



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
Faculdade de Direito
Curso de Graduação em Direito

ALINE LEAL DE MOURA LIMA GALINDO

**ASPECTOS DO DIREITO FUNDAMENTAL À PREVIDÊNCIA SOCIAL: ENTRE A
SUSTENTABILIDADE OPERACIONAL E A VEDAÇÃO DO RETROCESSO.**
Análise da MP nº 676/2015 sob a ótica da Irreversibilidade.

Brasília
2015

ALINE LEAL DE MOURA LIMA GALINDO

**ASPECTOS DO DIREITO FUNDAMENTAL À PREVIDÊNCIA SOCIAL: ENTRE A
SUSTENTABILIDADE OPERACIONAL E A VEDAÇÃO DO RETROCESSO.
Análise da MP nº 676/2015 sob a ótica da Irreversibilidade.**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para obtenção da outorga do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor João Costa Neto

Brasília
2015

O autor autoriza a reprodução e a divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

FICHA CATALOGRÁFICA

GALINDO, Aline Leal de Moura Lima

Aspectos do direito fundamental à previdência social: entre a sustentabilidade operacional e a vedação do retrocesso. Análise da MP nº 676/2015 sob a ótica da Irreversibilidade – Brasília, 2015.

67 p.; 30 cm

Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília

Orientador: João Costa Neto

Palavras-chave: Previdência Social. Sustentabilidade. Reforma. Vedação ao Retrocesso. Irreversibilidade. Fator 85/95.

ALINE LEAL DE MOURA LIMA GALINDO

**ASPECTOS DO DIREITO FUNDAMENTAL À PREVIDÊNCIA SOCIAL: ENTRE A
SUSTENTABILIDADE OPERACIONAL E A VEDAÇÃO DO RETROCESSO.
Análise da MP nº 676/2015 sob a ótica da Irreversibilidade.**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para obtenção da outorga do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. João Costa Neto

Brasília, 07 de dezembro de 2015.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor João Costa Neto
Faculdade de Direito – Universidade de Brasília
(Orientador)

Professora Mestre Lara Parreira de Faria Borges
Faculdade de Direito – Universidade de Brasília
(Membro)

Professor Doutor Vallisney de Souza Oliveira
Faculdade de Direito – Universidade de Brasília
(Membro)

Professor Doutor Mamede Said Maia Filho
Faculdade de Direito – Universidade de Brasília
(Suplente)

A Augusto, meu incentivador maior desde as primeiras letras jurídicas, quando se iniciou uma grande amizade e também o amor. Aos meus pequenos, Calebe e Hadassa, que com seus sorrisos fáceis e encantadores, são inspiração a cada amanhecer.

AGRADECIMENTOS

A passagem para mais uma etapa da minha vida me faz lembrar como Deus é fiel. A Ele eu agradeço por não me deixar fraquejar mesmo quando as adversidades pareciam insuportavelmente difíceis de serem superadas. Foi quando chegou e disse pra lançar sobre Ele todas as minhas ansiedades. Obrigada, meu Deus!

Aos meus pais, Raimunda e Vitoriano, por não medirem esforços para garantir a mim uma educação de qualidade. Fui testemunha dos desafios, constrangimentos, agonias e também da satisfação e orgulho em verem seus filhos se destacarem nos estudos.

Ao irmão mais lindo desse mundo! Messias Leal. Grande parceiro de gargalhadas espontâneas ao longo de agradáveis conversas antes de dormir. Parceiro também quando nos restaram apenas os estudos e os sonhos, sonhos esses que nunca deixaram de ser grandes. Grande também foi a vontade de conquistá-los.

À minha “vozinha” Maria, sempre ali do lado, ajudando no que fosse possível. Às vezes até quando era impossível. Aos tios, tias, primos e primas, que de alguma forma me incentivaram a continuar em frente.

À Escola Santa Angélica, componente fundamental da minha educação, meu segundo lar. Acompanhou-me desde as primeiras palavras até a aprovação (1º lugar, que alegria!) em Direito na Universidade Federal do Piauí (onde tudo começou). Jamais esquecerei o que fizeram por mim!

Aos meus queridos professores do tempo de Ensino Médio, mestres na arte de despertar a busca pelo conhecimento, alguns foram verdadeiros pais disfarçados. Patrício, Amor(im), Alzimar, Emmanoel (Em²), Leila, Dene, Abel Neto, José Luís, só pra citar alguns. Vocês foram muito importantes para minha formação!

Aos amigos que ficaram depois do 3º ano. Em especial, Ruan e Jael. Amo vocês! Quantas emoções e “aperreios”, hein! Fico feliz em vê-los vencendo a cada dia.

Até chegar a esta incrível universidade, passei pela Universidade Federal do Piauí – UFPI e pela Universidade Federal do Pará - UFPA (culpa da profissão) e tenho comigo as contribuições de cada uma para a minha visão jurídica das coisas. Reconheço, entretanto, que o legado mais importante deixado pela UFPA foi ter lá conhecido meu eterno namorado, Augusto Galindo, que depois me acompanhou também nos corredores, salas, anfiteatros e pavilhões da UnB.

Não poderia deixar de mencionar também meus atuais colegas de trabalho no Controle Interno do Senado Federal, em especial os da Coordenação de Auditoria de Pessoal (COAUDPES). A compreensão e o apoio de vocês nesses últimos meses de graduação foi fundamental para uma maior tranquilidade quando da produção desta monografia. Vocês são fantásticos!

Ao brilhante Professor João Costa Neto, que se dispôs a ser meu orientador nessa empreitada. Obrigada pela condução no trabalho acadêmico e pela tranquilidade nos momentos de críticas e aperfeiçoamento. Sua empatia foi crucial para o desenvolvimento desta monografia e seu profissionalismo foi o que ficou marcado em mim, como exemplo a ser seguido. Obrigada por tudo, professor!

Estudar na UnB foi maravilhoso e desafiador. Tive contato com uns dos melhores professores do país e a oportunidade de ampliar meus horizontes na seara jurídica, deixando-me ainda mais encantada com o mundo do Direito.

*Filho meu, se aceitares as minhas palavras e
esconderes contigo os meus mandamentos,
para fazeres atento à sabedoria o teu ouvido e
para inclinares o coração ao entendimento, e,
se clamares por inteligência, e por
entendimento alçares a voz, se buscares a
sabedoria como a prata e como a tesouros
escondidos a procurares, então, entenderás o
temor do SENHOR e acharás o conhecimento
de Deus.
Porque o SENHOR dá a sabedoria, e da sua
boca vem a inteligência e o entendimento.*

Provérbios 2, 1-6.

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo analisar o direito fundamental de previdência social, com a tentativa de delimitação de seu âmbito de proteção conforme dispositivos constitucionais, bem como apresentar alguns dos desafios que circundam a sustentabilidade do sistema previdenciário; cotejando as necessidades de reformas e, portanto, de restrições à disponibilização do direito de previdência, com o princípio da vedação ao retrocesso, aqui considerado como verdadeiro balizador para o limite dos limites desse direito fundamental social. O princípio da vedação ao retrocesso ou princípio da irreversibilidade dos direitos fundamentais foi entendido como extensível a todos os direitos fundamentais e não apenas aos direitos sociais, visto não haver hierarquização entre eles; e considerado de forma relativa, admitindo assim restrições, desde que não afetem ao núcleo essencial desses direitos, sob pena de reconhecimento de retrocesso, servindo de indicativo de inconstitucionalidades. Demonstra-se que o Supremo Tribunal Federal é conservador quanto à consideração de retrocesso em medidas restritivas ao direito de previdência social, quando decorrentes de reformas no sistema previdenciário, protegendo essencialmente o direito adquirido e o ato jurídico perfeito. Por fim, analisa-se a medida provisória nº 676/2015 sob a ótica da irreversibilidade do direito de previdência, a fim de conferir se a progressividade do fator 85/95 em alternativa ao fator previdenciário, quando da concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, implica em retrocesso, ofendendo o princípio que lhe veda.

Palavras-chave: Previdência Social. Sustentabilidade. Reforma. Vedação ao Retrocesso. Irreversibilidade. Fator 85/95.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the fundamental right to social security, with trying to delimitation of their scope of protection as constitutional provisions, as well as presenting some of the challenges surrounding the sustainability of the pension system; comparing reforms needs and therefore restrictions on the availability of the right to security, with the ratchet effect, here considered as a true beacon to limit the boundaries of that fundamental social right. The ratchet effect or principle of irreversibility of fundamental rights was understood to extend to all fundamental rights and not only social rights, as there is no hierarchy between them; and considered in a relative manner, thus permitting restrictions, provided they do not affect the essential core of these rights, on pain of kicking recognition as an indicative of unconstitutionality. It is shown that the Supreme Court is conservative as the backdown consideration for restrictive measures the right to social security, when resulting from reforms in the pension system, essentially protecting vested rights and the perfect legal act. Finally, we analyze the Provisional Measure nº 676/2015 from the perspective of the irreversibility of the right to security in order to check whether the progressivity factor 85/95 as an alternative to social security factor, when granting the retirement benefit by contribution, implies backward, violating the principle that seals it.

Keywords: Social Security. Sustainability. Reformation. Ratchet effect. Irreversibility. Factor 85/95.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. DIREITO FUNDAMENTAL À PREVIDÊNCIA SOCIAL	13
2.1. Considerações preliminares	13
2.2. Previdência social como direito fundamental de prestação	14
2.3. Direito à organização e ao procedimento em matéria previdenciária	16
2.4. Âmbito de proteção do direito à previdência	17
3. PREVIDÊNCIA SOCIAL: DESAFIOS ATUAIS E REFORMAS NECESSÁRIAS	20
3.1. Considerações preliminares	20
3.2. Impactos da demografia na Previdência.....	21
3.3. Idade mínima para aposentadoria.....	25
3.4. Previdência rural.....	30
3.5. Vinculação do piso previdenciário ao salário mínimo	33
4. IRREVERSIBILIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL: ENTRE A PROTEÇÃO NECESSÁRIA E O INADMISSÍVEL RETROCESSO	39
4.1. Princípio da Vedação ao Retrocesso: reconhecimento e delimitação.....	39
4.2. A vedação ao retrocesso e implicações	44
4.2.1. Segurança jurídica.....	44
4.2.2. Proteção insuficiente.....	45
4.2.3. Reserva do possível	46
4.2.4. Dignidade humana	46
4.3. Alcance do princípio da vedação ao retrocesso em matéria previdenciária.....	47
4.4. O STF e a Irreversibilidade do direito à previdência social.....	49
5. ANÁLISE DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 676/2015: A PROGRESSIVIDADE DO FATOR 85/95 AFRONTA O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO?	55
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	61
REFERÊNCIAS	64

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1: Pirâmide etária brasileira no ano 2000	22
Figura 2: Pirâmide etária brasileiro no ano 2010	23
Figura 3: Evolução da população idosa brasileira, segundo gênero – Anos 1992, 2002 e 2012	24
Figura 4: Estrutura da População de 60 anos ou mais no Brasil – 2000 a 2020	24
Figura 5: Proteção Social entre os Idosos – 2013	25
Figura 6: Idades mínimas para a aposentadoria – América do Sul, G20 e Brasil	26
Figura 7: Idade média de concessão e quantidade de Aposentadorias por Tempo de Contribuição concedidas por sexo - 1993-2012	28
Figura 8: Arrecadação Líquida Urbana, Despesa com Benefícios Previdenciários Urbanos e Superávit Urbano em % do PIB – 2010 a 2014	31
Figura 9: Arrecadação Líquida Rural, Despesa com Benefícios Previdenciários Rural e Necessidade de Financiamento Rural em % do PIB – 2010 a 2014	31
Figura 10: Comparação de valores das aposentadorias com o fator previdenciário e o fator 85/95 para o homem	56
Figura 11: Comparação de valores das aposentadorias com o fator previdenciário e o fator 85/95 para a mulher	56

1. INTRODUÇÃO

“A desigualdade dos direitos é a primeira condição para que haja direitos.”

Friedrich Nietzsche

Incluído no rol dos direitos sociais, a Constituição Federal garante em seu art. 6º, o direito à previdência social, um direito fundamental de segunda dimensão, portanto, intimamente relacionado à ideia de que o Estado deve garantir meios para a vida digna dos indivíduos, com vistas à justiça social.

Direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, segundo José Afonso da Silva, “são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais”¹.

Ingo Sarlet, entende ser os direitos sociais “a potencialidade que detém todo ser humano, de agir, de receber, de obter do Estado, garantias pelo mesmo, asseguradas quer em sede constitucional, quer por normas ordinárias”². Entretanto, a importância da previsão dos direitos sociais, inclusive do direito à previdência, no texto constitucional, se dá pelo seu enquadramento no âmbito dos direitos fundamentais e por adquirir o status de norma hierárquica superior, típico das normas constitucionais.

Nesse aspecto, Gilmar Mendes ensina que “a superioridade das normas constitucionais também se expressa na imposição de que todos os atos do poder político estejam em conformidade com elas, de tal sorte que, se uma lei ou outro ato do poder público contrariá-las, será inconstitucional, atributo negativo que corresponde a uma recusa de validade jurídica”³.

Como a maioria dos direitos sociais, a previdência se insere no campo dos direitos de prestações, pois exige a ação do Estado para sua concretização, e nesse sentido também dele requer uma estruturação de um sistema para sua efetivação, daí portanto, também se incluir na perspectiva dos direitos à organização e ao procedimento.

¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 286.

² SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e*

² SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 333-334 *apud* ALVAR, Maria Vitoria Queija. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e o princípio do não retrocesso social no Brasil*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9212>. Acesso em 15 ago. 2015.

³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 76.

Seguindo a tendência internacional e considerando a transição da pirâmide demográfica da população, a previdência deverá ser objeto de mudanças, a fim de superar os desafios de sua estruturação hodierna; e de fato tem passado por transformações a fim de garantir sua sustentabilidade, com a observância contínua do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema, que é um dos principais desafios a ser superado.

No Brasil, em específico, a Previdência e sua busca pelo equilíbrio financeiro enfrenta ainda o obstáculo da vinculação do menor valor dos benefícios previdenciários ao valor do salário mínimo; o que acarreta grande impacto nas contas públicas, quando são promovidos aumentos reais acima da inflação ao mínimo salarial, medida comprovadamente não tão eficaz para a diminuição das desigualdades de renda.

A Administração, confrontada pela crise econômica por que passa o Brasil no ano de 2015, já tem se preocupado com os ajustes na Previdência e promovido mudanças. Dentre elas, a medida provisória nº 676/2015, prevê uma alternativa para a aplicação do fator previdenciário quando da concessão das aposentadorias por tempo de contribuição, exigindo o aumento gradativo das regras do fator 85/95, na prática aumentando progressivamente a idade para a concessão desse tipo de benefício previdenciário.

Por outro lado, as adequações necessárias ao ajuste do sistema previdenciário acarretam verdadeiras restrições ao direito de previdência social. Entretanto, tais restrições também possuem limites a fim de não afetar o âmbito de proteção desse direito, ou ao menos seu núcleo essencial. O princípio da irreversibilidade dos direitos fundamentais parece ser um balizador para a permanência da disponibilização do direito à previdência, sem retrocessos.

Serão discutidos nesse trabalho o direito à previdência, como direito fundamental social, de prestação, e de organização e procedimento, bem como as disposições constitucionais relacionadas, para a tentativa de delimitação de seu âmbito de proteção. Após, serão apresentados alguns dos principais desafios da Previdência Social em sua sistematização, com a indicação de ajustes que podem ser operacionalizados para a garantia de sua sustentabilidade.

Por fim, o princípio da vedação ao retrocesso é apresentado e analisado em suas implicações nos princípios da segurança jurídica, proteção insuficiente, reserva do possível e da dignidade humana e também quanto à sua efetiva aplicação no direito de previdência social, com a visualização do que o Supremo Tribunal Federal vem decidindo a respeito; para por fim, tecer considerações sobre se as novas regras para a aposentadoria trazidas pela MP nº 676/2015 atingem o objeto de proteção daquele princípio.

2. DIREITO FUNDAMENTAL À PREVIDÊNCIA SOCIAL

“O acaso não existe: tudo é ou provação, ou punição, ou recompensa, ou previdência.”

Voltaire

2.1. Considerações preliminares

A previdência social é um direito constitucionalmente garantido e na Carta Magna está previsto entre os direitos sociais, no título destinado aos direitos e garantias fundamentais. Também está detalhado em seção específica da Seguridade, em título destinado à Ordem Social; no art. 201, estabelecendo o regime geral de previdência social (RGPS), e no art. 202, tratando da previdência complementar. Já os regimes próprios de previdência social (RPPS), referentes aos servidores públicos, estão normatizados no art. 40, em capítulo destinado à Administração Pública⁴.

Pela teoria tradicional dos direitos fundamentais, a previdência, como direito social, está enquadrada dentre os direitos de segunda dimensão, que em sua maioria, exigem do Estado ação para a necessária efetividade, o que em muitas situações, senão todas, resultam em gastos públicos. Em que pese isso, não se nega a aplicabilidade direta de que também são dotados esses direitos.

A aplicabilidade direta dos direitos fundamentais, por sua vez, não implica sempre, de forma automática, a transformação destes em direitos subjetivos, concretos e definitivos⁵. Em virtude da escassez de recursos, o poder público é obrigado a realizar medidas alocativas, dentro da reserva do que é possível implementar, a fim de garantir a mínima efetividade dos direitos eleitos como fundamentais, bem como a garantia de certa progressividade em sua concretização.

Nenhum ato das entidades públicas é livre da consideração prioritária e efetiva dos direitos fundamentais, pois sua força normativa promove a vinculação dos poderes públicos, inclusive o legislativo, tanto de forma negativa como positiva. Segundo ensinamento de Canotilho,

a cláusula de vinculação tem uma dimensão proibitiva: veda às entidades legiferantes a possibilidade de criarem atos legislativos contrários às normas e princípios constitucionais, isto é, proíbe a emanação de leis inconstitucionais lesivas aos direitos fundamentais. Possui também uma dimensão positiva, segundo a qual, o legislador deve realizar os direitos fundamentais, otimizando a sua normatividade⁶.

⁴ Sobre a organização da previdência social no Brasil, ver: IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 19º ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014, pp. 27-44.

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 438.

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit. p. 440.

Em se tratando de previdência, a reserva à lei, e sua concretização pelo legislador, foi exigida pela Constituição para dispor sobre o plano de custeio e de benefícios, no âmbito do regime geral de previdência social, cumpridos pelas leis nº 8.212/91 e nº 8.213/91, respectivamente; para estabelecer regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal, cumprido pela lei nº 9.717/98; e dentro do regime de previdência complementar, tratar sobre normas gerais desse regime e dispor sobre a relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas e suas respectivas entidades fechadas⁷ de previdência complementar, cumpridos pelas leis complementares nº 109/01 e nº 108/01, respectivamente.

2.2. Previdência social como direito fundamental de prestação

Os direitos fundamentais cumprem algumas funções, dentre elas: função de defesa, geralmente relacionado aos direitos de primeira dimensão, por imporem proteção ao indivíduo de atos do Estado que afetem direitos existentes por si só, independentemente da ação deste para concretizá-los, como os direitos à vida e à intimidade; e função de prestação, relacionado comumente aos direitos de segunda dimensão, que requerem do Estado atitudes positivas para a sua implementação.

