílio-doença parental, majoração do benefício por conta da grande invalidez e licença maternidade ao casal –, indicadas a título meramente exemplificativo, sinalizam a necessidade de ampliação da proteção previdenciária, a qual não pode jamais se petrificar sob pena de completa ineficiência e anacronismo.

Vale lembrar que a previdência social, tal como estampada no texto constitucional, é um dever ser, o que implica seu perene aperfeiçoamento para alcançar as necessidades sociais. Essas, contudo, são deveras extensas, sendo lícito afirmar que, em se tratando de busca de situação ideal, o máximo que podemos fazer é atingir a melhor posição concretamente viável.

Justifica-se a afirmativa na medida em que não existe uma correspondência necessária e imediata entre as demandas sociais e os meios disponíveis para atendê-las. Em corolário, é mister limitar a proteção para que se localize dentro de um estamento realizável política e financeiramente. Compete, dessa forma, indagar sobre os limites que sujeitam a ampliação da cobertura previdenciária.

3.4.1. Limites para a ampliação da cobertura

Os últimos 130 anos conheceram uma verdadeira revolução nas relações capital-trabalho, notadamente no campo do seguro social. Desde sua criação por Bismarck até os dias de hoje, diversas situações passaram a gozar de cobertura previdenciária, numa clara ampliação dessa salvaguarda. Embora a previdência esteja fundada na concepção de proteção integral, não foi atingida uma situação de plena segurança ao trabalhador. Eventos outros podem e devem ser incluídos no espectro de proteção, conferindo maior abrigo à clientela previdenciária. Contudo, a proteção não é infinita, de modo que esbarra em

¹⁸³ Ecoando essa demanda, a PEC nº 01/2018 pretende ampliar o gozo da licença paternidade dos atuais 5 dias para 20 dias, bem como estender a licença maternidade dos atuais 120 dias para 180 dias. A proposta está aquém da igualdade ora apregoada, mas é uma iniciativa no caminho da partilha da responsabilidade parental.

¹⁸⁴ SSA, Social Security Administration. *Social Security Programs Throughout the World: Europe, 2018*. Washington: ISSA, 2018. Disponível em <<https://www.ssa.gov/policy/docs/progdesc/ssptw/2018-2019/europe/ssptw18europe.pdf>>. Acesso em 08.05.2019.

entraves, os quais se referem aos eventos que são objeto de proteção, à disponibilidade de recursos financeiros e na ausência de privilégios, os quais passamos a examinar.

3.4.1.1. Contingências sociais e relevância do agravo para a coletividade

Existe controvérsia sobre a denominação dos acontecimentos que reclamam o concurso da previdência social, sendo mais usuais as expressões “riscos sociais” e “contingências sociais”¹⁸⁵.

Segundo Armando de Oliveira Assis, em obra clássica sobre o seguro social, risco é o evento futuro e incerto quanto à ocorrência, ou incerto apenas quanto ao momento de sua ocorrência. Ilustra a primeira situação um acidente, cuja eclosão é algo absolutamente indefinido; a morte é exemplo da segunda, pois não há dúvida que sobrevirá, sendo, porém, desconhecido o momento em que isso ocorrerá¹⁸⁶. O risco é qualificado como social quando atinge toda a coletividade, ameaçando a segurança econômica dos indivíduos¹⁸⁷.

O risco social, de acordo com Dominique Grandguillot, constitui um “evento futuro ou incerto causador de dano quando se manifesta” e que “torna-se social quando é partilhado por uma coletividade”¹⁸⁸.

Dissertando sobre o tema, Marli A. Cardone ressalta que a tutela da previdência social, desde o surgimento até os dias atuais, sofreu ampliação subjetiva e objetiva; ou seja, de uma proteção restrita aos operários, evoluiu para proteção a todos os trabalhadores, e de uma cobertura ante eventos que comprometem a renda do labor, passou a contemplar situações que ensejam o aumento da despesa familiar. Evoluiu, portanto, de uma concepção de risco calcada no surgimento de um evento incerto quanto ao momento e quanto à vontade do agente para a de incerteza relacionada apenas ao momento (como o matrimônio e a natalidade). Conclui, assim, que a noção de contingência humana – e não mais de risco social – adequa-se melhor à realidade atual, uma vez que a proteção ampara não só a perda de renda, mas o aumento das despesas do trabalhador¹⁸⁹.

Daniel Pulino adota, como expressões equivalentes, “risco social” e “contingência social”. Importa seu exame porque é com base nas contingências sociais que

¹⁸⁵ Daniel Machado da Rocha cita, ainda, as cargas sociais, que seriam “[...] uma obrigação que deve ser suportada pelo Estado em razão da ocorrência de um fato que cria uma necessidade” (op. cit., p.145).

¹⁸⁶ *Compêndio de seguro social*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1963, p.19-20.

¹⁸⁷ Op. cit., p.63-65.

¹⁸⁸ *L'essentiel du droit de la Sécurité sociale*. 4. ed. Paris: Gualino, 2017, p.15, tradução livre.

¹⁸⁹ *Previdência, assistência, saúde: o não trabalho na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 1990, p.22-23.

a lei escolhe as necessidades a serem debeladas pelas prestações previdenciárias. Daí define riscos sociais como eventos previstos em lei e ensejadores de necessidades sociais, as quais são amparadas por prestações a cargo da previdência social¹⁹⁰.

Na senda de Daniel Pulino, e para os fins do presente estudo, adota-se as expressões “risco social” e “contingência social” como sinônimas, considerando como tais os acontecimentos que, de ordinário, têm lugar na vida de qualquer pessoa, repercutindo na subtração, no todo ou em parte, dos rendimentos do trabalho ou no aumento das despesas familiares, gerando, por consequência, situação de necessidade de renda substitutiva ou complementar.

Porém, como identificar o risco social dentro da sociedade contemporânea, tão pluralista e heterogênea?

Marco Aurélio Serau Júnior indica como opera a constatação do risco nessa sociedade ao afirmar que

[...] a percepção dos riscos é eminentemente cultural e social, inexistindo uma noção prévia e intrínseca do que seja um *risco* a ser suportado pela sociedade. Em consequência, se a noção de risco é percebida socialmente, também social e politicamente será definida a resposta ao mesmo [...]¹⁹¹.

Em síntese, cada sociedade, num dado momento histórico, define quais riscos ou contingências são relevantes e dignos de proteção¹⁹².

Mesmo caracterizando concepção social e cultural, existe uma gama de eventos cuja nocividade dos efeitos é inquestionável e cuja relevância é universal. Parece existir razoável consenso de que um desses eventos é o risco de perda do rendimento do trabalho, situação particularmente dramática nas comunidades industrializadas, nas quais a grande maioria das pessoas perdeu o contato com a atividade rural de subsistência e, por isso, vive à custa do salário, cuja perda sem dúvida as conduzirá à extinção.

Convém esclarecer que o objeto de proteção não é o risco em si, mas a necessidade resultante de sua materialização. Risco indica possibilidade ou probabilidade de perigo, e sua concretização gera um dano ou agravo. No âmbito do seguro social, o agravo (ou dano) corresponde à ausência ou insuficiência da renda do trabalho. Sofrido o agravo, surge a necessidade de renda substitutiva ou complementar. A previdência, assim, protege a

¹⁹⁰ Op. cit., p.39-41.

¹⁹¹ *Seguridade social como direito fundamental material*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p.57.

¹⁹² CAETANO, Marcelo Abi-Ramía. *Fundamentos acerca dos riscos associados à previdência social*. Brasília: IPEA, 2006 (Texto para discussão nº 1214), p.15 e seguintes.

necessidade surgida com a perda, no todo ou em parte, do rendimento familiar quando provocada pela concretização do risco social¹⁹³.

É por isso que os perigos objeto de proteção em qualquer esquema de seguro social, de acordo com Armando de Oliveira Assis, devem compreender:

- a) os de incapacidade de o trabalhador poder prover à sua subsistência e à de sua família pelo exercício da profissão;
- b) o de impossibilidade de o trabalhador ganhar uma remuneração pelo fato de não obter emprego;
- c) o de perda dos meios de subsistência da família por motivo de morte do seu chefe;
- d) as contingências bio-sociais, que acarretam para o trabalhador acréscimos bruscos ou excessivos de encargos econômicos¹⁹⁴.

O elenco acoberta situações que envolvem não só a perda do rendimento do trabalho, mas também o aumento das despesas familiares, o que se adequa à noção de bem-estar social, ou seja, de acesso aos bens elementarmente necessários para uma vida com dignidade (e não apenas para a sobrevivência¹⁹⁵).

O fundamento para justificar a partilha da responsabilidade pelas consequências decorrentes da concretização dos riscos sociais por entre todos os membros da sociedade é a solidariedade, considerada modernamente como vínculo pelo qual as pessoas sentem-se responsáveis pelo bem-estar umas das outras. A solidariedade é, de fato, o alicerce da previdência¹⁹⁶.

Face à socialização do risco, deve existir um liame de relevância entre a contingência e o agravo sofrido, sob pena de, de um lado, onerar em demasia a coletividade que suporta ônus financeiro da cobertura e, de outro, a instauração de privilégios causadores de desigualdade e pobreza.

¹⁹³ É o que esclarece Daniel Pulino: “[...] Insista-se: o que se socorre, na previdência social, é sempre a necessidade social; não, portanto, a invalidez, a morte, a velhice, etc., consideradas em si mesmas, mas, sim, a repercussão que elas acarretam, o comprometimento da subsistência que aquelas contingências ensejam ao privarem de rendas ou sobrecarregarem as despesas dos sujeitos que vivem do próprio trabalho ou daqueles que deste dependam. Assim, o que realmente importa, o – digamos – fim imediato, a finalidade protetiva, enfim, da previdência social é a superação da situação de necessidade social. Tanto que a lei não permite, em regra, a acumulação de benefícios previdenciários que se destinem a amparar situações de necessidade social da mesma natureza, embora ocasionadas por diferentes contingências [...]. Por isso, o caráter seletor da contingência reside em que ela não interessa, em si mesma, à previdência social, mas, sim, na medida em que, por meio dela, o sistema detecta a existência, ou não, de necessidade social a ser acudida por alguma prestação” (op. cit., p.40-41). No mesmo sentido: COIMBRA, J. R. Feijó, op. cit., p.18-19.

¹⁹⁴ Op. cit., p.66.

¹⁹⁵ Sobre a distinção entre vida com dignidade e mera sobrevivência, ver, na sequência, tópico 3.5.1.3 (mínimo existencial e salário mínimo).

¹⁹⁶ Para Mozart Victor Russomano, “A Previdência Social, embora ligada, como dissemos, à idéia de poupança, não é mero sistema de acumulação de reservas para o dia de amanhã. Seu pano de fundo é o sentimento universal de solidariedade entre os homens, ante as pungentes aflições de alguns e a generosa sensibilidade de muitos” (*Curso...*, op. cit., p.2). No mesmo sentido: ROCHA, Daniel Machado da., op. cit., p.127 e 134; CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista Lazzari., op. cit., p.86; MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de direito previdenciário*, op. cit., p.100.

Somente terão relevância as necessidades individuais que envolvam algum interesse social e, por conseguinte, sejam também necessidades coletivas. Dessa natureza são os riscos que trazem desassossego ou inquietude social, ou seja, eventos que levam insegurança para o conjunto da sociedade. Interesses meramente pessoais, cuja importância se esgota no âmbito privado ou de limitado grupo de pessoas, e, por conseguinte, não dotados de expressão, não são considerados riscos sociais¹⁹⁷.

Nesse sentido, esclarece J. R. Feijó Coimbra:

A vítima de um risco social poderá sofrer um prejuízo, cujo efeito não seja, necessariamente, a eliminação de seus rendimentos ou a sua redução a um ponto crítico, gerador da mencionada necessidade. Vir em socorro desse prejudicado não seria caso de ação estatal, ao menos quando o prejuízo não excedesse o limite razoável das necessidades básicas do prejudicado.¹⁹⁸

De fato, nem todo revés causador de infortúnio conlamba a atuação do seguro social. É mister que tenha alguma relevância, como o afastamento do labor por mais de quinze dias para obtenção do auxílio-doença¹⁹⁹, o que implica dizer que se compreende irrelevante a inaptidão por tempo inferior.

Isso reflete, na verdade, a limitação da responsabilidade estatal pelos eventos lesivos que atingem o universo de pessoas protegidas pelo seguro social “às necessidades usuais e razoáveis”²⁰⁰ do segurado. Tanto assim que as prestações pagas pelos regimes obrigatórios de previdência encontram-se circunscritas a determinado teto de valor de benefício, cujo montante entende-se suficiente para fazer frente às necessidades básicas de uma vida com dignidade.

A existência do risco por si não é suficiente para conlamar a atuação da previdência. É necessário o surgimento de um agravo de relevo, capaz de atuar nas estruturas da sociedade de modo a causar temor e desassossego, sem o que não se pode falar em risco social.

¹⁹⁷ É o que aconteceu com a aposentadoria por tempo de contribuição, que, devido a transformações no tempo, perdeu relevância e, ao não se relacionar a risco social algum, passou a configurar verdadeiro privilégio. A Lei Elói Chaves denominava a prestação de aposentadoria ordinária, para cuja concessão eram necessários o labor por 30 anos e a idade mínima de 50 anos. Na LOPS, o benefício passou a se chamar aposentadoria por tempo de serviço, demandando 30 ou 35 anos de labor, respectivamente para mulheres e homens, e a idade mínima de 55 anos. Todavia, a Lei nº 4.130/62 excluiu a exigência etária e somente pela EC nº 103/19 teve restaurado tal critério como requisito para concessão, de modo que por muito tempo esteve ausente o risco social que a justifica, tendo sofrido, por isso, severas críticas, como já denunciava Armando de Oliveira Assis na década de 1960 (op. cit., p.102-104).

¹⁹⁸ Op. cit., p.20.

¹⁹⁹ Lei nº 8.213/91, artigo 59.

²⁰⁰ COIMBRA, J. R. Feijó, op. cit., p.20.

A forma de concretizar uma efetiva proteção a contingências é tarefa a ser deslindada por cada Estado, considerando o nível de conforto usufruído pela massa de protegidos, a idade da população, os custos envolvidos e a disponibilização – seja em gêneros, seja em renda – de condições mínimas para uma existência com dignidade. Todavia, na eleição e hierarquização dos riscos protegidos, é necessário considerar o mencionado critério de relevância do agravo. A criação de prestações desconectadas de contingência social ou do agravo potencial milita em favor de um sistema protetivo ineficiente e ineficaz, onerando sobremodo a coletividade ou criando privilégios.

3.4.1.2. Regra da contrapartida

O comando que proíbe a criação, a majoração e a extensão de serviço ou benefício sem a indicação da fonte de custeio foi introduzido à Constituição de 1946²⁰¹ pela EC nº 11/65. Desde então, foi reproduzido em todas as Constituições brasileiras²⁰², repousando atualmente no parágrafo 5º do artigo 195²⁰³.

Conquanto o mandamento, em sua atual redação, faça alusão à seguridade social (ao passo que a redação antecedente mencionava expressamente a previdência social), é inequívoco que se espraia por todos os subsistemas que a compõem. Assim, aplica-se ao subsistema da saúde, da assistência social e da previdência social²⁰⁴.

Em razão da estrutura linguística adotada – precisa na indicação das situações em vista das quais a norma deve ser aplicada (denunciadas pelos verbos “criar”, “majorar” e “estender”) – e da desnecessidade de justificativa para sua incidência – aplicável, de todo modo, quando ocorrer a ampliação da prestação previdenciária, seja quanto ao seu valor, seja quanto ao universo de beneficiados –, o preceito configura uma regra.

O conteúdo da norma (também conhecida como regra da precedência do custeio e regra das partidas dobradas) não impede o alargamento da proteção previdenciária. De nítido caráter financeiro, visa à manutenção do equilíbrio orçamentário, compatibilizando despesas e receitas.

²⁰¹ Artigo 157, parágrafo 2º – Nenhuma prestação de serviço de caráter assistencial ou de benefício compreendido na previdência social poderá ser criada, majorada ou estendida sem a correspondente fonte de custeio total.

²⁰² Constituição de 1967, artigo 158, parágrafo 1º; Constituição de 1969, artigo 165, parágrafo único.

²⁰³ Cujas redação é a seguinte: “nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”.

²⁰⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 36. ed., op. cit., p.116.

Criar prestação significa inovar, ou seja, produzir ou conceber prestação que até então inexistia, como seria da instituição de abono de permanência aos segurados do RGPS²⁰⁵. Majorar expressa o aumento de uma prestação, referindo-se à quantidade (valor do benefício, por exemplo) ou à qualidade (dos serviços, como a reabilitação profissional, por exemplo). Estender a prestação tem o sentido contemplar sujeitos ou situações anteriormente não abrangidos, como elencar no rol de dependentes dos segurados do regime geral os avós e netos (extensão subjetiva) ou a manutenção dessa qualidade ao filho maior de 21 anos em razão de cursar ensino superior (extensão objetiva)²⁰⁶.

No que diz respeito à indicação da fonte de custeio, não é necessária ao cumprimento da norma a instituição de tributo novo²⁰⁷, sendo lícito o cancelamento de uma despesa (a extinção de um benefício previdenciário, por exemplo) ou o aumento da alíquota de uma exação já existente²⁰⁸. O que importa é a existência de uma receita para fazer frente à nova despesa.

O que a regra em debate visa coibir é a ampliação da cobertura sem que haja lastro para tanto. É possível o aumento da proteção em qualquer dimensão (inovação, acréscimo ou prolongamento) desde que existam recursos disponíveis. Trata-se de norma constitucional previdenciária de estrutura que atua em favor da gestão responsável²⁰⁹ e que objetiva preservar o caixa do seguro social.

3.4.1.3. Proteção igualitária

É da essência da forma republicana de governo – como antítese da monarquia – a extinção dos privilégios de sorte a tratar todas as pessoas de modo igual, sem distinções relacionadas a origem, classe, posses ou hereditariedade²¹⁰. Cada homem e mulher importam por seu valor intrínseco como seres humanos, abstraídas todas as demais qualificações que possam entreter. É, enfim, a consagração do princípio da isonomia.

²⁰⁵ O que, na verdade, seria a “recriação” do abono de permanência em serviço, benefício previsto no artigo 87 da Lei nº 8.213/91 e extinto pela Lei nº 8.870/94, que aquinhoava os segurados que já houvessem implementado 30 ou 35 anos de serviço, se mulher ou homem, e, em vez de se jubilarem, decidissem permanecer no serviço ativo, com uma prestação correspondente a 25% do valor da aposentadoria a que teriam direito.

²⁰⁶ Ambas as situações não encontram guarida no artigo 16 da Lei nº 8.213/91, que elenca o rol de dependentes do segurado do RGPS: os avós e os netos não figuram como dependentes do segurado e o filho (válido e capaz) perde essa qualificação ao completar 21 anos.

²⁰⁷ Notadamente pela forma preconizada pelo parágrafo 4º do artigo 195.

²⁰⁸ CARDONE, Marli A. Op. cit., p.45.

²⁰⁹ AMADO, Frederico. Op. cit., p.40.

²¹⁰ SERRANO, Nicolas Perez. *Tratado de derecho político*. 2. ed. Madri: Civitas, 1984, p.293-297; FERNANDEZ, Bernardo Gonçalves. Op. cit., p.287-288.

O conteúdo da igualdade, em seu sentido aristotélico, remete à noção de serem as pessoas naturalmente diferentes umas das outras, embora pertençam todas à raça humana. Daí que devam ser tratadas conforme suas diferenças, ou, em outras palavras, cada qual será tratado conforme os iguais de seu grupo, e pessoas de grupos distintos serão tratadas de modo diferente²¹¹. A concepção é retratada de modo sucinto no dever de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais²¹².

Embora surgido, na realidade brasileira, de modo assimétrico, com normas específicas, inicialmente restrito ao âmbito de cada empresa e, num segundo momento, por categoria laborativa²¹³, o seguro social não é infenso à isonomia.

Naturalmente díspares, no campo previdenciário homens e mulheres se irmanam quanto a uma particularidade: todos, se não trabalham, são dotados de potencial para tanto, à custa do que sustentam a si e suportam os encargos familiares. Eis a igualdade que os reúne: os segurados carecem do rendimento do trabalho como meio de subsistência.

Notadamente em sistemas como o brasileiro, cujo custeio é baseado no regime de repartição (fortemente calcado na solidariedade, sendo as despesas indistintamente rateadas entre todos os participantes), é imperativo que a proteção seja oferecida de modo igualitário, com critérios uniformes de acesso a prestações e idêntica forma de cálculo do valor dos benefícios.

Ademais, por se encontrarem na mesma situação, devem se submeter a critérios idênticos de acesso às prestações. A adoção de requisitos desiguais poderá ser levada a efeito desde que exista um *discrímen*, uma diferença justificante. No âmbito da previdência social, em que o público-alvo partilha da mesma necessidade (qual seja, subsistirem do rendimento do trabalho), o *discrímen* deve se relacionar à antecipação do agravo²¹⁴ e ao custeio adicional²¹⁵, ambas situações a recaírem sobre uma parcela dos segurados.

De fato, se o ônus da manutenção do sistema pesa de igual modo para todos os segurados e se o agravo (perda da renda do trabalho e/ou incremento das despesas familiares) é o mesmo para todos, apenas sua antecipação justificaria a adoção de critérios

²¹¹ Segundo Kelsen, “A igualdade dos indivíduos sujeitos à ordem jurídica, garantida pela Constituição, não significa que aqueles devam ser tratados por forma igual nas normas legisladas com fundamento na Constituição, especialmente nas leis. Não pode ser uma tal igualdade aquela que se tem em vista, pois seria absurdo impor os mesmos deveres e conferir os mesmos direitos a todos os indivíduos sem fazer quaisquer distinções, por exemplo, entre crianças e adultos, são de espírito e doentes mentais, homens e mulheres.” (*Teoria pura do direito*, op. cit., p.158).

²¹² Conforme lembra Celso Antônio Bandeira de Mello em opúsculo dedicado do tema (*Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed., 5. tir. São Paulo: Malheiros, 1998, p.10).

²¹³ Tópico 1.1.1.

²¹⁴ Como forma ou critérios de acesso a prestações.

²¹⁵ Em caso de diferentes modos de liquidar o valor dos benefícios.

menos onerosos para o fornecimento das prestações a pequena parcela dos protegidos. E quanto ao valor dos benefícios, somente a existência de fonte adicional de custeio, a incidir apenas sobre o público favorecido, motivaria a distinção na forma de cálculo²¹⁶. Ocorrendo homogeneidade de agravos e de custeio, a proteção igualitária se impõe.

Todavia, o núcleo da igualdade radica em tratar cada pessoa conforme sua desigualdade, o que deve ser observado pela previdência social. A grande maioria dos trabalhadores encontra-se sujeita a elementos nocivos (de natureza física, química e biológica) controláveis e sem potencial de causar danos à saúde. Há, porém, determinadas atividades cuja nocividade é indebelável, ou seja, eliminando-se a nocividade, a atividade produtiva não se realiza ou não alcança os resultados desejados. Nessas hipóteses, o trabalhador não opera senão sujeito aos elementos que degradam, pouco a pouco, sua saúde ou sua integridade física, de sorte que quanto mais trabalha, tanto mais perde uma parcela da higidez. Nessas situações, o segurado sofre a acelerada perda de sua aptidão laborativa e, em consequência, a antecipação do agravo coberto pela previdência social.

Nesses casos, é adequado, com esteio na isonomia, permitir a jubilação antecipada, sob pena de o trabalhador fenecer na atividade laboral ou sofrer uma degradação tal que torne impossível recobrar a saúde²¹⁷. Propicia-se, assim, o afastamento remunerado das atividades que prejudicam a saúde e a integridade física do trabalhador²¹⁸.

A antecipação do agravo por conta da impossibilidade de neutralizar o agente insalubre no ambiente laboral seria, portanto, a justificação para a flexibilização do acesso à aposentadoria cujo escopo, nesse caso, é a preservação da saúde do trabalhador por meio da cessação da exposição a agentes nocivos. Por outro lado, não se encontra justificativa plausível para a jubilação antecipada do trabalhador que exerce atividade de risco²¹⁹, para o deficiente²²⁰, para o professor²²¹ e para as mulheres²²².

Na atividade de risco, o agravo é eventual e consiste na perda da vida humana, a qual, sem dúvida, é de inestimável valor e urge ser protegida. O risco, conquanto indissociável da atividade, indica uma probabilidade, e não uma certeza do agravo,

²¹⁶ Nesse sentido, andou bem a EC nº 41/03 ao extinguir a integralidade e paridade das jubilações no RPPS, as quais poderão ser apuradas do mesmo modo que os benefícios concedidos pelo RGPS.

²¹⁷ É o que dispõem o artigo 40, parágrafo 4º e 4º-C, e artigo 201, parágrafo 1º, inciso II, da Constituição.

²¹⁸ É por isso que, no âmbito do RGPS (aplicável ao RPPS por força da súmula vinculante 33), essa modalidade de aposentadoria, denominada especial, somente é concedida quando ocorre o efetivo afastamento das atividades sujeitas a agentes nocivos de qualquer natureza, bem como justifica o cancelamento do benefício em caso de retorno a essas mesmas atividades (Lei nº 8.213/91, artigo 57, parágrafo 8º).

²¹⁹ Artigo 40, parágrafo 4º e 4º-B, da Constituição.

²²⁰ Artigo 40, parágrafo 4º e 4º-A, e artigo 201, parágrafo 1º, inciso I, da Constituição.

²²¹ Artigo 40, parágrafo 5º, e artigo 201, parágrafo 8º, da Constituição.

²²² Artigo 40, parágrafo 1º, inciso III, e artigo 201, parágrafo 7º, incisos I e II, da Constituição.

diferentemente do que ocorre com a sujeição a elementos nocivos, em que a saúde é indubitavelmente atingida (ou seja, o agravo efetivamente ocorre). Como visto²²³, o seguro social protege contra agravos causados pelo risco, não protegendo contra o risco em si. O incremento do risco interessa ao seguro privado uma vez que reflete no valor do prêmio, e não ao seguro social, no qual o valor do prêmio (da contribuição previdenciária) é distribuído igualmente pelo público coberto. Ora, o agravo decorrente da atividade de risco nem sempre se concretiza, razão pela qual não justifica a adoção de critérios menos gravosos para aposentadoria.

Contudo, uma vez admitida pela Constituição a flexibilização de critérios para a jubilação do servidor público que desempenha atividade de risco, a natural consequência seria o compulsório afastamento da atividade de modo a cessar a sujeição ao evento potencialmente danoso. Ora, se a causa que justifica e conduz à aposentadoria precoce é a exposição a risco, a única forma de freá-la e preservar a vida do agente público é retirá-lo de suas atividades ocupacionais. Portanto, uma vez implantadas as condições normativamente exigidas²²⁴, a passagem para a inatividade remunerada é medida que se impõe, sob pena de configurar privilégio em vez de meio de proteção ao trabalhador.

Esse, todavia, não é o entendimento da Suprema Corte. Ao assegurar o pagamento de abono de permanência²²⁵, o Supremo Tribunal Federal avalizou a continuidade do agente público em atividade de risco. Isso é exatamente o oposto daquilo a que visa a norma constitucional previdenciária, ou seja, fazer cessar a sujeição ao risco ocupacional, evidenciando uma compreensão estritamente monetária da previdência social, desconsiderando sua função eminentemente protetiva.

A possibilidade de o deficiente jubilar-se conforme requisitos menos onerosos foi constitucionalizada pela Emenda Constitucional nº 47/05. A jubilação precoce, entretantes, não pode ser considerada modalidade de inclusão social ao menos por duas razões: porquanto opera em sentido contrário, ou seja, retira o deficiente do convívio social, e porque resulta em verdadeiro privilégio. Embora o deficiente possa ter maior dificuldade para ingressar no mercado de trabalho, ou de nele se manter, sua limitação não constitui risco social e tampouco agravo à coletividade. Enquanto trabalhador, tem direito a um sadio ambiente laboral, adequado às suas necessidades e capacidades. Se acometido de

²²³ Tópico 3.4.1.1.

²²⁴ No âmbito da Administração Pública federal, até que sobrevenha lei regulamentadora, as condições para ambos os sexos são: idade mínima de 55 anos, 30 anos de contribuição e o mínimo de 25 anos no exercício da atividade de risco (artigo 10, parágrafo 2º, inciso I, da EC nº 103/19).

²²⁵ No ARE 957.408, cuja repercussão geral foi reconhecida.

incapacidade laboral, definitiva ou transitória, esse agravo dará ensejo a uma gama de prestações franqueadas a todos os segurados, rol no qual se inclui. Não se vê no labor do deficiente quadro de agravo majorado a ensejar critérios favorecidos para jubilação. Relevante dizer que sequer a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência recomendou a criação de benefícios previdenciários específicos fundados exclusivamente na deficiência²²⁶.

O magistério foi inicialmente aquinhado com jubilação após 25 anos de labor, com esteio em penosidade²²⁷. A Emenda Constitucional nº 18/81 ao texto de 1969 constitucionalizou o tema, determinando a aposentadoria do professor após 30 anos de trabalho e da professora após 25 anos²²⁸. O dispositivo foi reproduzido sem alterações pela Constituição de 1988²²⁹, sofrendo modificação por força da Emendas Constitucionais nº 20/98²³⁰ e nº 103/19²³¹. Sem embargo da relevância e nobreza do exercício da docência, não existe em si um risco ocupacional maior do que o encontrado nos trabalhos ordinários, e nem se relaciona ao magistério antecipação do agravo que possa motivar o favorecimento no acesso à aposentadoria. Sob o viés da relevância do agravo e da socialização dos custos, não há justificativa para que um professor se aposente antes de outros trabalhadores²³².

As mulheres passaram a gozar de aposentadoria diferenciada com a Constituição de 1967, que reduziu em 5 anos o período de labor²³³. Até então, a jubilação do servidor e da servidora demandava 35 anos de trabalho²³⁴. A Constituição de 1988 ampliou a prerrogativa, não só estendendo a regra às trabalhadoras vinculadas ao regime geral²³⁵, como, para ambos os regimes, reduzindo o quesito etário²³⁶. As alterações introduzidas pelas Emendas Constitucionais nº 20/98 e nº 103/19, além de não modificarem esse quadro,

²²⁶ Aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 2006, o Brasil aderiu à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência em 2007, ato aprovado pelo Congresso Nacional (Decreto nº 186/2008) e regulamentado pelo Presidente da República (Decreto nº 6.949/2009). A única menção à previdência social contida no texto vem estampada em seu artigo 28 (Padrão de vida e proteção social adequados), cuja redação é a seguinte: “[...] 2. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à proteção social e ao exercício desse direito sem discriminação baseada na deficiência, e tomarão as medidas apropriadas para salvaguardar e promover a realização desse direito, tais como: [...] e) Assegurar igual acesso de pessoas com deficiência a programas e benefícios de aposentadoria.” Como se observa, a convenção limitou-se a recomendar o acesso igualitário dos deficientes a um sistema de seguro social, não havendo determinação para o estabelecimento de critérios flexíveis de acesso a prestações de espécie alguma.

²²⁷ Decreto nº 53.831/64.

²²⁸ Artigo 165, inciso XX, da Constituição de 1969, na redação da EC nº 18/81.

²²⁹ Artigo 40, inciso III, alínea “b”, e artigo 202, inciso III, ambos na redação original da Constituição de 1988.

²³⁰ A EC 20/98, além de produzir a renumeração da norma nos dispositivos constitucionais, restringiu a benesse ao magistério do ensino infantil, fundamental e médio, excluindo, pois, o magistério superior.

²³¹ Que remete a disciplina infraconstitucional da matéria a lei complementar.

²³² É interessante observar que, apesar dos esforços para uniformizar os critérios de concessão de aposentadorias tanto no RPPS quanto no RGPS, a EC nº 20/98 não foi capaz de pôr termo à jubilação dos professores, embora tenha obtido êxito na exclusão do professor universitário.

²³³ Artigo 100, parágrafo 2º.

²³⁴ Artigo 191, parágrafo 1º.

²³⁵ Artigo 202, inciso II, na redação original.

²³⁶ Artigo 40, inciso III, alínea “d”, e artigo 202, inciso I, ambos na redação original.

reproduziram o *discrímen* ao impor aos segurados distintas idades mínimas para aposentação.

A diversidade dos critérios de jubilação entre os gêneros, em sua origem, retratava uma espécie de cautela para com as mulheres em decorrência de fatores culturais e sociais, que eram refletidos no ordenamento jurídico²³⁷. Com o surgimento da Constituição de 1988, notadamente pela consagração da igualdade entre homens e mulheres (artigo 5º, inciso I), esse cuidado perdeu o sentido, na medida em que ambos passaram a ter os mesmos direitos e obrigações. É certo que a igualdade de gêneros não foi alcançada na plenitude, mas para isso existem diversas ações afirmativas visando remediar o déficit de participação feminina em determinados setores da sociedade. Inobstante a relevância dessas ações, no campo previdenciário essa distinção é desimportante, porque não reflete na antecipação do agravo de modo a justificar um menor período de trabalho e a redução etária para fins de jubilação. As mulheres não se aposentam cedo porque o trabalho lhes causa gravame, mas por fatores socioculturais não relacionados ao labor, os quais, justamente por isso, são injustificáveis sob o ponto de vista da previdência social.

Com esteio na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello²³⁸, nas quatro situações apontadas, inexistente correlação entre o *discrímen* (atividade de risco, deficiência, exercício do magistério e gênero feminino) e a desigualdade efetivada (jubilação antecipada), resultando em afronta aos fundamentos da República – construir uma sociedade livre, justa, solidária e sem discriminações (artigo 3º, incisos I e III da Constituição) – e espelhando verdadeiro privilégio.

Em síntese, a proteção igualitária traduz limite à ampliação da proteção previdenciária na medida em que proíbe (i) a adoção de critérios para o acesso a prestações que não sejam uniformes nem motivados pela antecipação do agravo a que estão ordinariamente sujeitos os segurados, ou (ii) a utilização de distintas formas de cálculo do valor dos benefícios quando não houver fonte adicional de custeio a incidir apenas sobre o público favorecido.

²³⁷ Vale lembrar que o Código Civil de 1916, em diversas situações (como o estabelecimento de domicílio, chefia do lar, administração dos bens particulares da esposa, autorização para o exercício de profissão etc.), subordinava a capacidade jurídica da esposa à vontade do marido.

²³⁸ Segundo o autor, a norma será isonômica quando atender a três requisitos, quais sejam, (i) a existência de um elemento de diferenciação presente e relacionado a pessoa, coisa ou situação a ser discriminada; (ii) correlação lógica entre o *discrímen* e a desigualdade que a norma pretende estabelecer; e (iii) a adequação dessa diferenciação aos interesses protegidos na Constituição (op. cit., p.21-22).

3.5. Restrição da proteção previdenciária

A modificação tendente a reduzir o âmbito da proteção ora retratada, por si só, não causa perplexidade ou necessariamente resulta em ofensa ao texto constitucional. A qualificação como cláusula pétrea não paralisa a norma de sorte a impedir qualquer forma de modificação.

No campo do seguro social, a proibição decorrente desse qualificativo restringe-se à supressão de um direito fundamental especificamente considerado – pela via direta (simples revogação do dispositivo que o consagra) ou pela via indireta (modificação de dispositivos outros que tornem impraticável ou ineficaz o seu exercício) – ou das atribuições afetas à instituição e manutenção de regime de previdência.

Afigura-se lícito e viável o aperfeiçoamento da norma de sorte a adequar a prerrogativa, resguardada por uma cláusula pétrea, à realidade social. Mesmo a restrição a direitos fundamentais encontra sólidos fundamentos na doutrina²³⁹ e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal²⁴⁰.

O aspecto a ser enfrentado consiste no exame em profundidade dessa restrição. Compete esclarecer que a restrição considerada nos lindes do presente estudo é toda forma de diminuição ou limitação do âmbito da proteção previdenciária que, do ponto de vista finalístico, possa conduzir a situação desvantajosa para os segurados e seus dependentes, o que engloba exclusão de riscos ou contingências sociais, endurecimento dos critérios de acesso a prestações, diminuição no valor dos benefícios e alterações ablativas no rol dos dependentes, dentre diversas outras possibilidades.

Modificações desse jaez não são infrequentes, colhendo-se várias mostras em nossos textos constitucionais. A maternidade, contemplada como evento protegido pela previdência social na Constituição de 1934, perdeu assento na Carta de 1937 e somente retornou no texto de 1946. O desemprego, contemplado como risco social na Constituição de 1946 e regulamentado pela Lei nº 4.923/65, sofreu restrição na Constituição de 1988, que limitou a cobertura às situações de ocorrência involuntária. A Emenda Constitucional nº 20/98 reduziu a cobertura do risco reclusão e encargos familiares às hipóteses de o segurado

²³⁹ O exame amplo do tema é realizado por NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2010; ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução da 5. ed. por Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p.281 e ss; SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed., 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2017. Especificamente sobre a restrição por via de emendas à Constituição: VIEIRA, José Carlos de Andrade. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998, p.316-319.

²⁴⁰ MS nº 23.047, ADI-MC nº 2.024, ADI nº 3.104, RE nº 587.365 e RE nº 609.381, dentre diversos outros julgados.

possuir baixa renda. Por sua vez, a emenda Constitucional nº 103/19 reduziu o valor dos benefícios devidos aos dependentes do segurado ao limitar o montante do auxílio reclusão e reintroduzir o sistema de cotas para pagamento de pensão por morte. Essas são apenas algumas ilustrações de alteração da norma constitucional que desaguou em diminuição ou eliminação de prerrogativas afetas ao seguro social.

Uma indagação oportuna e relevante consiste em saber até que ponto a proteção em debate pode sofrer redução. Para elucidar essa questão, passa-se a examinar os limites que devem ser observados na alteração da norma constitucional previdenciária que conduza à restrição de direitos.

3.5.1. Limites para a restrição da cobertura

Reconhecer que a previdência social é um direito fundamental²⁴¹ não implica dizer que todas as normas da Constituição com ela relacionadas gozam da mesma relevância. Do universo de normas constitucionais previdenciárias²⁴², inserem-se no rol das cláusulas pétreas aquelas criadoras de direitos estruturadas sob a forma de princípios e aquelas que deferem aos entes federados poderes para criar e manter regime de previdência²⁴³.

A qualificação de uma norma como cláusula pétrea não a imuniza de alterações²⁴⁴. Todavia, ante sua relevância como núcleo essencial e indispensável do Estado de Direito, as modificações não de se situar entre fronteiras claras, além das quais não é permitido operar²⁴⁵.

Para o deslinde dessas fronteiras, estabeleceu-se a premissa segundo a qual o núcleo essencial do direito à previdência social é a garantia de um padrão mínimo de condições de vida com dignidade quando, por esforço próprio e como fruto do seu labor, o

²⁴¹ Tópico 1.3.2.

²⁴² Tópico 2.5.

²⁴³ Tópico 2.5.2.2.

²⁴⁴ Tópicos 1.3.3 e 3.5.

²⁴⁵ Interessante distinção entre restrição e limitação encontramos em Jorge Reis Novais, que assevera: “No texto da Constituição ou na literatura especializada são correntes as referências a ‘restrições’, ‘limites’ ou a ‘leis restritivas’ de direitos fundamentais para significar uma ideia comum de afectação ou intervenção estatal no domínio dos direitos fundamentais com algum sentido desvantajoso para os interesses de liberdade. Etimologicamente há, porém, uma diferença de perspectivas: enquanto *restrição* (do latim *restringere*) tem o sentido principal de supressão ou diminuição de algo, já limite (do latim *limitare* ou *delimitare*) tem o sentido de estrema, de fronteira. Assim, enquanto *restrição* procura traduzir a ideia de uma intervenção ablativa num conteúdo pré-determinado, *limite* sugere a revelação ou a colocação dos contornos desse conteúdo, ainda que na colocação de limites a alguma coisa venha sempre implicado o deixar de fora da delimitação algo que poderia estar dentro. Nessa medida, a colocação de limites é também inclusão e exclusão, preenchimento e restrição.” (*As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2010, p.155).

protegido não consiga alcançá-lo²⁴⁶. Nessas situações, é atribuição do Estado²⁴⁷ prover renda substitutiva ou complementar, de modo que o público-alvo consiga desfrutar dessas condições de vida.

Ao estabelecer a premissa, determinou-se, por consequência, que o estudo dos limites à restrição da proteção previdenciária circunscreve-se a sua aplicação sobre as normas instituidoras de direito que adotam a forma de princípios, uma vez que apenas essas configuram direito fundamental a resguardar o sobredito núcleo essencial²⁴⁸.

Sucedem que o aspecto nuclear da proteção securitária em debate é ameaçado quando alterações na Constituição possam atingir o nível de proteção ou causar sua ineficácia, ou ainda reduzir as condições de vida a níveis inaceitáveis e indignos, dos quais passa-se a tratar.

3.5.1.1. Patamar mínimo de proteção

O controle da reforma constitucional que atinja direitos fundamentais é realizado com esteio numa base elementar, num piso mínimo de respeito e observância a esses direitos. Logo, para se examinar o que pode ser objeto de alteração na norma constitucional previdenciária, deve-se primeiramente encontrar o que é imodificável, ou seja, o nível mais elementar de proteção.

A tarefa de definir um plano básico de previdência não é simples e envolve certo grau de arbitrariedade²⁴⁹. Contudo, parece não haver dúvidas que sua função é garantir renda suficiente para uma vida com dignidade toda vez que o segurado não a consiga por si só e com o esforço de seu labor²⁵⁰. Portanto, o seguro social opera de modo substitutivo e, algumas vezes, complementar: substitui a renda do trabalho, nas circunstâncias em que não é possível exercê-lo, e a complementa quando ela é insuficiente para a manutenção da família.

²⁴⁶ Tópico 2.5.2.1.

²⁴⁷ Pelas razões elencadas nos tópicos 1.2.1 e 1.2.2.

²⁴⁸ Tópico 2.5.2.1

²⁴⁹ OLIVEIRA, Francisco Eduardo Barreto de. BELTRÃO, Kaizô Iwakami. MARSILLAC, Maria Tereza. *Reforma da previdência: modelo de opções*. Texto para discussão nº 436. Rio de Janeiro: IPEA, 1996, p.1.

²⁵⁰ De fato, segundo Oliveira, Beltrão e Marsillac, “O objetivo precípua de um sistema previdenciário não é de redistribuir renda; visa repor, total ou parcialmente, o ganho do indivíduo (e de seu grupo familiar) quando cessa ou se interrompe a capacidade laborativa em função de idade, desgaste profissional, doença, invalidez, morte ou desemprego involuntário. Em síntese, previdência é um seguro, onde há relação forte entre os aportes pagos e os benefícios recebidos. A redistribuição é (deveria ser) de caráter marginal, respeitadas sempre os princípios securitários.” (op. cit., p.6).

Vários diplomas internacionais determinam um piso mínimo de proteção que deve ser observado pelos diversos países. A Declaração Universal dos Direitos do Homem enuncia o direito a remuneração justa e satisfatória compatível com uma vida digna, padrão mínimo de vida individual e familiar, e proteção contra desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice e insuficiência de meios de subsistência²⁵¹. O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em linhas gerais, ratifica as disposições da Declaração²⁵² e acresce a proteção à maternidade²⁵³. A convenção nº 102 da OIT versando Normas Mínimas de Seguridade Social fixa critérios amplos para a cobertura dos eventos elencados nos documentos anteriores, dentre eles o acidente de trabalho²⁵⁴.

Enfim, segundo esses documentos internacionais, os quais o Brasil reconhece, a previdência deve proteger contra os eventos doença, invalidez, velhice, morte, maternidade, desemprego e encargos familiares. Essas são as contingências que um plano de previdência deve, quando menos, ter em consideração.

Os três primeiros eventos referem-se à incapacidade laborativa: a doença consiste na incapacidade transitória, a invalidez, na incapacidade definitiva, e a velhice, na incapacidade presumida²⁵⁵. Juntamente com a morte e o desemprego, encerram o conjunto de situações nas quais o exercício do trabalho é impraticável, com consequente prejuízo da renda.

Na maternidade, assim como na paternidade²⁵⁶, o escopo é proteger a criança – recém-nascida ou adotada – nessa etapa inicial da vida e do convívio familiar, permitindo que o responsável se dedique integralmente a ela por determinado período, sem que haja prejuízo à subsistência do grupo. O mesmo escopo é partilhado pelo evento encargos familiares, de sorte a permitir reforço da renda que, ao final, é destinada ao sustento dos filhos menores.

Os eventos retratam situações das quais as pessoas não podem se desvencilhar. Durante o breve curso de suas vidas, hão de se deparar com alguma das hipóteses, senão todas, e frente a elas a pessoa, individualmente considerada, não tem meios de se proteger senão por força do seguro capitaneado pelo Estado.

²⁵¹ Artigos 23 e 25.

²⁵² Artigo 6º, nº 1, artigo 7º, “a”, tópico ii, artigo 9º e artigo 11, nº 1.

²⁵³ Artigo 10, nº 2

²⁵⁴ Artigos 13 a 64.

²⁵⁵ Pois, a depender do tipo de atividade e do estado de saúde, é possível e provável estender a vida útil por mais tempo. Por razões socioeconômicas (necessidade de renovação da força de trabalho e ingresso dos mais jovens no mercado), define-se uma idade a partir da qual o segurado pode aposentar-se, independentemente de sua real aptidão para o trabalho.

²⁵⁶ Tópico 3.4.

Com espeque nos mencionados documentos internacionais, os quais fixam patamares elementares de cobertura, entende-se que o seguro social de qualquer Estado deve proteger contra as contingências incapacidade laborativa real (transitória ou definitiva) ou presumida (velhice), morte, desemprego, maternidade e/ou paternidade, e encargos familiares. Tais eventos encontram-se contemplados no vigente texto constitucional desde a expressão do poder constituinte originário²⁵⁷ – sob a forma de norma previdenciária principiológica²⁵⁸. Retirar do texto esse elenco de riscos implica reduzir a proteção a nada, situando-a aquém do necessário e aceitável, pondo fim ao seguro social como expressão dos direitos fundamentais²⁵⁹. Em corolário, é interdita sua exclusão por força de emenda, dado o seu conteúdo de cláusula pétrea.

3.5.1.2. Ineficácia da proteção

A previdência social, sob o ponto de vista normativo, é estruturada em regras e princípios que formam uma espécie de colchão de amortecimento para salvaguardar o segurado quanto a perda ou insuficiência da renda do trabalho de modo que possa ter uma existência digna. O sistema confere segurança e estabilidade social na medida em que alcança os resultados desejados.

A ineficácia aqui considerada significa a não produção dos efeitos almejados pelo sistema, o que, em última análise, se refere à existência de barreiras de difícil transposição para acesso às prestações, ou benefícios de valor aviltante e incapazes de possibilitar uma vida digna.

A ineficácia relaciona-se, assim, com os critérios ou requisitos de acesso às prestações, de cálculo do valor dos benefícios e seu reajustamento. A fixação de 80 anos como idade mínima para aposentadoria ou de 50 anos como período contributivo mínimo, a consideração no cálculo do valor do benefício de parcela ínfima das remunerações auferidas, a incidência da contribuição previdenciária sobre o valor total das aposentadorias e pensões pagas pelo regime geral são exemplos de regras demasiado duras que ou impediriam o acesso da grande massa dos segurados às prestações ou tornariam o valor do benefício insuficiente

²⁵⁷ As sucessivas emendas constitucionais que versaram sobre tema previdenciário, notadamente as de nº 20, nº 41 e nº 103, não subtraíram do texto nenhuma contingência, limitando-se, quanto a isso, a reposicioná-las nos dispositivos alterados.

²⁵⁸ Isto é, como normas constitucionais previdenciárias que adotam a forma de princípios.

²⁵⁹ Uma vez que inservível ao desiderato de garantir vida com dignidade ao público-alvo.

para uma sobrevivência com alguma dignidade, ocasionando, em todos os casos, proteção previdenciária ineficaz.

Alterações dessa índole, mesmo não extinguindo diretamente o seguro social, findariam por torná-lo sem efeito prático algum porque inservível a oferecer padrões de vida digna ao segurado e sua família nos momentos em que a prática do labor ou é impossível ou é por demais árdua e custosa. Mesmo em se tratando de norma constitucional que adota a estrutura de regra – a qual não figura dentre as cláusulas pétreas²⁶⁰ –, por ocasionar, de modo transversal, a abolição da proteção contra a necessidade ofertada pela previdência, não poderia ser objeto de modificação destinada a endurecer o acesso a prestações ou a aviltar o valor dos benefícios por força do artigo 60, inciso IV da Constituição.

Compete aclarar o raciocínio. As normas constitucionais previdenciárias do tipo regra descrevem precisamente situações de aplicabilidade. São utilizadas, amiúde, na fixação de critérios e requisitos para a obtenção de prestações, cálculo do valor dos benefícios e seu reajustamento. Essas regras situam-se na escala móvel do tempo e do orçamento, é dizer, variam conforme o tempo e a existência de recursos sem que, com isso, afetem o núcleo da proteção previdenciária. A regra que define a idade mínima de 65 anos para os homens se aposentarem ou o reajustamento periódico dos benefícios, uma vez suprimida, não extingue o direito à inatividade remunerada nem ao rendimento suficiente à manutenção do segurado e de sua família. Ainda sem essas regras, permanece a garantia de rendimento substitutivo do trabalho no montante necessário a uma vida com dignidade. Daí que não constituem direito fundamental e, portanto, não são arroladas como cláusulas pétreas. Conquanto alinhavadas no texto constitucional, tais regras podem ser suprimidas por emenda sem que haja prejuízo à proteção previdenciária.

Todavia, coisa bem diversa é a alteração de tais normas para produzir situação de desmedida e injustificável desvantagem aos protegidos. A modificação que mantenha as regras, porém agravando-as sobremodo (sob o ponto de vista da situação dos segurados e dependentes), ocasionará o enfraquecimento da proteção e a impossibilidade de oferecer vida digna aos atendidos. Alteração constitucional dessa dimensão tornará sem efeito a proteção do seguro social, o que é vedado porquanto violador de direito fundamental e, como tal, resguardado por cláusula pétrea.

Em síntese, emenda constitucional pode suprimir do texto regra previdenciária, sendo, contudo, interdito, por esse instrumento, endurecer excessiva e

²⁶⁰ Tópico 2.5.2.1.

imotivadamente os critérios de acesso a prestações e reduzir em demasia o valor dos benefícios, porque implicaria a ineficácia da proteção previdenciária.

3.5.1.3. Mínimo existencial e salário mínimo

A reforma de uma Constituição não pode olvidar a segurança representada pela garantia de condições materiais básicas para a sobrevivência das pessoas. Alteração constitucional que, de algum modo, impossibilite ou torne inalcançável esse estado de coisas estará aniquilando o próprio seguro social e, por consequência, violando cláusula pétrea.

Todavia, em que, de fato, consiste essa garantia?

Mínimo social²⁶¹, condições básicas para uma vida digna²⁶² ou mínimo existencial²⁶³ são expressões que espelham a mesma realidade: o conjunto de bens materiais imprescindíveis à vida para que cada qual possa inserir-se no meio social em condições de igualdade com as demais pessoas, desenvolvendo suas atividades e exercendo suas opções com consciência e autonomia, patamar aquém do qual não há progresso humano. Os elementos materiais que compõem o mínimo existencial variam no tempo e no espaço segundo o grupo social, os hábitos e a cultura dos povos. É certo, porém, que vão além do necessário à mera sobrevivência, ou seja, dos gêneros alimentícios, habitação e vestimenta²⁶⁴. Englobam – muito além do mínimo vital – outros fatores como educação, trabalho, transporte, segurança (na acepção mais ampla possível, incorporando a segurança pública, a segurança alimentar, a segurança social, a segurança viária etc.), cultura, lazer e tantos mais quanto necessários à uma condigna existência²⁶⁵.

