

EDUARDO RIVERA PALMEIRA FILHO

**O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL – APLICABILIDADE E
LIMITES NA REFORMA DA APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO
DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade Luterana do Brasil como requisito para qualificação à banca de obtenção do título de Mestre em Direito, área de concentração: Direitos Fundamentais.

Orientador: Dr. Leonel Pires Ohlweiler

CANOAS

2008

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

EDUARDO RIVERA PALMEIRA FILHO

**O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL – APLICABILIDADE E
LIMITES NA REFORMA DA APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO
DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade Luterana do Brasil como requisito para qualificação à banca de obtenção do título de Mestre em Direito, área de concentração: Direitos Fundamentais.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Leonel Pires Ohlweiler
(ULBRA, Presidente e Orientador)

Prof^a. Dra. Têmis Limberger
(UNISINOS, Membro Externo)

Prof^a. Dra. Andrea Nárriman Cezne
(ULBRA)

Prof. Dr. Jayme Weingartner Neto
(ULBRA)

AGRADECIMENTOS

Dedico este trabalho às muitas pessoas que dele fizeram parte, direta ou indiretamente.

Aos colegas de curso, pela ajuda mútua.

Ao Dr. Leonel Pires Ohlweiler, pelas preciosas orientações, sem as quais este trabalho não seria o mesmo.

Às bibliotecárias Ivete e Noraci, pela exaustiva coleta da bibliografia.

Aos colegas, Carla Evelise Justino Hendges e Eugélio Luis Muller, pelas inestimáveis sugestões.

E, principalmente, à minha família, Anna Karina, Bruno e Agnes, pela paciência e tolerância em função das horas de convívio furtadas.

“Qual é a causa real de nosso atraso e pobreza? Quem implantou esse sistema perverso e pervertido de gastar gente para produzir lucros e riquezas de uns poucos e pobreza de quase todos?”

Darcy Ribeiro

RESUMO

A presente dissertação analisa o princípio da proibição de retrocesso social aplicado especificamente ao benefício da aposentadoria por tempo de contribuição previsto no Regime Geral de Previdência Social. Como objetivo principal, busca determinar os limites das alterações na legislação pertinente ao indigitado benefício. A análise do tema se justifica, uma vez que o sistema previdenciário brasileiro, apesar de já ter passado por várias e significativas modificações legislativas, ainda deverá ser alterado. A pesquisa perpetra uma análise doutrinária do princípio da proibição de retrocesso social, fixando as várias posições, pontos de convergências e discordâncias. Passa à conceituação própria do instituto, baseada no denominado “direito adquirido social” e na “ponderação de soluções”. Ressalta a existência de tratados internacionais, ratificados pelo Brasil, em que há menção expressa ao princípio da proibição de retrocesso social. Desenvolve análise da jurisprudência pátria. Como objetivo secundário, desvela a questão da crise econômica da Previdência Social brasileira, que tem sido o motivo das reformas legislativas. Trata de casos específicos em que o princípio da proibição de retrocesso social não teria sido respeitado quando de alterações nos requisitos de elegibilidade do benefício da aposentadoria por tempo de contribuição. Finaliza com uma análise das perspectivas do benefício da aposentadoria por tempo de contribuição, sugerindo alterações nos requisitos para deferimento e cálculo da renda mensal inicial.

Palavras-chave: Constituição. Previdência Social. Direitos Fundamentais. Princípios. Proibição do Retrocesso Social. Ponderação de Soluções. Direito Adquirido Social. Tratados Internacionais.

ABSTRACT

The present dissertation analyses the principle of prohibition of social retrocession applied specifically to benefit of retirement by contribution time as it is foreseen in the General Social Security System. As a main goal, intends to determine the limits of the law modifications concerned to designate benefit. The analysis of the topic is justified, since the Brazilian Social Security, despite having already passed through several significant law changes, should also be amended. The research does a doctrinaire analysis of the principle of prohibition of social retrocession, setting the various positions, points of agreement and disagreement. It passes to the proper conception of the institute, based on the so-called "acquired social rights" and "balance of solutions". Emphasized the existence of international treaties, ratified by Brazil, where there is explicit reference to the principle of prohibition of social retrocession. Runs analysis of the brazilian jurisprudence. As a secondary goal, studies the question of the economic crisis of the Brazilian Social Security, which has been the reason to the legislative reformations. After that, the research attends to specific cases in which the refered principle would have not been respected. And, finally, it shows an analysis of the perspectives of the benefit of retirement by contribution time, suggesting changes in requirements for approval and initial calculation of monthly income.

Key-words: Constitution. Social Security. Fundamental Rights. Principles. Prohibition of Social Retrocession. Weighting of Solutions. Acquired Social Rights. International Treaties.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL.....	14
1.1 A CRISE DO ESTADO SOCIAL E DA PREVIDÊNCIA SOCIAL	14
1.2 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL – VISÃO DOUTRINÁRIA.....	27
1.3 CONCEITUANDO O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL ..	50
1.3.1 Fundamentos Constitucionais – Direito Adquirido Social.....	50
1.3.2 Tratados Internacionais – A adesão do BRASIL ao Princípio da Proibição de Retrocesso Social.....	54
1.3.3 Materialidade e Aplicabilidade (Alcance) do Princípio da Proibição do Retrocesso Social	59
1.4 O JUDICIÁRIO E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL NO DIREITO BRASILEIRO	66
2 DA SEGURIDADE SOCIAL, DA PREVIDÊNCIA SOCIAL E DO BENEFÍCIO DA APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO	73
2.1 DESENVOLVIMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL E DA PREVIDÊNCIA SOCIAL	73
2.2 A PREVIDÊNCIA SOCIAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL E O REFLEXO NO BENEFÍCIO DA APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO	97
2.3 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO BENEFÍCIO DA APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO	104
2.3.1 Considerações iniciais.....	104
2.3.2 Princípios da Seguridade Social	108
2.3.3 Princípios da Previdência Social.....	117
2.4 DA APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO	125
2.4.1 Breve histórico.....	125
2.4.2 Requisitos para deferimento	130
2.4.3 A questão da definição do Risco Social Coberto	132
3 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO LIMITADOR DA REFORMA DA APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO	139
3.1 A REFORMA DA APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO.....	139

3.2 MODIFICAÇÕES RECENTES NA APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL	149
3.2.1 A EC 20/98 e a Supressão da Aposentadoria por Tempo de Serviço Proporcional	149
3.2.2 A EC 20/98 e a Desconstitucionalização da Forma de Cálculo das Aposentadorias	154
3.2.3 O reajustamento anual dos benefícios previdenciários.....	157
3.2.4 Salário-de-benefício e o Fator Previdenciário.....	159
3.2.5 A limitação de 60% do Período Básico de Cálculo no Cálculo da Aposentadoria por Tempo de Contribuição	162
3.3 PERSPECTIVAS PARA O BENEFÍCIO DA APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO.....	165
CONCLUSÃO	170
REFERÊNCIAS.....	176

INTRODUÇÃO

O Brasil é um país em reformas. Nossas instituições, de pouca tradição, espelham esta realidade: não há ramo, ou até mesmo instituto jurídico, que não tenha passado ou que ainda passará por revisões. E a questão da Seguridade Social é dos assuntos que mais despertam interesse, seja porque está sempre presente nas pautas das casas legislativas, seja porque envolve direta ou indiretamente a maioria da população brasileira.

A idéia de Seguridade Social decorre da própria opção pelo Estado de Bem-Estar Social, em que já não basta uma postura omissiva do Estado, limitada a respeitar as liberdades individuais. Ao revés, pressupõe uma atuação positiva do poder público, que deve prestar serviços à sociedade, no intuito de preservar e promover os direitos à saúde, à previdência e à assistência social, o tripé da Seguridade Social.

Este Sistema de Seguridade Social está assentado no “primado do trabalho” como força motriz da Ordem Social (art. 193, Constituição Federal), cuja finalidade deve ser o bem-estar e a justiça sociais, a fim de garantir a todos os membros do grupo social, quando submetidos a situações geradoras de necessidades sociais, um conteúdo prestacional básico.

Muito se tem escrito sobre a crise da Previdência Social no Brasil. Trata-se, na verdade, do exaurimento de um modelo. O sistema previdenciário brasileiro é quase totalmente baseado no modelo de repartição. É o denominado princípio da solidariedade entre as gerações, de forma que as aposentadorias e pensões dos atuais beneficiários são pagas pela geração que está ativa. O trabalhador tem parcela de seu salário descontada e repassada para a Previdência Social, sendo que seu futuro benefício está apenas parcialmente baseado nestas contribuições. Dessa forma, o sistema de repartição somente funciona se houver uma base de trabalhadores em número bem maior que o de aposentados.

Ocorre que no mundo, e em especial no Brasil, nas últimas décadas, tem-se assistido a uma alteração na pirâmide etária. Isso ocorre tanto em razão do aumento

de expectativa de vida da população, conseqüência de avanços civilizatórios (descobertas médicas, melhores padrões sanitários, melhor acesso a alimentação, entre outros), quanto, paralelamente, e pelos mesmos motivos, da diminuição da taxa de natalidade.

Também a mudança da estrutura do mercado de trabalho influencia o sistema de seguridade social. Na medida em que as empresas não absorvem a mão-de-obra e que as relações de trabalho vêm sofrendo variados graus de flexibilização, os órgãos responsáveis pelo deferimento dos benefícios são submetidos a uma maior pressão por parte dos segurados, que vêm nas prestações da Previdência Social uma alternativa para o desemprego.

Outro fator dos mais importantes a ser considerado é o crescente déficit nas contas da Previdência Social brasileira. É consabido, apesar do princípio constitucional da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial, previsto no *caput* do art. 201 da Constituição Federal, que, na Previdência Social brasileira, tanto o Regime Geral de Previdência Social, gerido pelo Instituto Nacional do Seguro Social, como os regimes próprios, regidos pelos vários entes públicos, estão longe de manter suas contas equilibradas.

Nesse contexto, apresenta-se o presente trabalho, que trata do denominado “princípio da proibição de retrocesso social”, norma que visa à preservação de conquistas sociais. Procura-se responder às perguntas: até que ponto é legítimo, de acordo com as circunstâncias apontadas, evoluir na reforma da legislação previdenciária, especialmente levando-se em conta que essas alterações normalmente apontam no sentido de diminuir ou até extinguir direitos? Até que ponto se poderá alterar regras de aposentadorias sem desconfigurar o sistema previdenciário da forma como atualmente é conhecido?

Mais especificamente, as atenções neste trabalho se voltam para o benefício da aposentadoria por tempo de contribuição, uma vez que é considerado a prestação previdenciária mais importante e que mais tem sofrido mudanças em sua configuração, desde sua versão original.

A resposta não é simples, uma vez que envolve diversas variáveis – muitas delas com pouca possibilidade de controle direto pelo governo –, como as mudanças demográficas e as mudanças no próprio mercado de trabalho. Porém, algumas premissas para as reformas da Previdência Social brasileira podem ser estabelecidas. E, por certo, o denominado “princípio da proibição de retrocesso social” poderá contribuir para lançar luzes sobre essa questão.

O presente trabalho apresenta-se em três capítulos. No primeiro, realiza-se uma abordagem relativa à crise do Estado de Bem-estar social em geral, e à crise da Previdência Social em particular, uma vez que são o mote para as reformas da legislação previdenciária. Em seguida, perpetra-se uma análise do princípio da proibição de retrocesso social, começando-se pelo estudo da doutrina acerca desse princípio. Nesse sentido, analisa-se o pensamento alemão e o português, vez que foram esses os que mais influenciaram o princípio no Brasil. Passa-se, então, para o estudo da doutrina brasileira, apontando-se a opinião dos principais juristas e indicando-se pontos em comum e pontos de divergência.

Na seqüência, perpetra-se uma tentativa de conceituação própria para o indigitado princípio, com base no que aqui se denomina “direito adquirido social”. Saliencia-se, também, a adesão do Brasil a vários tratados internacionais, nos quais há expressa menção ao princípio da proibição de retrocesso social.

São tecidas também considerações acerca da distinção entre princípios e regras, e desenvolvido o que se denomina de “ponderação de soluções”, na qual o princípio da proibição de retrocesso social atuaria como princípio conservador, impedindo mudanças na legislação que defere direitos sociais.

Finalizando-se o capítulo, passa-se a uma criteriosa análise das decisões judiciais baseadas no princípio em tela, focalizando-se a análise na jurisprudência dos principais tribunais brasileiros.

O segundo capítulo trata dos conceitos básicos indispensáveis para se aplicar o princípio da proibição de retrocesso social no âmbito previdenciário. Inicia-se, sem

a pretensão de esgotamento do assunto, pela análise do desenvolvimento histórico da Seguridade Social em geral, e da Previdência Social, em particular. Evidencia-se aí o fato de que os avanços sociais nesta seara foram conquistas obtidas ao longo de várias gerações.

Em seguida, passa-se à análise dos princípios de Seguridade Social e da Previdência Social que mais dizem respeito ao benefício da aposentadoria por tempo de contribuição. Após apresentação de breve histórico do seu desenvolvimento legislativo no país, são apontados os atuais requisitos que o segurado do Regime Geral de Previdência Social terá de cumprir para a obtenção da inativação.

Por derradeiro, realiza-se uma análise da questão do risco social coberto pelo benefício. Trata-se de assunto de suma importância para este trabalho, uma vez que determina se esse benefício é ou não imprescindível para o sistema previdenciário brasileiro.

Já o terceiro capítulo, parte final do presente trabalho, aborda o princípio da proibição de retrocesso social aplicado ao benefício de aposentadoria por tempo de contribuição. Após evidenciarem-se as reformas a que tem sido submetido o benefício, determinando-se que a motivação para tanto é de ordem financeira, passa-se à descrição de situações ocorridas, em sede previdenciária, nas quais o princípio da proibição de retrocesso social não teria sido respeitado.

Finalizando-se o capítulo, desenvolve-se tema relacionado às perspectivas do indigitado benefício, momento em que se sugerem mudanças nas suas regras de elegibilidade, com a inclusão do que se denominou “segurado remido”.

Conclui-se com uma reflexão acerca da importância do princípio da proibição de retrocesso social para os direitos fundamentais e, em especial, para os benefícios prestacionais previdenciários.

Para a elaboração desta dissertação perpetrou-se pesquisa doutrinária, por meio de consulta a livros de autores consagrados e também consulta em revistas especializadas e artigos disponíveis na *web*.

Utilizou-se uma metodologia essencialmente dedutiva, partindo-se de preceitos gerais, para se chegar a uma conclusão específica, qual seja, a necessidade de aplicação do princípio da proibição do retrocesso social ao direito previdenciário, em geral, e ao benefício da aposentadoria por tempo de contribuição, em particular, de forma a manter as conquistas sociais já alcançadas.

Esse método visa a explicar o conteúdo dos direitos fundamentais em colisão: direito à aposentadoria e demais benefícios, à luz do princípio da proibição de retrocesso social, *versus* princípios constitucionais relacionados à higidez financeira da Previdência Social. Analisados os direitos em conflito, busca-se verificar a constitucionalidade de se realizar modificações legislativas que, no mais das vezes, vêm para restringir, diminuir ou dificultar a obtenção dos benefícios previdenciários. Para tanto, há de se valer da experiência histórica vivenciada em nosso país e do procedimento interpretativo.

Com a elaboração desta dissertação espera-se contribuir para a reflexão acerca da garantia e da concretização efetiva das conquistas já alcançadas pela sociedade em termos de direitos sociais previdenciários, e, em especial, propiciar uma discussão, a partir do princípio da proibição de retrocesso social, relativa ao benefício da aposentadoria por tempo de contribuição no Regime Geral de Previdência Social.

1 O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL

1.1 A CRISE DO ESTADO SOCIAL E DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

No presente capítulo, são analisadas as múltiplas variáveis que levaram à crise estrutural do estado de bem-estar social e, em especial, à crise da própria Previdência Social, uma vez que essa é uma das conquistas obtidas através da implantação daquele modelo de estado.

O Estado Liberal de Direito era um “Estado Legislativo”, que se auto-afirmava através do princípio da legalidade e contra o qual não seria oponível nenhum direito mais forte, quaisquer que fossem sua forma ou fundamento¹. Essa concepção liberal da sociedade, constituída somente por indivíduos absolutamente livres, passou a submeter grande parte das populações a condições miseráveis de vida.

Diante dessa realidade, o Estado passou a chamar para si a solução dos problemas sociais emergentes através de intervenção social, econômica e cultural. Dessa forma o Estado de Bem-Estar², ou *Welfare State*, pode ser conceituado como um sistema político-econômico que, mantendo um âmbito privado capitalista, encarrega o Estado de tarefas relativas à obtenção de condições sociais mínimas.

Morais sintetiza as transformações pelas quais passou o Estado Social:

O papel do Estado passa, então, a regulador e promotor do bem-estar social. É a idéia do *welfare state* que se comporá efetivamente no pós-45, onde o aspecto promocional passa a integrar definitivamente o vocabulário jurídico-político do século XX³.

¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Tradução de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Trotta, 1999, p. 21-45.

² Também conhecido como “Estado Social”, “Estado Social-Democrata” ou “Estado-providência”.

³ MORAIS, José Luiz Bolzan. *A idéia de direito social – o pluralismo jurídico de George Gurvitch*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 33.

O Estado de Bem-Estar é o produto da reforma do modelo clássico de Estado Liberal. Neste, a liberdade e o desenvolvimento das atividades privadas eram garantidos por meio da limitação das funções do Estado. Àquele, ao revés, caracteriza-se pela união da tradicional garantia das liberdades individuais com o reconhecimento como direitos coletivos, de certos serviços sociais que o Estado mantém aos cidadãos, de modo a proporcionar iguais oportunidades a todos.

Apesar das transformações sofridas, o Estado Social, na visão de Bonavides, conservou sua adesão ao capitalismo:

O Estado social representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal. Seus matizes são riquíssimos e diversos. Mas algo, no Ocidente, o distingue, desde as bases, do Estado proletário, que o socialismo marxista intenta implantar: é que ele conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio cardeal a que não renuncia⁴.

Na base do desenvolvimento do Estado de Bem-Estar Social, no pensamento de Rosanvallon, estaria um compromisso social, formulado explícita ou implicitamente, não podendo ser analisado do ponto de vista exclusivo da lógica do capital. Dessa forma, descarta o pensamento de que a burguesia "... teria concebido claramente o desenvolvimento do Estado-providência como um simples meio de superar certas contradições da acumulação capitalista"⁵.

O Estado de Bem-Estar, na preciosa lição de Guerrero e Verdú⁶, possuiria as seguintes características: a) a intervenção do Estado na economia com o objetivo de manter o pleno emprego, através da criação de um setor público econômico; b) a prestação pública de um conjunto de serviços de caráter universal (preferencialmente em setores como a educação, a saúde, previdência e habitação), que pretende garantir um nível mínimo de serviços à população.

⁴ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 184.

⁵ ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado-providência*. Tradução de Joel Pimenta de Ulhoa. Goiânia: UFG, 1997, p. 41.

⁶ GUERRERO, Andrés de Blas; VERDÚ, Jaime Pastor. *Fundamentos de ciência política*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distância, 1997, p. 114, *apud* CRUZ, Paulo Márcio. *Caderno de direito previdenciário*. Porto Alegre: Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, p. 09, 2007.

Essas conquistas foram cristalizadas através do constitucionalismo social, “não só de previsões de regulação estatal das relações contratuais, mas também de comandos aos poderes públicos para que passem a prover ou financiar uma série de prestações de serviços, em geral públicos e gratuitos, aos cidadãos”⁷.

Em relação ao custo destas prestações, Bobbio aponta como uma característica comum a todos os países que adotaram ou adotam o Estado de Bem-Estar o aumento progressivo e acumulativo “da cota do produto interno bruto destinado à despesa pública; as estruturas administrativas voltadas para os serviços sociais tornaram-se mais vastas e complexas”⁸.

Para Dallari⁹, “os adeptos do Estado do Bem-Estar sustentam que só ele é verdadeiramente democrático, possibilitando a plena realização da liberdade e da igualdade”, uma vez que assegura a todos a liberdade de agir e locomover-se, o que seria indispensável para que os indivíduos se sintam livres.

De modo geral, aponta-se o período entre guerras como o momento da ruptura com o Liberalismo ortodoxo, produzido pelo surgimento e funcionamento da seguridade social pública. Como escreve Bobbio, “os anos 20 e 30 assinalaram um grande passo para a constituição do *Welfare State*”¹⁰.

Nos Estados Unidos, o presidente Franklin Roosevelt implementou, em 1933, o *New Deal* (Novo Acordo), um programa econômico e social que introduziu, entre outras medidas, o subsídio desemprego, a ajuda aos carentes, projetos de obras públicas etc., através de forte intervenção estatal na economia. Roosevelt foi fortemente influenciado pelas idéias do economista britânico Keynes¹¹, que, em 1936,

⁷ CRUZ, Paulo Márcio. *Fundamentos do direito constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 202.

⁸ BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. 6. ed. Brasília: UNB, 1994, p. 417.

⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O futuro do estado*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 136.

¹⁰ BOBBIO, op. cit., p. 417.

¹¹ De acordo com CRUZ, Paulo Márcio. *Caderno de direito previdenciário*. Porto Alegre: Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2007, p. 31: “John Maynard Keynes, economista inglês, nascido em 1883 e morto em 1946, preconizou a intervenção do Estado visando à eliminação do desequilíbrio econômico. Suas idéias foram e são empregadas em países com grande desenvolvimento na atualidade, como Canadá, Inglaterra e França. Autor dos Tratados sobre a Moeda, de 1930, e da Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda, de 1936. Keynes pregou um crescimento do consumo, uma baixa taxa de juros e o crescimento dos

publicou a Teoria Geral do Emprego, dos Juros e da Moeda – obra na qual defende uma política anti-desemprego patrocinada pelo governo.

Segundo Dallari¹², o *New Deal* norte-americano foi uma resposta à gravíssima crise econômica e social dos anos trinta, posição seguida por Rossanvallon ao ensinar que “... a extensão do Estado-providência tem-se desenvolvido sob os auspícios da ‘equação keynesiana’”¹³.

Porém, a consolidação desse modelo de Estado, com o delineamento dos princípios fundamentais, somente veio a lume na Inglaterra, a partir dos anos 40 do século passado, seguindo o modelo norte-americano e as idéias keynesianas. O Estado de Bem-Estar, segundo a doutrina inglesa daquela década, deveria garantir a todos os cidadãos, independente de sua renda, a proteção de direitos sociais relacionados ao trabalho, à previdência, à saúde, à maternidade e à educação. Pode-se dizer que o início do Estado de Bem-Estar inglês surge com a reforma da seguridade social inglesa, levada a efeito pelo liberal britânico William Beveridge¹⁴, como ensina Bobbio¹⁵.