Segundo Gilmar Mendes,

na sua concepção tradicional, os direitos fundamentais são *direitos de defesa*, destinados a proteger determinadas posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público, seja pelo (a) não impedimento da prática de determinado ato, seja pela (b) não intervenção em situações subjetivas ou pela não eliminação de posições jurídicas. Nessa dimensão, os direitos fundamentais contêm disposições definidoras de uma *competência negativa do Poder Judiciário*, que fica obrigado, assim, a respeitar o núcleo de liberdade constitucionalmente assegurado. Outras normas consagram direitos a prestações de índole positiva, que tanto podem referir-se a prestações fáticas de índole positiva quanto a prestações normativas de índole positiva⁸.

Nesse sentido, o direito à previdência, possui função de prestação e exige tanto prestações fáticas, através do pagamento em si dos benefícios previdenciários, como e

⁷ Sobre os critérios de diferenciação entre entidades abertas e fechadas de previdência complementar consultar: *Previdência privada: Aberta e Fechada*. Disponível em: <<https://www2.brasilprev.com.br/ht/previdenciasemmisterio/oqueprevidencia/paginas/abertaefechada.aspx>>. Acesso em 16 jun. 2015.

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit. p. 672. Essa classificação é também utilizada por Canotilho, que além das funções de defesa e de prestação dos direitos fundamentais, contempla ainda funções de proteção perante terceiros e de não discriminação: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit. pp. 407-410.

principalmente prestações normativas, por meio das quais, ocorre a delimitação dos contornos desse direito e a regulamentação necessária para sua efetivação.

Para Canotilho, a função de prestação dos direitos fundamentais está associada a três núcleos problemáticos dos direitos sociais: (1) ao problema dos direitos sociais originários, ou seja, se os particulares podem derivar diretamente das normas constitucionais pretensões prestacionais, como exigir judicialmente o direito ao trabalho, por exemplo, como direito subjetivo; (2) ao problema dos direitos sociais derivados, que se reconduz ao direito de exigir uma atuação legislativa concretizadora das normas constitucionais sociais (sob pena de omissão inconstitucional) e no direito de exigir e obter a participação igual nas prestações criadas pelo legislador; (3) ao problema de saber se as normas consagradoras de direitos fundamentais sociais tem uma dimensão objetiva juridicamente vinculativa dos poderes públicos no sentido de obrigarem estes a políticas sociais ativas conducentes à criação de instituições, serviços e fornecimento de prestações⁹. Segundo o autor, os dois primeiros problemas são discutíveis, mas quanto ao terceiro, não existem quaisquer dúvidas sobre se as normas constitucionais sociais devem impor políticas públicas socialmente ativas.

De fato, as duas primeiras problemáticas apontadas por Canotilho são objeto de discussão também na doutrina nacional, em virtude da impossibilidade real de o Estado garantir efetivamente a todos os indivíduos, os direitos sociais elencados na Constituição, mesmo que fundamentais à existência com dignidade, devido à escassez dos recursos.

Nesse sentido, Gilmar Mendes afirma que

a dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornar exigíveis. Nessa perspectiva, também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível¹⁰.

Essa parte da doutrina argumenta que o Poder Judiciário, vocacionado a concretizar a justiça no caso concreto, muitas vezes não teria condições de, ao examinar determinada pretensão a prestação de um direito social, analisar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte com invariável prejuízo para o todo¹¹.

Por outro lado, nos julgados, o Judiciário discute se essa justificativa isenta o Estado de responsabilidade diante de flagrantes ofensas a direitos fundamentais sociais e por vezes concede pretensões, utilizando-se do fenômeno do ativismo judicial, quando percebe que o

⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit. pp. 408-409.

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit. p. 668.

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit. p. 668.

dano é resultante da ineficácia da Administração, e é apoiado por parte doutrina que argumenta que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana. Assim, ao menos o “mínimo existencial” de cada um dos direitos, exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana, não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial¹².

As frequentes demandas judiciais para implantação de benefícios previdenciários parecem não estar tão relacionadas à omissão do Estado; são mais atinentes a divergências de interpretação, como nos resultados de perícia médica para a concessão do benefício de auxílio-doença ou na análise sobre a documentação comprobatória da atividade rural para a concessão de benefícios destinados aos segurados especiais. Isso se deve porque a parte fática da prestação do direito de previdência social é bem dependente da prestação normativa, e esta, apesar de extensa e complexa, já está há muito regulada, não sendo o Estado omissor nesse aspecto.

2.3. Direito à organização e ao procedimento em matéria previdenciária

Vale destacar que dentre os direitos fundamentais existem aqueles que dependem, na sua realização, tanto de providências estatais com vistas à criação e conformação de órgãos, setores ou repartições (direito à organização) como de outras, normalmente de índole normativa, destinadas a ordenar a fruição de determinados direitos ou garantias, como é o caso das garantias processuais-constitucionais (direito de acesso à justiça, direito de proteção judiciária, direito de defesa)¹³.

É o chamado direito à organização e ao procedimento, que se torna essencial para a realização e a garantia de alguns dos direitos fundamentais, pois são o meio para que o direito em si seja efetivado. No âmbito da previdência social, o direito à organização e ao procedimento se revela pela necessidade da existência das instituições gestoras dos benefícios, como é o caso do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) para o regime geral de previdência social, bem como pela necessidade de regras internas reguladoras do acesso a esses benefícios, especificando todo o procedimento a ser executado.

¹² MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit. p. 668.

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit. p. 677.

2.4. Âmbito de proteção do direito à previdência

A efetividade dos direitos fundamentais está assegurada, se o âmbito de proteção do direito restar preservado. “Caso se pretenda atribuir aos direitos fundamentais eficácia superior a das normas meramente programáticas, então se deve identificar os contornos e limites desse direito, isto é, a exata definição do seu âmbito de proteção”¹⁴. Pode-se entender o âmbito de proteção de um direito fundamental como o que é por ele resguardado, qual o bem protegido.

Em que pese a evidência da afirmação supramencionada, no caso concreto existe grande dificuldade em estabelecer quais as fronteiras do âmbito de proteção de determinado direito, seja pela indeterminação do texto, seja pela necessidade de conformação do direito fundamental à legislação ordinária. Gilmar Mendes preceitua que “não raro, a definição do âmbito de proteção de um certo direito depende de uma interpretação sistemática, abrangente de outros direitos e disposições constitucionais. Muitas vezes, a definição do âmbito de proteção somente há de ser obtida em confronto com eventual restrição a esse direito”¹⁵.

Nesse sentido, a análise das disposições constitucionais referentes ao direito em questão deve ser feita tendo em vista a identificação dos bens jurídicos protegidos e a amplitude dessa proteção (âmbito de proteção da norma); e a verificação das possíveis restrições contempladas, expressamente, na Constituição (expressa restrição constitucional) e identificação das reservas legais de índole restritiva¹⁶.

Seguindo as diretrizes apresentadas, pode-se afirmar que a delimitação do âmbito de proteção do direito de previdência social deverá partir do esmiuçamento das disposições a ela referentes, previstas na Constituição Federal, como o art. 201, que estabelece o regime geral de previdência, sendo norteador, portanto, da estruturação dos regimes próprios de previdência; chegando à análise do contexto normativo em que esse artigo está inserido.

No Brasil, a previdência social é integrada a um sistema mais amplo de proteção ao indivíduo, qual seja: a Seguridade Social, prevista no art. 194 da Constituição Federal, sendo esta um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos também à saúde e à assistência social, além da previdência.

A Constituição elencou sete princípios específicos nos quais se baseiam a Seguridade Social e que também devem ser observados para a delimitação do âmbito de proteção do

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit. p. 670.

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit. p. 284.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit. p. 286.

direito de previdência social. São eles: a universalidade de cobertura e do atendimento; uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; seletividade e distributividade na prestação de benefícios e serviços; irredutibilidade do valor dos benefícios; equidade na forma de participação no custeio; diversidade da base de financiamento; e caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com a participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Em específico, a Previdência possui caráter contributivo e apresenta formas de proteção ao indivíduo quando a sua capacidade laborativa for afetada de alguma maneira, seja por eventos previsíveis, como a idade avançada e a maternidade, e ainda mais quando essa afetação é motivada por eventos em que não se pode definir se ocorrerão ou quando ocorrerão na jornada da vida, como a invalidez, doença, desemprego involuntário e morte. No caso de morte, a proteção é direcionada para aqueles que dependiam financeiramente do *de cuius*.

Assim, pode-se afirmar que o âmbito de proteção do direito à previdência social é exatamente a garantia de cobertura financeira para os eventos expressos na Constituição, detalhados no art. 201, que além desses acima descritos, ainda prevê uma prestação pecuniária a título de salário-família e o benefício do auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa-renda.

Além disso, parece também fazer parte do âmbito de proteção, alguns regramentos que colaboram para a sustentabilidade do sistema garantindo a continuidade das prestações previdenciárias; e que tornam o acesso aos benefícios previdenciários coerentes com os princípios da Seguridade dispostos no art. 194, bem como com outros princípios constitucionalmente garantidos.

Para o primeiro caso, têm-se o caráter contributivo e o equilíbrio financeiro e atuarial descritos no caput do art. 201, e a exigência de compensação financeira entre os regimes em caso de contagem recíproca de tempo de contribuição, disposta no § 9º do mesmo artigo.

No segundo caso, se enquadram a regra dos §§ 1º e 12 que, respectivamente, vedam a adoção de critérios e requisitos diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários, com exceção das atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, ou quando se tratar de segurados portadores de deficiência ou trabalhadores de baixa renda e donas de casa sem renda própria, se também pertencentes a famílias de baixa renda; e as regras dos §§ 2º, 3º e 4º, que garantem a preservação do valor real dos benefícios, bem como de um valor mínimo, hoje o salário mínimo, para os benefícios que substituirão o rendimento do trabalhador, como a aposentadoria.

Nesse sentido, qualquer ato que, por exemplo, estabeleça uma regra mais benéfica de acesso a aposentadoria a uma classe de trabalhadores que não esteja vinculada às condições excetuadas na Constituição estará ultrapassando os limites do âmbito de proteção do direito à previdência social.

3. PREVIDÊNCIA SOCIAL: DESAFIOS ATUAIS E REFORMAS NECESSÁRIAS

“Entendi, mas quero saber o seguinte: isso estoura neste governo ou não?”

Líder do governo na Câmara dos Deputados a um assessor do então ministro do Planejamento brasileiro, após assistir a uma exposição sobre as tendências de agravamento do desequilíbrio previdenciário, em 1982!¹⁷

3.1. Considerações preliminares

Os debates sobre a sustentabilidade do sistema previdenciário circundam os desafios de seu financiamento e impõem reflexões acerca do acesso aos benefícios hoje disponibilizados pela Previdência Social, se adequados à sociedade hodierna e às demandas futuras, já previsíveis.

“O incremento da despesa por si só não é um problema, quando representa maior nível de proteção, mas certamente não é recomendável quando decorre de regras inadequadas de concessão”¹⁸. A correção desse problema implica em melhor alocação dos recursos da previdência social com vistas à eficiência na disponibilização desse, que como direito de prestação, possui “dimensão econômica relevante”¹⁹ e também objetivando o alcance do equilíbrio financeiro e atuarial, princípio basilar da Previdência Social como instituto, e razão mesma da sua subsistência.

Sucintamente, Fábio Zambitte ensina que equilíbrio financeiro pode ser entendido como o saldo zero ou positivo do encontro entre receitas e despesas do sistema. “Seria, pois, a manutenção do adequado funcionamento do sistema no momento atual e futuro, com o cumprimento de todas as obrigações pecuniárias, decorrentes de pagamento de benefícios previdenciários”²⁰. Equilíbrio atuarial, por sua vez, é um equilíbrio financeiro mais complexo, de longo prazo; “diz respeito à estabilidade de massa, isto é, ao controle e prevenção de variações graves no perfil da clientela, como, por exemplo, grandes variações no universo de

¹⁷ GIAMBIAGI, Fábio; TAFNER, Paulo. *Demografia: A ameaça invisível – O dilema previdenciário que o Brasil se recusa a encarar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 83.

¹⁸ Exposição de motivos da MP nº 664/14, que propôs regras mais restritas para os benefícios de pensão por morte e de auxílio-doença.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, nº 24, jul. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em: 20 ago. 2015.

²⁰ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *A previdência social no estado contemporâneo: fundamentos, financiamento e regulação*. Niterói, RJ: Impetus, 2011, p.171.

segurados ou amplas reduções de remuneração, as quais trazem desequilíbrio ao sistema inicialmente projetado”²¹.

Muitos estudiosos do tema, restringem o debate do financiamento da Previdência ao cálculo contábil em busca do equilíbrio financeiro e atuarial²², entretanto, apesar de importantes, os números não devem exercer onipotência. Numa sociedade de riscos, a análise matemática do sistema deve ser cotejada com princípios de proteção social, sob pena de afetação a garantias constitucionais, consolidadas no ordenamento jurídico brasileiro.

Com efeito, a transição demográfica em si, a despeito da crise econômica pela qual o país enfrenta, exige que regras, como a falta de idade mínima para a aposentadoria ou que utilizam a Previdência como programas de transferências de renda, eminentemente assistencialistas, sejam equalizadas, reduzindo os custos com a Previdência que já corresponde a 11%²³ do Produto Interno Brasileiro – PIB, para a garantia de sustentabilidade do sistema no longo prazo.

3.2. Impactos da demografia na Previdência

Um dos maiores desafios ao equilíbrio atuarial, considerando que o financiamento da previdência social se dá pelo regime de repartição²⁴, é a mudança na pirâmide etária da população brasileira que aliada à política de previdência atual, facilmente tornará o sistema insustentável em poucas gerações.

A diminuição da taxa de fecundidade, o aumento da expectativa de vida e o envelhecimento da população são fenômenos demográficos relevantes que afetam diretamente a Previdência Social. O aumento da expectativa de vida gera tendência de pagamento de um estoque de benefícios por mais tempo. Em contrapartida, teremos um menor número de

²¹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. op. cit. p. 171.

²² Como exemplo, ver: GIAMBIAGI, Fábio; TAFNER, Paulo. *Demografia: A ameaça invisível – O dilema previdenciário que o Brasil se recusa a encarar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. Os autores parecem sobrevalorizar esse aspecto, apesar da procedência de suas argumentações quanto à crise atual da Previdência Social.

²³ *Comparação internacional de gastos governamentais em saúde, educação e previdência*. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/assuntos/orcamento/noticias/comparacao-internacional-de-gastos-governamentais>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

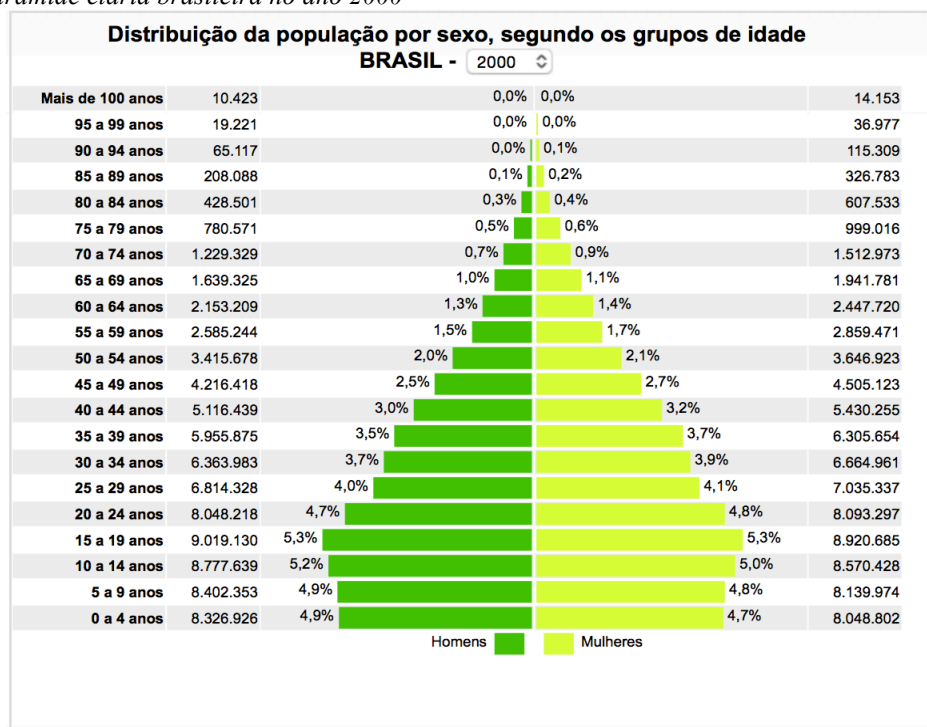
²⁴ No regime de repartição, os segurados contribuem, em regra, para um fundo único, responsável pelo pagamento de todos os beneficiários do sistema. Dentro desse regime, há o conhecido *pacto intergeracional*, isto é, os trabalhadores de hoje custeiam os benefícios dos aposentados atuais, dentro do mesmo exercício. É adotado tanto no RGPS como nos RPPS. Tem contraposição ao regime de capitalização, em que os recursos arrecadados com contribuições são investidos pelos administradores do fundo, tendo em vista o atendimento das prestações devidas aos segurados futuramente, ou seja, os valores pagos no futuro variarão de acordo com as taxas de juros obtidas e a partir das opções de investimento dos administradores. A capitalização é a forma de financiamento dos regimes de previdência complementar, mais comuns na previdência privada, mas que também rege a previdência complementar pública, inaugurada com a Funpresp. IBRAHIM, Fábio Zambitte. op. cit. p. 172.

contribuintes no futuro, provocado pela queda de fecundidade. Essas mudanças alteram a pirâmide etária, com estreitamento da base e o alargamento do topo, refletindo a estrutura da população mais envelhecida²⁵.

A mudança na faixa etária brasileira já pode ser observada, analisando tão somente o interstício de 10 anos, se a compararmos nos anos de 2000 e de 2010, conforme figuras 1 e 2²⁶, respectivamente. Observa-se efetivamente o aumento da expectativa de vida, pois o percentual da população com 65 anos ou mais passou de 5,9%, em 2000, para 7,6%, em 2010. O estreitamento da base, devido à queda de fecundidade também já é visível, passando a população menor de 15 anos a representar 24,2% em 2010, em detrimento de 29,5% em 2000.

Entretanto, se compararmos a representatividade da população em idade ativa, que a partir da Pesquisa Nacional por Amostra em domicílio (PNAD) de 2011, passou a ser a partir de 15 anos, arbitrando a idade de 64 anos para a efetiva paralisação da atividade laborativa para ambos os sexos, pode-se verificar que a parcela da população responsável pelo financiamento da Previdência aumentou nesses anos, e passou de 64,4%, em 2000, sendo 31,5% de homens e 32,9% de mulheres; para 68,2%, em 2010, sendo 33,3% de homens e 34,9% de mulheres.