²⁶¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Os direitos sociais...*, op. cit., p.190 e ss.

²⁶² SARMENTO, Daniel. O mínimo existencial. *Revista de Direito da Cidade*. Rio de Janeiro, vol. 8, nº 4, p.1659.

²⁶³ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 177, jul./set. 1989, p.29-49; ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais...*, op. cit., p.503 e ss.

²⁶⁴ Conforme Daniel Sarmento, “O tema do conteúdo do direito ao mínimo existencial é complexo. A primeira observação importante é no sentido de que existem variações socioculturais significativas em relação ao que se concebe como necessidades básicas. Sociedades diferentes tendem a valorar de modo muito distinto determinados bens, de modo que o acesso a eles pode se afigurar essencial para a vida digna das pessoas em algumas delas e não em outras. O acesso à energia elétrica, que nos parece tão imprescindível no mundo moderno, pode não fazer sentido para algumas comunidades indígenas, cujos integrantes, no entanto, necessitam de muito mais espaço físico – o seu território tradicional – no qual consigam viver de acordo com as suas cosmovisões, que conformam a sua concepção própria de dignidade. Parece inquestionável a existência de necessidades materiais que decorrem da própria natureza humana, como o acesso à alimentação, à água, à moradia e à saúde. Todavia, até mesmo essas necessidades universais se sujeitam a importantes variações culturais: sabe-se, por exemplo, que o ser humano precisa diariamente de um determinado número de calorias para sobreviver com saúde, mas a concepção sobre qual é a alimentação adequada varia bastante entre, por exemplo, um hindu, um *inuit* e um norte-americano” (O mínimo existencial..., op. cit., p.1660-1661).

²⁶⁵ Nessa linha de entendimento, Ingo W. Sarlet e Mariana F. Figueiredo informam que o mínimo existencial não se confunde “[...] com o que se tem chamado de mínimo vital ou mínimo de sobrevivência, de vez que este último diz com a garantia da vida humana, sem necessariamente abranger as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, portanto, de uma vida com certa qualidade” (Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas

O mínimo existencial relaciona-se com a liberdade²⁶⁶ e com a democracia²⁶⁷ pois apenas superando a barreira da mera sobrevivência (mínimo vital) e se encontrando na posse e gozo de bens (como educação, trabalho, moradia e transporte, dentre outros) que confirmam dignidade é possível estar capacitado e informado de modo a exercer o direito de ir, vir, autodeterminar-se e participar dos negócios do Estado. Todavia, o aspecto mais relevante, a dimensão preponderante do mínimo existencial é oferecer condições materiais para o aperfeiçoamento da dignidade da pessoa humana, sem o que a pessoa apenas vive, sem respeito e consideração à sua condição de membro da irmandade dos seres humanos.

Sua conexão com a previdência social decorre da posição desta como seguradora universal incumbida de garantir renda substitutiva ou complementar. Essa renda deve ser suficiente para atender não só às necessidades vitais do segurado e sua família, mas também para suprir as necessidades humanas de capacitação, formação, informação, enfim, tudo quanto for preciso para uma vida com respeito e consideração por parte dos membros da comunidade.

Ao contrário do que ordinariamente se imagina, o mínimo existencial no âmbito previdenciário não se encontra assegurado pela garantia de benefício não inferior ao salário mínimo²⁶⁸. Com efeito, a noção constitucional de salário mínimo se entrelaça com a concepção de mínimo vital, o qual se posiciona aquém do necessário para uma vida com dignidade. Além disso, no Brasil, o salário mínimo integra a política econômica e redistributiva governamental, o que escapa completamente do controle e do escopo da previdência social²⁶⁹. Por isso, a vinculação de benefício previdenciário substitutivo da renda do trabalho ao salário mínimo nem sempre garantirá condições dignas de existência.

Dada a natureza de regra do dispositivo que consagra a garantia de prestação substitutiva de renda não inferior ao salário mínimo, sua exclusão do texto constitucional não causa prejuízo, porquanto, obviamente, não terá aptidão de excluir a responsabilidade previdenciária de conferir renda capaz de propiciar o mínimo existencial. Isso porque o fornecimento de renda – substitutiva ou complementar – suficiente para viver com dignidade é indissociável da noção de previdência social. São, porém, interditas alterações que venham

aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti. (Orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.21-22.).

²⁶⁶ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais..., op. cit., p.30 e ss; ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais...*, op. cit., p.503 e ss.

²⁶⁷ CRUZ, Álvaro Ricardo de Oliveira. *Habermas e o direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.156 e ss.

²⁶⁸ Artigo 201, parágrafo 2º.

²⁶⁹ Como já assinalado diversas vezes, entende-se que o objetivo do seguro social é fornecer renda substitutiva ou complementar ao trabalho, tendo a função redistributiva caráter secundário.

a substituir o indexador “salário mínimo” por outro, haja vista que tal substituição, por si só, não garante ao segurado e seus dependentes vida com dignidade. Eis que, como dito, embora a noção de mínimo existencial se perenize no tempo, seu conteúdo material sofre variação²⁷⁰.

3.5.1.4. Dignidade da pessoa humana

Princípio fundamental²⁷¹, valor supremo da ordem jurídica²⁷², valor fonte a partir do qual todos os demais irradiam, a dignidade da pessoa humana possui relevância ímpar na sociedade contemporânea, figurando na ordem jurídica internacional e em diversas ordens constitucionais²⁷³. Deita raízes na filosofia kantiana, de acordo com a qual o homem – ser racional, dotado da faculdade de autodeterminação e capaz de dirigir seus atos conforme sua vontade – constitui um fim em si mesmo. O ser humano possui dignidade, compreendida como valor em si e por si, ou seja, valor íntimo, incondicional e incomparável com o valor das coisas. Não pode ser utilizada como meio, como instrumento para atingir outros fins, o que limita o arbítrio dos seres humanos. De fato, para Kant, sequer o suicida poderia abrir mão da própria vida para acabar com a dor que o lacera porque assim estaria instrumentalizando a si mesmo²⁷⁴.

Sua definição – com a precisa delimitação de significado e conteúdo – é tarefa inglória, ou, como assinala Luís Roberto Barroso, “impossível”²⁷⁵, porque levaria a negligenciar algum de seus aspectos, reduzindo, assim, seu espectro de abrangência²⁷⁶.

²⁷⁰ A questão do reajustamento e do piso do valor dos benefícios – no atual contexto social, político e econômico – reflete muito mais uma desconfiança da sociedade em relação aos sucessivos governos do que a necessidade (impossível na prática) de adotar uma forma de indexação capaz de manter o poder aquisitivo e satisfazer os beneficiários.

²⁷¹ BULOS, Uadi Lammêgo. op. cit., p.384-395.

²⁷² SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, nº 212, abr./jun. 1998, p.89-94.

²⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.66-69; BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 14, nº 76, nov./dez. 2012. Disponível em <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=83932>>. Acesso em 30.05.2019; SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p.13-14.

²⁷⁴ Fundamentação da metafísica dos costumes. In: *Textos selecionados*. Coleção Os Pensadores. Vol. II. 2. ed. Seleção de textos de Marilena de Souza Chauí. Tradução de Tania Maria Bernkopf, Paulo Quintela, Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p.134-141. Essa concepção kantiana foi adequadamente sintetizada por Luís Roberto Barroso na seguinte expressão: “[...] todo homem é um fim em si mesmo, e não deve ser instrumentalizado por projetos alheios; os seres humanos não têm preço nem podem ser substituídos, pois eles são dotados de um valor intrínseco absoluto, ao qual se dá o nome de dignidade” (*A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.72).

²⁷⁵ A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. In: *Interesse Público*, op. cit.

²⁷⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Dignidade da pessoa humana. Volume I – dignidade e direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2015, p.24; SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana...*, op. cit., p.69-70.

Ainda assim, e de modo a permitir sua adequada aplicação, não é apenas possível, mas também necessário, apontar as características que a identificam como princípio e valor da maior relevância no plano jurídico normativo interno e externo.

Para Jorge Reis Novais, apesar da indeterminação, é possível encontrar no conceito de dignidade da pessoa humana um núcleo essencial integrado pelo valor supremo atribuído à pessoa pelo simples fato de integrar a agremiação humana, a noção de respeito a si e a seus interesses, a autonomia, a liberdade e o direito ao bem-estar, a não receber tratamento discriminatório e não ser coisificado²⁷⁷.

Ingo Wolfgang Sarlet retrata a dignidade da pessoa como a qualidade essencial (intrínseca) de todos os seres humanos que lhes torna merecedores de respeito por parte do Estado e das demais pessoas e lhes confere uma gama de prerrogativas, notadamente a proteção contra todo tipo de tratamento degradante e desumano, que envolve condições mínimas de existência e de autodeterminação para guiar sua vida e negócios como lhe aprouver²⁷⁸.

De sorte a conferir maior elasticidade ao conceito, em vez de estabelecer uma definição estanque, Luís Roberto Barroso prefere enunciar os elementos que, a seu ver, são fundamentais à dignidade do ser humano, quais sejam: valor intrínseco da pessoa humana (seu posicionamento como finalidade de todas as coisas, e não como mero instrumento para alcançá-las), autonomia (considerada como aptidão para traçar e seguir seus caminhos com liberdade, sem a influência ou obstáculos por parte do particular ou do Estado) e valor comunitário (verdadeira norma heterônoma, representando limitação à autonomia individual de modo a proteger os valores da comunidade, o direito de terceiros e os direitos do próprio indivíduo contra si mesmo)²⁷⁹.

Guardando proximidade com a interpretação de Luís Roberto Barroso, Daniel Sarmento, na tarefa de conceituar a dignidade da pessoa humana, opta por estabelecer seu conteúdo essencial, que é composto por quatro elementos. Os dois primeiros (valor intrínseco da pessoa humana e autonomia) coincidem com aqueles citados por Barroso, aos quais acresce o mínimo existencial (condições materiais básicas e indispensáveis para que se tenha uma existência com dignidade) e o reconhecimento (da identidade individual e coletiva da pessoa e do grupo no qual está inserida, bem como de sua cultura, de suas práticas

²⁷⁷ *Dignidade da pessoa humana...*, op. cit., p.58-59.

²⁷⁸ *Dignidade da pessoa humana e direitos humanos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.63.

²⁷⁹ *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*, op. cit., p.72-98.

e interações)²⁸⁰. Para Sarmiento, a função do princípio da dignidade da pessoa humana, muito além de respaldar determinados direitos da personalidade, é conferir “proteção integral à pessoa”²⁸¹.

O que há de comum no pensamento dos autores citados – e que, sem a pretensão de esgotar o tema, bem ilustram o tratamento conferido à dignidade humana na tradição jurídica dos países de língua portuguesa – é o reconhecimento da prejudicialidade de uma definição fechada, que resultaria na exclusão de situações merecedoras de proteção. Por isso, enunciam as características basilares do princípio em debate, que compreendem um aspecto essencial, um aspecto interno e um aspecto externo. O aspecto essencial, ou valor intrínseco, é o reconhecimento da pessoa pelo simples fato de integrar a categoria dos seres humanos – abstraídos quaisquer outros predicados –, de valor inestimável, não podendo de forma alguma ser instrumentalizado ou reificado. O aspecto interno, ou autonomia, consiste na aptidão para guiar sua vida conforme suas crenças, ideais, necessidades e vontades, sem a interferência do Estado ou do particular. O aspecto externo – ou valor comunitário (para Barroso) ou reconhecimento (para Sarmiento) – refere-se à constatação, por parte dos demais membros da comunidade, de serem todas as pessoas iguais em direitos e responsabilidades, e assim deverem se tratar uns aos outros, respeitando suas convicções, suas ações e suas pretensões.

O princípio da dignidade da pessoa humana irradia o seguro social. A formatação da previdência – com a estipulação de contingências e a engenharia das prestações e critérios de acesso – deve espelhar o respeito à condição humana, de modo que sirva às pessoas, ofertando-lhes a possibilidade de desenvolver suas potencialidades. Daí que a instrumentalização da previdência com finalidades outras que não o bem-estar da população – como seria o caso da estruturação com objetivos eleitoreiros ou meramente arrecadatários – afronta a dignidade humana.

Conecta-se com o mínimo existencial, e o reconhecimento e valorização do ser humano como tal, conferindo-lhe autonomia e respeito, somente pode ser alcançado quando transposta a barreira da mera sobrevivência, quando houver acesso a bens – como segurança (que confere tranquilidade e paz), educação (que traz informação e esperança de um melhor porvir) e saúde (notadamente a preventiva), dentre outros – que possibilitem pensar e determinar o seu agir para além de saciar a fome, a sede e o frio.

²⁸⁰ *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p.92-93.

²⁸¹ Op. cit., p.89.

Compreende, como consequência da autonomia e após assegurado o arcabouço material necessário ao desenvolvimento humano, a aptidão para viver o presente e planejar o futuro segundo os desígnios individuais de cada pessoa, gozando de proteção contra indevidas e injustificadas interferências dos particulares e do Estado²⁸².

No contexto da proteção contra a ausência ou insuficiência de renda, a previdência é responsável por fornecer prestações em quantidade e qualidade tais que permitam o reconhecimento do valor essencial (ou intrínseco) do ser humano, sua autonomia e seu respeito dentro da comunidade. Esses são os parâmetros para o tratamento digno por parte do seguro social.

Alterações no texto constitucional versando sobre matéria previdenciária devem ter como objetivo a melhora da condição humana, em respeito ao princípio em debate. Por isso, não há óbice a alterações paramétricas ou estruturais do modelo constitucional vigente. Mudanças são alvissareiras, notadamente quando vocacionadas a aumentar o bem-estar da população. Contudo, toda mudança deve ter no homem sua finalidade, ou seja, aumentar o patamar de proteção oferecido. É necessário advertir que a melhoria deve ser sólida, sustentável, em condições de perenidade. Alterações que tragam vantagem e, no horizonte do curto ou médio prazo, sejam insustentáveis, obrigando o retorno ao estado anterior, porquanto causadoras de incerteza e insegurança, ofendem a condição humana e retiram a dignidade que lhe é devida, sendo, por isso, inconstitucionais²⁸³.

²⁸² ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 12-20.

²⁸³ Esse é o vício de constitucionalidade que fere de morte a recriação, para alguns servidores vinculados a regime próprio, da paridade e integralidade, trazida pela EC n° 103/19. A regra, por financeira e atuarialmente insustentável, foi extinta pela EC n° 41/03, e provavelmente não tardará a sê-lo novamente, gerando mais incerteza e insegurança do que proteção e estabilidade aos contemplados e ao sistema previdenciário como um todo.

CAPÍTULO IV – DIREITO ADQUIRIDO E EXPECTATIVA DE DIREITO NA ALTERAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL PREVIDENCIÁRIA

4.1. Relação jurídica continuativa e estendida no tempo

O vínculo jurídico previdenciário é de natureza complexa, compreendendo as relações de custeio (ou de cotização) e de cobertura (também denominada relação de proteção ou de filiação)²⁸⁴. A primeira envolve a interligação de normas e fatos jurídicos pertinentes ao dever de recolher as contribuições necessárias à manutenção do sistema. A segunda trata da proteção oferecida pelo seguro social, elencando situações que ensejam a obtenção de prestações, bem como os critérios para acessá-las. Esse vínculo jurídico é concebido para ser duradouro, estendendo-se pelo tempo necessário à cobertura e à implantação dos requisitos para a obtenção de dada prestação. Convém esclarecer essas noções.

A cobertura previdenciária persegue o segurado enquanto, efetiva ou potencialmente²⁸⁵, exerce suas atividades laborais. Cessada ou abandonada a atividade laboral, dentro de determinadas condições²⁸⁶, a cobertura cessa.

A obtenção de benefícios e serviços da previdência reclama o implemento de condições previamente estabelecidas. Ademais, as prestações e os respectivos critérios de acesso guardam correspondência com a necessidade objeto de cobertura. Situações de necessidade repentina e inesperada²⁸⁷ possuem critérios menos onerosos de acesso a prestações, ao passo que necessidades esperadas²⁸⁸ possuem critérios de acesso mais onerosos.

²⁸⁴ PERSIANI, Mattia. *Direito da previdência social*. Trad. da 14. ed. por Wagner Balera e Edson L. M. Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p.82 e ss.; PASTOR, José Manuel Almansa. *Derecho de la Seguridad Social*. 7. ed. Madri: Tecnos, 1991, p.112-117; COIMBRA, J. R. *Direito previdenciário brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1998, p.64-67, 119 e ss.; CARDONE, Marly A. *Seguro social e contrato de trabalho: contribuição ao estudo de suas principais relações*. São Paulo: Saraiva, 1973, p.39 e ss.; CASTRO, Carlos Alberto Pereira. LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.129-131 e 141-148. Específicas e integralmente dedicadas à relação jurídica previdenciária são as obras de: BERBEL, Fábio Lopes Vilela. *Teoria geral da previdência social*. São Paulo: Quartier Latin, 2005; e LEITÃO, André Stuart. *Teoria geral da filiação previdenciária – controvérsias sobre a filiação obrigatória e a filiação facultativa*. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013.

²⁸⁵ Considera-se como de potencial labor a situação do desempregado e do segurado facultativo: o primeiro encontra-se em busca de recolocação no mercado de trabalho; o segundo, sem embargo de suas ocupações rotineiras (atividades domésticas, estudantis ou labor gracioso), é dotado de aptidão laboral e, conquanto no momento não a exerça remuneradamente, não há empeco para que o faça no futuro (o que conduzirá à alteração de sua classe de segurado).

²⁸⁶ Estabelecidas na norma, que em geral determina certo prazo ou a não fruição de benefício substitutivo do rendimento do trabalho como condição para a ruptura do vínculo jurídico previdenciário.

²⁸⁷ Como a incapacidade para o trabalho em decorrência de um acidente.

²⁸⁸ Tal qual a perda do vigor para o desempenho do trabalho em virtude da idade avançada.

Essas características, inerentes ao seguro social e indissociáveis dele, dotam a relação jurídica previdenciária de uma natureza continuativa e prolongada no tempo. É continuativa porque se renova a todo ciclo mensal, ou seja, a cada mês se renovam a contribuição destinada ao custeio do seguro social e a cobertura protetiva, e é prolongada no tempo porque se desconhece o exato momento em que ocorrerá seu término²⁸⁹.

O caráter dinâmico da previdência social (sujeita a configurações e reconfigurações por razões de ordem técnica, demográfica, política e econômico-financeira) torna frequente a modificação das normas que a disciplinam. No sistema brasileiro, cuja opção foi pela constitucionalização de praticamente todos os temas afetos ao seguro social – do elenco de contingências às regras de acesso a prestações e forma de liquidação dos benefícios –, essa dinamicidade leva a constantes alterações constitucionais e à necessidade de um olhar específico para o direito intertemporal que vá além do direito adquirido²⁹⁰.

Por se tratar de relação naturalmente protraída no tempo, ganha relevo o exame da alteração de normas constitucionais que disciplinam, notadamente, a aquisição e a fruição de direitos, porque alcançam situações jurídicas constituídas ou em processo de formação. Reputam-se constituídas ou consolidadas as situações jurídicas nas quais os requisitos para a aquisição de um direito (no caso, a obtenção de uma dada prestação do seguro social) já foram integralmente cumpridos na vigência de uma mesma norma, independentemente do seu efetivo requerimento ou fruição. De outro lado, em processo de formação ou constituição identificam-se as situações jurídicas em que o implemento dos requisitos para a obtenção do direito (ou seja, da prestação) já se iniciou, mas ainda não se concluiu sob a vigência de uma mesma norma, restando por cumprir fração deles.

A norma nova, como sabido, é aplicável aos casos futuros, incidindo retroativamente apenas quando assim o dispuser expressamente. Essa regra incide no plano constitucional, no qual a alteração da norma previdenciária pode, de modo geral, atingir duas situações: os direitos já formados e os direitos em formação. Como opera a incidência da nova norma às situações jurídicas previdenciárias consolidadas ou em consolidação? A resposta a essa indagação é o que se pretende obter nesse capítulo.

²⁸⁹ A relação jurídica previdenciária, de ordinário, alcança seu término com a cessação do desempenho da atividade laborativa remunerada e as contribuições respectivas (dentro dos termos e prazos definidos na norma, como o não gozo de benefício substitutivo da renda do trabalho) e com a morte do protegido (seja o segurado ou seu dependente).

²⁹⁰ Nesse sentido, ver LIMA, Maria Gema Quintero. *Derecho transitório de seguridad social*. Madri: La Ley, 2006, edição eletrônica.

4.2. A sucessão de normas no tempo e a situação jurídica consolidada

É esperado que a relação jurídica previdenciária se desenvolva no transcorrer de vários anos antes de se extinguir. Nesse interregno, premida por razões de aperfeiçoamento global (melhoria de gestão, incremento de coberturas, alteração na sistemática de prestações etc.), a norma de regência é objeto de modificações diversas.

De fato, é salutar que a norma previdenciária seja remodelada, haja vista seu caráter de instrumento para conduzir ao bem-estar das pessoas. As alterações devem guardar sintonia com as necessidades e a realidade do público-alvo. A inclusão de novos eventos sociais ensejadores de falta ou insuficiência de rendimentos (como o auxílio-doença parental e a partilha do salário-maternidade pelos pais) e o aumento da expectativa de sobrevida da população (repercutindo, nomeadamente, em maior tempo de gozo de aposentadorias e pensões) exemplificam a conveniência e a utilidade da otimização da norma afeta ao seguro social.

Não há dúvidas que a sucessão de normas no tempo alcança situações jurídicas já constituídas²⁹¹. Igualmente verdadeira é a constatação de que, sob o ponto de vista individual, a norma nova pode criar um cenário de vantagem ou desvantagem ao titular de um direito ainda não exercitado. Daí surge a indagação acerca de qual norma aplicar. A solução é encontrada na garantia constitucional de respeito ao direito adquirido²⁹².

4.2.1. Sucessão de normas, direito adquirido e situação jurídica

A doutrina²⁹³ assinala que duas teorias controvertem acerca dos efeitos da sucessão de leis no tempo, cada qual capitaneada por um expoente jurídico: o italiano Francesco Gabbia e o francês Paul Roubier.

²⁹¹ Conforme assinalado no tópico antecedente (4.1), reputam-se constituídas ou consolidadas as situações jurídicas nas quais os requisitos para a obtenção de uma dada prestação do seguro social já foram integralmente cumpridos na vigência de uma mesma norma, independentemente do seu efetivo requerimento ou fruição.

²⁹² Artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição.

²⁹³ FRANÇA, Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.50-55 e 59-66; BARROSO, Luís Roberto. Constitucionalidade e legitimidade da reforma da previdência (ascensão e queda de um regime de erros e privilégios). In: TAVARES, Marcelo Leonardo (Coord.). *A reforma da previdência social: temas polêmicos e aspectos controvertidos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.49-107; MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição de 1967 com a emenda nº 1, de 1969*. Tomo V (Arts. 153, parágrafo 2º, a 159). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p.8 e ss.; PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito adquirido e ordem pública: segurança jurídica e transformação democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.122-135; ALVES, José Carlos Moreira. Direito adquirido. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*. Belo Horizonte, ano 2, nº 15, mar. 2002. Disponível em <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=1800>>. Acesso em 04.06.2019; TOLEDO, Cláudia. *Direito adquirido e estado democrático de direito*. São Paulo: Landy, 2003; RAMOS, Elival da Silva. *A proteção dos direitos*

A primeira, esposada por Gabba e denominada teoria subjetiva, funda-se na noção de direito adquirido. Considera-se como tal aquele decorrente de fato jurídico integralmente praticado²⁹⁴ ao tempo da lei antiga e que, embora não tendo sido exercitado antes da vigência da lei nova, ingressou no patrimônio jurídico do seu titular²⁹⁵. Para essa teoria, a lei nova pode operar efeitos retroativos, os quais, todavia, não atingem os direitos adquiridos.

A retroatividade pode ter intensidade de grau variado²⁹⁶. Quando a lei nova passa a disciplinar fatos ou atos praticados e consumados no passado (cujos efeitos se encontram exauridos), tem-se a retroatividade em grau máximo, também denominada retroatividade de segundo grau ou restitutória (porque conduz as partes ao estado em que se encontravam anteriormente)²⁹⁷. Se a lei nova, sem atingir eventos ocorridos no passado, disciplina os seus efeitos que ainda não ocorreram (ou seja, os efeitos pendentes de fatos eclodidos no passado), estar-se-á diante da retroatividade média²⁹⁸. Contudo, se a lei nova regula apenas os efeitos ocorridos sob sua vigência, independentemente do momento em que os atos ou fatos jurídicos foram praticados (ou seja, se a lei nova opera efeitos imediatos), então o caso é de retroatividade mínima, também conhecida como retroatividade de primeiro grau, temperada ou mitigada²⁹⁹.

adquiridos no direito constitucional brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003; MENDES, Gilmar Ferreira. Artigo 5º, XXXVI. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lênio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, edição eletrônica.

²⁹⁴ Preferimos a expressão “praticado” em vez de “consumado” porque, segundo Elival da Silva Ramos, “[...] o termo ‘consumado’, em Direito Intertemporal, está consagrado como uma referência às situações jurídicas cujos efeitos se esgotaram, completamente, no passado, como, por exemplo, um contrato totalmente executado pelas partes, com quitação recíproca em relação às respectivas obrigações assumidas” (op. cit., p.146).

²⁹⁵ Por oportuno, transcrevemos a definição que Gabba conferiu ao direito adquirido: “é adquirido todo direito que a) é consequência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo no qual o fato foi consumado, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova sobre o mesmo; e que b) nos termos da lei sob cujo império se entabulou o fato do qual se origina, entrou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu” (FRANÇA, R. Limongi, op. cit., p.51).

²⁹⁶ RAMOS, Elival da Silva, op. cit., p.35-36; ALVES, José Carlos, op. cit.; MENDES, Gilmar Ferreira. Artigo 5º, XXXVI. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, edição eletrônica.

²⁹⁷ Para ilustrar a hipótese, imagine-se que o atual Plano de Benefícios do RGPS (Lei nº 8.213/91) contivesse dispositivo que determinasse a desconstituição de todas as jubilações programadas (por idade, tempo de contribuição e especial) concedidas a qualquer tempo sem o respeito à carência mínima de 180 contribuições. Tal norma pegaria de roldão todas as aposentadorias dessa natureza concedidas sob a égide da lei previdenciária anterior (Lei nº 3.807/60), que demandava carência de 60 contribuições apenas.

²⁹⁸ Imagine-se, para exemplificar essa retroatividade, uma lei previdenciária que reduzisse o prazo prescricional para o beneficiário reclamar as parcelas inadimplidas pelo órgão gestor, incidindo desde já sobre aquelas que se encontrassem vencidas, mas não pagas, desde antes do início de vigência da lei nova.

²⁹⁹ No plano previdenciário, é o que ocorre com a alteração da forma de reajustamento periódico dos benefícios em manutenção. Todo reajustamento no valor do benefício é causa para, após o transcurso de determinado lapso temporal, o seguinte. Atualmente a data base para esse reajustamento no RGPS é janeiro de cada ano, observando-se a variação do INPC/IBGE (artigo 41-A, Lei nº 8.213/91). Modificada sua periodicidade ou o índice, a lei nova há de operar efeitos (no presente e no futuro) sobre atos jurídicos (o reajustamento anterior) praticados no passado.

A segunda teoria, defendida por Roubier e denominada objetiva (ou do fato passado ou do fato realizado), parte da concepção de situação jurídica³⁰⁰, a qual se entende que é mais ampla do que o direito adquirido. Compreende-se por situação jurídica o conjunto de direitos e deveres decorrentes de atos, fatos e estados e que geram efeitos na órbita jurídica³⁰¹, ou seja, é a posição juridicamente protegida em que uma pessoa se encontra como resultante de atos por ela praticados ou fatos a ela relacionados. A nova lei, para essa teoria, opera efeitos imediatos e para o futuro. Em outras palavras, a lei disciplina os efeitos presentes e futuros dos atos ou fatos, ainda que tenham sido praticados no passado, não incidindo, portanto, sobre efeitos pretéritos (ou seja, a lei não atinge atos que produziram efeitos antes do início de sua vigência).

Importa observar que uma situação jurídica, de ordinário, se desenvolve em vários momentos sucessivos, como num contrato, no qual existem o momento de sua constituição, o momento da produção dos seus efeitos e o momento de sua extinção. Incidindo sobre os efeitos atuais do contrato, a lei simplesmente opera imediatamente, ou seja, do presente para o futuro. Não pode a nova lei, sob pena de retroatividade, incidir no momento da constituição do contrato, uma vez que se trata de ato³⁰² integralmente praticado no passado, devendo permanecer regido pela lei então vigente³⁰³.

Ademais, cada momento da situação jurídica é composto por um ou vários atos ou fatos jurídicos, os quais produzem efeitos em momentos diversos, sendo relevante a distinção entre fatos passados, fatos futuros e fatos pendentes: os primeiros, praticados e consumados no passado, são disciplinados pela lei antiga; os fatos futuros, praticados e consumados no tempo vindouro, são regidos pela nova lei; os fatos pendentes, dotados de partes elaboradas e consumadas no passado e partes no futuro, são disciplinados pela lei antiga quanto aos efeitos produzidos no passado e pela lei nova quanto aos efeitos eclodidos a partir do início de sua vigência.

Outro aspecto relevante da teoria objetiva é distinguir as situações jurídicas definitivamente constituídas em objetivas (legais ou gerais) e subjetivas (ou individuais). As primeiras decorrem diretamente de uma disposição normativa – com as características de generalidade, abstração e impessoalidade – e são criadas em prol do bem comum, no

³⁰⁰ Por isso também denominada teoria da situação jurídica.

³⁰¹ TOLEDO, Cláudia. *Direito adquirido...*, op. cit., p.152.

³⁰² Ou seja, o acordo de vontades.

³⁰³ Para exemplificar, se a norma, no momento da feitura do contrato, determina que a maioridade é alcançada aos 18 anos, e, num segundo e posterior momento, a norma passa a determinar que se alcança a maioridade apenas aos 21 anos, não são nulos nem anuláveis os contratos celebrados, sob a égide da lei antiga, em que ao menos uma das partes tem mais de 18 e menos de 21 anos.

interesse coletivo, como as prerrogativas decorrentes da vinculação ao serviço público estatutário, as quais são deferidas não para deleite do agente público, mas para o bom e adequado desempenho da função pública. Tais situações jurídicas são permanentes, uma vez que sobrevivem ao cumprimento dos deveres e exercício dos direitos que determinam³⁰⁴. As segundas, ainda que tenham espeque em norma jurídica, se originam da vontade dos sujeitos e são criadas no interesse privado, como num contrato do qual decorrem direitos e obrigações aos particulares. Por isso, essas situações, de caráter individual, desaparecem após o exercício dos deveres e direitos que criaram. Apenas essa última situação oferece óbice intransponível à retroatividade da lei nova, uma vez que atinge direito individual de particulares. Ademais, opor retroatividade à primeira das situações – que não envolve direito de particulares, senão mero efeito da lei (que é geral, abstrata e impessoal) – seria limitar a atuação do legislador, o que obstaría sua típica função constitucional³⁰⁵.

É oportuno trazer à baila crítica à teoria objetiva feita por José Carlos Moreira Alves³⁰⁶. Destaca o autor que o ato ou fato jurídico é produzido sob a luz de determinada norma. Tais atos ou fatos geram – e por isso servem de causa a – determinados efeitos jurídicos. Acontece, amiúde, na sucessão de normas no tempo, que uma lei regula a causa e, posteriormente, surge outra, no momento em que se projetam os efeitos daqueles atos ou fatos anteriormente praticados. A teoria de Roubier, ao postular a aplicação imediata da lei nova aos efeitos presentes dos atos jurídicos, desconsidera o momento em que ocorreu a causa geradora desses efeitos. Ora, ocorre retroatividade – ainda que mínima – toda vez que a lei nova é aplicável imediatamente, pois passa a regular os efeitos de atos e fatos praticados no passado e, por isso, celebrados sob a égide da lei antiga. Daí que a teoria de Roubier, na verdade, admite a projeção de efeitos retro-operantes pela lei nova.

A distinção entre a teoria subjetiva e a teoria objetiva reside em ser a primeira fundada na concepção de relação jurídica pessoal e no direito subjetivo dela decorrente. Já a segunda parte da noção de efeito jurídico dos fatos e atos, sem se preocupar com os direitos atingidos. Inobstante, o direito brasileiro deu acolhida a ambas. Encampou a teoria subjetiva ao conferir proteção constitucional³⁰⁷ ao direito adquirido, realidade que, excetuada a Carta de 1937, sempre – de modo direto ou indireto, pela vedação da retroatividade – fez parte de

³⁰⁴ Ou seja, independentemente de quem for o ocupante do cargo público efetivo – servidor A, B ou C –, as prerrogativas, deveres e obrigações permanecem inalterados, mesmo após a exoneração ou aposentadoria desses servidores, uma vez que outros virão a ocupar o cargo, e assim continuamente.

³⁰⁵ TOLEDO, Cláudia. *Direito adquirido...*, op. cit., p.153; RAMOS, Elival da Silva, op. cit., p.70-71; ALVES, José Carlos, op. cit.

³⁰⁶ Op. cit.

³⁰⁷ Artigo 5º, inciso XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

nossa tradição. Ademais, adotou a teoria objetiva ao determinar, na LINDB, que a lei nova tem efeito imediato³⁰⁸, surgindo, em corolário, a retroatividade como exceção³⁰⁹.

Por excepcional que seja, conforme lembra Limongi França, há ocasiões – e o ordenamento jurídico brasileiro permite – em que a norma deve disciplinar eventos já passados³¹⁰. Contudo, os efeitos retro-operantes não podem obviar ao direito adquirido. No plano legal, essa garantia não encontra refutação. Impende examinar seu cabimento ante normas constitucionais.

4.2.2. Direito adquirido e alteração da norma constitucional

A conjugação das teorias objetiva e subjetiva, incidindo imediatamente sobre os efeitos presentes e futuros das situações jurídicas, com resguardo aos direitos já ingressados no patrimônio jurídico do titular, porém não exercitados, visa conferir segurança jurídica em seu sentido mais amplo. A incidência de efeitos imediatos alcança também a norma constitucional³¹¹, de modo que sua retroatividade é excepcional e deve ser objeto de disposição expressa nesse sentido³¹².

Existe, todavia, controvérsia acerca do respeito ao direito adquirido pelo poder constituinte. Em outras palavras, uma norma constitucional pode contrariar um direito adquirido, de modo que não se pode suscitá-lo face ao poder constituinte?

Com relação ao poder constituinte originário, existe amplo consenso³¹³. A norma constitucional originária, devido ao ser caráter incondicionado, ilimitado e

³⁰⁸ Artigo 6º: A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

³⁰⁹ Conquanto admita-se a excepcionalidade da retroprojeção de efeitos da lei nova, como espécie de regra implícita ao sistema jurídico (haja vista que o texto constitucional apenas condiciona, porém não veda, a retroatividade), Maria Coeli Simões Pires (op. cit., p.162-167) lembra que essa posição não é unânime, havendo aqueles que entendem ser mandamento imperativo a retroatividade da nova norma, limitada, contudo, pelas restrições decorrentes do ato jurídico perfeito, da coisa julgada e do direito adquirido.

³¹⁰ Op. cit., p.189-191.

³¹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2014, edição eletrônica, tópicos 159 e 185; RAMOS, Elival da Silva., op. cit., p.232; SILVA, José Afonso da. Reforma Constitucional e Direito Adquirido. *Interesse Público – IP* Belo Horizonte, nº 6, ano 2, abril/junho 2000. Disponível em <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=51615>>. Acesso em 04.06.2019.

³¹² Dois exemplos evidenciam a necessidade de dispositivo expresso para que a norma constitucional opere efeitos no passado. No âmbito da norma constitucional originária, o artigo 17 do ADCT (“os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição, serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título”), ao determinar a redução dos rendimentos públicos percebidos pelos servidores ativos e inativos, embora não desconstituindo o ato jurídico desde sua celebração no passado, poda seus efeitos presentes, o que lhe confere inequívoco caráter retro-operante. Em sede de norma constitucional derivada, o artigo 6º da EC nº 47/05 (“esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação, com efeitos retroativos à data de vigência da Emenda Constitucional nº 41, de 2003”) é expresso quanto à sua retroprojeção.

³¹³ Há autores que entendem haver condicionamentos ao poder constituinte originário. É o caso de Lilian Barros de Oliveira Almeida, para quem o respeito ao direito adquirido é um dos fundamentos do Estado Democrático e, por isso mesmo, é

inicializador de uma nova ordem jurídica, pode ter caráter retroativo, exigindo-se, para tanto, dispositivo expresso nesse sentido. Portanto, não cabe alegação de direito adquirido em face de norma constitucional originária³¹⁴.

Em relação ao poder constituinte derivado, a questão vacilou, indo da possibilidade à impossibilidade de sua invocação. Debruçando-se sobre o tema, Elival da Silva Ramos³¹⁵ sintetizou a alteração de entendimento do seguinte modo: na vigência da Constituição pretérita, era pacífico na doutrina e na jurisprudência o descabimento de alegação de direito adquirido em face de norma constitucional emanada tanto do poder originário quanto do poder derivado. A Constituição de 1988, ao elevar os direitos fundamentais – dentre eles, o direito adquirido – ao patamar de cláusula pétrea³¹⁶, provocou a alteração desse entendimento. Escorada na compreensão segundo a qual o princípio da irretroatividade (decorrente do direito adquirido) submete apenas o legislador infraconstitucional, parte da doutrina advogou a permanência do entendimento anterior. Baseada na interpretação por força da qual a limitação material inserida no artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV – que determina o respeito e proteção aos direitos e garantias fundamentais – se impõe ao poder constituinte derivado, parte da doutrina entendeu possível invocar a existência de direito adquirido em face de alteração da norma constitucional.

Caudatário da primeira posição é Hugo de Brito Machado. Para ele, a liberdade de que é dotado o poder constituído para alterar o texto constitucional não encontra limite na cláusula pétrea que veda emenda tendente a abolir o direito adquirido, uma vez que tal direito fundamental é oponível apenas ao legislador ordinário, e não ao constituinte³¹⁷.

invocável face ao poder constituinte originário (*Direito adquirido: uma questão em aberto*. São Paulo: Saraiva, 2012, edição eletrônica, tópico 3.3.2). Em linha de pensamento semelhante, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito adquirido: comentário a acórdão do STF. Fórum Administrativo – Direito Público – FA*. Belo Horizonte, ano 7, nº 81, nov. 2007. Disponível em <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=48357>>. Acesso em 04.07.2019) sustenta que somente o poder constituinte que rompe com o sistema existente e cria um Estado completamente novo é que não precisa respeitar o direito adquirido, e, não sendo esse o caso, ao poder constituinte originário impõe-se o respeito ao direito adquirido.

³¹⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Poder constituinte...*, op. cit., tópico 164; RAMOS, Elival da Silva, op. cit., p.205-2016.

³¹⁵ Op. cit., p.233-239.

³¹⁶ Com efeito, no texto constitucional pretérito, apenas a forma republicana de Governo e a forma federativa de Estado eram protegidos pelo manto da cláusula pétrea (artigo 47, parágrafo 1º da Constituição de 1969).

³¹⁷ Direito adquirido e coisa julgada como garantias constitucionais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 84, nº 714, p.19-26, abril de 1995. Em idêntico sentido: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio do direito adquirido no direito constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, Brasília, ano 26, nº 103, jul./set. 1989, p.147-162; MODESTO, Paulo. Disposições constitucionais transitórias na reforma da previdência: proteção da confiança e proporcionalidade. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte, ano 15, nº 56, jan./mar. 2017, p.9-54; SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e reforma da previdência. In: TAVARES, Marcelo Leonardo (Coord.). *A reforma da previdência social: temas polêmicos e aspectos controvertidos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.1-48; SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Contribuição previdenciária de aposentados e pensionistas do setor público. In: MODESTO, Paulo (Org.). *Reforma da previdência: análise e crítica da Emenda Constitucional nº 41/03 (doutrina, pareceres e normas selecionadas)*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p.257-302.

Partidário da segunda posição, embora reconhecendo que a emenda constitucional possa retroprojetar efeitos, Elival da Silva Ramos é frontalmente contrário a qualquer espécie de retroatividade – até mesmo a mínima – que, direta ou indiretamente, atinja direitos adquiridos³¹⁸.

Igualmente adepto da segunda posição, Manoel Gonçalves Ferreira Filho³¹⁹, contudo, apresenta algumas ponderações. Aduz que, num sistema constitucional onde se protege o direito adquirido, a regra é a irretroatividade da emenda. Todavia, duas advertências devem ser feitas. Primeiro, a limitação material da cláusula pétrea veda que seja “prejudicado” o direito adquirido. Assim, a retroprojeção que traga “vantagens” a tais direitos será permitida. Segundo, a aplicação imediata da norma reformadora aos efeitos pendentes de fatos praticados no passado, embora possa atingir direitos adquiridos (que protege interesses particulares), atende à ordem ou ao interesse públicos. Nesse caso, para que se admita a retroatividade (que, então, será mínima), é preciso realizar ponderação entre os interesses em confronto e verificar em que medida ocorre restrição ao direito fundamental em exame³²⁰. Ademais, uma vez que a proteção oferecida pelas cláusulas pétreas torna defesa a eliminação dos direitos tutelados, e não sua restrição, é possível que a emenda retroaja para atingir direito adquirido.

Enfim, dos diversos posicionamentos apresentados, o que se constata é não haver empeco à retroatividade da norma constitucional, seja originária, seja derivada, bastando que tal efeito se apresente de modo expresso em um de seus dispositivos. Em relação ao direito adquirido, não representa óbice à norma originária³²¹, mas apenas à derivada. Ainda assim, será admitido à norma constitucional reformadora violar direito adquirido numa única hipótese: nos casos em que a retroação resultar em situação mais vantajosa (porque a inviolabilidade das cláusulas pétreas torna defeso apenas “prejudicar” o

³¹⁸ Op. cit., p.240. Com o mesmo entendimento: SILVA, José Afonso da. Reforma Constitucional e Direito Adquirido. *Interesse Público – IP*. Belo Horizonte, nº 6, ano 2, abril/junho 2000. Disponível em <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=51615>>. Acesso em 04.07.2019; PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito adquirido e ordem pública: segurança jurídica e transformação democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.291-309; DANTAS, Ivo. Direito adquirido, emendas constitucionais e controle concentrado de constitucionalidade: a intangibilidade do direito adquirido face às emendas constitucionais. *Revista de Direito Administrativo – RDA*. Rio de Janeiro, nº 206, out./dez. 1996, p.109-134; BARROSO, Luís Roberto. Constitucionalidade e legitimidade da reforma da previdência (ascensão e queda de um regime de erros e privilégios). In: TAVARES, Marcelo Leonardo (Coord.). *A reforma da previdência social: temas polêmicos e aspectos controversos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.49-107; DELGADO, José Augusto. O direito adquirido nas relações jurídicas do servidor público com o Estado. *Interesse Público – IP*. Belo Horizonte, ano 1, nº 2, abr./jun. 1999. Disponível em <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=52010>>. Acesso em 04.07.2019; BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.484.

³¹⁹ *Poder constituinte...*, op. cit., tópicos 165, 176-180.

³²⁰ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao que parece, e mesmo sem dizê-lo de modo expresso, adere, ainda que parcialmente, à teoria objetiva de Roubier (tópico 4.2.1) ao permitir que norma de ordem pública (ao fundamento de atender ao interesse geral) possa afrontar o direito adquirido.

³²¹ Ainda que existam respeitáveis posições contrárias.

direito adquirido, sendo lícito “melhorá-lo”, portanto)³²². Entende-se que sequer a retroatividade mínima, decorrente da operação de efeitos imediatos à nova norma, poderá influir negativamente numa situação jurídica consolidada e que já integra o acervo patrimonial do seu titular³²³.

Dessa forma – e diferentemente do que leciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho –, nem mesmo a ordem ou o interesse públicos podem flexibilizar a garantia constitucional, de modo que não se faz necessária ponderação de interesses em confronto, haja vista que ou a nova norma atinge direito adquirido (situação em que padecerá do vício de inconstitucionalidade) ou atinge expectativa de direito, caso em que não padecerá do apontado vício, legitimando outras formas de proteção³²⁴.

4.2.3. Direito adquirido e sua conformação no campo da previdência social

No campo do seguro social, a situação jurídica consolidada, sob o viés da percepção da prestação, se apresenta de duas formas: aquela em que o beneficiário já reclamou a prestação, encontrando-se no seu gozo, e aquela em que o potencial beneficiário, conquanto tenha implantado os requisitos, não a vindicou e, portanto, não se encontra em gozo.

A primeira situação é claramente hipótese de ato jurídico perfeito, uma vez que a concessão do benefício resulta de ato concretamente realizado pelo órgão gestor da previdência social. Na segunda hipótese, entretantes, não foi praticado ato jurídico algum. Apenas foram preenchidas as exigências normativas para o alcance de uma dada prestação.

³²² Suponha-se que uma emenda constitucional determine que benefícios concedidos a partir de sua promulgação terão seu valor inicial fixado em 50% da média dos salários de contribuição, e, num segundo e posterior momento, uma nova emenda venha a determinar que esses mesmos benefícios tenham valor inicial fixado em 80% da média de seus salários de contribuição. Eventual dispositivo expresso da segunda emenda determinando sua retroação à promulgação da primeira emenda, conquanto atingindo direitos adquiridos (ou seja, direito a receber benefícios calculados de determinado modo), certamente não irá prejudicar, senão melhorar, o direito dos beneficiários, uma vez que terão a renda de seus benefícios majorada. Por isso, advoga-se que não haverá óbice constitucional à retroatividade aqui hipoteticamente figurada. Uma ressalva é necessária: o exame do que vem a ser situação mais vantajosa deve ser realizado concretamente, caso a caso, oportunizando-se manifestação do titular do direito, pois somente ele tem condições de avaliar seus ganhos e perdas.

³²³ Nem se diga que, em relação aos direitos sujeitos a condição (inalterável pelo arbítrio de alguém) ou termo, a incidência imediata da norma escapa à vedação de retroprojeção de seus efeitos, uma vez que haveria retroatividade mínima. A situação deve ser analisada em seus devidos desdobramentos. Em tais direitos, destacam-se dois momentos claramente separados: o tempo da celebração do ato ou fato jurídico e o tempo da produção dos efeitos estipulados (na lei ou por ato de vontade) para tais atos e fatos. A aquisição do direito acontece logo no primeiro tempo, ou seja, na sua celebração mesmo. O segundo momento, ancilar no que toca à aquisição, a qual, diga-se, já se operou, importa apenas para os frutos (ou efeitos) almejados pelo ato ou fato jurídico, como o pagamento pela colheita (num contrato de safra), a aquisição da posse (numa doação gravada com cláusula de usufruto) etc. Os direitos (de haver o preço, no contrato, e de haver a posse, na doação) já foram adquiridos muito antes da geração dos efeitos. Não há, portanto, como falar em retroatividade, nem sequer a mínima, nos casos que envolvem direito adquirido sujeito a condição ou termo.

³²⁴ Conforme se verá no tópico 4.3.3 e seguintes.

A prática do ato jurídico e a conseqüente fruição do benefício somente se aperfeiçoam com o requerimento do interessado (seja o beneficiário ou um terceiro em seu nome ou interesse). Contudo, o direito à prestação já se integrou ao patrimônio jurídico do potencial fruidor, a quem compete decidir o momento de exercitá-lo.

Em ambas as situações consolidadas, a norma jurídica a ser observada é aquela vigente no momento do implemento das condições exigidas como necessárias e suficientes à obtenção dos direitos que dela decorrem³²⁵. Opera-se uma espécie de paralisação da situação fática (implemento de carência, idade mínima, posição de segurado etc.) e jurídica (norma que disciplina a concessão da prestação, contemplando não apenas as exigências para sua obtenção, mas também a forma de liquidação do benefício), que se pereniza no tempo, ficando congelada até o momento do exercício dos direitos respectivos.

É a sagração da regra *tempus regit actum*, segundo a qual a norma a ser aplicada é aquela vigente no momento em que ocorreu o fato gerador da prestação. Eclusão do fato gerador, como aqui considerada, significa implemento dos requisitos para acesso à prestação, evento que conduz ao ingresso do direito correspondente ao patrimônio jurídico do titular. O fato gerador é evento instantâneo, ou seja, que ocorre num só momento, ainda que resultante de vínculo jurídico estendido no tempo. Assim, o implemento conjunto de idade mínima e tempo de contribuição é fato gerador (desencadeador) da relação jurídica de proteção, por força da qual surge o direito de o servidor vinculado a regime próprio obter jubilação voluntária. A norma de regência a ser aplicada é aquela vigente na data do implemento da idade mínima acrescida do tempo de contribuição mínimo. Embora a relação jurídica base seja continuativa, foi em um momento único (numa determinada data) que ocorreu o fato gerador (implemento das condições). A norma aplicável é aquela vigente no momento presente (data do implemento das condições), não havendo retroação de espécie alguma.

Em síntese, embora a relação jurídica seja continuativa, a aquisição do direito se encerra no momento que ocorre a conjugação de todos os seus requisitos, reclamando a aplicação da norma vigente nesse instante. Uma vez que os efeitos desse ato jurídico (aquisição do direito) são regidos pela lei do tempo (em que eclodiu o fato gerador) – ainda que o direito assim adquirido venha a ser exercitado no futuro –, não ocorre retroatividade alguma, sequer a mínima, porque o ato eclodido no passado é regido pela norma do passado.

³²⁵ Ambas as teorias oferecem suporte à aplicação da norma velha ao caso: a teoria subjetiva porque veda a incidência da norma nova em prol do direito adquirido e a teoria objetiva porque determina a não retroação da nova norma ao momento da constituição da situação jurídica, ou seja, no momento que foram implantadas as condições para vindicar a prestação.

Oportuno lembrar que posteriores alterações normativas relacionadas a requisitos de acesso à prestação ou à liquidação de seu valor, ainda que mais vantajosas sob o ponto de vista individual, não têm incidência sobre as situações jurídicas já consolidadas, salvo disposição expressa quanto à retroprojeção de efeitos da norma nova.

O quadro denota que, no âmbito previdenciário, surge o direito adquirido quando ocorre o ingresso no patrimônio jurídico de alguém das prerrogativas inerentes ao gozo de determinada prestação por haver, ao tempo da lei antiga, implantado as condições para tanto exigidas, as quais não foram exercitadas antes do surgimento da lei nova. Compreende não só a possibilidade de fruir determinada prestação, mas, em se tratando de benefício, ao direito de tê-lo calculado nos termos da norma vigente ao tempo do implemento das condições³²⁶.

A proteção ao direito adquirido na seara previdenciária não discrepa do que se disse no tópico antecedente, ou seja, não pode ser violada em hipótese alguma, nem por emenda constitucional nem pela retroatividade mínima. Em apenas duas conjunturas essa proteção admite violação: face à norma constitucional originária e diante de norma constitucional derivada que resulte em posição mais vantajosa ao particular³²⁷.