Streck e Moraes sintetizam o surgimento do Estado de Bem-Estar Social, ao se referirem à mutação dos papéis do Estado com a formação do proletariado, como reação a uma postura ultra-individualista do Estado liberal:

investimentos públicos, medidas que implicavam e implicam a intervenção do Estado. Pode-se dizer que, depois de Adam Smith e Thomas Malthus, economistas da escola clássica, e de Karl Marx, nenhum outro teórico foi tão importante quanto Keynes na renovação das teorias econômicas tradicionais e na reformulação da política econômica do livre mercado”.

¹² DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 236.

¹³ ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado-providência*. Tradução de Joel Pimenta de Ulhoa. Goiânia: UFG, 1997, p. 38.

¹⁴ De acordo com CRUZ, Paulo Márcio. *Caderno de direito previdenciário*. Porto Alegre: Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2007, p. 15: “Lorde William Henry Beveridge, economista e administrador britânico, nascido em Bengala, em 1879 e falecido em Oxford, em 1963, destacou-se pelos estudos sobre o desemprego. Em 1911 colaborou com Churchill na criação do seguro desemprego. Ao presidir o conselho de previdência da Grã-Bretanha, apresentou o Plano Beveridge, em 1942, aplicando as teorias de Keynes sobre a distribuição de renda. É considerado o pai do Estado de Bem-Estar na Inglaterra. Suas obras mais importantes são Desemprego, de 1931 e Pleno emprego numa sociedade livre, de 1944.”

¹⁵ BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. Tradução de Carmen C. Varrialle, Gaetano Lo Monaco, João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais. 6. ed. Brasília: UNB, 1994, p. 416.

O projeto liberal teve como conseqüências: o progresso econômico; a valorização do indivíduo, como centro e ator fundamental (...) Todavia, estas circunstâncias geraram, por outro lado, uma postura ultra-individualista (...) Evidentemente que isto trouxe reflexos que se expressaram nos movimentos socialistas e em uma mudança de atitude por parte do poder público, que vai se expressar em ações interventivas sobre e no domínio econômico, bem como em práticas até então tidas como próprias da iniciativa privada, o que se dá por um lado para mitigar as conseqüências nefastas e por outro para garantir a continuidade do mercado ameaçado pelo capitalismo financeiro¹⁶.

Nesse contexto, surge a idéia de Constituição dirigente formulada por Canotilho, caracterizada pela presença de um conteúdo programático-constitucional, que estabelece não apenas a distribuição de competências entre os órgãos do Estado e a proteção dos direitos de liberdade, mas também atribui ao Estado a realização de fins e a consecução de tarefas. Segundo as palavras do próprio Canotilho:

O tema a abordar na presente investigação é, fundamentalmente, o problema das relações entre a constituição e a lei. O título – *Constituição dirigente e vinculação do legislador* – aponta já para o núcleo essencial do debate a empreender: o que deve (e pode) uma constituição ordenar aos órgãos legiferantes e o que deve (como e quando deve) fazer o legislador para cumprir, de forma regular, adequada e oportuna, as imposições constitucionais. (...) Deve uma constituição conceber-se como “estatuto organizatório”, como simples “instrumento de governo”, definidor de competências e regulador de processos, ou, pelo contrário, deve aspirar a transformar-se num plano normativo-material global que determina tarefas, estabelece programas e define fins? Uma constituição é uma lei do Estado e só do Estado ou é um “estatuto jurídico do político”, um “plano global normativo” do Estado e da sociedade?¹⁷.

No conceito apresentado por Canotilho, a Constituição não deve apenas limitar o Poder. Ao revés, ela deve traçar as metas que deverão ser progressivamente realizadas pelo Estado com a finalidade de transformar a ordem política, econômica e social. O grande desafio da Constituição dirigente seria, portanto, a sua concretização por meio da atividade legiferante ou regulatória e através de sua interpretação e aplicação.

¹⁶ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. *Ciência política e teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 69-70.

¹⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Reimpr. Coimbra: Editora Coimbra, 1994, p. 11-12.

O Estado de Bem-Estar, com as características acima delineadas, perdurou até a crise econômica de 1973, que abalou os princípios keynesianos sobre os quais havia se sustentado. Segundo Mishra, a partir dessa crise “o consenso do pós-guerra em torno da economia mista e do Estado-Providência, partilhado, sofreu um sério revés”¹⁸.

Aliado à crise econômica, o crescimento descontrolado dos gastos públicos abriu caminho para que se questionasse o modelo estatal em comento. Diante dessa nova realidade econômica, os países ocidentais começaram a ter sérias dificuldades para continuar implementando suas políticas econômicas baseadas no modelo keynesiano.

Na visão de Rosanvallon, as origens da crise do Estado-Providência relacionam-se a três elementos principais: a crise financeira, a diminuição da eficácia econômica e social e, por fim, mutações culturais que contrariam seu desenvolvimento. Em suas palavras: “O prosseguimento do desenvolvimento do Estado-providência é, portanto, triplamente atacado: sob os aspectos econômicos, social e cultural”¹⁹.

Segundo pondera Habermas:

Seja como for, nessa situação — em que a falta de disposição para investimentos e a estagnação econômica, o desemprego crescente e a crise do erário público também podem ser trazidos à percepção da opinião pública numa sugestiva ligação com os custos do Estado de bem-estar —, nessa situação fazem-se sentir as limitações estruturais sob as quais o compromisso sócio-estatal foi criado e mantido. Como o Estado social tem de deixar intacto o modo de funcionamento do sistema econômico, não lhe é possível exercer influência sobre a atividade privada de investimentos senão através de intervenções ajustadas ao sistema²⁰.

¹⁸ MISHRA, Ramesh. *O Estado-providência na sociedade capitalista*. Tradução de Ana Bairradas. Oeiras: Celta, 1995, p. 05, *apud* CRUZ, Paulo Márcio. *Caderno de direito previdenciário*. Porto Alegre: Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2007, p. 37.

¹⁹ ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado-providência*. Tradução de Joel Pimenta de Ulhoa. Goiânia: UFG, 1997, p. 43.

²⁰ HABERMAS, Juergen. *A nova intransparência. A crise do estado de bem-estar social e o esgotamento das energias utópicas*. Disponível em: <http://www.cebrap.org.br/imagens/Arquivos/a_nova_intransparencia.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2008, p. 6.

Diante desse panorama, o próprio Canotilho reviu seu conceito acerca da Constituição Dirigente. Sua tese original influenciou extraordinariamente os constitucionalistas brasileiros, de modo que a publicação da segunda edição de seu livro - *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador* -, em 2001, suscitou uma enorme polêmica, uma vez que pareceu apontar para o abandono da Constituição Dirigente como “estatuto jurídico do político”, um “plano global normativo” do Estado e da sociedade. Canotilho assim reformulou seu conceito de Constituição Dirigente:

A lei constitucional não tem capacidade para ser uma *lei dirigente transportadora de metanarrativas* (“transformação da sociedade no sentido de uma sociedade sem classes”, “garantia da felicidade dos cidadãos”, etc.). O caráter dirigente de uma constituição converter-se-á paradoxalmente em *défice de direcção* se a constituição for também uma lei com hipertrofia de normas programáticas articuladas com *políticas públicas* (da economia, do ensino, da saúde) sujeitas à *mudança política democrática* ou dependentes da capacidade de prestação de outros subsistemas sociais (ex.: políticas de pleno emprego, política de investimentos, política de habitação). Neste aspecto pergunta-se, hoje, se o texto constitucional de 1976, poderá ainda reivindicar algumas pretensões de dirigismo social e económico concebido em termos dirigentes. **As considerações acabadas de referir relativizam o caráter dirigente de um texto constitucional mas tão pouco significam que as constituições não possam e não devam ter um papel de *mudança social***²¹ [Grifos do autor].

Canotilho prega a substituição do constitucionalismo dirigente por outras fórmulas capazes de responder a um projeto de modernidade:

Um dos desafios com que se defronta este constitucionalismo moralmente reflexivo consiste na substituição de um direito autoritariamente dirigente mas ineficaz através de outras fórmulas que permitam completar o projeto de modernidade-onde ele não se realizou- nas condições complexas de pós-modernidade²².

²¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 1.419, *apud* LIMA, Fernando Machado da Silva. Ordem econômica e controle do poder. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 65, maio 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4028>>. Acesso em: 05 jan. 2008.

²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um Constitucionalismo moralmente reflexivo. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: RT, n. 15, p. 16, 1996.

Guerrero e Verdú²³ apontam os principais problemas apresentados pelo Estado de Bem-Estar Social: a) o Desestímulo à Economia de Mercado; b) o Alto Custo do Estado de Bem-Estar, provocado pelo rápido crescimento das burocracias e castas de funcionários públicos; c) a Incapacidade de Solução do Estado de Bem-Estar, especialmente em erradicar a pobreza; d) a Obstrução da Liberdade, especialmente em relação à impossibilidade da escolha, pelos cidadãos, dos serviços que serão colocados ao seu dispor, elevando progressivamente os impostos e caracterizando atos confiscatórios que atentam contra a liberdade; e) a Oposição à Iniciativa Privada, que é produzida como consequência do superdimensionamento do tamanho do Estado.

A resposta à crise veio com o denominado “neoliberalismo”²⁴, que prega, entre outros postulados, a redução do tamanho do Estado para chegar a um Estado novo mínimo, a privatização dos serviços, a contenção do poder dos sindicatos de trabalhadores e a redução da burocracia. Seus seguidores afirmam que o Estado de Bem-Estar, em lugar de contribuir para o crescimento econômico, estaria estagnando a economia por não submeter os serviços públicos ao estímulo da competição, além do que a elevada carga tributária, exigida para financiá-lo, reduziria os investimentos industriais.

Sarlet enumera os problemas sofridos pelos direitos fundamentais²⁵ em um ambiente de crise:

a) a intensificação do processo de exclusão da cidadania, especialmente no seio das classes mais desfavorecidas, fenômeno este ligado diretamente ao

²³ GUERRERO, Andrés de Blas; VERDÚ, Jaime Pastor. *Fundamentos de ciência política*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distância, 1997, p. 117, *apud* CRUZ, Paulo Márcio. *Caderno de direito previdenciário*. Porto Alegre: Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2007, p. 27.

²⁴ STRECK, Lenio Luiz. Teoria da constituição e jurisdição constitucional. *Caderno de Direito Constitucional*, Porto Alegre: Escola da Magistratura Federal da 4ª Região, p. 29, 2006.

²⁵ Será utilizada a expressão “direitos fundamentais” para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardará relação com os documentos de direito internacional, referindo-se a posições do ser humano como tal, independente de sua vinculação com determinada ordem constitucional. Nesse sentido, seguiu-se orientação de SCHÄFER, Jairo Gilberto. *Direitos fundamentais: proteção e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 26; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 35-36. Elucidativo é o acórdão MS 22164-0/SP, do STF, que trata especificamente das denominadas “dimensões” dos direitos fundamentais, ao qual remete-se o leitor.

aumento dos níveis de desemprego e subemprego, cada vez mais agudo na economia globalizada de inspiração neoliberal; b) redução e até mesmo supressão de direitos sociais prestacionais básicos (saúde, educação, previdência e assistência social), assim como o corte ou, no mínimo, a “flexibilização” dos direitos dos trabalhadores; c) ausência ou precariedade dos instrumentos jurídicos e de instâncias oficiais ou inoficiais capazes de controlar o processo, resolvendo os litígios deles oriundos, e manter o equilíbrio social, agravando o problema da falta de efetividade dos direitos fundamentais e da própria ordem jurídica estatal²⁶.

Em relação aos direitos sociais prestacionais – como é o caso dos benefícios previdenciários –, que demandam custo ao Estado, nem sempre haverá condições econômico-financeiras para a sua efetiva implantação. O mesmo, em regra, não ocorre com os direitos de defesa que, sendo direitos de cunho negativo, podem ser assegurados apenas juridicamente, independentemente da alocação de recursos. Para Sarlet²⁷, essa característica dos direitos sociais a prestações assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, uma vez que dependeriam da conjuntura econômica.

Um dos traços mais importantes do denominado Estado de Bem-Estar Social é justamente a proteção ao trabalhador no caso de ocorrência de risco ou contingência social. Uma vez que o próprio modelo de Estado está em crise, por certo que também a Previdência Social será afetada. Esta a conclusão de Fortes e Paulsen:

A crise estrutural que atinge o Estado de Bem-Estar abarca também as políticas previdenciárias, um de seus mais expressivos caracteres. De um lado, tais políticas fazem parte da própria mecânica que engendra a crise (aumento das demandas sociais) e, de outro, o Estado, com a diminuição de receitas, não se encontra mais apto a satisfazê-las²⁸.

Tradicionalmente, as políticas de Previdência Social preocupam-se na manutenção de um padrão mínimo para as pessoas, de tal forma a mantê-las fora da pobreza nos casos de ficarem apartadas do mercado de trabalho, seja por idade

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, ano 1, v. 1, n. 1. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-INGO-ARLET.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2008, p. 7.

²⁷ *Ibidem*, p. 23.

²⁸ FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. *Direito da seguridade social – prestações e custeio da previdência, assistência e saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 256.

avançada, invalidez, doenças, acidentes ou desemprego. A previdência brasileira também subsidia os familiares, quando ainda jovens para participar do mercado de trabalho, no caso de falta do segurado mantenedor.

A Previdência Social brasileira, dentro de um contexto mundial, desenvolveu-se juntamente com a própria sociedade industrializada no começo do século XX. Na medida em que a proteção oferecida pela família começava a declinar, principalmente em um cenário de crescente êxodo rural, o trabalho urbano transformou-se em principal fonte de recursos para a maioria da população. Em consequência, as redes de previdência construíram-se com base no emprego, financiadas por meio de contribuições, tanto por parte dos empregadores como dos empregados, algumas vezes complementadas pelo Estado.

Em condições de pleno emprego, e diante de um êxodo rural que aumentou o número de trabalhadores da cidade, a Previdência Social obteve rápido sucesso, uma vez que o sistema parecia ser superavitário. Dessa forma, a Previdência Social, especialmente a brasileira, expandiu seu conjunto de benefícios e serviços, ao passo que abarcava um grande número de pessoas. Porém, a situação alterou-se substancialmente nas últimas décadas.

No pós-guerra, principalmente nos países membros da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)²⁹, a economia crescia em ritmo forte, e a população economicamente ativa era jovem, possibilitando que os sistemas previdenciários transferissem renda para as gerações mais velhas, sem que houvesse graves desequilíbrios, propiciando alto padrão de vida aos aposentados. Porém, quando as condições demográficas e macro-econômicas se alteram, como no caso de uma maior participação relativa de idosos e uma maior

²⁹ A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE, ou OECD em inglês), criada em 1961 em substituição à Organização para a Cooperação Econômica Européia de 1948, é uma organização internacional dos países desenvolvidos e industrializados comprometidos com os princípios da democracia representativa e da economia de livre mercado. Com sede em Paris, também é chamada de Grupo dos Ricos, uma vez que, juntos, os 30 países participantes produzem mais da metade de toda a riqueza do mundo. A OCDE influencia a política econômica e social de seus membros e também ajuda o desenvolvimento econômico e social no mundo inteiro, estimulando investimentos nos países em desenvolvimento. (ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/ocde/sobre/index.asp>>. Acesso em: 21 jan. 2008).

concorrência internacional, o sistema apresenta dificuldades de financiamento e de sustentabilidade, passando a exigir reformas³⁰.

Nesse cenário, iniciou-se, nas décadas de 80 e 90 do século passado, um ciclo de reformas dos diferentes sistemas previdenciários no mundo. Há casos de reformas apenas pontuais, como no Brasil, e casos de reformas estruturais, com a troca do próprio modelo previdenciário, como no Chile.

Para Tafner e Giambiagi, o equilíbrio de sistemas previdenciários estaria diretamente associado: a) às condições macroeconômicas, como crescimento do produto e da produtividade e taxa de juros real de longo prazo; (b) às condições e à evolução do mercado de trabalho, como o nível e a composição do emprego; (c) à dinâmica demográfica, esta em grande medida determinada pelas condições de saneamento, de higiene, de saúde e de hábitos da população; (d) aos critérios de contribuição e de elegibilidade – os denominados *parâmetros técnicos do sistema*, como alíquotas de contribuição, idade de aposentadoria, tempo de contribuição etc³¹.

Essas quatro variáveis – economia, trabalho, demografia e legislação - apresentam-se, em cada país, em estágios diferentes, fazendo com que os efeitos da crise não sejam iguais em todo lugar. Dessa forma, em alguns países, há tempo para ajustamentos suaves, como é o caso do Brasil; em outros, as reformas são mais urgentes.

Tafner e Giambiagi desenvolveram o que denominaram de “risco implícito”, que estaria associado ao sistema de seguro social estatal, uma vez que as variáveis demográficas, as condições macroeconômicas e o mercado de trabalho não estariam sob controle:

³⁰ TAFNER, Paulo; GIAMBIAGI, Fabio *et al.* *Previdência no Brasil: debates, dilemas e escolhas*. Rio de Janeiro: IPEA, 2007, p. 18. O conteúdo deste interessante livro está disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/livros/previdencianobrasil/Livro_Completo.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2007.

³¹ *Ibidem*, p. 18.

Ao fundar um sistema de seguro social sob controle, gerenciamento e operação do Estado e estruturado com base em contribuições de trabalhadores e de seus patrões, o Estado moderno trouxe para si o risco implícito associado a esse sistema. Entenda-se risco implícito aquele associado ao desequilíbrio entre o montante esperado de contribuições e o montante esperado de pagamentos (benefícios). Esses riscos decorrem de alteração das variáveis que em geral não estão sob controle dos sistemas de previdência e muitas vezes não estão sequer sob controle direto do Estado. A mais evidente dessas variáveis é a mudança da estrutura demográfica, mas existem outras, como as condições macroeconômicas e, em especial, aquelas ligadas ao mercado de trabalho. O primeiro tipo de desequilíbrio – o demográfico – tem sido, em geral, a mola propulsora das reformas dos países desenvolvidos, mas não apenas deles³².

Percebe-se, assim, que os governos podem apenas manejar as regras formais – legislação - para diminuir a crise da Previdência Social. Essas regras legalmente constituídas acabam por definir e moldar o comportamento dos próprios indivíduos na busca por maximização de renda, o que influencia no equilíbrio financeiro atuarial do sistema.

Ao flexibilizar regras para a aposentadoria, permitindo a inativação com idades menores, os governos acabaram piorando os déficits fiscais, o que redundou na necessidade de reforma dos sistemas ao longo das décadas de 1980 e 1990. Levando-se em conta que as condições de sobrevivência da população representam um ganho para a sociedade em termos de qualidade de vida – pois refletem as melhorias nas condições de saneamento, habitação, transporte, atendimento à saúde etc. –, o déficit previdenciário tende a aumentar, uma vez que as pessoas permanecem na inatividade remunerada por mais tempo.

Conforme Mesa-Lago³³, tanto a Organização Internacional do Trabalho (OIT) quanto a Associação Internacional de Seguridade Social (AISS) defendem o aperfeiçoamento dos atuais sistemas previdenciários de repartição, através das seguintes ações: maiores exigências para concessão de benefícios; eliminação de

³² TAFNER, Paulo; GIAMBIAGI, Fabio *et al.* *Previdência no Brasil: debates, dilemas e escolhas*. Rio de Janeiro: IPEA, 2007. p. 17. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/livros/previdencianobrasil/Livro_Completo.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2007.

³³ Neste sentido veja-se MESA-LARGO, Carmelo. As reformas da seguridade social na América Latina e os posicionamentos dos organismos internacionais. *Conjuntura Social*, Brasília, v. 8, p. 43-67, jul. 1997, *apud* FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. *Direito da seguridade social – prestações e custeio da previdência, assistência e saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

privilégios; valor dos benefícios menores; redução de gastos administrativos e melhor combate à sonegação e à fraude.

Nesse contexto de crise, é que se mostra importante a investigação acerca do princípio da proibição de retrocesso. Como compatibilizar a necessidade de reformas na Previdência Social com a manutenção dos direitos sociais já assegurados aos indivíduos e à coletividade? É justamente a aplicação desse princípio que poderá subsidiar e mediar essas duas questões.

Ohlweiler, refletindo acerca da crise do Estado de Bem-estar, questiona se, efetivamente, no caso brasileiro, chegou-se a ingressar nessa fase:

A crise atualmente em debate surge exatamente da construção de teses de que este modelo de Estado já não consegue absorver as demandas, cujos mecanismos econômicos não mais funcionam, havendo a necessidade de redimensionar a atuação estatal. Fala-se, então, na volta de um modelo liberal de Estado, cuja atuação estatal deve ser reduzida, a fim de possibilitar o “progresso da sociedade” (de que sociedade?) e a melhor defesa dos “interesses dos cidadãos” (quais cidadãos?). Parece difícil aceitar acriticamente tais postulados quando mostra-se evidente que no Brasil não houve a efetiva implementação do chamado *Welfare State*. Ora, como agora se quer diminuir o Estado se as ditas promessas da modernidade sequer foram cumpridas?³⁴.

Passando ao largo da questão se, efetivamente, no Brasil chegou a haver a implantação do denominado Estado de Bem-estar, é certo que na última década, principalmente sob influências internacionais, o país passou por várias “flexibilizações” de direitos. E foi na seara da proteção previdenciária que ocorreram as maiores alterações.

Se, por um lado, a crise econômica e a mudança na estrutura etária e de trabalho apontam para que sejam feitos ajustes na política de proteção social, por outro, deve-se procurar soluções que preservem ao máximo as conquistas já alcançadas. É este o contributo que o princípio da proibição de retrocesso social pode oferecer: neste cenário de transformações, servir de parâmetro para, sendo

³⁴ OHLWEILER, Leonel. *Direito Administrativo em perspectiva: os termos indeterminados à luz da hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 111.

inevitável uma correção de rumos, que ao menos se preserve uma pauta mínima de direitos sociais.

1.2 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL – VISÃO DOUTRINÁRIA

Há dissenso acerca da denominação do princípio em questão. A mais comum - “proibição de retrocesso social” - foi a adotada nesta dissertação, especialmente porque é a preferida em Portugal e no Brasil. Mas esse princípio também possui outros nomes: “vedação de retrocesso social”, “princípio do não retrocesso social”, “princípio do não retorno da concretização”, “proibição da contra-revolução social”, “proibição da revolução reacionária”, “princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais”, entre outros³⁵.

O princípio da proibição de retrocesso social é matéria ainda pouco debatida na doutrina e na jurisprudência brasileira. Ao revés, em outras partes do globo, especialmente nos países europeus, há uma grande discussão acerca desse princípio, sua definição, requisitos e alcance.