Figura 1: Pirâmide etária brasileira no ano 2000

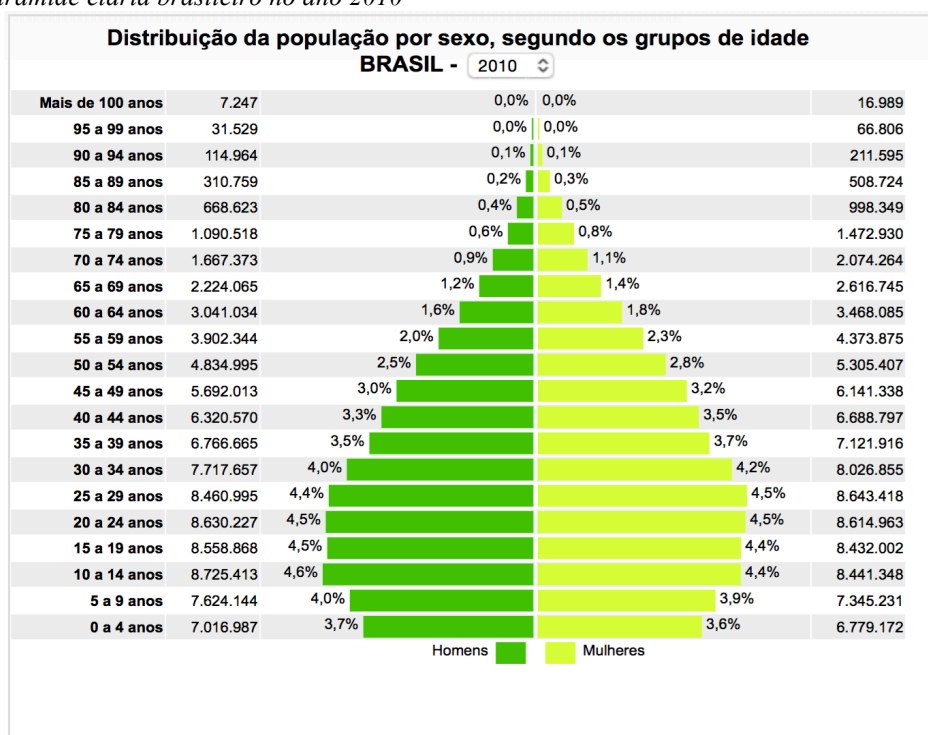


Fonte: IBGE

²⁵ Informe de Previdência Social: janeiro/2015. *Considerações sobre a Política de reajuste de benefícios da Previdência social*. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2015/03/Informe_janeiro_2015.pdf>. Acesso em 17 jun. 2015.

²⁶ Figuras disponíveis em: <<http://vamoscontar.ibge.gov.br/atividades/ensino-fundamental-6-ao-9/49-piramide-etaria>>. Acesso em 18 jun. 2015.

Figura 2: Pirâmide etária brasileiro no ano 2010



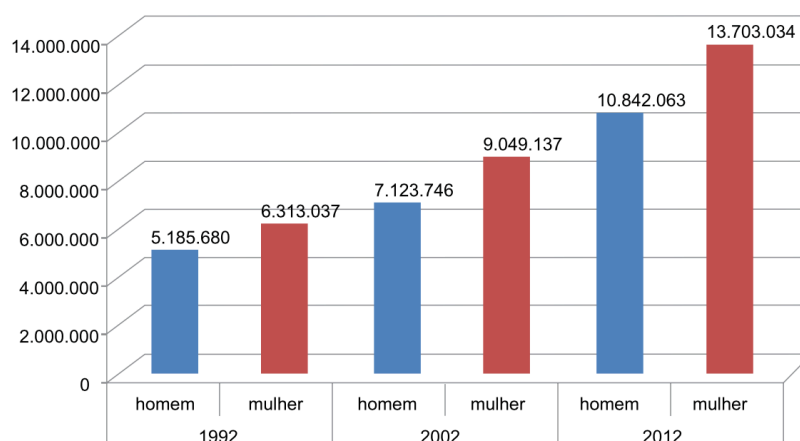
Fonte: IBGE

Esse cenário é extremamente preocupante porque o efeito da queda de fecundidade de provocar a redução da parcela da população em idade ativa, e por consequência reduzir o número de contribuintes, ainda não é realidade no Brasil e mesmo assim já se vivenciam momentos de crise na Previdência brasileira, com déficits contínuos. Tal fenômeno acontecerá nas próximas gerações, e exige que reformas eficientes sejam promovidas, com a responsabilidade de uma política de Estado, evitando-se os interesses políticos imediatos, com a perspectiva de que quando se trata de Previdência, os resultados das ações de hoje serão colhidos em médio e longo prazos.

Com efeito, dados da PNAD, contemplados na figura 3²⁷, mostram que a população idosa, em 1992, era de aproximadamente 11,5 milhões, 16,2 milhões em 2002 e alcançou 24,5 milhões em 2012. Essa evolução mostra um crescimento de mais de 113% em vinte anos. A população idosa feminina apresentou maior crescimento, de 117%, em comparação à população idosa masculina, que apresentou taxa de crescimento de 109%.

²⁷ Informe da Previdência Social: maio/2014. *Uma análise do envelhecimento da população brasileira e da taxa de atividade entre os idosos – 1992, 2002 e 2012*. Disponível em: < http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2014/09/WEB_Informe_maio_2014.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2015.

Figura 3: Evolução da população idosa brasileira, segundo gênero – Anos 1992, 2002 e 2012



Fonte: PNADs 1992, 2002 e 2012

A evolução da estrutura populacional dos idosos entre os anos 2000 e 2020, segundo informações de Censos Demográficos e de projeção da população, realizados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), mostra que não só as mulheres são maioria na população, como tem havido uma feminização da velhice, caracterizado pela tendência de aumento da proporção de mulheres entre os idosos, como se pode observar na figura 4²⁸, abaixo.

Figura 4: Estrutura da População de 60 anos ou mais no Brasil – 2000 a 2020

	2000		2010		2020	
	MASCULINA	FEMININA	MASCULINA	FEMININA	MASCULINA	FEMININA
Proporção da população idosa	7,8	9,3	9,8	11,7	11,1	14,0
60-64	46,8	53,2	46,7	53,3	45,6	54,4
65-69	45,8	54,2	45,9	54,1	44,5	55,5
70-74	44,8	55,2	44,6	55,4	42,8	57,2
75-79	43,9	56,1	42,5	57,5	39,9	60,1
80 ou mais	39,9	60,1	38,6	61,4	33,8	66,2
Total de idosos	6.533.784	8.002.245	9.156.245	11.434.487	11.328.144	15.005.250

Fonte: Censo 2000, 2010 e Projeções – IBGE

O aumento da população idosa feminina é preocupante para a Previdência porque essa clientela se aposenta com idade inferior a dos homens, mas possuem expectativa de sobrevida superior. Assim, em princípio, percebem os benefícios previdenciários por mais tempo, sejam estes aposentadoria ou pensão por morte.

Em que pese a predominância na população idosa, em termos percentuais, a proteção social das mulheres ainda é inferior. Para um total de 21,5 milhões de pessoas idosas (idade de 60 anos ou mais), com um índice de proteção social de 81,9%; a proteção dos homens

²⁸ Informe da Previdência Social: fevereiro/2015. *A mulher e a Previdência Social*. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2015/03/Informe_fevereiro_2015_web.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2015.

idosos está estimada em 86,1%, enquanto a das mulheres ainda está em 78,5%; conforme ilustrado na figura 5²⁹, que informa ainda qual a parcela desse total de protegidos percebem aposentadoria, pensão por morte ou ambos os benefícios.

Figura 5: Proteção Social entre os Idosos – 2013

CATEGORIAS	HOMENS	%	MULHERES	%	TOTAL	%
Aposentados	8.496.010	72,7	6.996.866	47,9	15.492.876	59,0
Pensionistas	164.669	1,4	2.293.467	15,7	2.458.136	9,4
Aposentados e Pensionistas	305.387	2,6	1.732.153	11,9	2.037.540	7,8
Contribuintes não beneficiários	1.090.860	9,3	437.346	3,0	1.528.206	5,8
Protegidos (a)	10.056.926	86,1	11.459.832	78,5	21.516.758	81,9
Desprotegidos (b)	1.629.994	13,9	3.132.382	21,5	4.762.376	18,1
Total de Residentes (a+b)	11.686.920	100,0	14.592.214	100,0	26.279.134	100,0

Fonte: PNAD/IBGE – 2013

As mudanças na pirâmide etária de um país são previsíveis conforme seu grau de desenvolvimento e não ocorrem de forma repentina. Aos formuladores de políticas em matéria previdenciária é dado tempo suficiente para promoverem adequações, pois a este desafio cabe apenas acomodação, visto ser um espontâneo e inevitável movimento demográfico.

3.3. Idade mínima para aposentadoria

Sempre que se trata dos efeitos da transição demográfica para as contas da previdência, emerge a discussão sobre as regras de acesso ao benefício da aposentadoria por tempo de contribuição, por não exigir uma idade mínima para sua concessão, apenas tempo de contribuição de ao menos 35 anos, para o homem, e 30 anos, para a mulher.

De fato, considerando a expectativa de sobrevida na idade em que as pessoas têm optado por requerer esse tipo de aposentadoria, a duração do benefício muitas vezes será igual ao tempo de contribuição pago e na existência de dependentes, com a extensão da prestação por meio do benefício da pensão por morte, o custo para o Estado será em muito superior ao aporte individual³⁰.

²⁹ Informe da Previdência Social: fevereiro/2015. *A mulher e a Previdência Social*. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2015/03/Informe_fevereiro_2015_web.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2015.

³⁰ Para ilustrar: aos 48 anos de idade a mulher terá atingido o requisito mínimo de 30 anos de contribuição para a aposentadoria por tempo de contribuição, se tiver iniciado sua atividade laborativa aos 18. Nessa idade, a

Na comparação internacional, observa-se que países desenvolvidos ou emergentes que passaram ou passam pela transição demográfica enfrentada pelo Brasil estabeleceram uma idade mínima para a aposentadoria, inexistindo a possibilidade de aposentar-se apenas por tempo de contribuição. Evidente que existem requisitos de tempo de contribuição, entretanto, sempre associados a uma idade mínima, conforme apresentado na figura 6³¹.

Figura 6: Idades mínimas para a aposentadoria – América do Sul, G20 e Brasil

	Homem	Mulher		Homem	Mulher
G20			América do Sul		
África do Sul	60	60	Argentina	65	60-65
Alemanha	65-67	65-67	Bolívia	55	50
Arábia Saudita	60	55	Chile	65	60
Austrália	65	65	Colômbia	62	57
Canadá	65	65	Equador	Não há*	
China	60	50-60	Guiana	60	60
Coreia do Sul	61	61	Paraguai	65	65
Estados Unidos	66	66	Peru	60	60
França	65	65	Uruguai	60	55-60
Índia	55	55	Venezuela	60	55
Indonésia	55	55			
Itália	66	62-66			
Japão	65	65			
México	65	65			
Reino Unido	65	62			
Rússia	60	55			
Turquia	60	58			
Brasil – Fator prev.	Não há				
Brasil – Fórmula 85/95	Não há				

*O Equador exige um mínimo de 40 anos de contribuições e a efetiva interrupção do trabalho.

Fonte: Social Security Programs Throughout the World (2014 para países europeus, 2013 para americanos, 2012 para asiáticos e demais)

A ideia originária desse benefício, oriunda do modelo de proteção social alemão, era de afastar precocemente trabalhadores do mercado de trabalho a fim de abrir novos postos de trabalho para os mais jovens, reduzindo o desemprego. Bem distantes de estarem motivados pela justiça social, os Estados Unidos também utilizaram essa ideia, a partir da década de 1930, com vistas à renovação do mercado de trabalho, aumentando a eficiência das empresas e ao mesmo tempo solucionando o problema moral sobre o que fazer com idosos e incapazes³².

No Brasil, a aposentadoria por tempo de contribuição foi criada pelo Decreto 4.682/23, mais conhecido como Lei Eloy Chaves, considerada o marco inicial da Previdência Social no Brasil, e nesse dispositivo legal era denominada de aposentadoria ordinária, com a exigência de uma idade de 50 anos, para alcançar a integralidade no valor do benefício,

expectativa de sobrevivência é de 31,5 anos; ou seja, se logo requerer, perceberá o benefício por um tempo maior que o tempo de sua contribuição.

³¹ MENEGUIN, F. B.; NERY, P. F. *Fator Previdenciário ou Fórmula 85/95? A construção de uma alternativa*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/ Senado, maio/2015 (Boletim Legislativo nº 31, de 2015). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 18 maio 2015.

³² IBRAHIM, Fábio Zambitte. op. cit. pp. 209-210.

entretanto, havia a possibilidade de aposentadoria com idades inferiores, com redução de 25% do seu valor.

Em breve análise do histórico desse benefício na legislação previdenciária, temos que após a Lei Eloy Chaves, o benefício agora chamado de aposentadoria por tempo de serviço foi disciplinado na lei nº 3.807/60, Lei Orgânica da Previdência Social – LOPS, que sofreu alterações no que lhe tange, pela Lei nº 5.890/73; depois foi regrado pelo Decreto nº 77.077/76, pelo Decreto nº 89.312/84 e por fim pela Lei nº 8.213/91, ainda em vigor. De todos esses dispositivos, apenas a LOPS estabeleceu verdadeiramente uma idade mínima de 55 anos, além do tempo de serviço, sem a possibilidade de aposentadoria com idades inferiores. Com a EC nº 20/98, passou-se a exigir não apenas tempo de serviço, mas tempo de contribuição, dada a observância a partir de então do equilíbrio financeiro e atuarial dos sistemas previdenciários.

No Brasil, talvez influenciado pela aposentadoria do funcionalismo público³³, esse benefício sempre foi visto como um prêmio alcançado por quem esteve ativo por um tempo determinado no mercado de trabalho, desvirtuando-se a natureza de qualquer sistema protetivo de disponibilizar coberturas financeiras para momentos de alguma fragilidade, em que a capacidade laborativa de fato é reduzida.

Entretanto, para o caso brasileiro, uma regra mais flexível que a idade mínima é defendida por conta das disparidades regionais e sociais. Por essa ótica, uma única idade mínima para cada sexo no Brasil não levaria em conta que a expectativa de sobrevida varia no país, penalizando os trabalhadores das regiões e ocupações que vivem menos e que tipicamente são as mais pobres.

Com a emenda constitucional nº 20, em 1998, que determinou aos regimes de previdência a observância do equilíbrio financeiro e atuarial, preocupou-se em estabelecer regras que desestimulassem a aposentadoria precoce e nesse sentido em 1999, por meio da lei nº 9.876, foi criado o fator previdenciário no cálculo do salário-de-benefício³⁴, que na prática reduz o valor do benefício se concedido com pouca idade em cotejo ao tempo de contribuição. Entretanto, conforme demonstrado na figura 7³⁵ abaixo, ele não foi muito eficiente para o aumento da idade média no momento da aposentadoria.

³³ A aposentadoria no serviço público, oriunda do período em que o Estado era predominantemente Patrimonialista, era vista como um prêmio pelos anos dedicados aos serviços prestados pelo Estado. Não havia sequer a contrapartida individual de contribuições.

³⁴ Salário-de-benefício é o valor que servirá de base para o cálculo do benefício efetivamente, que é a renda mensal a ser recebida pelo segurado.

³⁵ Informe da Previdência Social: junho/2013. *Evolução das idades médias de concessão e dos tempos médios de contribuição das aposentadorias por tempo de contribuição concedida entre 1996 e 2012*. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/1_130710-081201-638.pdf>. Acesso em 30 jun. 2015.

Figura 7: Idade média de concessão e quantidade de Aposentadorias por Tempo de Contribuição concedidas por sexo - 1993-2012

ANO	IDADE MÉDIA		QUANTIDADE DE BENEFÍCIOS CONCEDIDOS		TOTAL
	MASCULINO	FEMININO	MASCULINO	FEMININO	
1993	53,43	51,19	151.722	46.186	197.908
1994	52,59	50,40	138.469	37.121	175.590
1995	51,30	49,37	217.125	56.760	273.885
1996	49,71	48,29	249.230	53.673	302.903
1997	49,19	47,80	324.839	84.396	409.235
1998	50,15	48,55	222.642	70.333	292.975
1999	52,41	50,16	100.940	39.802	140.742
2000	52,63	50,53	79.695	32.128	111.823
2001	52,92	50,87	75.876	32.276	108.152
2002	53,90	51,45	109.362	46.083	155.445
2003	54,50	51,56	89.058	44.945	134.003
2004	54,53	51,56	94.979	48.955	143.934
2005	54,44	51,41	99.165	51.562	150.727
2006	54,33	51,41	118.268	61.683	179.951
2007	54,40	51,40	154.106	85.157	239.263
2008	54,12	51,38	173.482	87.372	260.854
2009	54,37	51,54	189.956	89.680	279.636
2010	54,63	51,71	177.661	86.795	264.456
2011	54,83	51,90	190.691	92.352	283.043
2012	54,97	52,01	188.451	91.578	280.039

Fonte: SPSS/MPS

À exceção do período imediatamente anterior à aprovação da EC nº 20/98, quando o provável medo das mudanças levou um grande contingente de trabalhadores a pedirem aposentadoria, os dados corroboram, em princípio, a visão de que os efeitos das mudanças nas regras de acesso ao benefício e no cálculo do seu valor trazidos pelo fator previdenciário tiveram um efeito pequeno no comportamento dos segurados, que continuaram a se aposentar com idades próximas às que se aposentavam antes da reforma. Conforme se constata na figura 7, apenas a partir de 2008 a variação da idade média de aposentadoria se tornou mais consistente apresentando tendência inequívoca de crescimento para ambos os sexos³⁶.

Uma das argumentações utilizadas para explicar o motivo pelos quais os trabalhadores continuaram a preferir se aposentar com idades baixas é a existência de regras relacionadas ao mercado de trabalho que estimulariam a preferência por uma aposentadoria precoce. Dentre elas, está a possibilidade de o trabalhador se aposentar e continuar no mercado de trabalho, sem ter de renegociar sua contratação com o empregador que, se quiser demiti-lo, terá de arcar com todos os custos trabalhistas.

³⁶ Informe da Previdência Social: junho/2013. *Evolução das idades médias de concessão e dos tempos médios de contribuição das aposentadorias por tempo de contribuição concedida entre 1996 e 2012*. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/1_130710-081201-638.pdf>. Acesso em 30 jun. 2015.

Isso significa que a aposentadoria para quem permanece no mercado de trabalho, qualquer que seja seu valor, representa um acréscimo imediato na renda, gerando um estímulo à aposentadoria tão logo se atinja o requisito mínimo legalmente exigido. Assim, as pessoas optam por uma aposentadoria precoce mesmo com perdas consideráveis no valor do benefício, entretanto, quando realmente não houver condições para a atividade laboral, a renda da aposentadoria não será nem de longe suficiente, tornando ainda mais dramática a transição para a inatividade, pois proporcionalmente a redução de renda será ainda maior.

Ante o exposto, se consolidou uma visão generalizada de que as medidas implementadas a partir da EC nº 20 foram ineficazes para alterar o comportamento dos segurados. O Fator Previdenciário criado com o explícito objetivo de estimular a postergação das aposentadorias teria sido um fracasso, posto que os trabalhadores continuaram a se aposentar com idades baixas, com o único efeito de reduzir o valor dos benefícios.