4.2.3.1. Direito adquirido e regime jurídico previdenciário

O caráter temporalmente dilatado do vínculo previdenciário opera no sentido de a norma aplicável no termo inicial da relação não ser a mesma no momento que a prestação é solicitada. Nas hipóteses em que essa realidade colhe o segurado antes do implemento dos requisitos para a almejada prestação, endurecendo-os (majoração da idade mínima, carência ou tempo de contribuição, por exemplo) ou trazendo forma de cálculo de benefício menos favorável (alteração do cálculo do salário de benefício, criação de fórmula para desestímulo de aposentadorias e outras mais), é frequente suscitar-se existência de

³²⁶ Disso é exemplo a desconstitucionalização do cálculo do valor das aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial operada pela EC nº 20/98, que até então tomava por base a média aritmética dos últimos 36 salários de contribuição atualizados. O segurado que implementou as condições para jubilação até a promulgação da emenda teve não apenas assegurado o acesso ao benefício, como também a essa forma de cálculo do seu valor inicial.

³²⁷ O entendimento ora esposado não resta insulado. Maria Gema Quintero Lima, em estudo dedicado ao tema, defende a flexibilização do direito adquirido com vistas a permitir a aplicação da norma que melhor proteção ofereça ao beneficiário no caso concreto (*Aproximación del derecho transitório de seguridad social. Temas Laborales*, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, nº 60, 2001, p.77-132. Disponível em <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=103731>>. Acesso em 10.07.2019). Em igual sentido: SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e reforma da previdência. In: TAVARES, Marcelo Leonardo (Coord.). *A reforma da previdência social: temas polêmicos e aspectos controvertidos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.1-48.

direito adquirido à aplicação da lei antiga, comumente denominado direito adquirido a regime jurídico.

Vindicar direito adquirido a determinado regime jurídico ou legal significa postular que uma relação seja sempre disciplinada pela norma sob a égide da qual foi iniciada, vedada a incidência de normas posteriormente criadas. Exemplificativamente, a adoção dessa tese conduz a resultados como a indissolubilidade do casamento para aqueles que celebraram as bodas antes da vigência da Lei do Divórcio, a manutenção da maioria aos 21 anos para aqueles que nasceram antes da vigência do Novo Código Civil e a inaplicabilidade de alterações de normas trabalhistas posteriores ao primeiro emprego, por força do qual se debutou no mercado de trabalho.

No campo previdenciário, a tese em debate reflete na manutenção das normas de seguro social tal como existentes no início da relação instaurada entre o segurado e o regime ao qual se encontra vinculado. Por conseguinte, alterações na forma de custeio, de acesso a prestações ou de liquidação do valor dos benefícios jamais incidiriam sobre as relações presentes, mas apenas sobre aquelas que surgissem no futuro, após a nova norma. Inaugurada a relação jurídica previdenciária, fica ela, sob o viés normativo, engessada até que se ultime, pelo óbito do protegido ou seu desligamento do regime.

Sustentam os defensores dessa tese que razões de segurança jurídica determinam a estabilidade da relação previdenciária, o que é alcançado, notadamente para o servidor público, pela manutenção do mesmo acervo normativo existente quando do ingresso no regime, ainda que temperado por regras de transição³²⁸. O regime próprio é criado no interesse da sociedade em receber um serviço público célere e de qualidade, militando, igualmente, para a edificação e manutenção do Estado Democrático de Direito. Porque intimamente relacionado com a estrutura do Estado brasileiro, apenas é modificável pelo poder constituinte originário, jamais pelo reformador, de onde surge o direito à não alteração desse regime³²⁹. O regime jurídico do servidor público consiste num bloco inconsútil de normas harmônicas e sistemáticas que conferem direitos e estabelecem deveres e obrigações, resultando em direito autônomo do servidor desde o ingresso na função ou cargo, ainda no

³²⁸ PONTES FILHO, Valmir. Direito adquirido ao regime de aposentadoria (o princípio da segurança das relações jurídicas, o direito adquirido e a expectativa de direito). In: MODESTO, Paulo (Org.). *Reforma da previdência: análise e crítica da Emenda Constitucional nº 41/03 (doutrina, pareceres e normas selecionadas)*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p.335-343; RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. Regime próprio do servidor público: os princípios da segurança jurídica e proteção da confiança e os direitos em formação. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 7, nº 27, p.137-156, jan./mar. 2007.

³²⁹ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. A reforma da previdência social e os servidores que ingressaram no serviço público em data anterior à da publicação da emenda constitucional nº 41/03. In: TAVARES, Marcelo Leonardo (Coord.). *A reforma da previdência social: temas polêmicos e aspectos controvertidos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.187-209.

que toca aos direitos em via de formação, até seus posteriores desdobramentos, assim figurando como direito adquirido³³⁰. O direito adquirido nada mais é do que um direito subjetivo não exercido sob a vigência da lei velha. Quando uma expectativa de direito é alçada, por uma norma (em geral transitória), à categoria de direito subjetivo (por exemplo, de jubilar-se de acordo com a norma superada desde que preenchidas determinadas condições), surge o direito adquirido a determinado regime jurídico³³¹.

Inobstante os respeitáveis argumentos expendidos, a tese não prospera, visto que não se trata de direito adquirido, por restarem incumpridas as exigências, contidas na norma, para a obtenção de determinada prestação. Em verdade, a situação denuncia um direito ainda em processo de formação, e não um direito completo, perfeito e acabado e, por consequência, passível de plena apropriação.

Todavia, ainda que se entenda presente a consolidação de determinada posição juridicamente digna de proteção (o que, reitera-se, não ocorre *in casu*), ou seja, o direito a ver toda uma relação jurídica disciplinada pela mesma norma, inobstante o transcurso do tempo e os consequentes reclamos para sua alteração, a tese não vinga. A justificativa para refutá-la pode ser encontrada em José Carlos Moreira Alves³³² e, fundamentalmente, repousa em não reconhecer a existência de direito adquirido condicional no âmbito do direito público.

A LINDB dispõe que os direitos sujeitos a “[...] termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem”³³³ também se consideram adquiridos. Convém lembrar que a condição e o termo são ajustes acessórios que limitam a vontade das partes e subordinam a eficácia do negócio jurídico a evento futuro e certo (no caso do termo) ou futuro e incerto (no caso da condição). Em relação ao direito condicional, o dispositivo transcrito significa que também ingressa no patrimônio jurídico do titular aquele direito cuja produção de efeitos depende do surgimento de evento futuro e incerto, mas inalterável por exclusiva vontade de outrem.

É da essência do princípio da legalidade positiva que a Administração Pública somente opera com esteio em lei. Por isso, no campo do direito público, as situações jurídicas se consolidam por força de disposição legal. Veja-se o caso do servidor ocupante de cargo efetivo, cujos direitos, prerrogativas e vantagens decorrem diretamente da Constituição e das

³³⁰ VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro de. As expectativas de direito, a tutela jurídica e o regime estatutário. *Revista de Informação Legislativa*, v. 8, n° 29, p.11-18, jan./mar. 1971.

³³¹ SILVA, José Afonso da. Parecer. In: MODESTO, Paulo (Org.). *Reforma da previdência: análise e crítica da Emenda Constitucional n° 41/03 (doutrina, pareceres e normas selecionadas)*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p.383-420.

³³² Op. cit.

³³³ Artigo 6°, parágrafo 2°.

leis editadas pela entidade política contratante. Admitir, nesse caso, que os direitos sujeitos a condição desde logo integram a esfera patrimonial do servidor seria dizer que o ocupante de cargo efetivo, a partir do ingresso no serviço público, já se apropriou do direito à jubilação segundo os critérios então vigentes, haja vista que a condição para tanto é mero transcurso de certo tempo³³⁴. Todavia, esse direito, embora condicional, pode ser alterado pelo arbítrio de outrem, qual seja, o legislador, que atua no exercício de sua competência constitucional. Daí que, embora condicional, não configura direito adquirido porquanto alterável por vontade de outrem³³⁵. É por isso que a Suprema Corte tem entendido não existir direito adquirido a regime legal, ou a determinado regime jurídico³³⁶.

Em acréscimo aos argumentos de Moreira Alves, importa lembrar que as situações jurídicas consolidadas objetivas, conforme a teoria que lhes serve de fundamento³³⁷, é marcada pela nota da generalidade, abstração e impessoalidade, decorrendo da lei, e não da vontade do particular. Criam poderes e deveres, os quais não se extinguem após seu exercício. Em consequência, a situação jurídica consolidada objetiva ora tratada³³⁸ não gera ao particular o direito (subjeto) de impedir sua alteração, até mesmo porque ele não contribuiu, com sua vontade, para a estipulação dos contornos (deveres e poderes) dessa situação jurídica³³⁹. Portanto, não existe direito adquirido a influir nessa modalidade de situação³⁴⁰.

4.3. A sucessão de normas no tempo e a situação jurídica ainda não consolidada

Situação jurídica ainda não constituída ou completamente formada é aquela em que o sujeito vem paulatinamente cumprindo os requisitos para obtenção de um direito³⁴¹, de sorte que, ao surgimento da nova norma, tais requisitos ainda não foram cumpridos na totalidade. Portanto, de direito adquirido não se trata. Todavia, por força da

³³⁴ Ou seja, futuro implemento das condições para aposentadoria, atualmente idade mínima e tempo de contribuição.

³³⁵ Partindo de fundamento diverso, Gilmar Ferreira Mendes (Artigo 5º, XXXVI. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. [et al.] (Coords.). *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, edição eletrônica.) chega à mesma conclusão de inadmitir direito adquirido a regime legal. Com escoro nos ensinamentos de Savigny e na distinção entre leis relativas à aquisição de direito e leis relativas à existência de direito, aduz que apenas as primeiras dão azo à criação de uma situação subjetiva. As leis que tratam da existência de direito não criam uma situação subjetiva, somente estabelecem uma qualificação abstrata quanto ao exercício do direito e podem, quando muito, gerar uma expectativa de direito.

³³⁶ RE nº 94.020, RE nº 116.683, RE nº 226.855, ADI nº 255 e ADI nº 3.105.

³³⁷ A teoria objetiva, conforme tópico 4.2.1.

³³⁸ É dizer, o regime jurídico.

³³⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. Planos econômicos, direito adquirido e FGTS. *Revista de Informação Legislativa*, v. 34, nº 134, p.251-261, abr./jun. 1997.

³⁴⁰ RAMOS, Elival da Silva, op. cit., p.70-71.

³⁴¹ Que, no âmbito da previdência social, é o acesso a uma prestação.

gradual e sucessiva implantação das condições no transcorrer do tempo, houve agregação de frações desse direito ao patrimônio jurídico do agente³⁴². A persistir essa realidade jurídica³⁴³, o direito será adquirido. Tal não ocorreu, mas em seu lugar brotou uma legítima esperança.

Os direitos de paulatina aquisição no transcurso do tempo, notadamente aqueles frutos de relação jurídica continuativa, figuram sobretudo relevantes no estudo da irretroatividade das normas. A doutrina civilista tem entendido que se deve respeitar o tempo transcorrido na vigência da lei antiga, mas, para a aquisição do direito, considera-se o lapso temporal determinado pela lei nova³⁴⁴.

De fato, não se pode olvidar que, no percurso para obter o direito de aquisição sucessiva, frações dele são apropriadas pelo agente. Isso não pode ser desconsiderado pelo ordenamento jurídico, sob pena de ofensa, de modo amplo, à segurança jurídica, e de modo específico, aos seus desdobramentos boa-fé e proteção da confiança.

Por isso, a norma nova que modifica a disciplina do seguro social – designadamente quando altera os critérios de acesso a prestações ou a forma de cálculos do valor dos benefícios –, conquanto aplicada imediatamente, deve considerar a parcela já integralizada do direito sob a égide da norma velha.

A adequada compreensão do gradativo ingresso do direito no patrimônio do segurado demanda o exame dos institutos sobre os quais se assenta e que justificam a adoção de regras menos gravosas no trânsito normativo. É que o se enfrentará nos tópicos que se seguem.

4.3.1 Direito expectativo, expectativa de direito e direito expectado

³⁴² Ainda que essas frações sejam incapazes de gerar o efeito naturalmente irradiado pelo direito quando integralmente apossado.

³⁴³ Ou seja, a junção da conduta do agente com o elemento tempo.

³⁴⁴ Nas palavras de R. Limongi França, “c) Direitos de Aquisição Sucessiva. Trata-se, como vimos, *daqueles que se obtêm mediante o decurso de um lapso de tempo*. É o caso da prescrição, do Direito à aposentadoria, da maioridade, etc. [...] A retroação total, conforme o preceito de Muller, incorreria em ignorar a *patrimonialidade do prazo já decorrida*. Por outro lado, a aplicação integral da lei antiga (Código Francês, artigo 3.381) implicaria em (sic) considerar adquirido um Direito cuja perfeição estava na dependência de elementos ainda não verificados. A solução, pois, parece encontrar-se na aplicação *imediate* da lei, *considerando-se válido o lapso já decorrido, e computando-se o lapso por escoar de acordo com a lei nova*. Está isto não apenas de acordo com a lógica jurídica, senão também com a regra do *efeito imediato*, a qual constitui atualmente uma das vigas mestras do nosso sistema de Direito Intertemporal.” (op. cit., p.243, grifos do original).

Sob o viés da sucessão temporal das normas, o *iter* percorrido na aquisição de direitos encerra três etapas distintas e sucessivas: a expectativa de direito, o direito adquirido e o direito consumado³⁴⁵.

Veze há em que a alteração da norma colhe o sujeito no percurso da aquisição de um direito, momento em que apenas parte das condições para adquiri-lo foi implementada. Nessas circunstâncias, em que a cada período ocorre o implemento de uma parcela dos requisitos e, conseqüentemente, a aquisição de parcela do direito, nasce para o sujeito a esperança de adquirir esse direito que ainda não ingressou por completo em seu patrimônio jurídico. Eis aqui a expectativa de direito, ou seja, a conjuntura em que os requisitos para apropriação de um direito foram apenas parcialmente cumpridos sob a égide de uma mesma norma e, por isso, esse direito não ingressou no patrimônio jurídico do titular e tampouco produziu os efeitos contemplados na norma velha³⁴⁶.

O segundo é o cenário do direito adquirido, em que todas as condições para aquisição do direito foram implementadas antes do surgimento da nova norma. O seu titular simplesmente não exercitou referido direito, ou seja, não desencadeou a produção dos efeitos que dele decorrem³⁴⁷. O direito já integra o acervo patrimonial do titular e produzirá os efeitos tipificados na norma velha em momento da escolha do seu titular³⁴⁸.

A derradeira etapa do *iter* é o direito consumado ou direito exercitado. Trata-se de contexto no qual as condições para obtenção do direito foram implantadas na totalidade, o titular já o colocou em prática e os efeitos conseqüentes foram integralmente produzidos, tudo sob a vigência de uma mesma norma. Nada mais há que se adquirir ou produzir nessa situação, que se encontra absolutamente exaurida³⁴⁹.

Oportuno, a fim de espantar equívocos, distinguir expectativa de direito dos direitos expectativos e dos direitos expectados.

³⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. Constitucionalidade e legitimidade da reforma da previdência (ascensão e queda de um regime de erros e privilégios). In: TAVARES, Marcelo Leonardo (Coord.). *A reforma da previdência social: temas polêmicos e aspectos controvertidos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.49-107.

³⁴⁶ O gradual implemento dos requisitos para obtenção de aposentadorias programadas, até o momento que antecede seu pleno cumprimento, posiciona o sujeito na titulação de uma expectativa de direito.

³⁴⁷ Aqui situa-se o sujeito no momento que se segue à implantação das condições para uma aposentadoria programada, mas antes da formalização do requerimento junto ao gestor do regime de previdência.

³⁴⁸ Para Cláudia Toledo, a linha divisória entre os institutos é a seguinte: “Somente há *direitos adquiridos* no momento que as situações jurídicas já estão produzindo seus *efeitos*, o que significa afirmar sua inexistência na fase de criação da situação, ainda que se trate de criação contínua ou sucessiva. Nesse momento, como o sujeito *já iniciou a formação* da situação jurídica, tendo-se valido do amplo direito de agir que a liberdade jurídica incondicionada lhe fornece ou de uma das faculdades jurídicas que a ordem jurídica lhe oferece, o que há é *expectativa de direito*” (op. cit., p.205). A produção de efeitos da situação jurídica considerada pela autora é justamente a aquisição do direito cujo processo aquisitivo se encontra perfeito e acabado.

³⁴⁹ A efetiva concessão de uma aposentadoria ao sujeito que implementou as condições a tanto necessárias é hipótese de direito consumado. Ainda que se instaure uma relação duradoura entre o jubilado e o seguro social, sob o ponto de vista da aquisição do direito à aposentadoria, houve integral produção de efeitos (quais sejam, deferir a posição jurídica de aposentado, com os direitos daí decorrentes).

Os direitos expectativos identificam-se com a categoria dos direitos condicionais ou condicionados. São aqueles cujo ciclo aquisitivo encontra-se perfeito e acabado, e que, por isso, ingressaram na esfera patrimonial do titular. Todavia, apenas produzirão efeitos no futuro, ocorrendo o termo ou a condição previamente ajustados. Nessa modalidade se insere o direito adquirido, haja vista que seu exercício (e consequente produção de efeitos) carece da iniciativa (futura e incerta) do titular³⁵⁰.

Direito expectado, por outro lado, é uma espécie de expectativa de direito. Observando que nem toda expectativa se convola na apropriação de um direito, existindo mesmo aquelas irrelevantes para a ordem jurídica, Pontes de Miranda definiu como expectados os direitos com grande probabilidade de se tornarem direitos adquiridos. Assim, percorrendo o caminho rumo à aquisição de um direito e estabelecendo uma escala de graduação ou níveis de expectativa, o direito expectado situa-se no lugar mais próximo do efetivo apossamento de um almejado direito. Essa expectativa é idônea e digna de proteção pelo ordenamento, constituindo verdadeiro “direito de adquirir direitos”³⁵¹.

Examinadas as situações sob o ponto de vista da geração de consequências jurídicas, nem todas carecem de proteção. Dela prescinde o direito consumado, haja vista se tratar de situação esgotada, sem potencialidade de gerar mais efeitos além dos já operados. O mesmo não pode ser dito sobre o direito adquirido, cuja produção de efeitos goza da tutela constitucional materializada em dispositivo expresso, vedando toda alteração normativa que possa vir em seu prejuízo (entenda-se, que impeça que sejam produzidos os efeitos decorrentes da aquisição do direito). A expectativa de direito gera efeitos no âmbito jurídico e é objeto de proteção que, entretantes, acha diverso ancoramento no texto constitucional, não tão direto e imediato, mas igualmente eficaz³⁵².

O fato de a Constituição não dedicar nenhum de seus dispositivos à expectativa de direito não significa que não a reconheça, não a proteja ou ainda que, diversamente do direito adquirido, deixe franqueada a possibilidade de a lei prejudicar o

³⁵⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. Planos econômicos, direito adquirido e FGTS. *Revista de Informação Legislativa*, v. 34, nº 134, p.251-261, abr./jun. 1997; MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo V. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p.285-294.

³⁵¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo V. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p.282-285.

³⁵² Existem, contudo, respeitáveis vozes no sentido de inadmitir proteção constitucional à expectativa de direito. É o caso de Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho, para quem a Constituição protege “[...] o direito adquirido, jamais o direito em potencial ou a mera expectativa de direito, visto que não se pode admitir que a Carta Política brasileira tenha chegado ao cúmulo de amparar o ‘direito adquirido’ a adquirir um direito” (Contribuição previdenciária de aposentados e pensionistas do setor público. In: MODESTO, Paulo (Org.). *Reforma da previdência: análise e crítica da Emenda Constitucional nº 41/03 (doutrina, pareceres e normas selecionadas)*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p.260). No mesmo sentido, ver Cláudio Pereira de Souza Neto (Segurança. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lênio Luiz (Coords.). *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, edição eletrônica.). De fato, não existe proteção ao denominado “direito adquirido a adquirir um direito”, mas existe tutela constitucional que ampara os direitos em formação, como veremos no tópico 4.3.3.

direito em etapa de apropriação. Fundamentalmente, o que difere na proteção entre ambos é a técnica adotada, e isso por conta da estrutura do *iter* aquisitivo³⁵³.

No direito adquirido, o *iter* aquisitivo foi integralmente percorrido e, por conseguinte, gerado o acréscimo patrimonial, cuja tutela é materializada da seguinte forma: são assegurados os efeitos jurídicos prescritos na norma velha, sendo, para tanto, inobservável a nova norma, exceto (a) se gerar melhora na situação jurídica do titular desse direito, ou (b) por força do poder constituinte originário³⁵⁴.

No âmbito da expectativa de direito, o exame é algo mais detido. Vale, inicialmente, esclarecer que só é possível falar em expectativa de direito nas relações jurídicas continuativas, ou seja, naquelas que se prolongam no tempo. De toda relação jurídica decorrem direitos, os quais podem nascer instantaneamente, num breve *iter* que se desenvolve em um só momento, ou de forma gradual, num processo marcado pela sucessão de momentos³⁵⁵. É desse último modo que se adquirem os direitos originados de relações jurídicas continuativas³⁵⁶.

Nessas relações, frações do direito são paulatinamente apropriadas, as quais, embora insuficientes para gerar os efeitos jurídicos previstos na norma, não são insignificantes. Em outras palavras, conquanto não sejam aptas a desencadear as consequências jurídicas do direito que está em processo de formação, seu efeito imediato é serem apropriadas pelo sujeito. Essas frações possuem valor jurídico, ingressam no patrimônio do titular e, por conseguinte, constituem sua propriedade, gozando da proteção que a Constituição dedica ao direito de propriedade³⁵⁷.

Ademais, por defluir de relação em etapa de aperfeiçoamento, disciplinada pelo ordenamento jurídico – ordenamento cuja função primordial é zelar pelo harmônico, tranquilo e duradouro convívio social pacífico –, a expectativa de direito deve se desenvolver no quadro da certeza, estabilidade e segurança jurídica. Menoscabar a expectativa de direito

³⁵³ A esse respeito, Elival da Silva Ramos vislumbra três etapas do processo de aquisição de direitos: a primeira consiste na mera estipulação normativa de um direito, ou seja, no regime jurídico; a segunda tem início com a eclosão de atos materiais (ou pressupostos fáticos) voltados à aquisição do direito, sem, contudo, concluí-los, ou seja, a expectativa de direito; e, por fim, a completa finalização dos pressupostos fáticos, encerrando a etapa aquisitiva e originando o direito adquirido (op. cit., p.186).

³⁵⁴ Conforme exposto no tópico 4.2.3.

³⁵⁵ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo V. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p.282-283.

³⁵⁶ No campo do seguro social, os benefícios isentos de carência constituem direito de nascimento (de criação ou de aquisição) instantânea, como é o caso dos acidentários e da pensão por morte. Os benefícios que exigem carência constituem direito de gradual aquisição, como as jubilações programadas e os benefícios por incapacidade não acidentários, originados no seio de relação jurídica continuativa.

³⁵⁷ Diferentemente da tradição jurídica nacional, as discussões levadas à Corte Europeia de Direitos Humanos versando sobre pensão previdenciária, de modo geral, têm por fundamento alegação de violação ao direito de propriedade (caso Andrejeva contra Ltvia, application n. 55707/00, caso Stec e outros contra o Reino Unido, applications n. 65761/01 e 65900/01, e caso Silva Carvalho Rico contra Portugal, application n. 13341/14).

é minar a confiança depositada nas relações jurídicas, especialmente naquelas que se prolongam no tempo.

Extrai-se, portanto, do texto constitucional ao menos dois fundamentos para proteger a expectativa de direito: o direito de propriedade e a segurança jurídica.

Em corolário, tal expectativa, no que concerne às frações apropriadas e à estabilidade e confiança que se deposita nas relações jurídicas, não pode simplesmente ser objeto de supressão ou desconsideração por quem quer que seja³⁵⁸. O Estado-legislador, o Estado-juiz e o Estado-administração, bem como o particular, devem respeitar a expectativa de direito. Devem fazê-lo, porém, em seus devidos termos.

Possuindo diversa configuração, a expectativa de direito não é dotada da mesma proteção dedicada ao direito adquirido. Sua tutela encontra fundamento na boa-fé e na proteção da confiança, as quais são desdobramentos da segurança jurídica.

4.3.2. Sucessão de normas, segurança, boa-fé e proteção da confiança

A boa-fé, a segurança jurídica e a proteção da confiança são institutos que contribuem para a estabilização das relações jurídicas, protegendo a autonomia privada e conferindo certeza quanto aos efeitos almejados pelo negócio jurídico. Por isso integram a Teoria Geral do Direito e interessam a todos os ramos da Ciência do Direito, quer público, quer privado³⁵⁹.

Embora distintos entre si, tais institutos possuem algumas afinidades e pontos de contato, os quais merecem análise aprofundada de sorte a melhorar o entendimento a seu respeito e possibilitar uma certa e precisa aplicação concreta. A doutrina, como se verá,

³⁵⁸ Exatamente por se entender que toda expectativa de direito é passível de valoração, uma vez que propicia o ingresso de parcelas do direito no patrimônio do titular, afigurando-se, assim, idônea para conduzir à aquisição desse mesmo direito e digna de proteção jurídica, conclui-se despidiendia a gradação que parte da mera expectativa rumo ao direito expectado. Adota-se, todavia, a expressão como simples sinônimo de expectativa de direito.

³⁵⁹ Nesse sentido, ver: LARENZ, Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997; SILVA, Almiro do Couto e. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o Prazo Decadencial do artigo 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte, nº 6, ano 2, jul./set. 2004. Disponível em <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=12568>>. Acesso em 23.04.2017; PÉREZ, Jesús Gonzales. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. 2. ed. Madri: Editorial Civitas, 1989; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Os princípios da proteção à confiança, da segurança jurídica e da boa-fé na anulação do ato administrativo. *Fórum Administrativo de Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 9, nº 100, jun. 2009. Disponível em <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=57926>>. Acesso em 21.04.2017; TORRES, Heleno. O princípio de proteção da confiança legítima no direito administrativo e no direito tributário. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich. SCHIRATO, Vitor Rhein (Coords.). *Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p.75-95.

de modo geral, vem entendendo que tanto a boa-fé quanto a proteção da confiança são espécies (ou desdobramentos) do gênero segurança jurídica.

4.3.2.1. Segurança e segurança jurídica

A segurança das relações sociais, contexto do qual toma parte aquelas de natureza jurídica, foi sempre objeto da preocupação do poder constituinte, razão pela qual se fez presente em todas as Constituições brasileiras. Na vigente, perpassa o texto em toda a sua extensão, desde o preâmbulo até o ADCT, trafegando pelos artigos 5º e 6º e, assim, participando ativamente no desenho dos direitos fundamentais.

A segurança, como lembra San Tiago Dantas, constitui, ao lado da justiça, a dupla finalidade do Direito³⁶⁰ e traduz a noção de estabilidade das relações jurídicas, previsibilidade da atuação estatal e redução de riscos³⁶¹. Assegura às relações jurídicas um ambiente de tranquilidade para celebração de atos e negócios e respeito aos efeitos decorrentes, nomeadamente pela proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Confere “relativa certeza” de que os atos, fatos e negócios realizados na vigência de uma norma produzirão os efeitos almejados, ainda que ela seja substituída posteriormente³⁶². Integra o rol de bens necessários à promoção e materialização da dignidade da pessoa humana na medida em que assegura a possibilidade de viver o presente e planejar o futuro segundo os designios de cada pessoa³⁶³.

Interdita ao Estado alterar, inopinadamente, normas e atos administrativos, pois atitudes desse jaez interferem na estabilidade das relações, gerando intranquilidade social e desrespeito aos negócios celebrados e em andamento. Mudanças abruptas, quando necessárias, devem estar acompanhadas de normas de transição que tornem mais suave o percurso entre o passado e o futuro³⁶⁴. A previsibilidade da atuação estatal, por outro lado, permite ao particular conhecer a norma e antecipar, com certo grau de certeza, as consequências de seus atos e dos atos de terceiros. É, em suma, a possibilidade de o cidadão calcular os efeitos, resultados ou consequências dos atos praticados em face da norma

³⁶⁰ *Programa de direito civil*, v. 1. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, p.37.

³⁶¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Segurança. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lênio Luiz (Coords.). *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, edição eletrônica.

³⁶² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional...*, op. cit., p.433.

³⁶³ Tópico 3.5.1.4.

³⁶⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p.142-143.

vigente, podendo, assim, programar-se e não ser pego de surpresa³⁶⁵. Protege, desde a concepção hobbesiana de Estado, contra riscos à sua pessoa e a seus bens. A proteção contra riscos engloba a segurança pública, a segurança ambiental e a segurança (ou seguridade) social, de modo a pôr a salvo a vida, o patrimônio, a incolumidade física e o necessário para uma existência com dignidade.

Não é, assim, difícil perceber que o sentido da segurança adotado pela Constituição é dos mais amplos. Contudo, a proteção aos direitos expectados não decorre imediatamente da segurança jurídica se não se tiver em conta a boa-fé e a confiança nos atos estatais.

4.3.2.2. Princípio da boa-fé

No campo civilista, Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro³⁶⁶ e Judith Martins-Costa³⁶⁷ foram expoentes que estudaram profundamente a boa-fé. Os autores assinalam que o instituto guarda relação, em suas origens, com a *bona fides* romana, notadamente nas relações obrigacionais e na proteção possessória. Não havia, aqui, a noção de aspecto subjetivo ou objetivo da *bona fides*.

Segundo Menezes Cordeiro, a noção de boa-fé *subjetiva* desenvolveu-se no Direito canônico. Para o Direito Romano, em sede de prescrição aquisitiva (usucapião), a boa-fé era exigida apenas no início da posse e como um estado de ignorância acerca da sua ilegitimidade. Traduzia, para os romanos, uma ideia (de honestidade, fidelidade e consciência) e uma amplitude (ignorância de vício para a aquisição da posse) bem particulares. O Direito Canônico unifica, numa só interpretação, a ideia e a amplitude da boa-fé: ela era exigida durante todo o período em que o sujeito estivesse na posse do bem, apresentando-se como um estado de ausência de pecado, de ciência do direito alheio (ou seja, de não estar lesando direito de outrem), de necessidade de cumprir a palavra empenhada (ou seja, a promessa), tudo demonstrando que havia aqui uma valoração ética da conduta (intenção) do sujeito³⁶⁸.

³⁶⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria...*, op. cit., p.127-128 e 143-144. Esses elementos reunidos encerram a definição trazida pelo autor: “[...] a segurança jurídica é uma norma jurídica que determina a adoção de comportamentos humanos que provoquem efeitos que contribuam para a promoção de um estado de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade do Direito, cuja concretização depende de regras abstratas ou concretas. Noutras palavras, segurança jurídica é uma *norma* que determina a realização de um *estado de fato* marcado [...] pela capacidade do indivíduo de fazer dignamente um planejamento estratégico juridicamente informado e respeitado da sua ação” (op. cit., p.200).

³⁶⁶ *A boa-fé no direito civil*. 1. ed., 5. reimpr. Coimbra: Almedina, 2013.

³⁶⁷ *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1. ed., 2. tir. São Paulo: RT, 2000.

³⁶⁸ Op. cit., p.153-159.

Já a noção de boa-fé *objetiva* desenvolveu-se na cultura germânica a partir dos valores da Idade Média e das ideias de lealdade e confiança (*Treu und Glauben*). Originada do juramento de honra dos cavaleiros medievais, relaciona-se com o dever de cumprir a palavra dada (lealdade contratual) e, mais especificamente, respeitar os interesses da outra parte no negócio³⁶⁹. Não está preocupada com o estado psicológico do agente, mas com o “julgamento da opinião pública”³⁷⁰, ou seja, com a conduta externa do agente (e não com o seu aspecto psicológico).

Acresce Judith Martins-Costa que a boa-fé *subjetiva*, no Direito Canônico, consistia numa regra moral cujo descumprimento equivalia a pecado, a má conduta. Assim, cumprir a promessa significava boa conduta, era agir com boa-fé (e seu não cumprimento significava agir com má-fé). Então, para o Direito Canônico, a boa-fé subjetiva traduzia-se no “estado de ciência individual, requerendo não apenas a mera ignorância [...], mas a *consciência íntima e subjetiva da ausência de pecado*, isto é, de se estar agindo corretamente, de não se estar lesando regra jurídica ou direito de outrem, como ocorre, aliás, também no casamento putativo”³⁷¹.

Para Martins-Costa, em sentido atual, a boa-fé *subjetiva* expressa um “estado de consciência, ou convencimento individual”, “um estado psicológico ou íntima convicção”³⁷² de estar agindo em conformidade ao direito, ou seja, de desconhecer qualquer irregularidade que possa tornar o negócio ilegítimo ou desconforme ao direito, tendo “o sentido de uma condição psicológica que normalmente se concretiza no convencimento do próprio direito, ou na ignorância de se estar lesando direito alheio”³⁷³. Significa, também, de modo secundário, “a ideia de vinculação ao pactuado [...], nada mais aí significando do que um reforço ao princípio da obrigatoriedade do pactuado”³⁷⁴.

O aspecto *objetivo* da boa-fé, por outro lado, segundo a mesma autora, advém da cultura germânica, notadamente das relações obrigacionais, consistindo na “adstrição ao comportamento”, em outras palavras, na “obrigação de cumprir exatamente os deveres do contrato e [n]a necessidade de se ter em conta, no exercício dos direitos, os interesses da contraparte”³⁷⁵. Na atualidade, consiste no dever de os contratantes agirem com honestidade, lealdade e probidade³⁷⁶.

³⁶⁹ Op. cit., p.175.

³⁷⁰ Op. cit., p.176.

³⁷¹ *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1. ed., 2. tir. São Paulo: RT, 2000, p.131.

³⁷² Op. cit., p.411.

³⁷³ Op. cit., p.412.

³⁷⁴ *Ibidem*.

³⁷⁵ Op. cit., p.126.

³⁷⁶ Segundo a autora, boa-fé objetiva consiste em “[...] regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e,

A boa-fé, em seu viés objetivo, foi consagrada no Código Civil Brasileiro, com múltiplas funções: função interpretativa dos negócios jurídicos em geral (artigo 113), função de controle do abuso de direito (artigo 187), e função integrativa das cláusulas contratuais (artigo 422).

Dela decorrem, nas relações contratuais, *deveres principais ou primários* (como, na compra e venda, o dever de pagar o preço e entregar a coisa), *deveres secundários* (como, ainda na compra e venda, o dever de conservar a coisa até que se opere a transmissão) e *deveres laterais, anexos ou instrumentais* (também denominados *deveres de conduta, deveres de proteção* ou *deveres de tutela*), como (i) os deveres de cuidado, providência e segurança, (ii) os deveres de aviso e esclarecimento, (iii) os deveres de informação, (iv) o dever de prestar contas, (v) os deveres de colaboração e cooperação, (vi) os deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte, e (vii) os deveres de omissão e segredo³⁷⁷.

A boa-fé objetiva funciona, por outro lado, como limite ao exercício dos direitos subjetivos das partes no negócio jurídico. Tais limites decorrem de construção doutrinária e jurisprudencial, alguns consagrados normativamente no Código Civil Brasileiro vigente, e resultam na criação, modificação ou mesmo extinção do direito da contraparte³⁷⁸.

principalmente, na consideração, para com os interesses do ‘alter’, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado. Aí se insere a consideração para com as expectativas legitimamente geradas, pela própria conduta, nos demais membros da comunidade, especialmente no outro pólo da relação obrigacional” (op. cit., p.412).

³⁷⁷ Op. cit., p.439.

³⁷⁸ Vejamos algumas hipóteses dessas limitações: (a) teoria do adimplemento substancial: trata-se da impossibilidade de rescindir o contrato quando o contratante já cumpriu a maior parte da obrigação que lhe competia, devendo-se, nesse caso, adotar medidas para a manutenção da avença (por exemplo, revisão da obrigação); (b) *tu quoque*: relaciona-se com o dever de solidariedade existente em qualquer sociedade e determina que uma parte não faça contra a outra o que não faria contra si mesma. Essa conduta viola o dever anexo do contrato consistente em proteger os interesses do *alter*, gerando a responsabilidade objetiva do infrator; (c) *venire contra factum proprium*: consiste na proibição de ir contra fato próprio (ou seja, proibição de comportamento contraditório). Como exemplo de conduta contraditória que ofende a boa-fé objetiva podemos citar duas hipóteses: (i) segundo o artigo 175 do CC, o contratante que voluntariamente iniciou a execução do negócio jurídico anulável não pode mais invocar sua nulidade (porque o cumprimento voluntário do negócio anulável importa na extinção de todas as ações ou exceções de que dispusesse o devedor, pois este opta por seguir certa conduta e não pode, posteriormente, surpreender a outra parte com tal mudança); (ii) o Estado aliena a particulares imóveis públicos dominicais para que esses construam suas residências e, num segundo e posterior momento, busca retomar os imóveis (por meio de desapropriação) para no local fazer um parque ou uma zona industrial; (d) *supressio* ou *verwirgung* (perda do direito pelo seu não exercício, mesmo que não se tenha operado a decadência ou prescrição, porque a demora no exercício prejudicou o direito de terceiro) e *surrectio* (surgimento de um direito diante de práticas, usos e costumes, mesmo que não positivados em lei); (e) abuso de direito: exercício de um direito que, mesmo sendo exercido nos seus limites, resulta em prejuízo a terceiro; (f) *duty to mitigate the loss*: o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo; portanto, o credor tem o dever de mitigar a perda. Se assim não o faz, desrespeita dever anexo, sendo-lhe atribuída culpa delitual; conseqüentemente, o valor da dívida ou eventuais perdas e danos devem ser reduzidos pelo juiz; (g) *exceptio doli*: o princípio tem origem no direito romano; trata-se de aplicação da boa-fé em sentido objetivo e da teoria do *venire contra factum proprium*; no entanto, sua aplicação é restrita aos contratos de alienação de domínio e pode ser resumida como quem deve evicção não pode evenecer (dar causa à evicção); assim, é defeso ao vendedor toda reivindicação da coisa vendida no caso de manutenção do contrato ou exercício de um direito qualquer sobre o objeto vendido.

Também ao campo do Direito Público tem interesse e aplicação a boa-fé. Seu estudo foi objeto de diversos publicistas, cujo pensamento é bem representado por dois deles.

Jesús Gonzalez Pérez³⁷⁹ assinala que a boa-fé se relaciona com (ou engloba) os valores lealdade, honestidade e moralidade³⁸⁰, sendo exigível nos atos jurídicos, no exercício de direitos e no cumprimento de obrigações³⁸¹. Trata-se de princípio geral de direito que não se limita às relações privadas, sendo aplicável nas relações de direito público. Assevera que a boa-fé tem especial relevância no direito público porque funciona como limite à atuação discricionária da Administração (devendo ser observada em todos os atos da Administração e nas relações que esta mantiver com os administrados)³⁸²; isso porque deve ser observada não apenas na celebração de contratos administrativos, mas nas manifestações unilaterais de vontade emanadas da Administração³⁸³. Em casos como os de desvio de poder, a boa-fé protege a confiança que o administrado depositou na Administração³⁸⁴. O princípio da boa-fé incorpora o valor ético da confiança³⁸⁵, notadamente porque é razoável que o particular confie nos atos da Administração³⁸⁶. Com escoro na boa-fé, deduz ser interdito à Administração agir de modo confuso, equívoco ou malicioso, o que poderá levar o administrado a erro³⁸⁷, servindo para limitar o direito de a Administração revisar seus atos discricionários³⁸⁸.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁸⁹ lembra que a boa-fé objetiva equivale à probidade, honorabilidade e lealdade do agente, ou seja, refere-se à sua conduta, “que deve ser leal e honesta”. Por outro lado, a boa-fé subjetiva “equivale à crença do agente de que está agindo corretamente; ele atua de determinada maneira porque desconhece toda a situação, todos os fatos e acredita que a sua conduta é correta”. Por fim, esclarece que a boa-fé (em sentido objetivo) foi consagrada na Lei nº 9.784/99³⁹⁰ e no texto constitucional³⁹¹.

O legislador, no exercício de sua função, não se posta acima da boa-fé, devendo observá-la em todos os seus atos. Lamentavelmente existem vários exemplos de

³⁷⁹ *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. 2. ed. Madri: Editorial Civitas, 1989.

³⁸⁰ Op. cit., p.41.

³⁸¹ Op. cit., p.23.

³⁸² Op. cit., p.39.

³⁸³ Op. cit., p.90.

³⁸⁴ Op. cit., p.49.

³⁸⁵ Op. cit., p.52.

³⁸⁶ Op. cit., p.53.

³⁸⁷ Op. cit., p.91.

³⁸⁸ Op. cit., p.96-97.

³⁸⁹ Os princípios da proteção à confiança, da segurança jurídica e da boa-fé na anulação do ato administrativo. *Fórum Administrativo de Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 9, nº 100, jun. 2009. Disponível em <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=57926>>. Acesso em 21.04.2017.

³⁹⁰ Artigo 2º, parágrafo único, IV: atuação da Administração, no bojo do processo administrativo, segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé; e artigo 4º, II: é dever do administrado proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé

³⁹¹ Nas referências a moralidade administrativa e probidade administrativa.

desrespeito à boa-fé objetiva, no mais comum dos casos por abuso do direito de produzir atos normativos, valendo citar dois, um no plano legal e outro no âmbito constitucional.

A Medida Provisória nº 168/90 (convertida na Lei nº 8.024/90), como um dos primeiros atos do recém empossado Governo Collor, confiscou o saldo das contas poupanças de todos os brasileiros. Sem embargo da alegação de ofensa ao direito de propriedade, o ato normativo não foi produzido com boa-fé, mas com improbidade e ofendendo o dever de não causar prejuízo ao seu alter (no caso, os administrados). Produzido no mais absoluto sigilo, sem publicidade alguma, e editada ao apagar das luzes do expediente bancário, o ato esmerou-se em impedir qualquer investida, até mesmo judicial, que pudesse restringir seus efeitos. Ademais, a medida extrema não guardou proporção com o mal que tentava debelar, qual seja, a inflação e ausência de confiança na moeda então circulante, só fazendo aprofundar a crise econômica.

Pelo menos dois motivos indicam que o poder constituinte derivado, ao promulgar a Emenda Constitucional nº 62/09, não agiu com a necessária e esperada boa-fé. Primeiro, porque a emenda prorrogou por até 15 anos o pagamento dos precatórios devidos pela Fazenda Pública. Segundo, porque determinou fossem aos precatórios aplicados a mesma forma de atualização monetária e taxa juros utilizados nas cadernetas de poupança. Ocorre que a taxa de juros aplicável à poupança é significativamente inferior àquela prevista para débitos civis e tributários. Assim, caso o particular seja devedor da Fazenda Pública, pagará taxa de juros superior àquela que receberá se for dela credor. Em outras palavras, o constituinte reformador determinou que o Estado receba seus créditos baseado em uma taxa de juros mas pague seus débitos observando outra consideravelmente inferior. Também nesse caso parece inequívoca a ausência de boa-fé do legislador por ausência de lealdade e honestidade para com o administrado³⁹².

No campo da previdência, a boa-fé deve ser especificamente observada quando da elaboração de regra de transição, como se verá no tópico 4.3.3.1.

4.3.2.3. Proteção da confiança

³⁹² O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 4357 e da ADI nº 4.425, embora modulando os efeitos da decisão, reconheceu a inconstitucionalidade da emenda quanto a taxa de juros aplicável às condenações da Fazenda Pública.

A confiança é elemento presente em toda comunidade de pessoas, fato que chama atenção não só dos juristas, mas igualmente dos sociólogos. Por isso, será examinada sob ambos os aspectos.

4.3.2.3.1. Confiança

Segundo Niklas Luhmann³⁹³, a confiança é um fato básico, elementar, da vida, sem a qual não poderíamos sequer levantar da cama todas as manhãs, porque seríamos vítimas de “temor e medo paralisantes”³⁹⁴. A confiança é um risco natural do mundo e integra os limites dentro dos quais vivemos nossas vidas, mesmo não sendo um elemento intencional da experiência. Sem que o homem outorgue confiança em suas relações ordinárias, estaria fadado a viver no caos, na completa desordem e desarmonia. Aduz, ainda, que a confiança está intimamente relacionada com o elemento temporal, ou seja, “mostrar confiança é antecipar o futuro. É comportar-se como se o tempo fosse certo”³⁹⁵. Ocorre que o futuro possui mais possibilidades do que o homem pode imaginar no presente, de modo que isso gera incerteza. Portanto, a confiança está relacionada à impossibilidade do homem de controlar o futuro a partir do presente ou do passado³⁹⁶. Todavia, “a confiança aumenta a tolerância à incerteza”³⁹⁷. Luhmann destaca que só se pode falar em confiança quando as expectativas envolvidas forem relevantes (fizerem diferença) para a tomada de decisão, pois se forem irrelevantes, estaremos diante de uma mera esperança³⁹⁸.

Apartando-se do aspecto sociológico, Karl Larenz examina a confiança sob o viés ético-jurídico. Trata-se de elemento relevante para o cumprimento da função de pacificação social do Direito. Seu desrespeito leva à desarmonia e a injustiças. A confiança é elemento ético das relações jurídicas na medida que constitui o pressuposto de qualquer convívio comunitário harmônico e coeso³⁹⁹.

³⁹³ *Confiança*. Trad. Amada Flores. Barcelona: Anthropos, 2005.

³⁹⁴ Op. cit., p.5.

³⁹⁵ Op. cit., p.15.

³⁹⁶ Op. cit., p.20-21.

³⁹⁷ Op. cit., p.26.

³⁹⁸ Op. cit., p.40.

³⁹⁹ Em síntese, aduz que “o ordenamento jurídico protege a confiança suscitada pelo comportamento do outro e não tem remédio a não ser protegê-la, porque poder confiar, como vimos, é condição fundamental para uma pacífica vida coletiva e uma conduta de cooperação entre os homens, e, portanto, da paz jurídica. Quem frustra a confiança que foi produzida ou a que deu a outrem, especialmente a outra parte no negócio jurídico, contraria uma exigência que o Direito – independentemente de qualquer mandamento moral – tem de pôr em si mesmo porque o desaparecimento da confiança,

Embora relevante, o elemento confiança nem sempre será digno de proteção. Concordando com Luhmann, Larenz enfatiza que a confiança somente será merecedora de proteção diante das circunstâncias concretas⁴⁰⁰.

4.3.2.3.2. Fundamentos da proteção da confiança

O Direito, em prol da pacificação e harmonia sociais, deve salvaguardar a confiança depositada em atos e negócios jurídicos, de modo a assegurar a manutenção de determinada posição jurídica ou a produção dos efeitos jurídicos alvitrados. É o que se convencionou denominar proteção da confiança, ou proteção da confiança legítima.

Odete Medauar⁴⁰¹ assinala que o instituto em debate visa à proteção do particular em face de alterações bruscas na legislação ou diante de promessas feitas pela Administração, prestigiando a expectativa de continuidade das leis e dos atos ou promessas administrativos, limitando, portanto, a liberdade da Administração (e, por isso, impedindo dita alteração, ou impondo regras de transição).

A seu turno, Maria Sylvia Zanella Di Pietro aduz que apenas recentemente a doutrina começou a tratar da proteção à confiança, e o tema demorou a ser estudado no direito brasileiro⁴⁰². Lembra do seu surgimento na Alemanha (inicialmente por interpretação jurisprudencial, sendo depois positivado), onde o escopo era “manter atos ilegais ou inconstitucionais, fazendo prevalecer esse princípio em detrimento do princípio da legalidade”⁴⁰³.

Com especial foco no campo das relações tributárias, Heleno Torres aduz que

todo aquele que *confia* no ordenamento tem em seu favor uma *expectativa legítima* de que suas pretensões receberão sempre o mesmo tratamento jurídico, ainda que a solução possa não ser idêntica em todos os casos. Esse sentimento de “proteção” da “confiança” constitui a base subjetiva ou forma de expressão da segurança jurídica, *na criação ou aplicação das normas tributárias, mediante*

pensada como um modo geral de comportamento, tem que impedir e privar de segurança o tráfico jurídico” (*Derecho Justo. Fundamentos de Ética Jurídica*. Trad. Luis Díez-Picazo. Madri: Civitas, 1993, p.91).

⁴⁰⁰ Op. cit., p.603.

⁴⁰¹ Segurança jurídica e confiança legítima. In: ÁVILA, Humberto (Org.). *Fundamentos do Estado de Direito – Estudos em homenagem a Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.114-119.

⁴⁰² Entrementes, convém lembrar que a proteção da confiança é há muito aplicada no ordenamento jurídico. É o caso das regras de transição e da ação renovatória de locação comercial.

⁴⁰³ Os princípios da proteção à confiança, da segurança jurídica e da boa-fé na anulação do ato administrativo. *Fórum Administrativo de Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 9, nº 100, jun. 2009. Disponível em <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=57926>>. Acesso em 21.04.2017.

*certeza jurídica, estabilidade do ordenamento ou efetividade de direitos e liberdades fundamentais.*⁴⁰⁴

Valter Shuenquener de Araújo, enfrentando a questão temporal, destaca que decisões tomadas no passado não podem simplesmente ser desconsideradas no futuro como se nunca tivessem existido. A reboque das decisões passadas, cristalizam-se direitos, ou legítimas expectativas, que, por relevantes, gozam da proteção do Direito. É o que se denomina proteção da confiança, a qual pressupõe acreditar que ações e decisões passadas, presentes e futuras serão respeitadas e cumpridas⁴⁰⁵.

Na linha de Luhmann e Larenz, Valter Shuenquener de Araújo distingue a relação de confiança da mera esperança. Numa escala gradativa que parte da mera expectativa rumo à certeza absoluta, a confiança figura bem próximo a esta⁴⁰⁶.

Sobre a função da proteção da confiança, Arthur Sombra Sales Campos assume que ela visa “garantir a defesa de posições jurídicas consolidadas em razão de um prévio comportamento estatal, que esteja sob ameaça de um novo ato do Estado, em desconformidade com o antes praticado”⁴⁰⁷. Atende, de ordinário, situações que, embora não configurem direito adquirido, são merecedoras de proteção. A ferramenta comumente utilizada em amparo à confiança pelo particular depositada nos atos estatais é a regra de transição, permitindo que a mudança de uma situação para outra ocorra sem sobressaltos e com tranquilidade⁴⁰⁸.

A doutrina⁴⁰⁹ costuma divisar dois fundamentos distintos para a proteção da confiança, um constitucionalista e outro civilista. Para os constitucionalistas, a proteção da

⁴⁰⁴ O princípio de proteção da confiança legítima no direito administrativo e no direito tributário. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich. SCHIRATO, Vitor Rhein (Coords.). *Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p.78.

⁴⁰⁵ Em suas palavras: “No cotidiano, a palavra confiança pressupõe uma crença na ocorrência de um comportamento futuro com lastro em um agir pretérito. Ela, que agora gera uma expectativa de continuidade, advém do passado, mas é orientada para o futuro. [...] Uma relação de confiança pressupõe a consciente transferência do controle sobre certos atos àquele que se confia. Por conta disso, ela proporciona um maior espírito de cooperação nas relações sociais. Quando ela está presente, aquele que confia não precisa, em cada situação particular, decidir se a outra parte agirá espontaneamente, isto é, se voluntariamente cumprirá suas obrigações, sejam elas meramente morais ou, até mesmo, jurídicas. Por conta disso, a ação dos atores quando há uma relação de confiança é cooperativa” (*O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2012, p.14-15).

⁴⁰⁶ Op. cit., p.17-18.

⁴⁰⁷ Requisitos de aplicação do princípio da proteção da confiança. *Revista Controle*, Belo Horizonte, v. 10, nº 2, jul. 2012. Semestral. Disponível em <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=242453>>. Acesso em 21.04.2017.

⁴⁰⁸ Com efeito, aduz o autor: “[...] é de se ressaltar que, ao proteger a confiança dos indivíduos nos seus atos, o Estado está também garantindo a racionalidade das mudanças promovidas, com transições suaves que permitem uma adaptação mais tranquila pela sociedade. As regras de transição, por exemplo, mecanismo constantemente utilizado como concretização da proteção da confiança, servem como ‘pontes’ entre os atos estatais, mitigando a frustração da expectativa daqueles que pautavam sua atuação no ato modificado. Assim, assegura-se, ao mesmo tempo, o desejo de mudança do Estado e a estabilidade e previsibilidade almejadas pelo particular” (op. cit.).