Para Sarlet:

Na doutrina e jurisprudência nacional e estrangeira, constata-se, de modo geral, uma postura amistosa relativamente ao princípio da proibição de um retrocesso social, muito embora não se possa afirmar a existência de um consenso a respeito desta problemática³⁶.

Dessa forma, faz-se necessária uma breve análise das várias concepções alienígenas acerca desse princípio. Ressalte-se que foram abordadas apenas as

³⁵ MENDONÇA, José Vicente dos Santos. Vedação do retrocesso: o que é e como perder o medo. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, v. XII: Direitos fundamentais, p. 205-236, 2003. Em relação à última denominação listada, veja-se QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais. Princípios dogmáticos e Prática jurisprudencial*. Coimbra: Editora Coimbra, 2006.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível*. Disponível em: <www.tex.pro.br/wwwroot/01de2006/proibicao_ingo_wfgang_sarlett.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2007, p. 14.

doutrinas alemã e portuguesa sobre o assunto, uma vez que nesses países é que houve um maior desenvolvimento do instituto: no primeiro, por ter sido o idealizador do princípio; no segundo, em função do trabalho do eminente constitucionalista Canotilho³⁷, que tanto tem influenciado o direito brasileiro. Ademais, trata-se de países de tradição jurídica romano-germânica, de tal forma que seus institutos de direito melhor se adaptam ao direito pátrio.

De acordo com Derbli³⁸, o princípio em comento começou a ser tratado na Alemanha quando se discutia a eficácia dos direitos fundamentais sociais e a sua sindicabilidade em juízo. Pondera que, diferentemente dos direitos de liberdade, protegidos de ataques do Estado, os direitos sociais, mesmo que positivados na Constituição, não geram direitos subjetivos imediatos para os cidadãos antes da atuação do legislador ordinário, possuindo, porém, eficácia imediata sobre a atividade legislativa e mesmo administrativa, obrigando-os à realização dos mandados neles contidos.

A tensão entre a decrescente capacidade prestacional do Estado e o aumento, ou até a manutenção, da demanda por prestações sociais, também conhecida como crise do Estado-Providência, tema já abordado, pautou o desenvolvimento jurisprudencial do princípio da proibição de retrocesso social na Alemanha³⁹.

Uma vez que não há, na constituição alemã, previsão de proteção direta e expressa ao sistema de seguridade social e aos níveis prestacionais vigentes⁴⁰,

³⁷ José Joaquim Gomes Canotilho expôs suas idéias principais na obra: *Direito constitucional e Teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

³⁸ DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Biblioteca de Teses. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 137.

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador: IBDP, n. 9 mar.-abr.-maio 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C3%87O-2007-INGO%20SARLET.pdf>>. Acesso em: 30. jul. 2007, p. 2.

⁴⁰ Sarlet destaca também que, na constituição alemã, não há proteção expressa, inclusive, dos direitos adquiridos, mas que tanto a doutrina quanto o Tribunal Constitucional Federal sempre chancelaram a proteção tanto do direito adquirido como das próprias expectativas de direitos, em que pese com bem menor intensidade, dimensões que integram uma compreensão ampla da proibição de retrocesso. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais*: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. Disponível em: <www.tex.pro.br/wwwroot/01de2006/proibicao_ingo_wlfgang_sarlett.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2007, p. 16).

além do entendimento corrente de que tal proteção não advém do princípio geral do Estado Social de Direito (art. 20, I, e art. 28, I, da Lei Fundamental de Bonn) ou de outras normas de competência, a doutrina alemã construiu o princípio da proibição de retrocesso social a partir da garantia fundamental da propriedade (art. 14, da Lei Fundamental de Bonn)⁴¹.

Para tanto, partiu-se na Alemanha do conceito funcional de propriedade⁴² apontando-se como *sedes materiae* do princípio da proibição de retrocesso social o dispositivo constitucional que garante a propriedade. Hesse⁴³ esclarece que o conceito civil de propriedade diminuiu em importância, uma vez que a sobrevivência do indivíduo estaria menos baseada nos bens que titulariza e mais nos rendimentos próprios de seu trabalho e, conseqüentemente, nos proventos de aposentadoria e nas prestações de assistência vital e social do Estado.

Nesse sentido, a proteção constitucional da propriedade deixa de focar o bem em si mesmo e passa a abranger o aproveitamento econômico de um direito dotado de valor patrimonial, como os direitos a prestações estatais. Nas próprias palavras de Hesse:

Propriedade, no sentido jurídico-constitucional podem [sic], por conseguinte, também ser outros direitos privados de valor patrimonial que a propriedade da coisa, por exemplo, reivindicações salariais ou quotas sociais que, muitas vezes, assumiram tarefa, cumprida antigamente pela propriedade da coisa, do asseguramento da existência. Na questão, se a proteção da garantia da propriedade também se estende a direitos (subjetivo-)públicos de valor patrimonial, por exemplo, direitos ao salário dos funcionários e soldados, direitos ao seguro social, e coisas semelhantes, existe concórdia fundamental sobre isto, que também tais direitos podem cair sob a proteção

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. O estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador: IBDP, n. 9 mar.-abr.-maio 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C3%87O-2007-INGO%20SARLET.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2007, p. 132.

⁴² Segundo Sarlet, na obra: *Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível*, p. 16, o conceito funcional de propriedade remontaria à Constituição de Weimar, cujo art. 153 abrangeria não apenas a propriedade com direito real, mas também “...uma função conservadora de direitos, oferecendo ao indivíduo segurança jurídica relativamente aos direitos patrimoniais reconhecidos pela ordem jurídica, além de proteger a confiança depositada no conteúdo de seus direitos...”.

⁴³ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 339 e seguintes.

da garantia da propriedade porque também eles cumprem funções iguais como antigamente a propriedade da coisa⁴⁴.

O Tribunal Constitucional Federal alemão chancelou esse entendimento, alargando o conceito constitucional de propriedade em relação àquele vigente no direito privado, uma vez que as posições jurídico-subjetivas de direito público de índole patrimonial também deveriam ser amparadas, merecendo tratamento igualitário relativamente às posições jurídico-subjetivas privadas. Dessa forma, uma supressão do direito subjetivo⁴⁵ patrimonial de natureza pública sem qualquer compensação, redundaria em uma colisão frontal com o princípio do Estado de Direito. Porém, como adverte Sarlet, nem todo direito subjetivo patrimonial de natureza pública foi abarcado, uma vez que deverá cumprir três requisitos:

a) à posição jurídica individual (isto é, ao direito subjetivo a prestação social) deve corresponder uma contraprestação pessoal de seu titular, que necessariamente não pode ser irrelevante, de tal sorte que uma equivalência absoluta entre a prestação estatal e a contrapartida pessoal não tem sido considerada indispensável, sendo tido como suficiente que a pretensão do particular não se encontre embasada única e exclusivamente numa prestação unilateral do Estado; b) deve tratar-se de uma posição jurídica de natureza patrimonial, que possa ser tida como de fruição privada para o seu titular, o que ocorre quando o titular do direito pode partir da premissa de que se cuida de uma posição jurídica pessoal, própria e exclusiva, caracterizada por uma essencial disponibilidade por parte de seu titular; c) A prestação deve servir à garantia da existência de seu titular, já que a propriedade também protege as condições necessárias para uma vida autônoma e responsável, especialmente considerando que a maior parte dos cidadãos alcança a sua segurança existencial menos por meio do patrimônio privado imobiliário e/ou

⁴⁴ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 341.

⁴⁵ Com a finalidade de dirimir qualquer dúvida terminológica, foi adotada, neste trabalho, a definição de direito subjetivo de Luís Roberto Barroso, conforme o livro *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 91-120. Para ele, direito subjetivo é o poder de ação, assente no direito objetivo, e destinado à satisfação de certo interesse. Há bilateralidade, sendo que uma das partes tem a faculdade de exigir de outra determinado comportamento. Barroso aponta as seguintes características que o distinguem de outras posições jurídicas: a) a ele corresponde sempre um dever jurídico; b) violabilidade, existindo a possibilidade da parte contrária deixar de cumprir seu dever; c) pretensão - seu titular possui um meio jurídico para exigir-lhe o cumprimento, a ação judicial. Quando a exigibilidade da conduta se verifica em favor do particular em face do Estado, diz-se existir direito subjetivo público. Conclui que as normas constitucionais definidoras de direitos enquadram-se neste esquema conceitual: dever jurídico, violabilidade e pretensão. O mesmo autor conceitua poder jurídico: tal como nos direitos subjetivos, existe um direito do sujeito ativo ao qual corresponde um dever do sujeito passivo. A peculiaridade é que este poder é exercido a favor do próprio sujeito passivo ou do grupo social, como no pátrio poder, para o direito privado, ou como o próprio poder estatal, para o direito público.

mobiliário, do que pelo resultado de seu trabalho e, portanto, por meio de suas posições jurídico-subjetivas patrimoniais⁴⁶.

Essa concepção de princípio da proibição de retrocesso social visa a garantir o direito adquirido (abrangendo considerável parte das prestações que integram o sistema público de seguridade social alemão - aposentadorias, pensões, seguro-desemprego, seguro contra acidentes de trabalho, etc.), que, como já referido, não se encontra protegido pela Constituição da Alemanha, e também as expectativas de direito (posições que somente podem ser usufruídas mediante o implemento de outras condições – como, por exemplo, um certo prazo de carência). Mas, em função da exigência de contrapartida em relação ao cidadão, têm sido excluídas da proteção as prestações de cunho reabilitatório e secundário⁴⁷.

Sarlet conclui que o princípio da proibição de retrocesso social tem grande importância na Alemanha, garantindo níveis de proteção social muito superiores aos nossos, apesar da ausência, em regra, de direitos sociais expressamente positivados no plano constitucional⁴⁸. Segundo Krell, isso se deve à história recente alemã:

A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (de 1949) não incorporou nenhum ordenamento sistemático dos direitos sociais de “segunda geração” (dos trabalhadores, educação, saúde, assistência, etc.), fato que se deve às más experiências com a Carta anterior de Weimar. Essa Constituição de 1919 é tida, no mundo inteiro, como uma das primeiras cartas que incorporaram os direitos sociais a prestações estatais no seu texto.

No entanto, para a doutrina constitucional alemã pós-guerra, ela serve como modelo de uma Carta “fracassada” que, inclusive, contribuiu para a radicalização da política desse país nos anos 20 e a tomada do poder pelos nazistas em 1933⁴⁹.

A concepção alemã do princípio da proibição de retrocesso social não se presta a ser aplicada ao direito brasileiro, uma vez que, ao contrário da Constituição alemã, a nossa prevê expressamente direitos sociais em seu catálogo. Também há

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível*. Disponível em: <www.tex.pro.br/wwwroot/01de2006/proibicao_ingowolfgang_sarlett.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2007, p. 17.

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 445.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 446.

⁴⁹ KRELL, Andréas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002, p. 45.

previsão de proteção ao direito adquirido na constituição brasileira, o que torna desnecessário o recurso ao direito à propriedade. Além disso, a utilização do direito à propriedade para esse mister não está isenta de críticas, mesmo em solo alemão.

De fato, a Constituição brasileira foi pródiga na previsão de direitos sociais⁵⁰. Ora, enquanto direitos sociais, sejam previstos por meio de princípios ou regras constitucionais, possuem eficácia própria, de tal forma que uma supressão já seria automaticamente protegida pelo próprio dispositivo constitucional, especialmente levando-se em conta que muitos deles estão albergados na categoria de cláusulas pétreas⁵¹.

O próprio recurso ao direito de propriedade não parece o mais adequado. E isso por várias razões: o conceito de propriedade privada não exige qualquer contraprestação, ao contrário de muito direitos sociais, como a previdência, por exemplo; tais posições poderiam ser desapropriadas mediante indenização, representando mais uma ameaça do que uma garantia; o requisito apontado pelo Tribunal alemão, relacionado com a exclusividade da fruição da posição jurídica pelo seu titular, não se coaduna com o conceito de propriedade, que admite a transferência de domínio, o que seria inadmissível, como no já citado exemplo de direitos previdenciários⁵².

Chegando em terras lusas, encontra-se Canotilho defendendo o indigitado princípio na sua obra *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, ao referir-se à dimensão subjetiva dos direitos econômicos, sociais e culturais:

Dimensão subjectiva, que resulta: a) da consagração constitucional destes direitos como direitos fundamentais dos cidadãos e não apenas como “direito objectivo” expresso através de “normas programáticas” ou de “imposições constitucionais” (direitos originários de prestações); b) da

⁵⁰ É de se reconhecer que a Constituição brasileira de 1988 foi elaborada em uma época de transição do período autoritário do regime militar, implantado em 1964, para uma nova fase histórica, na qual houve o reencontro do país com a democracia. Nesse contexto, compreende-se o afã dos constituintes originários em perpetuar, no texto constitucional, uma enorme gama de direitos, muitos dos quais, ainda hoje, encontram-se sem uma efetiva implantação.

⁵¹ DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Biblioteca de Teses. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 209.

⁵² Neste sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 445-446, obtempera que a proteção por meio da garantia da propriedade é insuficiente, por não abranger uma série de posições jurídicas relevantes na esfera da proteção social, sendo, ademais, demasiado relativa, já que é ampla a possibilidade de intervenções na propriedade. Também tece críticas no mesmo sentido (DERBLI, op. cit., p. 206-209).

radicação subjectiva de direitos através da criação por lei, actos administrativos, etc., de prestações, instituições e garantias necessárias à concretização dos direitos constitucionalmente reconhecidos. É neste segundo sentido que se fala de direitos derivados a prestações (assistência social, subsídio de desemprego, etc.) **que justificam o direito de judicialmente ser reclamada a manutenção do nível de realização e de se proibir qualquer tentativa de retrocesso social**⁵³. [Grifos nossos].

Em obra posterior, Canotilho melhor explica o princípio da proibição do retrocesso social, ao enumerá-lo em capítulo destinado ao princípio da democracia económica e social, nos seguintes termos:

Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma *garantia institucional* e um *direito subjetivo*. A “proibição de retrocesso social” nada pode fazer contra as recessões e crises económicas (reversibilidade fáctica), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos *direitos adquiridos* (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do *princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural*, e do *núcleo essencial* da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. (...) O princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (...) deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado⁵⁴.

Dessa forma, para o professor luso, os direitos fundamentais sociais assumem, após sua concretização infraconstitucional, a condição de direitos subjetivos e de garantia institucional, não se encontrando mais na disponibilidade do legislador, sob pena de flagrante infração do princípio da protecção da confiança e do princípio do Estado de Direito, o que inquinaria de inconstitucionalidade quaisquer medidas que viessem a ameaçar o padrão de prestações já alcançado.

⁵³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Reimpr. Coimbra: Editora Coimbra, 1994. p. 374.

⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e Teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 320-321.

Pronunciando-se em sentido idêntico, Miranda assevera que não é possível eliminar as normas legais e concretizadoras, suprimindo os direitos derivados a prestações, porque eliminá-las significaria retirar eficácia jurídica às correspondentes normas constitucionais⁵⁵.

Canotilho⁵⁶ cita o caso paradigma do Tribunal Constitucional português – Caso do Serviço Nacional de Saúde, Acórdão 39/1984. Tratou-se de apreciação de requerimento de declaração de inconstitucionalidade de norma que teria, entre outros pontos, extinguido o Sistema Nacional de Saúde, cuja previsão encontrava assento constitucional.

O Relator do indigitado acórdão - Ministro Vital Moreira - entendeu que, ao ser criado o Serviço Nacional de Saúde, realizou-se o direito fundamental à proteção da saúde. Dessa forma, tratou os direitos sociais como direitos fundamentais e desenvolveu argumentos relacionados ao princípio da proibição do retrocesso. Nesse acórdão, ficou assentado:

(...) a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a atuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social⁵⁷.

Asseverou que a norma que determina a criação de um serviço de saúde assume natureza de imposição constitucional, não sendo simples norma programática. Ao revés, o Estado deve realizar as tarefas constitucionais, sob pena de ser censurado via inconstitucionalidade por omissão. Mas se desfaz o que já

⁵⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Editora Coimbra, 2000, p. 397-398.

⁵⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e Teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 320-321. De se observar que, mesmo após aparentemente ter abandonado a tese da constituição dirigente (ao menos, como explicado por ele, no sentido do normativismo constitucional poder, só por si, operar transformações emancipatórias), Canotilho manteve seu entendimento acerca do princípio da proibição do retrocesso social em edições mais recentes do livro citado.

⁵⁷ Citado por STRECK, Lenio Luiz. *Da utilidade de uma análise garantista para o direito brasileiro*. Disponível em: <http://www.femargs.com.br/revista02_streck.html>. Acesso em: 07 ago. 2006.

havia realizado, a censura se coloca no plano da própria inconstitucionalidade por ação.

De se observar que, nesta decisão, o Tribunal português apenas considerou vedada a revogação da Lei do Serviço Nacional de Saúde, de tal sorte que tão-somente a restauração de uma omissão inconstitucional foi tida como vedada, o que leva a crer que uma simples redução ou alteração do nível de concretização e realização do direito à saúde teria sido chancelada pelo Tribunal⁵⁸. Ou seja, esse *leading case* apenas aplicou o princípio da proibição de retrocesso social porquanto a revogação da indigitada lei poderia ensejar uma inconstitucionalidade por omissão.

Comparando-se a concepção do princípio da proibição de retrocesso social na Alemanha e em Portugal, especificamente na decisão analisada, percebem-se várias diferenças, seja no alcance, seja na própria fundamentação. O Tribunal português não limitou, como a doutrina alemã, o princípio apenas aos casos de haver uma contraprestação pessoal de seu titular, alcançando também outras prestações estatais. Verifica-se, também, que o aresto português baseou-se nos limites da ação do legislador e dos mecanismos de controle dos atos comissivos, não fazendo qualquer relação entre o princípio da proibição de retrocesso social e a dignidade da pessoa humana ou a proteção da confiança⁵⁹.

Em decisão mais recente, o Acórdão nº 509/2002, de 19.12.2002, o Tribunal Constitucional português voltou a debruçar-se acerca do princípio da proibição de retrocesso social, ao reconhecer a inconstitucionalidade da exclusão, por meio de lei, das pessoas com idade entre 18 e 25 anos do benefício do rendimento mínimo de inserção, que havia substituído o rendimento mínimo garantido. Porém, fê-lo com fundamentação diversa da constante no anterior Acórdão 39/1984, uma vez que admitiu a aplicação do indigitado princípio apenas quando a supressão legislativa atingir o mínimo existencial, de tal forma a harmonizar com a liberdade de

⁵⁸ CAUPERS, João. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a constituição*. Coimbra: Almedina, 1985, p. 43, *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 443, nota 567.

⁵⁹ DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Biblioteca de Teses. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 151-152.

conformação do legislador. Nessa decisão, de relatoria do Conselheiro Luís Nunes de Almeida, ficou assentado:

Aí, por exemplo, onde a Constituição contenha uma *ordem de legislar*, suficientemente precisa e concreta, de tal sorte que seja possível «determinar, com segurança, quais as medidas jurídicas necessárias para lhe conferir exequibilidade» (cfr. Acórdão nº 474/02, ainda inédito), a margem de liberdade do legislador para *retroceder* no grau de protecção já atingido é necessariamente mínima, já que só o poderá fazer na estrita medida em que a alteração legislativa pretendida não venha a consequenciar uma *inconstitucionalidade por omissão* – e terá sido essa a situação que se entendeu verdadeiramente ocorrer no caso tratado no já referido Acórdão nº 39/84. Noutras circunstâncias, porém, a *proibição do retrocesso social* apenas pode funcionar em casos-limite, uma vez que, desde logo, o *princípio da alternância democrática*, sob pena de se lhe reconhecer uma subsistência meramente formal, inculca a revisibilidade das opções político-legislativas, ainda quando estas assumam o carácter de opções legislativas fundamentais. Este Tribunal já teve, aliás, ocasião de se mostrar particularmente restritivo nesta matéria, pois que no Acórdão nº 101/92 (*Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 21º vol., págs. 389-390), parece ter considerado que só ocorreria *retrocesso social* constitucionalmente proibido quando fossem *diminuídos* ou *afectados* «direitos adquiridos», e isto «em termos de se gerar violação do *princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural*», tendo em conta uma prévia *subjectivação* desses mesmos direitos. (...) Todavia, ainda que se não adopte posição tão restritiva, a *proibição do retrocesso social* operará tão-só quando, como refere J. J. Gomes Canotilho, se pretenda atingir «o *núcleo essencial* da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana», ou seja, quando «sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios», se pretenda proceder a uma «*anulação, revogação* ou *aniquilação* pura e simples desse núcleo essencial». Ou, ainda, tal como sustenta José Carlos Vieira de Andrade, quando a alteração redutora do conteúdo do direito social se faça com violação do *princípio da igualdade* ou do *princípio da protecção da confiança*; ou, então, quando se atinja o conteúdo de um *direito social* cujos contornos se hajam iniludivelmente enraizado ou *sedimentado* no seio da sociedade⁶⁰.

Verifica-se que, com o aresto 509/2002, de 19.12.2002, o Tribunal português parece aproximar-se da concepção alemã de princípio da proibição de retrocesso social e da própria doutrina de Canotilho. Este julgado, ao contrário do Acórdão 39/84, que apenas baseou-se em uma omissão inconstitucional do legislador, fundou-se em argumentos acerca do mínimo existencial e do princípio da protecção da confiança.

⁶⁰ Acórdão 509/2002. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>>. Acesso em: 27 dez. 2007.

Também o recurso ao mínimo existencial e à proteção a confiança, com a devida vênia dos que assim não entendem, não parece ser o tratamento mais adequado ao princípio da proibição de retrocesso social, pelo menos no Brasil. Voltar-se-á a esse assunto, após a análise da doutrina brasileira, com apoio nos ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet, doutrinador que parece mais ter se dedicado ao estudo do indigitado princípio.

Apenas para se fazer um contraponto, destaca-se que a própria doutrina lusa não é unânime acerca do princípio da proibição de retrocesso social. Veja-se, a título ilustrativo, a posição de Vieira de Andrade, que não aceita a existência desse princípio, sob pena de se destruir a autonomia da função legislativa, degradando-a a mera função executiva da Constituição. Mas, ao menos, reconhece uma “certa garantia de estabilidade”, graduando-a em mínima, média e máxima, conforme excerto que segue:

Em nossa opinião, é difícil aceitar um princípio geral do «acquis social» ou da «proibição do retrocesso», sob pena de se sacrificar a «liberdade constitutiva» do legislador, sobretudo numa época em que ficou demonstrado que não existe uma via única e progressiva para atingir a sociedade justa.