Por outro lado, pode-se afirmar que as regras de transição trazidas pela EC nº 20, em art. 9º, com a possibilidade de aposentadoria proporcional, entretanto com redução considerável nos valores dos benefícios, bem como o próprio fator previdenciário, tem sido eficazes para o aumento do tempo médio de contribuição das aposentadorias por tempo de contribuição³⁷.

Com vistas a adequações nas contas da Previdência, dada a ineficácia do fator previdenciário para o aumento das idades médias quando da concessão da aposentadoria, foi apresentado o fator 85/95 que estabelece, para a não adoção do fator previdenciário, ou seja, para a concessão da aposentadoria pelo valor integral³⁸, a soma da idade com o tempo de contribuição deve ser de 85 anos, para a mulher e de 95 anos, para o homem.

Como o tempo de contribuição mínimo permanece inalterado, sendo de 30 anos para a mulher e de 35 anos para o homem, na prática essa alternativa estaria, obliquamente, implantando uma idade mínima para a aposentadoria, de 55 anos para a mulher e de 60 anos para o homem.

³⁷ Informe da Previdência Social: junho/2013. *Evolução das idades médias de concessão e dos tempos médios de contribuição das aposentadorias por tempo de contribuição concedida entre 1996 e 2012*. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/1_130710-081201-638.pdf>. Acesso em 30 jun. 2015. Nesse artigo é apresentado gráfico demonstrando que os percentuais de homens e mulheres que se aposentam com tempos de contribuição inferiores a 35 e 30 anos, respectivamente, estão diminuindo; enquanto os que se aposentam com tempos iguais e superiores a 35 e 30 anos estão com tendência crescente.

³⁸ Valor integral não significa valor equivalente ao teto previdenciário nem mesmo equivalente ao último salário recebido. Trata-se de 100% do valor alcançado pela média de 80% das maiores contribuições, considerando todo o período contributivo do segurado.

3.4. Previdência rural

O déficit da Previdência em muito se deve ao financiamento insuficiente da Previdência Rural, considerando-se esta a proteção previdenciária dada aos segurados especiais, que nos termos do inc. VII, do art. 11, da Lei 8.213/91, são aqueles que trabalham em atividade agrícola com sua própria família em atividade indispensável a sua subsistência, ou em condições de mútua dependência e colaboração, sem utilização de empregados permanentes, constituídos pelo produtor, parceiro, meeiro e o arrendatário rurais, o garimpeiro e o pescador artesanal, bem como pelos respectivos cônjuges que exerçam suas atividades em regime de economia familiar.

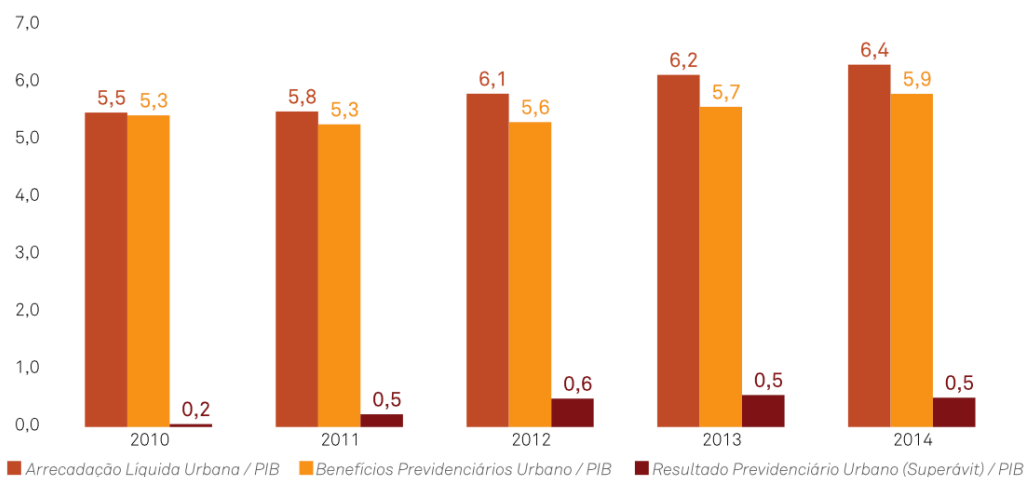
De fato, em 2014, a despesa com benefícios previdenciários rurais foi de R\$ 90,8 bilhões, crescimento de 4% em relação ao ano de 2013, enquanto que a arrecadação líquida rural, apesar do aumento de 2,2% frente a 2013, atingiu apenas R\$ 6,8 bilhões, o que resultou em uma necessidade de financiamento rural de R\$ 84,0 bilhões. Na previdência urbana, a arrecadação líquida foi de R\$ 338,6 bilhões com crescimento de 3,7% em relação a 2013 e a despesa foi de R\$ 312,7 bilhões, aumento de 4,1% na comparação com 2013, resultando em superávit de R\$ 25,9 bilhões³⁹.

As figuras 8 e 9⁴⁰ demonstram que no período de 2010 a 2014, enquanto a previdência urbana vem sendo incrementada com uma arrecadação crescente, obtendo uma despesa relativamente constante; o que permanece constante na previdência rural é a arrecadação, provocando déficits contínuos, pois as despesas aumentaram no mesmo período.

³⁹ Informe da Previdência Social: janeiro/2015. *Considerações sobre a Política de Reajuste de Benefícios da Previdência Social (Previdenciários e Acidentários)*. Disponível em: < http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2015/03/Informe_janeiro_2015.pdf>. Acesso em 30 jun. 2015.

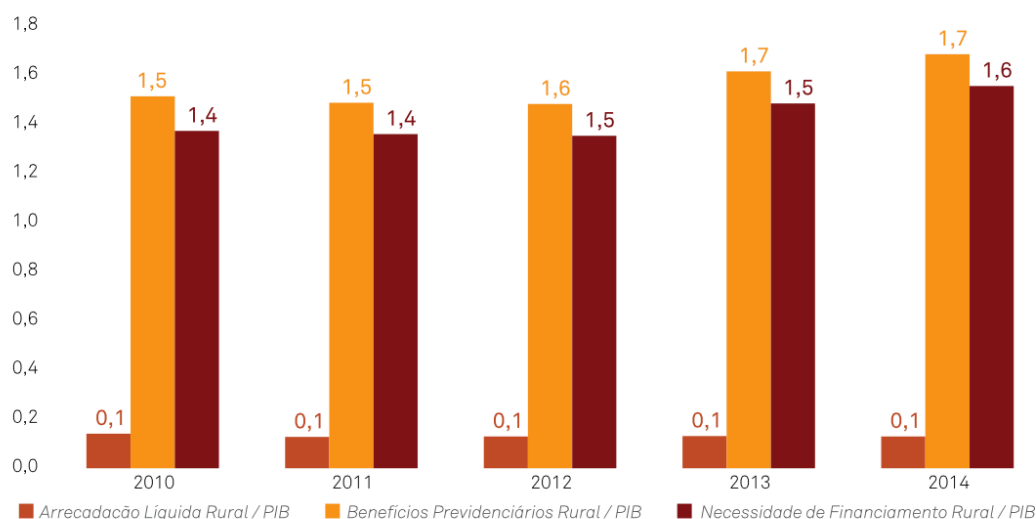
⁴⁰ Informe da Previdência Social: janeiro/2015. *Considerações sobre a Política de Reajuste de Benefícios da Previdência Social (Previdenciários e Acidentários)*. Disponível em: < http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2015/03/Informe_janeiro_2015.pdf>. Acesso em 30 jun. 2015.

Figura 8: Arrecadação Líquida Urbana, Despesa com Benefícios Previdenciários Urbanos e Superávit Urbano em % do PIB – 2010 a 2014



Fonte: MPS e IBGE

Figura 9: Arrecadação Líquida Rural, Despesa com Benefícios Previdenciários Rural e Necessidade de Financiamento Rural em % do PIB – 2010 a 2014



Fonte: MPS e IBGE

Anteriormente à Constituição de 1988, os trabalhadores rurais como um todo possuíam tratamento próximo ao assistencial, com várias limitações e diferenciações em relação ao trabalhador urbano, como benefícios com valores inferiores ao salário mínimo e não consideração da mulher como segurada, apenas como dependente de seu cônjuge. A discrepância nesses valores talvez fosse devida ao exíguo financiamento rural, que apesar de previsto desde 1969, com o FUNRURAL⁴¹, sempre foi muito aquém do atuarialmente

⁴¹ Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural, criado para ser fonte de financiamento para os benefícios destinados aos trabalhadores rurais.

necessário a um plano de custeio balanceado⁴².

Entretanto, a Constituição Federal de 1988 tornou objetivo da Seguridade Social como um todo, a uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais. Assim, o já insuficiente financiamento rural se tornou ainda mais módico, visto que a equivalência implicou em aumento considerável de despesa e por isso conta, desde sua origem, com subsídio da previdência urbana e dos recursos do Tesouro Nacional.

Atualmente, a arrecadação rural, conforme disposto no art. 195, § 8º, da Constituição, se dá mediante alíquota incidente sobre o resultado da comercialização da produção. Nos termos do art. 25 da Lei nº 8.212/91, tal alíquota é de 2,1%, sendo 0,1% para fins de financiamento das prestações por acidente do trabalho, cujo recolhimento é de responsabilidade da empresa adquirente, consumidora ou consignatária⁴³ da produção.

A exigência de contribuições mensais dos segurados especiais, tal como ocorre na previdência urbana, apresentou-se de difícil efetivação, pois a remuneração desses trabalhadores é vinculada à produção rural, e dada a sazonalidade dessa atividade, há períodos sem qualquer aferição de rendimentos, tornando essa categoria de segurado dependente, nesses períodos, de programas de transferência de renda para o sustento da família.

Por outro lado, a ausência do encargo individual da contribuição torna difícil a identificação do segurado especial, pois seu comparecimento à Previdência, na grande maioria das vezes, só ocorre quando do requerimento de algum benefício; que para ser concedido, todos no valor do salário mínimo, consoante o art. 39, I, da Lei nº 8.213/91, basta a comprovação do exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua no período imediatamente anterior ao requerimento, por uma faixa de tempo igual ao número de meses correspondentes à carência do benefício requerido.

Tais regras dão margem a tentativas de fraudes, com a corrida extemporânea por documentos que comprovem alguma atividade rural; seja por má-fé, quando o sujeito nunca desempenhou essa atividade, seja pela falta de preocupação na comprovação da atividade no tempo propício. Nesses casos, o segurado recorre a essa alternativa ao ver a velhice se aproximar e com ela a incapacidade laborativa, sabendo que não se preparou para esse momento, com a devida comprovação da atividade rural.

A garantia de direitos para esses trabalhadores fica assim fragilizada pois a análise do

⁴² IBRAHIM, Fábio Zambitte. op. cit. p. 224.

⁴³ Nos termos do art. 165 da Instrução Normativa RFB no 971, de 13 de novembro de 2009, entende-se por: adquirente, a pessoa física ou jurídica que adquire a produção rural para uso comercial, industrial ou para qualquer outra finalidade econômica; consignatário, o comerciante a quem a produção rural é entregue para que seja comercializada, de acordo com as instruções do fornecedor; consumidor, a pessoa física ou jurídica que adquire a produção rural no varejo ou diretamente do produtor rural, para uso ou consumo próprio.

benefício se torna muito subjetiva, cabendo ao servidor do INSS, ali no meio do atendimento, dizer quem dos que a ele se apresentam, é ou não segurado especial. Uma verdadeira atividade judicante e muitas vezes equivocada, dada a insegurança dos próprios servidores em afirmar se tal ou qual documento é hábil para a comprovação da atividade rural, sabendo que a repercussão de sua decisão pode ser a geração indevida de despesa para os cofres públicos por um longo período de tempo.

Indubitavelmente, as novas regras promovidas pela Constituição ensejaram uma ampliação da proteção social⁴⁴; entretanto, quando se fala em extensão da malha protetiva seja em áreas urbanas ou rurais, a consequência são renúncias de arrecadação previdenciárias, que num primeiro momento, paradoxalmente, provocam um aumento da arrecadação, resultante do aumento no número de contribuintes, mas em médio e longo prazo geram um desequilíbrio no pagamento de benefícios, em especial de aposentadorias, devido à ampliação do número de segurados.

A colaboração desses benefícios para a redução da pobreza no meio rural também foi atestada com a ampliação da rede de proteção, com relevantes incentivos na economia de municípios pobres, cuja base de sustentação, muitas vezes, está em programas de transferências de renda do governo. Todavia, não é função da Previdência a redução dos níveis de pobreza da população que em tese é objetivo da Assistência Social. Assim, a utilização da Previdência para a efetivação de políticas sociais de cunho eminentemente assistenciais, como é o caso da Previdência Rural, tem sido bem mais lesiva ao equilíbrio financeiro que as regras intrínsecas do seguro social previdenciário.

3.5. Vinculação do piso previdenciário ao salário mínimo

Em que pese a Constituição, em seu art. 7º, inc. IV, vedar a vinculação do salário mínimo para qualquer fim, a mesma determina em seu art. 201, § 2º, que nenhum benefício previdenciário que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo; o que na prática promove a vinculação do piso da grande maioria dos benefícios previdenciários ao salário mínimo.

⁴⁴ Enquanto em 1992, havia 4,3 milhões de benefícios previdenciários rurais, em 2015 já são 9,2 milhões. Informe da Previdência Social: janeiro/2015. *Considerações sobre a Política de Reajuste de Benefícios da Previdência Social (Previdenciários e Acidentários)*. Disponível em: < http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2015/03/Informe_janeiro_2015.pdf>. Acesso em 30 jun. 2015.

Quase dois terços⁴⁵ dos benefícios previdenciários são concedidos em valores de até um salário mínimo, e se segregarmos a informação entre a clientela urbana e rural, teremos um percentual de 41,3% e 99,4%⁴⁶, respectivamente, revelando o impacto das políticas de reajuste do salário mínimo sobre as contas da Previdência, especialmente no que tange às despesas da Previdência Rural, que já é deficitária, conforme apontado no item anterior.

No art. 201, § 4º, a Constituição assegura o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei. A Lei citada, por sua vez, é a de nº 8.213/91, que dispõe sobre o plano de benefícios da Previdência Social, e em seu art. 41-A prevê que o valor dos benefícios será reajustado, anualmente, na mesma data do reajuste do salário mínimo, com base no Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC), apurado pelo IBGE, limitados, obviamente ao piso e ao teto previdenciários⁴⁷. A escolha desse índice se deve, basicamente, por corresponder à mesma faixa de renda de quase todos os beneficiários da Previdência Social.

Teoricamente, o salário mínimo não deveria afetar significativamente as contas de um governo central. Por ser uma variável do mercado de trabalho, ele impactaria apenas o salário de empregados do governo federal que recebem esse valor (um baixo contingente) e aqueles serviços e obras contratados que são intensivos em mão de obra de baixa produtividade. Entretanto, o governo federal incorre em aumentos substanciais nos seus gastos quando se eleva o salário mínimo devido à vinculação constitucional do salário mínimo e à ampliação da faixa de elegibilidade de benefícios sociais⁴⁸.

Obviamente, a política de reajuste do salário mínimo só afeta negativamente as despesas da Previdência, e por consequência os gastos do governo federal, quando existem ganhos reais, superiores a inflação. É exatamente o que vem ocorrendo desde 2011, com a

⁴⁵ Para ser preciso, 53,5%. *Boletim Estatístico da Previdência Social – 2013*. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/dados-abertos/dados-abertos-previdencia-social/>>. Acesso em 25 maio 2015. Foi somada a quantidade de benefícios de valores menor e igual ao salário mínimo, por existirem alguns benefícios acidentários cuja renda mensal permite valores inferiores ao salário mínimo, como o auxílio-acidente, e por estarem também afetados à política de valorização do salário mínimo. De fato, se o salário mínimo aumenta, o benefício concedido no valor de metade dele também sofrerá reajustes automáticos, diferentemente dos benefícios com valores acima do piso previdenciário.

⁴⁶ *Boletim Estatístico da Previdência Social – 2013*. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/dados-abertos/dados-abertos-previdencia-social/>>. Acesso em 25 maio 2015.

⁴⁷ O valor do piso é o salário mínimo e o valor do teto é atualizado anualmente. Em 2015, os valores do benefício mínimo e máximo são de R\$ 788,00 e R\$ 4.663,75, respectivamente.

⁴⁸ NERY, P. F. *A MP 672/2015 e a Política de Valorização do Salário Mínimo: haverá valorização?* Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/ Senado, maio/2015 (Boletim Legislativo nº 30, de 2015). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 07 maio 2015.

política de valorização do salário mínimo constante da Lei nº 12.382/11, e que o governo atual manterá no período de 2016 a 2019, por meio da Medida Provisória nº 672/2015⁴⁹.

Os reajustes para o período de 2016 a 2019, por esta MP, terão a mesma fórmula dos reajustes do período de 2012 a 2015, qual seja: para cada ano, o salário mínimo será reajustado pela inflação do ano anterior e pelo crescimento do PIB de dois anos antes. Assim, para o ano de 2012, por exemplo, o reajuste foi equivalente à variação do INPC, acumulada nos doze meses de 2011, somado à taxa de crescimento real do PIB de 2010. O índice de inflação usado para a preservação do poder aquisitivo do mínimo também é o INPC, cabendo ao componente do crescimento do PIB a parcela de ganho real da fórmula.

Em períodos de recessão econômica, o valor negativo relativo ao não crescimento do PIB não é considerado no cálculo, a fim de não reduzir o valor do salário mínimo. E nesse sentido, como a fórmula reflete o crescimento do PIB de dois anos antes, em anos como o de 2015, com perspectiva de recessão, promover um aumento real considerável ao salário mínimo, devido à taxa de 2,3%⁵⁰ referente ao PIB de 2013, é contribuir ainda mais para a piora da economia.

Para a Previdência, o ganho real dos benefícios no valor do salário mínimo, pode se revestir mesmo de inconstitucionalidade, visto que promovem uma majoração sem a correspondente fonte de custeio, vedado pelo art. 195, §5º, CF, e vão além da preservação da renda dos segurados, refletindo ainda no equilíbrio financeiro e atuarial do sistema.

Em períodos de crescimento do PIB, com o consequente ganho real do salário mínimo, dada a atual fórmula de seu reajuste, há ainda o questionamento por parte daqueles que percebem benefícios com valores superiores, segundo os quais estariam perdendo poder aquisitivo em seus benefícios, visto serem estes reajustados apenas pelo INPC. Entretanto, o que ocorre é a redução da razão entre os benefícios maiores e o salário mínimo, e isso não configura perda de poder aquisitivo, pois este é mantido por meio da correção pelo índice de inflação. Em verdade, desde o Plano Real, os benefícios maiores que o salário mínimo tiveram esporadicamente reajustes acima do INPC, totalizando 25% de aumento real no período⁵¹.

⁴⁹ A MP nº 672/2015 foi convertida na lei nº 13.152/15.

⁵⁰ Informação extraída do campo de Economia do Jornal online Estadão. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,pib-cresce-2-3-em-2013-puxado-por-agropecuaria-e-investimentos,178695e>> Acesso em: 21 jun. 2015.