⁴⁰⁹ ARAÚJO, Valter Shuenquener. Op. cit.; CAMPOS, Arthur Sombra Sales. Op. cit.; SILVEIRA, Marilda de Paula. *Segurança jurídica, regulação, ato: mudança, transição e motivação*. Belo Horizonte: Fórum, 2016; SILVA, Almiro do Couto e. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da

confiança decorre do princípio da segurança jurídica, que, por sua vez, decorre do Estado de Direito. Já os civilistas entendem que a proteção da confiança é um desdobramento da boa-fé.

De fato, para Almiro do Couto e Silva⁴¹⁰, a segurança jurídica possui dois aspectos, ou partes: *objetiva* e *subjetiva*. Segurança jurídica em sentido *objetivo* refere-se aos limites à retroatividade dos atos estatais (sejam administrativos, sejam legislativos), consistindo, propriamente, na proteção ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada. A segurança jurídica em sentido *subjetivo* refere-se aos limites à modificação dos atos estatais cuja manutenção era esperada pelo administrado (em geral porque conferiam efeitos patrimoniais), consistindo na proteção à confiança. Portanto, a proteção à confiança é um desdobramento da segurança jurídica.

Diversamente, Heleno Torres assim distingue a segurança jurídica subjetiva da objetiva: aquela corresponde à certeza ou previsibilidade das relações obrigacionais, e esta, ao próprio ordenamento jurídico⁴¹¹. E segue, definindo a proteção da confiança como garantia de previsibilidade das ações futuras baseadas no ordenamento jurídico⁴¹².

Enfim, o que se observa, designadamente com relação à norma jurídica, é que ela deve ser duradoura, conferindo, assim, tranquilidade e paz ao cidadão quanto à necessidade de observá-la e respeitá-la. Todavia, permanência não se confunde com imutabilidade. Destinado à sociedade, o Direito não pode ser engessado, imobilizado. Deve ser permeável a alterações, aperfeiçoamentos. O que a permanência busca é impedir alterações frequentes e corriqueiras, situação capaz de ocasionar “...desconhecimento e desconfiança...” de parte dos destinatários da norma⁴¹³.

Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: O Prazo Decadencial do artigo 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte, nº 6, ano 2, jul./set. 2004. Disponível em <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=12568>>. Acesso em 23.04.2017.

⁴¹⁰ O Princípio da Segurança Jurídica... Op. cit.

⁴¹¹ Segundo o autor: “A *segurança jurídica subjetiva* equivale à ‘certeza’ como previsibilidade ou expectativas de condutas individuais, na forma de obrigação, dever, direito, crédito, proibição e outros. Esta é a garantia de segurança jurídica pelo direito nas relações jurídicas e intersubjetivas, que se vê geralmente alegada na conservação dos atos e negócios jurídicos, no direito de responsabilidade ou nas relações patrimoniais. A *segurança jurídica objetiva* corresponde à segurança do ordenamento jurídico. Não é a *segurança da conformidade* das relações intersubjetivas, como a proteção dos interesses patrimoniais e extrapatrimoniais dos indivíduos, dos bens juridicamente protegidos, emprego ou direitos regulados por normas de conduta típicas” (op. cit., p.78-79).

⁴¹² Esclarece o autor que “o sistema jurídico, ao tutelar um *fim* sistêmico de segurança jurídica e da confiabilidade no seu conteúdo e na ação dos órgãos e autoridades públicos, permite criar um ‘estado de confiança’ no ordenamento. Para tanto, habilita uma série de *meios* para tutela de qualquer evidência de afetação a direitos decorrentes de condutas do Estado contrárias a este ‘estado de confiança’. Justifica-se este esforço, pois o homem necessita de um mínimo de confiabilidade para organizar e programar suas ações futuras. Esta garantia de previsibilidade gerada pelo sistema e esperada pelos particulares coincide no conteúdo do *princípio de proteção da proteção da confiança legítima*, seja qual for a função estatal envolvida (legislativa, executiva ou judicial)” (op. cit., p.80-81).

⁴¹³ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, op. cit., p.362.

Embora exista alguma divergência acerca de seus fundamentos, é pacífico que o instituto em debate serve para prestigiar a crença depositada numa dada relação jurídica, permitindo que não se frustrate a esperança de produção dos efeitos almejados. A proteção da confiança, assim, funciona como elemento de estabilidade e harmonia das relações sociais, conferindo segurança às partes e evitando que sua situação jurídica sofra alterações inesperadas em decorrência da modificação de atos administrativos ou normativos.

4.3.2.3.3. Elementos da proteção da confiança

Como asseverado, não é toda e qualquer confiança que é digna de proteção. Apenas aquela relevante sob o ponto de vista jurídico é que estará protegida. Por isso, a doutrina⁴¹⁴ estabelece critérios ou requisitos que configuram violação à confiança depositada nos atos estatais, os quais podem ser assim sumariados: existência de uma base de confiança, a própria confiança, o exercício dela e a ocorrência de sua frustração.

Falar em existência de uma base de confiança é dizer que existem normas (leis, atos normativos ou atos administrativos) que serviram de base, de fundamento, para a prática de atos concretos (por parte do particular). Existem atos que o particular pratica sem espeque em lei, no âmbito de sua liberdade individual (calcado na legalidade negativa). Outros há nos quais ocorre grande vinculação à norma, sendo disso exemplo a relação jurídica previdenciária às pessoas que exercem atividade laboral remunerada: decorre do próprio texto constitucional, tratando-se de vinculação a algum regime de previdência⁴¹⁵. Quanto maior for o grau de vinculação da norma, maior será sua base de confiança, uma vez que os destinatários da norma não possuem alternativa senão observá-la.

A confiança aqui considerada consiste em seu aspecto subjetivo, ou seja, no conhecimento, pelo cidadão, da existência de normas que determinam ou justificam sua conduta. É a crença em estar agindo em conformidade com o ordenamento jurídico.

⁴¹⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, op. cit., p.385-421; CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *A boa-fé no direito civil...*, op. cit., p.1243-1251; ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança...*, op. cit., p.82-104; SOUZA, Victor. *Proteção e promoção da confiança no direito previdenciário*. Curitiba: Alteridade Editora, 2018, p.146-154.

⁴¹⁵ Artigo 40, caput, e artigo 201, caput, da Constituição.

O exercício da confiança materializa-se pela prática de atos concretos fundados na base de confiança. Seria, assim, a colocação “em prática” da própria “confiança” (em outras palavras, a realização de atos materiais com base em normas que eram do conhecimento do particular e que acreditava que deviam ser observadas).

Por fim, há de ocorrer a frustração da confiança, ou seja, a prática, por parte do Estado, de um ato em oposição àquela norma que motivou a conduta do particular. Em outras palavras, é necessária a efetiva prática de um ato estatal que venha a frustrar, a prejudicar a confiança depositada pelo particular na norma, numa evidente ação estatal contraditória. Todavia, é necessário que tal ação estatal seja relevante, de modo que nem toda frustração motiva a aplicação do instituto da proteção da confiança. E isso, segundo Ávila, “[...] porque o cidadão não tem o direito subjetivo de que a ordem jurídica permaneça sempre como está, em virtude da prerrogativa de o Poder Legislativo inová-la, por meio da sua liberdade de configuração democrática”⁴¹⁶.

A crença digna de tutela a reclamar a incidência da proteção da confiança é aquela que compreende os requisitos acima elencados.

4.3.2.4. Distinção entre proteção da confiança e boa-fé

É polêmica a existência de distinção entre proteção da confiança e boa-fé. É, todavia, relevante porque, como se verá, a tutela da expectativa de direito por vezes se faz com esteio na boa-fé, por vezes na proteção da confiança. Tendo isso em conta, passa-se a examinar os entendimentos doutrinários a respeito dessa distinção.

Em obra na qual invoca a responsabilização civil por frustração da confiança, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada⁴¹⁷ distingue a boa-fé da proteção da confiança. Aduz que a boa-fé consiste na conduta proba, correta e com lisura e que não venha a frustrar expectativas a outrem. Todavia, a violação da boa-fé não conduz, necessariamente e por si só, a uma responsabilização por frustração de expectativa. A responsabilização por atuação de má-fé tem como fundamento o desrespeito aos valores probidade, lisura e retidão de conduta, e não a frustração de expectativas. A responsabilização por violação da confiança exige outros elementos (como a existência de uma expectativa fundada e específica, e não uma expectativa difusa). Em resumo, para esse autor, a proteção da

⁴¹⁶ *Teoria da segurança jurídica...*, op. cit., p.421.

⁴¹⁷ *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004.

confiança consiste em não frustrar expectativas legítimas, fundadas e específicas do agente, e o princípio da boa-fé consiste em agir com honestidade, retidão e probidade (dever que apenas reflexamente engloba o respeito às expectativas de outrem).

Para Menezes Cordeiro, existe grande aproximação entre o princípio da boa-fé e a proteção da confiança. Em seu entender, a confiança constitui “uma ponte entre as boas fés objectiva e subjectiva, devendo assentar em ambas”⁴¹⁸. Consiste a proteção da confiança na “opção de preterir a confiança de uma pessoa a favor da de uma outra, numa escolha que ao legislador, em princípio, compete”⁴¹⁹, ou seja, consiste em preservar a posição jurídica de alguém em prejuízo da posição jurídica de outrem, ou na estipulação do dever de indenizar (quando não viável a manutenção da situação jurídica, por exemplo). Por fim, esclarece que a boa-fé estará sempre ligada à confiança: subjetiva, como elemento essencial, seu pressuposto; e objetiva, quando não houver norma jurídica específica para proteger uma dada situação, por força dos deveres anexos da relação jurídica e, principalmente, dos institutos que limitam o exercício de direitos subjetivos do sujeito (*venire, tu quoque* etc.).

Citando seu surgimento na Alemanha, Almiro do Couto e Silva afirma que a proteção à confiança pressupõe ter o particular agido com *boa-fé* (de modo que a boa-fé antecede a proteção da confiança, sendo esse entendimento adotado no artigo 54 da Lei nº 9.784/99, segundo o qual não há prazo decadencial para anular o ato administrativo praticado por má-fé do particular). Aduz que a decadência contra a administração (Lei nº 9.784, artigo 54) e a modulação dos efeitos no controle concentrado de constitucionalidade (Leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99) são exemplos de positivação do instituto da proteção à confiança.

Helena Torres entende que a boa-fé objetiva não é exclusiva do direito privado, tendo também aplicação no Direito Público, e que a boa-fé objetiva é fundamento da proteção da confiança legítima. Ademais, embora institutos distintos, a boa-fé objetiva é parte integrante, verdadeiro pressuposto, da proteção da confiança⁴²⁰.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴²¹, reconhecendo a aproximação entre o princípio da segurança jurídica, a proteção à confiança e a boa-fé, entende que os três não se confundem: (i) a segurança jurídica desdobra-se no aspecto objetivo e subjetivo: o objetivo

⁴¹⁸ Op. cit., p.1238.

⁴¹⁹ Op. cit., p.1247.

⁴²⁰ Op. cit.

⁴²¹ Os princípios da proteção à confiança, da segurança jurídica e da boa-fé na anulação do ato administrativo. *Fórum Administrativo de Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 9, nº 100, jun. 2009. Disponível em <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=57926>>. Acesso em 21.04.2017.

refere-se à estabilidade das relações jurídicas⁴²², o subjetivo traduz-se na proteção da confiança, ou seja, na “proteção à expectativa, à calculabilidade, à previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos. A ideia é a de proteger a crença dos cidadãos de que os atos praticados pelo poder público estão de acordo com a lei”; (ii) a boa-fé desdobra-se no viés objetivo, relacionado à conduta leal e honesta, e subjetivo, caracterizado pela crença do sujeito de estar agindo corretamente; e (iii) a boa-fé é aplicada tanto em favor do administrado quanto em favor da Administração; já o instituto da proteção da confiança é aplicado somente em favor do administrado, porque protege a boa-fé deste.

Quanto à distinção entre boa-fé e confiança legítima, com escoro em doutrina estrangeira, Valter Shuenquener de Araújo aduz que “o princípio da boa-fé objetiva teria aplicação sempre que existisse uma relação jurídica específica e de efeitos concretos”⁴²³, limitação que não alcança a proteção da confiança (porque tem aplicação também em relações jurídicas gerais e abstratas, tal como uma lei ou ato normativo). Portanto, o espectro de incidência desse último é mais amplo do que o princípio da boa-fé objetiva (de modo que este não pode servir de fundamento àquele)⁴²⁴. Aventa, ainda, a seguinte distinção: o princípio da boa-fé objetiva pode ser aplicado tanto em favor do administrado como em favor da Administração (ou seja, em relações públicas e privadas), ao passo que a proteção da confiança se dirige apenas em prol do administrado e contra a Administração.

Para Tiago da Silva Fonseca, as “[...] modificações de jurisprudência no Direito Tributário devem ser implantadas de modo a reconhecer a confiança legítima e a boa-fé objetiva, seja qual for a parte prejudicada pela quebra de expectativas”⁴²⁵. Daí que a proteção da confiança socorre ao Estado-administração quando o Estado-juiz promove alteração em jurisprudência consolidada, se essa mudança lhe causar prejuízo⁴²⁶.

Sumariando os entendimentos até o momento trazidos, é possível dizer que proteção da confiança e boa-fé são subdivisões, decorrências ou espécies do gênero

⁴²² Ou seja, a proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.

⁴²³ *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2012, p.34.

⁴²⁴ E mais, “se o princípio da proteção fosse derivado da boa-fé objetiva, a proteção apenas teria lugar quando a contrariedade em relação a um comportamento estatal prévio fosse feita como desonestidade ou deslealdade. Sua aplicação não protegeria o particular contra comportamentos contraditórios do Estado quando não houvesse desonestidade” (*O princípio da proteção da confiança...*, op. cit., p.153).

⁴²⁵ Breve estudo da proteção do princípio da confiança, à luz do direito civil, do direito administrativo e do direito tributário. *Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*, Belo Horizonte, ano 8, nº 45, maio/jun. 2010. Disponível em <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=67603>>. Acesso em 21.04.2017.

⁴²⁶ Conforme o autor: “Questão diversa é a possibilidade de confiança legítima e da boa-fé objetiva da Fazenda Pública se considerarmos as decisões do Poder Judiciário. Se um dos obstáculos em reconhecer a confiança legítima em favor da Fazenda Pública reside no fato de as condutas dos contribuintes não subordinarem a Administração, as decisões judiciais vinculam ambas as partes, sejam elas públicas ou particulares. Assim sendo, modificações de jurisprudência no Direito Tributário devem prever medidas mitigadoras dos prejuízos, reconhecendo a confiança legítima e a boa-fé objetiva tanto dos contribuintes como da Fazenda Pública” (op. cit.).

segurança jurídica. Diferem, todavia, quanto à origem, aos desdobramentos, a quem favorecem, a sua amplitude e a seu pressuposto, conforme sintetizado no quadro que se segue.

	Boa-fé	Proteção da confiança
Origem	<i>Bona fides</i> romana	Segurança jurídica (corrente constitucionalista) ou boa-fé objetiva (corrente civilista)
Desdobramento	Subjetiva e objetiva	Aspecto subjetivo da segurança jurídica (corrente constitucionalista)
Favorece	Tanto o administrado quanto a Administração	Apenas o administrado; Tiago da Silva Fonseca, contudo, entende que também se aplica à Administração em caso de mudança de jurisprudência consolidada
Aplicação	Relações jurídicas específicas e de efeitos concretos	Relações jurídicas concretas e relações jurídicas gerais e abstratas
Amplitude	Por conta de sua aplicação apenas a relações concretas, possui um campo de atuação mais restrito que o da confiança	Por conta de sua aplicação a relações tanto concretas quanto gerais e abstratas, possui um campo de atuação mais amplo do que o da boa-fé
Pressuposto	-----	Tem como pressuposto a boa-fé do administrado

De par com as distinções indicadas, é possível dizer que atuam, entre si, de modo complementar, ou seja, situações há que não são alcançadas pela boa-fé, mas merecedoras de tutela, a qual é encontrada na proteção da confiança. E assim é quando o objeto a ser protegido é a expectativa de direito.

4.3.3. Aplicação da boa-fé e da proteção da confiança no âmbito previdenciário: proteção à expectativa de direito

Fundamentalmente, a expectativa de direito não assegura a produção dos efeitos decorrentes da futura e eventual aquisição de determinado direito. De modo algum isso ocorre. Em verdade, a expectativa determina o respeito às etapas já cumpridas do processo aquisitivo de um dado direito e sua consideração na produção de normas e atos administrativos, de modo a localizar o portador do direito expectado numa zona jurídica intermediária entre os titulares de um direito adquirido e os titulares de nenhum direito (ou seja, as pessoas que sequer iniciaram a jornada rumo ao apossamento do direito e, por isso se encontram completamente sob o império da nova norma).

Sua proteção não consiste na manutenção da norma vigente ao inaugurar a relação jurídica base, *in casu*, a previdenciária. Pela expectativa de direito, o segurado não tem garantidas as regras de jubilação, a indicação de dependentes, o prazo de duração do benefício, sua forma de cálculo ou qualquer outro aspecto regrado pela norma antiga.

A defesa dessa particular posição jurídica se faz de outro modo. É pela vedação à retroatividade em prejuízo do direito acumulado e de regras de transição que se preserva o detentor de expectativa de direito. A primeira encontra fundamento na boa-fé objetiva, e a segunda, na proteção da confiança.

4.3.3.1. Vedação da retroatividade em prejuízo do direito acumulado

Nas relações jurídicas continuativas, em que o direito não se adquire instantaneamente, senão de modo gradual e paulatino, a cada periodicidade acresce ao patrimônio do futuro e eventual titular uma fração do almejado direito. No campo do seguro social, na medida que o tempo passa e o segurado cumpre suas obrigações, ingressa em seu patrimônio jurídico fração do direito a determinadas prestações. Esse acervo fracionário é ora denominado direito acumulado⁴²⁷ do segurado, figurando como espécie do gênero de expectativa de direito.

Em se tratando de expectativa de direito, surge a indagação sobre ser possível a norma retroagir para conferir qualificação diversa ao direito acumulado do segurado, haja vista que a impossibilidade de retroação beneficia apenas o direito adquirido⁴²⁸. A resposta, por certo, é negativa.

Com efeito, nem mesmo o direito adquirido está protegido contra a retroatividade da norma. Apenas é defeso retroatividade que prejudique o direito adquirido, excetuando o que é viável a retroação. Quanto à expectativa de direito, embora não

⁴²⁷ O vocábulo é próprio do regime de previdência complementar, baseado nas reservas individuais do participante, consistindo no montante, real ou matemático, por ele transferido ao regime (artigo 15, parágrafo único, da Lei Complementar nº 109/2001). Nos regimes obrigatórios de previdência social adotados no Brasil, calcados no sistema de partição ou repartição, embora possível (por meio do sistema de contas nocionais), não é feito controle dos recursos tomados aos segurados, donde, estritamente, não há que se falar em direito acumulado. Contudo, toma-se de empréstimo a expressão para significar o montante dos requisitos de acesso a uma ou mais prestações que já foram cumpridos, e, conquanto remanesça parte ainda a ser integralizada, é representativo de um direito em fase de aquisição. Em outras palavras, constituem as reservas fictícias de um direito expectado, ou seja, o tempo de contribuição e a carência até o momento cumpridos e que não dão ensejo a direito adquirido.

⁴²⁸ A hipótese versada diz, por exemplo, com a desconsideração, no momento em que a jubilação é solicitada, do tempo laborado como trabalhador rural ou do período de serviço militar obrigatório, todos cumpridos sob a égide de uma norma não mais vigente ao tempo do requerimento. Ou seja, no passado a norma reconhecia tais lapsos como tempo efetivamente trabalhado e, no exemplo hipotético, no momento do requerimento, a nova norma não mais assim os considera. Daí que a nova norma conferiu qualificação diversa a fatos passados, o que implica sua retroprojeção de efeitos.

contemplada em dispositivo constitucional, é certo que a retroatividade da norma não poderá conferir valoração diversa do que a norma velha conferiu à parcela já integralizada do direito. Se o fizer, atentará contra a boa-fé objetiva.

O elemento fundamental, a pedra de toque, da boa-fé objetiva é impedir que o particular, no exercício da autonomia contratual, se locuplete à custa de outro. O Estado não pode se furtar a essa regra, nem mesmo por força das potestades de supremacia e indisponibilidade do interesse público. Isso porque a ordem constitucional determina a observância das normas, regras e princípios em todas as formas do agir estatal, sendo essa a essência do Estado de Direito. Mudar o passado, ainda que para o bem coletivo do presente, mas em prejuízo de outrem, atuando de modo institucionalizado e discricionário, não é atitude compatível com a segurança jurídica, com a justiça, com o Direito.

É dever inarredável do Estado, no exercício de todas as suas funções, atuar com probidade, lealdade e honestidade (eis que esse é o conteúdo da boa-fé objetiva). Criar norma que opere sobre fatos já passados, dos quais emana ao segurado uma expectativa de direito, para dar-lhes validação diversa daquela contemplada na norma vigente ao tempo em que tais fatos ocorreram é agir de modo desleal, desonesto e improbo.

É bom lembrar que, nas relações privadas entre particulares, a boa-fé objetiva impõe diversos limites aos direitos subjetivos. No Direito Público, embora não se esteja diante de direitos subjetivos do Estado, mas de funções ou deveres-poderes, nem por isso tais limitações deixam de incidir.

No tocante à retroatividade que atinge direito expectado, duas dessas limitações têm lugar: *venire contra factum proprium* (que consiste na vedação de comportamento contraditório) e o abuso de direito (exercício de um direito, dentro de seus limites, resultando em prejuízo a terceiros). A aplicabilidade se afigura evidente: se num momento a norma confere determinada qualificação a fatos jurídicos, conferir qualificação diversa num momento futuro é realizar comportamento absolutamente contraditório, levando o administrado à perplexidade e ao descrédito; e, conquanto seja função estatal editar normas, não pode fazê-lo para prejudicar outrem, ainda mais quanto a fatos passados, acerca dos quais o administrado não exerce mais nenhuma forma de influência ou comando.

Normas não são criadas de afogadilho ou à sorrelfa. Devem ser fruto de um trabalho sério, com embasamento técnico e previsão de resultados, identificando-se, desde logo, o público atingido, ponderando-se os ônus e benefícios em jogo. É pouco provável que o giro valorativo nela contemplado seja algo impensado e não desejado. A única interpretação possível é que, havendo retroatividade a recair sobre direitos expectados, ela

foi desejada pelo Estado, que de modo consciente operou contraditoriamente e abusando de sua função legislativa.

Portanto, e na confirmação da regra *tempus regit actum*, as frações cumpridas dos requisitos de acesso a prestações do seguro social devem ser valoradas segundo a norma vigente ao tempo em que tais requisitos foram implantados (tais como a valoração do período de labor, a forma e valor das contribuições, a qualificação do segurado etc.)⁴²⁹.

Todavia, não se pode olvidar que a norma poderá atuar no passado para criar situação de vantagem ao titular de uma expectativa de direito. Nesse caso, então, e à semelhança do que socorre ao direito adquirido, por não resultar em prejuízo, mas em benefício do portador de um direito expectado, a retroação deve ser permitida.

Em síntese, a norma não pode retroagir para conferir ao direito acumulado valoração diversa daquela feita pela norma vigente ao tempo em que o ato foi praticado⁴³⁰, salvo se resultar em situação mais favorável ao segurado. Assim agindo, o Estado-legislador não estará ofendendo a boa-fé objetiva.

4.3.3.2. Regra de transição

Como já exposto, no percurso para obter o direito de aquisição sucessiva⁴³¹, frações dele são apropriadas pelo agente. Essa conjuntura reflete no âmbito jurídico de dois modos.

Primeiro, o agente figura em situação intermediária entre aquela do titular de direito adquirido, regulado pela norma velha, e aquela de quem sequer iniciou a caminhada rumo à aquisição do direito, posição integralmente regida pela norma nova. O portador de uma expectativa de direito transita no ambiente das duas normas, sem, contudo, identificar-se plenamente com nenhuma. Sua pretensão não autoriza a produção dos efeitos da norma velha porque não encerrou a aquisição do direito, e, por outro lado, a nova norma não o

⁴²⁹ Um prosaico exemplo da valoração do direito acumulado consiste na consideração do tempo especial para fins de jubilação. No âmbito do RGPS, refere-se ao exercício de atividades laborais em ambientes e condições que degradem a saúde e a integridade física do trabalhador segurado. Criada pela Lei nº 3.807/60, numa das suas hipóteses de configuração, inicialmente contemplava todos os trabalhadores de determinadas categorias profissionais (como motorista e cobrador de ônibus), situação mantida pela Lei nº 8.213/91. A Lei nº 9.032/95 alterou dispositivos dessa última para determinar que a configuração do tempo especial dar-se-ia pela demonstração da efetiva exposição a agentes nocivos, e não mais por categoria profissional. De início surgiu dúvida sobre qual lei aplicar: aquela vigente ao tempo do pedido de aposentadoria, momento em que não mais havia enquadramento por categoria, ou a lei do tempo em que o trabalho foi prestado, considerando-se, assim, os períodos anteriores à Lei nº 9.032/95 como especiais. Prevaleceu a segunda posição.

⁴³⁰ Isto é, cumprimento dos requisitos de acesso a prestações.

⁴³¹ Na feliz expressão de R. Limongi França (op. cit., p.243).

socorre porque seus efeitos desconsideram a valoração proporcional da parte já integralizada do direito em fase de aquisição.

Segundo, as etapas já cumpridas rumo à apropriação do direito possuem significado jurídico, não podendo ser desprezadas. Sua desconsideração abala a estabilidade das relações jurídicas e a possibilidade de o particular se orientar e buscar resultados com base no ordenamento jurídico. Por razão de segurança jurídica⁴³², mais precisamente pela necessidade de proteger a confiança depositada nas relações, notadamente aquelas que envolvem o Estado de um lado e o particular de outro, deve a mencionada expectativa ser protegida.

Dado que o direito expectado não se adequa plenamente às normas (velha e nova) existentes, e ante a necessidade de tutelar a crença depositada nas relações jurídicas, em tema de alteração constitucional previdenciária, legitima-se a aplicação da proteção da confiança porquanto presentes os elementos para tanto necessários.

Com efeito, a base da confiança reside na existência de norma constitucional que vincula, de modo compulsório, o trabalhador a um dos regimes obrigatórios de previdência. A confiança e seu exercício decorrem do fato de o trabalhador conhecer a norma e se portar conforme suas determinações (desempenhando seu mister, cumprindo as obrigações fiscais e prestando, quando solicitado, informações ao seguro social, tudo na crença de um dia obter uma dada prestação). A frustração da confiança, como é nítido, resulta da alteração dos critérios de acesso a prestações, designadamente quando ocorre uma situação de desvantagem ao segurado, fugindo ao seu controle e inutilizando qualquer planejamento.

Ocorre, nesses casos, frustração do quanto o segurado previu e, em vista disso, programou para sua vida futura. Fica prejudicada qualquer tentativa de, com escoro nas normas, calcular o resultado de suas ações e agir nessa conformidade. A impossibilidade de concretizar os planos realizados mina a credibilidade que deve ser depositada nas relações jurídicas, fere a certeza do Direito, gera instabilidade social e planta, no meio comunitário, a descrença no Estado.

Assim, embora o Estado possa alterar as normas e aplicá-las concretamente, não pode mudar as regras do jogo de modo a frustrar as justas expectativas criadas pelo

⁴³² Humberto Ávila destaca que “a segurança jurídica exige a segurança da transição do presente ao futuro por meio da anterioridade, da continuidade e da vinculatividade normativas. Somente por meio dessas garantias é que o cidadão poderá ver assegurada, no futuro, a sua liberdade exercida no presente, sem surpresa ou engano” (*Teoria da segurança jurídica...*, op. cit., p.713).

cidadão ante uma base de confiança concretamente existente⁴³³. É dizer, a norma previdenciária pode e deve ser alterada, mas deve ensejar uma passagem suave entre os dois sistemas em debate (o sistema atual, que sofre modificação, e o sistema futuro, em fase de implantação).

A forma usual de proteção do direito expectado é a criação de uma terceira norma que, disciplinando a situação em curso, estabeleça branda transição de um regime a outro. Essa disciplina é objeto da regra (ou norma) de transição.

Noticia Maria Helena Diniz ser a regra de transição um dos critérios para solver o conflito de leis que se sucedem no tempo, “disciplinando fatos em transição temporal, passando da égide de uma lei a outra, ou que se desenvolvem entre normas temporalmente diversas”⁴³⁴. Suas disposições, comumente veiculadas sob a forma de regras⁴³⁵, “[...] são elaboradas pelo legislador no próprio texto normativo para conciliar a nova norma com as relações já definidas pela anterior. São disposições que têm vigência temporária, com o objetivo de resolver e evitar os conflitos ou lesões que emergem da nova lei em confronto com a antiga”⁴³⁶.

A norma de transição é, pois, instrumento para resolver conflitos causados pela sucessão de leis no tempo. Seu objetivo é disciplinar a posição jurídica de quem é detentor de expectativa de direito. Seus dispositivos estabelecem a confortável passagem do sistema regido pela norma superada rumo ao sistema disciplinado pela norma nova. Tem sua vigência limitada ao exaurimento das situações que lhe deram causa, ou seja, convolada a última expectativa de direito em direito adquirido, cessa a vigência da regra transitória por se encontrar exaurida e ter produzido todos os efeitos que dela se esperavam.

Pertinente indagação consiste em saber se a regra de transição é medida compulsória ou se trata de mera política legislativa. A doutrina responde majoritariamente⁴³⁷

⁴³³ Isto é, pretensão de, mantida a conjuntura fática (manutenção da qualidade de segurado e da obrigação contributiva), alcançar uma prestação segundo as regras atuais.

⁴³⁴ *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretado*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.180.

⁴³⁵ De acordo com o exposto no tópico 2.5.1, as regras se caracterizam pela precisão quanto às situações de aplicabilidade e desnecessidade de justificação para utilização, aspectos que certamente devem revestir uma norma destinada a escoimar conflitos.

⁴³⁶ *Op. cit.*, p.181.

⁴³⁷ TOLEDO, Cláudia, *op. cit.*, p.206-209; CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. *Os direitos previdenciários expectados dos servidores públicos titulares de cargos efetivos no paradigma do Estado Democrático de Direito Brasileiro*. 2011. Tese, PUCMG, Belo Horizonte, p.119-124; MENDES, Gilmar Ferreira. Artigo 5º, XXXVI. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lênio Luiz (Coords.). *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, edição eletrônica, tópico VII; BARROSO, Luís Roberto. Constitucionalidade e legitimidade da reforma da previdência..., *op. cit.* Em sentido contrário, defendendo a não obrigatoriedade de regra de transição, ver BICALHO, Wolker Volanin, *op. cit.*, p.160; RAMOS, Elival da Silva, *op. cit.*, p.187 e 260.

se tratar de uma necessidade, um imperativo que deve ser respeitado, e não mera ação de política legislativa sujeita à sensibilidade e discricionariedade do legislador.

Não se pode deixar de concordar com esse entendimento. A ausência de regra de transição daria ensejo a duas possíveis soluções: a integral aplicação da norma nova, em desconsideração do direito acumulado; ou a colocação do detentor da expectativa de direito numa situação de limbo jurídico, sendo inaplicável a norma superada (porque não se trata de direito adquirido) e a norma nova. Como o ordenamento jurídico abomina a anomia, a única solução possível seria o acolhimento da primeira hipótese. Esta, como visto, causa instabilidade social, descrédito nas instituições, fragmenta a certeza do Direito, violando, assim, uma confiança digna de tutela. Daí que a regra de transição surge como medida necessária para proteger a confiança.

Não é demais lembrar que a norma de transição como medida impositiva já se encontra positivada no ordenamento jurídico brasileiro. O artigo 23 da LINDB é expresso ao determinar sua estipulação quando ocorrer alteração na interpretação ou na orientação jurídica versando sobre norma de conteúdo indeterminado, a fim de permitir o aproveitamento da parte já cumprida sob o manto da interpretação ou orientação superada⁴³⁸.

Outra questão importante consiste em saber o que deve ser objeto de regra de transição.

Os direitos de aquisição instantânea não sofrem os efeitos da sucessão temporal de normas. Em sendo amealhados numa única oportunidade, é a norma do momento (e não a anterior ou a posterior) que há de disciplinar a produção de efeitos. Não ocorre a prática de atos ou fatos jurídicos sob o manto de diversas normas em sucessão temporal, mas sob a luz de uma única e determinada norma. Em sendo assim, é descabida regra de transição aos direitos de instantânea aquisição.

São os direitos de gradual aquisição, criados por sucessão de atos que se desenvolvem no transcurso do tempo e sujeitos, portanto, à sucessão de normas, que demandam a aplicação da regra de transição.

No âmbito previdenciário, por conseguinte, apenas os direitos de paulatina aquisição exigem normas de transição. Dessa espécie são os benefícios programados e os não programados que necessitam carência.

⁴³⁸ Artigo 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Os benefícios previdenciários, quanto à previsibilidade de gozo, podem ser classificados em programados e não programados: da primeira espécie são aqueles cujo início da fruição está subordinado a evento futuro e certo; da segunda, aqueles cujo início do gozo está subordinado a evento futuro e incerto. Os únicos benefícios programados são as aposentadorias⁴³⁹, excetuada aquela por invalidez⁴⁴⁰. Todos os demais benefícios previdenciários são não programados⁴⁴¹.

Carência é o número mínimo de contribuições, efetuadas ao regime de previdência e realizadas de modo tempestivo, mensal e sucessivo, que a norma exige como condição, ou requisito, de acesso a determinados benefícios. Nem todos demandam carência, como é o caso daqueles que socorrem a incapacidade laboral decorrente de acidentes⁴⁴².

A regra de transição beneficia somente as prestações programadas e aquelas não programadas que exigem carência porque sujeitas à sucessão temporal de normas, haja vista serem dotadas de momento aquisitivo estendido. Ademais, não se pode desconsiderar o direito acumulado do segurado, e, por não contemplado na nova norma, é necessária a edição dessa terceira, a norma de transição. Por fim, notadamente em relação aos benefícios programados, ao modificar os critérios de acesso à prestação, a nova norma altera o termo inicial de sua fruição, frustrando a previsibilidade e calculabilidade que se espera das normas, o que é remediado pela regra de transição⁴⁴³.

Os benefícios previdenciários isentos de carência não necessitam de regra de transição porque sua aquisição se faz de uma só vez quando ocorrido o fato gerador⁴⁴⁴. Portanto, não atrelados a sucessão temporal de normas, não há direito acumulado a ser protegido e não ocorre alteração do termo inicial de sua fruição.

⁴³⁹ As aposentadorias voluntárias do RPPS e as aposentadorias por idade e especial do RGPS.

⁴⁴⁰ A jubilação compulsória, destinada aos agentes públicos vinculados a RPPS desde que atinjam os 75 anos é destituída de natureza eminentemente previdenciária, destacando sua natureza administrativa. Tem o escopo de permitir a renovação nos quadros do serviço público e, conseqüentemente, evitar o patrimonialismo da coisa pública. Quando do acesso a tal jubilação, o servidor já haverá, anteriormente, cumprido os critérios para uma das aposentadorias voluntárias. Portanto, é espécie desse gênero.

⁴⁴¹ Inclusive o salário-maternidade e o salário-família. O primeiro, visto que o parto pode sofrer adiantamento ou ocorrer hipótese de natimorto. O segundo, porque a renda do segurado, a ensejar o benefício, pode ser variável, bem como a existência de prole nem sempre é previsível. Todavia, convém esclarecer, o posicionamento ora defendido não é unânime, havendo aqueles, como André Studart Leitão (*Teoria Geral...*, op. cit., p.61), que entendem serem eventos ensejadores de benefícios programáveis a maternidade e a existência de filhos.

⁴⁴² No RGPS, exigem carência o salário-maternidade (para os segurados facultativo, especial e contribuinte individual), os benefícios por incapacidade não acidentários, o auxílio-reclusão e as aposentadorias (salvo por invalidez quando decorrente de acidente).

⁴⁴³ Assim, demandam regra de transição as alterações nos critérios de concessão, no RPPS, de aposentadoria voluntária ao servidor, e no RGPS, de aposentadorias especial e por idade, de benefício por incapacidade não acidentário, de salário-maternidade aos segurados facultativo, especial e contribuinte individual, e de auxílio-reclusão.

⁴⁴⁴ Por exemplo, para a aquisição do direito a pensão por morte, basta o passamento do segurado; do direito a benefício por incapacidade acidentário, basta o surgimento de inaptidão laboral decorrente de acidente; do direito ao salário-maternidade ao segurado empregado, empregado doméstico e trabalhador avulso, basta o parto ou a adoção de criança; do salário-família, basta que o segurado de baixa renda tenha sob sua responsabilidade filhos e enteados de até 14 anos.

Definido, até o momento, que a regra de transição decorre da proteção da confiança, sendo imprescindível na tutela do direito expectado, resta examinar qual critério deve guiar o legislador ao estabelecê-la.

A tutela da expectativa de direito pode ser decomposta em duas partes: primeiro, respeitam-se as frações já integralizadas do direito conforme a norma velha, ou seja, conforme a norma vigente quando os atos e negócios jurídicos que geraram essa integralização foram realizados; segundo, a parte já cumprida deve ser proporcionalmente deduzida daquela que, segundo a nova norma, resta a cumprir. Essa proporcionalidade deve ser levada em conta na regra de transição.

É nesse sentido, aliás, que o já mencionado artigo 23 da LINDB determina que a parte a cumprir do direito em fase de aquisição seja implantada “[...] de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais”.

A fim de contemporizar a norma velha e a norma nova com justiça e equilíbrio, parece adequado que seja respeitado, em termos de proporcionalidade, os critérios já preenchidos com aqueles a preencher. Assim, se para uma dada prestação, quando da vigência da lei nova, o segurado houver integralizado $\frac{3}{5}$ do período de contribuição ou carência sob a égide da lei velha, deverá cumprir apenas os $\frac{2}{5}$ faltantes, mas essa fração deverá incidir sobre o período determinado na lei nova⁴⁴⁵.

Com isso, todavia, não se pretende engessar a atividade do legislador. Tem ele plena autonomia para adotar o critério que lhe aprouver na elaboração da regra de transição. Não há impedimento para que adote tabela progressiva de mudança de um regime a outro. Pode postergar, por certo período, a aplicação do novo diploma aos já ingressados no seguro social ao tempo da norma velha, até o momento que os critérios se igualem, se possível. Pode estabelecer uma regra de acréscimo, ou pedágio, do tempo faltante para o implemento dos requisitos, conforme a norma superada.

Na criação dessas regras, encontra, porém, uma limitação. Não pode estabelecer critérios que desconsiderem a proporcionalidade do direito acumulado do segurado. Desse modo, se nos termos da norma velha faltava $\frac{1}{4}$ dos requisitos para adquirir o direito, não será permitido à regra de transição, independentemente do critério por ela adotado, exigir o cumprimento de fração superior (como $\frac{1}{2}$, $\frac{3}{5}$, $\frac{2}{3}$ etc.) dos requisitos

⁴⁴⁵ Desse entendimento não discrepa a doutrina, como se colhe em: FRANÇA, R. Limongi, op. cit., p.243-247); PIRES, Maria Coeli Simões, op. cit., p.266-267; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Parecer. In: MODESTO, Paulo (Org.). *Reforma da previdência: análise e crítica da Emenda Constitucional nº 41/03 (doutrina, pareceres e normas selecionadas)*. Belo Horizonte: Fórum, 200, p.431-452.

contemplados na lei nova. Assim obrando, estaria desprezando o direito acumulado do segurado.

Enfim, o legislador não está obrigado a adotar o critério da proporcionalidade na criação da regra de transição. Todavia, não poderá desconsiderá-lo para estabelecer um método que ignore a proporcionalidade do direito acumulado do segurado.

Esse cuidado não foi recentemente observado pelo constituinte reformador. A Emenda Constitucional nº 103/19 trouxe diversas regras de transição. Em uma delas é exigido o período adicional de contribuição idêntico ao que na data da emenda faltava para completar o tempo mínimo, conforme o gênero⁴⁴⁶. A exigência desse pedágio, ao dobrar o período contributivo faltante, se afigura inconstitucional por ofender a confiança que o segurado depositou no seguro social.

Com efeito, ao dobrar o período restante do tempo de contribuição, houve a desconsideração do período contributivo já implementado pelo segurado e a frustração da legítima expectativa quanto à sua futura aposentadoria. A ação estatal prejudica a possibilidade de o segurado programar-se e agir segundo essa programação, causando intranquilidade, insegurança e desassossego⁴⁴⁷.

Demais disso, ao exigir 100% de pedágio, a norma desconsidera por completo o período contributivo anterior à emenda. Ao ter foco no período faltante – do modo como restou vazada a emenda – olvidou do somatório, ou seja, do total contribuído antes e de depois da alteração constitucional⁴⁴⁸.

Parece que o escopo do constituinte ao endurecer sobremodo o critério de acesso à jubilação foi, mediante um enviesado artil atuarial, permitir ao segurado alcançar benefício cujo valor corresponda a 100% da média aritmética dos salários de contribuição ou remunerações. Nem assim, porém, justifica-se a inconstitucionalidade da norma. Se o escopo é atuarial, de modo a constranger o segurado a permanecer mais tempo em atividade, poderia valer-se do conhecido fator previdenciário ou mesmo do sistema de pontos, ambos adotados nas regras transitórias trazidas pela emenda. Poderia, ainda, ser criado um terceiro

⁴⁴⁶ Artigo 5º e artigo 20.

⁴⁴⁷ Um singelo exemplo favorece a compreensão do problema. Imagine-se o caso do segurado que, ao tempo da publicação da emenda, contava 20 anos de contribuição, faltando apenas 15 para jubilar-se. Ao estabelecer o pedágio de 100% do que faltava, o segurado deverá cumprir não 15 anos, mas 30 anos, os quais, somados aos 20 anos anteriores, resultam em ter de trabalhar por um total de 50 anos. Veja-se que a regra antiga exigia 35 anos de contribuição, ao passo que a nova exige 20 anos de contribuição para os segurados do RGPS (artigo 19, caput) e 25 anos para os servidores federais (art.10, parágrafo 1º, inciso I, alínea b). No exemplo hipotético, o segurado deverá contribuir por período quase 50% superior ao da regra antiga e quase 150% superior ao da regra nova.

⁴⁴⁸ Atente-se que a regra em debate, ao exigir muito mais do que 35 anos de contribuição para aposentação, conflita com aquelas (também transitórias) estampadas nos 15 a 17, que exigem no máximo esse período.

e diverso requisito para estimular a postergação da aposentadoria, mas não majorar de forma desproporcional e inesperada o período contributivo faltante.

A mora em assimilar a indispensabilidade de equilíbrio atuarial do sistema previdenciário e, por conseguinte, de realizar as alterações normativas a tanto necessárias foi não só dos sucessivos Governos, mas também da sociedade como um todo. Por isso, ela não pode ser debitada exclusivamente na conta daqueles que já percorreram um longo caminho rumo a sua aposentadoria.

4.3.3.3. Alteração da regra de transição

Nos últimos vinte anos, passou-se por três grandes reformas no sistema previdenciário, as quais dedicaram atenção, essencialmente, ao ajustamento de parâmetros para o custeio do sistema e para a distribuição de prestações. Foram reformas paramétricas que não alteraram as estruturas da previdência, como seria o caso pela adoção de um sistema não contributivo (mas fundado em impostos) ou sistema de capitalização.

A primeira delas, a Emenda Constitucional nº 20/98, ao endurecer os requisitos para a concessão de aposentadorias, trouxe regras de transição destinadas aos trabalhadores que já integravam o sistema na data de sua promulgação. A segunda, a Emenda Constitucional nº 41/03, além de consignar novas regras transitórias, expressamente revogou aquelas previstas na emenda de reforma que lhe antecedeu⁴⁴⁹. Por fim, a Emenda Constitucional nº 103/19, trouxe um inédito rol de normas de transição e revogou expressamente as regras consignadas nas anteriores⁴⁵⁰.

No entrecho compreendido entre a promulgação das emendas um sem-número de relações jurídicas foi travado, dando ensejo a direitos adquiridos e expectativas de direito. Se a reforma traz em si certa parcela de insegurança, a regra transitória se apresenta como uma espécie de porto seguro, tábua de salvação para aqueles que se encontram no meio da jornada da aposentadoria. Alterar a regra de transição, portanto, é conferir insegurança ao quadrado, é insegurança agravada.

Respeitáveis vozes se levantam contra modificações desse quilate. Os argumentos apresentados em defesa da imodificabilidade da regra de transição podem ser assim resumidos: trata-se de norma temporária, destinada a solver o conflito de leis no

⁴⁴⁹ Os artigos 2º e 10 da EC nº 41 revogaram o artigo 8º da EC nº 20.

⁴⁵⁰ Artigo 35, incisos II a IV.

tempo, não podendo, como dispõe o artigo 2º da LINDB⁴⁵¹, ser modificada ou revogada, resultando, por conseguinte, em direito adquirido sob condição (haja vista não estar sujeito a alteração por arbítrio de outrem)⁴⁵²; ao alterá-la, o poder constituinte derivado eterniza o que é transitório, pereniza o que tem prazo certo de duração⁴⁵³; o direito adquirido nada mais é do que um direito subjetivo não exercido sob a vigência da lei velha, e quando uma expectativa de direito é alçada, por uma norma (em geral transitória), à categoria de direito subjetivo (de se jubilar de acordo com a norma superada desde que preenchidas determinadas condições), surge o direito adquirido a determinado regime jurídico⁴⁵⁴.

Embora louváveis, não se pode concordar com tais argumentos, pois convergem para uma única situação: a existência de direito adquirido a regime legal. Como já exposto⁴⁵⁵, a tese do direito adquirido condicional fracassa dado que ao legislador é permitido alterar a norma, ou seja, a condição se encontra sujeita a modificação por vontade de outrem. Ademais, a mera previsão normativa contemplando critérios estanques de acesso a prestações (direitos) não traduz, antes da prática de atos materiais, direito adquirido, haja vista que à sua constituição em nada contribuiu o particular, não gerando para si um direito subjetivo⁴⁵⁶.

Nessa linha de entendimento, conclui-se que não existe óbice à modificação da regra de transição contemplada em emenda constitucional anterior além daquele representado pelo respeito e consideração à proporcionalidade do direito acumulado do segurado. Uma vez respeitada essa proporcionalidade, não há impedimento à sua alteração.

⁴⁵¹ Artigo 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

⁴⁵² LOPES, Ana Frazão de Azevedo. A reforma da previdência e a questão dos direitos adquiridos em face das regras de transição. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, nº 238, out./dez. 2004, p.17-35.

⁴⁵³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Natureza e eficácia das disposições constitucionais transitórias. In: GRAU, Eros Roberto. GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p.377-408.

⁴⁵⁴ SILVA, José Afonso da. Parecer. In: MODESTO, Paulo (Org.). *Reforma da previdência: análise e crítica da Emenda Constitucional nº 41/03 (doutrina, pareceres e normas selecionadas)*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p.383-420.

⁴⁵⁵ Tópico 4.2.3.1.

⁴⁵⁶ Daí que Luís Roberto Barroso afirma inexistir “[...] direito adquirido a regime jurídico, inclusive regime de transição” (Constitucionalidade e legitimidade da reforma da previdência – ascensão e queda de um regime de erros e privilégios. In: TAVARES, Marcelo Leonardo (Coord.). *A reforma da previdência social: temas polêmicos e aspectos controvertidos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.103).

CAPÍTULO V – AS EMENDAS DE REFORMA PREVIDENCIÁRIA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O EXAME DE CASOS ESTRANGEIROS

5.1. As Cortes Constitucionais e a norma constitucional previdenciária

O objetivo deste capítulo é analisar as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal em face das emendas que mais significativamente promoveram alteração das normas constitucionais previdenciárias. Até o presente momento, sete emendas modificaram normas do sistema previdenciário, a saber, EC nº 03/1993, EC nº 20/1998, EC nº 41/2003, EC nº 47/2005, EC nº 70/2012, EC nº 88/2015 e EC nº 103/2019.

A primeira delas, a EC nº 03/93, ganhou destaque ao transformar em contributivo o regime dos servidores federais, sendo objeto de várias impugnações e motivando debates acerca da natureza do vínculo estabelecido no regime próprio.

A segunda, EC nº 20/98, foi uma das mais amplas por ter modificado maior número de dispositivos, promovendo alterações nos regimes obrigatórios e no regime complementar. Ensejou debates envolvendo o pacto federativo, a contribuição dos inativos e pensionistas, a limitação do valor do benefício, a vinculação de agentes públicos não titulares de cargo efetivo ao regime geral, a desconstitucionalização da regra de cálculo das aposentadorias e a restrição de acesso a determinados benefícios do regime geral, dentre outras profícuas discussões.

A EC nº 41/03 veio arrematar a anterior, aproximando os regimes geral e próprio. Foi nesse último regime que incidiu a quase totalidade das alterações. Deu azo a novas discussões a respeito da contribuição de ativos e inativos, da limitação do valor dos benefícios, da manutenção das regras de fixação de valor e reajustamento das aposentadorias e pensões e da extensão das regras de transição.

A EC nº 47/05, por sua vez, surgiu de divergências insuperáveis que, se não deliberadas em apartado, prejudicariam a aprovação da EC nº 41/03. Foi, assim, objeto de temas versados na reforma antecedente, os quais demandavam maior reflexão e discussão no Congresso Nacional. Fomentou debates sobre aplicação e extensão de regras transitórias.

As duas emendas seguintes pouco inovaram. A EC nº 70/12 estendeu a integralidade e paridade ao servidor vinculado a regime próprio na data da publicação da EC nº 41/03 que estivesse aposentado por invalidez, ou que viesse a estar, em decorrência de

acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, nos termos definidos em lei. A EC nº 88/15 ampliou de 70 para 75 anos a idade de jubilação compulsória no serviço público. Porquanto não tenham ocasionado alteração de monta, sua constitucionalidade não restou examinada pela Suprema Corte.

A última das emendas, a EC nº 103/19, é, sem dúvida, a mais ampla até o momento promulgada. Seus trinta e cinco artigos trouxeram diversas inovações, como: maior autonomia para os entes federados organizarem seus regimes de previdência; tentativa de desconstitucionalizar regras de acesso e forma de cálculo de benefícios, remetendo sua disciplina à legislação infraconstitucional⁴⁵⁷; uniformização das formas, critérios e valor das aposentadorias no regimes geral e no regime próprio da União; alteração da forma de liquidação da pensão por morte; limitação do valor do auxílio reclusão a um salário mínimo; introdução da progressividade das alíquotas da contribuição previdenciária e a possibilidade de cobrança de alíquota extraordinária; revogação das regras de transição contidas nas emendas anteriores e criação de um total de oito novas regras. Considerada sua abrangência e grau de detalhamento, é provável que sofra várias impugnações judiciais⁴⁵⁸.

Assim, foram examinadas decisões tomadas pelo plenário do Supremo Tribunal Federal envolvendo as emendas nº 03/93, nº 20/98, nº 41/03 e nº 47/05 no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, no controle difuso cuja repercussão geral foi acolhida e em mandados de segurança afetos à competência originária da Corte.