Todavia, pode-se admitir que existe uma certa garantia de estabilidade:

- uma garantia mínima, no que se refere à proibição feita ao legislador de pura e simplesmente destruir o nível mínimo adquirido;
- uma garantia média, quando se exige às leis «retrocedentes» o respeito pelo princípio da igualdade (como proibição do arbítrio) e do princípio da protecção da confiança;
- uma garantia máxima, apenas nos casos em que se deve concluir que o nível de concretização legislativa beneficia de uma tal «sedimentação» na consciência da comunidade que deve ser tido como «materialmente constitucional»⁶¹.

Atravessando-se o oceano e aportando-se em terras brasileiras, verifica-se que uma das primeiras manifestações acerca do princípio da proibição de retrocesso social no Brasil é da lavra de José Afonso da Silva, ao defender que as normas definidoras de direitos sociais seriam ainda concebidas como normas

⁶¹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 391-392.

programáticas⁶², e o grande desafio do constitucionalismo moderno seria a sua concretização.

Para Luís Roberto Barroso:

(...) por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido⁶³.

Já Ana Paula de Barcellos crê na vedação do retrocesso, não como princípio autônomo, mas como mera modalidade de eficácia dos próprios princípios constitucionais⁶⁴. Defende a possibilidade de decretação da invalidade da revogação das normas que regulamentam a fruição de direitos fundamentais sem a fixação de política substitutiva ou equivalente, uma vez que o legislador esvaziaria o comando constitucional, exatamente como se dispusesse contra ele diretamente⁶⁵.

⁶² SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 82-84. Este autor classifica as normas constitucionais de acordo com sua eficácia e aplicabilidade, conforme a necessidade ou não de edição de lei para sua concretização, em: a) de eficácia plena e aplicabilidade imediata; b) de eficácia contida e aplicabilidade imediata, são desde logo aptas a produzir efeitos, mas podem ter sua eficácia limitada por lei; c) de eficácia limitada, não produzem todos os efeitos pretendidos antes da edição de lei, subdividindo-se em normas de princípio institutivo, que se insere na parte organizativa da Constituição, e normas programáticas, que se limitam a traçar os programas das atividades dos órgãos estatais e os fins sociais do Estado. Diferente da concepção de Barroso, para Silva as normas definidoras de direitos sociais seriam normas programáticas.

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 158.

⁶⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 59-76. Para a autora, eficácia é um atributo associado às normas e consiste na conseqüência jurídica que deve resultar de sua observância, podendo ser exigida judicialmente se necessário. Em apertada síntese, a autora divide a eficácia das normas jurídicas sob as seguintes modalidades: a) simétrica ou positiva, quando a norma gera direito subjetivo; b) nulidade, mediante a declaração de invalidade dos atos feita em juízo; c) ineficácia, quando se permite que sejam ignorados os atos praticados em desconformidade com a norma; d) anulabilidade, quando o ato contiver vício declarado judicialmente; e) negativa, que autoriza a declaração de invalidade de todos os atos contrários à finalidade pretendida pela norma em questão; f) penalidade, que pode influenciar o indivíduo para o cumprimento espontâneo da norma, ante a possibilidade da sanção; g) interpretativa; h) outras. Em relação aos princípios constitucionais, reconhece apenas as seguintes eficácias: a) positiva ou simétrica; b) interpretativa; c) negativa; d) vedação de retrocesso. Como restará demonstrado em item próprio, a proibição do retrocesso constitui-se efetivamente em princípio autônomo, uma vez que possui finalidade própria, qual seja, além de dificultar o dito retrocesso, aponta para o constante progresso, no sentido de aumentarem-se as conquistas sociais.

⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Disponível em: <www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2006.

Um dos principais trabalhos acerca desse princípio no Brasil foi feito por Sarlet⁶⁶. Sintetizando, este autor assim se manifesta acerca da doutrina pátria referente ao princípio da proibição de retrocesso social:

Em linhas gerais, o que se percebe é que a noção de proibição de retrocesso tem sido por muitos reconduzida à noção que José Afonso da Silva apresenta como sendo de um direito subjetivo negativo, no sentido de que é possível impugnar judicialmente toda e qualquer medida que se encontre em conflito com o teor da Constituição (inclusive com os objetivos estabelecidos nas normas de cunho programático), bem como rechaçar medidas legislativas que venham, pura e simplesmente, subtrair supervenientemente a uma norma constitucional o grau de concretização anterior que lhe foi outorgado pelo legislador.[sem grifo no original]⁶⁷.

Defende o autor citado que a problemática da proibição do retrocesso guarda íntima relação com a noção de segurança jurídica⁶⁸, adotando a concepção da doutrina alemã, uma vez que, pelo menos em princípio e em um certo sentido, um autêntico Estado de Direito é um Estado de Segurança Jurídica. Dessa forma, segurança jurídica passaria a ter status de sub-princípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito. Essa constatação defluiria, não

⁶⁶ Veja-se: *Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais*: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. Disponível em: <www.tex.pro.br/wwwroot/01de2006/proibicao_ingo_wlfgang_sarlett.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2007; O Estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador: IBDP, n. 9, mar.-abr.-maio 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C3%87O-2007-INGO%20SARLET.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2007; *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006; *Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais*: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. Disponível em: <www.tex.pro.br/wwwroot/01de2006/proibicao_ingo_wlfgang_sarlett.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2007, p. 21. Nesta passagem, Sarlet faz expressa menção aos seguintes autores e obras: BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*: limites e possibilidades da constituição brasileira. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 147 e 156 e ss.; MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. v. IV, p. 397-99; STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e (m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 31 e ss.; BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia dos princípios constitucionais – O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 68 e ss.; MENDONÇA, José Vicente dos Santos. *Vedação do retrocesso: o que é e como perder o medo*. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, v. XII: Direitos fundamentais, p. 218 e ss, 2003.

⁶⁸ Para SARLET, op. cit., p. 4, o direito à segurança jurídica é uma das dimensões de um direito geral à segurança, sendo que este abrange também um direito à segurança pessoal e social, além de um direito à proteção, por meio de prestações normativas e materiais, contra atos do poder público e de particulares violadores dos diversos direitos pessoais.

apenas da expressa menção do art. 5º, caput, da Constituição brasileira⁶⁹, mas também da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, na condição de expressões de uma ordem de valores comunitária⁷⁰.

Nas palavras de Canotilho:

O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida; Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos constitutivos do Estado de direito⁷¹.

Sarlet relaciona o princípio da segurança jurídica com o próprio princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que para ele a questão da segurança jurídica coincide com uma das mais profundas aspirações do ser humano, viabilizando projetos de vida ao gerar uma certa estabilidade das relações jurídicas e da própria ordem jurídica em geral. Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana não estará suficientemente respeitada e protegida, se não houver um nível mínimo de estabilidade jurídica, quer nas posições jurídicas subjetivas, quer mesmo nas instituições jurídicas, incluindo o próprio Direito. Pensar de outro modo, concluir, levaria as pessoas a simples instrumentos da vontade estatal, que poderia dispor de seus direitos e projetos de vida⁷².

O reconhecimento e a garantia dos direitos fundamentais têm sido consensualmente considerados como exigências da dignidade da pessoa humana,

⁶⁹ “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à **segurança** e à propriedade, nos termos seguintes...” [Grifos nossos].

⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 434. Este autor ensina que os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos, ou seja, constituem-se como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos. Sustenta que este reconhecimento da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais representa uma das mais relevantes formulações do direito constitucional contemporâneo. (Veja obra citada, p. 165 e 167).

⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e Teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 250.

⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 435.

uma vez que constituem explicitações da própria dignidade, de tal sorte que em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa. É o chamado conteúdo em dignidade da pessoa humana que, no entanto, não necessariamente é equivalente ao núcleo essencial do direito fundamental, uma vez que este, além de possuir função autônoma, poderá ter sua proteção assegurada além daquele.⁷³

Dessa forma, a proteção dos direitos fundamentais, ou ao menos de seu núcleo essencial e/ou do seu conteúdo em dignidade, apenas será possível quando estiver assegurado um mínimo de segurança jurídica. Essa proteção da dignidade deve-se dar não apenas face a atos retroativos, mas também diante de medidas retrocessivas, já que estas não são albergadas pelas figuras do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada⁷⁴.

Ponderando acerca da proibição do retrocesso em sentido amplo, Sarlet inclui em seu conceito as noções de direito adquirido, de ato jurídico perfeito e de coisa julgada, assim como as demais limitações constitucionais de atos retroativos ou mesmo as garantias contra restrições legislativas dos direitos fundamentais. Também inclui nesse grupo a proteção contra a ação do poder constituinte reformador, no que toca aos limites materiais de reforma da Constituição.

Essas previsões, apesar de abarcarem grande parte das situações que possam levar a medidas retrocessivas em sentido amplo do poder público, em especial medidas retroativas, não esgotam todas as possibilidades, uma vez que constata-se a existência de medidas retrocessivas que não possuam caráter propriamente retroativo.

⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang, no livro *Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 122, esclarece que a dignidade da pessoa humana não se identifica necessariamente com o núcleo essencial dos direitos fundamentais, uma vez que nem todos os direitos fundamentais possuem um conteúdo em dignidade, mas todos possuem um núcleo essencial. Embora a Constituição de 1988 não possua uma garantia expressa do núcleo essencial contra restrições legislativas, doutrina e jurisprudência têm reconhecido tal garantia, uma vez que aplicam tratamento de cláusula pétrea

⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 436.

A questão que se coloca, então, é saber se e até que ponto pode o legislador infraconstitucional voltar atrás em relação à implementação dos direitos fundamentais sociais, mesmo que previstos em normas programáticas, ainda que não o faça com efeitos retroativos e que não haja alteração da Constituição⁷⁵.

Sarlet enumera muitas das conquistas da sociedade que poderiam sofrer danos mediante a ação do legislador infraconstitucional:

Neste contexto, poder-se-ia indagar a respeito da possibilidade de desmontar-se, parcial ou totalmente (e mesmo com efeitos prospectivos), o sistema de seguridade social (incluindo os parques benefícios no âmbito da assistência social e os serviços e prestações assegurados no âmbito do nosso precário Sistema Único de Saúde), o acesso ao ensino público e gratuito, a flexibilização dos direitos e garantias dos trabalhadores, entre tantas outras hipóteses que aqui poderiam ser referidas e que bem revelam como tal problemática nos é próxima e está constantemente na ordem do dia⁷⁶.

Sustenta o indigitado autor que, no âmbito do direito constitucional brasileiro, o princípio da proibição de retrocesso decorre de modo implícito do sistema constitucional. Para embasar sua tese, enumera os seguintes princípios e argumentos de matriz jurídico-constitucional: *i)* o princípio do Estado Democrático e Social de Direito, o qual traz consigo a necessidade de um mínimo de segurança jurídica, com sua manutenção abrangida pelo princípio da confiança, oferecendo segurança não só contra medidas retroativas, mas, de certa forma, contra aquelas de cunho retrocessivo; *ii)* o princípio da dignidade da pessoa humana, que exige por parte do poder público sejam implementadas medidas (prestações positivas) de concretização de direitos sociais, com vistas a assegurar uma existência e vida digna para todos, afastando medidas de cunho retrocessivo que venham a minimizar tal concretude; *iii)* o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas que definem os direitos fundamentais (artigo 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988), com otimização e eficácia do princípio da segurança jurídica, que dá suporte contra medidas retrocessivas; *iv)* o fato de que a proteção contra as medidas retroativas (artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988) não

⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 437.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 438.

dão conta da gama de situações que integram a noção mais ampla de segurança jurídica, que encontra amparo no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 e no princípio do Estado Social e Democrático de Direito; v) o princípio da proteção da confiança, que exige do poder público a boa-fé nas relações com os particulares e o respeito pela confiança que os indivíduos depositam na estabilidade e continuidade da ordem jurídica; vi) os órgãos estatais, que estão vinculados não só à concretização das imposições constitucionais, mas, também, sujeitos a uma auto-vinculação em relação aos atos anteriores, como corolário do princípio da segurança jurídica e proteção da confiança⁷⁷.

De onde se conclui que Sarlet fundamenta ser o princípio da proibição de retrocesso social verdadeiro princípio constitucional implícito, baseado nos seguintes princípios explícitos: do Estado democrático e social de Direito; da dignidade da pessoa humana; da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais (artigo 5º, § 1º, Constituição Federal); da segurança jurídica e proteção da confiança; da supremacia da Constituição.

Quanto à amplitude da proteção outorgada pelo princípio da proibição de retrocesso social, Sarlet sustenta que não pode ser absoluta, já que reduziria a atividade legislativa à execução pura e simples da Constituição e também acabaria por ocasionar a transmutação das normas infraconstitucionais em direito constitucional, além de inviabilizar seu desenvolvimento. Tratando-se, pois, de princípio, deverá ser cotejado com os demais, não se admitindo a “lógica do tudo ou nada”⁷⁸.

Uma vedação absoluta de retrocesso em matéria de direitos sociais não se sustentaria, devido: a) à dinâmica das relações sociais e econômicas, em especial em relação à demanda da sociedade em matéria de segurança social; b) à variabilidade e instabilidade da capacidade prestacional do Estado, especialmente em um contexto de crise econômica e incremento dos níveis de exclusão social; c) a problemas na esfera de arrecadação de recursos⁷⁹.

⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 449-451.

⁷⁸ SARLET, op. cit., p. 453.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 454.

Nesse contexto, Sarlet sustenta que se deve determinar critérios materiais para fixação de limites à aplicação do princípio da proibição de retrocesso social que sejam constitucionalmente adequados. O legislador e o poder público em geral não poderão, uma vez concretizado por legislação infraconstitucional determinado direito social, mesmo com efeitos meramente prospectivos, voltar atrás e, mediante uma supressão ou mesmo relativização, afetar o núcleo essencial do direito social⁸⁰.

Esse núcleo encontra-se diretamente conectado ao princípio da dignidade da pessoa humana, especialmente considerando-se que os direitos sociais prestacionais formam um conjunto de prestações materiais indispensáveis para uma vida com dignidade – o mínimo existencial⁸¹. Dessa forma, a dignidade da pessoa atua como diretriz jurídico-material tanto para a definição do núcleo essencial, quanto para a definição do que constitui a garantia do mínimo existencial⁸².

Como as prestações estatais básicas destinadas à garantia de uma vida digna constituem parâmetro necessário para a justicialidade dos direitos sociais prestacionais, que prevalecem até mesmo contra outros princípios constitucionais (como a reserva do possível e reserva parlamentar em matéria orçamentária) e contra a separação dos poderes, resulta que não poderão ser suprimidos ou reduzidos para aquém do seu conteúdo em dignidade da pessoa, sob pena de uma violação injustificável do valor máximo da ordem jurídica e social⁸³.

Sarlet explica que diante do caso concreto em que estiver em causa uma medida retrocessiva, deverá proceder-se a uma ponderação (ou hierarquização,

⁸⁰ A respeito das teorias sobre o núcleo essencial dos direitos fundamentais, ver ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

⁸¹ Mínimo existencial é o conjunto de prestações materiais que asseguram a cada indivíduo uma vida com dignidade, que necessariamente deverá ser uma vida saudável, que corresponda a padrões qualitativos mínimos. Não poderá ser restringido à noção de um mínimo vital ou a uma noção estritamente liberal de um mínimo suficiente para assegurar o exercício das liberdades fundamentais. O conteúdo do mínimo existencial encontra-se condicionado às circunstâncias históricas, geográficas, sociais, econômicas e culturais em cada lugar e momento em que estiver em causa. (BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia dos princípios constitucionais – O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 197 e ss).

⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 455.

⁸³ *Ibidem*, p. 456.

como prefere o autor, citando o magistério de Freitas⁸⁴), porém optando sempre (pois esta será não a única, mas a melhor resposta hermenêutica) pela solução mais compatível com a dignidade da pessoa humana⁸⁵.

Conclui Sarlet:

(...) uma medida de cunho retrocessivo, para que não venha a violar o princípio da proibição de retrocesso, deve, além de contar com uma justificativa de porte constitucional, salvaguardar – em qualquer hipótese - o núcleo essencial dos direitos sociais, notadamente naquilo em que corresponde às prestações materiais indispensáveis para uma vida com dignidade para todas as pessoas, já que – como bem revela o caso ora examinado – também haverá de ser respeitado o princípio da universalidade da titularidade e do exercício dos direitos fundamentais, pelo menos daqueles que possuem um conteúdo em dignidade da pessoa humana⁸⁶.

Nessa linha de pensamento, para o citado autor, sempre e em qualquer caso uma violação ao núcleo essencial, especialmente do conteúdo em dignidade da pessoa, será desproporcional⁸⁷. O autor chega a admitir, inclusive, a inconstitucionalidade de medidas retrocessivas que atinjam apenas o núcleo essencial, mesmo não afetando diretamente a dignidade da pessoa humana⁸⁸.

Com a devida vênia, discorda-se, aqui, da posição do ilustre doutrinador ao ligar o princípio da proibição de retrocesso social ao mínimo existencial e, por conseqüência, ao princípio da dignidade da pessoa humana. Ocorre que a Constituição brasileira prevê, expressamente, a proteção à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, Constituição Federal: “a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil”), sendo, portanto, dispensável recorrer-se ao princípio da proibição de retrocesso social, já que, ao menos no mínimo existencial, há proteção constitucional. Nesse sentido conclui Derbli:

⁸⁴ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

⁸⁵ SARLET, op. cit., p. 457.

⁸⁶ Ibidem, p. 458.

⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 123.

⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 459.

Por conseguinte, seria totalmente despiciendo vincular a proibição do retrocesso social única e exclusivamente ao mínimo existencial, cuja proteção constitucional já é delineada pelo princípio da dignidade humana. Em outras palavras, haverá o princípio da proteção de retrocesso social de concentrar sua incidência para além do mínimo essencial, de modo a impedir o retorno na concretização dos direitos sociais, ainda que não digam com as prestações mínimas indispensáveis à sobrevivência dos indivíduos⁸⁹.

Também a vinculação do princípio da proibição de retrocesso social à segurança jurídica não deve prevalecer. Esse instituto possibilita que o cidadão confie na permanência de uma situação jurídica no tempo, diante da alteração freqüente do direito positivo, o que envolve a salvaguarda dos direitos adquiridos e das expectativas legítimas. Ou seja, o recurso à segurança jurídica visa, precipuamente, a garantir situações jurídicas que já fazem parte do patrimônio da pessoa.

Na Alemanha, onde não há previsão constitucional de garantia dos direitos adquiridos e, por conseguinte, vedação a leis com efeitos retroativos⁹⁰, faz sentido essa vinculação. Mas o que dizer acerca do Brasil, onde a Constituição protege o direito adquirido (art. 5º, XXXVI – “*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*”)? Por certo, não há necessidade desse recurso no direito pátrio.

Dessa forma, conclui-se que a segurança jurídica defende situação diversa do princípio da proibição de retrocesso social: enquanto este aponta para o futuro, impedindo a supressão de conquistas sociais, ainda não transformadas em patrimônio do cidadão, aquela aponta para o passado, e, sem impedir a modificação da legislação, apenas garante o direito já adquirido.

⁸⁹ DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Biblioteca de Teses. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 210.

⁹⁰ Conforme SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador: IBDP, n. 9 mar.-abr.-maio 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C3%87O-2007-INGO%20SARLET.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2007, p. 146-147.

Nas palavras de Derbli:

Logo, proibição de retrocesso social e segurança jurídica são assuntos que havemos de distinguir com a necessária acurácia, sob pena de enxergar uma fungibilidade (ou mesmo, eventualmente, uma relação de continência) entre princípios que faria do primeiro uma formulação inútil. De fato, seria de pouco ou nenhum proveito destacar a proibição de retrocesso social para a garantia de direitos adquiridos ou expectativas de direito, como se fosse um sucedâneo do princípio da segurança jurídica – nossa contribuição pouco mais faria do que “chover no molhado”⁹¹.

Em recente trabalho, Derbli defende concepção um pouco mais restrita do princípio da proibição de retrocesso social. Após tecer várias críticas tanto à doutrina alemã como ao magistério de Sarlet, constrói conceito próprio, baseado no Acórdão 39/04 do Tribunal luso. Nas suas palavras:

Ora, a inspiração do modelo arquitetado pelo Tribunal Constitucional luso no Acórdão nº 39/84 é perfeitamente cabível e justifica, inclusive, a adoção da expressão *proibição de retrocesso social*, empregada em Portugal para cuidar exatamente do assunto em torno do qual gira o presente estudo: a obrigatoriedade da observância, pelo legislador, do grau de concretização infraconstitucional dos direitos fundamentais sociais, de modo a que não se retorne, pela via comissiva, a um grau anterior de ausência inconstitucional de legislação regulamentadora⁹².

Sustenta o referido autor que o princípio da proibição de retrocesso social é princípio implícito⁹³ da Constituição brasileira, mais precisamente quando se evidenciam vários comandos constitucionais que apontam no sentido da progressiva ampliação dos direitos fundamentais (art. 5º, § 2º, e art. 7º, caput), com vistas à paulatina redução das desigualdades regionais e sociais e à construção de uma sociedade marcada pela solidariedade e pela justiça social (art. 3º, I e III, e art. 170, caput e VII e VIII).

⁹¹ DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Biblioteca de Teses. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 217.

⁹² Ibidem, p. 219.

⁹³ Derbli tece considerações acerca da distinção entre texto e norma e, citando BARROSO, *Interpretação e aplicação da constituição*, p. 104-105, conclui que não existe identidade absoluta entre dispositivo e norma e, portanto, seria um tanto quanto ociosa a distinção entre normas expressas e implícitas, ou seja, nenhuma norma, a rigor, seria expressa num enunciado, uma vez que sempre careceria de atividade interpretativa, ou de construção.

Após extensa digressão acerca das diferenças entre normas constitucionais definidoras de direitos sociais e normas programáticas, conclui Derbli que o princípio da proibição de retrocesso social somente se aplica às primeiras. Sustenta sua posição ao afirmar que a exigência de integração infraconstitucional (imposição legiferante) não é elemento distintivo das normas programáticas, não se podendo desta extrair, ao menos, uma posição jurídico-subjetiva de cunho social⁹⁴, ao contrário do que ocorre com as normas definidoras de direitos sociais. Dessa forma, conceitua princípio da proibição de retrocesso social:

Vale dizer, haverá retrocesso social quando o legislador, comissiva e arbitrariamente, retornar a um estado correlato a uma primitiva omissão inconstitucional ou reduzir o grau de concretização de uma norma definidora de direito social; onde não houver imposição legiferante – e, portanto, for mais fluida a delimitação das raias da liberdade de conformação do legislador (o que ocorre no caso das normas constitucionais programáticas), não se poderá falar propriamente em proibição de retrocesso social.[...] Por conseguinte, retrocesso social (ou retorno da concretização, para utilizar a expressão de Jorge Miranda) e omissão inconstitucional são conceitos correlatos, na medida em que significam que uma determinada norma constitucional está concretizada por lei aquém do seu desiderato – no entanto, diferem por que, conforme o caso, o legislador voltou atrás ou deixou de ir aonde devia⁹⁵.