⁵¹ NERY, P. F. *A MP 672/2015 e a Política de Valorização do Salário Mínimo: haverá valorização?* Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/ Senado, maio/2015 (Boletim Legislativo nº 30, de 2015). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 07 maio 2015.

Se apenas a vinculação do piso previdenciário ao salário mínimo contribui consideravelmente para o aumento do déficit previdenciário, em períodos de crescimento do PIB; vincular os reajustes dos demais benefícios, superiores ao mínimo, à mesma fórmula daquele, seria definitivamente insustentável. Em uma simulação realizada pelo Ministério da Previdência, considerando uma regra como essa sendo utilizada desde 2007, foi estimado que, apenas no ano de 2015, a despesa adicional seria da ordem de R\$ 73,2 bilhões. Portanto, em nove anos, a despesa teria se elevado, em média, ao ritmo estimado de R\$ 8,1 bilhões por ano, deixando clarividente que, em um período de forte aumento real do PIB, em especial a médio e longo prazos, o aumento da despesa tenderia a ser explosivo para o RGPS⁵².

Por outro lado, é inexorável que se questione o motivo de os benefícios previdenciários de um piso terem regras de reajustes diferenciados daqueles situados acima desse valor. De 2003 a 2008, por exemplo, os benefícios previdenciários acima do mínimo foram reajustados em 26,6% (ligeiramente superior ao INPC do período), enquanto os benefícios indexados pelo salário mínimo tiveram um reajuste de 72,9%⁵³, quase o triplo daquele.

Além dos benefícios previdenciários, o benefício de prestação continuada da Assistência Social – BPC-LOAS⁵⁴ também possui vinculação ao salário mínimo, regra estabelecida no texto constitucional, no art. 203, inc. V; e apesar de não estar contido no núcleo da Previdência, além de impactá-la reflexamente por meio do desestímulo à contribuição previdenciária⁵⁵, os aumentos reais desse benefício, dada a vinculação, afetam as despesas da Seguridade como um todo.

⁵²Informação extraída do campo de Notícias do sítio do Instituto Nacional do Seguro Social. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/noticias/mp-672-reajuste-dos-beneficios-acima-do-piso-previdenciario-pelas-regras-do-minimo-tende-a-ser-explosiva-a-medio-prazo/>> Acesso em 18 jun. 2015.

⁵³ GIAMBIAGI, Fábio; TAFNER, Paulo. *Demografia: A ameaça invisível – O dilema previdenciário que o Brasil se recusa a encarar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 80.

⁵⁴ O Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social – BPC, regulamentado pela Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS, a Lei nº 8.742/93, integra a Proteção Social Básica no âmbito do Sistema Único de Assistência Social – SUAS. É um benefício individual, não vitalício e intransferível, que independe de contribuições, e assegura a transferência mensal de um salário mínimo ao idoso, com idade de sessenta e cinco anos ou mais, e à pessoa com deficiência, de qualquer idade, com impedimentos de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. Em ambos os casos, devem comprovar que a renda mensal familiar *per capita* deve ser inferior a ¼ do salário mínimo vigente. Para mais informações sobre o BPC-LOAS e seu funcionamento, ver: IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 19º ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014, pp. 12-26.

⁵⁵ O desestímulo ocorre porque, no caso do BPC para idosos, a idade exigida é a mesma para a aposentadoria por idade. Assim, para colherem os mesmos resultados aos 65 anos de idade, o segurado do RGPS, deve contribuir por 15 anos para a obtenção da aposentadoria por idade, enquanto do futuro beneficiário do BPC para idoso, nada é exigido em termos de contribuição, por ser este, um benefício assistencial.

Uma das razões apresentadas para a elevação do poder de compra do salário mínimo seria seu efeito de redução dos níveis de pobreza, especialmente para os idosos, que, em princípio, não possuem meios para suprir suas necessidades de renda, dada a incapacidade laborativa. Entretanto, já se comprovou que a valorização considerável do salário mínimo nos últimos anos teve reduzido seu efeito de combater a pobreza e principalmente de reduzir a desigualdade de renda⁵⁶. Segundo Foguel, Ulyseia e Courseil, do Ipea, enquanto em 1995 o salário mínimo equivalia a 25% do rendimento médio do trabalho, em 2012 ele já correspondia a 45% deste valor⁵⁷. Segundo eles, “há uma migração dos trabalhadores de salário mínimo para as partes mais altas da distribuição de renda”.

O valor do salário mínimo em 2015 (R\$ 788,00) já se encontra dez vezes acima da linha da extrema pobreza brasileira (R\$ 77,00) e cinco vezes acima da linha da pobreza (R\$ 154,00), que são referência para os valores do Programa Bolsa Família⁵⁸ cujo valor dos benefícios varia de R\$ 35,00 a R\$ 77,00 e beneficiam principalmente a população infantil e jovem do país⁵⁹.

Assim, aumentos substanciais do salário mínimo faz com que este vá perdendo sua capacidade de atingir os mais necessitados, e dada a vinculação do BPC, que é um benefício assistencial, os recursos a este destinado terminam drenando recursos de políticas públicas que poderiam ser voltadas àquelas camadas da população. Apenas no ano de 2015, o Programa Bolsa Família, também voltado ao combate à pobreza, custará menos de dois terços que o BPC pagando benefícios até 22 vezes menores do que o salário mínimo, mesmo para beneficiários adultos⁶⁰.

⁵⁶ Para um detalhamento do tema, ver GIAMBIAGI, Fábio; TAFNER, Paulo. op. cit. e NERY, P. F. *A MP 672/2015 e a Política de Valorização do Salário Mínimo: haverá valorização?* Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/ Senado, maio/2015 (Boletim Legislativo nº 30, de 2015). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 07 maio 2015.

⁵⁷ FOGUEL, M.; ULYSSEA, G.; COURSEIL, C. H. Salário mínimo e mercado de trabalho no Brasil. In: MONASTERIO, L. M.; NERI, M. C.; SOARES, S. S. D. (Org.). *Brasil em desenvolvimento 2014: estado, planejamento e políticas públicas* – vol. 1. Brasília: Ipea, 2014. *apud* NERY, P. F. *A MP 672/2015 e a Política de Valorização do Salário Mínimo: haverá valorização?* Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/ Senado, maio/2015 (Boletim Legislativo nº 30, de 2015). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 07 maio 2015.

⁵⁸ O benefício variável é de R\$ 35 por criança até 15 anos e por gestante ou nutriz, ou R\$ 42 mensais por adolescente de 16 ou 17 (limite de cinco filhos), além do benefício básico de R\$ 77 se a família for extremamente pobre. As apenas pobres não recebem o benefício básico de R\$ 77, apenas o variável.

⁵⁹ NERY, P. F. *A MP 672/2015 e a Política de Valorização do Salário Mínimo: haverá valorização?* Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/ Senado, maio/2015 (Boletim Legislativo nº 30, de 2015). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 07 maio 2015.

⁶⁰ NERY, P. F. *A MP 672/2015 e a Política de Valorização do Salário Mínimo: haverá valorização?* Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/ Senado, maio/2015 (Boletim Legislativo nº 30, de 2015). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 07 maio 2015.

Paulo Tafner mostra ainda que é possível reduzir a transferência de renda do BPC deslocando o recurso poupado para programas de transferência de renda focado nos mais pobres, sem que nenhum idoso fique pobre, mas com redução de mais de oito pontos percentuais nos níveis de pobreza de crianças e jovens do país⁶¹.

Todas essas discussões dão ensejo à desvinculação do salário mínimo, que consistiria em emendar à Constituição para que os pisos da Previdência Social e do BPC não fossem mais vinculados ao salário mínimo.

A desvinculação tenderia a reduzir os aumentos dados ao BPC e aos beneficiários da Previdência que teriam direito a um benefício menor que um salário mínimo, mas que recebem o valor do salário mínimo por conta da vinculação. Nesse sentido, os aumentos dos benefícios rurais da Previdência também seriam contidos. Como já mencionado, o benefício rural, formalmente previdenciário, possuem características de benefício assistencial pela ausência de contrapartida de contribuições diretas ao sistema por parte do beneficiário, sendo em grande parte responsável pelo déficit da Previdência.

Sob outra ótica, seria beneficiada, em princípio, toda a parcela da população nas partes inferiores da distribuição de renda, incluindo, por exemplo, beneficiários do Bolsa Família, abaixo das linhas de pobreza e extrema pobreza, e um elevado contingente de trabalhadores informais, que não são alcançados pelo salário mínimo; pois com o passar dos anos, a desvinculação liberaria grande quantidade de recursos para políticas públicas que atingem esses segmentos da população. E não somente no que tange a políticas de transferência de renda, mas também de políticas de educação, saúde ou saneamento básico destinados à parcela mais carente da população⁶².

Numa visão mais abrangente, percebe-se que também seriam beneficiados trabalhadores da ativa que recebem o salário mínimo, pois a vinculação tende a conter aumentos maiores, mesmo para quem recebe o salário mínimo de empregadores da iniciativa privada. Como o mínimo é simultaneamente piso do mercado de trabalho, da Previdência Social e do BPC, o governo tem dificuldade de aceitar aumentos maiores pela pressão que a vinculação gera em suas contas. Com a desvinculação, o governo teria mais graus de liberdade na decisão.

⁶¹ TAFNER, Paulo. *Simulando o desempenho do sistema previdenciário e seus efeitos sobre pobreza sob mudanças nas regras de pensão e aposentadoria*. Texto de Discussão nº 1264. mar/2007. Rio de Janeiro: Ipea, 2007 *apud* GIAMBIAGI, Fábio; TAFNER, Paulo. *Demografia: A ameaça invisível – O dilema previdenciário que o Brasil se recusa a encarar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 81.

⁶² NERY, P. F. *A MP 672/2015 e a Política de Valorização do Salário Mínimo: haverá valorização?* Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/ Senado, maio/2015 (Boletim Legislativo nº 30, de 2015). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 07 maio 2015.

4. IRREVERSIBILIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL: ENTRE A PROTEÇÃO NECESSÁRIA E O INADMISSÍVEL RETROCESSO

“A astúcia do Direito consiste em valer-se do veneno da força para evitar que ela triunfe.”

Miguel Reale

4.1. Princípio da Vedação ao Retrocesso: reconhecimento e delimitação

A Constituição Federal não dispõe expressamente sobre o princípio da vedação ao retrocesso, também conhecido como princípio da irreversibilidade dos direitos fundamentais. Parte da doutrina discute até mesmo sobre seu reconhecimento no ordenamento jurídico e, em existindo, sobre quais direitos fundamentais incidiria, se aplicável a todos ou apenas aos direitos sociais; e de que forma se daria tal aplicação, se de maneira absoluta ou passível de relativizações.

De fato, esse princípio não se reveste de uma clara delimitação conceitual. Sua origem remonta à década de 1970, quando a Alemanha atravessou período de dificuldade econômica agravada pelo agigantamento do Estado Social, o que gerou forte discussão sobre a legitimidade de se restringirem e/ou suprimirem benefícios sociais assegurados aos cidadãos. O debate em torno do princípio da proibição do retrocesso social foi lá intensificado, sobretudo porque, diferentemente de outros sistemas constitucionais, a Lei Fundamental de Bonn não previu expressamente nenhum direito fundamental social, e o desenvolvimento desse princípio foi uma tentativa de resposta e de defesa dos críticos⁶³.

Já na Constituição brasileira, é o princípio da vedação ao retrocesso que não está previsto de forma expressa, mas apesar disso, nossa Lei Maior parece afirmá-lo em seu art. 60, § 4º, inc. IV, quando demonstra que os direitos e garantias individuais estão protegidos contra propostas de emenda tendente a aboli-los.

Enquanto o início da discussão sobre o princípio se deu em torno dos direitos fundamentais sociais, que por se tratarem de direitos de prestação, em que fica mais perceptível alguma medida restritiva; na Constituição Federal, o que se protegeu foram os direitos e garantias individuais, emergindo o questionamento sobre qual a extensão de proteção desse princípio. Em que pese isso, acredita-se que a irreversibilidade deve abranger todos os direitos fundamentais, visto que, construídos historicamente, cada um em seu contexto, guardam sua importância no patrimônio jurídico dos cidadãos e não estão dispostos de forma hierarquizada na Constituição.

⁶³ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 240.

Com efeito, admitir que apenas os direitos sociais estão sujeitos a uma tutela contra um retrocesso poderia, inclusive, legitimar o entendimento de que existe uma diferença relevante no que diz com o regime jurídico constitucional dos direitos sociais e dos demais direitos fundamentais, visto que a estes se aplicariam os critérios convencionais utilizados para legitimar e controlar a constitucionalidade de medidas restritivas, reforçando, inclusive, a ideia – que segue encontrando adeptos – de que os direitos sociais, especialmente em relação aos direitos civis e políticos, ou não são sequer fundamentais, ou estão sujeitos a um regime jurídico diverso, seja ele menos reforçado, seja ele mais forte⁶⁴.

José Afonso da Silva tratou da proibição do não retrocesso, quando afirmou que normas definidores de direitos sociais teriam sido concebidas como normas programáticas, dependentes da atividade do legislador vinculada às imposições constitucionais, onde a lei nova não pode desfazer o grau de efeitos da constituição⁶⁵.

Nesse sentido, a proibição de retrocesso parece operar como espécie de limite dos limites dos direitos fundamentais, especialmente os de ordem social, visto que condiciona a liberdade de conformação do legislador e a discricionariedade administrativa aos critérios da proporcionalidade e razoabilidade, que balizam toda e qualquer restrição de direito fundamental.

Em se tratando de direitos fundamentais, Gilmar Mendes aponta que tal princípio parece estar intimamente relacionado ao princípio da proteção do núcleo essencial do direito, consagrado em constituições estrangeiras, como a lei fundamental alemã, e as constituições portuguesa e espanhola. Esse princípio “destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais”⁶⁶.

Na linha de explicação de Ingo Sarlet, o princípio da proibição de retrocesso social significaria “toda e qualquer forma de proteção de direitos fundamentais em face de medidas do poder público, com destaque para o legislador e o administrador, que tenham por escopo a supressão ou mesmo restrição de direitos fundamentais sejam eles sociais ou não”⁶⁷.

⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. Rev. TST, Brasília, vol. 75, nº 3, jul./set. 2009.

⁶⁵ SILVA, José Afonso da. Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 162.

⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit. p. 241

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A assim designada proibição de retrocesso social e a construção de um direito constitucional comum latino-americano. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC. Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jul./set. 2009.

Tal princípio representa hoje, para Sarlet⁶⁸, ainda que não necessariamente sob o mesmo rótulo, uma categoria reconhecida e em processo de crescente difusão e elaboração doutrinária e jurisprudencial em várias ordens jurídicas, inclusive em função da sua consagração no âmbito do Direito Internacional dos direitos humanos. Ainda segundo o autor:

Negar reconhecimento do princípio da proibição de retrocesso significaria, em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, disponham do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte⁶⁹.

Luis Roberto Barroso apresenta o impedimento de retrocesso social como um princípio implícito, onde o comando constitucional não pode arbitrariamente ser ceifado. Em suas palavras:

Nessa ordem de ideias, uma lei posterior não pode extinguir um direito ou uma garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso abolindo um direito fundado na Constituição. O que se veda é o ataque à efetividade da norma, que foi alcançada a partir de sua regulamentação. Assim, por exemplo, se o legislador infraconstitucional deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito que dependia de sua intermediação, não poderá simplesmente revogar o ato legislativo, fazendo a situação voltar ao estado de omissão legislativa anterior⁷⁰.

Uma dificuldade para a aplicação do princípio é dizer o que de fato significa retrocesso e assim estabelecer sua forma de proteção. Tradicionalmente, se defendia que a vedação ao retrocesso se aplicava sobre toda e qualquer medida restritiva dos direitos fundamentais e que a aplicação dos direitos sociais deveria ser progressiva, sendo considerado retrocesso até mesmo adequações nesses direitos, se diminuíssem de alguma forma a extensão em sua efetividade.

Canotilho que antes defendia o princípio da proibição de retrocesso social como o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas considerado constitucionalmente garantido, declarando inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzissem na prática numa “anulação”, “revogação”, ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial⁷¹; em estudos mais recentes, foi suficientemente claro em sua manifestação contrária a uma concepção rígida e inflexível do princípio da vedação do retrocesso:

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. Rev. TST, Brasília, vol. 75, nº 3, jul./set. 2009.

⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, nº 2, p. 121-168, 2004.

⁷⁰ BARROSO, Luis Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites de Possibilidades da Constituição Brasileira. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 158-159.

⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit. p. 321.

O rígido princípio da “não reversibilidade” ou, formulação marcadamente ideológica, o “princípio da proibição da evolução reaccionária” pressupunha um progresso, uma direcção e uma meta emancipatória e unilateralmente definidas: aumento contínuo de prestações sociais. Deve relativizar-se este discurso que nós próprios enfatizámos noutros trabalhos. A dramática aceitação de “menos trabalho e menos salário, mas trabalho e salário para todos”, o desafio da bancarrota da previdência social, o desemprego duradouro, parecem apontar para a insustentabilidade do princípio da não reversibilidade social⁷².

Vale ressaltar que Canotilho não está sozinho em sua posição. Dentre outros, José Reis Novais, afirma que o princípio da proibição do retrocesso social “não tem, pura e simplesmente, nem arrimo positivo em qualquer ordem constitucional, nem sustentação dogmática, nem justificação ou apoio em quaisquer critérios de simples razoabilidade”, porque pressupõe uma “concepção determinista da história” e um “optimismo inabalável”⁷³.

A mudança de opinião desses constitucionalistas, que recentemente enfrentaram esse delicado tema em face da adversa conjuntura político-econômica de Portugal, demonstra, para além do erro ou do acerto, que a norma constitucional deve ser contextualmente interpretada de acordo com suas possibilidades fáticas e jurídicas, conforme lições de Alexy e de Dworkin, cada um a seu modo⁷⁴.

Como demonstrado, o questionamento sobre a validade e reconhecimento do princípio da vedação ao retrocesso toma força em momentos de crise, sobretudo de ordem econômica. É o que se vivencia hodiernamente no Brasil, em que o governo já restringiu benefícios previdenciários como a pensão por morte e auxílio-doença⁷⁵, e também o seguro-desemprego e abono salarial⁷⁶, além de anunciar cortes em programas sociais de habitação⁷⁷.

Questiona-se se seria a crise o momento autorizador do retrocesso e dessa preocupação, se extrai duas ponderações relevantes: uma, o cuidado para não se criar uma “metanarrativa da crise” que teria o condão de legitimar, pela simples referência ao conceito de “crise” ou de emergência, a adoção de medidas de restrição, de limitação ou até mesmo de supressão dos direitos fundamentais; duas, não se pode gerar uma carga semântica negativa

⁷² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre Direitos Fundamentais. Coimbra: Almedina, 2004, p. 111 *apud* CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *Proibição do retrocesso social está na pauta do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-abr-11/observatorio-constitucional-proibicao-retrocesso-social-pauta-stf>> Acesso em 20 ago. 2015.

⁷³ NOVAIS, Jorge Reis. op. cit. p. 244-245 *apud* CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *Proibição do retrocesso social está na pauta do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-abr-11/observatorio-constitucional-proibicao-retrocesso-social-pauta-stf>> Acesso em 20 ago. 2015.