Enfocaram-se dois aspectos das decisões examinadas: quais critérios serviram de guia para o reconhecimento da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de normas contidas na emenda; e quais argumentos foram adotados para acolher ou repelir alegações de ofensa a direitos adquiridos e a expectativas de direito. Em cada um dos aspectos enfocados, foram analisados os fundamentos que conduziram à decisão final, tendo como objetivo estabelecer o posicionamento da Corte sobre o tema.

No estudo de casos estrangeiros, foram examinados os reflexos da crise econômica de 2008 no esquema de seguro social de Portugal e da Grécia. A escolha desses países se deve ao fato de serem os que mais duramente reduziram ou cortaram prestações do

⁴⁵⁷ Entende-se que não houve a efetiva desconstitucionalização porque, embora alterando os artigos 40 e 201 da Constituição, a própria emenda, nos artigos 10 e 26, definiu em regras transitórias novos critérios de liquidação e acesso a prestações, as quais permanecerão em vigor até que sejam editadas as leis regulamentadoras.

⁴⁵⁸ Ao tempo em que se concluiu esse trabalho, apenas cinco impugnações no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade foram opostas à emenda: ADI nº 6.254 (questiona as alíquotas da contribuição previdenciária, a revogação de regras de transição anteriores, a anulação de aposentadorias já concedidas e as regras diferenciadas de jubilação para mulheres), ADI nº 6.255 e ADI nº 6.256 (impugnam a progressividade das alíquotas de contribuição previdenciária), ADI nº 6.256 (questiona a anulação de aposentadorias já concedidas com base na contagem recíproca), e ADI nº 6.258 (questiona as alíquotas progressivas).

sistema previdenciário, mesmo em face de situações jurídicas há anos consolidadas. Foram casos em que a realidade econômica se impôs, determinando a modificação da realidade jurídica. O que se objetiva, com o exame desses casos, é investigar até que ponto é possível mitigar direitos relacionados à previdência social e qual discurso jurídico serve de amparo. Interessa, então, examinar os fundamentos adotados pelas Cortes Supremas desses países para flexibilizar o direito adquirido no contexto da insuficiência de recursos financeiros para honrar as aposentadorias e pensões.

5.2. Emenda nº 03/93

Essa foi a primeira emenda à Constituição de 1988 a versar sobre matéria previdenciária. Veiculada sob a forma da PEC nº 48/1991, vindo a ser promulgada em 17/03/1993, tinha por objeto eliminar “disfunções, distorções e imperfeições” no sistema tributário nacional⁴⁵⁹ por meio da redução do elenco de tributos, equânime distribuição da carga tributária, simplificação tributária, estabilização do sistema, redução de impostos indiretos e aumento dos diretos e ampliação das garantias de recebimento de créditos vencidos.

No campo do seguro social, a alteração se cingiu a instituir aos servidores da União contribuição destinada ao custeio de suas aposentadorias e pensões, mediante o acréscimo do parágrafo 6º ao artigo 40 do texto constitucional⁴⁶⁰. Veja-se que, diversamente da União, desde sempre a Constituição de 1988 franqueou aos entes federados a instituição de contribuição para o custeio de seus regimes próprios de previdência social⁴⁶¹.

No âmbito federal, a emenda foi inovadora⁴⁶², pois até então esses benefícios eram mantidos com recursos públicos, com diminuta participação dos servidores⁴⁶³. Entendia-se decorrer a jubilação do vínculo estatutário, abstraída qualquer preocupação financeira ou atuarial, representando verdadeiro “prêmio” por serviços prestados ao longo

⁴⁵⁹ Exposição de motivos disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1993/emendaconstitucional-3-17-marco-1993-354966-exposicaodemotivos-148806-pl.html>>. Acesso em 12.08.2019.

⁴⁶⁰ Vazado nos seguintes termos: “As aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais serão custeadas com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores, na forma da lei”. Até então, o servidor federal contribuía, no percentual de 6% de seus ganhos, para o custeio de pensão por morte (Lei nº 3.373/58 e artigo 249 da Lei nº 8.112/90).

⁴⁶¹ Conforme o parágrafo único do artigo 149, em sua redação original, “os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social”.

⁴⁶² Com efeito, o parágrafo 2º da Lei nº 8.112/90, em sua redação primitiva, determinava que “o custeio da aposentadoria é de responsabilidade integral do Tesouro Nacional”.

⁴⁶³ Na verdade, os servidores federais contribuam apenas para o custeio de pensão por morte.

da carreira⁴⁶⁴. Ao impor a necessidade de contribuição para o custeio de aposentadorias, a EC nº 03/93 conferiu natureza previdenciária aos benefícios oferecidos aos servidores vinculados a regime próprio⁴⁶⁵.

A emenda, por outro lado, ensejou discussão sobre a cobrança dos inativos. A novação constitucional fez expressa menção aos servidores, surgindo dúvida acerca de sua extensão aos aposentados e pensionistas.

5.2.1. Emenda nº 03/93 e a instituição de contribuição previdenciária sobre inativos e pensionistas

A partir da promulgação da emenda, União, Estados, Distrito Federal e Municípios começaram a estabelecer contribuições não só para os servidores ativos, mas também para os inativos e os pensionistas.

Para a administração pública federal, inicialmente foi editada a Lei nº 8.688, de 21/07/1993, dispondo que “o custeio de aposentadorias e pensões é de responsabilidade da União e de seus servidores”⁴⁶⁶. Seguiu-se a publicação da MPv nº 1.415, de 29/04/1996, determinando que “a contribuição mensal incidente sobre os proventos será apurada considerando-se as mesmas alíquotas e faixas de remuneração estabelecidas para os servidores em atividade”⁴⁶⁷, criando a contribuição previdenciária para os inativos.

Essa medida provisória foi impugnada pela ADI nº 1.441, estada nos seguintes argumentos: a EC nº 03/93 somente autorizou cobrar exação dos servidores ativos; ofensa à isonomia entre os jubilados dos regimes próprio e geral, uma vez que nesse inexistente a cobrança; ofensa ao princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios; ausência de correlação entre exação e benefício, já que nenhuma vantagem será acrescida aos aposentados e pensionistas.

Ao indeferir o pedido de medida cautelar, o relator, Min. Octavio Gallotti, assentou inicialmente que a irredutibilidade do valor dos benefícios não imuniza contra a incidência tributária. E mais, que, diversamente do ocorrido na iniciativa privada, o vínculo

⁴⁶⁴ De modo geral, as razões que justificam a criação de um esquema diferenciado de aposentadorias e pensões aos servidores públicos são garantir independência ao agente, tornar a carreira atrativa, assegurar o reajustamento futuro dos benefícios e garantir condições de inatividade política e socialmente aceitáveis (PALACIOS, Robert. WHITEHOUSE, Edward. *Civil-Service Pension Schemes Around the World*. Banco Mundial. Discussion Paper 602, maio/2006, p.7). Como se observa, a responsabilidade financeira e atuarial não se insere dentre essas razões.

⁴⁶⁵ Conforme assentado pelo Min. Sepúlveda Pertence em seu voto no julgamento da medida cautelar na ADI nº 1.619.

⁴⁶⁶ Nova redação conferida ao parágrafo 2º do artigo 231 da Lei nº 8.112/90.

⁴⁶⁷ Acréscimo do parágrafo 3º ao artigo 231 da Lei nº 8.112/90.

jurídico estatutário não cessa com a jubilação, pois (i) o contratante é o responsável pelos pagamentos dos proventos e (ii) os reajustamentos do inativo seguem os aumentos concedidos aos ativos; motivos, no seu entender, suficientes para justificar a participação dos aposentados no custeio do regime próprio.

De fato, o vínculo que se estabelece entre o órgão previdenciário e o jubilado no regime geral de previdência é fundamentalmente diverso daquele instaurado no regime próprio. O pagador do benefício previdenciário, no regime geral, é o órgão gestor, e não o empregador. Já nos regimes próprios, é o empregador, diretamente ou por autarquia ou fundação por ele criada e mantida, que efetua o pagamento das aposentadorias e pensões. Ademais, a forma de reajustamento do benefício, nos regimes próprios, segue o conferido aos servidores da ativa, e, no regime geral, segue um índice uniforme e indistintamente aplicável a todos os beneficiários. Por essas razões, concluiu o relator, o vínculo jurídico entre o servidor e a Administração contratante não cessa com o encerramento das atividades laborativas, justificando a imposição de contribuição ao inativo.

Restou vencido o Min. Marco Aurélio, o qual entendeu ter o servidor o direito de ver sua situação jurídica disciplinada pela norma vigente quando obteve a jubilação. Ou seja, se no momento em que se iniciou a inatividade não existia contribuição a incidir na relação jurídica entre o inativo e a Administração, exações posteriormente criadas não poderiam recair sobre essa relação, porquanto já prévia e definitivamente constituída. O que o voto vencido, em outras palavras, defendia, embora não o dissesse de modo expreso, era a existência de direito adquirido a regime jurídico.

Ao enfrentar a ADI nº 1.430 – que impugnava lei do Estado da Bahia instituidora de contribuição previdenciária aos servidores aposentados e também aos pensionistas, exação criada com esteio no artigo 149 da Constituição –, o Min. Moreira Alves, ao indeferir a medida cautelar, valeu-se dos mesmos argumentos utilizados pelo relator da ADI nº 1.441, ou seja, a manutenção do vínculo estatutário autoriza a contribuição do inativo e pensionista, no que foi seguido pela Corte, a exceção do voto divergente do Min. Marco Aurélio ao entendimento de haver direito adquirido a regime jurídico.

Os precedentes citados demonstram que, naquela ocasião, a Corte não encontrava impedimento à instituição de contribuição previdenciária para os servidores inativos e pensionistas, dada a distinção entre o vínculo de trabalho no serviço público e no serviço privado. O quadro sofreu modificação com a promulgação da EC nº 20/98.

5.3. Emenda nº 20/98

A Mensagem Presidencial – encaminhadora da proposição (PEC nº 33/95) que originou a emenda nº 20 – indicava a necessidade de promover justiça social e viabilidade financeira como justificativa para a alteração de diversos dispositivos constitucionais relacionados ao sistema previdenciário, desde a competência legislativa até o elenco de contingências protegidas e critérios de acesso a benefícios. Ainda de acordo com a Mensagem, o objetivo da proposta era reformar o sistema mediante a uniformização de critérios de acesso a prestações, ratificação do caráter contributivo do sistema, separação entre o seguro social e os sistemas assistenciais, aperfeiçoamento, simplificação e aumento da arrecadação previdenciária e o estabelecimento regras de transição que permitissem a sobrevivência do sistema no período de mudanças e respeitassem os direitos adquiridos e a expectativa de direito.

Embora alcunhada de reforma da previdência, seu objetivo não era modificar as estruturas existentes do seguro social, como seria a adoção de um regime de custeio diverso, ou a redução do limite de pagamentos baseados na repartição, ou a alteração do programa de benefícios definidos. Na verdade, o grande escopo da proposta era, por meio da estratégia de desconstitucionalizar parte das normas previdenciárias, efetuar ajustes, permitindo ao legislador ordinário ou complementar a regulamentação do sistema, tornando-o, assim, mais flexível e permeável a modificações futuras⁴⁶⁸. O produto final escapou dessa meta, resultando numa disciplina constitucional extremamente minuciosa⁴⁶⁹.

A PEC foi apresentada à Câmara dos Deputados em 28/03/1995 e, ao fim de mais de três anos de debates no Congresso Nacional, a EC nº 20 restou promulgada em 15/12/1998, determinando significativas alterações nas normas constitucionais

⁴⁶⁸ OLIVEIRA, Francisco Eduardo Barreto de. BELTRÃO, Kaizô Iwakami. FERREIRA, Mônica Guerra. *Reforma da previdência*. Rio de Janeiro: IPEA, 1997 (Texto para discussão nº 508), p.63-66; STEPHANES, Reinhold. *Reforma da previdência sem segredos*. Rio de Janeiro: Record, 1998, p.141-143.

⁴⁶⁹ De fato, o artigo 40, que era composto de 6 parágrafos, passou a contar 16; o artigo 201 passou de 8 para 11 parágrafos; o artigo 202 subiu de 2 para 6 parágrafos; foram acrescentados um parágrafo aos artigos 100 e 114, três ao artigo 195 e três novos artigos à Constituição. Embora tenha havido a desconstitucionalização de alguns temas (como a regra de cálculo das aposentadorias do regime geral), muitos mais foram constitucionalizados, notadamente sob a forma de vedações (vedação a critérios diferenciados de jubilação, vedação de vinculação ao RGPS como segurado facultativo daqueles já vinculados a RPPS, vedação à contagem de tempo fictício, vedação à vinculação a regime próprio dos titulares de cargos exclusivamente em comissão, temporários e emprego público, dentre outras proibições).

previdenciárias. O texto por fim aprovado continha alterações no sentido de restringir direitos⁴⁷⁰, assegurar direitos adquiridos⁴⁷¹ e proteger expectativas de direito⁴⁷².

Vários dispositivos da emenda foram impugnados judicialmente, bem como serviram para contestar leis nacionais e locais criadas posteriormente, destacando-se os debates acerca da redução do conteúdo protegido e do respeito ao direito adquirido.

5.3.1. Redução do conteúdo protegido

A emenda, ao final, implicou restrição da cobertura previdenciária, o que foi levado a efeito pela exclusão de direitos e pelo endurecimento dos critérios de acesso a determinadas prestações.

Houve a exclusão dos seguintes direitos: salário-família e auxílio-reclusão aos trabalhadores que não fossem de baixa renda; aposentadoria com decréscimo de cinco anos ao professor universitário; aposentadoria por tempo de serviço proporcional; aposentadorias previstas em leis esparsas que determinavam critérios diferenciados para sua concessão; contagem de tempo de contribuição fictício; filiação ao regime geral como segurado facultativo do servidor já vinculado a regime próprio.

Quanto à vedação de acumulação de cargo público com aposentadoria e de mais de uma aposentadoria no regime próprio dos servidores, além das exceções constitucionais, o novo texto só explicitou o que já estava contido na redação originária da Carta Política. E desde antes da emenda nº 20, a Suprema Corte já firmara o entendimento

⁴⁷⁰ No regime próprio: explicitou a vedação a acumulação de remuneração no serviço público com aposentadoria (artigo 37, parágrafo 10) e, como regra, de mais de uma aposentadoria (artigo 40, parágrafo 6º); limitou o acesso a jubilação voluntária pela imposição de idade mínima e período mínimo de permanência no serviço público (artigo 40, parágrafo 1º, inciso III); vedou a contagem de tempo de contribuição fictício (artigo 40, parágrafo 10); desvinculou do RPPS os agentes públicos não ocupantes de cargo efetivo, remetendo-os ao RGPS (artigo 40, parágrafo 13); majorou o tempo de labor para magistrados e membros do Ministério Público (artigo 93, inciso VI). No regime geral: limitou o acesso ao auxílio-reclusão (artigo 201, inciso IV); vedou a filiação, como segurado facultativo, do servidor vinculado a RPPS (artigo 201, parágrafo 5º); desconstitucionalizou a forma de cálculo das aposentadorias (nova redação dos artigos 201 e 202). Em ambos os regimes: o acesso ao salário-família foi restrito ao trabalhador de baixa renda (artigo 7º, inciso XII, e artigo 201, inciso IV); acabou com a aposentadoria proporcional (artigo 40, parágrafo 1º, e artigo 201, parágrafo 7º); excluiu do magistério superior a possibilidade de aposentadoria com menor tempo de serviço (artigo 40, parágrafo 5º, e artigo 201, parágrafo 8º); limitou a flexibilização de critérios para jubilação às atividades exercidas exclusivamente em condições especiais que degradem a saúde ou a integridade física do trabalhador (artigo 40, parágrafo 4º, e artigo 201, parágrafo 1º); limitou o pagamento de benefícios ao teto remuneratório do serviço público (artigo 40, parágrafo 11, e artigo 249); e acabou com a imunidade do imposto sobre a renda aos aposentados e pensionistas maiores de 65 anos (revogação do artigo 153, parágrafo 2º, inciso II).

⁴⁷¹ Em vários dispositivos, assegurou o direito de obter aposentadorias e pensões àqueles que houvessem implementado as condições para tanto exigidas conforme a norma vigente até o dia anterior à publicação da emenda (artigo 3º, caput e parágrafos, e artigo 11).

⁴⁷² São as regras de transição contidas nos artigos 8º e 9º. As regras temporárias contidas nos artigos 4º e 15, por conferirem segurança às relações jurídicas continuativas que estavam se desenvolvendo até que se ultimasse sua vigência (ou seja, até que fossem publicadas as leis a que se referiam) igualmente protegiam a expectativa de direito.

da possibilidade de acumulação de proventos com remuneração apenas quando permitido o recebimento de ambas as rendas na atividade⁴⁷³. Nesse particular, a emenda nada restringiu, apenas tornou mais evidente o que determinou o poder constituinte originário⁴⁷⁴.

O mesmo se deu com a exigência de o professor entreter “exclusivamente” tempo de efetivo exercício das funções de magistério⁴⁷⁵ para obter jubilação com redução em cinco anos do tempo de contribuição. A imposição não constava da primitiva redação do texto constitucional⁴⁷⁶. Contudo, já antes da emenda, enfrentando leis estaduais que estendiam o critério diferenciado a profissionais apartados do magistério, a Suprema Corte determinou sua aplicação apenas aos que exercem atividades exclusivamente em sala de aula⁴⁷⁷. Não inovou, portanto, cingindo-se a emenda a tornar mais clara a norma constitucional⁴⁷⁸.

Por outro lado, a maior onerosidade nos critérios de acesso a prestações efetivou-se pela imposição de idade mínima e período mínimo de permanência no serviço público⁴⁷⁹ para jubilação dos servidores vinculados a regime próprio de previdência social; pela majoração do tempo de labor para o magistrado e o membro do Ministério Público alcançarem aposentadoria; e, ainda que carente de regulamentação⁴⁸⁰, pela exigência de tempo de contribuição, e não mais tempo de serviço, como condição de acesso a jubilações voluntárias.

Ademais, desconstitucionalizou a forma de cálculo das aposentadorias no regime geral e vinculou a esse regime os servidores públicos ocupantes exclusivamente de cargo em comissão, os servidores temporários e os empregados públicos. Embora não se trate estritamente de exclusão de direitos⁴⁸¹ ou maior dificuldade em acessar prestações, houve, no plano do seguro social, restrição ao universo das possibilidades jurídicas franqueadas aos atingidos.

⁴⁷³ RE nº 163.204, MS nº 22.182 e ADI-MC nº 1.541.

⁴⁷⁴ RE nº 584.388.

⁴⁷⁵ Artigo 40, parágrafo 5º, e artigo 201, parágrafo 8º da Constituição, na redação da EC nº 20/98.

⁴⁷⁶ Cujo artigo 40, inciso III, b, e artigo 202, inciso III, exigiam apenas “exercício em funções de magistério”.

⁴⁷⁷ ADI nº 122, ADI nº 152 e, sob a égide da EC nº 20/98, ADI nº 2.253-MC.

⁴⁷⁸ O panorama, entretanto, sofreu alteração com a edição da Lei nº 11.301/06, que modificou o artigo 67, parágrafo 2º, da Lei nº 9.393/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação), após o que, enfrentando a questão, o STF, na ADI nº 3.772, passou a entender que se equiparam ao magistério, para fins de jubilação, as atividades de direção, coordenação e assessoramento pedagógico quando exercidas por professores de carreira.

⁴⁷⁹ O período mínimo de dez anos de permanência no efetivo exercício do serviço público constitui, na verdade, imposição de carência para obtenção de jubilação voluntária no RPPS (artigo 40, parágrafo único, inciso III, na redação da EC nº 20/98). Não é outro o entendimento de Wladimir Novaes Martinez (*Reforma da previdência dos servidores: comentários à EC nº 41/03*. São Paulo: LTr, 2004, p.49-50). Interessante lembrar que a imposição já integrava o texto original da Constituição de 1988, mas se restringia a exigir dos magistrados e membros do Ministério Público e do Tribunal de Contas da União cinco anos de permanência no cargo para acesso a tal benefício (artigo 73, parágrafo 3º, artigo 93, inciso VI, e artigo 129, parágrafo 4º).

⁴⁸⁰ Conforme o artigo 4º da EC nº 20/98.

⁴⁸¹ Veja-se que os agentes públicos referidos continuaram protegidos, mas a partir de então necessariamente pelo RGPS.

Por fim, estabeleceu valor máximo, ou teto, para o pagamento de benefícios do regime geral⁴⁸², o que repercutiu no salário-maternidade devido à segurada empregada, uma vez que o seu valor corresponde ao total da remuneração auferida da empresa, devendo esta compensar o montante adiantado com a contribuição previdenciária a seu cargo⁴⁸³. A partir da promulgação da emenda, relativamente às empregadas com remuneração superior ao teto de pagamentos do regime geral, a empresa deveria arcar com a parcela que superasse o teto, uma vez que não seria admitida a compensação.

Essa questão foi objeto de exame na ADI nº 1.946, em que os autores escoraram o pedido na alegação de ofensa a cláusulas pétreas por violação dos direitos individuais de isonomia entre homens e mulheres⁴⁸⁴ e acesso ao salário-maternidade sem prejuízo do emprego e do salário⁴⁸⁵. O relator, Min. Sydney Sanches, observou que o mérito debatido se referia à natureza do salário-maternidade, ou seja, se é benefício trabalhista ou previdenciário. Daí a relevância em saber, à luz da proteção previdenciária à maternidade e à gestante⁴⁸⁶, se seria possível salário-maternidade com parâmetros diversos daqueles estabelecidos no artigo 7º, inciso XVIII, da Constituição, ou seja, com prejuízo do emprego e da remuneração.

Entendeu a Corte se tratar de prestação nitidamente previdenciária⁴⁸⁷, cuja limitação ao teto do RGPS, ficando o empregador responsável pelo pagamento da diferença que superar, ofende a isonomia entre homens e mulheres, porquanto capaz de estimular a contratação apenas de homens, prejudicando as mulheres. Além disso, o constituinte reformador não alterou, no texto constitucional, a redação de dispositivo algum relacionado ao salário-maternidade, o que levantaria dúvidas sobre eventual intento de promover modificações nesse benefício. Com base nesse entendimento, foi deferida a liminar⁴⁸⁸ para determinar a inaplicabilidade desse teto apenas para o salário-maternidade, permitindo ao empregador ser ressarcido da integralidade do valor pago nos termos da legislação vigente, de modo que a previdência social responda pela totalidade do benefício.

Tema ensejador de muitos debates na Corte foi a instituição de contribuição previdenciária aos servidores inativos e pensionistas. Na vigência da EC nº 03/93, a questão se pacificou no sentido da constitucionalidade dessa cobrança. A PEC nº 33/95, em dois

⁴⁸² Artigo 14 da EC nº 20/98.

⁴⁸³ Lei nº 8.213/91, artigo 72.

⁴⁸⁴ Artigo 5º, inciso I, e artigo 7º, inciso XXX, da Constituição

⁴⁸⁵ Artigo 7º, inciso XVIII, da Constituição.

⁴⁸⁶ Artigo 201, inciso II (na redação originária da Constituição, correspondendo atualmente ao inciso III).

⁴⁸⁷ Desde a Lei nº 6.136/74.

⁴⁸⁸ Posteriormente confirmada no julgamento do mérito da ação.

dispositivos, enfatizava tal cobrança⁴⁸⁹. Todavia, a Câmara dos Deputados, por acordo de líderes, retirou um dos dispositivos, mantendo o outro⁴⁹⁰. Seguiu-se à promulgação da emenda a edição de leis estaduais e federais instituindo a exação aos inativos e pensionistas, as quais foram impugnadas, dentre outros, ao fundamento de ofensa à irredutibilidade do valor do benefício, à isonomia entre os regimes⁴⁹¹ e desrespeito ao direito adquirido.

A questão foi, primeiramente, enfrentada pela Corte no pedido de liminar na ADI nº 2.010, da relatoria do Min. Celso de Mello, servindo a decisão como precedente utilizado em casos análogos⁴⁹². O colegiado entendeu não ser possível instituir contribuição dos inativos e pensionistas da União por três razões fundamentais: primeiro, porque não abrangidos pela redação do artigo 40, caput, da Constituição, na redação da EC nº 20; segundo, porque a seu respeito houve a consciente abstenção dos membros do Congresso Nacional; e, finalmente, porquanto ausente a correlação entre exação e vantagem, haja vista que inativos e pensionistas pagariam e nada receberiam em contraprestação. Por fim, reiterando a jurisprudência da Casa, averbrou não existir direito (adquirido) a não ser tributado ou ver o tributo majorado⁴⁹³.

Em seu voto, o relator esclareceu que (i) com base na anterior redação do artigo 40 da Constituição, o Supremo havia reconhecido a constitucionalidade da exação relativamente a inativos e pensionistas (ADI nº 1.441 e 1.430); mas (ii) com esteio nos debates parlamentares e no argumento histórico, a base constitucional dessa contribuição foi conscientemente excluída do texto da PEC nº 33/95 por iniciativa dos líderes dos partidos políticos na Câmara; e (iii) a instituição de contribuição aos inativos e pensionistas é ausente de causa porque (iii.a) eles não trabalham e (iii.b) em um regime previdenciário contributivo deve existir correspondência entre exação e benefício ou serviço fornecidos, de modo que não existe benefício sem contribuição e nem contribuição sem benefício. No entender do

⁴⁸⁹ No artigo 40, caput (aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de **caráter contributivo**, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo) e no parágrafo 1º (o custeio dos benefícios do regime previdenciário referido neste artigo será feito **mediante contribuições dos servidores públicos ativos e inativos, bem como dos pensionistas** e do respectivo ente estatal, observados os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial) (grifei).

⁴⁹⁰ Foi retirado da PEC 33/95 o parágrafo 1º do artigo 40, mantida a proposta de redação do caput, na forma como veio a ser aprovado.

⁴⁹¹ De vez que, na forma do artigo 195, inciso II, da Constituição, os jubilados e pensionistas do regime geral não se submetem a dita contribuição sobre o valor de seu benefício.

⁴⁹² Questionava-se, na espécie, a Lei nº 9.783/99, instituidora da contribuição aos inativos e pensionistas pertencentes ao regime próprio mantido pela União, criando alíquotas progressivas para todos.

⁴⁹³ Foi assentado, também, que (i) somente é permitida a tributação com o uso de alíquotas progressivas nos casos autorizados pela Constituição, não sendo esse o caso da contribuição dos servidores ativos; (ii) a vedação à adoção de alíquotas progressivas, *in casu*, ocorre porque (ii.a) a contribuição possui destinação específica e (ii.b) deve haver correlação entre a contribuições e o benefício, e, na hipótese concreta, não implicam concessão de vantagens adicionais aos aposentados e pensionistas.

relator, antes da EC nº 20, a contribuição não era um pressuposto para a obtenção de aposentadoria, convolvendo-se, com a EC nº 03/93, em mera obrigação acessória, embora ainda não representando condição necessária para acesso à jubilação.

Interessante, sob a ótica da previdência social como direito individual, observar que, de modo isolado, conquanto seguindo o relator em seu voto, o Min. Marco Aurélio externou posicionamento no sentido de configurar cláusula pétreia o direito dos inativos e pensionistas à não incidência da contribuição previdenciária sobre seus benefícios⁴⁹⁴.

Por meio da ADI nº 2.024, questionou-se a constitucionalidade do parágrafo 13 do artigo 40, na redação da emenda, que vinculou ao regime geral os servidores titulares de cargo exclusivamente em comissão, de cargo temporário e de emprego público. A impugnação se estribou na tentativa de abolir a forma federativa do Estado, em ofensa à imunidade recíproca dos entes federados e em violação à isonomia entre os servidores, notadamente em relação aos titulares de cargo exclusivamente em comissão.

O Min. Sepúlveda Pertence, relator, ao indeferir a liminar, asseverou que (i) não houve ofensa à cláusula federativa porque (i.a) a federação não pode ser conceituada com base em um modelo ideal e apriorístico (ou seja, existem vários modelos de federação), (i.b) o modelo adotado pelo constituinte originário é centralizado, o que não foi alterado pela EC nº 20, (i.c) a emenda pouco inovou em tema de federação, porque (i.d) desde a redação originária, a União possui competência para editar normas gerais em matéria previdenciária, e, sendo assim, também pode editar emendas constitucionais sobre o tema; (ii) a imunidade tributária recíproca se limita a impostos, não albergando contribuições; e, por fim, (iii) na redação originária da Constituição já havia distinção na “[...] aposentadoria em cargos ou empregos temporários”⁴⁹⁵, no que a emenda não inovou. Portanto, a vinculação dos servidores não efetivos ao regime geral e a cobrança, para custeio desse regime, dos entes federados não violam o pacto federativo e nem ofendem a Constituição.

A emenda, ainda, inovou por limitar o auxílio-reclusão aos dependentes do segurado de baixa renda, definindo, no artigo 13, seu elemento quantitativo. Como o benefício é devido aos dependentes do segurado, havia divergência sobre a renda a considerar: a do segurado ou a do dependente. A controvérsia chegou ao Supremo por meio do RE nº 587.089, cuja repercussão geral foi reconhecida, na relatoria do Min. Ricardo

⁴⁹⁴ Significa dizer, o Ministro permaneceu fiel a seu entendimento de existir direito adquirido a regime jurídico, no caso, de não ser tributado.

⁴⁹⁵ Artigo 40, parágrafo 2º.

Lewandowski, para quem a renda a ser observada é a do segurado preso, e não a de seus dependentes, no que foi seguido pelo colegiado⁴⁹⁶. O fundamento para admitir a restrição da cobertura previdenciária, no caso, foi a aplicação do princípio da seletividade⁴⁹⁷, o que leva a deduzir que, na interpretação do STF, limitação do universo de atendidos – excluindo de alguns o acesso à prestação previdenciária – não ofende o conteúdo das cláusulas pétreas e é constitucionalmente admitida.

Além das citadas impugnações, houve outras versando sobre restrição da cobertura previdenciária, mas não lograram ser conhecidas pela Corte, ora por ausência de legitimidade dos postulantes, ora por prejudicialidade ante nova alteração do texto constitucional, ora por falta de relevância da discussão para fins de exame do recurso extraordinário. Em geral, foram contestadas normas infraconstitucionais editadas com amparo na emenda em debate, de onde se arguia a inconstitucionalidade desses textos, mas não propriamente a inconstitucionalidade da emenda em si e tomada como parâmetro de comparação a redação original da Constituição.

Observa-se, assim, que nem todas as restrições impostas pela emenda foram examinadas pelo Supremo⁴⁹⁸. A Corte não enfrentou, especificamente, a perda do direito de o professor universitário, o magistrado e o Membro do Ministério Público e do Tribunal de Contas da União se jubilearem com menos tempo de trabalho; a extinção da aposentadoria proporcional; a imposição de idade mínima e carência para aposentadoria em regime próprio; a vedação da filiação ao regime geral, de modo facultativo, do servidor vinculado a regime próprio. São modificações significativas e, embora razoáveis e proporcionais sob o ponto de vista jurídico e econômico, a seu respeito não existe um entendimento jurisprudencial consolidado pela Suprema Corte.

Por outro lado, o colegiado da Corte reiteradamente afastou o argumento de ofensa a cláusulas pétreas, refutando enfaticamente alegações de violação à forma federativa do Estado, mas nãovolvendo o mesmo ardor quanto a arguições de violação de direitos individuais previdenciários, salvo em tema de direito adquirido.

⁴⁹⁶ No julgamento, foi definida a seguinte tese de repercussão geral (tema 89): “segundo decorre do art. 201, IV, da Constituição Federal, a renda do segurado preso é a que deve ser utilizada como parâmetro para a concessão do auxílio-reclusão e não a de seus dependentes”.

⁴⁹⁷ Em seu voto, o relator esclareceu que o escopo da EC nº 20 “[...] foi o de restringir o acesso ao auxílio-reclusão, utilizando, para tanto, a renda do segurado. Quer dizer: o constituinte derivado amparou-se no critério de seletividade que deve reger a prestação dos benefícios e serviços previdenciários [...] para identificar aqueles que efetivamente necessitam do auxílio em tela”.

⁴⁹⁸ Pende de julgamento na Corte o RE nº 657.989, objeto do tema 543 da repercussão geral, onde se discute o direito adquirido do servidor público de receber o salário-família, inobstante a limitação constitucional aos trabalhadores de baixa renda (artigo 7º, inciso XII, na redação da EC nº 20).

Parece que a estratégia da Corte, em tema de direitos individuais previdenciários, foi permitir sua configuração e reconfiguração dentro do amplo espectro de liberdade do poder constituinte reformador, preservando-se manifestar pela inconstitucionalidade apenas em face de graves violações, como ocorreu nos casos da limitação ao salário-maternidade (ADI nº 1.946) e da contribuição de ativos e inativos (ADI nº 2.010), embora sem expressa menção de haver ofensa a cláusulas pétreas⁴⁹⁹.

5.3.2. Respeito ao direito adquirido

Em dois dispositivos, a emenda resguardou o direito daqueles que já haviam encerrado o *iter* aquisitivo até a data de sua publicação. No artigo 3º, assegurou o direito de obter aposentadorias e pensões àqueles que houvessem implantado as condições para tanto exigidas conforme a norma até então vigente. E, no artigo 11, o direito de acumular cargos públicos para aqueles que, na data da publicação da emenda, estivessem ocupando mais de um, vedada, contudo, a acumulação de jubilações.

As contestações realizadas, seja em face da emenda, seja diante de normas editadas em descompasso com ela, quase invariavelmente adotaram, entre seus fundamentos, arguição de ofensa a direito adquirido. Foi o que ocorreu no MS nº 23.047.

Os questionamentos judiciais da emenda começaram antes mesmo de sua promulgação. Por meio do MS nº 23.047, no exercício do controle preventivo de constitucionalidade, deputados federais buscaram impedir a votação da PEC nº 33/95 na Câmara alegando que seu texto violava cláusulas pétreas, notadamente a forma federativa de Estado e direitos adquiridos. O relator, Min. Sepúlveda Pertence, ao indeferir a liminar, no que foi acompanhado pela maioria do colegiado, lembrou que o respeito às cláusulas

⁴⁹⁹ Com exceção do Min. Marco Aurélio, que, desde o MS nº 23.047, denunciou em seu voto (vencido) o posicionamento pessoal sobre a emenda: “Não posso desconhecer que o problema previdenciário a envolver o tomador, em si, dos serviços, a União, o Estado, o Município, o Distrito Federal e, também, o próprio prestador dos serviços, encerra uma relação jurídica que, para mim, é sinalagmática e comutativa, já que há a contribuição do próprio servidor visando a um resultado, um benefício. **Ora, se isso ocorre, na expressão ‘direitos e garantias individuais’, tem-se a preservação, pela Carta de 1988, das situações também em curso, não apenas direitos adquiridos [...].** A ordem jurídico-constitucional há de ser percebida com o alcance de viabilizar a almejada segurança jurídica. O que assento, **e aqui sinalizo a visão que adotarei sobre a reforma previdenciária, é a imutabilidade das situações em curso, tenham o tempo que tiverem.** Afinal, entender-se de forma diversa é admitir que o Estado, que tudo pode – legisla, executa e julga –, altere, unilateralmente, os parâmetros da aposentadoria, fazendo-o de forma substancial. Não, isso para mim não é possível, porquanto, repito, as contribuições satisfeitas têm objetivo próprio e a modificação a esvazia, implicando vantagem indevida para um dos envolvidos na relação jurídica e, o que é pior, justamente para aquele que, a todos os títulos, surge na posição mais confortável – o Estado” (grifei). É certo que a posição do Ministro sinaliza a máxima proteção aos direitos individuais, mas, em tema previdenciário, o faz com base na imutabilidade das regras do regime ou, em outras palavras, no direito adquirido a regime jurídico.

pétreas não pode conduzir à intangibilidade radical da Constituição, o que, no seu entender, apenas serviria para legitimar golpes de Estado e revoluções. Em seu exame, o texto impugnado pouco inovou em tema de federação, cingindo-se a explicitar aspectos do regime próprio que já integravam a redação original da Constituição. Ademais, quanto à previdência complementar dos servidores, a proposta não trouxe imposição, mas faculdade, para o ente federado instituí-la. Quanto à alegação de ofensa aos direitos adquiridos, o relator assinalou que se encontram amparados por expresse dispositivo (artigo 3º) contido na proposta. Quanto à pretensão de manter as regras anteriores, vigentes desde o início da atividade laboral e do vínculo previdenciário, concluiu que é buscar o reconhecimento de direito adquirido a regime jurídico, solicitação iteradas vezes rechaçada pela Corte. Em suma, a alteração de regras do regime próprio não atenta contra a federação e, quanto ao direito adquirido, encontra-se amparado por dispositivo expresse do texto impugnado e não compreende a manutenção a determinado regime legal⁵⁰⁰.

A contribuição dos ativos e inativos foi rediscutida, agora sob o viés do direito adquirido a não ser tributado, na ADI nº 2.087, na qual se alegou, entre outros fundamentos, ofensa ao parágrafo 12 do artigo 40, na redação da emenda (determinando aos regimes próprios a aplicação subsidiária das normas do regime geral), e ao inciso II do artigo 195 (que imuniza da incidência da contribuição previdenciária as aposentadorias e pensões do regime geral). O relator, Min. Sepúlveda Pertence, ratificou o posicionamento da Corte quanto à inexistência de direito adquirido a regime jurídico, considerando, por isso, incabível ação no controle concentrado buscando, em abstrato, a manutenção de regime legal⁵⁰¹; e assentou que a inexigibilidade de contribuição previdenciária dos inativos e pensionistas decorre de sua rejeição pela Câmara dos Deputados, conforme decidido na ADI nº 2.010.

Dois aspectos relativos ao valor dos benefícios sofreram modificação, repercutindo na argumentação de ofensa a direito adquirido: a forma de cálculo das jubilações no regime geral e o teto do valor dos benefícios para ambos os regimes.

⁵⁰⁰ Restou vencido o Min. Marco Aurélio, que deferia liminar ao fundamento de proteger o direito daqueles que já se encontravam vinculados ao sistema previdenciário.

⁵⁰¹ O relator destacou que “[...] o direito adquirido, quando seja o caso, pode ser oposto com êxito à incidência e à aplicação da norma superveniente a situações subjetivas já constituídas, mas nunca à alteração em abstrato do próprio regime jurídico anterior”, ou seja, só se pode falar em direito adquirido em face de posições jurídicas subjetivas consolidadas, e não em face de normas abstratas.

A emenda promoveu a desconstitucionalização da forma de cálculo do valor das aposentadorias no regime geral⁵⁰², remetendo sua disciplina à legislação ordinária⁵⁰³. Por outro lado, promoveu a constitucionalização do valor dos benefícios ao determinar que os regimes obrigatórios não podem pagá-los no que superar determinado teto⁵⁰⁴. Esses dois casos não retratam propriamente a exclusão de direitos⁵⁰⁵ nem mesmo maior dificuldade de acesso a prestações, embora constituam hipóteses de restrição, notadamente a limitação do valor dos pagamentos ao teto constitucional, inclusive apanhando situações jurídicas já constituídas desde antes da promulgação da emenda, refletindo em direitos adquiridos.

A questão do pagamento de benefícios em valor superior ao teto restou definida, ao menos no âmbito do regime geral, na ADI nº 1.946, em que se discutiu o pagamento do salário-maternidade à segurada empregada sem que haja prejuízo da compensação do valor da remuneração integral adiantada pela empresa. Os autores da demanda não suscitaram, expressamente, ofensa a direito adquirido, mas violação a cláusula pétrea, o que engloba, por consequência, os direitos já anteriormente ingressados na esfera patrimonial da segurada empregada⁵⁰⁶. Conforme explicitado anteriormente⁵⁰⁷, ao determinar o pagamento do benefício sem prejuízo do salário, a Corte autorizou pagamentos acima do teto, reconhecendo a inconstitucionalidade do dispositivo⁵⁰⁸ relativamente à segurada empregada.

A desconstitucionalização da regra de cálculo foi objeto de análise na ADI nº 2.111. A Lei nº 9.876/99 criou nova forma de liquidação das aposentadorias – que passou a incluir o fator previdenciário –, sendo impugnada pela mencionada ação direta, em que se

⁵⁰² Na redação original, o artigo 202 da Constituição dispunha que “é assegurada aposentadoria, nos termos da lei, calculando-se o benefício sobre a média dos trinta e seis últimos salários de contribuição, corrigidos monetariamente mês a mês, e comprovada a regularidade dos reajustes dos salários de contribuição de modo a preservar seus valores reais e obedecidas as seguintes condições”.

⁵⁰³ O tema é versado no parágrafo 3º do artigo 201, na redação da EC nº 20/98, nos seguintes termos: “todos os salários de contribuição considerados para o cálculo de benefício serão devidamente atualizados, na forma da lei”.

⁵⁰⁴ É o que se observa do parágrafo 11 do artigo 40 (“Aplica-se o limite fixado no art. 37, XI, à soma total dos proventos de inatividade, inclusive quando decorrentes da acumulação de cargos ou empregos públicos, bem como de outras atividades sujeitas a contribuição para o regime geral de previdência social, e ao montante resultante da adição de proventos de inatividade com remuneração de cargo acumulável na forma desta Constituição, cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, e de cargo eletivo.”) e no artigo 249 (“Os benefícios pagos, a qualquer título, pelo órgão responsável pelo regime geral de previdência social, ainda que à conta do Tesouro Nacional, e os não sujeitos ao limite máximo de valor fixado para os benefícios concedidos por esse regime observarão os limites fixados no art. 37, XI.”), ambos introduzidos pela EC nº 20/98.

⁵⁰⁵ Exceto para os que defendem a existência de direito adquirido a regime jurídico.

⁵⁰⁶ De fato, conforme a lei vigente ao tempo da EC nº 20/98, o salário-maternidade era isento de carência (Lei nº 8.213/91, artigo 26, inciso I, em sua redação original), de modo que, para a concessão, bastava o parto da segurada. Assim, quando da publicação da emenda, existia um vasto universo de seguradas que já tinham adquirido o direito à prestação, as quais gozavam do prazo prescricional de cinco anos para reclamar seu pagamento (Lei nº 8.213/91, artigo 103, parágrafo único).

⁵⁰⁷ Tópico 5.3.1.

⁵⁰⁸ Artigo 14 da EC nº 20/98, cuja redação é a seguinte: “o limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado em R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), devendo, a partir da data da publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social”.

alegava violação ao direito adquirido à pretérita regra. O Supremo, seguindo o voto do Min. Sydney Sanches, relator, afastou a argumentação de inconstitucionalidade por entender que a EC nº 20, ao excluir da Constituição a regra de cálculo, simplesmente remeteu à legislação ordinária a atribuição de disciplinar o tema, vindo a norma impugnada justamente para regulamentar o novo parágrafo 3º do artigo 201.

Outra relevante contestação da forma de cálculo do benefício foi enfrentada pela Corte por meio do RE nº 575.089, cuja repercussão geral foi reconhecida. Tratava-se de caso em que o segurado, na data da publicação da emenda nº 20, contava tempo suficiente para jubilação, mas permaneceu trabalhando. Anos mais tarde, buscou se aposentar, esperando contar tempo de contribuição anterior e posterior à emenda, observada a forma de cálculo anterior a ela. Afastava, assim, a aplicação da já mencionada Lei nº 9.786/99 sob o fundamento de ter seu direito garantido pelo artigo 3º da emenda. Na verdade, sob a justificativa de direito adquirido, buscava a mescla, ou hibridismo, de normas previdenciárias: aproveitar todo seu tempo contributivo, mas se valendo da extinta forma de cálculo da aposentadoria.

O relator, Min. Ricardo Lewandowski, citando precedentes⁵⁰⁹, esclareceu que a jurisprudência da Corte é pacífica contra o hibridismo das regras de jubilação (ou seja, frente ao fundamento de direito adquirido, não é possível mesclar as regras nova e velha) e ratificou a inexistência de direito adquirido a regime jurídico. Ao final, entendeu, no que foi acompanhado pelo colegiado, que o direito adquirido trazido pelo artigo 3º da EC nº 20/98 assegura o cálculo do benefício conforme as normas vigentes antes da promulgação da emenda, e, uma vez utilizado período de tempo posterior a ela, a forma de cálculo será a então vigente, e não a anterior⁵¹⁰, resultando na aprovação da tese de repercussão geral que atende pelo tema 70⁵¹¹.

É simples observar que, embora a discussão⁵¹² envolva a desconstitucionalização do cálculo das aposentadorias, a Corte não se debruçou especificamente sobre isso, ou seja, não restou impugnada a alteração do artigo 202 da

⁵⁰⁹ RE nº 278.718 e RE nº 227.382.

⁵¹⁰ É do voto do Min. Lewandowski que “[...] em conformidade com o princípio *tempus regit actum*, o tempo de serviço ou contribuição obtido depois do advento da EC 20/98 não se rege mais pela disciplina legal que vigorava anteriormente, passando a submeter-se à nova ordem por ela instaurada, mesmo porque, como esta Suprema Corte tem decidido de forma reiterada, inexistente direito adquirido a regime jurídico. Assim, caso queira o segurado incorporar tempo de serviço posterior à EC 20/98 para aposentar-se [...] não pode valer-se da legislação anterior para calcular o benefício previdenciário pois estaria burlando as restrições contidas nas novas regras. Ou seja, estaria criando um regime misto de aposentadoria, incompatível com a lógica do sistema. Em suma, se o segurado pretende agregar tempo posterior à EC 20/98, deve submeter-se ao novo ordenamento, com observância das regras de transição”.

⁵¹¹ Na sistemática de cálculo dos benefícios previdenciários, não é lícito ao segurado conjugar as vantagens do novo sistema com aquelas aplicáveis ao anterior, porquanto inexistente direito adquirido a determinado regime jurídico.

⁵¹² Na ADI nº 2.111 e no RE nº 575.089, citados anteriormente.

Constituição, em sua redação original. O objeto de contestação foi a Lei nº 9.876/99 em face da EC nº 20/98, designadamente seu artigo 3º (que trata do direito adquirido). Portanto, o STF partiu do pressuposto que a “desconstitucionalização” não foi inconstitucional. Em verdade, as decisões indicam que, para o Supremo, não há violação à Constituição quando o constituinte reformador procede à desconstitucionalização de regras previdenciárias⁵¹³, remetendo sua disciplina à legislação ordinária.

No que diz respeito ao direito adquirido, sua contemplação em dispositivo expresso, para a Corte, é razão suficiente a rechaçar alegação de inconstitucionalidade da emenda. De resto, afasta qualquer argumentação no sentido de o direito adquirido garantir vinculação a regime jurídico alterado pela nova norma.

5.3.3. Proteção à expectativa de direito

De modo a amparar os direitos expectados, a emenda elencou regras de transição contidas em seus artigos 8º e 9º. Trouxe também regras temporárias, contidas nos artigos 4º e 15, que, por conferirem segurança às relações jurídicas continuativas que estão se desenvolvendo até que se ultime sua vigência (até que sejam publicadas as leis a que se referem), igualmente protegem a expectativa de direito.

Os artigos 8º e 9º contemplam aqueles que, na data da publicação da emenda, já pertenciam ao sistema previdenciário, mas que não haviam implantado as condições para jubilação. Esse universo de segurados presenciou o endurecimento das normas a que estavam vinculados, relativamente aos critérios de acesso à aposentadoria. Todavia, em respeito à sua posição jurídica em formação, foram criadas normas transitórias que consignam critérios menos duros que os previstos na norma permanente.

As regras contidas no artigo 8º se dirigem aos servidores vinculados a regime próprio, e as contidas no artigo 9º, aos trabalhadores vinculados do regime geral.

Inseridos no bojo de uma reforma tão ampla, seria natural esperar que esses dispositivos fossem questionados com base na proporcionalidade e racionalidade dos critérios que trazem. Todavia, o Supremo não foi provocado e, por conseguinte, não conheceu essa matéria. Questionamentos relacionados a esses dispositivos, de modo

⁵¹³ Mais especificamente, norma constitucional previdenciária instituidora de direitos lavrada sob a forma de regra (tópico 2.5.1).

invariável, versam sobre aplicação concreta, por meio do controle difuso e, de ordinário, destituídos de relevância a transcender o interesse das partes no processo⁵¹⁴.

5.4. Emenda nº 41/03

Apresentada à Câmara do Deputados logo nos primeiros meses do início do Governo Lula, a PEC nº 40/03, conforme exposição de motivos, decorria da parcial e incompleta reforma levada a cabo pela EC nº 20/98. Havia necessidade de aperfeiçoar o regime de previdência dos servidores, economicamente favorável ao agente público, mas inviável para os cofres do Tesouro, além de guardar muitas discrepâncias com o regime geral. Dessa vez, o objetivo da reforma, novamente paramétrica⁵¹⁵, era tornar o regime próprio financeira e atuarialmente equilibrado e aproximar suas regras daquelas que sujeitavam o regime geral.

Numa rápida tramitação, se comparada à reforma antecedente, o projeto foi aprovado em 19/12/2003 e promulgado sob a denominação de Emenda Constitucional nº 41. Seu texto cuida fundamentalmente da previdência dos servidores, dedicando pouco espaço ao regime geral⁵¹⁶.

Seguindo o objetivo de aproximar os regimes obrigatórios de previdência, a emenda alterou o valor das aposentadorias e pensões dos servidores, remetendo ao cálculo definido em lei e, com isso, pondo fim ao direito de receber, na inatividade, a mesma remuneração do serviço ativo⁵¹⁷; e a forma de revisão desses benefícios, que passou a seguir critérios definidos em lei, pondo fim à paridade com a remuneração dos servidores ativos⁵¹⁸.

⁵¹⁴ Excepcionalmente, o RE nº 662.423, em que se discute, à vista do artigo 8º da EC nº 20, a necessidade de permanência de cinco anos no cargo de carreira escalonada em classes para se alcançar a jubilação, teve reconhecida a repercussão geral (tema 578, ainda não julgado).

⁵¹⁵ NAKAHODO, Sidney Nakao. SAVOIA, José Roberto. A reforma da previdência no Brasil: estudo comparativo dos Governos Fernando Henrique Cardoso e Lula. *Revista Brasileira de Ciências Sociais - RBCS*, vol. 23, nº 66, fev. 2008, p.45-48.

⁵¹⁶ De fato, pois ao regime geral foram destinados apenas dois dispositivos: um para criar o sistema de inclusão previdenciária (acréscimo do parágrafo 12 ao artigo 201 da Constituição) e outro para majorar o teto do valor dos benefícios pagos nesse regime (artigo 5º da própria emenda).

⁵¹⁷ Primitivamente, a integralidade dos proventos do servidor inativo, bem como a pensão por ele deixada, eram versados nos incisos I e III (alíneas a e b) e no parágrafo 5º do artigo 40 da Constituição. Com a EC nº 20/98, o tema foi disciplinado pelo inciso I e pelos parágrafos 2º e 3º do artigo 40. A EC nº 41/03 promoveu alteração no parágrafo 3º do mesmo artigo (“para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, na forma da lei”), pondo fim à integralidade.

⁵¹⁸ Inicialmente disciplinada pelo parágrafo 4º do artigo 40 da Constituição, a paridade passou, pela EC nº 20/98, a ser regida pelo parágrafo 8º do mesmo dispositivo, que teve sua redação novamente alterada pela EC nº 41/03 (“é assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei”), encerrando o instituto.

A emenda inovou, ademais, ao impor contribuição dos inativos e pensionistas destinada ao custeio de seu regime de previdência, a incidir sobre a parcela que superar o teto do valor dos benefícios do regime geral⁵¹⁹. E, embora trazendo regras de transição⁵²⁰, revogou expressamente aquela que a EC nº 20/98 dedicava aos servidores⁵²¹.