Assim, Derbli apresenta um conceito restrito de princípio da proibição de retrocesso social, pois advoga que somente se aplica nos casos em que a revogação da lei fizer retornar a um estado correlato a uma primitiva omissão inconstitucional, ensejadora de mandado de injunção ou de ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Adiante, defende o indigitado autor que uma vez concretizadas em sede legislativa as normas definidoras de direitos sociais, tais direitos passam a exibir o *status negativus* jusfundamental próprio dos direitos de defesa. Em decorrência,

⁹⁴ Neste sentido Derbli, obra citada, p. 233, recorre ao magistério de VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, que reconhece que nem sempre as normas constitucionais definidoras de direitos sociais geram um direito subjetivo, uma vez que necessitam da intervenção do legislador. Mas, ao menos, conferem uma posição jurídica subjetiva, que é mais que interesse juridicamente protegido, porque visa à satisfação de bens ou interesses do particular, ainda que não constitua direitos subjetivos perfeitos, uma vez que não determinado *a priori* o seu conteúdo material.

⁹⁵ DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Biblioteca de Teses. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 240-241.

seriam também oponíveis ao legislador, porém apenas quando essa concretização atingir um grau de consenso básico suficiente para que venha a radicar na consciência jurídica geral, de modo a corresponder à complementação ou ao desenvolvimento da própria norma constitucional. Nesse ponto, sustenta tratar-se de verdadeira mutação constitucional⁹⁶.

Não há como negar que a engenhosa construção de Derbli possui seus méritos. Neste trabalho, concorda-se com o autor quando defende que o princípio da proibição de retrocesso social não está fundamentado diretamente nem no mínimo existencial, e, conseqüentemente, na dignidade da pessoa humana, nem tampouco na segurança jurídica. Ao revés, como bem demonstrado pelo autor, o princípio da proibição de retrocesso social é princípio autônomo, baseado nos dispositivos constitucionais que determinam a constante ampliação dos direitos fundamentais sociais e mesmo na Constituição dirigente, sendo conseqüência lógica a existência de comando, dirigido ao legislador, de não retroceder na densificação dos direitos sociais e da justiça social.

Porém, com a devida vênia, não se concorda, aqui, com a aplicação restrita proposta. Segundo Derbli, o princípio da proibição do retrocesso social aplica-se somente: a) às normas definidoras de direitos sociais; b) nos casos correlatos a uma omissão inconstitucional; c) quando houver um “consenso profundo”, o que apontaria para verdadeira mutação constitucional.

Ao revés, propõem-se uma aplicação ampla do princípio da proibição de retrocesso, abrangendo também as normas programáticas e independentemente do denominado consenso profundo. É o que se tentará demonstrar no item seguinte.

⁹⁶ DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Biblioteca de Teses. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 244.

1.3 CONCEITUANDO O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

Sem a pretensão de esgotar o assunto, a seguir será proposta uma conceituação para o princípio da proibição de retrocesso social. Para tanto, partiu-se dos trabalhos analisados no item anterior, procurou-se apontar o que, nesta visão, representam acertos e desacertos, com a finalidade de se chegar a um entendimento do que realmente se constitui o indigitado princípio e qual o seu alcance.

1.3.1 Fundamentos Constitucionais – Direito Adquirido Social

A questão da autonomia e da *sedes materiae* do princípio da proibição do retrocesso social está diretamente vinculada a sua própria definição. Dessa forma, dependendo do conceito que se tenha desse princípio, diversas serão as respostas a essa questão. Para respondê-la, desenvolver-se-á o que se denominou de “direito adquirido social” para, posteriormente, concluir-se que o princípio da proibição do retrocesso social é o princípio por excelência que preserva essas conquistas.

O direito adquirido tem sido tratado a partir de uma análise individualista do fenômeno, através de uma perspectiva do direito civil. É de se referir que a doutrina ainda não fixou com precisão o conceito de direito adquirido. Segundo Silva:

É ainda a opinião de Gabba que orienta sua noção, destacando como seus elementos caracterizadores: (1) ter sido produzido por um fato idôneo para a sua produção; (2) ter se incorporado definitivamente ao patrimônio do titular. A Lei de Introdução ao Código Civil declara que se consideram adquiridos os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem (art. 6º, 2º)...Se o direito subjetivo não foi exercido, vindo a lei nova, transforma-se em direito adquirido, porque era exercitável e exigível à vontade de seu titular. Incorporou-se no seu patrimônio, para ser exercido quando convier. A lei nova não pode prejudicá-lo, só pelo fato de o titular não o ter exercido antes⁹⁷.

⁹⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 434.

Para Gonçalves⁹⁸, apoiando-se em Gabba, a Constituição Federal e a Lei de Introdução ao Código Civil teriam adotado o princípio da irretroatividade das leis como regra, em respeito ao direito adquirido.

De se observar que ambos os doutrinadores acima citam lição de Gabba. Nesse sentido, manifestam-se Correia e Correia:

Percebe-se que a maioria dos juristas parte da teoria exposta por Gabba em 1884 (na sua famosa obra *Teoria della retroattività delle leggi*, 2. ed., Torino: UTET, v. I). O conceito proposto por este autor vem sendo o parâmetro, com algumas poucas ressalvas, admitido pela doutrina pátria. Assim, importante a sua menção: “Confrontando as várias formas pelas quais vem sendo definido o direito adquirido, percebe-se acima de tudo que este é considerado a partir de dois sentidos diferentes: a) daquele referente à sua origem; b) daquele referente à sua pertinência com o interesse do indivíduo. (...) Considera-se adquirido cada direito que a) decorre de um fato idôneo a produzir este direito em virtude da lei do tempo na qual este mesmo fato vem inserido (...) b) sob a vigência da lei, sobre a qual se deu o fato descrito, houve aquisição deste direito que passou a incorporar o seu patrimônio⁹⁹.”

Os citados autores criticam esse conceito de direito adquirido, apontando os seguintes problemas: a) serve para a proteção específica do indivíduo contra abusos do Estado, de acordo com o liberalismo do final do século XIX; b) esta concepção permaneceu intacta, a despeito de novos modelos de Estado, especialmente o Estado social; c) baseia-se na idéia de irretroatividade da norma e de segurança jurídica, olvidando sua nova dimensão, que passa no plano constitucional, a compreender a segurança social¹⁰⁰.

Dessa forma, a idéia que se quer difundir é um novo conceito acerca do direito adquirido, conceito que abarque a evolução do próprio Estado, que passou de uma visão individual para uma visão social, abrangendo também outros ramos do direito infraconstitucional, notadamente ligados aos direitos sociais, e não apenas ao direito civil.

⁹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2002, v. I, p. 27.

⁹⁹ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Curso de direito da seguridade social*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 78.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 79.

Nesse sentido, através de uma interpretação constitucional evolutiva, na qual se atribuiria novos conteúdos à norma constitucional, sem modificação de seu texto, em verdadeira mutação constitucional, deve-se refazer a leitura do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal: “**a lei não prejudicará o direito adquirido**, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” [grifo nosso].

Seguindo essa perspectiva, Correia e Correia pregam:

Já de início, parece óbvio que há de rechaçar uma leitura exclusivamente individualista do fenômeno do direito adquirido, já que historicamente o componente social também passou a fazer parte do constitucionalismo – tendo comovido, inclusive, a interpretação de todos os conceitos constitucionais, inclusive aqueles forjados tipicamente no advento do liberalismo. Logo, os direitos fundamentais de primeira geração (dentre estes os direitos adquiridos) devem ser vislumbrados também a partir dos influxos que os direitos de segunda geração têm na sua atual situação. O olhar de quem busca entender conceitos tipicamente talhados no liberalismo deve se voltar, nos dias de hoje, para o século em que estamos inseridos (e não para o século XIX, ao qual sequer pertencemos)¹⁰¹.

Seguindo esse raciocínio, o princípio constitucional do direito adquirido encontrar-se-ia diretamente adstrito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Esse, por sua vez, estaria ligado à idéia de democracia, cuja principal missão seria a conciliação entre os valores da liberdade e da igualdade. Nesse contexto, as relações entre particulares e destes com o Estado devem ser exercício de limitação de poderes, para se alcançar o ideal democrático previsto na Constituição¹⁰².

Os referidos autores conceituam direito adquirido social:

Nesta linha, o direito adquirido não é apenas aquele que incorporou ao patrimônio jurídico do seu titular, em vista da incidência da norma aplicável à época do fato (o que se pode denominar direito adquirido individual). Deve ser considerado, também, a partir da perspectiva da sociedade, como tudo o que incorporou o patrimônio jurídico desta, em vista da luta diária pela aquisição de seus direitos (o que se chama, neste estudo, de direito adquirido social – termo herdado de Annibal Fernandes). (...) Trata-se apenas da preservação de patamares civilizatórios, incorporados às

¹⁰¹ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Curso de direito da seguridade social*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 82.

¹⁰² *Ibidem*, p. 83-86.

relações sociais por meio do direito, que não podem mais ser objeto de retrocesso¹⁰³.

Pode-se concluir que o direito adquirido social é extraído da conjugação do citado art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, que se refere a “direito adquirido” *lato sensu*, com os demais artigos constitucionais que apontam no sentido da progressiva ampliação dos direitos fundamentais da sociedade, aludidos por Derbli (art. 5º, § 2º, e art. 7º, *caput*¹⁰⁴), com vistas à paulatina redução das desigualdades regionais e sociais e à construção de uma sociedade marcada pela solidariedade e pela justiça social (art. 3º, I e III, e art. 170, *caput* e VII e VIII)¹⁰⁵.

Assim, as conquistas paulatinas da sociedade, incorporadas principalmente no rol de direitos fundamentais sociais, passam a constituir seu patrimônio e, como tal, são protegidos por meio do novel instituto do direito adquirido social.

Dessa forma, pode-se fixar as características desse instituto: a) não gera direito subjetivo, ou seja, apenas com base no direito adquirido social não poderá o cidadão alterar uma regra de aposentadoria, por exemplo; b) é protegido pelo princípio da proibição do retrocesso social. Esta última característica se apresenta essencial: o princípio da proibição do retrocesso social é o princípio por excelência que protege o direito adquirido social. Essa proteção se dá no confronto entre a norma revogada e a norma atual, de tal forma a preservar a primeira, toda vez em que houver desrespeito ao direito adquirido social. Assim, o princípio da proibição do retrocesso social possui assento constitucional através do instituto do direito adquirido social.

¹⁰³ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Curso de direito da seguridade social*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 86.

¹⁰⁴ Art. 7º, da Constituição Federal: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social...”: trata-se do princípio da proibição do retrocesso específico para o direito trabalhista, uma vez que dispõe que as novas leis trabalhistas devem contribuir para a melhoria da condição social do empregado. Todos os direitos trabalhistas estabelecidos no texto constitucional são garantias mínimas e deve-se buscar ao máximo a melhoria da condição de vida do trabalhador, o que é mais conhecido, na doutrina trabalhista, como princípio constitucional social de proteção ao trabalhador. Nesse sentido, veja-se ALMEIDA, Edvaldo Nilo de. *Repensando os princípios: princípios constitucionais sociais trabalhistas e a mudança dos paradigmas dos princípios específicos do direito do trabalho*. Disponível em: <www.unifacs.br/revistajuridica/edicao_marco2004/disc03/disc03.doc>. Acesso em: 03 mar. 2008.

¹⁰⁵ DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Biblioteca de Teses. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 223.

Correia e Correia¹⁰⁶, ao referirem-se especificamente ao princípio da proibição do retrocesso social, sustentam que o direito adquirido social é mais amplo, uma vez que aquele protege retroações referentes aos direitos sociais, e este protegeria todos os direitos fundamentais.

Discorda-se neste ponto. Do modo como se concebe o princípio da proibição do retrocesso social, este se aplica a qualquer direito fundamental, e não apenas aos direitos sociais. Assim, defende-se uma aplicação ampla do princípio da proibição do retrocesso social, como se tentará demonstrar mais adiante.

O princípio da proibição de retrocesso social, além de constituir-se em norma implícita da Constituição, como se demonstrou, também é previsto em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, o que reforçaria seu assento constitucional. É o tema tratado no item que segue.

1.3.2 Tratados Internacionais – A adesão do BRASIL ao Princípio da Proibição de Retrocesso Social

Outro argumento se pode levantar acerca do assento constitucional do princípio da proibição de retrocesso. Trata-se do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), adotado pela Resolução n.2.200-A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e ratificada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, com o objetivo de assegurar juridicidade e eficácia, no plano interno dos países-membros, aos cânones da Declaração Universal dos Direitos Humanos,¹⁰⁷ principalmente no que tange aos Direitos Sociais.

¹⁰⁶ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Curso de direito da seguridade social*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 87.

¹⁰⁷ DUARTE, Clarice Seixas. *Os documentos internacionais de proteção aos direitos humanos e a legislação brasileira*, Disponível em: <www.acaoeducativa.org.br/opa/opa02.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2008. A autora esclarece: "O sistema internacional de proteção dos direitos humanos é formado pelo sistema normativo global (composto de instrumentos de alcance geral e especial) e pelo sistema regional, este último integrado pelos sistemas americano (no qual o Brasil está inserido), o europeu e o africano. Os organismos que integram o sistema ONU – Organizações das Nações Unidas, são responsáveis pelo monitoramento global dos direitos humanos. O

Piovesan assim se manifesta:

Esse processo de "juridicização" da Declaração começou em 1949 e foi concluído apenas em 1966, com a elaboração de dois tratados internacionais distintos - o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – que passavam a incorporar os direitos constantes da Declaração Universal. Ao transformar os dispositivos da Declaração em previsões juridicamente vinculantes e obrigatórias, esses dois Pactos Internacionais constituem referência necessária para o exame do regime normativo de proteção internacional dos direitos humanos¹⁰⁸.

Referindo-se ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - este último, objeto de nosso estudo - Trindade observa:

Com os dois Pactos em vigor, concretizava-se a Carta Internacional dos Direitos Humanos, acelerava-se o processo de generalização da proteção internacional dos direitos humanos e abria-se o campo para a gradual passagem da fase legislativa à de implementação dos tratados e instrumentos internacionais de proteção¹⁰⁹.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi assinado por 145 Estados e tem como objetivo primordial a incorporação e a expansão dos dispositivos relacionados com os direitos sociais, econômicos e culturais estabelecidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Seus preceitos são dotados de obrigatoriedade e força vinculante, ou seja, assim como ocorre com os demais tratados internacionais, o Pacto visa à responsabilização dos Estados que desrespeitem seus dispositivos por meio da criação de obrigações legais para os Estados-Membros.

Sistema Global de Proteção foi inaugurado pela Carta Internacional dos Direitos Humanos (*International Bill of Rights*), integrada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, pelo Pacto Internacional de Proteção dos Direitos Civis e Políticos e pelo Pacto Internacional de Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966. Além de instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos de alcance geral, o sistema global é também composto por instrumentos de alcance específico, pertinentes a determinadas violações, tais como genocídio, tortura, discriminação racial e contra a mulher, violação dos direitos das crianças, direito à educação, entre outras, que oferecem enorme potencial de proteção à pessoa humana.”

¹⁰⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 152.

¹⁰⁹ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997, v. 1, p. 40.

O Brasil se vincula ao cumprimento integral dos Tratados Internacionais ratificados, uma vez que tais instrumentos normativos internacionais foram recepcionados pelo ordenamento jurídico pátrio. A obrigatoriedade de tal cumprimento pode ser depreendida pelo comando constitucional que emerge do artigo 5º parágrafo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil (§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte)¹¹⁰.

Para além deste argumento, assume destaque o disposto no artigo 4º, inciso II, da Constituição Federal, enunciando que, nas suas relações internacionais, o Brasil rege-se-á (dentre outros princípios) pela prevalência dos direitos humanos. Também o novel art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, incluído pela EC 45/2004, parece apontar no mesmo sentido, porém prevendo um caminho mais difícil¹¹¹.

¹¹⁰ Não sendo o escopo deste trabalho, não desenvolveu-se a polêmica acerca da incorporação de tratados internacionais ao ordenamento jurídico interno. Apenas para informação do leitor, há duas correntes principais acerca do assunto. De um lado, os empenhados na dualidade entre monistas e dualistas (Veja-se REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*. São Paulo: Forense, 1984, p. 461-475) e, de outro, a corrente humanista (veja-se TRINDADE, Antônio Augusto Caçado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, v. 1.; PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007). Os primeiros somente admitem a aplicação do direito internacional (independentemente do seu conteúdo) quando integrado ao ordenamento jurídico interno. Já a corrente humanista defende a aplicação imediata da norma de direitos humanos mais favorável à vítima, mesmo que essa norma seja internacional e ainda não tenha sido integrada formalmente ao ordenamento jurídico interno dos países. O STF, de forma conservadora, interpretou o texto constitucional seguindo a primeira corrente e concluiu pela impossibilidade de se internalizar os tratados internacionais de direitos fundamentais com *status* de norma constitucional. Porém, com a EC 45/2004, que incluiu parágrafo terceiro, no art. 5º, da Constituição Federal (§ 3º *Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais*), à primeira vista, parece o ordenamento pátrio se encaminhar para a segunda corrente doutrinária apresentada. Nesse sentido, veja interessante artigo de MESQUITA, Daniel Augusto. *Incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos ao ordenamento jurídico brasileiro: interpretação da Constituição Federal pelo Supremo Tribunal Federal e conseqüências da Emenda Constitucional 45/2004 na proteção dos direitos fundamentais*. Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília, ago. 2005. Disponível em: <www.idp.org.br/download.php?arquivo=wo9j2g36jqh1.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2008.

¹¹¹ Interessante é a posição de DUZ, Clausner Donizeti. O princípio constitucional da vedação ao retrocesso frente à constitucionalidade do artigo 5º, § 3º, da CF/88. *Boletim Jurídico*, Uberaba/MG, a. 3, n. 160. Disponível em: <www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1016>. Acesso em: 06 jan. 2008: “Assim, o § 3º, do art. 5º, da Lei Maior seria inconstitucional, e a motivação de tal fenômeno encontra-se amparado no Princípio da Vedação ao Retrocesso, já que nossa Constituição Federal garante o mínimo de direitos quando da concretização dos Direitos Fundamentais, sendo vedado ao constituinte, que não o originário, a elaboração de norma que piore direito já conquistado e disposto em norma constitucional.”

Conclui, a esse respeito, Piovesan:

Ora, ao prescrever que “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais”, a *contrario sensu*, a Carta de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Esse processo de inclusão implica a incorporação pelo Texto Constitucional de tais direitos.

Ao efetuar a incorporação, a Carta atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja a natureza de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Essa conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do Texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional¹¹².

No artigo 2º, primeiro parágrafo, do PIDESC, há expressa alusão à aplicação progressiva dos direitos sociais e econômicos, remetendo a uma cláusula da proibição do retrocesso social. Vejamos, *in verbis*:

Artigo 2º

§1. Cada Estado Membro no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que **visem assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto**, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas. [Grifos nossos].

Importante frisar que o Brasil assinou, igualmente, o Protocolo de San Salvador, formulado no ano de 1988, como instrumento adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 – nominada de Pacto de San José da Costa Rica –, que possui norma no mesmo sentido. Sobre esse Protocolo, manifesta-se Piovesan:

Além do Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, há que se mencionar o Protocolo de San Salvador, em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, que entrou em vigor em novembro de 1999. Tal como o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, este tratado da OEA

¹¹² PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 52.

reforça os deveres jurídicos dos Estados-partes no tocante aos direitos sociais, que devem ser **aplicados progressivamente, sem recuos e retrocessos**, para que se alcance sua plena efetividade. O Protocolo de San Salvador estabelece um amplo rol de direitos econômicos, sociais e culturais, compreendendo o direito ao trabalho, direitos sindicais, direito à saúde, direito à Previdência Social, direito à educação, direito à cultura,...Este Protocolo acolhe (tal como o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) a concepção de que cabe aos Estados investir o máximo dos recursos disponíveis para alcançar, progressivamente, a plena efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais¹¹³. [Grifos nossos].

De acordo, portanto, com a legislação internacional dos direitos humanos, evidencia-se também, por esse prisma jurídico, a impossibilidade de supressão ou redução dos Direitos Sociais consagrados no ordenamento constitucional pátrio.

O Comentário Geral nº 03, de 1990, do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU oferece uma interpretação oficial sobre a natureza das obrigações impostas pelo PIDESC aos Estados-partes. De acordo com as Nações Unidas, o conceito de progressividade indica que a plena realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, de modo geral, não poderá ser atingida em um curto período de tempo. Entretanto, para o Comitê, a progressividade não deve ser interpretada como uma justificativa para que o Estado deixe de implementar os direitos econômicos, sociais e culturais. Manifestando-se acerca do sentido da palavra “progressivamente” no art. 2º, § 1º, do PIDESC, Duarte defende a proibição do retrocesso social:

Do princípio da aplicação progressiva dos direitos previstos no PIDESC decorre o dever, por parte dos Estados, de executar avanços concretos em prazos determinados, o que, **na prática, constitui um empecilho ao retrocesso da política social do Estado** que, tendo alcançado um certo nível de proteção dos respectivos direitos, não pode voltar atrás e baixar o padrão de vida da comunidade¹¹⁴. [Grifos nossos].

No mesmo sentido, é a posição de Piovesan:

¹¹³ PIOVESAN, Flávia. Proteção em jogo. Direitos econômicos, sociais e culturais e os desafios. *Revista Consultor Jurídico*, 26 ago. 2002. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/10798,1#null>>. Acesso em: 6 jan. 2008.

¹¹⁴ DUARTE, Clarice Seixas. *Os documentos internacionais de proteção aos direitos humanos e a legislação brasileira*. Disponível em: <www.acaoeducativa.org.br/opa/opa02.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2008.

Logo, em face do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que os Estados-partes (dentre eles o Brasil), no livre e pleno exercício de sua soberania, ratificaram, há que se observar o princípio da aplicação progressiva dos direitos sociais, o que, por si só, implica no princípio da proibição do retrocesso social¹¹⁵.

Dessa forma, conclui-se que o princípio da proibição de retrocesso social possui assento constitucional, quer seja através do denominado direito adquirido social, quer seja através dos tratados internacionais antes referidos.

Fixadas essa premissas, de modo a explicitar o conteúdo do princípio da proibição do retrocesso social, cabe indagar sobre a materialidade e o alcance do princípio, tema que será tratado no item que segue.

1.3.3 Materialidade e Aplicabilidade (Alcance) do Princípio da Proibição do Retrocesso Social

Pela exposição doutrinária perpetrada no itens anteriores, concluiu-se que os diversos autores analisados divergem quanto ao alcance do princípio da proibição de retrocesso.