⁷⁴ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *Proibição do retrocesso social está na pauta do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-abr-11/observatorio-constitucional-proibicao-retrocesso-social-pauta-stf>> Acesso em 20 ago.15.

⁷⁵ Restrições propostas pelo governo por meio da MP nº 664/14 e convertida na lei 13.135/15.

⁷⁶ Restrições propostas pelo governo por meio da MP nº 665/14 e convertida na lei 13.134/15.

⁷⁷ Informação disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2015/05/corte-no-orcamento-atinge-pac-e-programa-minha-casa-minha-vida.html>> Acesso em 20 ago. 2015.

tal em torno do conceito de crise, de modo que se pretenda inviabilizar qualquer medida política ou jurídica excepcional, adotada em situações de particular gravidade⁷⁸.

Evidente que a proteção jurídica contra o retrocesso em matéria de realização dos direitos fundamentais e, de forma mais abrangente, das imposições constitucionais na esfera da justiça social, não pode assumir um caráter absoluto. Essa forma de interpretação constitucional preserva a margem de conformação das leis do legislador, o que lhe permite, em casos específicos e sensíveis, como os momentos de crise, restringir ou condicionar determinado padrão normativo já consolidado, desde que não se retroceda a um patamar inferior ao do “nível mínimo” de proteção constitucionalmente requerido e não se ofenda o princípio da proibição da proteção insuficiente⁷⁹.

Nesse sentido, a aplicação de uma proibição de retrocesso por si só não vedaria uma diminuição dos níveis de proteção e promoção de direitos sociais, especialmente na perspectiva subjetiva, se cotejada com outros interesses públicos urgentes e relevantes ou quando a medida restritiva for a alternativa para a manutenção do bem-estar da coletividade.

Resta, contudo, avaliar como deve ocorrer o controle da limitação da aplicação da proibição de retrocesso. “Nesta perspectiva, importa destacar a orientação doutrinária e jurisprudencial, de acordo com a qual qualquer redução do alcance de um direito social deverá, pelo menos *prima facie*, ser considerada como constituindo uma violação do dever de progressiva realização dos direitos sociais e, portanto, tida como ofensa à proibição de retrocesso, de tal sorte que a restrição do conteúdo protegido de um direito social apenas se revela constitucionalmente legítima quando cuidadosamente avaliada pelo órgão estatal (no mais das vezes, o legislador) que a promove e que se revela como razoável e proporcional, sendo mesmo necessária para alcançar propósitos constitucionais relevantes ou até cogentes”⁸⁰.

Como se pode observar, a delimitação jurídica da vedação ao retrocesso, como categoria jurídico-normativa de matriz constitucional é necessária para a correta aplicação e para que não venha, segundo Ingo Sarlet⁸¹ se transformar – como, de resto, se suspeita já

⁷⁸ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *Proibição do retrocesso social está na pauta do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-abr-11/observatorio-constitucional-proibicao-retrocesso-social-pauta-stf>> Acesso em 20 ago. 2015.

⁷⁹ QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: Princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 58.

⁸⁰ Rodrigo Uprimny e Diana Guarnizo. In: *Direitos fundamentais & justiça*, op. cit., p. 44 e ss. *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano*. Rev. TST, Brasília, vol. 75, no 3, jul./set. 2009

⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano*. Rev. TST, Brasília, vol. 75, no 3, jul./set. 2009.

esteja sendo o caso – em mais um rótulo que se presta a toda a sorte de arbitrariedades, e que, não sendo devidamente compreendido e delimitado, acaba por inserir – de forma paradoxal – mais insegurança no sistema, justamente aquilo que pretende combater.

4.2. A vedação ao retrocesso e implicações

4.2.1. Segurança jurídica

A aplicação do princípio da vedação ao retrocesso implica em segurança jurídica pois proporciona o sentimento de certeza que os direitos fundamentais conquistados não deverão ser objeto de restrição ou extinção.

Nesse sentido, demonstrando a autonomia do princípio da irreversibilidade em relação ao princípio da segurança jurídica, Ingo Sarlet aponta que o reconhecimento de uma proibição de retrocesso como princípio-garantia jurídico (seja qual for o rótulo utilizado), se revela, portanto, como necessário, pois parte das medidas que resultam na supressão e diminuição de direitos sociais acontece sem que ocorra uma alteração do texto constitucional, sem que se verifique a violação de direitos adquiridos ou mesmo sem que se trate de medidas tipicamente retroativas⁸².

Para Canotilho, “a proibição do retrocesso social nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fática), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos, em clara violação do princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana”⁸³.

O fundamento estruturante do Estado Democrático de Direito em conferir segurança jurídica às relações sociais através da materialização dos direitos fundamentais é imprescindível para que se admita a existência da vedação do retrocesso. Como confere Canotilho:

A segurança e proteção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos de seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante qualquer ato de qualquer poder - legislativo executivo e judicial. O princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo a idéia de protecção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo têm do direito poder confiar em que aos seus actos ou às suas decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixado

⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. *Notas sobre A assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano*. Rev. TST, Brasília, vol. 75, no 3, jul./set. 2009

⁸³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit. p. 339.

pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico. As refrações mais importantes do princípio da segurança jurídica são as seguintes: (1) relativamente a actos normativos – proibição de normas retroactivas restritivas de direitos ou interesses juridicamente protegidos; (2) relativamente a actos jurisdicionais – inalterabilidade do caso julgado; (3) em relação aos actos da administração – tendencial estabilidade dos casos decididos através de actos administrativos constitutivos de direitos⁸⁴.

Considerando a não previsão expressa do princípio da vedação ao retrocesso, a segurança jurídica parece servir de fundamentação para aquele com vistas ao seu fortalecimento como instituto jurídico e confirmação de seu reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro.

4.2.2. Proteção insuficiente

Canotilho salienta que a noção de proteção aos direitos fundamentais engloba as categorias de proibição do excesso e da proibição da proteção deficiente, com relação a essa última categoria, o nobre constitucionalista aponta:

Há, porém, um outro lado de proteção que, em vez de salientar o excesso, revela a proibição por defeito (untermassverbot). Existe um defeito de protecção quando as entidades sobre quem recai um dever de protecção (schutzpflicht), adoptam medidas insuficientes para garantir uma protecção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. Podemos formular esta ideia usando uma formulação positiva: o estado deve adoptar medidas suficientes, de natureza normativa, ou de natureza material, conducente a uma protecção adequada e eficaz dos direitos fundamentais. A verificação de uma insuficiência de juridicidade estatal deverá atender à natureza das posições jurídicas ameaçadas e à intensidade do perigo de lesão dos direitos fundamentais⁸⁵.

O princípio da irreversibilidade, como controlador de possíveis restrições a direitos fundamentais ou, em outras palavras, como limite dos limites desses direitos, previne que a restrição incorra em proteção insuficiente, que conforme supramencionado, diminui a efetividade dos direitos fundamentais. Na prática, isso significa que o princípio da proibição do retrocesso não deve constituir, em termos absolutos, um óbice intransponível às leis ou às emendas constitucionais que eventualmente venham a limitar direitos fundamentais. No entanto, para que tais atos normativos tenham sua validade constitucional certificada, um dos requisitos é que não impliquem em proteção insuficiente, e a vedação ao retrocesso parece ser o condutor desse processo.

⁸⁴ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Constituição Dirigente e vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 257 *apud* CONTO, Mario de. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social – Uma Análise a partir dos pressupostos de hermenêutica constitucional*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008, p. 89.

⁸⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.* p. 273.

4.2.3. Reserva do possível

Para Ingo Sarlet, pode-se sustentar que a reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange:

a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade⁸⁶.

A aplicabilidade dos direitos de prestação, nos quais a previdência está inserida, está limitada ao que é financeiramente possível de concretizar. Ocorre retrocesso, entretanto, quando a eficiência na alocação dos recursos públicos é olvidada pela Administração Pública em virtude de interesses contrários à disponibilização dos direitos a quem deles faz jus, como os desvios de dinheiro público promovidos pela corrupção, que aos bilhões poderiam estender substancialmente a efetividade dos direitos fundamentais de prestação.

Evidente que os recursos são escassos, como bem diz a Economia, e nesse sentido ao menos o núcleo essencial dos direitos fundamentais deve estar acobertado pela reserva do possível. Deixar de disponibilizar direito há muito assegurado, ou restringi-lo de forma desproporcional em nome da escassez de recursos consiste em afronta direta ao princípio da vedação ao retrocesso.

4.2.4. Dignidade humana

João Costa Neto, buscando uma delimitação do termo junto às decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão, afirma que estas se amparam na ideia de dignidade humana como autonomia, tanto no seu aspecto formal quanto material. Segundo o autor,

a instrumentalização e a reificação do sujeito envolvem o desdém pela prerrogativa que este tem de determinar os próprios propósitos e de buscar implementá-los. Assim, aquele que é submetido à tortura; ou o condenado a uma pena perpétua sem que restem chances de ganhar a liberdade novamente; assim como o indivíduo que não possui as condições materiais mínimas de uma vida digna, não tiveram suas dignidades respeitadas⁸⁷.

O princípio da vedação ao retrocesso se relaciona com o princípio da dignidade

⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, nº 24, jul. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html> Acesso em: 20 ago. 2015.

⁸⁷ COSTA NETO, João. *Dignidade Humana: visão do Tribunal Constitucional Alemão, do STF e do Tribunal Europeu*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 174.

humana na medida em que aquele previne contra restrições de direitos fundamentais que extrapolem o núcleo essencial desses direitos. Núcleo essencial, por sua vez, é a parte mínima do direito que não pode ser objeto de restrição, pois é o que vai garantir uma vida digna aos indivíduos numa sociedade, a fim de sustentar a autonomia de cada um. Nesse sentido, está o direito ao mínimo existencial⁸⁸, tão caro para a problemática da proibição de retrocesso.

4.3. Alcance do princípio da vedação ao retrocesso em matéria previdenciária

A vedação ao retrocesso também encontra aplicação no direito de previdência social, que como um direito de prestação, depende da atuação positiva do Estado, tanto sob a forma material quanto normativamente. Nesse sentido, regras que normatizam os vários benefícios previdenciários não podem ser objeto de restrição desproporcional, para além do núcleo essencial do direito à previdência, sob pena de afronta direta ao princípio da vedação ao retrocesso.

É verdade que “a liberdade do legislador na escolha do conteúdo concretizador das normas constitucionais será tanto maior quanto menor for a densidade dos preceitos constitucionais envolvidos”⁸⁹; e nesse aspecto apesar de a Constituição ter delimitado o âmbito de proteção do direito à previdência social, conforme já comentado, devido à amplitude do sistema previdenciário restou muito a ser regulado pelo legislador.

Segundo Gilmar Mendes, quem admite tal vedação sustenta que, no que tange a direitos fundamentais que dependem de desenvolvimento legislativo para se concretizar, uma vez obtido certo grau de sua realização, legislação posterior não pode reverter as conquistas obtidas. “A realização do direito pelo legislador constituiria, ela própria, uma barreira para que a proteção atingida seja desfeita sem compensações”⁹⁰.

O reconhecimento desse princípio, segundo Canotilho, “constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjetivamente alicerçadas. A violação do núcleo essencial efetivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada justiça social”⁹¹.

O direito à previdência, como todo direito fundamental, em cotejo com outros de igual importância, possui restrições, entretanto essas restrições, seja pela ótica da teoria externa ou

⁸⁸ Sobre o tema, ver: TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁸⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit. p. 78.

⁹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit. p. 168.

⁹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit. p. 339.

da teoria interna⁹², também são objeto de limitação. São os chamados limites imanentes ou “limite dos limites”, que balizam a ação do legislador quando restringe direitos individuais⁹³, viabilizando-se a adequação das normas às novas necessidades de cada tempo. Em se tratando do direito de previdência, o princípio da vedação ao retrocesso parece servir como forte balizador para o estabelecimento do limite de seus limites.

Conforme apontado, as normas que hoje regulam o direito de previdência social no Brasil estão em desconformidade com a comparação internacional, especialmente quando se trata do benefício de aposentadoria, que assim como a pensão por morte⁹⁴, possui longa duração. Se tais normas não se adequarem aos desafios da transição demográfica pela qual o país está passando com vistas à busca do equilíbrio financeiro e atuarial, ainda não concretizado, a previdência caminhará para a temível e quase apocalíptica insustentabilidade, com indelével prejuízo para a confiabilidade dos cidadãos no Estado.

Assim, parece complicado tratar sobre reformas na previdência social, pois a depender da ótica fazer e não fazer ajustes nas regras de acesso e manutenção dos benefícios previdenciários em observância ao equilíbrio de suas contas, pode ser considerado retrocesso. De um lado, o retrocesso pode ser sentido no âmbito individual e de outro lado, no âmbito coletivo. Quem deve sobressair?

O interesse público, aqui se tratando do bem-estar da coletividade, em nome da Solidariedade⁹⁵, parece ter um peso maior nessa ponderação, considerando que a insustentabilidade do sistema como um todo motivada pela não realização de ajustes necessários afetará também o âmbito individual do direito à previdência no futuro.

Entretanto, o indivíduo não pode ser penalizado vigorosamente pela falta de visão estratégica do Estado no que diz respeito à garantia de uma previdência sustentável, dado que apenas em 1998, com a EC nº 20/98, os regimes previdenciários passaram a se preocupar com o equilíbrio financeiro e atuarial, apesar de os desafios para o alcance de uma previdência equilibrada há muito serem previsíveis, como o aumento da longevidade, e mesmo assim de

⁹² Explicita-se que a chamada “teoria externa” quanto aos direitos fundamentais e seus limites, distingue o direito fundamental em si das restrições a ele impostas. Diversamente, a chamada “teoria interna” considera o limite ao direito fundamental como parte integrante (imaneente) deste. SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit. p. 388-389.

⁹³ MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit. p. 239.

⁹⁴ O benefício da pensão por morte foi objeto de adequação por meio da Lei nº 13.135/15, reduzindo consideravelmente seu impacto nas contas da previdência.

⁹⁵ A Solidariedade é um princípio implícito na Constituição e norteia toda a Seguridade Social, na qual se insere a Previdência. Na sociedade de riscos em que estamos inseridos ou mesmo devido a uma maior conscientização da existência destes, o princípio da Solidariedade é fundamental para afastá-los ou mitigá-los, visto que a sociabilização dos custos para a cobertura desses riscos é bem mais eficaz e mais leve, que se suportado apenas pelos indivíduos alvos de determinado risco social.

forma irresponsável, os governos iam adiando as tentativas de ajustes.

Nesse sentido, as tratativas para a adequação da Previdência aos desafios que lhe são impostos devem observar o princípio da proporcionalidade sob pena de afronta direta ao princípio da vedação ao retrocesso, seja no âmbito individual ou coletivo. Para Gilmar Mendes, o princípio da proporcionalidade constitui um dos principais pilares do Estado democrático de direito brasileiro possuindo uma dupla face ao atuar como critério de controle de legitimidade constitucional das medidas restritivas, bem como para controle da omissão ou atuação insuficiente do estado⁹⁶.

Assim, alterações nas regras de acesso ou de manutenção dos benefícios previdenciários devem atender aos juízos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. E conforme magistério do autor supracitado, a adequação diz respeito à análise se a medida restritiva é viável para atingir o fim a que se destina, visto que a limitação a um direito fundamental deve ser amparada por um fim que se deseja atingir. Cuida a adequação de verificar se, com a restrição, será possível atingir este fim proposto. A necessidade refere-se a opção pelo meio menos gravoso para atingir o fim colimado. E a proporcionalidade em sentido estrito atua no sentido da razoabilidade, em que se analisa a proporção dos meios e dos fins obtidos, buscando um equilíbrio entre a restrição ao direito fundamental e o objetivo que se busca⁹⁷.

4.4. O STF e a Irreversibilidade do direito à previdência social

“O direito à previdência depende da satisfação de um série de pressupostos de índole econômica, política e jurídica. A submissão dessas posições a regras jurídicas opera um *fenômeno de transmutação*, convertendo situações tradicionalmente consideradas de natureza política em situações jurídicas. Tem-se, pois, a *juridicização* do processo decisório, acentuando-se a tensão entre direito e política”⁹⁸.

A maior demanda em ações judiciais dentro da temática da previdência é o pedido para a concessão de algum benefício previdenciário que foi indeferido pelo INSS⁹⁹, que na grande maioria alcança êxito pelo simples fato de a Justiça não se submeter a regramentos internos da autarquia em que se detalham os requisitos para a obtenção de determinado benefício, ocorrendo a *transmutação* acima mencionada, pois valendo-se dessa informação

⁹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit. pp. 396-397.

⁹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit. p. 257.

⁹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit. p. 676.

⁹⁹ Em pesquisa no sítio do Tribunal Regional Federal da 1ª região do termo auxílio-doença, que é um dos benefícios mais requeridos no INSS, apareceram mais de 1000 julgados, mesmo em sede de segunda instância.

muitos se beneficiam mesmo sem de fato cumprirem as condições necessárias para a aquisição do direito.

Assim, efetiva-se a tensão entre direito e política, pois o Executivo, por meio do Ministério de Previdência Social, não adequa suas normas internas ao modo de interpretação recorrente nos juízos e tribunais quanto aos requisitos para a obtenção de alguns benefícios previdenciários, até porque isso significaria uma expansão na cobertura previdenciária, portanto, expansão de gastos; nem o Judiciário restringe sua análise, mais atinente à interpretação conforme à Constituição.

Quanto ao tema previdência relacionado à vedação ao retrocesso, apenas três¹⁰⁰ julgados foram encontrados no STF, porém de grande relevância. As ações diretas de inconstitucionalidade – ADIs nº 3104 e nº 3128 tratam de alterações promovidas pela reforma previdenciária da EC nº 41/03; e a ADI nº 1946 relacionada à tentativa de redução dos valores pagos a título de licença-gestante baseado numa interpretação enviesada de dispositivo da EC nº 20/98.

Estabelecendo normas mais rígidas para a aposentadoria do servidor público, se comparado ao art. 8º da EC nº 20/98, o art. 2º da EC nº 41/03 foi objeto da ADI nº 3104¹⁰¹. Ocorre que as novas regras estabelecidas pela EC nº 41/03 retroagiu seus efeitos à data de promulgação da EC nº 20/98. Assim, discutiu-se se a retroação de regras menos benéficas aos servidores públicos afetaria o direito adquirido, implicando em retrocesso. Conforme ementa abaixo, o STF julgou improcedente a ação por considerar que direito adquirido se constitui apenas quando todos os requisitos para a obtenção de determinado direito estão completos. Antes disso, apenas se pode falar em expectativa de direito.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. ART. 2º E EXPRESSÃO "8º" DO ART. 10, AMBOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 41/2003. APOSENTADORIA. TEMPUS REGIT ACTUM. REGIME JURÍDICO. DIREITO ADQUIRIDO: NÃO-OCORRÊNCIA.

1. A aposentadoria é direito constitucional que se adquire e se introduz no patrimônio jurídico do interessado no momento de sua formalização pela entidade competente.