O respeito ao direito adquirido não foi olvidado, dele tratando dispositivo específico⁵²². Por outro lado, há expressa disposição⁵²³ remetendo ao artigo 17 do ADCT, cuja finalidade é reduzir, ou limitar, ao teto remuneratório do funcionalismo – sem que haja recurso ao direito adquirido – as verbas remuneratórias e rendas substitutivas⁵²⁴ pagas aos agentes públicos.

A emenda não reduziu, propriamente, o conteúdo protegido – não limitou a cobertura previdenciária –, embora tenha resultado em restrição a direitos, notadamente quanto ao valor dos benefícios, que se materializou por quatro modos: o fim da integralidade, o fim da paridade, a taxaço dos inativos e pensionistas e a limitação ao valor dos seus benefícios.

Com o encerramento da integralidade, o valor das aposentadorias concedidas aos servidores que ingressaram no sistema após a publicação da emenda passou a respeitar cálculo próprio e definido em lei, guardando relação com as contribuições efetuadas durante toda a vida laboral do agente público, e não mais o valor percebido quando na atividade. O fim da paridade determinou que as aposentadorias e pensões sejam reajustadas de acordo com critérios definidos em lei, afastando-se, portanto, a remuneração dos servidores ativos como parâmetro para o valor dos benefícios.

A medida, embora restritiva de direitos, afigura-se social, financeira e atuarialmente justa.

É socialmente justa porque aproxima os regimes de previdência, permitindo que o jubilado obtenha prestação liquidada e reajustada segundo critérios uniformes, e não segundo a valoração de seu trabalho. É dizer, embora todo o labor seja digno e comunitariamente relevante, o sistema pretérito causava a falsa impressão de os servidores públicos, porquanto aquinhoados com prestações de maior expressão econômica, serem mais valorizados do que os trabalhadores privados. Ademais, inexistente discriminação capaz de justificar tratamento distinto aos trabalhadores dos setores público e privado, haja vista que,

⁵¹⁹ Acréscimo do parágrafo 18 ao artigo 40.

⁵²⁰ São as regras dispostas nos artigos 2º e 6º da emenda.

⁵²¹ O artigo 10 da EC nº 41/03 revogou expressamente o artigo 8º da EC nº 20/98.

⁵²² O artigo 3º da emenda.

⁵²³ O artigo 9º.

⁵²⁴ Ou seja, proventos e pensões.

uma vez aposentados, irmanam-se na inatividade, na posição de recebedores de renda substitutiva do rendimento do labor. Ao seguro social importa apenas que jubilados tenham renda capaz de lhes fornecer vida digna, pouco importando a origem pública ou privada do trabalho outrora desempenhado.

É financeiramente justa porque tende, nos médio e longo prazos, a equilibrar o fluxo de caixa pela desvinculação do valor dos benefícios à remuneração dos servidores ativos. Permite, assim, a ampla incidência do princípio da isonomia na medida em que servidores ativos e inativos se postam em situações diferentes. Uma vez desatrelado dos aposentados, o servidor ativo poderá ter valorizado o seu trabalho com a concessão de aumentos reais, reajustamentos e vantagens condizentes com seus esforços e as necessidades crescentes de produtividade e aperfeiçoamento de sua atividade fim. Os jubilados, por outro lado, receberão benefício compatível com sua vida contributiva e reajustado conforme os índices de variação de preços, podendo-se, inclusive, adotar como parâmetro cestas de produtos que atendam ao público com perfil etário dos beneficiários⁵²⁵.

É atuarialmente justa ao permitir a realização de reservas destinadas ao pagamento de benefícios futuros tendo em conta variáveis determinadas ou determináveis, tais como a idade média e a remuneração atual do acervo de protegidos, o que se tornaria inviável se considerado o imponderável representado pelos possíveis, porém incalculáveis, aumentos salariais dos ativos. Ademais, num sistema baseado na repartição, a reposição integral das aposentadorias prejudica a constituição de reservas e sacrifica a geração presente em prol da geração passada.

Ainda que se afaste alegação de irredutibilidade do valor dos benefícios, é indubitável que a taxação dos inativos e pensionistas resulta na diminuição líquida de seus ganhos, notadamente para aqueles que, ao tempo da publicação da emenda, já se encontravam no seu gozo. Todavia, não parece que tenha, nessa restrição a direitos, incidido o constituinte derivado na redução da cobertura protetiva de vez que, mesmo com algum decréscimo⁵²⁶, a prestação continuará sendo paga e, respeitado o limite mínimo, propiciando ao recebedor meios dignos de existência.

Sem inovar, mas, em verdade, reiterando um desígnio do poder constituinte originário, a emenda trouxe teto para a remuneração, proventos e pensões recebidas pelos

⁵²⁵ A Fundação Getúlio Vargas (FGV), em associação com o Instituto Brasileiro de Economia (IBRE), criou o Índice de Preços ao Consumidor da Terceira Idade (IPC-3i), que desde 2003 mede a variação de preços da cesta de produtos e serviços para famílias majoritariamente compostas por pessoas com mais de 60 anos (disponível em <<https://portalibre.fgv.br/estudos-e-pesquisas/indices-de-precos/ipc-3i/>> – acesso em 26.09.2019). Essa poderia ser uma alternativa de índice para o reajustamento das aposentadorias e pensões.

⁵²⁶ Em comparação ao sistema superado pela emenda.

agentes públicos⁵²⁷. A iniciativa, dessa vez, prezava pela objetividade ao fixar como limite de pagamentos o valor do subsídio de autoridades federais e locais, não carecendo de lei específica para tanto⁵²⁸. Com vistas a conferir efetividade ao comando, a emenda fez expressa referência ao artigo 17 do ADCT no sentido de não admitir alegação de ofensa ao direito adquirido de perceber ganhos acima do teto. Como resultado, aposentadorias e pensões havidas em desrespeito ao comando constitucional foram reduzidas.

A EC nº 41 alterou uma regra de transição criada pela emenda de reforma previdenciária que a antecedeu. Em seu artigo 6º, trouxe regra destinada aos servidores que, na data da publicação da emenda, já pertenciam a regime próprio e revogou o artigo 8º da EC nº 20, que tratava do mesmo tema. Ocorre que a nova regra endureceu os critérios de jubilação determinados pela norma revogada, além de extirpar a faculdade de aposentadoria proporcional, atingindo, assim, o direito expectado dos servidores.

As restrições elencadas – fim da integralidade e paridade, contribuição dos inativos e pensionistas, limitação dos proventos e pensões e alteração da regra de transição contida na EC nº 20 –, ao argumento de violação a direito adquirido, foram os principais temas enfrentados pelo Supremo nos questionamentos contra a EC nº 41⁵²⁹.

5.4.1. Direito adquirido e contribuição dos inativos e pensionistas

⁵²⁷ Nova redação do inciso XI do artigo 37 da Constituição (“a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos”).

⁵²⁸ As iniciativas anteriores demandavam lei específica para a fixação ou determinação do teto do funcionalismo. Em sua redação original, a Constituição exigia que lei dispusesse sobre a relação entre a maior e a menor remuneração no serviço público, considerando como limite máximo o valor pago aos membros do Congresso Nacional e das Assembleias estaduais e distritais, aos Ministros e Secretários de Estado, aos Ministros do Supremo, aos membros do Ministério Público e aos Prefeitos (art. 40, inciso XI). Enfatizando esse comando constitucional, o artigo 17 do ADCT determinava a imediata redução dos valores pagos, vedando, desde logo, alegação de ofensa a direito adquirido. A dificuldade em concretizar essa medida levou o poder constituinte derivado a instituir nova regra, fixando como limite de pagamentos o subsídio dos Ministros do Supremo, o qual seria fixado por lei de iniciativa conjunta do Presidente da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do próprio Supremo (artigo 40, inciso XI, c.c. artigo 48, inciso XV, na redação da EC nº 19/98, e o artigo 29 dessa emenda). Ante a ausência de resultados, uma vez que jamais sequer apresentado projeto conjunto de lei, novamente o constituinte reformador alterou o comando por intermédio da EC nº 41/03.

⁵²⁹ As discussões em torno da paridade e integralidade serão examinadas juntamente no tópico relacionado à EC nº 47/05 porque os casos enfrentados pelo Supremo também envolveram essa emenda (tópico 5.5).

A contribuição dos aposentados do regime próprio encontra gênese no poder constituinte originário. Já na redação inaugural da Constituição, havia permissão a Estados, Distrito Federal e Municípios para a cobrança de seus servidores⁵³⁰, o que foi estendido à União pela EC nº 03/93⁵³¹. Nas ADI nº 1.441 e 1.430, o Supremo entendeu constitucional a cobrança não só dos ativos, mas também dos inativos. O quadro sofreu alteração com a EC nº 20/98, haja vista ter a Câmara retirado da PEC o dispositivo que expressamente determinava a incidência da exação aos jubilados e pensionistas, levando o STF a declarar, com base no que foi decidido na ADI nº 2.010, inconstitucionais diversas tentativas de instituí-la nos âmbitos federal e local.

Portanto, a EC nº 41/03, em certa medida, restaurou o quadro anterior à EC nº 20/98, cingindo-se a tornar expressa a exação, partindo, nesse ponto, da derrota sofrida pelo Governo Fernando Henrique Cardoso na Câmara dos Deputados. Inovou, entretanto, em dois aspectos: ao dispor que o regime próprio é solidário e mantido com contribuições, dentre outros, do ente público instituidor⁵³² e ao determinar bases de cálculo distintas para a incidência da contribuição⁵³³.

O Supremo Tribunal Federal enfrentou o tema no julgamento da ADI nº 3.105⁵³⁴. Questionava-se a constitucionalidade do artigo 4º da emenda, ou seja, a cobrança da exação para dois grupos: os que, na data da publicação da emenda, já eram inativos e pensionistas e os que, embora não o sendo, já haviam implementado os requisitos para se tornarem aposentados e pensionistas. Dois eram os fundamentos da impugnação: ofensa a direito adquirido porquanto a prerrogativa de não pagarem a contribuição previdenciária, segundo as regras então vigentes, já havia ingressado no patrimônio jurídico dos membros dos dois grupos de servidores; e ofensa à isonomia tributária, uma vez que o dispositivo atacado previa bases contributivas diversas para os servidores públicos federais e locais, bem

⁵³⁰ Artigo 149 [...]. Parágrafo único. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social.

⁵³¹ Pela introdução do parágrafo 6º ao artigo 40 da Constituição (“as aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais serão custeadas com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores, na forma da lei”).

⁵³² Ao imprimir a seguinte redação ao caput do artigo 40 da Constituição: “Aos servidores titulares de cargos efetivos [...] é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas [...]”.

⁵³³ A emenda trouxe três bases de cálculo, separando os jubilados e pensionistas em dois grupos. No primeiro encontravam-se aqueles já em gozo de benefício, ou que já houvessem cumprido os requisitos de acesso a ele, na data da publicação da emenda. Para esses, a contribuição incidiria sobre a parcela dos ganhos que superasse 50% do teto do RGPS para os inativos e pensionistas dos Estados, Distrito Federal e Municípios e 60% para os inativos e pensionistas da União (artigo 4º da emenda). No segundo grupo estavam todos os demais servidores, é dizer, os que, na data da publicação da emenda, não figurassem como jubilados, pensionistas ou detentores de direito adquirido a tais benefícios. A contribuição desses incidiria sobre o valor que superasse o teto do RGPS (artigo 40, parágrafo 18, da Constituição, acrescentado pela emenda).

⁵³⁴ Julgada conjuntamente com a ADI nº 3.128.

como para aqueles que, na data da publicação da emenda, estavam ou não em gozo de benefício.

A Min. Ellen Gracie, relatora sorteada, acolheu o pedido no entendimento de a contribuição dos inativos e pensionistas ser destituída de causa, ou seja, à sua contribuição não corresponde nenhuma vantagem ou benefício, daí sua inconstitucionalidade, fiel ao que a Corte decidiu na ADI-MC nº 2.010.

Prevaleceu, todavia, o entendimento esposado pelo Min. Cezar Peluso, articulado da seguinte forma: encontra-se pacificada, na jurisprudência da Suprema Corte, a natureza tributária das contribuições destinadas ao custeio do regime próprio de previdência dos servidores públicos; inexistente, no âmbito constitucional, norma jurídica que imunize o servidor aposentado da incidência da norma tributária⁵³⁵; a cláusula de irredutibilidade do valor dos proventos não se estende a tributos, não podendo ser invocada como imunidade tributária; o sistema de previdência dos servidores, que desde a redação original da Constituição sempre foi solidário, passou a ser contributivo desde a EC nº 03/93; em face da natureza tributária da exação, a contribuição previdenciária não é nem nunca foi prestação sinalagmática⁵³⁶; por força da solidariedade, os inativos também são responsáveis pela manutenção do sistema, que deve ser financeira e atuarialmente equilibrado, e convocá-los a participar do custeio não viola a Constituição. Entendeu, porém que ofende a isonomia tributária a distinção de bases de cálculo da exação em comento, sendo, por isso, inconstitucional o parágrafo único do artigo 4º da EC nº 41/03.

O que se afigura nítido nesse julgamento é a reiteração do Colegiado no sentido de inexistir direito adquirido a regime jurídico e do caráter legal, e não contratual, da relação jurídica previdenciária, de modo a afastar a necessidade de reciprocidade entre a contribuição e a prestação do seguro social⁵³⁷.

Uma vez assentada a constitucionalidade da exação antes da publicação da EC nº 20/98 e após a publicação da EC nº 41/03, bem como sua inconstitucionalidade no interstício entre ambas, restava à Corte se manifestar acerca da repetição do indébito. A

⁵³⁵ De modo que inexistente direito adquirido a não ser tributado.

⁵³⁶ Dessa feita, prescindindo de causa ou correlação entre exação paga pelo beneficiário e vantagem por ele havida.

⁵³⁷ Foram fecundos os debates realizados pelos Ministros, cada qual defendendo entendimentos em substanciosos votos ou em *obiter dictum*. O Min. Joaquim Barbosa defendeu que as cláusulas pétreas não podem servir para petrificar a Constituição, cujo escopo é pôr fim às desigualdades, e, nesse prisma, uma pequena contribuição dos inativos e pensionistas não é inconstitucional. O Min. Gilmar Mendes aduziu que, em sua leitura, jamais houve óbice constitucional à cobrança dos inativos e pensionistas, mesmo na vigência dos dispositivos da EC nº 20/98 que vieram a ser alterados pela EC nº 41/03, porque (i) são distintos os regimes geral e próprio e (ii) o vínculo não cessa com o fim da prestação de serviços. Manifestou, ademais, entender que emenda constitucional não pode criar cláusula pétrea, o que é função apenas do constituinte originário. E o Min. Marco Aurélio, fiel a entendimentos esposados anteriormente, mais uma vez defendeu (i) existir direito adquirido a regime legal, (ii) a existência de caráter sinalagmático na relação previdenciária e (iii) a natureza contratual do vínculo entre o servidor e a Administração contratante.

matéria foi discutida na questão de ordem tirada do RE nº 580.871, em que foi reconhecido que assiste aos aposentados e pensionistas direito à devolução dos valores indevidamente pagos no período entre emendas⁵³⁸.

5.4.2. Direito adquirido e limitação dos proventos e pensões

Com vistas a tornar efetivo um limitador de pagamentos aos servidores ativos, inativos e pensionistas, a emenda alterou o inciso XI do artigo 37 da Constituição, determinando tetos remuneratórios a serem observados pelos entes federados. Nesse teto deveriam se incluir todas as parcelas retributivas, o que compreende a remuneração, o subsídio, as vantagens pessoais e vantagens de outras espécies. Até que os tetos fossem definidos, a emenda indicou, em seu artigo 8º, quais remunerações deveriam transitoriamente ser observadas⁵³⁹. Por fim, e de modo a extremar de dúvidas o respeito ao limitador, seu artigo 9º⁵⁴⁰ determinou a aplicação do artigo 17 do ADCT⁵⁴¹ para fins de cessação dos pagamentos acima do teto, o que significa a redução dos pagamentos sem que o prejudicado possa suscitar violação a direito adquirido.

O Supremo inicialmente enfrentou a questão ao julgar o MS nº 24.875, impetrado por ministros aposentados da Corte, os quais se insurgiam contra ato administrativo da Presidência do STF que reduzia seus proventos ao valor correspondente ao subsídio dos ministros em atividade. Os impetrantes suscitaram ofensa ao direito adquirido de perceber vantagens pessoais integrantes dos proventos e à irredutibilidade de

⁵³⁸ Repercussão geral (tema 343), em que foi aprovada a seguinte tese: “é devida a devolução aos pensionistas e inativos, perante o Juízo competente para a execução, da contribuição previdenciária indevidamente recolhida no período entre a EC 20/1998 e a EC 41/2003, sob pena de enriquecimento ilícito do ente estatal”.

⁵³⁹ Art. 8º: Até que seja fixado o valor do subsídio de que trata o art. 37, XI, da Constituição Federal, será considerado, para os fins do limite fixado naquele inciso, o valor da maior remuneração atribuída por lei na data de publicação desta Emenda a Ministro do Supremo Tribunal Federal, a título de vencimento, de representação mensal e da parcela recebida em razão de tempo de serviço, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento da maior remuneração mensal de Ministro do Supremo Tribunal Federal a que se refere este artigo, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos.

⁵⁴⁰ Art. 9º: Aplica-se o disposto no art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias aos vencimentos, remunerações e subsídios dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza.

⁵⁴¹ Art. 17. Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição, serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título.

vencimentos. Ao conceder parcialmente a segurança⁵⁴², o Min. Sepúlveda Pertence, na qualidade de relator, teceu três relevantes considerações sobre a aplicação do direito adquirido ao caso concreto: (i) os impetrantes são magistrados aposentados, e a Constituição assegura aos magistrados a irredutibilidade de vencimentos⁵⁴³, figurando essa irredutibilidade como modalidade qualificada de direito adquirido e, por isso, oponível a emendas; (ii) embora não exista direito adquirido a regime jurídico ou a forma de cálculos de vencimentos, de alteração normativa não pode resultar redução da “soma total antes recebida” pelo servidor; e (iii) inaplicável o artigo 9º da EC nº 41/03 porque o artigo 17 do ADCT é norma transitória de efeitos imediatos, encontrando-se, portanto, exaurida.

Em mais duas relevantes oportunidades a Corte enfrentou o tema, a saber, nos julgamentos do RE nº 609.381 e do RE nº 602.043, ambos com repercussão geral.

No RE nº 609.381, a discussão centrou-se na extensão ou não do decidido no MS nº 24.875 a todos os servidores públicos, ou seja, a possibilidade de manutenção temporária da integralidade dos proventos até que ocorra a absorção da diferença pelo estabelecimento de novos tetos remuneratórios. Apartando-se do juízo anterior, o Colegiado entendeu pela aplicabilidade imediata do teto remuneratório determinado pela emenda, devendo-se limitar os valores excedentes sem recurso a alegação de direito adquirido ou irredutibilidade de vencimentos⁵⁴⁴.

O relator, Min. Teori Zavascki, esclareceu em seu voto que o teto de retribuição é norma constitucional de estrutura complexa, determinada pela conjugação de outros dispositivos do texto e fundada em quatro vetores: (i) limitação da autonomia dos entes federados; (ii) inclusão, no teto, de todas as parcelas que remuneram a prestação de serviços pelo agente público; (iii) limitação do excesso imposta pelo artigo 17 do ADCT, pelo artigo 29 da EC nº 19/98 e pelo artigo 9º da EC nº 41/03; e (iv) garantia constitucional da irredutibilidade da remuneração e proventos, a qual não socorre percepção de valores acima do teto. Assim, entendeu o relator, o respeito ao teto constitui “verdadeira condição de legitimidade para o pagamento das remunerações no serviço público”.

⁵⁴² Para que os impetrantes continuassem a receber determinada vantagem pessoal, sem redução de proventos, até que, com os graduais aumentos conferidos aos ministros em atividade, o valor dos proventos correspondesse ao valor do subsídio.

⁵⁴³ Artigo 95, inciso III.

⁵⁴⁴ Foi assentada a seguinte tese de repercussão geral (tema 480): “O teto de retribuição estabelecido pela Emenda Constitucional 41/03 possui eficácia imediata, submetendo às referências de valor máximo nele discriminadas todas as verbas de natureza remuneratória percebidas pelos servidores públicos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, ainda que adquiridas de acordo com regime legal anterior. Os valores que ultrapassam os limites estabelecidos para cada nível federativo na Constituição Federal constituem excesso cujo pagamento não pode ser reclamado com amparo na garantia da irredutibilidade de vencimentos”.

Esse julgamento ilustra a mudança de posicionamento do colegiado em relação ao decidido no MS nº 24.875. Prestigiou-se a interpretação sistemática do texto constitucional e formou-se convicção de não restar exaurida a norma consignada no artigo 17 do ADCT.

A questão voltou à baila no RE nº 602.043, em que o debate foi travado ao redor da acumulação de cargos na ativa. Discutia-se, na espécie, a incidência do teto remuneratório às hipóteses de acumulação constitucional de cargos, é dizer, havendo acumulação, o teto deve ser considerado de modo global ou individualizado por cargo. A Corte entendeu que, nessas situações, o teto deve ser individualmente considerado, e não o somatório das remunerações ou subsídios⁵⁴⁵.

Foram acirrados os debates, mas prevaleceu o entendimento do relator, Min. Marco Aurélio, que declarou a inconstitucionalidade (i) do artigo 9º da EC nº 41/03 (que remete ao artigo 17 do ADCT) por entender que essa norma tinha aplicação apenas na redação original da Constituição, a qual rompia com o sistema pretérito, e (ii) da expressão “percebidos cumulativamente ou não” contida no inciso XI do artigo 37 da Constituição, na redação da EC nº 41/03, para as hipóteses de cargos constitucionalmente acumuláveis. A seu turno, o Min. Luís Roberto Barroso acrescentou que, embora a Constituição seja clara ao vedar a acumulação, isso ofende o princípio da valorização do trabalho e a consequente remuneração, e para que não se aplique o teto nesses casos, é necessário declarar a inconstitucionalidade de dispositivos das EC nº 20/98 e 41/03⁵⁴⁶, porque tal limitação não constava do texto original da Carta.

Restou vencido o Min. Edson Fachin, que, escorado no artigo 37, incisos XI e XVI (*in fine*), afirmou ser clara a Constituição ao limitar os ganhos, a qualquer título, ao teto remuneratório, o que leva a interpretação no sentido da necessidade de somatório, e não de consideração individualizada de valores.

A discussão travada no RE nº 602.043 é relevante não só para os ativos, mas igualmente para os inativos, na medida que a atividade do servidor potencialmente resultará na acumulação da remuneração com proventos e na acumulação de proventos. Parece adequado supor que, se na acumulação constitucional de cargos o teto é individualmente considerado, o mesmo deve ocorrer na acumulação de jubilações ou de pensões. É dizer, os

⁵⁴⁵ A tese de repercussão geral aprovada (tema 384) enuncia que, “nos casos autorizados constitucionalmente de acumulação de cargos, empregos e funções, a incidência do art. 37, inciso XI, da Constituição Federal pressupõe consideração de cada um dos vínculos formalizados, afastada a observância do teto remuneratório quanto ao somatório dos ganhos do agente público”.

⁵⁴⁶ Tal como procedeu o relator.

proventos e pensões devem ser considerados individualmente para verificação de respeito ao teto remuneratório, e não globalmente.

5.4.3. Direito adquirido e alteração de regra de transição

A emenda inovou em tema de direito expectado por dois modos que, na verdade, se complementam: trouxe nova regra de transição voltada aos servidores que na data de sua publicação já ocupavam o cargo, e, por outro lado, revogou norma de idêntica finalidade prescrita na EC nº 20/98⁵⁴⁷. Essas novas regras, se comparadas com as anteriores, eram significativamente mais duras para o servidor, pois, indistintamente⁵⁴⁸, passaram a exigir mais idade e carência⁵⁴⁹ para a obtenção de aposentadoria com integralidade e uma espécie de semiparidade⁵⁵⁰. Também extinguiram a possibilidade de o servidor ingressado antes da publicação da EC nº 20/98 se jubilar proporcionalmente.

Como era de se esperar, a modificação logo foi objeto de impugnação em sede de controle concentrado. Por meio da ADI nº 3.104, buscava-se a declaração de inconstitucionalidade do artigo 2º da EC nº 41/03, bem como da expressão “artigo 8º” contida no artigo 10 da mesma emenda. Argumentava-se que a norma transitória contida na emenda nº 20/98 assegurava direito subjetivo já incorporado ao patrimônio jurídico de determinada classe de servidores, e sua revogação implicava ofensa a direito adquirido⁵⁵¹. O ponto central da discussão era saber se uma emenda constitucional poderia alterar regra de transição contida em emenda anterior, notadamente quando tornava mais rígidos os critérios de acesso a determinados direitos.

O Supremo, na relatoria da Min. Cármen Lúcia, julgou improcedente a demanda por entender que o constituinte derivado não está impedido de modificar regras

⁵⁴⁷ A EC nº 41/03 trouxe regra transitória aos servidores em seu artigo 6º, e, por seu artigo 10, revogou a regra transitória contida no artigo 8º da EC nº 20/98.

⁵⁴⁸ A regra contida no artigo 8º da EC nº 20/98 determinava, além da idade e tempo de contribuição mínimos, um período adicional que seria ponderado individualmente segundo o lapso restante, na data da publicação da emenda, para o tempo contributivo mínimo (o alcunhado pedágio), apresentando-se mais justa.

⁵⁴⁹ Isto é, mais tempo de exercício no serviço público, além de mais anos na carreira.

⁵⁵⁰ A paridade consiste na extensão, aos inativos e pensionistas, dos reajustamentos, benefícios e vantagens concedidos aos ativos, observando-se as mesmas data e proporção. A ora denominada semiparidade se limitava a revisar somente os proventos nas mesmas proporção e data dos ativos, sem, contudo, aquinhoá-los com os benefícios e vantagens, conforme critérios que seriam definidos em lei (artigo 6º, parágrafo único, da EC nº 41/03).

⁵⁵¹ Embora tecendo respeitáveis argumentos, os autores buscavam, na realidade, o acolhimento de direito adquirido a regime jurídico, o que foi bem captado pelo Min. Menezes Direito, em cujo voto se colhe a seguinte passagem: “[...] a levar-se em consideração a impossibilidade de alteração no regime de transição, nós estaríamos de fato a reconhecer que o regime de transição é, ele próprio, um direito adquirido. Isso, a meu sentir, seria, no plano jurídico, uma verdadeira contradição, porque o direito adquirido está vinculado diretamente ao preenchimento do suporte fático que autoriza o evento aposentadoria, e não ao regime que leva à aposentadoria”.

anteriormente estabelecidas. Isso apenas seria vedado em caso de retrocesso social, como se daria – exemplifica a relatora – caso fosse extinta a possibilidade de jubilação⁵⁵².

Em *obter dictum*, o Min. Gilmar Mendes, seguindo a relatora, manifestou preocupação no exame binário das controvérsias previdenciárias, ou seja, apenas sob o viés do direito adquirido e da expectativa de direito. As situações da vida são multifacetadas e não é impossível que, valendo-se das dobras do sistema, a norma, mesmo sem atentar contra direito adquirido, possa incorrer em violação a interesse legítimo. Cita, como exemplo, a possibilidade de emendas sucessivas alterarem as necessárias regras de transição, criando assim o que denominou de “corrida de obstáculos com obstáculos móveis”. Na visão do ministro, a segurança jurídica é categoria apta a solver esses problemas e deve se ombrear com o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada⁵⁵³.

Como era de se esperar, seguindo entendimento há muito consolidado, o STF ratificou a inexistência de direito adquirido a regime legal, o qual inclui o regime jurídico de transição.

5.5. Emenda nº 47/05

A PEC nº 227/04, originada dos debates travados no Senado Federal por ocasião das deliberações do projeto que veio a se tornar a EC nº 41/03, destinava-se a completar o esforço de reforma da previdência iniciado em 2003 versando temas sobre os quais, naquela oportunidade, não havia consenso. Seu objetivo era equacionar temas polêmicos da reforma, tais como o teto remuneratório nos Estados e regras de transição para os servidores há mais tempo no sistema.

Ao final promulgada em 5/7/2005⁵⁵⁴, a EC nº 47 pontualmente modificou e introduziu dispositivos novos ao texto constitucional, quais sejam: excluiu as parcelas indenizatórias do teto remuneratório e permitiu que leis locais dos Estados e Distrito Federal fixassem como teto o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça⁵⁵⁵; permitiu a criação de regras diferenciadas para a jubilação dos deficientes, em ambos os regimes, e aos

⁵⁵² A Corte assentou, ainda, nos votos do Min. Ricardo Lewandowski e do Min. César Peluso, que objeto de proteção constitucional é o direito adquirido, e não a mera expectativa de direito, essa protegida pela regra de transição. Daí que a alteração dessa regra não viola a Constituição.

⁵⁵³ O aspecto mais destacado da segurança jurídica a socorrer, em tema de norma de transição, o direito expectado é sem dúvida a proteção da confiança (tópico 4.3.2.3).

⁵⁵⁴ Entrando em vigor na data de sua publicação (06/07/2005), mas operando efeitos retroativamente à EC nº 41/03 (artigo 6º).

⁵⁵⁵ Artigo 37, parágrafos 11 e 12, da Constituição.

que exercem atividade de risco, neste caso somente para o regime próprio⁵⁵⁶; alterou a base de cálculo para a incidência da contribuição previdenciária aos servidores inativos e pensionistas portadores de doença incapacitante⁵⁵⁷; permitiu a flexibilização das alíquotas e bases de cálculo da cota patronal da contribuição previdenciária ao regime geral⁵⁵⁸; especificou o público-alvo e permitiu a flexibilização das alíquotas contributivas do sistema de inclusão previdenciária⁵⁵⁹.

A emenda atingiu também os direitos expectados, modificando regras de transição anteriormente fixadas e criando novas, com o objetivo de conceder integralidade e paridade aos servidores mais antigos: tornou mais clara a intenção de estender tais direitos ao servidor que ingressou no cargo até a publicação da EC nº 41/03, uma vez observadas as regras de transição nela prescritas, aquinhoando com paridade as aposentadorias e pensões decorrentes⁵⁶⁰; e trouxe regra mais benéfica de jubilação, individualmente mais justa, com paridade e integralidade, para os servidores ingressados até a publicação da EC nº 20/98, estendendo o mesmo critério de revisão às pensões por eles deixadas⁵⁶¹.

Por ser mais sucinta, se comparada às reformas que imediatamente a antecederam, a EC nº 47/05 não levou a grandes debates na Suprema Corte, exceção feita às discussões acerca da extensão da integralidade e paridade. Dos diversos casos analisados pela Corte, dois são os mais representativos da controvérsia: o RE nº 590.260 e o RE nº 603.580, ambos com repercussão geral.

No RE nº 590.260, a discussão se centrou na possibilidade de estender as vantagens e benefícios dos servidores ativos aos que se inativaram e aos que se tornaram pensionistas após a EC nº 41/03, desde que tenham ingressado no serviço público antes dela. Na origem, o Tribunal local havia decidido que, nos termos do artigo 7º dessa emenda, a paridade beneficiava apenas os jubilados e pensionistas que ostentavam essa posição na data de sua publicação. O fundamento da impugnação, assim, repousava na ofensa ao artigo 7º da EC nº 41/03 e no artigo 2º da EC nº 47/05.

O Colegiado, acompanhando o relator, Min. Ricardo Lewandowski, deixou claro que a paridade e a integralidade⁵⁶² foram extintas para aqueles ingressados no serviço

⁵⁵⁶ Artigo 40, parágrafo 4º, e artigo 201, parágrafo 1º, da Constituição.

⁵⁵⁷ Artigo 40, parágrafo 21, da Constituição.

⁵⁵⁸ Artigo 195, parágrafo 9º, da Constituição.

⁵⁵⁹ Artigo 201, parágrafos 12 e 13, da Constituição.

⁵⁶⁰ A EC nº 47/05 revogou o parágrafo único do artigo 6º da EC nº 41/03 (dispositivo consagrador da semiparidade aos jubilados) e determinou a aplicação, a aposentados e pensionistas, do artigo 7º dessa última emenda (dispositivo sagrador da paridade).

⁵⁶¹ Artigo 3º da EC nº 47/05.

⁵⁶² Embora o caso questionasse apenas a paridade, o Colegiado findou por examinar também a integralidade.

público após a publicação da EC nº 41/03, sendo certo que, aos servidores ingressados anteriormente a essa data, assiste direito de ter estendidos, em suas aposentadorias e pensões, os reajustamentos, benefícios e vantagens concedidos aos ativos. Essa interpretação, assinalou o relator, decorre do exame dos artigos 2º e 3º da EC nº 47/05⁵⁶³.

O RE nº 603.580 versou sobre a extensão, aos pensionistas, não só da paridade, mas também da integralidade, quando o instituidor se encontrasse jubilado antes do surgimento da EC nº 41/03. Na hipótese, o Tribunal de Justiça local estendeu ambos os direitos aos pensionistas de servidores aposentados antes da emenda, mas falecidos após sua publicação, insurgindo-se a Fazenda Pública ao argumento de inexistir direito dos pensionistas a paridade e alegando ofensa do artigo 7º da EC nº 41/03.

A Corte, mais uma vez seguindo a relatoria do Min. Lewandowski, entendeu que aos pensionistas de agente público ingressado no cargo antes da publicação da EC nº 41/03 assiste direito à paridade, mas não à integralidade, desde que o falecido atenda à regra de transição prevista no artigo 3º da EC nº 47/05⁵⁶⁴.

No exame desses casos, ante a confusa e prolixa redação das normas de transição contidas nas emendas nº 41/03 e 47/05, limitou-se o STF a fixar a interpretação cabível, sem que houvesse manifestação quanto à sua nulidade. Assim agindo, o colegiado partiu do pressuposto de que tais normas não ofenderam o texto constitucional.

5.6. Identificação e delimitação do núcleo do conteúdo mínimo da proteção previdenciária: síntese da interpretação constitucional da Suprema Corte

Nem todas as normas contidas nas sucessivas emendas constitucionais versando sobre matéria previdenciária foram examinadas pelo Supremo. Em sua absoluta maioria, as impugnações tiveram por escopo a manutenção do regime normativo superado, o que justifica a recorrente alegação de ofensa a direito adquirido.

Quando se analisam as decisões do Supremo Tribunal, é importante ter em mente que o produto do julgamento não espelha necessariamente o consenso dos Ministros

⁵⁶³ No julgamento, foi aprovada a seguinte tese de repercussão geral (tema 139): “os servidores que ingressaram no serviço público antes da EC 41/2003, mas que se aposentaram após a referida emenda, possuem direito à paridade remuneratória e à integralidade no cálculo de seus proventos, desde que observadas as regras de transição especificadas nos arts. 2º e 3º da EC 47/2005”.

⁵⁶⁴ A tese de repercussão geral (tema 396) foi aprovada nos seguintes termos: “os pensionistas de servidor falecido posteriormente à EC 41/2003 têm direito à paridade com servidores em atividade (EC 41/2003, art. 7º), caso se enquadrem na regra de transição prevista no art. 3º da EC 47/2005. Não tem, contudo, direito à integralidade (CF, art. 40, § 7º, inciso I)”.

ao redor do voto vencedor, mas adesão ao desfecho – de acolhimento ou não do pedido – consignado no voto. Assim, exemplificativamente, no julgamento da ADI nº 3.105, conquanto a maioria tenha seguido o entendimento do Min. Cezar Peluso quanto à constitucionalidade da exação tomada aos inativos e pensionistas, não se pode dizer que os Ministros aderentes concordaram com o voto vencedor na assertiva de a contribuição previdenciária jamais ter possuído natureza sinalagmática. Em casos emblemáticos, nos quais controvertem relevantes interesses jurídicos, no mais das vezes objeto de respeitáveis entendimentos diametralmente opostos, cada qual dos Ministros adere ao resultado do voto escorado em seus próprios fundamentos.

Ainda assim, é possível observar determinado rumo nos julgamentos versando sobre normas constitucionais previdenciárias. As decisões do colegiado evidenciam a sedimentação de uma clara posição contrária a alegações de inconstitucionalidade calcadas na manutenção de regime jurídico, do mesmo modo que repudiam violações a direito adquirido. Sequer alegações de violação ao pacto federativo fizeram ceder a presunção de constitucionalidade das emendas.

Isso resulta, em certa medida, de firme e resistente posição contrária à interpretação fechada das cláusulas pétreas, de modo a não tornar o texto constitucional extremamente rígido. É que a plasticidade da Carta Política se justifica diante da perene necessidade de compatibilizar o texto aos reclamos sociais, econômicos e políticos, ou seja, à mutação da própria sociedade. Daí o acertado comedimento em acolher pleitos de inconstitucionalidade sem que, com isso, haja prejuízo à função contramajoritária do Poder Judiciário, designadamente no que se refere a impedir que direitos sociais conquistados e consagrados na Constituição sejam extintos ou violados pelos demais Poderes da República⁵⁶⁵.

Não há dúvidas, conforme assinalado pelo relator do RE nº 626.489⁵⁶⁶, que o direito à previdência social constitui direito fundamental. Todavia, não é possível concluir, a partir dessa premissa, que o direito a cada uma das prestações pecuniárias oferecidas pelo seguro social constitua, *per si*, também um direito fundamental. O direito à previdência social tem fundamento na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, nos valores sociais do trabalho e nos objetivos comezinhos da República consistentes em edificar uma sociedade justa, livre, solidária, sem pobreza e desigualdades sociais, constituindo um dever ser, um

⁵⁶⁵ LIMA, Flavia Danielle Santiago. OLIVEIRA, Tassiana Moura de. Quem impõe limites às reformas previdenciárias? O STF como protetor do orçamento público. *Revista da AGU*, Brasília, v. 16, nº 4, out/dez. 2017, p.193-218.

⁵⁶⁶ Repercussão geral tema 313.

ideal a ser constantemente perseguido por toda a sociedade e pelos Poderes Públicos. O direito a certa prestação pecuniária, por outro lado, funda-se naquele e materializa-se por força de uma vasta gama de fatores sociais, econômicos, atuariais, demográficos etc. que fogem à governança dos Poderes Públicos⁵⁶⁷ e, conseqüentemente, do legislador.

É por isso que a Suprema Corte, atenta a todos esses elementos, raras vezes tem se manifestado pela inconstitucionalidade da alteração constitucional dos critérios de acesso a determinada prestação previdenciária⁵⁶⁸. Em princípio, interessa à Corte não os critérios para obter uma prestação, mas a possibilidade de erradicar a existência de prestações que, baseadas em contribuição, possam assegurar dignidade ao segurado e seus dependentes⁵⁶⁹.

Ao que se observa, excetuadas as hipóteses de ofensa a direito adquirido, a tendência do STF é permitir a configuração e reconfiguração da previdência social pela modificação de critérios de acesso a prestações sem ver nisso, *a priori*, qualquer violação do texto constitucional. Reformas – até o momento paramétricas – parecem não representar, na ótica da Corte, ameaça a direitos fundamentais, desde que continue havendo cobertura minimamente eficiente, o que parece incidir nas contingências mais comezinhas de um sistema de proteção previdenciária, a saber, incapacidade laborativa e desemprego, idade avançada, gestação e maternidade, morte e insuficiência de renda para manutenção da família.

Tais eventos, acobertados sob a denominação que for, devem conferir renda substitutiva do trabalho ou complementar à dele, em ordem a propiciar condições dignas de existência ao segurado e seus dependentes. Para tanto, é imprescindível que sua expressão monetária seja determinada a partir de um nível mínimo, sob pena de ineficácia. Esse valor

⁵⁶⁷ Conforme o relator, Min. Luís Roberto Barroso, “6. [...] A previdência social, em sua conformação básica, é um direito fundado na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na cidadania e nos valores sociais do trabalho (CF/88, art. 1º, II, III e IV), bem como nos objetivos da República de construir uma sociedade livre, justa e solidária, avançar na erradicação da pobreza e na redução das desigualdades sociais (CF/88, art. 3º, I e III). 7. Cabe distinguir, porém, entre o direito ao benefício previdenciário em si considerado – isto é, o denominado fundo do direito, que tem caráter fundamental – e a graduação pecuniária das prestações. Esse segundo aspecto é fortemente afetado por um amplo conjunto de circunstâncias sociais, econômicas e atuariais, variáveis em cada momento histórico. Desde a pirâmide etária e o nível de poupança privada praticado pelo conjunto de cidadãos até a conjuntura macroeconômica, com seu impacto sobre os níveis de emprego e renda. 8. Isso faz com que a definição concreta do sistema de previdência precise equacionar interesses por vezes conflitantes: dos trabalhadores ativos e dos segurados, dos contribuintes abastados e das pessoas mais humildes, da geração atual e das futuras. Em linha de princípio, a tarefa de realizar esse complexo equilíbrio situa-se na esfera de conformação do legislador, subordinando-se à decisão política das maiorias parlamentares. Somente haverá invalidade se a escolha legislativa desprezear o núcleo essencial do direito em questão [...]”.

⁵⁶⁸ Um desses raros casos foi a ADI nº 1.946, em que se declarou inconstitucional a limitação do valor do salário-maternidade ao teto do regime geral. Vale lembrar, entretanto, que o fundamento da decisão repousou na ofensa à isonomia entre os gêneros, e não no reconhecimento dessa prestação como cláusula pétrea.

⁵⁶⁹ Foi nesse sentido que a Min. Cármen Lúcia, na posição de relatora da ADI nº 3.104, em atenção a argumentos tecidos oralmente na tribuna, afirmou que somente ocorreria retrocesso social se fosse “[...] extinta a possibilidade de aposentadoria”.

– determinado não só por elementos jurídicos, mas também financeiros, demográficos, macroeconômicos, atuariais, culturais e políticos – transita na escala móvel das possibilidades materiais da sociedade e do Estado. Daí que, *a priori*, não se nota violação à Constituição em face da modificação dos critérios de acesso a determinadas prestações ou em face da alteração de sua forma de liquidação, conforme iterativas decisões do Supremo⁵⁷⁰.

5.7. Estudo de casos estrangeiros: a crise global de 2008 e seus efeitos sobre as aposentadorias na Grécia e em Portugal

O mundo experimentou acentuada crise econômica entre o final da década passada e o início desta, cujos efeitos ainda se fazem presentes, em decorrência de eventos eclodidos no mercado imobiliário americano em 2008 que findaram por atingir aposentados gregos e portugueses. Suas raízes, porém, são bem anteriores ao surgimento dos primeiros efeitos negativos e estão atreladas à concessão massiva de crédito, especialmente para pessoas incapazes de solvê-lo.

Em fins da década de 1990, os bancos americanos começaram a inundar o mercado com empréstimos a baixas taxas de juros, garantidos por hipoteca imobiliária, o que gerou o aquecimento do mercado da construção civil e estimulou a tomada de empréstimos até mesmo por desempregados. Bancos de investimentos misturavam essas dívidas, que tinham alto risco de inadimplência, com outras de menor risco e montavam pacotes de investimento com significativas taxas de retorno⁵⁷¹. Esses pacotes eram positivamente avaliados por empresas de classificação de crédito e risco⁵⁷², o que tornava o investimento aparentemente seguro e altamente atrativo, sendo rapidamente absorvidos pelo mercado, sobretudo por fundos de pensão e investidores europeus.

⁵⁷⁰ Especialmente no MS nº 23.047, em que se verificou que a PEC nº 33/95 (origem da EC nº 20/98) não violava cláusulas pétreas; na ADI nº 2.111 e no RE nº 575.089, nos quais foi assentado que a desconstitucionalização da forma de cálculos de aposentadorias não ofende a Constituição; no MS nº 24.875 e no RE nº 609.381, em que se verificou não ser inconstitucional a limitação ao pagamento de aposentadorias e pensões ao teto do funcionalismo; e no RE 587.089, no qual se entendeu não violadora da Constituição a limitação de acesso ao auxílio-reclusão.

⁵⁷¹ *Entenda o que causou a crise financeira de 2008*. UOL Notícias, edição de 27/02/2016. Disponível em <<https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2016/02/27/entenda-o-que-causou-a-crise-financeira-de-2008.htm>>. Acesso em 15.09.2017.

⁵⁷² KRUGMAN, Paul. *Repreendendo as agências de risco após encobrirem os bancos*. UOL Notícias, edição de 27/04/2010. Disponível em <<https://noticias.uol.com.br/blogs-e-colunas/coluna/paul-krugman/2010/04/27/repreendendo-as-agencias-de-risco-apos-encobrirem-os-bancos.htm>>. Acesso em 10.09.2017.

Em meados da década seguinte, o Banco Central dos Estados Unidos adotou medidas para conter o aumento da inflação, o que gerou desaceleração da economia, desaquecimento do mercado imobiliário, desemprego e redução do valor dos imóveis. Seguiu-se a inadimplência em massa dos ativos garantidos por hipoteca e, na esteira, a queda do mercado de títulos negociáveis. Com a desconfiança generalizada e a incapacidade de honrar compromissos, em setembro de 2008 o tradicional banco Lehman Brothers faliu e causou a queda nas bolsas de valores ao redor do mundo.

Logo a crise ultrapassou fronteiras territoriais, vindo a atingir os principais credores dos títulos americanos. Os países integrantes da União Europeia sofreram, em diferentes graus, suas consequências. Os mais duramente atingidos foram os membros mais endividados, face à incapacidade de honrar compromissos ou obter mais recursos para rolar suas dívidas. Medidas de austeridade fiscal foram exigidas para o fornecimento de novos empréstimos destinados ao saneamento das contas públicas e funcionamento dos serviços públicos elementares. A redução no valor de aposentadorias foi uma dessas medidas que atingiu a população grega e portuguesa.

5.7.1. O caso grego

A grave crise econômica que assolou a Grécia, iniciada em 2010 e ainda não superada, teve múltiplas causas, como o enorme endividamento público, economia não diversificada, baixa competitividade, moeda sobrevalorizada etc.⁵⁷³ A crise hipotecária americana, que tornou os investidores mais cautelosos e seletivos na concessão de crédito, pôs às claras o desarranjo das finanças gregas e sua incapacidade de honrar dívidas.

O país aderiu à União Europeia em 1981 e à união monetária em 2001, recebendo grandes investimentos, o que gerou na população a expectativa de elevação do nível de bem-estar social e conduziu à ampliação da máquina estatal⁵⁷⁴. Incapaz de pagar a dívida pública, em 2010 a Grécia foi obrigada a pedir empréstimo à Comissão Europeia, ao Banco Central Europeu e ao Fundo Monetário Internacional⁵⁷⁵, recebendo um pacote de

⁵⁷³ NERY, Pedro Fernando. *Grécia e Brasil: um exercício de comparação de regimes previdenciários*. Brasília: Senado Federal, 2017 (texto para discussão nº 236), p.1-2.

⁵⁷⁴ FERREIRA, Leticia Figueiredo. *Ruptura e anuência com o consenso liberal: a crise dos PIIGS, a austeridade europeia e a autoproteção social e nacional*. 2019. Dissertação, UFRJ, Rio de Janeiro, p.106-109.

⁵⁷⁵ Convencionou-se denominar de *troika* o comitê formado por essas entidades, cuja finalidade é prestar resgate financeiro aos países da União Europeia. Esse comitê – integrado por análises, consultores e economistas – visita as economias em crise com o objetivo de conhecê-la, examinar as contas e despesas públicas, traçar um quadro da situação financeira e

resgate condicionado à adoção de medidas de austeridade fiscal como redução do gasto público, congelamento dos salários, corte de subsídios, majoração de tributos e reforma no sistema de aposentadorias e pensões, dentre outras⁵⁷⁶. Seguiram-se outros pacotes de resgate, cada qual acompanhado de maiores e mais duras medidas econômicas.

Desde 2010, o país já sofreu três grandes reformas em seu sistema de previdência, com ao menos dez cortes no valor das aposentadorias⁵⁷⁷. Isso representa cerca de uma reforma em relação a cada pacote de resgate financeiro negociado junto aos credores internacionais.

O sistema previdenciário grego até então era fragmentado e baseado em ocupações, com diferentes modos de financiamento, benefícios e público protegido. Criado na década de 1930, permaneceu com características estruturais semelhantes aos Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAPs) que existiram no Brasil até meados da década de 1960. O Estado servia não só como garantidor, mas verdadeiro patrocinador, já que o sistema não possuía equilíbrio financeiro e atuarial⁵⁷⁸, drenando parte substancial dos recursos públicos e forçando o aumento da dívida por meio do financiamento externo. As reformas de 1992, 1998, 2001 e 2008 serviram apenas para o ajuste de parâmetros contributivos e critérios de acesso a prestações, sem alterar as estruturas do sistema⁵⁷⁹.

Em cumprimento ao protocolo de intenções firmado por ocasião do primeiro pacote de resgate financeiro, o Parlamento aprovou diversas leis com o objetivo de pôr em prática as medidas de austeridade destinadas a socorrer a combalida economia grega. Uma delas foi a Lei 3.863/2010, criadora de um sistema dualista de aposentadorias e pensões: um sistema uniforme, baseado em regras comuns, na repartição simples e na solidariedade, com contribuição compulsória e benefício mínimo básico, destinado às futuras gerações, ou seja, aos que ingressarem no sistema após sua criação; e a manutenção do sistema antigo, com pluralidade de regras, destinado à atual geração, ou seja, aos que já se encontravam no mercado de trabalho quando da criação do novo sistema.

apresentar propostas de medidas de saneamento, as quais constam de um memorando de entendimentos ou carta de intenções que condiciona o resgate à implantação das recomendações da *troika*.

⁵⁷⁶ Op. cit., p.111-122.

⁵⁷⁷ TINIOS, Platon. *Greek pension reform once again: explaining its logic and issues*. Disponível em <<http://www.lse.ac.uk/europeanInstitute/research/hellenicObservatory/CMS%20pdf/HO%20staff%20in%20Prees/BRIEFING-NOTE-PT.pdf>>. Acesso em 22.04.2019, p.2.

⁵⁷⁸ TINIOS, Platon. *The Greek pension tragedy: a case of failure in governance*. Disponível em <https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=4abf40cb-bd3b-9aa3-e0cf-5aff1ed86a03&groupId=252038>. Acesso em 16.05.2019, p.2.

⁵⁷⁹ TINIOS, Platon. *Greek pension reform once again: explaining its logic and issues*. Disponível em <<http://www.lse.ac.uk/europeanInstitute/research/hellenicObservatory/CMS%20pdf/HO%20staff%20in%20Prees/BRIEFING-NOTE-PT.pdf>>. Acesso em 22.04.2019, p.2-3.

Embora alvissareira, a reforma somente produziria efeitos no médio e longo prazo. Por isso, em caráter emergencial, foi aprovada, ainda no ano de 2010, a suspensão do pagamento das 13^a e 14^a parcelas anuais de aposentadorias, substituídas por um bônus de 800 euros ao ano para aqueles com renda inferior a 2.500 euros ao mês.

Como a crise não arrefeceu, inobstante o conjunto de iniciativas adotadas, a alta do desemprego e a dificuldade de recolocação no mercado de trabalho levaram à corrida em busca da previdência, fazendo que milhares de trabalhadores acelerassem os planos de aposentadoria. O repentino e crescente aumento de gastos com a previdência social levou, a partir de 2012, a novos cortes no valor dos benefícios⁵⁸⁰.