Para Sarlet, que segue a doutrina alemã, o princípio em estudo apenas inquina de inconstitucionalidade a medida retrocessiva que atingir o núcleo essencial do direito social, diretamente conectado ao princípio da dignidade da pessoa humana, especialmente considerando-se que os direitos sociais prestacionais formam um conjunto de prestações materiais indispensáveis para uma vida com dignidade – o mínimo existencial. Dessa forma, aplicar-se-ia a qualquer conquista social, inclusive àquelas advindas da concretização de normas programáticas.

¹¹⁵ PIOVESAN, Flávia. Proteção em jogo. Direitos econômicos, sociais e culturais e os desafios. *Revista Consultor Jurídico*, 26 ago. 2002. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/10798,1#null>>. Acesso em: 6 jan. 2008.

Já para Derbli, com uma visão mais restritiva, o princípio da proibição de retrocesso aplicar-se-ia apenas para o caso de haver retrocessão relativa a normas constitucionais definidoras de direitos sociais, e não para normas programáticas, uma vez que somente aquelas levam ao retorno a um estado correlato a uma primitiva omissão inconstitucional, ensejadora de mandado de injunção ou de ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Ousa-se discordar de ambos os autores. Na visão que se quer propor, o princípio da proibição de retrocesso aplicar-se-ia a qualquer medida retrocessiva, seja relativa a normas constitucionais definidoras de direitos sociais, seja relativa a normas programáticas, o que, neste ponto, aproximar-se-ia de Sarlet.

Todavia, defende-se, divergindo-se desse autor, que a retrocessão que “ativa” o princípio da proibição de retrocesso não precisa ser de tal monta a atingir o núcleo essencial do direito social atingido. E isso porque sempre será necessária a devida ponderação para se determinar em que situações a medida retrocessiva, seja mínima ou máxima (até mesmo atingindo o núcleo essencial), levará ou não a lei revogadora à inconstitucionalidade.

Neste ponto, faz-se necessário adentrar na questão da ponderação, uma vez que sua definição altera o próprio conceito do princípio da proibição de retrocesso que se quer formular. Dessa forma, arrisca-se neste terreno movediço, mas com a ressalva de que se tratará apenas dos aspectos mais relevantes para a finalidade deste trabalho, justamente para não haver a indevida perda do foco inicial.

A doutrina normalmente refere à denominada ponderação de princípios, em contraponto à aplicação “tudo ou nada” de regras. Segundo o magistério de Ohlweiler:

No âmbito do senso comum, é primordial considerar a diversa capacidade operativa, como menciona Roberto Bin, pois enquanto a regra oferece a alternativa da integral aplicação ou integral não aplicação, o princípio, de forma contrária, não se prestaria para a aplicação estritamente linear, sendo necessário considerar o peso ou a dimensão. Os princípios, com efeito, conforme amplamente admitido pela dogmática jurídica, possuem conteúdo axiológico, valorativo, que há de ser levado em consideração por ocasião de sua aplicação. A própria aplicação dos princípios seria diferenciada das

regras, pois estas podem ser utilizadas como premissa maior de um silogismo jurídico, enquanto os princípios não permitem que o aplicador recorra à subsunção¹¹⁶.

Dworkin¹¹⁷ faz referência à contraposição entre princípios conservadores, que se inclinam a favor do *status quo*, e princípios renovadores, ao sustentar que é freqüente a rejeição pelos tribunais de regras estabelecidas, ou sua reinterpretção, mesmo contrariando a “intenção do legislador”, por meio da aplicação de princípios. Diante disso, constata a necessidade da presença das seguintes condições: a) que o juiz considere que a mudança favorecerá um princípio; b) porém, não é qualquer princípio que poderá embasar uma mudança nas regras, caso contrário nenhuma regra seria obrigatória, sendo necessário que existam princípios mais importantes que outros.

O autor conclui que devem ser levados em conta alguns padrões importantes, que se opõem ao abandono da regra estabelecida, os aqui denominados princípios conservadores. Incluem-se entre esses padrões: a doutrina da “supremacia do Poder Legislativo” (conjunto de princípios que exige que os tribunais mostrem uma deferência limitada pelos atos do legislativo) e a doutrina do precedente (conjunto de princípios que reflete a equidade e a eficiência que deriva da consistência).

Ainda para o referido autor, ficaria implícito, quando se diz que uma regra é obrigatória, que: a) é sustentada por princípios que o tribunal não tem a liberdade de desconsiderar e que, tomados coletivamente, são mais fortes que outros princípios que apontam para mudança; ou b) qualquer mudança é condenada por uma combinação de princípios conservadores, tais como a supremacia do Poder Legislativo e o precedente, princípios que os juízes não podem desconsiderar¹¹⁸.

Propõe-se, neste estudo, o que se denominou de “ponderação de soluções”. Partindo-se da concepção apresentada por Dworkin, conclui-se que sempre, em qualquer caso, haverá ponderação, mas não de princípios, bens e valores, mas sim

¹¹⁶ OHLWEILER, Leonel Pires. A ponderação no regime administrativo brasileiro: análise de uma recepção hermenêutica. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. XXXIII, 2006, p. 3.

¹¹⁷ DWORKIN, Ronaldo. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 60.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 61.

das próprias soluções ao caso concreto, mesmo quando da aplicação de uma regra através da subsunção.

A regra, na verdade, seria a “solução pronta”, ou “solução legislada”, apresentada pelo sistema jurídico ao aplicador. Este, como asseverado, poderá deixar de aplicá-la, construindo outra solução. Logo, quando há uma regra, esta somente será aplicada ao caso concreto se uma solução melhor não existir. Conclui-se, neste ponto, que mesmo diante de simples subsunção, o interprete sempre realizará uma ponderação de soluções, ainda que de forma implícita (se aplicou a solução pronta foi porque ponderou entre esta e outras possíveis soluções – as “soluções construídas” no caso concreto).

Melhor explicando: diante de mais de uma solução (soluções prontas x soluções construídas), o intérprete deverá escolher a que dê a melhor resposta de acordo com a Constituição (ou a melhor resposta hermenêutica, nas palavras de Sarlet¹¹⁹), levando-se em conta os vários princípios que apóiam cada uma delas. Diz-se que não há ponderação de princípios, uma vez que um mesmo princípio poderá apoiar várias soluções possíveis, com um peso diferenciado. Veja-se o exemplo:

- S1 (solução pronta) → P1 Ka + P2 Kb + P3 Kc + “princípios conservadores” Kd
- S2 (solução construída 2) → P1 Ke + P4 Kf
- S3 (solução construída 3) → P1 Kg + P2 Ki + P4 Kj

Onde:

‘S1’, ‘S2’ e ‘S3’ são as soluções possíveis diante de um caso judicial, sendo que apenas a S1 é solução legislada.

‘P1’, ‘P2’, ‘P3’ e ‘P4’ são os princípios que apóiam determinada solução.

‘Ka’ a ‘Kj’, são os pesos relativos de cada princípio ao apoiar determinada solução.

A solução do caso concreto ‘S1’ (solução pronta ou legislada) é apoiada pelos princípios ‘P1’ (com peso ‘Ka’), pelo princípio ‘P2’ (com peso ‘Kb’) e pelo princípio

¹¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 457.

'P3' (com peso 'Kc'). Também conta com o importante apoio do conjunto de "princípios conservadores", que visam à manutenção do *status quo*. As outras duas soluções - 'S2' e 'S3' (soluções construídas pelo intérprete diante do caso concreto) - são apoiadas pelos princípios enumerados com os respectivos pesos. Observe-se que, no exemplo, o princípio 'P1' apóia as três soluções possíveis, mas com pesos diferentes. Assim, se a ponderação se desse em nível de princípios, não haveria como comportar o presente exemplo, de onde se deflui que a ponderação se dá entre as soluções, prevalecendo aquela cujos princípios apoiarem com maior peso, ou seja, a melhor solução hermenêutica.

Dessa forma, mesmo que o intérprete, o juiz ou o administrador, aplique uma regra, estará realizando a devida ponderação de soluções, ainda que de forma implícita. Sendo a regra legislada nada mais do que uma "solução pronta", já definida pelo sistema jurídico, o juiz, então, determinará se, diante do caso concreto, aquela solução legislada seria a mais adequada.

Nesse sentido, não há diferenças significativas entre a solução de um caso simples (aquele em que adotada a solução "pronta") e um caso difícil (no qual, no mais das vezes, a solução "pronta" é afastada ou não há esta solução), uma vez que em ambos há a ponderação de soluções. Se o exegeta aplicou solução diversa da prevista em lei, significa que ponderou as soluções e considerou a solução construída como melhor.

Nesse último caso, a regra afastada seria inconstitucional. Porém, a solução construída teria de ser de tal forma melhor, que vença a resistência de princípios conservadores, entre eles o princípio da separação dos poderes e da supremacia da Constituição, que sempre apóiam a regra pronta.

Neste ponto, chega-se a importante conclusão: parece despicienda a discussão acerca da diferença entre princípios e regras. Considerando-se a ponderação como ponderação de soluções, e não de princípios, e que esta ponderação estará sempre presente, ao menos de forma implícita, mesmo no caso de simples "subsunção", parece inexistir qualquer diferença, em essência, entre

esses dois tipos de normas jurídicas, uma vez que ambos, de acordo com este ponto de vista, são tratados da mesma forma pelo exegeta¹²⁰.

Seguindo essa linha de pensamento, concebe-se o princípio da proibição de retrocesso como mais um dos princípios que apóiam a solução revogada, atuando como princípio conservador, nos casos em que a norma nova diminuir direitos sociais. Diante do caso concreto de revogação ou diminuição de um direito social, a nova solução deverá ser de tal forma melhor, que vença, inclusive o peso do princípio da proibição de retrocesso.

Dessa forma, o princípio da proibição de retrocesso social não leva, necessariamente, a nova lei a ser considerada inconstitucional, mas apenas se agrega aos princípios, interesses e valores que apóiam a antiga solução, devendo sempre se perpetrar a devida ponderação de soluções. Assim, o princípio da proibição de retrocesso é o princípio conservador por excelência, sempre apontando, ao menos, pela manutenção das conquistas já alcançadas. Retomando o exemplo anterior:

- S1 → P1 Ka + P2 Kb + PPRS Kc
- S2 → P1 Kd + P3 Ke

Onde:

‘S1’ é a solução revogada (regra).

‘S2’ é a nova solução (regra), que revogou ou diminuiu direitos sociais.

‘P1’ a ‘P3’ são os princípios que apóiam as soluções.

‘PPRS’: Princípio da Proibição do Retrocesso Social.

‘Ka’, ‘Kb’, ‘Kc’, ‘Kd’ e ‘Ke’ são os pesos de cada princípio.

De se observar que, nesse exemplo, ‘S1’ e ‘S2’ são “soluções prontas”, porque legisladas. A solução ‘S2’ deverá ser de tal forma melhor, que vença a resistência de todos os princípios que embasam a solução ‘S1’, incluindo aí o próprio princípio da proibição de retrocesso social.

¹²⁰ Aliás, também o próprio conceito tradicional de subsunção parece perder força, já que, conforme se procurou demonstrar, necessariamente haverá ponderação.

Conclui-se que o princípio da proibição de retrocesso social é um princípio sempre presente, a reforçar a constitucionalidade da solução que concretize direitos sociais. Dependendo do grau de revogação ou diminuição do direito social pela lei nova, o princípio da proibição de retrocesso social variará em peso (no exemplo, 'Kc').

Assim, não apenas quando atinge o núcleo essencial o princípio da proibição de retrocesso atuará. Ao revés, qualquer diminuição já fará o indigitado princípio agir - apenas o peso com que ingressará na ponderação será alterado. Quando ocorrer de a regra nova revogar totalmente a anterior, incidindo inclusive sobre o núcleo essencial, levará o princípio da proibição de retrocesso a incidir com peso máximo. Mas, mesmo nesse caso, não haverá necessariamente uma inconstitucionalidade, mas, por certo, a lei nova deverá ser apoiada por princípios e regras tais, que vençam o princípio da proibição de retrocesso com sua força máxima.

De se observar que o princípio da proibição do retrocesso social, através da ponderação de soluções apresentada, sempre terá o efeito de reforçar a constitucionalidade da norma definidora de direitos sociais que restou revogada, seja essa uma norma infraconstitucional ou até mesmo uma emenda constitucional. Mesmo que a norma revogada já possua proteção natural por meio de algum princípio constitucional, como ocorre com várias normas de direito previdenciário presentes no art. 201 da Constituição Federal, o princípio da proibição do retrocesso social unir-se-á com este princípio na tentativa de manutenção dos direitos sociais já conquistados. Também, as normas ditas programáticas serão protegidas pelo princípio da proibição do retrocesso social, por meio de seu reforço de constitucionalidade.

Diante dessas premissas, ainda que sumariamente expostas, e tendo presentes os conceitos colacionados, passa-se a examinar a aplicação do princípio da proibição de retrocesso pela jurisprudência brasileira.

1.4 O JUDICIÁRIO E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL NO DIREITO BRASILEIRO

As decisões judiciais nacionais que se apoiaram de forma direta ou indireta no princípio da proibição de retrocesso são ainda em pequeno número¹²¹. Talvez isso ocorra em função da própria falta de consenso doutrinário acerca do princípio, como demonstrado nos itens anteriores. Mas, por certo, à medida que novos trabalhos e novas decisões judiciais forem se agregando, a tendência será de uma maior aplicação do instituto.

Em relação ao Supremo Tribunal Federal, alguns ministros do STF, de forma pioneira, fizeram alusão ao indigitado princípio nos seguintes arestos – ADIn n.º 1946-5/DF, ADIn n.º 2.065-DF, ADIn n.º 3.104-DF, ADIn n.º 3.105-DF. A seguir, breves comentários acerca desses acórdãos.

Nos autos da ADI n.º 1946-5/DF, o Relator Ministro Sydney Sanches assim decidiu, em 03/04/2003, afastando a aplicação do art. 14 da EC 20/98 ao benefício do salário-maternidade, resguardando a possibilidade de o benefício em questão ser deferido em valor superior ao teto dos benefícios previdenciários, decisão acompanhada unanimemente pelo plenário:

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. n.º 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

¹²¹ Para se chegar a esta conclusão, pesquisou-se jurisprudência dos seguintes tribunais: Supremo Tribunal Federal (www.stf.gov.br), Superior Tribunal de Justiça (www.stj.gov.br), Conselho da Justiça Federal (pesquisa integrada de jurisprudência dos cinco Tribunais Regionais Federais e de decisões dos Juizados Especiais Federais em www.cjf.gov.br) e Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (www.tj.rs.gov.br). Consultas com acesso em: 06 jan. 2008.

social-previdenciária, que não se pode presumir desejado. (...)¹²². [Grifos nossos].

Observa-se, nessa decisão, que o STF aplicou o princípio da proibição de retrocesso social para alterações perpetradas por emenda constitucional, não se aliando a parte da doutrina que restringe o indigitado princípio às leis infraconstitucionais. Além disso, não há qualquer referência à aplicação do indigitado princípio apenas nos casos de a revogação atingir o núcleo essencial de direito social já conquistado. E nem poderia no caso em comento, uma vez que a decisão refere-se a possibilidade de pagamento de benefício previdenciário além do teto do Regime Geral de Previdência Social¹²³.

Já na ADIn n.º 2.065/DF, questionou-se a revogação do Conselho Nacional de Seguridade Social e dos Conselhos Estaduais e Municipais de Previdência Social, que concretizavam o princípio constitucional de caráter democrático e descentralizado da administração da seguridade social. Por maioria, não foi conhecida a ação direta de inconstitucionalidade, porquanto considerada ofensa reflexa à Constituição.

Porém, de acordo com voto vencido do Ministro Sepúlveda Pertence, que rejeitou a preliminar de não conhecimento da ação, extrai-se que admite a aplicação do princípio da proibição de retrocesso a normas programáticas, conforme defende-se nesta dissertação. Também rechaça, expressamente, o argumento da alegada constitucionalização do direito legal, uma vez que entende que somente quando há retorno a uma omissão legislativa é que o princípio em comento deverá atuar. Veja-se parte do voto:

Ao contrário do que supõem as informações governamentais, com o admitir, em tese, a inconstitucionalidade da regra legal que a revogue, **não se pretende emprestar hierarquia constitucional à primeira lei integradora do preceito da Constituição, de eficácia limitada**. Pode, é óbvio, o

¹²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADIn n.º 1946-5/DF*. Relator: Ministro Sydney Sanches. Julgado em: 03 abr. 2003. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 06 jan. 2008.

¹²³ De acordo com a Portaria Interministerial MPS/MF n.º 77, de 11 de março de 2008 - DOU de 12/03/2008, o teto do Regime Geral da Previdência Social, com validade a partir de 01/03/2008, é R\$ 3.038,99.

legislador ordinário substituí-la por outra, de igual função complementadora da Lei Fundamental; o que não pode é substituir a regulamentação integradora precedente – pré ou pós-constitucional – pelo **retorno ao vazio normativo** que faria retroceder a regra incompleta da Constituição à sua quase impotência originária [Grifos nossos]¹²⁴.

No terceiro julgamento destacado, por maioria, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a ADIn n.º 3.104/DF, de autoria da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), referente ao regime de aposentadoria dos servidores públicos federais. A ADIn reivindicava que os servidores que tomaram posse até 16/12/98 tivessem o direito, considerado adquirido, à regra de transição prevista na emenda constitucional n.º 20/98. O voto da relatora, Ministra Carmem Lúcia, foi contrário sob o argumento de que só se poderia julgar inconstitucional o artigo 2º, da EC 41/2003, se houvesse ofensa ao direito adquirido. Em favor do julgamento de procedência da ADIn votaram os ministros Carlos Ayres Brito, Marco Aurélio Melo e Celso de Mello.

O voto vencido do Ministro Carlos Britto enfoca a questão do retrocesso social, invocando a questão das cláusulas pétreas: “A nova constituição traz uma conquista política, social, econômica e fraternal, de que natureza for, e a petrealidade passa a operar como uma garantia do avanço, então obtido. Uma interdição ao retrocesso¹²⁵”. De se observar que esta alusão ao princípio da proibição do retrocesso social é diversa da questão das cláusulas pétreas. Ora, se há proteção natural pela própria limitação constitucional de alteração material, não há falar no indigitado princípio.

No quarto aresto, questionou-se a cobrança de contribuição previdenciária dos servidores públicos aposentados e dos pensionistas perpetrada pela EC 41/2003 na ADIn n.º 3.105-8/DF. Ao final, a referida cobrança foi mantida por maioria, apenas deferindo tratamento isonômico para servidores aposentados e pensionistas anteriores e posteriores à referida Emenda, bem como entre aposentados e pensionistas da União, Estados, DF e Municípios. O voto vencido do

¹²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADIn n.º 2.065/DF*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em: 17 fev. 2000. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 06 jan. 2008.

¹²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADIn n.º 3.104/DF*. Relatora: Ministra Carmem Lúcia. Julgado em: 26 set. 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 06 jan. 2008.

Ministro Celso de Mello faz considerações acerca do princípio da proibição do retrocesso aplicado ao Direito Previdenciário, citando lições de Canotilho e mencionando o Acórdão nº 39/84, do Tribunal Constitucional de Portugal:

Refiro-me, neste passo, ao princípio da proibição do retrocesso, que, em tema de direitos fundamentais de caráter social, e uma vez alcançado determinado nível de concretização de tais prerrogativas (como estas reconhecidas e asseguradas, antes do advento da EC nº 41/2003, aos inativos e aos pensionistas), impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive¹²⁶.

E eminente ministro defende a inconstitucionalidade de qualquer medida que, sem prever compensações, venha a diminuir os níveis de concretização já alcançados pelos direitos sociais. Não faz menção ao princípio da segurança jurídica ou ao núcleo essencial do direito social. Parece, dessa forma, aproximar-se da concepção que se defende nesta dissertação: o princípio da proibição do retrocesso como reforço de constitucionalidade da norma revogada.

O Superior Tribunal de Justiça, no REsp n.º 567.873-MG¹²⁷, mencionou o princípio da proibição de retrocesso social, ao reconhecer a inconstitucionalidade (e ilegalidade) da denegação do benefício da isenção do IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados) para os portadores de deficiência física, por ocasião da aquisição de automóvel adaptado às suas circunstâncias e necessidades pessoais.

Na referida decisão, argumentou-se, entre outros pontos, que a concessão anterior do benefício da isenção do IPI para efeitos de aquisição de veículos especiais para portadores de necessidades especiais, além de poder ser considerada como sendo uma concretização de direitos fundamentais sociais, implementou o princípio da igualdade na sua perspectiva material, que não apenas veda a discriminação dos portadores de necessidades especiais, mas também impõe a implementação (e, portanto, veda a supressão) de medidas que venham a

¹²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADIn n.º 3.105-8/DF*. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Julgado em: 18 out. 2004. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 06 jan. 2008.

¹²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n.º 567.873-MG*. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em: 10 fev. 2004. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 06 jan. 2008.

assegurar a sua inserção social e profissional, configurando-se uma aplicação do princípio da proibição de retrocesso social.

Também constamos pouca referência ao princípio da proibição de retrocesso na jurisprudência dos cinco Tribunais Regionais Federais. As escassas decisões citando o referido princípio estão elencadas e analisadas a seguir.

Na decisão no AMS n.º 2002.38.00.016555-2/MG¹²⁸, oriunda do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, possibilitou-se a conversão de tempo de serviço especial em tempo comum, mesmo após o advento da Lei n.º 9.711/98, que proibiu tal conversão. Houve fundamento, entre outros argumentos, no princípio do retrocesso social. No aresto AC n.º 325550¹²⁹, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região reconheceu que a Lei n.º 9.732/98 criou condições para o reconhecimento de imunidade tributária que contrariam o princípio da proibição do retrocesso.

Em dois recentes acórdãos, AC n.º 2006.72.99.000635-6¹³⁰ e AC n.º 2003.71.00.027032-0¹³¹, o Tribunal Regional Federal da 4ª região embasou suas decisão no princípio da proibição de retrocesso social. Na primeira, reconheceu-se o direito de menor sob guarda ser amparado por pensão por morte, a despeito de a Lei n.º 9.528/97 ter revogado essa possibilidade. Na segunda, foi deferido o ressarcimento parcial das despesas efetuadas por servidor com o Plano de Assistência à Saúde, de acordo com a legislação anterior.

Em ambas decisões, não há maiores esclarecimentos acerca do princípio da proibição de retrocesso social, apenas referência sobre a impossibilidade de revogação de normas que implementem direitos sociais. Porém, na segunda

¹²⁸ DISTRITO FEDERAL. Tribunal Regional Federal. 1ª Região. 2ª Turma. AMS n.º 2002.38.00.016555-2/MG. Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian. Julgado em: 03 nov. 2004. Disponível em: <www.trf1.gov.br>. Acesso em: 06 jan. 2008.