2. Em questões previdenciárias, aplicam-se as normas vigentes ao tempo da reunião dos requisitos de passagem para a inatividade.

¹⁰⁰ Foi realizada a pesquisa no sítio do STF com as palavras retrocesso e previdência, utilizando-se da funcionalidade do conectivo “e”. Resultou-se em 6 acórdãos e 0 repercussão geral. Dos 6, 4 de fato tratavam diretamente de previdência, sendo que dois deles se tratam do mesmo processo, sendo um principal e outro cautelar. Feita ainda uma pesquisa com as palavras irreversibilidade e previdência, obteve-se 3 julgados, entretanto todos sobre a não reversibilidade da aposentadoria por invalidez no serviço público após o prazo de cinco anos; podendo-se inferir que o STF prefere o termo vedação ou proibição do retrocesso à irreversibilidade. Por fim, foi realizada também pesquisa com os termos fator e previdenciário e retrocesso, entretanto sem nenhum documento como resposta.

¹⁰¹ STF - ADI: 3104 DF, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 26/09/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-139 DIVULG 08-11-2007 PUBLIC 09-11-2007 DJ 09-11-2007 PP-00029 EMENT VOL-02297-01 PP-00139 RTJ VOL-00203-03 PP-00952.

3. Somente os servidores públicos que preenchiam os requisitos estabelecidos na Emenda Constitucional 20/1998, durante a vigência das normas por ela fixadas, poderiam reclamar a aplicação das normas nela contida, com fundamento no art. 3º da Emenda Constitucional 41/2003.
4. Os servidores públicos, que não tinham completado os requisitos para a aposentadoria quando do advento das novas normas constitucionais, passaram a ser regidos pelo regime previdenciário estatuído na Emenda Constitucional n. 41/2003, posteriormente alterada pela Emenda Constitucional n. 47/2005.
5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.

A ADI nº 3128¹⁰² trata do famoso julgamento sobre a incidência de contribuições previdenciárias sobre os proventos de aposentadorias e pensões dos servidores públicos, regido pelo art. 4º da EC nº 41/03. O inconformismo se deu em virtude de a regra estender os efeitos para todos que já estavam inativos quando da promulgação da emenda, e não apenas para os que se aposentariam ou seriam pensionistas daquela data em diante. O STF julgou improcedente a alegação de que a regra afrontava o direito adquirido, pois não haveria norma de imunidade tributária sobre os proventos, não os eximindo, portanto, de estarem sujeitos à incidência de novos tributos, se devidamente criados em respeito à legalidade exigida pela Constituição. A procedência da ação foi parcial para reconhecer apenas a inconstitucionalidade de percentuais de descontos diferenciados para os inativos e pensionistas da União em relação àqueles dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

EMENTAS:

1. Inconstitucionalidade. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Ofensa a direito adquirido no ato de aposentadoria. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Emenda Constitucional nº 41/2003 (art. 4º, caput). Regra não retroativa. Incidência sobre fatos geradores ocorridos depois do início de sua vigência. Precedentes da Corte. Inteligência dos arts. 5º, XXXVI, 146, III, 149, 150, I e III, 194, 195, caput, II e § 6º, da CF, e art. 4º, caput, da EC nº 41/2003. No ordenamento jurídico vigente, não há norma, expressa nem sistemática, que atribua à condição jurídico-subjetiva da aposentadoria de servidor público o efeito de lhe gerar direito subjetivo como poder de subtrair ad aeternum a percepção dos respectivos proventos e pensões à incidência de lei tributária que, anterior ou ulterior, os submeta à incidência de contribuição previdencial. Noutras palavras, não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos e as pensões, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não haver, a respeito, direito adquirido com o aposentamento.
2. Inconstitucionalidade. Ação direta. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária, por força de Emenda Constitucional. Ofensa a outros direitos e garantias individuais. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Regra não retroativa. Instrumento de atuação do Estado na área da previdência social. Obediência aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como aos objetivos constitucionais de universalidade,

¹⁰² STF - ADI: 3128 DF, Relator: ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 18/08/2004, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 18-02-2005 PP-00004 EMENT VOL-02180-03 PP-00450 RDDT n. 135, 2006, p. 216-218.

equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento. Ação julgada improcedente em relação ao art. 4º, caput, da EC nº 41/2003. Votos vencidos. Aplicação dos arts. 149, caput, 150, I e III, 194, 195, caput, II e § 6º, e 201, caput, da CF. Não é inconstitucional o art. 4º, caput, da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, que instituiu contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e as pensões dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações.

3. Inconstitucionalidade. Ação direta. Emenda Constitucional (EC nº 41/2003, art. 4º, § único, I e II). Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Bases de cálculo diferenciadas. Arbitrariedade. Tratamento discriminatório entre servidores e pensionistas da União, de um lado, e servidores e pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de outro. Ofensa ao princípio constitucional da isonomia tributária, que é particularização do princípio fundamental da igualdade. Ação julgada procedente para declarar inconstitucionais as expressões "cinquenta por cento do" e "sessenta por cento do", constante do art. 4º, § único, I e II, da EC nº 41/2003. Aplicação dos arts. 145, § 1º, e 150, II, cc. art. 5º, caput e § 1º, e 60, § 4º, IV, da CF, com restabelecimento do caráter geral da regra do art. 40, § 18. São inconstitucionais as expressões "cinquenta por cento do" e "sessenta por cento do", constantes do § único, incisos I e II, do art. 4º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, e tal pronúncia restabelece o caráter geral da regra do art. 40, § 18, da Constituição da República, com a redação dada por essa mesma Emenda.

Especificamente em relação ao princípio da vedação ao retrocesso em matéria previdenciária, a ADI 1946¹⁰³ discutiu a inadmissível limitação dos rendimentos de uma trabalhadora quando em gozo de licença-gestante ou, nos termos do INSS, de salário-maternidade, ao valor máximo dos benefícios do RGPS. Ocorre que o art. 14 da EC nº 20/98 estabeleceu o valor de R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais) para o limite máximo dos benefícios regidos pelo RGPS, entretanto, uma trabalhadora que perceba rendimentos superiores a esse valor, quando em gozo de salário-maternidade, sofreria injusta redução e se essa diferença fosse cobrada do empregador, tal situação implicaria num incentivo negativo para a contratação de mulheres, em afronta a vários dispositivos constitucionais que vedam a discriminação de qualquer natureza, bem como ao princípio da isonomia em si. Admitir tal interpretação do art. 14 da EC nº 20/98, segundo o STF, seria aceitar um “retrocesso histórico, em matéria social-previdenciária, que não se pode presumir desejado”.

EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. LICENÇA-GESTANTE. SALÁRIO. LIMITAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14 DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 3º, IV, 5º, I, 7º, XVIII, E 60, § 4º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. O legislador brasileiro, a partir de 1932 e mais claramente desde 1974, vem tratando o problema da proteção à gestante, cada vez menos como um encargo trabalhista (do empregador) e cada vez mais como de natureza previdenciária. Essa orientação foi mantida mesmo após a Constituição de 05/10/1988, cujo art. 6º determina: a proteção à maternidade deve ser realizada "na forma desta

¹⁰³ STF - ADI: 1946 DF , Relator: SYDNEY SANCHES, Data de Julgamento: 03/04/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 16-05-2003 PP-00090 EMENT VOL-02110-01 PP-00123.

Constituição", ou seja, nos termos previstos em seu art. 7º, XVIII: "licença à gestante, sem prejuízo do empregado e do salário, com a duração de cento e vinte dias".

2. Diante desse quadro histórico, não é de se presumir que o legislador constituinte derivado, na Emenda 20/98, mais precisamente em seu art. 14, haja pretendido a revogação, ainda que implícita, do art. 7º, XVIII, da Constituição Federal originária. Se esse tivesse sido o objetivo da norma constitucional derivada, por certo a E.C. nº 20/98 conteria referência expressa a respeito. E, à falta de norma constitucional derivada, revogadora do art. 7º, XVIII, a pura e simples aplicação do art. 14 da E.C. 20/98, de modo a torná-la insubsistente, implicará um retrocesso histórico, em matéria social-previdenciária, que não se pode presumir desejado.

3. Na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$1.200,00 (hum mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira, facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da C.F./88), proibição, que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal. Estará, ainda, conclamado o empregador a oferecer à mulher trabalhadora, quaisquer que sejam suas aptidões, salário nunca superior a R\$1.200,00, para não ter de responder pela diferença. Não é crível que o constituinte derivado, de 1998, tenha chegado a esse ponto, na chamada Reforma da Previdência Social, desatento a tais consequências. Ao menos não é de se presumir que o tenha feito, sem o dizer expressamente, assumindo a grave responsabilidade.

4. A convicção firmada, por ocasião do deferimento da Medida Cautelar, com adesão de todos os demais Ministros, ficou agora, ao ensejo deste julgamento de mérito, reforçada substancialmente no parecer da Procuradoria Geral da República.

5. Reiteradas as considerações feitas nos votos, então proferidos, e nessa manifestação do Ministério Público federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade é julgada procedente, em parte, para se dar, ao art. 14 da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, interpretação conforme à Constituição, excluindo-se sua aplicação ao salário da licença gestante, a que se refere o art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal.

6. Plenário. Decisão unânime.

Das análises dos julgados sobre o tema, percebe-se que o STF é bem conservador em admitir que alterações na seara previdenciária são retrocesso. De fato, apenas quando a interpretação da regra ameaçou a proteção da mulher, resvalando em ofensa a sua isonomia no mercado de trabalho, foi que o STF, inclusive por decisão unânime, reconheceu o retrocesso.

Observa-se também que a tendência da Corte suprema, em se tratando de reformas previdenciárias, é de não reconhecer retrocesso em medidas restritivas, delimitando exatamente o direito adquirido e o aperfeiçoamento do ato jurídico, em que pese a expectativa de direito restar frustrada. Por outro lado, observa-se que as reformas sempre respeitam uma faixa de transição, com vistas à adaptação da expectativa às novas regras, com exceção do caso da incidência de contribuições previdenciárias sobre as aposentadorias e pensões dos servidores públicos, aplicada de forma abrupta, entretanto sobre uma base de cálculo que preservou o dobro do valor do teto dos benefícios do RGPS, condizente, a nosso ver, com o

princípio da proporcionalidade, tão relevante quando da análise sobre afrontas ao princípio da vedação ao retrocesso.

5. ANÁLISE DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 676/2015: A PROGRESSIVIDADE DO FATOR 85/95 AFRONTA O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO?

“As mentiras sempre foram consideradas instrumentos necessários e legítimos, não somente do ofício do político ou do demagogo, mas também do estadista.”

Hannah Arendt

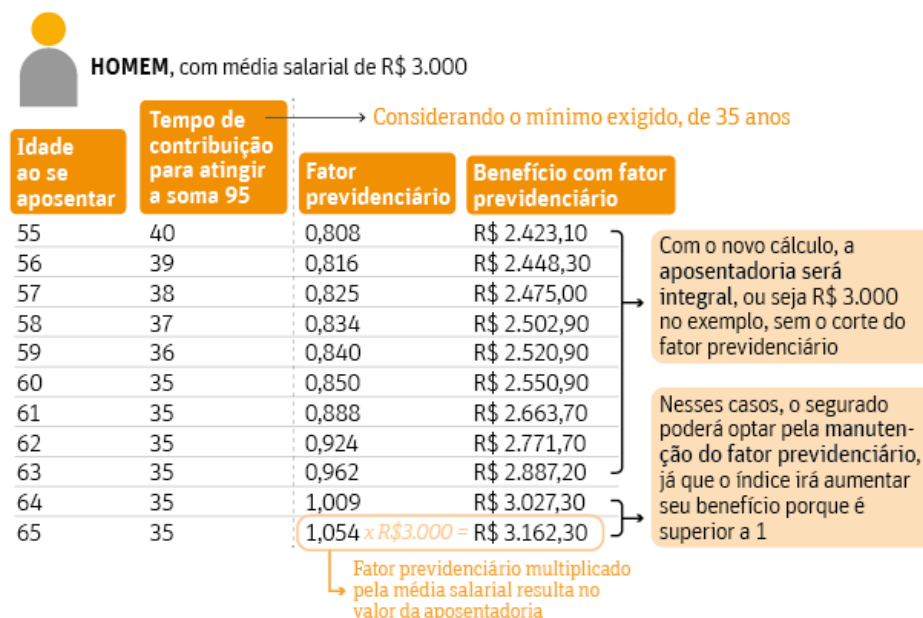
Depois do apertado resultado das eleições presidenciais de outubro de 2014, algumas propostas de ajuste fiscal foram promovidas, inclusive no que tange às contas da Previdência, com vistas a buscar adequações em seu regramento que proporcionem redução de suas despesas, e por consequência, seu déficit. Nesse sentido, apesar de não ser o meio mais recomendado para alterações na política previdenciária, em 30 de dezembro de 2014, foi editada a MP nº 664, com regras mais rígidas para a concessão de pensão por morte e auxílio-doença¹⁰⁴; entretanto, ao ser discutida no Congresso, logo na Câmara dos Deputados foi emendada para inclusão do fator 85/95, como alternativa à aplicação do fator previdenciário, quando da concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição.

Ocorre, que em sentido oposto ao objetivo da referida MP, essa regra implica em aumento das despesas na Previdência, pois pelo fator 85/95 tão logo se atinja essa pontuação, o benefício é concedido pelo valor integral, enquanto que pelo fator previdenciário, a integralidade é alcançada com pontuações superiores, conforme se constata nas figuras 10 e 11¹⁰⁵, nas quais se faz uma simulação dos valores das aposentadorias por tempo de contribuição para homem e mulher, respectivamente, com base na regra do fator previdenciário e permite uma comparação com o fator 85/95.

¹⁰⁴ Para detalhes sobre as alterações nesses benefícios, ver Lei nº13.135/15, na qual foi convertida a MP nº 664/14.

¹⁰⁵ Figuras disponíveis em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/06/1644412-dilma-publica-mp-com-formula-para-aposentadoria-que-muda-a-cada-2-anos.shtml>> Acesso em 15 maio 2015.

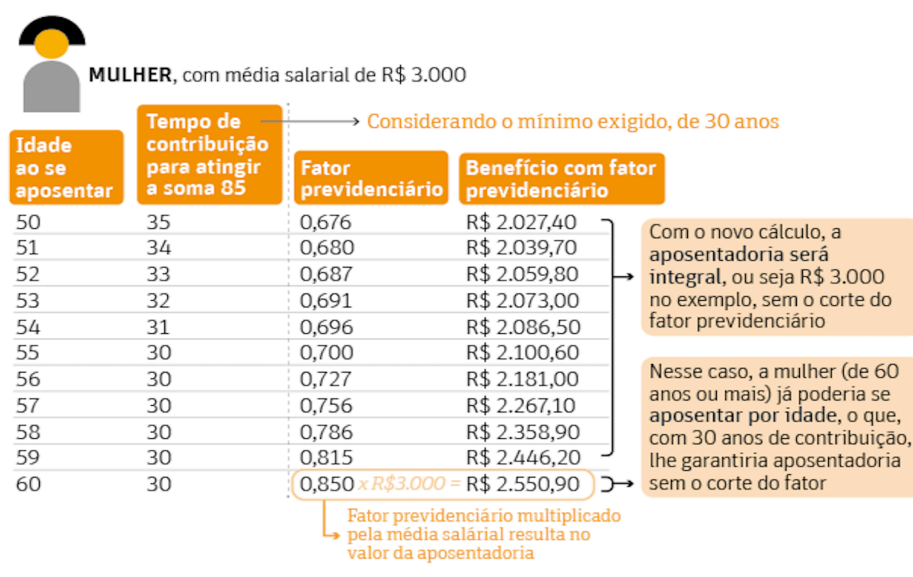
Figura 10: Comparação de valores das aposentadorias com o fator previdenciário e o fator 85/95 para o homem



Fonte: Jornal Folha de São Paulo

Nessa simulação para o homem, observa-se que um segurado com o requisito mínimo de 35 anos de contribuição, só alcançaria a integralidade, pelas regras do fator previdenciário, quando completasse 64 anos, cuja pontuação somaria 99 anos. Pelo fato 85/95, nas mesmas condições, o segurado poderia se aposentar quatro anos antes, com o valor integral do benefício.

Figura 11: Comparação de valores das aposentadorias com o fator previdenciário e o fator 85/95 para a mulher



Fonte: Jornal Folha de São Paulo

Na simulação para a mulher, com as regras do fator previdenciário, nem mesmo com 60 anos de idade, requisito para a aposentadoria por idade, a segurada com o mínimo de 30 anos de contribuição obteria um valor integral para o benefício, se optasse pela aposentadoria por tempo de contribuição, o que pelo fator 85/95 seria possível desde os seus 55 anos. No caso, mais vantajoso para ela seria a aposentadoria por idade que já é concedida pela integralidade. A alternativa mais vantajosa depende do caso concreto conforme as regras de cada aposentadoria, levando em consideração ainda as escolhas pessoais: se é de possuir um benefício com um valor maior ou de se livrar logo da obrigação de trabalhar para auferir renda.

Pesa em favor do fator 85/95 a flexibilidade da regra, pois há variação da idade para a aposentadoria dependendo do tempo de contribuição, se no total a soma der 85 ou 95, para mulheres e homens, respectivamente, além de ser uma regra bem mais simples que o fator previdenciário, que com sua relativa complexidade, colabora para decisões não muito acertadas no momento da aposentadoria, ensejando tentativas de reversão, a chamada desaposentação¹⁰⁶.

Em contraposição, todavia, o fator 85/95 eleva os gastos da previdência, por ser mais vantajoso quanto aos valores das aposentadorias, como já demonstrado, e nesse sentido alguns consultores¹⁰⁷ questionam mesmo a sua constitucionalidade pelo não acompanhamento da respectiva fonte de custeio, afrontando o art. 195, §5º da Constituição, visto que essa regra estende a integralidade para um maior número de beneficiários.

Ainda, ao estipular um valor fixo, o fator 85/95 não considera a transição demográfica, notadamente as mudanças de expectativa de vida da população, exigindo uma mudança de regras, no futuro próximo. Para tentar conseguir uma maior justiça atuarial, minimizando o impacto fiscal de sua implantação, além de diminuir a necessidade contínua de mudança das regras, consultores¹⁰⁸ sugeriam transformar a soma do tempo de contribuição e idade em um valor móvel e progressivo, que fosse majorado, por exemplo, com a mesma taxa de

¹⁰⁶ Para mais detalhes sobre o assunto ver: NERY, P. F. *A Decisão de R\$ 70 Bilhões: sobre constitucionalidade, ausência de omissão legislativa e riscos fiscais da desaposentadoria*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, outubro/2014 (Boletim do Legislativo nº 15, de 2014). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: 20 jun. 2015. Ver também IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Desaposentação: o caminho para uma melhor aposentadoria*. 5ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

¹⁰⁷ MENEGUIN, F. B.; NERY, P. F. *Fator Previdenciário ou Fórmula 85/95? A construção de uma alternativa*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/ Senado, maio/2015 (Boletim Legislativo nº 31, de 2015). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: 18 maio 2015.