Como era de se esperar, as leis que impunham redução no valor dos salários dos funcionários públicos e das aposentadorias foram questionadas junto ao Conselho de Estado⁵⁸¹. No primeiro caso enfrentado⁵⁸², a Corte entendeu não haver ofensa à Constituição ou à Convenção Europeia de Direitos Humanos, já que as medidas adotadas asseguravam equilíbrio entre demandas de interesse público e a necessidade de proteção aos direitos dos trabalhadores e aposentados. E mais, entendeu ainda que, embora incidindo no patrimônio privado, as medidas governamentais não excluíram o direito de propriedade, ocorrendo apenas sua restrição. Basicamente, a decisão fundamentou-se na doutrina da necessidade e no interesse público⁵⁸³, não havendo referência a direito adquirido ou expectativa de direito⁵⁸⁴. A primeira é tradicionalmente adotada pela jurisprudência grega quando do exame da conformidade de medidas estatais com a Constituição, servindo, em casos extremos, para justificar excepcionalmente a derrogação de regras constitucionais, como se daria em casos de situação de emergência nacional por ausência de recursos para pagar trabalhadores, aposentados e pensionistas. O argumento do interesse público é, em geral, adotado em

⁵⁸⁰ Tal como a redução de 5% para benefícios entre 1.001 e 1.500 euros, de 10% para benefícios entre 1.501 e 2.000 euros e de 15% para benefícios acima de 2.001 euros.

⁵⁸¹ Na Grécia, o Poder Judiciário se organiza em jurisdição administrativa, civil e penal. Conforme os artigos 93 a 100 da Constituição grega, a primeira é incumbida de julgar questões de direito público envolvendo o Estado e tem como órgão de cúpula, em última instância, o Supremo Tribunal Administrativo, também denominado Conselho de Estado (Greek's constitution. *Constitute Project: the world's constitutions to read, search, and compare* <<https://www.constituteproject.org/>>. Acesso em 13.05.2019; MAGALHÃES, Andréa. A mais alta corte especial da Grécia: uma corte quase constitucional. In BRANDÃO, Rodrigo (org). *Cortes constitucionais e supremas cortes*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 618-619).

⁵⁸² Julgamento 668/2012, apresentado à Corte em julho/2010 e decidido em fevereiro/2012. Disponível em <<http://www.dsnet.gr/Epikairothta/Nomologia/668.htm>>. Acesso em 13.05.2019.

⁵⁸³ PARLAPANI, Christian. *Human rights under risk in times of economic crisis: emphasis on human dignity*. 2018, Master Thesis, University of Macedonia/Aristotle University of Thessaloniki, p.36-40. Disponível em <<https://dspace.lib.uom.gr/bitstream/2159/22513/4/ParlapaniChristinaMsc2018.pdf>>. Acesso em 13.05.2019.

⁵⁸⁴ De modo geral, as Constituições modernas não trazem referência à proteção ao direito adquirido, figurando a brasileira como exceção. Contudo, sua proteção se apresenta como sobrenorma do sistema jurídico (tópicos 4.2.1 e 4.2.2), de sorte que, mesmo não consagrada no texto constitucional grego, não se pode dizer que é desconsiderada por essa nação. Ocorre que, no caso versado, a Corte administrativa não examinou o caso sob o viés das prerrogativas já integradas ao patrimônio jurídico dos cidadãos.

questões envolvendo o direito de propriedade e justifica a prevalência das ações estatais em face do particular, como desapropriação ou mitigação de algum dos atributos da propriedade privada. No julgamento, o Conselho de Estado entendeu que deve prevalecer o interesse fiscal do Estado em atender às recomendações condicionantes do pacote de resgate financeiro, em vez do interesse do particular de não ver suas rendas diminuídas.

A esse julgamento, seguiram-se outros no mesmo sentido de reconhecer que as medidas de austeridade promovidas pelo Governo não contrariavam a Constituição Grega ou a Convenção Europeia de Direitos Humanos.

A mudança de posicionamento veio em 2014, quando a Suprema Corte Administrativa, ao examinar a redução nos salários e aposentadorias de algumas categorias de servidores civis e militares determinada pela Lei 4.093/2012⁵⁸⁵, entendeu que os cortes adotados a partir de 2012 eram inconstitucionais – porquanto não suficientemente justificados pelo Governo e por privarem os servidores de renda suficiente para uma vida decente e proporcional à importância dos serviços prestados ao Estado – e infringiam a Convenção Europeia de Direitos Humanos. Assim, foi determinada a volta à situação anterior, com o pagamento dos valores desde os indevidos cortes⁵⁸⁶. A Corte fixou o entendimento no sentido de que as reduções salariais e na renda de benefícios, a partir de então, deveriam ser examinadas globalmente, considerando cortes anteriores, e não mais de modo isolado, a fim de respeitar a dignidade humana⁵⁸⁷.

Avançando nessa linha de entendimento, no julgamento 2.287/2015, o Conselho de Estado decidiu que as reduções nas aposentadorias deveriam levar em conta o padrão mínimo de vida de cada pessoa, notadamente quando combinadas com o aumento da carga tributária, o que poderia levar à deterioração dos meios de vida. Ademais, passado o momento inicial da crise, ocorrido em 2010, quando foram aplicadas medidas em caráter de urgência, todos os posteriores cortes de benefícios deveriam estar acompanhados de estudos justificando sua necessidade, bem como identificando o público-alvo específico, não se admitindo cortes horizontalmente lineares sem motivação técnica⁵⁸⁸.

⁵⁸⁵ Na verdade, tratou-se de contestação de ato ministerial lavrado com esteio na lei mencionada (julgamento 2194/2014, disponível em <<http://www.dsnet.gr/Epikairothta/Nomologia/steol%202194.htm>> – acesso em 13.05.2019).

⁵⁸⁶ European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions. *Greece: Supreme Court rules that salary cuts for judges are unconstitutional*. Disponível em <<https://www.eurofound.europa.eu/publications/article/2014/greece-supreme-court-rules-that-salary-cuts-for-judges-are-unconstitutional>>. Acesso em 03.05.2019.

⁵⁸⁷ PARLAPANI, Christian. *Human rights under risk in times of economic crisis: emphasis on human dignity*. 2018, Master Thesis, University of Macedonia/Aristotle University of Thessaloniki, p.42-44. Disponível em <<https://dspace.lib.uom.gr/bitstream/2159/22513/4/ParlapaniChristinaMsc2018.pdf>>. Acesso em 13.05.2019.

⁵⁸⁸ PARLAPANI, Christian. *Human rights under risk in times of economic crisis: emphasis on human dignity*. 2018, Master Thesis, University of Macedonia/Aristotle University of Thessaloniki, p.45-47. Disponível em <<https://dspace.lib.uom.gr/bitstream/2159/22513/4/ParlapaniChristinaMsc2018.pdf>>. Acesso em 13.05.2019.

É certo que os acontecimentos que atingiram a população grega foram dramáticos. Todavia, demonstram que o valor do benefício previdenciário se situa dentro de uma escala móvel que admite alterações. Por isso, no início da crise, em 2010, a Suprema Corte Administrativa validou as medidas de austeridade materializadas em diversas leis que reduziram salários e benefícios do seguro social face à situação de emergência e sob a justificativa de supremacia do interesse público. Superado esse momento inicial de urgência, a Corte reverteu seu entendimento e reconheceu a inconstitucionalidade de normas que pudessem diminuir a renda dos aposentados e pensionistas a padrões aquém de uma condição digna de existência, indicando ser esse o núcleo central da proteção previdenciária.

Atualmente, as alterações no seguro social grego caminham para a existência de um sistema uniforme para toda a população, observadas as peculiaridades de certas atividades (como servidores públicos, militares e trabalhadores em atividades insalubres, dentre outros casos). A tendência é construir um sistema de proteção baseado em três pilares: o primeiro, contributivo e de reduzido custo, calcado na solidariedade social e capaz de assegurar um benefício mínimo; o segundo, contributivo e baseado na solidariedade profissional, concedendo benefícios proporcionais aos aportes; e o terceiro, nos moldes do regime de previdência complementar existente no Brasil⁵⁸⁹.

5.7.2. O caso português

Portugal, assim como a Grécia, foi empurrado para os braços da *troika* devido à ausência de capital interno, alta taxa de endividamento público e impossibilidade de rolar a dívida, tornando insustentável sua posição financeira após a crise americana de 2008⁵⁹⁰. As primeiras medidas de austeridade, adotadas por exigência condicionante do pacote de resgate, datam de 2011 e consistiam na redução de salários e suspensão de contratações no serviço público, criação de tributos e eliminação de subsídios, expansão das privatizações, suspensão de investimentos públicos e corte de benefícios. Especificamente no campo do seguro social, duas medidas de economia foram preconizadas: redução do valor das

⁵⁸⁹ TINIOS, Platon. *Greek pension reform once again: explaining its logic and issues*. Disponível em <<http://www.lse.ac.uk/europeanInstitute/research/hellenicObservatory/CMS%20pdf/HO%20staff%20in%20Prees/BRIEFING-NOTE-PT.pdf>>. Acesso em 22.04.2019, p.14; TINIOS, Platon. *The Greek pension tragedy: a case of failure in governance*. Disponível em <https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=4abf40cb-bd3b-9aa3-e0cf-5aff1ed86a03&groupId=252038>. Acesso em 16.05.2019.

⁵⁹⁰ FERREIRA, Leticia Figueiredo. *Ruptura e anuência com o consenso liberal: a crise dos PIIGS, a austeridade europeia e a autoproteção social e nacional*. 2019. Dissertação, UFRJ, Rio de Janeiro, p.125-127.

aposentadorias acima de 1.500 euros e a suspensão das regras de indexação e reajustamento de sorte a manter congelado o valor desses benefícios⁵⁹¹.

As medidas de austeridade concretizaram-se em várias leis que determinavam, entre outras iniciativas, a suspensão do 13º e 14º salários, a redução de 5% dos salários dos funcionários públicos e o aumento de sua jornada de 35 para 40 horas semanais, a criação da contribuição extraordinária de solidariedade a incidir sobre os aposentados e o aumento de impostos. A sociedade como um todo foi atingida, havendo camadas mais intimamente afetadas, como a dos jubilados e dos agentes públicos.

Instado a se manifestar, o Tribunal Constitucional⁵⁹² (atento à necessidade de cumprir as medidas de economia sob pena de o país não conseguir ajuda financeira externa), com fundamento no interesse público e no caráter transitório das iniciativas, reconheceu não violarem a Constituição as leis que materializavam essas medidas, firmando entendimento oposto a manifestações anteriores da Corte, denotando evidente mudança de paradigma, o que veio a ser denominado “jurisprudência da crise”⁵⁹³.

Anteriormente à crise, decidindo impugnações a leis que versavam sobre alteração nas regras de elegibilidade de benefícios previdenciários e no cálculo do valor das aposentadorias, o Tribunal Constitucional entendeu pertinente a aplicação da proteção da confiança como limite à liberdade de conformação do legislador. Seriam, desse modo, inconstitucionais as alterações normativas que traíssem legítimas expectativas de continuidade de um quadro normativo no qual justificadamente se fiou o particular, salvo se tais alterações tivessem fundamento em razões de interesse público⁵⁹⁴.

⁵⁹¹ Conforme memorando de entendimentos sobre as condicionalidades de política econômica (Memorandum of Understanding – MoU –, disponível em <<https://s.economias.pt/ficheiro/memorando-de-entendimento-sobre-as-condicionalidades-de-politica-economica.pdf>> – acesso em 15.05.2019), os desembolsos ficaram vinculados ao cumprimento das medidas de austeridade, avaliadas trimestralmente por um período de três anos.

⁵⁹² A jurisdição, em Portugal, é dividida em civil e criminal, cuja instância máxima é o Supremo Tribunal de Justiça, e administrativa, que tem no Supremo Tribunal Administrativo seu órgão de cúpula. Existe ainda o Tribunal Constitucional, com a missão, dentre outras competências, de exercer o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos (Constituição da República Portuguesa, artigos 209º a 211º e 221º a 224º; PIRES, Thiago Magalhães. Tribunal Constitucional de Portugal. In BRANDÃO, Rodrigo (org). *Cortes constitucionais e supremas cortes*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 754-757).

⁵⁹³ Conforme esclarece Alexandre Souza Pinheiro, a expressão “jurisprudência da crise” “[...] traduz um ‘processo negocial’ entre a interpretação normativa da Constituição e a necessidade de ceder perante as ‘exigências das circunstâncias’. O TC [Tribunal Constitucional] socorreu-se da ‘prossecação do interesse público’ dentro de uma ordem ‘transitória’ e ‘excepcional’ para decidir no sentido da não inconstitucionalidade de medidas legislativas que conheceriam outro desfecho não fora o tempo de ‘crise’. A utilização banal e repetitiva, amiúde sem fundamentação abundante, do ‘interesse público’ serviu de base a uma sequência de decisões do TC em manifesta cedência da normatividade – tal como vinha sendo interpretada – à verdade do mundo. A crueza desta conclusão assenta não só no conteúdo das decisões, mas também na sua comparação com a jurisprudência ‘pré-crise’” (A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013). *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), ano 7, nº 01, jan./jun. 2014, p.170).

⁵⁹⁴ Acórdão nº 188/2009 (disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090188.html>>) e acórdão nº 03/2010 (disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100003.html>>) (acessos em 15.05.2019).

Posteriormente, sob os influxos da crise financeira, a Corte proferiu o acórdão nº 353/2012⁵⁹⁵. Tratava-se de impugnação à lei que determinava suspensão do pagamento das parcelas equivalentes ao 13º e 14º benefícios anuais aos aposentados. Os insurgentes aduziram, na espécie, violação, entre outros, à proteção da confiança. O Tribunal acolheu a argumentação, reconhecendo a inconstitucionalidade da norma por violação da confiança que os jubilados depositaram em receber, do órgão estatal previdenciário, as 13ª e 14ª gratificações anuais. Todavia, entendeu que o Estado Português não podia se desviar do compromisso de austeridade assumido junto a credores internacionais e que a inaplicabilidade da suspensão no ano então corrente frustraria esse compromisso, já que não haveria tempo hábil para substituí-la por outras medidas de economia equivalentes. Por isso, escorado em excepcional interesse público, o Tribunal decidiu modular os efeitos da decisão, de sorte que valeria apenas para o ano seguinte. Ou seja, os dispositivos normativos que impuseram suspensão do pagamento dos benefícios excedentes a doze parcelas anuais eram inconstitucionais, mas o interesse público de excepcional relevo – a necessidade de cumprir as medidas de austeridade que condicionaram a ajuda financeira ao país – justificava sua aplicação no ano de 2012.

No acórdão nº 187/2013⁵⁹⁶, o Tribunal Constitucional enfrentou a contestação de diversos dispositivos legais que, entre outras medidas, determinavam a suspensão de 90% do 14º benefício anual aos aposentados, a vigorar a partir do ano de 2013⁵⁹⁷. Na oportunidade, assentou que a Constituição não garante determinado montante de pensão, mas a prerrogativa de haver uma pensão, considerada como renda substitutiva do rendimento do trabalho, cujo valor é fixado conforme normas infraconstitucionais. Ademais, a proteção constitucional ao valor da aposentadoria se identifica, qualitativamente, com aquela dispensada ao salário. Assim como o salário deve garantir uma digna existência, o valor da aposentadoria também. E embora fosse legítimo ao jubilado acreditar que esse valor não sofreria redução – especialmente em face do decidido no acórdão nº 353/2012 –, motivos de relevante interesse público (novamente a necessidade de aprofundar as medidas de austeridade para superação da crise econômica) justificavam a constitucionalidade da suspensão em debate.

⁵⁹⁵ Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html>>. Acesso em 15.05.2019.

⁵⁹⁶ Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130187.html>>. Acesso em 16.05.2019.

⁵⁹⁷ Veja-se que, no acórdão 353/2012, o Tribunal havia se manifestado pela inconstitucionalidade da suspensão integral do 13º e 14º benefícios anuais. Em face dessa decisão e da necessidade de aprofundar as medidas de austeridade, sobreveio, em 2013, nova legislação, estabelecendo corte de benefícios, todavia menos amplo que o anterior.

Pacificada, no âmbito interno, a discussão sobre a constitucionalidade das medidas de austeridade, restava apenas sua impugnação junto à Corte Europeia de Direitos Humanos. E foi esse o caminho seguido por diversos jubilados, destacando-se o caso Da Silva Carvalho contra Portugal⁵⁹⁸. Tratava-se de funcionária pública aposentada que, nos anos de 2013 e 2014, teve seu benefício reduzido em 4,6%, o que culminou em ofensa ao direito de propriedade consagrado no artigo 1º do Protocolo nº 1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos⁵⁹⁹.

A Corte Europeia esclareceu que o dispositivo suscitado, embora relevante para o debate, não garante qualquer valor de aposentadoria, assim como a Convenção, de modo geral, não assegura nenhum benefício ou prestação do seguro social. Os Estados signatários da Convenção podem livremente criar sistema de previdência, e assim agindo, a legislação correspondente será reputada geradora do direito de propriedade a que se refere o artigo 1º do Protocolo nº 1, hipótese em que a redução ou descontinuidade dos benefícios poderá constituir ofensa ao mencionado direito de propriedade. Por esses motivos, a redução no valor da aposentadoria, no caso em exame, resultou em ofensa a direito de propriedade. Todavia, a ofensa foi justificada pelo legítimo interesse público de possibilitar o cumprimento do acordo de resgate econômico. Ademais, a redução concretamente levada a efeito (redução de 4,6% do valor da pensão por dois anos consecutivos) afigurou-se proporcional diante da grave crise econômica vivida no país, além de não privar a demandante dos meios indispensáveis à sua sobrevivência. Por essas razões, em consonância com sua jurisprudência, a Corte, em caráter terminativo, não admitiu a representação, evidenciando o acerto das decisões tomadas pelo Tribunal Constitucional Português.

A jurisprudência da crise denota o quadro em que a realidade econômica se impõe à realidade jurídica, ou seja, os fatos concretos da vida acabam por derrogar, ainda que transitoriamente, normas constitucionais. Até mesmo a proteção da confiança – desdobramento da segurança jurídica e, para a doutrina lusitana, ínsita à noção de Estado de Direito Democrático, tal como estampado no artigo 2º da Constituição portuguesa – cede lugar a razões econômicas, justificando a diminuição do valor dos benefícios previdenciários. Entrementes, essa derrogação – como assentado no acórdão nº 187/2013 –

⁵⁹⁸ Application n. 13341/14. Disponível em <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-157567%22\]}>](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-157567%22]}>). Acesso em 15.05.2019.

⁵⁹⁹ Cuja redação é a seguinte: “Qualquer pessoa singular ou coletiva tem direito ao respeito dos seus bens. Ninguém pode ser privado do que é sua propriedade a não ser por utilidade pública e nas condições previstas pela lei e pelos princípios gerais do direito internacional. As condições precedentes entendem-se sem prejuízo do direito que os Estados possuem de pôr em vigor as leis que julguem necessárias para a regulamentação do uso dos bens, de acordo com o interesse geral, ou para assegurar o pagamento de impostos ou outras contribuições ou de multas”.

não pode restringir o montante da aposentadoria para aquém de um padrão mínimo de vida digna.

5.7.3. Síntese da interpretação das Cortes Constitucionais Grega e Portuguesa

O direito às prestações mensais da previdência social, nesses países, tem sido encarado como direito de propriedade. Sua proteção, além daquela conferida à propriedade, é realizada com base na proteção da confiança, entendida como desdobramento da segurança jurídica, a qual, por seu turno, é um aspecto do Estado de Direito.

As Cortes Constitucionais tem admitido a relativização desse direito em situações extremas, como a insuficiência de recursos públicos para o cumprimento de todas as obrigações estatais. Tais situações extremas configurariam necessidade e interesse público a justificar a transitória adoção de medidas restritivas de direitos como o aumento das contribuições, a redução do valor dos benefícios e a cessação temporária no pagamento das 13^a e 14^a parcelas anuais.

O exame dos casos estrangeiros trazidos à colação indica que não se garante uma determinada prestação e nem se assegura a irredutibilidade de seu valor. O núcleo da proteção do seguro social repousa, em verdade, na garantia de um padrão mínimo de vida. Parece que, observado o fornecimento de renda capaz de conferir vida digna às pessoas, não haverá impedimento à restrição de direitos.

CAPÍTULO VI – PERSPECTIVA DELIMITADORA DA ALTERAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL PREVIDENCIÁRIA

6.1. Diversidade de perspectivas

A adoção de um sistema previdenciário voltado a proteger o trabalhador e seus dependentes não é medida compulsória, mas altamente desejável, e marca o estágio de desenvolvimento humano e social de um Estado. Aqueles que adotam um tal sistema gozam de plena liberdade para desenhá-lo conforme suas necessidades e capacidades, tendo como foco o nível de bem-estar que desejam oferecer à população. Poucos desses Estados dispensam tratamento constitucional pormenorizado à previdência social⁶⁰⁰, estrito rol no qual se insere o Brasil.

A tradição brasileira, nesse particular, remonta ao primeiro texto republicano, que dedicou três dispositivos ao tema. Todas as Cartas Políticas que o sucederam, sem exceção, confiaram cada vez mais dispositivos à matéria previdenciária, em geral distribuindo competências e outorgando direitos.

Nessa linha evolutiva, a Constituição de 1988, em sua redação original, excedia, em quantidade de dispositivos, a atenção que as precedentes dispensaram à previdência social. As diversas emendas que se sucederam até o presente momento ampliaram ainda mais sua disciplina constitucional, notadamente tecendo minúcias sobre vedações, critérios de acesso a prestações, valor e forma de reajustamento dos benefícios.

A dispensa de atenção constitucional a determinados temas espelha sua relevância para a sociedade, conferindo, em princípio, segurança jurídica. Esta é representada pela estabilidade das normas e relações jurídicas, possibilitando projetar os efeitos futuros de atos presentes e permitindo que as pessoas planejem suas vidas com tranquilidade. Todavia, a frequência – e não raro, a rapidez – com que são produzidas emendas demonstra que essa proteção pode ser mais aparente do que efetiva. Como tudo na Constituição é móvel – exceção feita às cláusulas pétreas –, importa saber o que é perene, o que não pode ser excluído ou alterado por meio de emendas.

⁶⁰⁰ DOCA, Geralda. Previdência: Brasil é o único país que tem regras tão detalhadas na Constituição. *O Globo*, Caderno de Economia, edição de 22.04.2019. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/economia/previdencia-brasil-o-unico-pais-que-tem-regras-tao-detalhadas-na-constituicao-23613957>>. Acesso em 30.10.2019.

Sem embargo dos efeitos positivos da constitucionalização da matéria previdenciária, existem outros negativos. Neste capítulo serão examinados alguns desses últimos efeitos, os quais, em linha de princípio, desmotivam e tornam ineficiente a inflação normativa constitucional, para, em seguida, indicar o que é imprescindível permanecer no texto.

6.1.1. Razões que conduzem à alteração da norma previdenciária

No domínio das Ciências Sociais, a norma representa uma prescrição de conduta, a determinação de um agir ou não agir humanos⁶⁰¹. Surge em determinado contexto histórico-social, premida por elementos de natureza variada como usos e costumes, relações de força e subordinação, aspirações e crenças comunitárias, dentre outras influências⁶⁰². A norma, portanto, constitui o produto do momento vivido pela sociedade.

A norma jurídica não é infensa a influências. É criada a partir de um conjunto de necessidades, as quais, em derradeira análise, desaguam no anseio de promover o bem de todos. Em outras palavras, a norma jurídica dirige o comportamento humano no sentido daquilo que a sociedade assume como proveitoso à coletividade em determinado momento histórico.

Fundada na solidariedade social⁶⁰³, a norma previdenciária tem por objetivo garantir ao segurado renda suficiente para a sua manutenção e de sua família em caso de impossibilidade de laborar, ou em caso de insuficiência de rendimentos. É, assim, estruturada para que alcance tal desiderato, vindo a sofrer modificação em decorrência de fatores sociais, demográficos, econômicos e gerenciais.

A pressão de fatores sociais se traduz no anseio pela melhora no nível de bem-estar, aspiração de toda a coletividade. Ocorre que, por serem difusos e multifacetados, nem sempre é fácil identificar os concretos anseios da coletividade, ainda mais num Estado como o brasileiro, fundado no pluralismo de ideias e comprometido em garantir a liberdade a todos. Por isso, amiúde o incremento do bem-estar é impulsionado por grupos organizados como sindicatos, órgãos de classe, associações de idosos, de servidores públicos e de

⁶⁰¹ Tópico 2.2.

⁶⁰² REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed., 2. Tir. São Paulo: Saraiva, 2004, p.14 e 367; LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p.7-8.

⁶⁰³ SILVA, Ana Cristina Monteiro de Andrade. Princípio constitucional da solidariedade. *Interesse Público – IP*. Belo Horizonte, ano 16, nº 87, p.141-160, set./out. 2014.

militares, ou em prol de minorias como deficientes, portadores de patologias graves ou estigmatizantes. Alterações nos costumes igualmente repercutem em mudanças normativas: união estável e casamento homoafetivo, concubinato de longa duração⁶⁰⁴ e família monoparental são exemplos de costumes que passaram a ser socialmente admitidos e disciplinados pelo ordenamento jurídico em sede normativa ou jurisprudencial.

A taxa de fecundidade e natalidade, a expectativa de vida e sobrevida, as projeções de diminuição ou aumento da população economicamente ativa e o aumento da população idosa são fatores demográficos que influenciam o desenho do sistema de previdência e, conseqüentemente, sua estrutura normativa.

Deve-se assinalar que o fator econômico possui grande peso na elaboração dessa verdadeira engenharia normativa. Inflação, desemprego, alterações na massa salarial, substituição ou ausência de reposição da mão de obra em decorrência de automação industrial e uso da inteligência artificial representam fatores dessa natureza. Tais fatores escapam ao controle do gestor público, do Estado e da sociedade e, de modo cada vez mais frequente, resultam de acontecimentos ocorridos além das fronteiras nacionais.

Não se deve perder de vista que a solidariedade social demanda grandes somas de recursos para se materializar de modo eficiente. Por outro lado, a sociedade não é dotada de ilimitada capacidade contributiva. Embora exista alto grau de concordância e adesão quanto à necessidade de participação no custeio da previdência, o nível de contribuição não pode atingir montante que ameace o setor produtivo, desestime a participação dos segurados ou influencie a estratégia de elisão ou sonegação fiscal.

Alterações normativas visando à otimização do sistema de seguro social como a adoção de banco de dados digitalizado para controle e confirmação de informações, comunicação *online* dos atos registrares de nascimento, casamento e óbito praticados por serventias de registro civil de pessoas naturais⁶⁰⁵, adoção do processo administrativo eletrônico e autorização de acesso ao banco de dados de outros órgãos públicos⁶⁰⁶, reconhecimento automático de direitos⁶⁰⁷ e unificação de benefícios sem prejuízo da renda mensal⁶⁰⁸ decorrem do esforço de melhoria gerencial do sistema.

⁶⁰⁴ Está pendente de julgamento no STF a controvérsia sobre a possibilidade de o concubinato de longa duração gerar efeitos previdenciários, designadamente a concessão de pensão por morte ao concubino sobrevivente (RE nº 669.465, com repercussão geral reconhecida – tema 526).

⁶⁰⁵ Artigo 68 da Lei nº 8.212/91.

⁶⁰⁶ Artigos 124-A e 124-B da Lei nº 8.213/91, introduzidos pela Lei nº 13.846/19.

⁶⁰⁷ Artigo 28-A da Lei nº 8.213/91, introduzido pela Lei Complementar nº 128/08.

⁶⁰⁸ É o caso do auxílio-acidente para o segurado aposentado. A partir da edição da Lei nº 9.032/95, foi proibida a acumulação de ambos os benefícios. Todavia, o valor do auxílio-acidente passou a integrar o cálculo da aposentadoria, de modo a não haver prejuízo econômico aos beneficiários.

Esses fatores não são estanques ou perenes. Variam no tempo, de sorte que o que era suficiente ontem pode não mais sê-lo amanhã, seja pela melhora ou piora no nível de vida, seja por ter sido alcançada situação de plena empregabilidade ou estar diante de grande desemprego, seja por conta da inflação, entre outros incontáveis motivos.

Conquanto presente a expectativa de produzir uma curva de contínua ascensão do nível de bem-estar promovido pelo seguro social, razões concretas nem sempre permitem que isso seja possível. A crise econômica de 2008 e seu reflexo na previdência grega e portuguesa são exemplo disso.

Daí que, a bem da manutenção do sistema previdenciário como um todo, a norma que o disciplina, embora idealmente se direcione a incremento de direitos, muitas vezes será alterada para relativizá-los⁶⁰⁹. E isso não constitui algo necessariamente ruim, um desvalor, pois, em verdade, a norma deve espelhar a sociedade à qual se dirige. Em outras palavras – e sem ingressar na discussão acerca de teorias econômicas liberais ou intervencionistas –, a economia é cíclica, sujeita a períodos de bonança e de perturbação. Exatamente por isso não se deve esperar um nível de bem-estar social perene. Em momentos de escassez, a diminuição de gastos relacionados a direitos sociais é medida natural. A sociedade está em trânsito e a norma previdenciária deve acompanhá-la.

6.1.2. Efeitos da constitucionalização da norma previdenciária

A Constituição brasileira, em sua redação original, dedicava poucos dispositivos à temática previdenciária, o que não foi impedimento para se ocupar de minúcias como requisitos de acesso a aposentadorias e forma de sua liquidação. As sucessivas reformas, sob a prédica de excluir do texto questões que ou não possuíam relevância para estarem ali ou exigiam rotineiros aperfeiçoamentos – algo incompatível com o processo de alteração da norma constitucional –, findaram por incluir ainda mais dispositivos na Carta Política.

Tirante a declaração de direitos do cidadão, a distribuição de funções, a separação de Poderes e a forma de acesso aos cargos de mando, não é aprioristicamente

⁶⁰⁹ Vem a calhar o vaticínio de Karl Larenz, segundo o qual “As leis não se fazem para a eternidade. O cidadão tem por isso que contar que as leis hoje vigentes modificar-se-ão e que em algum dia regularão matérias que hoje não estão reguladas. Há, pois, que abandonar a ideia de uma total subsistência da situação jurídica agora existente” (*Derecho Justo. Fundamentos de Ética Jurídica*. Trad. Luis Díez-Picazo. Madri: Civitas, 1993, p.163, tradução livre).

possível determinar qual matéria deve e qual não deve ser incluída numa Constituição⁶¹⁰. Por isso, não se pode afirmar que a disciplina do seguro social deve estar contemplada em um texto constitucional. Essa é mais uma escolha política do que jurídica.

O exame das sucessivas emendas alterando normas constitucionais previdenciárias parece indicar que há, por trás do discurso da desconstitucionalização, certa opção política inversa, de algum modo baseada na crença de bastar a positivação em sede constitucional para que se resolvam os problemas nacionais.

A constitucionalização da previdência nem sempre tem sido acompanhada das alterações da legislação ordinária imprescindíveis à sua plena operatividade e cumprimento das promessas que consigna. Disso são exemplos a não regulamentação da atividade de risco para o servidor público (determinada pela EC nº 47/05) e a definição de tempo de contribuição e de atividade especial (tal como determinado pela EC nº 20/98, conforme seus artigos 4º e 15)⁶¹¹.

É de se ver que, só por si, a constitucionalização não é capaz de melhorar, qualitativamente, a proteção ao segurado. Possui, contudo, o efeito negativo de dificultar a permeabilidade do sistema às rotineiras e necessárias modificações. A complexidade do processo de emenda à Constituição dificulta qualquer alteração, tornando morosas as adequações necessárias ao equilíbrio e à eficiência do seguro social. Em países que adotam uma Constituição rígida, tanto mais dinâmico será o sistema previdenciário quanto menos constitucionalizadas forem suas normas.

Não se pode olvidar, ademais, que o trânsito das modificações em normas constitucionais previdenciárias opera tanto no sentido da ampliação da cobertura protetiva quanto no de sua restrição⁶¹². A movimentação no primeiro sentido levanta questionamentos que podem repercutir em maior dificuldade na alteração dessas normas.

Não parece haver dúvidas que uma emenda constitucional pode criar novos direitos. Se acaso estendido ou ampliado o rol contido no artigo 60, parágrafo 4º da Constituição, surgiria a indagação acerca de serem esses novos direitos também cláusula pétrea. A questão é tormentosa.

Na visão de Gilmar Mendes⁶¹³, a solução repousa no fundamento das cláusulas pétreas, que não é outro senão a prevalência do poder constituinte originário sobre o derivado. É justamente por isso que o primeiro pode condicionar o exercício do último,

⁶¹⁰ Tópico 2.4.

⁶¹¹ Questões que passaram a ser disciplinadas pela EC nº 103/19.

⁶¹² Tópicos 3.4 e 3.5.

⁶¹³ MENDES, Gilmar *et al.* *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.259-260.

jamais o inverso. Embora o poder constituinte derivado possa acrescer ao rol das cláusulas pétreas, o direito assim criado não será dotado das mesmas características. Se isso fosse possível, o constituinte reformador estaria limitando a si mesmo, ou seja, inovando de tal modo na órbita jurídica que nem mesmo ele poderia abolir sua novação, o que é contrário à noção de reforma. Em corolário, o direito desse modo acrescido ao artigo 60, parágrafo 4º da Constituição é passível de abolição.

Em posição diametralmente oposta situa-se Bernardo Gonçalves Fernandes⁶¹⁴, para quem o constituinte reformador não se encontra impedido inovar o rol do artigo 60, parágrafo 4º da Constituição. E assim obrando, o direito novo constituirá também cláusula pétrea, repercutindo na impossibilidade de sua exclusão do ordenamento jurídico. Entendimento contrário implica admitir a existência de direitos fundamentais de dois níveis ou espécies: aqueles criados pelo constituinte originário e, como tal, intangíveis, e aqueles criados pelo constituinte reformador, e, então, suprimíveis, o que seria um contrassenso e um atentado contra a própria noção de direito fundamental⁶¹⁵.

A problemática descrita opera efeitos sobre a constitucionalização da matéria previdenciária, e, a depender da corrente adotada, ocasionará o engessamento da norma de modo a somente admitir alterações que adicionem novos direitos à Constituição, jamais os restringindo ou suprimindo.

Para ilustrar o que até o momento se disse, calha trazer à baila a possibilidade de jubilação segundo critérios diferenciados. É da Constituição, desde sua redação originária, a contemplação da hipótese aos trabalhadores e servidores sujeitos a agentes nocivos que degradam sua saúde. Trata-se da denominada aposentadoria especial, que permite a jubilação precoce (em relação às demais modalidades) para fazer cessar a exposição e preservar a saúde do segurado. O benefício constitui direito fundamental, inserindo-se no rol das cláusulas pétreas⁶¹⁶.

A EC nº 47/05 autorizou aposentação com critérios menos gravosos ao deficiente e ao servidor que exerça atividade de risco. A possibilidade, entretanto, é dotada de vício de origem por ofender a necessidade de proteção previdenciária igualitária e a vedação à criação de privilégios⁶¹⁷. Contudo, aos que não comungam desse posicionamento e entendem que emenda constitucional pode criar cláusulas pétreas, as citadas modalidades

⁶¹⁴ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p.149-150.

⁶¹⁵ Tópico 1.3.1.

⁶¹⁶ Tópico 2.5.2.1.

⁶¹⁷ Tópico 3.4.1.3.

de jubilação resultaram em acréscimo a esse rol, e, assim, de impraticável exclusão do ordenamento jurídico.

Ainda como reflexo secundário dessa tese, colhe-se o desestímulo à ampliação da cobertura protetiva, haja vista que incrementar direitos não sujeitos a futura contenção ou restrição significa comprometer o orçamento público com despesa irreversível. Gestores públicos, ciosos por cumprir as normas de responsabilidade fiscal, veriam nisso um significativo desestímulo à ampliação da cobertura do seguro social.

O quadro esboçado denota que – tanto pela morosidade do processo de emenda quanto pela possibilidade de criação de novas cláusulas pétreas – a constitucionalização da matéria tem o potencial de conduzir ao engessamento das normas previdenciárias, tornando-as anacrônicas por ausência de sintonia com as dinâmicas transformações sociais, econômicas, demográficas e gerenciais das quais o seguro social não pode se apartar.

6.1.3. Gestão previdenciária responsável

A expressão “gestão previdenciária responsável” comumente leva a pensar em equilíbrio financeiro e atuarial, cotização dos assistidos e redução de custos. Não é, porém, nesse sentido que se adota a expressão, e sim na acepção de comedimento e prudência na edição de normas versando sobre a previdência social.

É que a norma pode, ao tempo de sua elaboração, adequar-se sob o viés econômico – em respeito à disponibilidade de recursos e à regra da contrapartida –, mas, nos médio e longo prazos, gerar desequilíbrio de contas, tornando insustentável todo o sistema de seguro social⁶¹⁸.

Disso é exemplo a exigência de idade mínima para jubilação. Desde a Lei Elói Chaves, em 1923, exigia-se determinada idade para aposentação, o que foi mantido pela redação original da Lei Orgânica da Previdência Social, de 1960. Passados dois anos, entendeu-se que o sistema previdenciário recém-inaugurado era sólido e capaz de suportar a exclusão desse requisito⁶¹⁹, situação que se manteve inalterada com a edição do atual Plano

⁶¹⁸ Paulo Tafner e Fábio Giambiagi lembram que a decisão sobre a definição de regras de um sistema de previdência tomadas num determinado momento reflete no futuro alcançando efeitos desejados, mas também efeitos indesejados, e vinculando inclusive pessoas não nascidas à época dessa opção (Introdução. In: TAFNER, Paulo. GIAMBIAGI, Fabio (Orgs.). *Previdência no Brasil: debates, dilemas e escolhas*. Rio de Janeiro: IPEA, 2007, p.15-16).

⁶¹⁹ O que foi levado a cabo pela Lei nº 4.130/62. Posteriormente, a Lei nº 5.440-A/68 estendeu a supressão do requisito etário para a aposentadoria especial.

de Benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Entrementes, desde a PEC nº 33/95⁶²⁰, os sucessivos Governos vêm tentando reintroduzir essa exigência, premidos por razões financeiras, atuariais e demográficas, uma vez que o sistema de seguro social tem apresentado expressivos e crescentes *deficits* desde meados da década de 1990, particularmente em função do desencontro entre a receita das contribuições e as despesas no pagamento de benefícios⁶²¹.

Toda norma traz em si a expressão de uma ordem de conduta, distinguindo-se a jurídica pela peculiaridade de liberar reação do lesado ante seu descumprimento⁶²². A norma previdenciária não só determina, mas também induz, comportamentos de médio e longo prazos. Quando a norma excluiu a idade mínima dentre os requisitos para jubilação, conseqüentemente induziu os segurados a se afastarem do trabalho numa etapa da vida em que, não raras vezes, se encontravam no auge da fase produtiva. Desvinculou-se, dessa forma, a noção de aposentadoria como rendimento substitutivo do trabalho em face da presunção de redução da capacidade laboral por conta da velhice, aproximando-a da noção de prêmio, de recompensa pelo cumprimento de certo período de labor⁶²³. Uma singela alteração normativa distorceu a justificativa social⁶²⁴, econômica⁶²⁵ e jurídica⁶²⁶ do instituto.

A indução de comportamento é ainda maior quando a norma vem estampada no texto de uma Constituição como a brasileira, rígida e com estipulação de cláusulas pétreas. Traduz a concepção de difícil e infrequente modificação, conferindo tranquilidade e segurança no âmbito do planejamento individual de longa duração para os trabalhadores e servidores públicos.

A significação normativa da gestão previdenciária, ora retratada, consiste na elaboração de estudos sobre os impactos futuros de alterações presentes, notadamente quando ampliam a cobertura ou reduzem as exigências de acesso a prestações.

Com isso, não se pretende admitir apenas alterações que restrinjam direitos. Longe disso, o que a gestão preconizada demanda é o embasamento técnico de médio e longo

⁶²⁰ Projeto que originou a EC nº 20/98.

⁶²¹ O desiderato foi alcançado com a aprovação da EC nº 103/19, que fixou, para ambos os regimes obrigatórios, a idade mínima de 62 e 65 anos para homens e mulheres se aposentarem, respectivamente.

⁶²² Tópicos 2.2 e 2.3.2.

⁶²³ COIMBRA, Marta. Um olhar sobre a solidariedade na previdência brasileira. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDPE*. Belo Horizonte, ano 7, nº 12, p.21-39, set./fev. 2018.

⁶²⁴ Exteriorizada na solidariedade social capitaneada pela previdência, sendo um de seus escopos amparar trabalhadores idosos.

⁶²⁵ Nesse aspecto, a renda substitutiva do rendimento do trabalho apenas se justifica na impossibilidade, real ou presumida (em função da idade), de exercê-lo.

⁶²⁶ Ou seja, na obrigação republicana de participar do custeio do sistema previdenciário, a todos imposta, esteada na igualdade e na vedação a privilégios.

prazos, pois, afinal, a relação de seguro social é projetada para durar o quanto for necessário, sejam dias, sejam décadas a fio.

Dado que essa relação jurídica é dinâmica, sofrendo influências e pressões de natureza econômica, demográfica e social, é natural que sejam efetuados regulares e permanentes ajustes nas normas de regência⁶²⁷. Tais ajustes, ademais, devem ser realizados de modo gradual, sem grandes alterações, em pequenos reparos, de sorte a não gerar perturbação e intranquilidade sociais.

Exemplificativamente, se a exclusão da idade mínima operada em 1962 viesse acompanhada de graduais aumentos no período mínimo de trabalho e, eventualmente, das alíquotas contributivas, é provável que a ausência do requisito etário não gerasse impacto negativo no equilíbrio financeiro e atuarial do sistema. Em atenção às boas práticas gerenciais e ao comando constitucional⁶²⁸, é preciso manter o encontro de contas presentes e futuras da previdência social, desiderato alcançável com ou sem idade mínima. A regra que define os critérios de acesso a prestações, portanto, admite qualquer forma de composição para alcançar o objetivo constitucional, o que é absolutamente coerente com a noção de os sistemas de previdência não possuírem um desenho final, perfeito e acabado, haja vista se sujeitarem a variáveis demográficas, mercadológicas e macroeconômicas⁶²⁹.

É por isso que as possibilidades de alteração da norma previdenciária, notadamente a constitucional, transitam dentro de um amplo espectro de liberdade. Tal liberdade, contudo, há de ser exercida com responsabilidade, ou seja, considerando os efeitos presentes e futuros que ocasionará ao sistema de seguro social.

6.1.4. Resiliência da norma previdenciária e retrocesso social

⁶²⁷ Pois “não há como negar que os sistemas previdenciários públicos requerem, de tempos em tempos, ajustes que permitam a sua sustentabilidade para a presente geração, mas principalmente para as gerações futuras. Tais mudanças importam, necessariamente, em implementar mudanças nas regras em dois aspectos fundamentais: o financiamento do regime e a concessão de benefícios” (CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.1125).

⁶²⁸ A referência é aos artigos 40, caput, e 201, caput, que determinam que os regimes obrigatórios sejam equilibrados financeira e atuarialmente.

⁶²⁹ SOARES, Luiz Henrique Proença. Apresentação. In: TAFNER, Paulo. GIAMBIAGI, Fabio (Orgs.). *Previdência no Brasil: debates, dilemas e escolhas*. Rio de Janeiro: IPEA, 2007, p.6. É por isso que “[...] as reformas da Previdência Social são um processo constante e permanente para adequação dos sistemas às modificações socioeconômicas, demográficas e no mercado de trabalho” (CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.1138).

O histórico da previdência social no Brasil é caracterizado por idas e vindas, por avanços e recuos⁶³⁰. Isso se deve à liberalidade dos diversos Governos e à ausência de estratégia solidamente estruturada e baseada em dados técnicos voltados à criação de um sistema de proteção estável, duradouro e sustentável.

Demandas presentes se impõem a necessidades passadas, exigindo a ampliação ou modificação da cobertura. Entretanto, razões de diversa ordem findam por conduzir a proteção ao *status quo ante*. Isso ocorreu não poucas vezes, como ilustram dois exemplos: idade mínima para aposentadoria e cotas de pensão.

Como dito linhas atrás⁶³¹, desde sempre, no regime geral, a aposentadoria programada esteve atrelada a idade mínima, critério que foi retirado em 1962 e retorna agora com a aprovação da EC nº 103/19⁶³².

O mesmo se deu com o cálculo da pensão por morte, unificado por força da mesma emenda. No âmbito do regime geral, foi inicialmente disciplinada pela LOPS, que previa o pagamento do benefício em cotas⁶³³. A regra permaneceu a mesma, com poucas alterações, no vigente Plano de Benefícios da Previdência Social⁶³⁴, até ser alterada pela Lei nº 9.032/95, que as extinguiu⁶³⁵.

Para os servidores vinculados a regime próprio, a Constituição de 1988 previa pensão com integralidade e paridade. A EC nº 41/03 determinou que o benefício fosse liquidado e reajustado na forma da lei, observando-se, contudo, a redução em 30% da parcela que viesse a superar o teto do salário de contribuição do regime geral.

Por fim, a EC nº 103/19 unificou o sistema de cotas de pensão para ambos os regimes. Assim, inovou no regime dos servidores e retrocedeu ao passado no caso dos trabalhadores vinculados ao regime geral⁶³⁶.

O valor das aposentadorias também sofreu os influxos do tempo. Houve diversas formas de liquidar seu valor: a totalidade da remuneração percebida na atividade e, posteriormente, a média remuneratória da vida laborativa, no regime dos servidores

⁶³⁰ TAVARES, Marcelo Leonardo. Reforma da Previdência: caminhos e descaminhos da proteção previdenciária dos servidores. In: TAVARES, Marcelo Leonardo (Coord.). *A reforma da previdência social: temas polêmicos e aspectos controversos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.109-186.

⁶³¹ Tópico 6.1.3.

⁶³² Que conferiu nova redação ao artigo 201, parágrafo 7º, inciso I da Constituição.

⁶³³ Lei nº 3.807/60, artigos 37, 39 e 40, que, em síntese, determinava o valor do benefício em uma cota fixa de 50% (sobre o valor da aposentadoria, real ou potencial, do segurado falecido) e mais tantas cotas de 10% quantos fossem os dependentes, até o máximo de cinco dependentes (e, portanto, 100% das cotas).

⁶³⁴ Lei nº 8.213/91, artigo 75, que majorou a cota fixa para 80%, mantendo o percentual variável.

⁶³⁵ Pela nova redação do artigo 75, o valor da pensão passou a corresponder à integralidade da aposentadoria, real ou potencial, do segurado falecido, extinguindo-se o sistema de cotas.

⁶³⁶ O artigo 23 da EC nº 103/19 determina que a pensão do regime geral e do regime próprio da União corresponderá a uma cota fixa de 50% e mais tantas de 10% quantos forem os dependentes do falecido, até o máximo de 100%.

públicos; frações da média dos últimos 36 salários de contribuição (posteriormente alargado para abranger todo o período contributivo), no âmbito do regime geral. Nesse último, aposentadorias programadas chegaram a ser fixadas em 100% da média e agora retornam para frações significativamente inferiores⁶³⁷.

Esses são apenas alguns exemplos de avanços e recuos das normas previdenciárias. Isso porque o sistema previdenciário, embora possa se estruturar em bases financeiras e atuariais mais sólidas que o presente, está sempre em transformação, incessantemente buscando o equilíbrio de contas e a satisfação das necessidades sociais.

É por isso que a norma previdenciária deve ser capaz de se adaptar às modificações, sejam elas favoráveis (como a ampliação da cobertura ou a majoração do valor dos benefícios) ou desfavoráveis (como a restrição das coberturas ou alteração no cálculo do valor inicial dos benefícios) aos seus destinatários imediatos. Deve-se observar, nessa transformação, a plasticidade necessária a retornar ao ponto que melhor atenda às necessidades da coletividade para a qual é voltada. Mesmo após seguidas readequações, a norma deve estar apta a voltar ao ponto de partida se, com isso, melhor atender às necessidades, anseios e interesses da sociedade, como costuma acontecer em momentos de crescimento ou declínio econômico, desequilíbrio demográfico ou reivindicações sociais irrefreáveis⁶³⁸.

Em se tratando de restrição a direitos, notadamente sociais, é comum suscitar-se vedação ao retrocesso. A tese advoga que os direitos sociais são fruto de árdua e longa conquista da humanidade, encerrando um conjunto de prestações positivas cuja implantação é incumbência do Estado, que as vai concretizando conforme suas disponibilidades materiais. Uma vez disponibilizados – jurídica ou materialmente –, esses direitos não podem ser minorados ou suprimidos, exceto quando substituídos por outros equivalentes, uma vez que já ingressaram na esfera patrimonial dos titulares⁶³⁹. Seria, assim, interdito alterar a norma constitucional para resgatar formas previdenciárias usadas outrora e já abandonadas.

⁶³⁷ Conforme o artigo 26 da EC nº 103/19, até que sobrevenha legislação ordinária, o valor das aposentadorias no regime geral e no regime dos servidores efetivos da União corresponderá a 60% da média aritmética simples de todos os salários de contribuição vertidos a partir de julho de 1994, acrescido de 2% por ano que superar 20 anos de contribuição, para os homens, e 15 anos de contribuição, para as mulheres.

⁶³⁸ Ao que parece, essa foi uma das razões para a célere aprovação da EC nº 103/19. Devido à grande campanha de informação – de iniciativa dos Governos, dos veículos de comunicação e das mídias sociais –, a reforma da previdência ocupou a ordem do dia, ainda que de modo incipiente, desde as crises grega e portuguesa, quando se tomou consciência da dimensão que o problema poderia alcançar, passando para discussões mais concretas a partir da malograda PEC nº 287/16, apresentada pelo Governo Temer. A sociedade optou pela reforma porque, mesmo sem saber ao certo o sabor amargo do remédio, tinha consciência de que o sistema estava doente e precisava ser tratado.

⁶³⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais – teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2010, p.240-250; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.433-457;

Algumas ponderações, todavia, devem ser feitas.

Qualquer sistema de previdência social tem por objetivo proteger o trabalhador atingido por contingências sociais por conta das quais fica privado do rendimento de seu labor e à custa do qual sobrevive e mantém sua família, garantindo-lhe renda substitutiva para prover suas necessidades.

A Constituição brasileira, por meio de diversos dispositivos, garantiu o direito à proteção ante contingências eleitas como relevantes em determinado momento histórico, criou um sistema de seguro social, estabeleceu sua organização e funcionamento, definiu critérios de acesso a prestações, seu valor e reajustamento, bem como trouxe inúmeras vedações. Consagra, portanto, normas instituidoras de direitos e definidoras de competências, de estrutura e de proibições.

Uma vez que nem todas essas normas traduzem conquista social, não se pode dizer que toda e qualquer alteração constitua retrocesso social. Os avanços sociais estão conectados aos direitos fundamentais, ou seja, ao conjunto de prerrogativas necessárias a uma vida com dignidade⁶⁴⁰. Constitui, assim, retrocesso social a alteração que venha a suprimir um direito fundamental sem que outro equivalente seja colocado em seu lugar, ou restringi-lo de tal modo que o torne inservível para assegurar uma vida com dignidade.

No campo previdenciário, a fundamentalidade não reside no direito à aposentadoria ou à pensão, mas sim na garantia de renda substitutiva do trabalho em caso de incapacidade laboral, idade avançada, desemprego involuntário, gestação ou adoção de criança, morte ou insuficiência de renda para arcar com os encargos familiares. Em outras palavras, o avanço decorre da eleição de contingências sociais e da garantia de renda suficiente à manutenção de uma vida com dignidade, e o retrocesso decorre da supressão das contingências e a respectiva garantia de renda sem que outra forma de proteção seja oferecida.

Ademais, a vedação ao retrocesso social tem como escopo impedir a perda de conquistas obtidas em prol da coletividade, e não só de pessoas ou grupos particularizados.

As restrições decorrentes da alteração da norma previdenciária atingem todos os segurados, sejam trabalhadores, sejam servidores, e seus dependentes. Em geral, tem por escopo a adequação dos elementos sensíveis à manutenção do seguro social como o encontro de contas presentes e futuras, o aumento da expectativa de sobrevida, as alterações no

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*, vol. XII, 2003, p.205-236.