¹²⁹ RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional Federal. 2ª Região. 1ª Turma. AC n.º 325550. Relator Juiz Ricardo Regueira. Julgado em: 15 dez. 2003. Disponível em: <www.trf2.gov.brr>. Acesso em: 06 jan. 2008.

¹³⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal. 4ª Região. 6ª Turma. AC n.º 2006.72.99.000635-6. Relator Eduardo Vandré O. L. Garcia. Julgado em: 16 ago. 2006. Disponível em: <www.trf4.gov.br>. Acesso em: 06 jan. 2008.

¹³¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal. 4ª Região. 3ª Turma. AC n.º 2003.71.00.027032-0. Relator do Acórdão: Luiz Carlos de Castro Lugon. Julgado em: 30 maio 2007. Disponível em: <www.trf4.gov.br>. Acesso em: 06 jan. 2008.

decisão, o Desembargador relator parece apontar para a existência do instituto, aqui defendido, do direito adquirido social: "...as conquistas sociais incorporam-se ao patrimônio jurídico dos servidores, passando a constituir direito adquirido, que não pode ser diminuído ou simplesmente eliminado"¹³².

A Turma Recursal do Juizado Especial Federal de Mato Grosso, em decisões¹³³ da lavra do Juiz Renato Toniasso, reconheceu devido o benefício assistencial para pessoas com renda familiar *per capita* superior a ¼ do salário mínimo. Baseou o eminente Juiz seu *decisum* no princípio da proibição de retrocesso, ao fundamento de que houve uma evolução na legislação que define o que seja hipossuficiente, não podendo lei posterior diminuir o limite do valor.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em julgado recente¹³⁴, embasou decisão no indigitado princípio, garantindo o desconto da mensalidade em escola de ensino particular para o segundo filho, sob o argumento de que trata-se de conquista social da época.

Da análise dessas poucas decisões dos tribunais pátrios, se defluiu a grande influência do constitucionalista português Canotilho. Há, inclusive, várias referências diretas a sua obra em alguns dos votos dos arestos. Desta forma, conclui-se que a jurisprudência brasileira tem-se utilizado do princípio da proibição do retrocesso social na acepção que lhe emprestou o direito alemão, uma vez que foi a adotada por Canotilho.

Em outros julgados analisados, as decisões apenas fizeram menção ao princípio da proibição de retrocesso social, sem, no entanto, posicionarem-se acerca da concepção do princípio adotada, havendo apenas uma exortação genérica sobre a impossibilidade de se diminuir direitos.

¹³² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal. 4ª Região. 3ª Turma. AC n. 2003.71.00.027032-0. Relator do Acórdão: Luiz Carlos de Castro Lugon. Julgado em: 30 maio 2007. Disponível em: <www.trf4.gov.br>. Acesso em: 06 jan. 2008.

¹³³ Trata-se dos processos n.ºs 2003.60.84.002388-1, 2003.60.84.002458-7 e 2003.60.84.002478-2, todos de 26/04/2004 e com o mesmo teor.

¹³⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Quinta Câmara Cível. Ac n.º 70004480182. Relator: Marco Aurélio dos Santos Caminha. Julgado em: 15 maio 2003. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 06 jan. 2008.

Verifica-se, na verdade, uma importação indevida de conceitos e institutos jurídicos alienígenas sem a preocupação acerca de sua utilidade e adequação ao sistema jurídico pátrio. Ora, como se demonstrou, é despidendo o recurso ao princípio da proibição de retrocesso quando estão em jogo o mínimo existencial ligado à dignidade da pessoa humana, o princípio da confiança e até o direito adquirido, uma vez que esses institutos já possuem proteção própria na Constituição brasileira.

De qualquer forma, há uma tendência, a ser confirmada nos próximos anos, de uma maior utilização pelo judiciário do princípio da proibição de retrocesso social para se afastar a incidência de leis novas que venham a diminuir direitos sociais.

Uma vez realizado o estudo dos principais aspectos relacionados ao princípio da proibição de retrocesso, arriscando-se, inclusive, a proposição de uma definição própria, no capítulo segundo analisar-se-á os institutos próprios do direito previdenciário, com ênfase especial no benefício de aposentadoria por tempo de serviço em sua formatação de acordo com o Regime Geral de Previdência Social.

2 DA SEGURIDADE SOCIAL, DA PREVIDÊNCIA SOCIAL E DO BENEFÍCIO DA APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO

2.1 DESENVOLVIMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL E DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

O exame do passado pode fornecer valiosos mecanismos para uma melhor interpretação e busca de novos rumos, especialmente em relação ao tema em debate. Para Hibráhim:

O histórico da Previdência Social é assunto de muita relevância, pois nos permite o entendimento de diversos institutos securitários existentes atualmente. A evolução mostra-nos com clareza a participação cada vez maior do Estado proporcionando uma proteção mais eficaz da sociedade¹³⁵.

No mesmo sentido é o ensinamento de Balera:

O estudo da seguridade social, assentado num tempo determinado – o presente – não inibe o nosso interesse acerca da história constitucional que, embora seja disciplina não-jurídica (...), nos fornece válidos critérios de interpretação da nova ordem constitucional¹³⁶.

Evidencia-se, então, a grande importância de se descrever e analisar a marcha evolutiva da proteção social. É o que se pretende neste item. De se observar que o princípio da proibição do retrocesso social, apesar de apontar para o constante progresso, tem sempre um olhar para o passado, evitando o indesejado retrocesso social legislativo, daí a importância do presente tópico.

O ser humano é gregário. Não apenas por questões biológicas, mas também e especialmente, por questões pragmáticas, uma vez que busca, na vida em sociedade, facilidades que os agrupamentos humanos podem proporcionar aos seus integrantes individuais. Em outros termos, a formação da sociedade amparou-se no

¹³⁵ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 35.

¹³⁶ BALERA, Wagner. *A seguridade social na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 15.

postulado prévio da necessidade individual de segurança, ou seja, a defesa contra os infortúnios.

Partindo dessa idéia, o Estado passou a preocupar-se em prover as condições mínimas de sobrevivência dos cidadãos. Esta a conclusão de Fortes e Paulsen:

A partir desta noção primitiva, desenvolveu-se, nas sociedades modernas, nascidas com o marco histórico do surgimento do Estado Moderno (com a revolução francesa), um arcabouço coletivo-estatal para alcançar aos homens condições mínimas de sobrevivência, em face das contingências, que gradualmente foi evoluindo no sentido de fornecimento de bens ou serviços que pudessem propiciar bem-estar (envolvendo, por exemplo, serviços sociais, educação, saúde, habitação)¹³⁷.

Em tempos remotos, não havia qualquer proteção estatal para o caso de ocorrência de situações, temporárias ou permanentes, que afastassem o trabalhador da possibilidade de prover seu próprio sustento. Na verdade, essa situação era prevalente até momentos recentes¹³⁸. Por isso, os acidentes de trabalho, a invalidez, a perda de capacidade de trabalho, entre outros, eram questões privadas e, no mais das vezes, condenavam a família à miséria.

Com o início da civilização, o homem passou a viver em comunidade, coletando coisas necessárias à sobrevivência, praticando o câmbio dos excedentes por outros gêneros. Junto ao desenvolvimento das sociedades, o trabalho passou a ser feito por uma camada inferior, os escravos, especialmente a contar da Antiguidade Clássica. Esses indivíduos sem *status* social eram necessários para que seus donos pudessem cultivar o ócio e obter cultura.

¹³⁷ FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. *Direito da seguridade social – prestações e custeio da previdência, assistência e saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 21.

¹³⁸ Um cidadão do Império brasileiro, por exemplo, não tinha qualquer defesa provida pelo Estado para os períodos em que não pudesse mais trabalhar. Segundo PEREIRA JÚNIOR, Aécio; *Evolução histórica da Previdência Social e os direitos fundamentais. Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 707, 12 jun. 2005; Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6881>>. Acesso em: 03 nov. 2007: “Pouco antes da promulgação da Constituição Republicana de 1891 surge a primeira lei de conteúdo previdenciário, qual seja, a Lei nº 3.397, de 24 de novembro de 1888, que prevê a criação de uma Caixa de Socorros para os trabalhadores das estradas de ferro de propriedade do Estado, acompanhadas no ano seguinte de normas que criam seguros sociais obrigatórios para os empregados dos correios, das oficinas da Imprensa Régia e o montepio dos empregados do Ministério da Fazenda.”

Adiante, surgem as urbes, no sistema feudal, no qual os indivíduos agrupavam-se por afinidade em corporações de ofício, prestando-se assistência mútua. Ensinam Castro e Lazzari:

Mais adiante no tempo, dentro do chamado sistema feudal, aparecem os primeiros agrupamentos de indivíduos que, fugindo das terras dos nobres, fixavam-se nas urbes, estabelecendo-se, pela identidade de ofícios entre eles, uma aproximação maior, a ponto de surgirem as denominadas corporações de ofício, nas quais se afirmavam contratos de locação de serviços em subordinação ao “mestre” da corporação¹³⁹.

Com a evolução do sistema feudal, desenvolve-se o Estado Moderno e, com a Revolução Industrial, o trabalho tal como agora conhecemos. Novamente recorrendo à lição de Castro e Lazzari:

O surgimento dos teares mecânicos, dos inventos movidos a vapor e das máquinas em geral estabeleceu uma separação entre os detentores dos meios de produção e aqueles que simplesmente se ocupavam e sobreviviam do emprego de sua força de trabalho pelos primeiros. Paralelamente a esse fenômeno, a Revolução Francesa e seus ideais libertários proclamaram a liberdade individual plena e a igualdade absoluta entre os homens, conceitos que, tempos após, foram contestados tal como concebidos naquela oportunidade¹⁴⁰.

Inicialmente, a relação de trabalho moderna era semelhante, em muitos aspectos, à do regime escravocrata, uma vez que a falta de regulamentação submetia o trabalhador às piores condições. O contrato de trabalho não possuía qualquer intervenção estatal, sendo os trabalhadores submetidos a horas exaustivas de trabalho sem nenhum intervalo, sob condições precárias e sem equipamentos de proteção. Também havia exploração do trabalho da mulher e de menores de idade. Nascimento aponta que o trabalho dos menores na Inglaterra, naquela época, chegou a configurar-se em “riqueza nacional”:

O trabalho das mulheres e menores foi bastante utilizado sem maiores precauções. Na Inglaterra, os menores eram oferecidos aos distritos industrializados, em troca de alimentação, fato muito comum nas atividades

¹³⁹ CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 8. ed. Santa Catarina: Conceito, 2007, p. 31.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 32.

algodoeiras de Lancashire. Aliás, as próprias paróquias – unidade administrativa civil inglesa, subdivisão territorial do condado criada pela denominada Lei dos pobres – encarregavam-se, oficialmente, de organizar esse tráfico, de tal modo que os menores se tornaram fonte de riqueza nacional¹⁴¹.

Essas condições precárias de trabalho originaram, ao longo do século XIX e início do século XX, várias manifestações por melhores condições, como greves e revoltas, especialmente com o fortalecimento do movimento sindical. No Brasil houve várias manifestações nesse sentido. Nascimento registrada incidente ocorrido em 1917:

Foi em 12 de junho de 1917, no entanto que greve de enorme repercussão eclodiu em São Paulo. Iniciou-se no Cotonifício Rodolfo Crespi, no bairro da Mooca, quando os operários protestaram contra os salários e pararam o serviço. A fábrica fechou por tempo indeterminado. Os trabalhadores pretendiam 20% de aumento e tentaram acordo com a empresa, não conseguindo. Diante disso, no dia 29 fizeram comício no centro da cidade. Aos 2.000 grevistas juntaram-se, em solidariedade, 1.000 trabalhadores das fábricas Jafet, que também passaram a reivindicar 20% de aumento de salário; em 11 de julho, o número de grevistas de várias empresas era de 15.000; no dia 12, de 20.000, os bondes, a luz, o comércio e as indústrias de São Paulo ficaram paralisados¹⁴².

O paulatino incremento da tecnologia, especialmente em meados do século passado, começou a pesar sobre os trabalhadores. Varussa traz situação ocorrida no Brasil:

Aos olhos da “modernidade”, aquelas ações judiciais começam sugerindo um suposto contra-senso por parte das reclamantes: Adelaide L. Quiqueto e mais onze tecelãs pleiteavam o retorno aos teares mecânicos, os quais haviam sido substituídos por automáticos, em 25 de maio de 1953. O suposto contra-senso firmava-se nas alterações das condições de trabalho experimentadas desde então por aquelas tecelãs: a adoção por parte da empresa de teares automáticos, importava para cada uma delas no acréscimo de duas máquinas ao conjunto sob suas responsabilidades, totalizando cinco teares para cada trabalhadora. Além disso, a jornada havia passado de 7 horas e trinta minutos para 9 horas diárias, com o pagamento sendo realizado por hora e não mais por tarefa, como era antes da adoção dos novos teares¹⁴³.

¹⁴¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 10-11.

¹⁴² *Ibidem*, p. 47.

¹⁴³ VARUSSA, Rinaldo José. *Trabalho e Legislação: experiências de trabalhadores na Justiça do Trabalho (Jundiaí, décadas de 1940 a 1960)*. PUC-SP, Programa de Estudos Pós-Graduados em História, 2002, p. 11.

Com o tempo, formou-se o entendimento de que as questões relativas aos impedimentos temporários ou permanentes do indivíduo em obter seu próprio sustento transcendiam a esfera privada e deveriam ser mitigadas pelo conjunto da sociedade, ou, ao menos, pelo conjunto daqueles que estavam diretamente envolvidos na atividade laboral¹⁴⁴. Nesse sentido, passou o Estado a tomar para si esse mister.

Entre suas funções, o Estado contemporâneo oferece a proteção social contra acontecimentos que possam trazer dificuldades aos indivíduos - tais como doenças, acidentes, idade avançada, morte e outras situações que causem incapacidade laborativa. Surgiu daí a preocupação com a proteção previdenciária do trabalhador: “Por mais caro que pareça a Seguridade Social, é menos grave que os riscos de uma revolução”¹⁴⁵.

Nesse contexto, apareceram as primeiras leis de proteção ao trabalhador, levando a uma concepção diferente de Estado, o Estado Social, Estado do Bem-Estar ou Estado Contemporâneo.

Para Barroso Leite, proteção social seria um conjunto de medidas de caráter social, atendendo a diversas necessidades individuais, que, se não atendidas, refletem em prejuízo aos demais indivíduos e, em última análise, à sociedade. Desta forma, conclui que “...é uma modalidade de proteção individual”¹⁴⁶.

Fortes e Paulsen sintetizam o surgimento da Seguridade Social:

No universo das políticas sociais, a Seguridade Social surge como uma de suas mais expressivas e importantes instituições, formada a partir do processo de industrialização e do nascimento das classes trabalhadoras e, com elas, novas formas de miséria, infelicidade e incerteza (como o desemprego e os acidentes de trabalho). Para fazer frente às mudanças da sociedade industrial, estruturou-se enquanto sistema de proteção, num primeiro momento de trabalhadores, mais tarde universalizando-se, que pudesse garantir segurança contra fatos determinantes da ausência de

¹⁴⁴ Veja-se TAFNER, Paulo; GIAMBIAGI, Fabio *et al.* *Previdência no Brasil: debates, dilemas e escolhas*. Rio de Janeiro: IPEA, 2007, p. 14

¹⁴⁵ Citando Bismarck, governante alemão do século 19. MORENO, RUIZ. *Nuevo derecho de la seguridad social*. México: Porrúa, 1997, p. 49.

¹⁴⁶ BARROSO LEITE, Celso. *A proteção social no Brasil*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1978, p. 16.

possibilidade de sustento pelo trabalho, com fornecimento de renda e serviços que pudessem garantir a subsistência¹⁴⁷.

Conforme Savaris, Seguridade Social é um instrumento para a sociedade solidária, para uma comunidade menos injusta e menos desigual, sendo uma das manifestações dessa solidariedade social, uma vez que aposta na abolição de estados de necessidade e investe na dignidade da pessoa humana, no combate à miséria e à marginalização social¹⁴⁸.

Fortes e Paulsen¹⁴⁹ destacam que a garantia da proteção estatal às situações de infortúnio consta em vários dispositivos na própria Declaração Universal de Direitos Humanos, adotada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, dentre os quais apontamos:

Artigo 22. **Todo o homem, como membro da sociedade, tem direito à segurança social** e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade” [Grifos nossos].

Artigo 23. I) Todo o homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à **proteção contra o desemprego**.

(...) III) Todo o homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como a sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, **outros meios de proteção social**. (...)” [Grifo nossos].

Artigo 25. I) Todo o homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, **cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda de meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle**. [Grifos nossos].

A Seguridade Social, mais precisamente em seu ramo da Previdência Social, atualmente foi alçada à condição de disciplina jurídica autônoma, que se operacionaliza por meio de um conjunto de medidas destinadas a proteger o homem contra as necessidades decorrentes das contingências sociais. Essa proteção se dá

¹⁴⁷ FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. *Direito da seguridade social – prestações e custeio da previdência, assistência e saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 22.

¹⁴⁸ SAVARIS, José Antonio. *Traços elementares do sistema constitucional de seguridade social*. Curso de Especialização em Direito Previdenciário. Curitiba: Juruá, 2007, v. 1, p. 161.

¹⁴⁹ FORTES; PAULSEN, op. cit., p. 22-23.

através de benefícios, caracterizados por prestações em pecúnia, e de serviços. Esta é a lição de Castro e Lazzari:

A peculiaridade das relações jurídicas que se traduzem no Direito Previdenciário impõe o reconhecimento de princípios também próprios, em muito diferenciados de outras relações normadas pela ordem positiva. Assim, não mais se admite confundir-se o Direito Previdenciário com o Direito do Trabalho, uma vez que tratam de relações entre partes totalmente distintas: no primeiro, o indivíduo é parte numa relação com o ente previdenciário, regida por normas de direito público; no segundo, é parte numa relação contratual com uma pessoa de direito privado (em regra), regida por normas de direito privado, em que pese a quantidade de regras de ordem pública, garantidas dos direitos mínimos do trabalhador perante seu empregador¹⁵⁰.

Para Martinez¹⁵¹, Seguridade Social seria uma técnica de proteção social que compreenderia um plano de benefícios completo, seletivo e distributivo, arrolando prestações assistenciais e serviços sociais, custeada por toda a sociedade por meio de exações tributárias ou não.

Tavares¹⁵² define Seguridade Social como um sistema organizado pelo Estado de ações destinadas a garantir medidas de segurança social em face de riscos que retirem capacidade de subsistência das pessoas, sendo prestadas por intermédio de uma rede de serviços, como serviço médico e de habilitação profissional, ou mediante pagamento de valores, os denominados benefícios.

O conceito de Ibrahim parece sintetizar os anteriores:

A seguridade social pode ser conceituada como a rede protetiva formada pelo Estado e por particulares, com contribuição de todos, incluindo parte dos beneficiários dos direitos, no sentido de estabelecer ações positivas no sustento de pessoas carentes, trabalhadores em geral e seus dependentes, providenciando a manutenção de um padrão mínimo de vida¹⁵³.

¹⁵⁰ CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 8. ed. Santa Catarina: Conceito, 2007, p. 77.

¹⁵¹ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de direito previdenciário*. Tomo II Previdência social. São Paulo: LTr, 2003, p. 48-49.

¹⁵² TAVARES, Marcelo Leonardo. *Previdência e Assistência social – Legitimação e Fundamentação constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 188.

¹⁵³ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 4.

A Seguridade Social organiza-se como um sistema, que engloba princípios, valores e objetivos políticos, econômicos e sociais atrelados à configuração institucional organizadora de direitos, prestações, financiamento e gestão da proteção social em uma dada nação.

Nesse verdadeiro “sistema” de Seguridade Social, a cobertura dos infortúnios opera-se por meio de serviços vinculados à saúde (relacionados ao atendimento médico e hospitalar), à qualificação ou requalificação profissional e de benefícios pecuniários, sejam contributivos (previdência) ou não (assistência social), buscando a cobertura dos riscos sociais.

A finalidade da Seguridade Social é proporcionar condições fáticas para que se atinjam a justiça social e o bem-estar dos indivíduos, por meio do atendimento a necessidades básicas e redistribuição de renda, apresentando-se como instrumento de realização da igualdade material, e não apenas formal¹⁵⁴. Ao contrário dos direitos individuais, que constituem direitos a abstenções do Estado, os direitos sociais são direitos a prestações do Estado, impondo a realização de políticas públicas, ou seja, de um conjunto sistematizado de programas de ação governamental.

Sanfelice defende a formatação atual da Seguridade Social como contraponto histórico entre liberalismo e comunismo, nascida no ventre do Estado de Bem-Estar Social e baseada no princípio da solidariedade:

E é desta forma que se manifesta a instituição da Seguridade Social, desde os seus primórdios, ainda que de forma incipiente, desenvolvendo-se tal ideal, no decurso histórico, de forma mais evidente. Mesmo que não se trate de um verdadeiro Estado de Bem-Estar, mesmo que seja forjada a essência do “Estado Providência”, as políticas sociais apresentam esta natureza, frontalmente contrária ao individualismo agregado ao Estado Liberal, observando-se que a solidariedade, neste sentido, decorre da aceitação da existência dos riscos sociais, e da necessidade verificada de o Estado

¹⁵⁴ DAROS, Ana Carine Busato. *O princípio da proibição de retrocesso social – no âmbito do Direito Fundamental à Previdência Social delineado na Constituição Federal de 1988*. Dissertação de mestrado apresentada na PUC-Paraná. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=799>. Acesso em: 03.03.2008. p. 13.

proteger seu elemento subjetivo (qual seja, o povo) contra os mesmos¹⁵⁵.

Mais especificamente sobre a Previdência Social, objeto deste estudo, Martins¹⁵⁶ ensina que a palavra “previdência” advém do latim *pre videre*, significando “*ver com antecipação as contingências sociais e procurar compô-las*”, ou de *praevidentia*, prever, antever.

Segundo Rocha e Baltazar Junior, a Previdência Social seria um seguro social compulsório e contributivo, mantido com recursos dos trabalhadores e de toda sociedade, que buscaria propiciar meios indispensáveis à subsistência dos segurados e seus dependentes, quando não podem obtê-los por motivo de maternidade, velhice, invalidez, morte, etc¹⁵⁷.

Martinez caracteriza a Previdência Social como:

(...) a técnica de proteção social que visa propiciar os meios indispensáveis à subsistência da pessoa humana – quando esta não pode obtê-los ou não é socialmente desejável que os aquirisse pessoalmente através do trabalho, por motivo de maternidade, nascimento, incapacidade, invalidez, desemprego, prisão, idade avançada, tempo de serviço ou morte – mediante contribuição compulsória distinta, proveniente da sociedade e de cada um dos participantes¹⁵⁸.