¹⁰⁸ MENEGUIN, F. B.; NERY, P. F. *Fator Previdenciário ou Fórmula 85/95? A construção de uma alternativa*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/ Senado, maio/2015 (Boletim Legislativo nº 31, de 2015). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: 18 maio 2015.

crescimento da expectativa de vida ou sobrevida divulgada pelo IBGE, de forma contínua, com uma periodicidade determinada, como de quatro em quatro anos, por exemplo.

Segundo esses especialistas, a fórmula móvel e progressiva do modelo do fator 85/95 poderia inclusive já ser prefixada a fim de evitar certa insegurança e falta de previsibilidade quanto às variações das taxas de crescimento da expectativa de vida ou sobrevida. Nesse sentido, no presente já se saberia qual a vigência do fator 85/95 e seus acréscimos, tornando mais fácil a compreensão da regra.

Foi exatamente essa última alternativa a adotada, como alternativa ao fator previdenciário, por meio da MP nº 676/2015, publicada um dia depois do veto à regra fixa do fator 85/95 incluído por emenda à MP nº 664/2014, que foi convertida na Lei nº 13.135/15. Assim, por essas regras, existe uma progressividade do fator 85/95 preestabelecida e desde já conhecida de todos.

Pela MP nº 676/2015, na redação original, a regra 85/95 seria válida até dezembro de 2016; de 2017 até dezembro de 2018 a regra passa a ser de 86/96; e a partir de 2019 há o acréscimo de um ponto para cada ano até 2022, quando a partir de então a regra será fixada em 90/100, conforme melhor apresentado na tabela abaixo:

PROGRESSIVIDADE DO FATOR 85/95 CONFORME MP nº 676/15 – versão Planalto								
ANO	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
FATOR	85/95	85/95	86/96	86/96	87/97	88/98	89/99	90/100

Fonte: Elaboração própria.

Se contemplada isoladamente¹⁰⁹, a regra da progressividade do fator 85/95 indubitavelmente é uma restrição do acesso à aposentadoria por tempo de contribuição, pois a regra do fator previdenciário apenas considera o tempo de contribuição para a concessão do benefício, relevando a idade ao se aposentar, que pesa apenas se a escolha do segurado for por obter um benefício com maior valor.

Partindo para a análise sobre se há afronta ao princípio da vedação ao retrocesso, verifica-se que o núcleo essencial desse aspecto do direito à previdência, revelado pelo benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, foi preservado. E se preservado o núcleo essencial de um direito, preservada está a dignidade humana naquilo que lhe tangencia. De fato, não houve óbice do acesso ao mesmo, apenas restrições a serem efetivadas

¹⁰⁹ Na prática, a regra do fator previdenciário continuará existindo, sendo a regra do fator 85/95 e sua progressão apenas alternativas para os segurados que optarem por possuírem uma aposentadoria com valor integral em vez de se aposentarem com menor idade.

gradualmente a fim de não haver um impacto tão grande nas perspectivas dos segurados com requisitos próximos à aquisição do benefício.

Também não houve redução da proteção social promovida por este benefício previdenciário, apenas uma postergação do tempo de adimplemento dos requisitos necessários. Nesse sentido, não há o que se falar em proteção insuficiente promovida pelas novas regras.

A medida também é coerente com a segurança jurídica pois seus efeitos são prospectivos, não afetando o direito adquirido ou o ato jurídico perfeito, se mais benéfico, muito menos a coisa julgada. Apesar de as últimas reformas previdenciárias promovidas pelas EC nº 20/98, EC nº 41/03 e EC nº 47/05 ainda serem relativamente recentes, bem como a alteração normativa trazida pelo estabelecimento do fator previdenciário, de 1999, sempre de índole restritivas; estar exposto a mais uma medida restritiva não pode ser argumento de falta de segurança jurídica, pois esta não estende sua proteção à expectativa de direito, que restou frustrada.

Quanto à reserva do possível, parece ser ela a motivadora das citadas restrições, entretanto não necessariamente é incoerente com a vedação ao retrocesso. Se respeitado o núcleo essencial, adequações podem ser feitas com vistas a uma aplicabilidade não apenas mais efetiva, mas também eficiente desse direito, cotejando sempre o interesse da coletividade e as expectativas individuais.

Se analisada quanto ao princípio da proporcionalidade, observa-se que a medida é adequada e necessária. É adequada pois se presta a atingir o objetivo da observância do equilíbrio financeiro e atuarial, conforme colimado no caput do art. 201 da Constituição Federal; é necessária, pois menos gravosa que o estabelecimento de uma idade mínima, por exemplo, em que há uma fixação de uma idade para a aposentadoria.

Talvez haja um conflito apenas quanto à proporcionalidade em sentido estrito. Canotilho cita, como exemplo de inconstitucionalidade resultante da violação do princípio da proibição do retrocesso social, uma lei que alargue desproporcionalmente o tempo de serviço necessário para a aquisição do direito à aposentadoria¹¹⁰. Entendemos não ser esse o caso das novas regras, pois o aumento de 5 pontos no fator é razoável, entretanto mais coerente com a proporcionalidade seria se a alteração se desse de forma um pouco mais alongada e não apenas em oito anos como proposta.

¹¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit. p. 231.

Em se tratando de previdência, mormente do benefício de aposentadoria, quanto mais leve a transição, menor é o risco de descontentamento da população diante da potencial frustração em suas expectativas. Um prazo de 3 anos em cada pontuação, partindo de 85/95 até 90/100, demandaria 18 anos de transição, tempo recomendável¹¹¹ em ajustes de regimes previdenciários para os que já se incluem no sistema, preservando ao máximo o planejamento para a inatividade.

Na tramitação da MP pelo Congresso, a Câmara, acertadamente, logo tratou de aumentar o intervalo da progressividade, no que foi seguida pelo Senado, sem alterações; de forma que a regra 85/95 permanece até 2018, e a partir daí se eleva um ponto a cada dois anos até chegar em 90/100 em 2027, em 13 anos de transição, em vez de 8 anos como proposto originalmente. A tabela abaixo melhor apresenta as alterações:

PROGRESSIVIDADE DO FATOR 85/95 CONFORME MP nº 676/15 – versão Congresso						
ANO	2015 - 2018	2019 - 2020	2021 - 2022	2023 - 2024	2025 - 2026	2027
FATOR	85/95	86/96	87/97	88/98	89/99	90/100

Fonte: Elaboração própria.

Assim, ante o exposto, conclui-se que as novas regras para a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição, aspecto relevante do direito à previdência, com as adequações promovidas no Congresso¹¹², não são contraditórias ao princípio da vedação ao retrocesso. A receptividade negativa da medida se dá, obviamente, por ser restritiva se contemplada do âmbito individual, mas se vislumbrada pela ótica da coletividade, inclusive de forma intergeracional, a regra da progressividade do fator 85/95 na verdade é um avanço no campo da Previdência Social e em sua contínua busca pelo equilíbrio financeiro e atuarial.

¹¹¹ Com efeito, a Lei 8.213/91, ao instituir o aumento da carência do benefício de aposentadoria por idade, de cinco para quinze anos (ou de 60 meses para 180 meses), propôs sua implementação com uma transição de 20 anos, de 1991 a 2011.

¹¹² A presidente sancionou o projeto de lei de conversão da MP nº 676, aprovando a progressividade proposta nos termos do Congresso. A referida MP foi convertida na lei nº 13.183/15.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

“O desafio número um do futuro é a justiça social. Não é a evolução técnica, da ciência. Tudo isso tem que ser ordenado em função da justiça, para todo mundo ser feliz neste planeta. Cada um do seu jeito, claro, mas dá pra todo mundo ser feliz, há bens materiais suficientes, há bens simbólicos fantásticos. A questão é a partilha, a justiça. Isso é que falta, saber adequar justiça e liberdade.”

Frei Betto

Sempre que se discutem previdência social e a necessidade de reformas em seu regramento, mesmo que se trate apenas de alterações paramétricas, é perceptível a dificuldade em fazê-lo, por ser assunto que toca as expectativas de todos os cidadãos em momentos de maior fragilidade, nos quais os mesmos ficam em grande parte vulneráveis aos direcionamentos dados em cada governo no campo da Previdência Social.

Os governos, por sua vez, tendem a adiar debates sobre ajustes nos regimes previdenciários, pois, inexoravelmente, esses ajustes implicam em medidas restritivas objetivando a redução dos custos com a Previdência. Portanto, não é tema que colabore para a popularidade de nenhum governante, ao contrário, exige esforço para o convencimento da população de que tais ajustes são necessários para a garantia da sustentabilidade do sistema para as futuras gerações e que em nome da Solidariedade devem ser por todos suportados.

Por outro lado, difícil é falar em aumento de custos solidarizados num país em que a carga tributária é opressiva, da ordem de 35% do PIB¹¹³, e no qual são constantes os escândalos de corrupção em todos os níveis federativos, que aos milhões ou bilhões vão consumindo recursos que poderiam ser utilizados na promoção do bem-estar dos brasileiros, ou ao menos na garantia do mínimo necessário a uma vida digna, visto que nem isso vem sendo respeitado.

Em que pese a contextualização nada favorável, percebe-se que mesmo se analisada isoladamente, a Previdência brasileira realmente precisa de adequações em algumas de suas regras, seguindo a tendência internacional, diante dos desafios que lhe são impostos, como a mudança na pirâmide etária da população, com afetação direta em seu financiamento no médio e longo prazos, e por consequência, no equilíbrio financeiro e atuarial.

Entretanto, as medidas devem ser adotadas com vistas à resolução do problema, não apenas como paliativo para a cobertura das despesas dos governos correntes e nesse sentido, o

¹¹³ Informação disponível em: <<http://www.fiepr.org.br/sombradoimposto/o-que-e-carga-tributaria-1-14466-115714.shtml>>. Acesso em 20 set. 2015.

debate nas casas legislativas deve ser feito de forma comprometida, pelo tempo que se fizer necessário para uma atuação conciliatória e respeitosa com todos os destinatários da norma, que via de regra, são todos os trabalhadores brasileiros. Por isso, a medida provisória parece não ser o meio mais recomendado para alterações desse tipo, pois impõe desde logo seus efeitos sem o mínimo consenso, promove ainda mais insatisfação e desconfiança junto aos cidadãos, além de criar regras provisórias que só colaboram para uma maior incompreensão da já confusa legislação previdenciária.

Apesar disso, foi por meio de medida provisória que recentemente se promoveram alterações de índoles restritivas em benefícios previdenciários como a pensão por morte e o auxílio-doença, na MP nº 664/2014, e a aposentadoria por tempo de contribuição, que teve suas regras de concessão e forma de cálculo alteradas pela MP nº 676/2015, com a progressividade do fator 85/95.

São cogentes alterações na norma previdenciária que visem à sustentabilidade do sistema no longo prazo, entretanto tais alterações, que consistem em verdadeira limitação ao direito de previdência social, devem ser avaliadas quanto à implicação de retrocesso na disponibilização desse direito fundamental, constitucionalmente garantido.

Com efeito, os direitos fundamentais estão protegidos pelo princípio da vedação ao retrocesso, que apesar de não previsto expressamente na Constituição, a mesma o reconhece quando estabelece como cláusula pétrea os direitos e garantias individuais, cuja proteção se estende aos demais direitos fundamentais, inclusive aos direitos sociais, nos quais está o direito de previdência social, considerando não haver hierarquização entre estes, previstos no art. 6º, e os direitos individuais, previstos no art. 5º da Constituição.

Se tomarmos a ideia da proibição de retrocesso em um sentido amplo, significando toda e qualquer proteção de direitos fundamentais em face da ação do poder público, que tenham por objetivo a supressão ou mesmo restrição de direitos fundamentais, principalmente os direitos de prestação, que dependem da atuação econômica do Estado; talvez a legitimação desse princípio restaria prejudicada, pois medidas restritivas às vezes se fazem necessárias dada a escassez dos recursos e as limitações da reserva do possível.

Entretanto, tal argumentação não pode servir de subterfúgio para restrições desproporcionais desses direitos, além do núcleo essencial, o que indubitavelmente acarretaria retrocesso no processo histórico de seu reconhecimento e proteção. Assim, o princípio da vedação ao retrocesso atua como limite dos limites dos direitos fundamentais, sendo indicador de ameaças de inconstitucionalidades.

Pode-se afirmar, portanto, que o alcance de proteção da vedação ao retrocesso são as fronteiras delimitadas pelo núcleo essencial de um direito, que em se tratando de previdência social, consiste na proibição da formulação de normas ou na atuação da Administração que busquem diminuir a rede protetiva com a exclusão dos benefícios constitucionalmente garantidos no art. 201, ou que dificultem sobremaneira o acesso a eles, resultando mesmo em sua inefetividade; ou ainda que vão de encontro às regras que colaboram para a sustentabilidade do sistema, como a observância do equilíbrio financeiro e atuarial.

Nesse sentido, o STF reconheceu a inconstitucionalidade de tentativa de redução nos rendimentos de segurada em gozo de salário-maternidade, quando a mesma recebia a título de salário, um valor acima do teto previdenciário estabelecido na EC nº 20/98. Entendeu ser um retrocesso em matéria previdenciária essa limitação, pois obstaculizaria o acesso das mulheres ao mercado de trabalho, visto que a diferença dos valores ficaria ao encargo do empregador.

De outra sorte, a Suprema Corte parece ser bem conservadora no reconhecimento de retrocesso quando as alterações são promovidas mediante reformas previdenciárias com efeitos prospectivos, mesmo se restritivas, não estendendo proteção à expectativa de direito simplesmente. Observa-se, entretanto, que tal entendimento se dá porque as reformas observaram certa graduação nas mudanças, sempre com regras de transição, visando à adaptabilidade com as novas regras. O princípio da proporcionalidade, com seus juízos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, parece ser um bom balizador para identificar quais restrições agredem o princípio da vedação ao retrocesso.

Quanto às novas regras de concessão da aposentadoria por tempo de contribuição promovidas pela MP nº 676/2015, passando pelo crivo da irreversibilidade do direito à previdência social, não houve afronta à vedação ao retrocesso, mormente após a extensão do período para a aplicação da progressividade do fator 85/95, promovida pelo Congresso Nacional, para mais coerente ficar com a proporcionalidade em sentido estrito.

REFERÊNCIAS

- ALEXY Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVAR, Maria Vitoria Queija. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e o princípio do não retrocesso social no Brasil*. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9212> Acesso em 15 ago. 2015.
- Anuário estatístico da previdência social – 2013*. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2015/03/AEPS-2013-v.-26.02.pdf>> Acesso em 17 jun. 2015.
- AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 4º ed. São Paulo: Globo, 2008.
- BALERA, Wagner. *Curso de Direito Previdenciário*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 1998.
- BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites de Possibilidades da Constituição Brasileira*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- Boletim Estatístico da Previdência Social – 2013*. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/dados-abertos/dados-abertos-previdencia-social/>>. Acesso em 25 maio 2015.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10 maio 2015.
- _____. Legislação. *Lei nº 8.212 de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências*. Brasília, 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm>. Acesso em 10 jun. 2015.
- _____. Legislação. *Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências*. Brasília, 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em 10 jun. 2015.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *Proibição do retrocesso social está na pauta do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-abr-11/observatorio-constitucional-proibicao-retrocesso-social-pauta-stf>> Acesso em 20 ago. 2015.

- CONTO, Mario de. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social – Uma Análise a partir dos pressupostos de hermenêutica constitucional*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008.
- COSTA NETO, João. *Dignidade Humana: visão do Tribunal Constitucional Alemão, do STF e do Tribunal Europeu*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- DE MASI, Domenico; BETTO, Frei. *Diálogos Criativos – Domenico De Masi & Frei Betto; mediação e comentários: José Ernesto Bologna*. Rio de Janeiro: Sextante, 2008.
- DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FORTES, Simone Barbisan. *Previdência Social no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: LTr, 2005.
- GIAMBIAGI, Fábio; TAFNER, Paulo. *Demografia: A ameaça invisível – O dilema previdenciário que o Brasil se recusa a encarar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- IBRAHIM, Fábio Zambitte. *A previdência social no estado contemporâneo: fundamentos, financiamento e regulação*. Niterói, RJ: Impetus, 2011.
- _____. *Curso de Direito Previdenciário*. 19º ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014.
- Informe da Previdência Social: fevereiro/2015. *A mulher e a Previdência Social*. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2015/03/Informe_fevereiro_2015_web.pdf> Acesso em: 18 jun. 2015.
- Informe da Previdência Social: junho/2013. *Evolução das idades médias de concessão e dos tempos médios de contribuição das aposentadorias por tempo de contribuição concedida entre 1996 e 2012*. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/1_130710-081201-638.pdf> Acesso em 30 jun. 2015.
- Informe de Previdência Social: janeiro/2015. *Considerações sobre a Política de reajuste de benefícios da Previdência social*. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2015/03/Informe_janeiro_2015.pdf> Acesso em 30 jun. 2015.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Direito adquirido na previdência social*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2010.
- _____. *Princípios de Direito Previdenciário*. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2015.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MENEGUIN, F. B.; NERY, P. F. *Fator Previdenciário ou Fórmula 85/95? A construção de*

uma alternativa. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/ Senado, maio/2015 (Boletim Legislativo nº 31, de 2015). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: 18/05/2015.

_____. *Análise da MP nº 664, de 2014: Alterações na Pensão por Morte e no Auxílio-Doença*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Janeiro/2015 (Boletim do Legislativo nº 21, de 2015). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 28/06/2015.

NERY, P. F. *A Decisão de R\$ 70 Bilhões: sobre constitucionalidade, ausência de omissão legislativa e riscos fiscais da desaposentadoria*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, outubro/2014 (Boletim do Legislativo nº 15, de 2014). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: 20/06/2015.

_____. *A MP 672/2015 e a Política de Valorização do Salário Mínimo: haverá valorização?* Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/ Senado, maio/2015 (Boletim Legislativo nº 30, de 2015). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 24/06/2015.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006.

_____. *Direitos sociais*. Coimbra: Coimbra, 2010.

QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*. Coimbra: Coimbra, 2006.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, nº 24, jul. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html> Acesso em: 20/08/2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A assim designada proibição de retrocesso social e a construção de um direito constitucional comum latinoamericano*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC. Belo Horizonte, ano 3, nº 11, jul./set. 2009.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, 2004.

_____. *Notas sobre A assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano*. Rev. TST, Brasília, vol. 75, nº 3, jul./set. 2009.

_____. *Os Direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador- CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v.1 n° 1, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

STF - ADI: 1946 DF , Relator: SYDNEY SANCHES, Data de Julgamento: 03/04/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 16-05-2003 PP-00090 EMENT VOL-02110-01 PP-00123.

STF - ADI: 3104 DF , Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 26/09/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-139 DIVULG 08-11-2007 PUBLIC 09-11-2007 DJ 09-11-2007 PP-00029 EMENT VOL-02297-01 PP-00139 RTJ VOL-00203-03 PP-00952.

STF - ADI: 3128 DF , Relator: ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 18/08/2004, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 18-02-2005 PP-00004 EMENT VOL-02180-03 PP-00450 RDDT n. 135, 2006, p. 216-218.

TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ZUBA, Thais Maria Riedel de Resende. *O direito previdenciário e o princípio da vedação do retrocesso*. São Paulo: LTr, 2013.