⁶⁴⁰ Tópico 1.3.1.

mercado de trabalho etc. Descurar esse cuidado implica pôr a pique todo o sistema, deixando a descoberto não alguns, mas todos os protegidos.

Insurgências contra novações que atinjam determinados grupos são naturais e tanto mais repercussão terão quanto mais organizados forem os grupos. Entretanto, sob o verniz da intangibilidade de direitos, o que realmente deve ser perscrutado é se de fato o pleito favorece a coletividade como um todo ou apenas frações articuladas que buscam a manutenção de posições jurídicas mais favoráveis⁶⁴¹. Na segunda hipótese, não se tratará de retrocesso social, mas da frustração do interesse de grupos isolados, podendo, inclusive, a alteração normativa se destinar a pôr fim a privilégios ou imotivadas desigualdades.

A resiliência é uma característica intrínseca de toda norma e, no campo do seguro social, é dotada de relevância ampla, pois permite não só configurar e reconfigurar o sistema protetivo, mas assegurar sua própria existência.

6.2. Discussões suscitadas pela modificação da norma constitucional previdenciária

A multiplicidade de normas previdenciárias apostas na Constituição dá azo a discussões sobre os limites que devem ser respeitados no caso de emendas. O cerne do debate repousa na identificação da previdência como direito fundamental, não só de natureza coletiva (ou seja, a previdência como instituição estatal, ainda que gerida por particulares), mas também de natureza individual (a previdência como direito à proteção materializada por prestações em dinheiro ou serviços).

Considerado o conjunto de normas que estrutura e materializa a previdência, surgem questionamentos sobre quais delas podem e quais não podem ser modificadas, e até qual ponto elas podem ser alteradas.

A discussão vai muito além da natureza de cláusula pétrea de algumas disposições constitucionais sobre a matéria, confrontando mesmo opções sobre modelos de sistema previdenciário.

O constituinte, no exercício do livre poder de disposição que a legitimidade democrática e representativa lhe outorga, goza de plena liberdade para conformar e reconformar o sistema de seguro social como entender adequado e conveniente. Basta, para

⁶⁴¹ COIMBRA, Marta. Um olhar sobre a solidariedade na previdência brasileira. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDPE*. Belo Horizonte, ano 7, nº 12, p.21-39, set./fev. 2018.

tanto e em derradeira análise, criar um novo texto constitucional. A limitação atinge o constituinte reformador.

O poder de conformação desse último é mais restrito, mas ainda assim é suficientemente amplo para revisar e alterar diversos dispositivos constitucionais. Diante do pluralismo e heterogeneidade da sociedade atual, com diversos protagonistas e interesses, não raro antagônicos, o constituinte reformador opera no campo do consenso viável.

As causas de dissenso podem se originar da forma e estrutura do sistema previdenciário, da forma de custeio, do elenco de contingências ou outros aspectos objetos de alterações. Todavia, o que mais enseja divergência é o rol de direitos, os critérios de acesso e quantificação das prestações e o respeito aos direitos adquiridos⁶⁴². Alterações ablativas nesses aspectos são, amiúde, taxadas de inconstitucionais por suposta ofensa a direitos individuais e, conseqüentemente, a cláusulas pétreas da Constituição.

Como visto até o momento, do plexo de normas constitucionais previdenciárias, apenas fração delas constitui direito fundamental, pode ser classificada como cláusulas pétreas e integra o núcleo irredutível do seguro social. É sob o prisma do núcleo irredutível que se pretende indicar quais são os limites para a alteração da norma constitucional previdenciária.

6.2.1. Delimitação da alteração da norma constitucional previdenciária

Não existe um modelo pronto, perfeito, acabado e irretocável de previdência social. Em todos os modelos conhecidos, existem aspectos positivos e negativos, os quais melhor se adaptam às necessidades de alguns povos, porém não às de outros. Compete a cada Estado encontrar o seu modelo ideal. No caso brasileiro, tem-se deixado essa opção a cargo do poder constituinte.

São várias as possibilidades de estruturar um sistema de previdência, combinando formas de custeio e carregamento de recursos com rol de direitos e conseqüente engenharia de prestações, critérios de acesso e meios de liquidação de seu valor. A missão

⁶⁴² Não se olvida que alterações relacionadas a contribuição previdenciária, em geral para incluir novos contribuintes ou elevar as alíquotas contributivas (como ocorreu com a EC nº 20/1998, a EC nº 41/2003 e mais recentemente com a EC nº 103/19), sofrem forte oposição. As argumentações apresentadas contra tais alterações se baseiam, de modo praticamente uniforme, em desrespeito ao rol de direitos individuais: direito adquirido, irredutibilidade do valor dos benefícios, isonomia (no caso, tributária) e na vedação da tributação com efeito confiscatório (a infringir o direito de propriedade).

do poder constituinte é definir uma modalidade, criando possibilidades jurídicas em compasso com as disponibilidades materiais.

Determinar como o constituinte reformador deve atuar, direcionando-o para a escolha e o desenho de um modelo de seguro social, é tarefa penosa e incerta, pois esbarra na função legislativa, podendo restringi-la, o que significa cercear atribuição que lhe é típica e precípua, esvaziando, assim, sua missão constitucional. Por isso, prefere-se indicar o que não pode ser objeto de alteração supressiva em tema previdenciário, de sorte que tudo o que não for defeso modificar será permitido, ingressando no plano da liberdade de atuação do poder constituinte reformador.

Com o passar dos anos, a Constituição tem sofrido verdadeira inflação legislativa, notadamente em tema previdenciário. Apesar de excluir do texto dispositivos relacionados ao seguro social, o que se vê é o incremento, emenda após emenda, de mais e mais disposições que bem se conformariam na legislação infraconstitucional⁶⁴³.

Essa miríade de dispositivos trata de diversos aspectos do seguro social, que vão desde a atribuição legislativa sobre a matéria até a forma de reajustamento das prestações, de modo que nem todos consagram norma categorizada como cláusula pétreia. É, assim, imprescindível identificar quais normas integram o núcleo essencial e irreduzível da previdência social, as quais, ainda que passíveis de alteração, não admitem supressão ou redução de conteúdo a tal ponto que torne ineficaz a proteção previdenciária.

O núcleo essencial da previdência consiste na garantia de renda capaz de propiciar vida digna ao segurado e seus dependentes, quando esse não reunir condições de laborar ou quando sua renda for para tanto insuficiente⁶⁴⁴. A essência, portanto, do seguro social reside em assegurar renda – substitutiva ou complementar do trabalho – de modo a conferir dignidade aos protegidos, aparelhando-os ao gozo e exercício dos demais direitos fundamentais, como direito à vida, à liberdade e à propriedade, permitindo que se torne efetiva a igualdade entre as pessoas.

Esse núcleo é irreduzível porque, sem renda suficiente, a dignidade – e, juntamente com ela, os demais direitos fundamentais – se torna inalcançável, grassando a marginalidade, a pobreza e toda sorte de desigualdade que a República brasileira está comprometida em erradicar.

⁶⁴³ Ao tempo em que este trabalho foi redigido, foi aprovada a EC nº 103/19. Embora sua mensagem ministerial de encaminhamento ao Congresso Nacional relate o intento de desconstitucionalizar a matéria previdenciária, o texto excedeu, em larga margem de vantagem, as emendas de reforma anteriores, contendo 36 artigos.

⁶⁴⁴ Tópico 2.5.2.1.

As normas constitucionais previdenciárias podem ser classificadas em quatro tipos, a saber: normas que estabelecem competência legislativa e material; normas que dispõem sobre a estrutura do sistema de previdência; normas que consagram direitos, as quais adotam a estrutura de regras ou de princípios; e normas que impõem vedações⁶⁴⁵.

O núcleo essencial e irreduzível da previdência social se estriba em três dessas normas: as definidoras de competências e de estrutura e aquelas instituidoras de direitos sob a forma de princípios.

As primeiras porque, ao confiarem tarefas aos entes federados, podem se apresentar como cláusulas pétreas. O constituinte originário legou às unidades político-administrativas a função de criar e organizar regimes de previdência. Cada unidade é dotada de aptidão legislativa e material para instituir, organizar e fazer funcionar a previdência de seus servidores segundo o arranjo que lhe aprouver, devendo respeitar comezinhas regras de operação dispostas na Constituição⁶⁴⁶.

Subtrair aos entes federados essas funções resulta em aniquilar a previdência, haja vista a ausência de atribuição, no texto constitucional, a outros responsáveis. Veja-se o caso da União, que, além de criar e manter regime próprio a seus servidores, entretém a mesma responsabilidade para com o regime geral. Ora, retirar da União essa função seria, na prática, não instalar previdência alguma, deixando servidores federais e trabalhadores ao desamparo.

Alterações que venham a retirar das unidades essas funções atentam contra a forma federativa de Estado, a qual é protegida pelo manto das cláusulas pétreas. Destarte, ficam interditas mudanças na Constituição que retirem da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal atribuição para criar, organizar e colocar em funcionamento regime de previdência, o que compreende instituir contribuição para o custeio respectivo, gerir as receitas decorrentes de sua cobrança e fixar o teto do valor dos benefícios, dentre inúmeras outras possibilidades⁶⁴⁷.

As normas constitucionais previdenciárias instituidoras de direitos estruturadas sob a forma de princípios indicam um estado de coisas ideal a ser alcançado⁶⁴⁸, que, no caso, é conferir vida digna aos protegidos. Para alcançar esse objetivo, são criadas diversas prestações, cada qual com critérios próprios de acesso e valor. As prestações e os

⁶⁴⁵ Tópico 2.5.

⁶⁴⁶ Como equilíbrio financeiro e atuarial, teto e piso do valor de benefícios e consideração das remunerações na liquidação dos benefícios, dentre outras.

⁶⁴⁷ Tópico 2.5.2.2.

⁶⁴⁸ Tópico 2.3.2.

critérios de acesso podem ser alterados, mas sua finalidade permanecerá sempre a mesma: assegurar vida digna às pessoas. Essas normas estão intrinsecamente relacionadas com a promoção da sobrevivência e da dignidade humanas, configurando, por isso, normas de direito fundamental e cláusulas pétreas⁶⁴⁹.

A exclusão de uma prestação, a modificação na forma de cálculo e a alteração dos critérios de acesso a um benefício apenas configurarão ofensa a direito fundamental se o produto final resultante dessas alterações não propiciar renda substitutiva ou complementar (ao trabalho) em ordem a permitir vida com dignidade ao segurado e seus dependentes. Dessarte, a extinção das aposentadorias não resultará em ofensa a direito fundamental e nem implicará em retrocesso social se substituídas por prestação (independentemente da denominação que tiver) capaz de suprir a necessidade de renda por conta da inatividade.

Os dispositivos constitucionais que estabelecem direito à previdência social (artigo 6º e artigo 227, parágrafo 3º, inciso II), à proteção ante riscos ou contingências sociais – os quais vêm dispostos no artigo 201, caput (incisos I a V), e reiterados no artigo 7º, incisos II, XII, XVII e XXVIII –, à regime de previdência aos servidores titulares de cargo efetivo (artigo 40, caput) e à jubilação segundo critérios diferenciados (artigo 40, parágrafo 4º, e artigo 201, parágrafo 1º), porquanto normas constitucionais estruturadas sob a forma de princípios, não podem ser suprimidos da Constituição.

Convém esclarecer que não se tratando de modificação supressora, tais dispositivos podem sofrer alteração. Nesse sentido, foi oportuna a modificação introduzida no inciso I do artigo 201 da Constituição pela EC nº 103/19: substituiu-se a expressão “doença” e “invalidez” por “incapacidade temporária ou permanente para o trabalho”. Tornou, assim, mais claro que somente configura risco social quando a patologia e a debilidade por ela causada impossibilitarem o exercício do labor. Não houve a supressão de contingência social, mas sua explicitação.

Ao lado desses três tipos de normas, encerrando um conjunto intransponível de entraves à autonomia do poder constituinte derivado, postam-se o direito adquirido e a expectativa de direito. Qualquer alteração nas normas constitucionais previdenciárias deve respeitar os direitos já formados e aqueles em etapa de formação, sob pena de serem derrubadas pelo Poder Judiciário e de pôr em risco a credibilidade que se espera que seja depositada nessas normas⁶⁵⁰.

⁶⁴⁹ Tópico 2.5.2.1.

⁶⁵⁰ OLIVEIRA, Francisco Eduardo Barreto de *et al.* *Reforma estrutural da previdência: uma proposta para assegurar proteção social e equidade*. Rio de Janeiro: IPEA, 1999 (Texto para discussão nº 690), p.10.

Opera-se o direito adquirido, no âmbito previdenciário, quando ingressam no patrimônio de alguém as faculdades relacionadas ao gozo de determinada prestação por haver, ao tempo da lei superada, cumprido os requisitos exigidos, os quais não foram exercidos antes do surgimento da lei nova. Insere-se no rol das cláusulas pétreas, o que torna defeso toda alteração da norma constitucional que resulte em sua extinção, salvo em se tratando de manifestação do poder constituinte originário⁶⁵¹.

Os direitos previdenciários de gradual e paulatina aquisição, como os benefícios programados e os não programados que exigem carência, vão, desse modo, incorporando-se ao patrimônio do titular. As frações já integralizadas desses direitos não podem ser desprezadas. Por consequência, resulta interdita retroação da norma constitucional previdenciária que prejudique o direito a essas frações, ou seja, o direito acumulado do segurado⁶⁵². No mais, a alteração da norma que verse sobre direitos previdenciários de gradual e paulatina aquisição deve estar acompanhar de regra de transição para disciplinar, de forma menos gravosa, a posição jurídica dos detentores de expectativa de direito⁶⁵³.

Em posicionamento convergente com o ora apresentado, Marcelo Leonardo Tavares entende que o conteúdo mínimo da previdência deve contemplar os princípios da universalidade, uniformidade e solidariedade; cobertura em face das contingências morte, idade avançada, incapacidade, maternidade e desemprego involuntário; piso e teto de valor de benefícios, com cláusula de manutenção de seu valor real. Tudo o mais que exceder, porque desvestido do caráter de fundamentalidade – em outras palavras, de proteção previdenciária mínima –, poderá e deverá ser implantado na medida das possibilidades orçamentárias, inclusive o regime de previdência para os servidores⁶⁵⁴.

Assim, na ótica do referido autor, não suprimíveis da Constituição seriam unicamente os incisos I e II do parágrafo único do artigo 194 (princípios da universalidade e uniformidade), o caput do artigo 195 (princípio da solidariedade na previdência social), os incisos I a V do artigo 201 (contemplam os riscos ou contingências sociais) e os parágrafos 2º e 4º do artigo 201 (tratam do piso mínimo e do reajustamento periódico dos benefícios). Tais dispositivos indicam, na verdade, a estrutura basilar de um esquema de seguro social:

⁶⁵¹ Tópico 4.2.3.

⁶⁵² Tópico 4.3.3.1.

⁶⁵³ Tópico 4.3.3.2.

⁶⁵⁴ Reforma da previdência: caminhos e descaminhos da proteção previdenciária dos servidores. In: TAVARES, Marcelo Leonardo (Coord.). *A reforma da previdência social: temas polêmicos e aspectos controvertidos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.109-186.

calçado na solidariedade, deve proteger a todos os segurados, de modo igualitário, contra um elenco mínimo de riscos sociais.

O posicionamento que se adota no presente trabalho vai além, não tendo por foco o mínimo necessário para que um sistema de previdência opere com alguma eficiência, mas a forma como o constituinte – tanto o originário quanto o reformador – o estruturou. É por esse motivo que, dentro da abordagem assumida, figuram como insuprimíveis as disposições relacionadas à competência e organização de regimes de previdência, a direitos que vão além da cobertura de contingências sociais (como o direito à existência de um sistema de seguro social e o direito a critérios diferenciados de jubilação), e a proteção ao direito adquirido e à expectativa de direito.

O que se buscou, enfim, não foi especular como um sistema de previdência minimamente ideal deve ser, mas como a Constituição brasileira determina que seja.

CONCLUSÕES

1. Embora conte com a participação estatal, um sistema previdenciário não precisa obrigatoriamente ser prestado pelo Estado. Inexistem razões teóricas ou estudos empíricos conclusivos indicando que um sistema de previdência social apenas funciona de modo eficiente e razoavelmente satisfatório se gerido diretamente pelo Estado. As ações e serviços do seguro social podem ser prestados pelo particular, mas sob o controle e regulamentação estatais. Vale destacar que o texto constitucional não determina que tais serviços sejam prestados unicamente por ente público. Não existe, em tema de previdência, exclusividade ou monopólio estatal, embora os regimes obrigatórios venham sendo executados diretamente pelo Estado ou por autarquias.

2. A justificação material para a previdência social figurar entre os direitos fundamentais reside no fato de propiciar renda substitutiva ou complementar ao segurado vitimado por contingências sociais, com o que alcançará os bens materiais necessários à sua subsistência e à sua dignidade.

3. As normas versando sobre temática previdenciária, embora dispersas no texto da Constituição, podem ser agrupadas em quatro tipos: normas que tratam de competência, normas que tratam da estrutura do sistema, normas que conferem direitos e normas que impõem vedações.

4. As normas constitucionais previdenciárias se agrupam, ainda, como regras ou como princípios. São regras as normas de competência, de estrutura e de vedação, porque detalham hipóteses ou situações de aplicação e as consequências jurídicas correspondentes. As normas que conferem direitos são, em sua maioria, regras. Possuem, todavia, caráter de princípio aquelas normas que criam direitos sem, contudo, precisar critérios ou requisitos para o seu aperfeiçoamento, de sorte que tais direitos podem, *a priori*, ser exercitados de diversos modos, mas sempre perseguindo o objetivo de garantir renda (substitutiva ou complementar) suficiente para que o segurado e seus dependentes vivam com dignidade. Apenas as normas constitucionais previdenciárias que instituem direitos estruturadas na forma de princípios configuram direito fundamental, porque somente elas asseguram o fornecimento de recursos concretos necessários à promoção da sobrevivência e da dignidade das pessoas atingidas por

contingências sociais. As demais normas constitucionais previdenciárias versam sobre temas contingentes ao núcleo essencial do sistema de previdência.

5. A proteção constitucional representada pelas cláusulas pétreas engloba os direitos e garantias individuais e também os direitos fundamentais. Figuras como cláusulas pétreas as normas constitucionais instituidoras de direitos erigidas na forma de princípios, porque constituem direitos fundamentais previdenciários, e as normas constitucionais previdenciárias de competência e de estrutura, que confiam aos entes federados a instituição e manutenção de regimes de previdência (portanto sua violação atenta contra a noção de federação). Não figuram como cláusulas pétreas as normas constitucionais previdenciárias de competência e de estrutura que não tenham por objeto a distribuição das mencionadas funções aos entes federados. O mesmo ocorre com as normas de vedação, dado seu caráter acessório em relação às demais normas, e as regras que instituem direitos relacionados ao seguro social, porque não figuram como direitos fundamentais de natureza previdenciária.

6. As Constituições brasileiras foram paulatinamente ampliando o sistema de proteção previdenciária, agregando eventos dignos de abrigo. Esse movimento de expansão se faz de modo descendente e ascendente: descendente quando a inovação parte do texto constitucional e ascendente quando a inovação primeiramente é criada no âmbito legal, somente depois vindo a ser contemplada na Constituição. É um movimento que não se esgota, porque busca a melhor situação possível, o que implica o perene aperfeiçoamento para alcançar as necessidades sociais.

7. A forma de concretizar efetiva proteção a contingências sociais é tarefa a ser deslindada pelos Estados, considerando o nível de conforto usufruído pela massa de protegidos, a idade da população, os custos envolvidos e a disponibilização de condições mínimas de uma existência com dignidade. Todavia, na eleição e hierarquização dos riscos protegidos, faz-se mister considerar o critério de relevância do agravo. A criação de prestações desconectadas de contingência social ou do potencial agravo milita em favor de um sistema protetivo ineficiente e ineficaz, onerando sobremodo a coletividade ou criando privilégios.

8. A norma que veda a criação, majoração ou extensão de benefícios e serviços sem a indicação de fonte de custeio constitui limitação à ampliação da proteção previdenciária, na

medida em que proíbe o aumento de despesas sem lastro financeiro e orçamentário. Possui natureza de regra e tem por escopo a gestão responsável.

9. A proteção igualitária traduz limite à ampliação da cobertura previdenciária na medida em que proíbe (i) a adoção de critérios não uniformes para o acesso a prestações que não sejam motivados pela antecipação do agravo a que ordinariamente estão sujeitos os segurados, ou (ii) a utilização de distintas formas de cálculo do valor dos benefícios quando não houver fonte adicional de custeio a incidir apenas sobre o público favorecido.

10. O núcleo essencial do direito à previdência é o acesso a um padrão mínimo de condições de vida com dignidade quando, ao ser vitimado por contingências sociais, o segurado não consiga alcançá-lo. Nessas situações, é atribuição do Estado prover renda substitutiva ou complementar, de modo que o público-alvo consiga desfrutar das já mencionadas condições de vida.

11. Com base em declarações e pactos internacionais, ratificados ou simplesmente reconhecidos pelo Brasil, o seguro social, como patamar mínimo de proteção, deve contemplar as contingências incapacidade laborativa real (transitória ou definitiva) ou presumida (velhice), morte, desemprego, maternidade e/ou paternidade e encargos familiares, eventos amparados pela vigente Constituição desde a redação originária. Sua retirada do texto constitucional implica reduzir a proteção a nada, situando-a aquém do necessário e aceitável e pondo fim ao seguro social como expressão dos direitos fundamentais. Em corolário, é interdita sua exclusão por força de emenda, dado o seu conteúdo de cláusula pétrea.

12. A proteção previdenciária é ineficaz quando sua aplicação não é capaz de oferecer ao segurado e a sua família meios materiais (ou seja, renda suficiente) para uma vida com dignidade. Isso ocorre pela seleção de critérios excessivamente duros de acesso a prestações e por benefícios de valor incompatível com as necessidades do segurado. Tais critérios são veiculados por normas constitucionais previdenciárias do tipo regra. Essas regras, por não constituírem direito fundamental, podem ser excluídas do texto constitucional. Todavia, em sendo mantidas, sua alteração com vistas a endurecer os mencionados critérios, por indiretamente abolir uma faceta da proteção previdenciária (garantia de renda suficiente para

vida com dignidade), fere esse direito fundamental e, por consequência, é vedada, por afrontar uma cláusula pétrea.

13. A expressão “mínimo existencial” refere-se ao conjunto de bens materiais imprescindíveis ao desenvolvimento, autodeterminação e autonomia do ser humano. Conecta-se com a previdência social devido à responsabilidade desta como seguradora universal e garantidora de renda aos segurados e dependentes. A garantia constitucional de benefício substitutivo de renda não inferior ao salário mínimo não garante o mínimo existencial, pois se relaciona com o mínimo vital e faz parte da política econômica e redistributiva de Governo. Daí que o dispositivo constitucional que consagra essa regra previdenciária pode ser suprimido do texto, mas não pode ser alterado para a substituição por outro indexador de valor mínimo de benefício.

14. No contexto da proteção contra a ausência ou insuficiência de renda, a previdência é responsável por fornecer prestações em quantidade e qualidade tais que permitam o reconhecimento do valor essencial (ou intrínseco) do ser humano, sua autonomia e seu respeito dentro da comunidade. Esses são os parâmetros para o tratamento digno por parte do seguro social.

15. A relação jurídica previdenciária possui natureza complexa e estendida no tempo, característica sobretudo relevante quando se tem em vista alteração de normas constitucionais que disciplinam a aquisição e fruição de direitos delas decorrentes, porque atinge situações jurídicas constituídas ou em processo de formação.

16. Reputam-se constituídas ou consolidadas as situações jurídicas nas quais os requisitos para a aquisição de um direito já foram integralmente cumpridos na vigência de uma mesma norma, independentemente do seu efetivo requerimento ou fruição, resultando num direito adquirido. Por outro lado, em processo de formação ou constituição identificam as situações jurídicas em que o implemento dos requisitos para obtenção do direito já se iniciou, mas ainda não se concluiu sob a vigência de uma mesma norma, restando por cumprir fração deles, resultando numa expectativa de direito.

17. No âmbito previdenciário, o direito adquirido não pode ser violado em hipótese alguma, nem por emenda constitucional, nem pela retroatividade mínima. Em apenas duas

conjunturas essa proteção admite violação: face a norma constitucional originária e diante de norma constitucional derivada que resulte em situação mais vantajosa ao segurado.

18. Não se admite direito adquirido a regime jurídico previdenciário por duas razões: os direitos subordinados a condição alterável por arbítrio de outrem, como ocorre quando o legislador modifica as normas, furtam-se a essa configuração; e a mera previsão normativa de um direito, para a qual não contribuiu o particular, não gera o direito (subjeto) de impedir sua alteração.

19. Os direitos nascem de modo instantâneo, em um único e singular momento, ou por etapas, numa pluralidade de momentos. Nesse segundo caso, até que se ultimem os requisitos para o seu nascimento, tem-se a expectativa de direito. Sua tutela se faz com base na segurança jurídica, especialmente por força de seus desdobramentos boa-fé objetiva e proteção da confiança.

20. A boa-fé objetiva, aplicável nas relações entre o particular e a Administração Pública, determina que o Estado se conduza com probidade, honorabilidade e lealdade. Serve de fundamento para vedar retroação normativa que venha a conferir ao direito acumulado do segurado valoração jurídica diversa daquela feita pela norma vigente ao tempo em que o ato foi praticado.

21. A proteção da confiança evita que a situação jurídica de quem acreditou nos atos estatais administrativos e normativos sofra alterações inesperadas. Justifica a criação de regra de transição destinada a promover branda passagem do sistema disciplinado pela norma velha para o regulado pela norma nova. Sua adoção é compulsória e socorre aos benefícios programados e não programados que exigem carência. Em sua elaboração, o legislador pode adotar o critério que desejar, devendo, no mínimo, considerar a proporcionalidade do direito acumulado segundo a norma velha.

22. As reformas até o momento levadas a cabo – limitando valor de prestações, desconstitucionalizando regras e alterando critérios de acesso a benefícios – parecem não representar, na visão do Supremo Tribunal Federal, ameaça a direitos fundamentais, desde que reste cobertura minimamente eficiente, o que incide nas mais elementares contingências de um sistema de seguro social, quais sejam, incapacidade laborativa, desemprego, idade

avançada, gestação e maternidade, morte e insuficiência de renda para manutenção da família.

23. Tais eventos, acobertados sob a denominação que for, devem conferir renda substitutiva do trabalho ou complementar à dele, de modo a propiciar condições dignas de existência ao segurado e a seus dependentes. Para tanto, é imprescindível que sua expressão monetária seja determinada a partir de um nível mínimo, sob pena de ineficácia. Esse valor – determinado por elementos não apenas jurídicos, mas também financeiros, demográficos, macroeconômicos, atuariais, culturais e políticos – transita na escala móvel das possibilidades materiais da sociedade e do Estado. Daí que, *a priori*, não se nota violação à Constituição em face da modificação dos critérios de acesso a determinadas prestações ou em face da alteração de sua forma de liquidação, conforme iterativas decisões do Supremo Tribunal Federal.

24. O poder constituinte derivado goza de plena autonomia para modificar a norma constitucional previdenciária, sendo-lhe, contudo, defeso promover alterações que resultem em: (a) subtrair dos entes federados competência para criar, organizar e manter regimes de previdência para seus servidores, e da União em relação ao regime geral; (b) suprimir direitos estabelecidos em normas erigidas sob a forma de princípios; e (c) desrespeito a direitos adquiridos. Tais modificações não podem retroceder em prejuízo do direito acumulado do segurado e devem trazer regras de transição para preservar direitos expectados. Esses, pois, são os limites à alteração da norma constitucional previdenciária.

REFERÊNCIAS

ABASCAL, Vicente-Antonio Martínez. MARTÍN, José Bernardo Herrero. *Sistema de derecho de la protección social*. 3. ed. rev. e ampl. Tarragona: URV, 2016.

ABRAHAMSON, Peter. The welfare modelling business revisited: the case of East Asian welfare regimes. *New Welfare States in East Asia: Global Challenges and Restructuring*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Ltda, 2011, p.15-34.

_____. O modelo escandinavo de proteção social. *Argumentum*, Vitória, v. 4, nº 1, p.7-36, jan./jun. 2012.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução da 5. ed. por Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ALMEIDA, Lilian Barros de Oliveira. *Direito adquirido: uma questão em aberto*. São Paulo: Saraiva, 2012, edição eletrônica.

ALVES, José Carlos Moreira. Direito adquirido. *Fórum Administrativo de Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 2, nº 15 mar. 2002. Disponível em <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=1800>>. Acesso em 04.07.2019.

AMADO, Frederico. *Curso de direito e processo previdenciário*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.

ANTISERI, Dario. REALE, Giovanni. *História da Filosofia: filosofia antiga pagã*. Vol. 1. 3. ed. São Paulo: Paulus, 2007.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2012.

ASSIS, Armando de Oliveira. *Compêndio de seguro social*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1963.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. *Competências tributárias: um ensaio sobre a sua compatibilidade com as noções de tipo e conceito*. São Paulo: Malheiros, 2018.

_____. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 2008.

BALERA, Wagner. *A seguridade social na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. *Interesse Público – IP*. Belo Horizonte, ano 14, nº 76, nov./dez. 2012. Disponível em <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=83932>>. Acesso em 30.05.2019.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, edição eletrônica.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, edição eletrônica.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BERBEL, Fábio Lopes Vilela. *Teoria geral da previdência social*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BEVERIDGE, William. *Beveridge Report – Social Insurance and Allied Service*. Disponível em <<http://www.sochealth.co.uk/national-health-service/public-health-and-wellbeing/beveridge-report/>>. Acesso em 15.02.2016.

_____. *O Plano Beveridge com um estudo do prof. Marques Guedes*. Lisboa: Editorial Século, 1943.

BICALHO, Wolker Volanin. *Limites materiais do poder constituinte derivado nas reformas da previdência dos servidores públicos promovidas pelas emendas constitucionais nº 20/1998 e nº 31/2003, sob a ótica dos direitos sociais fundamentais*. 2018. Dissertação, FDUSP, São Paulo.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Arani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Batista. 6. ed. São Paulo: Edipro, 2016.

_____. *Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Icone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRANDÃO, Rodrigo (org). *Cortes constitucionais e supremas cortes*. Salvador: Juspodivm, 2017.

BRASIL. *Tábua completa de mortalidade para o Brasil – 2018. Breve análise da evolução da mortalidade no Brasil*. Rio de Janeiro: IBGE, 2017. Disponível em <ftp://ftp.ibge.gov.br/Tabuas_Completas_de_Mortalidade/Tabuas_Completas_de_Mortalidade_2016/tabua_de_mortalidade_2016_analise.pdf>. Acesso em 13.06.2018.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BURTON, Neel. *O mundo de Platão: a vida e a obra de um dos maiores filósofos de todos os tempos*. Trad. Mário Molina. São Paulo: Cultrix, 2013.

CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional*. Vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

CAETANO, Marcelo Abi-Ramia. *Fundamentos acerca dos riscos associados à previdência social*. Brasília: IPEA, 2006 (Texto para discussão nº 1214).

CAMPOS, Arthur Sombra Sales. Requisitos de aplicação do princípio da proteção da confiança. *Revista Controle*, Belo Horizonte, v. 10, nº 2, jul. 2012. Semestral. Disponível em <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=242453>>. Acesso em 21.04.2017.

CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. *Os direitos previdenciários expectados dos servidores públicos titulares de cargos efetivos no paradigma do Estado Democrático de Direito Brasileiro*. 2011. Tese, PUCMG, Belo Horizonte.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução da 2. ed. por A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lênio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, edição eletrônica.

CARDONE, Marly A. *Previdência, assistência, saúde: o não trabalho na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 1990.

_____. *Seguro social e contrato de trabalho: contribuição ao estudo de suas principais relações*. São Paulo: Saraiva, 1973.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. *Direito social brasileiro*. Vol. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963.

_____. *Direito social brasileiro*. Vol. II. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963.

COIMBRA, J. R. Feijó. *Direito previdenciário brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1998.

COIMBRA, Marta. Um olhar sobre a solidariedade na previdência brasileira. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFD FE*. Belo Horizonte, ano 7, nº 12, p.21-39, set./fev. 2018.

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *A boa-fé no direito civil*. 1. ed., 5. reimpr. Coimbra: Almedina, 2013.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Direito adquirido social. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano XXIV, nº 80, nov. 2004, p.45-54.

_____. CORREIA, Érica Paula Barcha. *Curso de Direito da Seguridade Social*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Oliveira. *Habermas e o direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DAMON, Julien. FERRAZ, Benjamin. *Que sais-je? La Sécurité sociale*. Paris: Presses Universitaires de France, 2015, edição eletrônica.

DANTAS, Ivo. Direito adquirido, emendas constitucionais e controle concentrado de constitucionalidade: a intangibilidade do direito adquirido face às emendas constitucionais. *Revista de Direito Administrativo – RDA*. Rio de Janeiro, nº 206, out./dez. 1996, p.109-134.

DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

DELGADO, José Augusto. O direito adquirido nas relações jurídicas do servidor público com o Estado. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 1, nº 2, abr./jun. 1999. Disponível em <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=52010>>. Acesso em 04.07.2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito adquirido: comentário a acórdão do STF. *Fórum Administrativo de Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 7, nº 81, nov. 2007. Disponível em <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=48357>>. Acesso em 04.07.2019.

_____. Os princípios da proteção à confiança, da segurança jurídica e da boa-fé na anulação do ato administrativo. *Fórum Administrativo de Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 9, nº 100, jun. 2009. Disponível em <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=57926>>. Acesso em 21.04.2017

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretado*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Conceito de norma jurídica como problema de essência*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

DOCA, Geralda. Previdência: Brasil é o único país que tem regras tão detalhadas na Constituição. *O Globo*, Caderno de Economia, edição de 22.04.2019. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/economia/previdencia-brasil-o-unico-pais-que-tem-regras-ao-detalhadas-na-constituicao-23613957>>. Acesso em 30.10.2019.

DOUBLET, Jacques. *Sécurité Sociale*. 5. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1972.

DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: RT, 2014.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Trad. Eduardo Valenti Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions. *Greece: Supreme Court rules that salary cuts for judges are unconstitutional*. Disponível em <<https://www.eurofound.europa.eu/publications/article/2014/greece-supreme-court-rules-that-salary-cuts-for-judges-are-unconstitutional>>. Acesso em 03.05.2019.

FELLET, André Luiz Fernandes. *Regras e princípios, valores e normas*. São Paulo: Saraiva, 2014, edição eletrônica.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. Teoria da norma jurídica: um modelo pragmático. In: FERRAZ, Sérgio (Coord.) *A norma jurídica*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p.7-37.

_____. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Lauro Cesar Mazetto. *Seguridade social e direitos humanos*. São Paulo: LTr, 2007.

FERREIRA, Letícia Figueiredo. *Ruptura e anuência com o consenso liberal: a crise dos PIIGS, a austeridade europeia e a autoproteção social e nacional*. 2019. Dissertação, UFRJ, Rio de Janeiro.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *O poder constituinte*. 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2014, edição eletrônica.

FLEURY, Sônia. *Estado sem cidadãos: seguridade social na América Latina*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1994.

FONSECA, Tiago da Silva. Breve estudo da proteção do princípio da confiança, à luz do direito civil, do direito administrativo e do direito tributário. *Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*, Belo Horizonte, ano 8, nº 45, maio/jun. 2010. Disponível em <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCtd=67603>>. Acesso em 21.04.2017.

_____. Proteção do Contribuinte e Fazenda contra atos contraditórios e modificação de jurisprudência em Direito Tributário. *Revista da PGFN*, Brasília, ano I, nº 1, 2011, p.195-211.

FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004.

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

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Estudos de direito do trabalho e da seguridade social*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. *Curso de direito da seguridade social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. Análise crítica da proposta de emenda à Constituição nº 287/2016: reforma da previdência. *Revista Brasileira de Direito Previdenciário*, Porto Alegre, v. 36, 2017, p.5-18.

_____. Beneficiários da Previdência Social no contexto dos direitos humanos e fundamentais. *Revista Brasileira de Direito Previdenciário*, Porto Alegre, v. 18, 2014, p.29-42.

_____. Progressividade dos direitos sociais e previdenciários no contexto constitucional e internacional. In: ROCHA, Cláudio Jannotti da; PORTO; Lorena Vasconcelos; BORSIO, Marcelo Fernando; MELO, Raimundo Simão de (Org.). *Seguridade social e meio ambiente do trabalho: direitos humanos nas relações sociais*. Belo Horizonte: RTM, 2018, v. 1, p.206-213.

_____. *Reforma Previdenciária: inconsistência do suposto déficit*. Disponível em <<http://genjuridico.com.br/2016/12/16/suposta-insuficiencia-de-recursos-da-seguridade-social-e-insustentavel/>>. Acesso em 25.05.2018.

Greek's Constitution. *Constitute Project: the world's constitutions to read, search, and compare* <<https://www.constituteproject.org/>>. Acesso em 13.05.2019.

GENTIL, Denise Lobato. *A política fiscal e a falsa crise da seguridade social brasileira – análise financeira do período 1990-2005*. 2006. Tese, UFRJ, Rio de Janeiro.

GIAMBIAGI, Fábio. TAFNER, Fábio. *Demografia, a ameaça invisível: o dilema previdenciário que o Brasil se recusa a encarar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, edição eletrônica.

GIRÓN, Jesús Martínez. VARELA, Alberto Arufe. VÁSQUEZ, Xosé Manuel Carril. *Derecho de la seguridad social*. 2. ed. La Coruña: Netbiblo, 2008.

GRANDGUILLOT, Dominique. *L'essentiel du droit de la Sécurité sociale*. 4. ed. Paris: Gualino, 2017.

HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito previdenciário*. 8. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

HOBBS, Leviatã. *Leviatã ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Trad. Rosina D'Angina, consultor jurídico Thélío de Magalhães, 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*, 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

_____. *A previdência social como direito fundamental*. Disponível em <<https://www.impetus.com.br/artigo/92/a-previdencia-social-como-direito-fundamental>>. Acesso em 12.06.2018.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Coleção Os Pensadores. Vols. I e II. Trad. Valerio Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

_____. *Textos selecionados*. Coleção Os Pensadores. Vol. II. 2. ed. Seleção de textos de Marilena de Souza Chauí. Trad. Tania Maria Bernkopf, Paulo Quintela, Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986.

_____. *Teoria pura do direito*. Trad. João Batista Machado. 8. ed., 6. tir. São Paulo: WMP Martins Fontes, 2018.

KRUGMAN, Paul. *Repreendendo as agências de risco após encobrirem os bancos*. UOL Notícias, edição de 27/04/2010. Disponível em <<https://noticias.uol.com.br/blogs-e-colunas/coluna/paul-krugman/2010/04/27/repreendendo-as-agencias-de-risco-apos-encobrirem-os-bancos.htm>>. Acesso em 10.09.2017.

KUPTSCH, Christiane. Social security privatization: different context, different discourse. In: SCHEIL-ADLUNG, Xenia (Ed.). *Building social security: the challenge of privatization*. International Social Security Series. Vol. 6. Londres e Nova York, 2001, edição eletrônica.

LARENZ, Karl. *Derecho Justo. Fundamentos de Ética Jurídica*. Trad. Luis Díez-Picazo. Madri: Civitas, 1993.

_____. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LATORRE, Angel. *Introdução ao direito*. Trad. Dr. Manoel de Alarcão. 3. reimp. Coimbra: Almedina, 1997.

LEITÃO, André Studart. *Teoria geral da filiação previdenciária – controvérsias sobre a filiação obrigatória e a filiação facultativa*. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013.

LIMA, Flavia Danielle Santiago. OLIVEIRA, Tassiana Moura de. Quem impõe limites às reformas previdenciárias? O STF como protetor do orçamento público. *Revista da AGU*, Brasília, v. 16, n° 4, p.193-218, out/dez. 2017.

LIMA, Maria Gema Quintero. *Derecho transitório de seguridad social*. Madri: La Ley, 2006, edição eletrônica.

_____. Aproximación del derecho transitório de seguridad social. *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, n° 60, 2001, p.77-132. Disponível em <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=103731>>. Acesso em 10.07.2019.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Trad. Marsely de Marco Dantas. São Paulo: Edipro, 2014.

LOPES, Ana Frazão de Azevedo. A reforma da previdência e a questão dos direitos adquiridos em face das regras de transição. *Revista de Direito Administrativo – RDA*. Rio de Janeiro, n° 238, p.17-35, out./dez. 2004.

LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Trad. Amada Flores. Barcelona: Anthropos, 2005.

_____. *Sociologia do direito II*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

MACHADO, Hugo de Brito. Direito adquirido e coisa julgada como garantias constitucionais. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 84, n° 714, p.19-26, abr. 1995.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de direito previdenciário*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2014.

_____. *Curso de direito previdenciário*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2014.

_____. *Reforma da previdência dos servidores: comentários à EC n° 41/03*. São Paulo: LTr, 2004.

MARTINS, Ives Gandra. MENDES, Gilmar Ferreira. NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coords.). *Tratado de Direito Constitucional – Vol. 1*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Direito da Seguridade Social*. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

_____. *Fundamentos de direito da seguridade social*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *Reforma previdenciária*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *Direitos fundamentais trabalhistas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. Reforma previdenciária e déficit do sistema. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*. São Bernardo do Campo, ano 7, v. 9, 2003, p.367-380.

_____. A emenda constitucional nº 41/03 e a reforma previdenciária para o servidor público. *Revista do Advogado*. São Paulo, ano XXIV, nº 80, nov.2004, p.70-75.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1. ed., 2. tir. São Paulo: RT, 2000.

MEDAUAR, Odete. Segurança jurídica e confiança legítima. In: ÁVILA, Humberto (Org.). *Fundamentos do Estado de Direito – Estudos em homenagem a Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.114-119.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed., 5. tir. São Paulo: Malheiros, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Os limites da revisão constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Vol. 21/1997, p.69-91, out-dez/1997.

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*, vol. XII, 2003, p.205-236.

MESA-LAGO, Carmelo. *As reformas de previdência na América Latina e seus impactos nos princípios da seguridade social*. Brasília: Ministério da Previdência, 2006.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da Constituição*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, edição eletrônica.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1, de 1969*. Tomo V (Arts. 153, § 2º – 159). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

_____. *Tratado de direito privado*. Tomo V. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

MODESTO, Paulo (Org.). *Reforma da previdência: análise e crítica da Emenda Constitucional nº 41/03 (doutrina, pareceres e normas selecionadas)*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____. Disposições constitucionais transitórias na reforma da previdência: proteção da confiança e proporcionalidade. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte, ano 15, nº 56, jan./mar. 2017, p.9-54.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Guilherme Braga Peña de. *Dos direitos fundamentais: contribuição para uma teoria*. São Paulo: LTR, 1997.

NAKAHODO, Sidney Nakao. SAVOIA, José Roberto. A reforma da previdência no Brasil: estudo comparativo dos Governos Fernando Henrique Cardoso e Lula. *Revista Brasileira de Ciências Sociais – RBCS*. Vol. 23, nº 66, fev. 2008, p.45-48.

NERY, Pedro Fernando. *Grécia e Brasil: um exercício de comparação de regimes previdenciários*. Brasília: Senado Federal, 2017 (texto para discussão nº 236).

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais – teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2010.

_____. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2010.

_____. *Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático*. Coimbra: Coimbra, 2012.

_____. *Dignidade da pessoa humana. Volume I – Dignidade e direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2015.

NUNES, Anelise Coelho. *A titularidade dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

OLIVEIRA, Francisco Eduardo Barreto de. *Alguns aspectos conceituais, operacionais e estruturais da previdência social brasileira*. Rio de Janeiro: IPEA, 1982.

_____. *Proposta de um referencial básico para discussão da seguridade social*. Rio de Janeiro: IPEA, 1992.

_____. BELTRÃO, Kaizô Iwakami. MARSILLAC, Maria Tereza. *Reforma da previdência: modelo de opções*. Rio de Janeiro: IPEA, 1996 (Texto para discussão nº 436).

_____. BELTRÃO, Kaizô Iwakami. FERREIRA, Mônica Guerra. *Reforma da previdência*. Rio de Janeiro: IPEA, 1997 (Texto para discussão nº 508).

_____. *Reforma estrutural da previdência: uma proposta para assegurar proteção social e equidade*. Rio de Janeiro: IPEA, 1999 (Texto para discussão nº 690).

PALACIOS, Robert. WHITEHOUSE, Edward. *Civil-Service Pension Schemes Around the World*. Banco Mundial. Discussion Paper 602, maio 2006.

PARLAPANI, Christian. *Human rights under risk in times of economic crisis: emphasis on human dignity*. 2018, Master Thesis, University of Macedonia/Aristotle University of Thessaloniki. Disponível em <<https://dspace.lib.uom.gr/bitstream/2159/22513/4/ParlapaniChristinaMsc2018.pdf>>. Acesso em 13.05.2019.

PASCAL, Georges. *Compreender Kant*. 7. ed., 3. reimpr. Trad. Raimundo Vier. Petrópolis: Vozes, 2011.

PASTOR, José Manuel Almansa. *Derecho de la Seguridad Social*. 7. ed. Madri: Tecnos, 1991.

PÉREZ, Jesús Gonzales. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. 2. ed. Madri: Editorial Civitas, 1989.

PERSIANI, Mattia. *Direito da previdência social*. Trad. da 14. ed. por Wagner Balera e Edson L.M. Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Trad. António Francisco de Souza e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, edição eletrônica.

PINHEIRO, Alexandre Souza. A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013). *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), ano 7, nº 1, jan./jun. 2014, p.168-189.

PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito adquirido e ordem pública: segurança jurídica e transformação democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PULINO, Daniel. *Aposentadoria por invalidez no direito positivo brasileiro*. São Paulo: LTr, 2001.

RAMOS, Elival da Silva. *A proteção dos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. Regime próprio do servidor público: os princípios da segurança jurídica e proteção da confiança e os direitos em formação. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte, ano 7, nº 27, p.137-156, jan./mar. 2007.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed., 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2004.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio do direito adquirido no direito constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Senado Federal, Brasília, ano 26, nº 103, jul./set. 1989, p.147-162.

_____. Natureza e eficácia das disposições constitucionais transitórias. In: GRAU, Eros Roberto. GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p.377-408.

ROCHA, Daniel Machado. *O direito fundamental à previdência social na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Comentários à lei de benefícios da previdência social*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

RUSSOMANO, Mozart Vítor. *Curso de previdência social*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos humanos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos 20 anos da Constituição federal de 1988*. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf>. Acesso em 11.09.2018.

_____. TIMM, Luciano Benetti. (Orgs.) *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. O mínimo existencial. *Revista de Direito da Cidade*. Rio de Janeiro, vol. 8, nº 4, 2016, p.1644-1689.

_____. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio. *Seguridade social como direito fundamental material*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

SERRANO, Nicolas Perez. *Tratado de derecho político*. 2. ed. Madri: Civitas, 1984.

SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. O direito fundamental à Previdência Social e sua realização por meio do sistema de repartição. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*. Campinas, nº 29 jul./dez. 2006, p.79-89.

SEVEGNANI, Joacir. *A solidariedade social no Estado Constitucional de Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État?* 5. ed. Trad. Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, edição eletrônica.

SILVA, Almiro do Couto e. *Conceitos fundamentais do Direito no Estado Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015, p.43-90.

_____. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: O Prazo Decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte, nº 6, ano 2, jul./set. 2004 Disponível em <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=12568>>. Acesso em 23.04.2017.

SILVA, Ana Cristina Monteiro de Andrade. Princípio constitucional da solidariedade. *Interesse Público – IP*. Belo Horizonte, ano 16, nº 87, p.141-160, set./out. 2014.

SILVA, Gustavo Just da Costa e. *Os limites da reforma constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo – RDA*. Rio de Janeiro, nº 212, abr./jun. 1998, p.89-94.

_____. Reforma Constitucional e Direito Adquirido. *Interesse Público – IP*. Belo Horizonte, nº 6, ano 2, abr./jun. 2000. Disponível em <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=51615>>. Acesso em 04.07.2019.

SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Agências reguladoras e o direito à digna existência*. Curitiba: Prismas, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed., 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2017.

SILVEIRA, Marilda de Paula. *Segurança jurídica, regulação, ato: mudança, transição e motivação*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SOUZA, Victor. *Proteção e promoção da confiança no direito previdenciário*. Curitiba: Alteridade Editora, 2018.

SSA (Social Security Administration). *Social Security Programs Throughout the World: The Americas, 2017*. Washington: ISSA, 2017.

_____. *Social Security Programs Throughout the World: Asia and the Pacific, 2018*. Washington: ISSA, 2018.

_____. *Social Security Programs Throughout the World: Europe, 2018*. Washington: ISSA, 2018.

STEPHANES, Reinhold. *Reforma da previdência sem segredos*. Rio de Janeiro: Record, 1998.

TAFNER, Paulo. GIAMBIAGI, Fabio (Orgs.). *Previdência no Brasil: debates, dilemas e escolhas*. Rio de Janeiro: IPEA, 2007.

TAVARES, Marcelo Leonardo (Coord.). *A reforma da previdência social: temas polêmicos e aspectos controvertidos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

TELLES JUNIOR, Goffredo. *Direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

THOMPSON, Lawrence. *Mais velha e mais sábia: a economia dos sistemas previdenciários*. Trad. Celso Barroso Leite. Brasília: Ministério da Previdência e Assistência Social, 2000.

TINIOS, Platon. *Greek pension reform once again: explaining its logic and issues*. Disponível em <http://www.lse.ac.uk/europeanInstitute/research/hellenicObservatory/CMS%20pdf/HO%20staff%20in%20Prees/BRIEFING-NOTE-PT.pdf>. Acesso em 22.04.2019.

_____. *The Greek pension tragedy: a case of failure in governance*. Disponível em https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=4abf40cb-bd3b-9aa3-e0cf-5aff1ed86a03&groupId=252038. Acesso em 16.05.2019.

TOLEDO, Cláudia. *Direito adquirido e estado democrático de direito*. São Paulo: Landy, 2003.

TORRES, Heleno. O princípio de proteção da confiança legítima no direito administrativo e no direito tributário. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich. SCHIRATO, Vitor Rhein (Coords.). *Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p.75-95.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário – valores e princípios constitucionais tributários*. Vol. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

_____. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDPE*. Belo Horizonte, ano 1, nº 1, mar./ago. 2012. Disponível em <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=80430>. Acesso em 21.06.2013.

_____. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, nº 177, jul./set. 1989, p.29-49.

_____. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

VENTURI, Augusto. *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*. Trad. Gregorio Tudela Cambroner. Madri: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. *Curso de Direito Previdenciário*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro de. As expectativas de direito, a tutela jurídica e o regime estatutário. *Revista de Informação Legislativa*, v. 8, nº 29, p.11-18, jan./mar. 1971.

WESTPHAL, Vera Herweg. Diferentes matizes da idéia de solidariedade. *Revista Katálysis*. Florianópolis, v. 11, nº 1, jan./jun. 2008, p.43-52.

ZANETTI, Adriana Freisleben. *Gestão temerária de fundos de pensão*. 2017. 133 f. Dissertação, PUC, São Paulo.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Coisa julgada em matéria constitucional: eficácia das sentenças nas relações jurídicas de trato continuado*. Disponível em <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Teori%20Zavascki%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em 19.06.2019.

_____. Planos econômicos, direito adquirido e FGTS. *Revista de Informação Legislativa*, v. 34, nº 134, p.251-261, abr./jun. 1997.