Pode-se conceituar Previdência Social como o ramo da atuação estatal que visa à proteção de todo o indivíduo ocupado em uma atividade laborativa remunerada, para proteção dos riscos decorrentes da perda ou redução, permanente ou temporária, das condições de obter seu próprio sustento. É direito subjetivo do indivíduo, exercitado em face da sociedade, personificada na figura do Estado-Providência.

¹⁵⁵ SANFELICE, Patrícia de Mello, O princípio da solidariedade – origem, características e aplicação na Seguridade Social. *Revista de Direito Social*, São Paulo, n. 7, p. 13-14, 2002.

¹⁵⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social: custeio da seguridade social, benefícios, acidente do trabalho, assistência social, saúde*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 275.

¹⁵⁷ ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Comentários à lei de benefícios da Previdência Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 31.

¹⁵⁸ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *A seguridade social na Constituição Federal*. São Paulo: LTr, 1992, p. 99.

A Previdência Social organiza-se como técnica de proteção social que é acionada diante de uma impossibilidade laborativa por parte do segurado. Em regra, como a Previdência Social possui caráter contributivo – e nisso reside a principal diferença em relação aos outros ramos da Seguridade Social - somente terão direito a receber prestações previdenciárias aqueles que verterem contribuições para o sistema, ou seja, somente aqueles que atingirem o *status* de segurados - no geral, os trabalhadores. Para os demais, trabalhadores informais, desempregados, inválidos, idosos, menores, somente resta a assistência social.

A partir da urbanização das sociedades e da alteração do padrão das famílias, antes numerosas - cujos membros jovens sustentavam os indivíduos mais velhos - agora com poucos membros, fez-se necessária a absorção do sistema de proteção do trabalhador pelo Estado. A forma mais tradicional de realização desse processo foi por meio do *sistema de repartição*, ou *Pay-as-You-Go*¹⁵⁹. Nele, os trabalhadores ativos contribuem e o fundo daí angariado é repartido, de acordo com determinados critérios, entre os inativos e os temporariamente incapazes para o labor, provocando transferências de recursos entre as gerações.

Recentemente houve a criação da *previdência por capitalização* (sistema *Fully Funded*), na qual as contribuições recolhidas dos indivíduos, compulsórias ou voluntárias, são acumuladas em contas individuais, cujo saldo garante futura aposentação¹⁶⁰. A condição básica para o seu funcionamento é a existência de mercados financeiros desenvolvidos, aptos a acumular e capitalizar poupanças individuais.

Os antecedentes históricos da maioria dos sistemas previdenciários da atualidade podem ser divididos em dois grandes grupos: o modelo de Bismarck e o modelo de Beveridge¹⁶¹.

¹⁵⁹ FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. *Direito da seguridade social – prestações e custeio da previdência, assistência e saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 38-39.

¹⁶⁰ SILVA, Ademir Alves da. *A reforma da Previdência Social brasileira: entre o direito social e o mercado*. São Paulo *Perspec.* São Paulo, v. 18, n. 3, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-8392004000300003&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 27 ago. 2007.

¹⁶¹ FORTES; PAULSEN, op. cit., p. 24-25.

O primeiro, criado pelo Chanceler Bismarck¹⁶² na Alemanha, de caráter contributivo, é de suma importância, uma vez que é considerado o nascimento da Previdência Social no mundo. De se observar que, anteriormente a esse modelo, já havia alguns sistemas protetivos do trabalhador, mas nenhum com a característica de ser contributivo, motivo pelo qual o modelo bismarckiano é considerado como marco inicial.

As leis aprovadas na Prússia, entre 1883 e 1889, representam a primeira intervenção formal do Estado em defesa do proletariado industrial. Bismarck implementou, pela primeira vez, um grande projeto de seguridade social que se concretizou em três leis: uma referente aos seguros sociais e de auxílio-doença, de 1883; outra versando sobre os acidentes de trabalho, de 1884; e, uma terceira, sobre a invalidez e a velhice, de 1889¹⁶³.

Houve uma importante evolução a partir de Bismarck, uma vez que se produziu uma ruptura com as formas de beneficência típicas do Estado Liberal Democrático do século XIX. “Sua principal característica é que eram resultado de recolhimentos obrigatórios de trabalhadores e empresários num sistema apoiado pelo Estado”¹⁶⁴.

A partir daí surgiram em diversos países sistemas de seguro social, cuja previdência era normalmente organizada para uma determinada classe ocupacional e atrelada a contribuições.

¹⁶² CRUZ, Paulo Márcio. *Caderno de direito previdenciário*. Porto Alegre: Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2007, p. 20. O autor apresenta um resumo sobre o referido estadista: “Otto Von Bismarck-Schönhausen, estadista alemão nascido em Schönhausen, em 1815, e morto em Friedrichsruh, em 1898. Chamado à presidência do Conselho por Guilherme I, Bismarck liderou, de forma autoritária, a concretização da unidade alemã, em favor da Prússia, em várias etapas. Na Alemanha, seu autoritarismo teve que levar em conta: a) os católicos, que de início foram por ele atacados brutalmente e, posteriormente, obrigaram-no a retomar uma política religiosa mais moderada; b) os alsácio-lorenos, que aceitaram com relutância ser cidadãos alemães; e c) a Democracia Social, que ele se esforçou para neutralizar através de uma legislação social avançada. Foi sob sua liderança que, em Versalhes, em janeiro de 1871, foi proclamado o Império Alemão. Chanceler deste Império e presidente do Conselho da Prússia, Bismarck dominou, durante 20 anos, a cena diplomática, impondo à Europa um sistema de alianças baseado no isolamento da França.”

¹⁶³ *Ibidem*, p. 20.

¹⁶⁴ PICÓ, Juan. *Teoría sobre el estado de bienestar*, p. 78, *apud* CRUZ, Paulo Márcio. *Caderno de direito previdenciário*. Porto Alegre: Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2007, p. 20.

O ano de 1944 foi um marco na transformação do seguro social em uma verdadeira seguridade social, quando foi publicado o plano *Beveridge*, na Inglaterra, de acordo com os preceitos do *Welfare State*. Esta evolução, devida principalmente à universalidade da cobertura, parte da constatação de que necessidades ou contingências individuais não atendidas repercutem não só sobre os indivíduos mais próximos, mas sobre toda a sociedade. Tratava-se de um programa de prosperidade política e social, mediante ingressos suficientes para que o indivíduo ficasse garantido contra a ocorrência de riscos. Segundo Fortes e Paulsen, o plano *Beveridge* criticou:

(...) os seguros sociais já implantados na Inglaterra (desde 1908, com a *Old Age Pensions Act*), sugerindo, em substituição, uma nova visão, inspirada na idéia motriz de liberação da necessidade, através de uma justa distribuição de renda. Assim, apontava como solução, no combate à miséria, um processo de redistribuição de rendas, calcado nas necessidades da família. A proteção social, nesta ótica, não mais se restringia aos seguros sociais dos trabalhadores, abarcando também prestações de assistência social, serviços de saúde, atendimento familiar, políticas de pleno emprego, entre outras medidas¹⁶⁵.

Tavares¹⁶⁶ aponta que a primeira Constituição a incluir a previdência em seu texto foi a do México, de 1917, seguida da alemã, de 1919. A Constituição da República de Weimar (1919-1933) teve papel fundamental na concepção da intervenção do Estado nos domínios econômico e social. O caráter social que se observa na Constituição de Weimar, segundo Moraes:

[...] é também um certo direito social que, no limiar do século XX, delineará a conjugação de uma nova idéia de Estado – em muito ainda próxima do perfil liberal – o qual passará a ter funções positivas, deixando de lado o seu feitiço minimalista atrelado às seguranças interna e externa¹⁶⁷.

A partir desses modelos, a estruturação dos Sistemas de Seguridade ou proteção social, no mundo ocidental desenvolvido, pode ser classificada sob a ótica de três modelos teóricos fundamentais, conforme Fortes e Paulsen¹⁶⁸: Industrial-

¹⁶⁵ FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. *Direito da seguridade social – prestações e custeio da previdência, assistência e saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 26.

¹⁶⁶ TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito previdenciário*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 41.

¹⁶⁷ MORAIS, José Luiz Bolzan. *A idéia de direito social – o pluralismo jurídico de George Gurvitch*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 33.

¹⁶⁸ FORTES; PAULSEN, op. cit., p. 24-25.

meritocrático ou Conservador-corporativo; Institucional-redistributivo ou Social-democrata; Residual ou Liberal.

Acerca da conformação desses modelos de Sistemas de Seguridade, Huber pondera:

El modelo conservador-corporativo domina en los países de la Europa continental, mientras que el modelo social-demócrata domina en los países nórdicos. Existe un tercer modelo, estado benefactor "liberal" o residual característico de los Estados Unidos y, con algunas variaciones importantes, del resto del mundo anglosajón. Es el menos generoso en términos de gasto social total, depende muy fuertemente del mercado y hace un uso intensivo de la comprobación de recursos. En consecuencia, los primeros dos modelos son altamente efectivos en la reducción de la pobreza a través sistema impositivo y de transferencias, el tercero lo es en mucho menor grado (Moller et al. 2003). Adicionalmente, el modelo social-demócrata es mucho más efectivo en la reducción de la desigualdad que el modelo demócrata cristiano/conservador corporativo, debido a que los programas se construyen de tal forma de canalizar beneficios mayores a los que tienen menos ingresos¹⁶⁹.

De acordo com Vianna:

O modelo meritocrático ou conservador se caracteriza por vincular estreitamente a ação 'protetora' do Estado ao desempenho dos grupos protegidos. Quem merece, ou seja, quem contribui para a riqueza nacional e/ou consegue inserção no cenário social legítimo, tem direito a benefícios diferenciados conforme o trabalho, o status ocupacional, a capacidade de prestação, etc¹⁷⁰.

O Sistema Institucional-redistributivo foi criado para assegurar renda a todos, valendo-se da noção de solidariedade universal, determinando que todos se beneficiam e estão obrigados a pagar, na medida de suas possibilidades. A gestão dá-se de forma estatal centralizada.

O terceiro sistema, Liberal ou Residual, seguido pelo Chile, caracteriza-se pela garantia oferecida pelo Estado apenas às maiores contingências sociais. Privilegia a

¹⁶⁹ HUBER, Evelyne. *Universalismo básico y el futuro de la seguridad social en la región*. Universidad de Carolina del Norte. Disponível em: <www.ciesu.edu.uy/universalismo/huber.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2007.

¹⁷⁰ VIANNA, Maria Lucia Teixeira Werneck. *A americanização (perversa) da seguridade social no Brasil: estratégias de bem-estar e políticas públicas*. Rio de Janeiro: Revan, 2000, p. 24.

atuação do mercado, sendo o Estado chamado a agir em situações efetivamente emergenciais, no caso de pobreza ou miserabilidade dos beneficiários¹⁷¹.

Especificamente no caso brasileiro, a Seguridade Social foi instituída pela Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 194, previu: “*A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social*”.

Anteriormente não se tinha a noção de sistema de seguridade, porquanto havia instituições e mecanismos de cunho securitário, em especial previdenciário, porém não coordenados e não universais, uma vez que abrangiam parcelas determinadas da população¹⁷².

A Constituição de 1988 manteve a idéia do Seguro Social (Previdência Social), segundo a qual somente são beneficiados aqueles que contribuem. Porém, foi além, criando o sistema de Seguridade Social, que abarca Previdência Social, assistência social e saúde.

A Seguridade Social foi alçada pela Constituição Federal à condição de direito fundamental social, uma vez que está prevista no Capítulo II, do Título II, conforme o art. 6º, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 26, de 2000: “*Art. 6º São direitos sociais a educação, a **saúde**, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a **Previdência Social**, a **proteção à maternidade e à infância**, a **assistência aos desamparados**, na forma desta Constituição.*” [Grifos nossos].

Muito embora não conste explicitamente a expressão “seguridade social” nesse artigo da Constituição, seus três ramos, a saber: previdência, assistência social e saúde, estão presentes.

¹⁷¹ FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. *Direito da seguridade social – prestações e custeio da previdência, assistência e saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 27.

¹⁷² *Ibidem*, p. 28.

As contingências sociais e os riscos sociais cobertos pelo sistema previdenciário estão elencados no art. 201 da Constituição Federal, abrangendo cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; proteção à maternidade, especialmente à gestante; proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes.

Percebe-se, dessa forma, que a Seguridade Social é um dos meios utilizados pelo Estado brasileiro para atingir os objetivos constitucionalmente previstos de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantia do desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e promoção o bem de todos¹⁷³.

Barcellos defende a intervenção estatal para minimizar as diferenças entre as pessoas, proporcionando igualdade de chances ou igualdade de oportunidades, principalmente através das normas relativas à educação e à saúde¹⁷⁴.

No Brasil, a transição da simples beneficência¹⁷⁵, por força de deveres meramente morais e religiosos, para a assistência pública demorou aproximadamente quase três séculos, uma vez que a primeira manifestação normativa sobre assistência social, foi inserida na Constituição Imperial de 1824, especificamente no art. 179, inciso XXXI, nos denominados “socorros públicos”¹⁷⁶.

¹⁷³ Constituição Federal, Art. 3º. “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

¹⁷⁴ BARCELLOS, Ana. Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 180.

¹⁷⁵ São exemplos de beneficência, inspirada pela caridade e pelo sentimento cristão, a fundação da Santa Casa de Misericórdia de Santos, por Brás Cubas, em 1543, e da Santa Casa de Misericórdia do Rio de Janeiro de 1584, cuja finalidade era a de prestar atendimento hospitalar aos pobres, e também a fundação das Santas Casas de Misericórdia no século XVI, pelo Padre José de Anchieta. Neste sentido veja-se ALVIM, Ruy Carlos Machado. Uma história crítica da legislação previdenciária Brasileira. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, n. 18, p. 12, mar.-abr. 1979.

¹⁷⁶ Art. 179. “A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte (...)
XXXI. A Constituição também garante os socorros públicos.”

A incipiente assistência social pública acabou por não proteger efetivamente os cidadãos brasileiros, já que não existiam instrumentais jurídicos para a concreção do direito. Comentando o assunto, Balera assevera que esta proteção não chegou a realizar-se na prática, uma vez que "... embora insculpido como garantia constitucional (...) não vinha acompanhado do requisito fundamental: a exigibilidade"¹⁷⁷.

A Lei n.º 3.397, de 24 de novembro de 1888, foi a primeira norma a veicular exclusivamente conteúdo previdenciário, ao criar uma Caixa de Socorros para os trabalhadores das estradas de ferro de propriedade do Estado¹⁷⁸. Posteriormente, essa proteção foi estendida para os empregados dos correios, das oficinas da Imprensa Régia e do Ministério da Fazenda.

A primeira Constituição da República (1891) trouxe dois artigos acerca da proteção social¹⁷⁹. O artigo 5º tratava da assistência social, prevendo o socorro da União aos Estados em caso de calamidade pública. Já o artigo 75 criava uma incipiente proteção social vinculada a uma categoria de trabalhadores, assegurando-lhes o benefício da aposentadoria por invalidez. Deve-se ressaltar que tal benefício era concedido apenas aos funcionários públicos independentemente de contribuição, sendo custeada integralmente pelo Estado.

Com a paulatina industrialização das grandes cidades, aliada a condições de trabalho precárias, começa a aumentar o número de acidentes do trabalho, o que originou o Decreto Legislativo n.º 3.724, de 15 de janeiro de 1919, tratando da proteção a esses acidentes.

¹⁷⁷ BALERA, Wagner. *A seguridade social na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 18.

¹⁷⁸ PEREIRA JÚNIOR, Aécio. Evolução histórica da Previdência Social e os direitos fundamentais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 707, 12 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6881>>. Acesso em: 03 nov. 2007.

¹⁷⁹ Constituição Federal de 1891:

Art. 5º. "Incumbe a cada Estado prover, a expensas próprias, as necessidades de seu Governo e administração; a União, porém, prestará socorros ao Estado que, em caso de calamidade pública, os solicitar."

Art. 75. "A aposentadoria só poderá ser dada aos funcionários públicos em caso de invalidez no serviço da Nação." [grafia de acordo com o original]

Foi com a Lei Eloy Chaves (Decreto Legislativo n.º 4.682, de 24.01.1923, proposto pelo deputado paulista que deu nome à Lei) que se implantou, efetivamente, em nosso País, a Previdência Social¹⁸⁰. Por esse ato legislativo foram criadas as "caixas de aposentadorias e pensões", formadas pela contribuição de trabalhadores, da empresa e do governo, para os empregados das empresas ferroviárias. Previa, de forma pioneira no país, benefícios de assistência médica, fornecimento de medicamentos por preços especiais, aposentadoria dada em razão do tempo de serviço e da idade, aposentadoria por invalidez após dez anos de serviço e, por último, pensão aos herdeiros em caso de morte. Em homenagem a essa lei, o dia 24/01 é considerado o Dia da Previdência Social.

Fernandes faz crítica ao fato de a doutrina considerar essa lei como o início da Previdência Social no país. Nas suas palavras:

Tivemos o mutualismo como forma organizatória e como precedente precioso da Previdência Oficial. Sob tal prisma, os festejos oficiais que situam na Lei Elói Chaves (1923) o nascimento da Previdência brasileira têm caráter ideológico que deve ser desvendado: buscam transformar as conquistas sociais, logradas com lutas e a partir das bases, em benesses estatais. Sobre ser ainda, a afirmativa relativa ao surgimento da Previdência em 1923, uma inverdade histórica, seja pelos apontamentos, seja porque outras leis previdenciárias são anteriores a esta data (como nossa primeira lei acidentária que data de 1919)¹⁸¹.

O favorecimento inicial apenas a poucas categorias de trabalhadores é explicado por Alvim¹⁸²: a) os funcionários públicos eram a grande massa de trabalhadores urbanos da época, apresentando-se o Brasil como um país essencialmente agrícola; b) os ferroviários, mesmo não sendo funcionários públicos, possuíam poder de organização e de deflagrar greves, justamente por exercerem atividade extremamente importante para a economia naqueles tempos. Seguiram-se inúmeras leis instituindo seguros sociais a diversas categorias de funcionários públicos.

¹⁸⁰ Segundo PEREIRA JÚNIOR, Aécio. Evolução histórica da Previdência Social e os direitos fundamentais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 707, 12 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6881>>. Acesso em: 03 nov. 2007.

¹⁸¹ FERNANDES, Annibal, *apud* ALVIM, Ruy Carlos Machado. Uma história crítica da legislação previdenciária Brasileira. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, n. 18, p. 13, mar.-abr. 1979.

¹⁸² *Ibidem*, p. 14.

Em 1926, quando já funcionavam 33 Caixas de Aposentadorias e Pensões, veio a lume a Lei n.º 5.109/26, ampliado o âmbito da Previdência Social, uma vez que previu a extensão do regime aos empregados de todas as estradas de ferro existentes no País e também aos vinculados à exploração portuária e à navegação marítima ou fluvial¹⁸³. Nesse mesmo ano, foi alterada a Constituição Federal, incluindo, entre as competências da União, legislar sobre trabalho e previdência.

Nesse contexto, um maior desenvolvimento do sistema de Previdência Social deveu-se, sobretudo, à criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, pelo Decreto 19.667, de 04/02/1931, ao qual competiriam atribuições relativas à organização do trabalho e da Previdência Social¹⁸⁴. As Caixas de Aposentadoria e Pensões instituídas pela Lei Eloy Chaves beneficiavam poucas categorias profissionais. Após a Revolução de 1930, o novo Ministério do Trabalho incorporou-as e passou a tomar providências para que essa garantia trabalhista fosse estendida a um número significativo de trabalhadores¹⁸⁵.

A partir de 1934, iniciou-se a criação dos Institutos de âmbito nacional e base profissional, uma vez que as Caixas eram de âmbito territorial e à base de empresa. Ao todo, foram criados seis Institutos de Previdência: Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos (IAPM) - Decreto n.º 22.872, de 29.06.1933; Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Comerciários (IAPC) - Decreto n.º 24.273, de 22.05.1934; Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Bancários (IAPB) - Decreto 24.615, de 09.07.1934; Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Industriários (IAPI) - Lei n.º 367, de 31.12.1936; Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Empregados em Transportes e Cargas (IAPETC) - Decreto-Lei n.º 651, de 26.08.1938; Instituto de Aposentadoria e Pensões da Estiva (IAPE) - Decreto-Lei n.º 1.355, de 09.08.1939.

A Constituição Federal de 1934 consagrou o modelo tripartite de financiamento do sistema de Previdência Social, com recursos da União, dos

¹⁸³ *A PREVIDÊNCIA SOCIAL no Brasil e no Estrangeiro*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1950, p. 21.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 22.

¹⁸⁵ Disponível em: <http://www.cpdoc.fgv.br/nav_historia/htm/anos30-37/ev_institutos_pensoes.htm>. Acesso em: 20 fev. 2008.

empregadores e dos empregados. Consagrou, também, a ingerência obrigatória do Estado na Previdência Social. Na lição de Balera:

Com a Constituição de 1934, a proteção social é um seguro para o qual contribuem tanto o trabalhador como o empregador e, em igualdade de condições com essas categorias, o próprio Poder Público. Aliás, a doutrina identifica no seguro social duas características: a obrigatoriedade da contribuição e a gestão estatal do sistema. Ambas estão presentes no estatuto de 1934¹⁸⁶.

Além disso, a Carta de 1934 foi a primeira a utilizar o termo “previdência”, conforme o art. 121, § 1º, ‘h’, que enumera os riscos protegidos e, também, institui a contribuição tripartite¹⁸⁷.

A Constituição outorgada de 1937, no Estado Novo, não se harmonizou com a avançada ordem instituída pela anterior Constituição, uma vez que não disciplinou a forma de custeio do sistema previdenciário¹⁸⁸. Nessa época, foi editado o Decreto-lei nº 7.526/1945, que determinou a criação do Instituto dos Seguros Sociais do Brasil – ISSB, que deveria unificar os diversos Institutos de Aposentadoria e Pensão. Porém, com a deposição do presidente Getúlio Vargas, essa unificação acabou por não se perpetuar.

A Constituição de 1946 foi a primeira constituição brasileira a trazer a expressão "Previdência Social", em seu art. 157¹⁸⁹. Interessante é a previsão, nesse

¹⁸⁶ BALERA, Wagner. *A seguridade social na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 22.

¹⁸⁷ Art. 121. “A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.
§ 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador: (...)

h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a este descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, **e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado**, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte;” [Grifos nossos].

¹⁸⁸ PEREIRA JÚNIOR, Aécio. *Evolução histórica da Previdência Social e os direitos fundamentais. Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 707, 12 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6881>>. Acesso em: 03 nov. 2007.

¹⁸⁹ Art. 157. “A legislação do trabalho e a da **Previdência Social** obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores: (...)
XVI - **previdência**, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as conseqüências da doença, da velhice, da invalidez e da morte;” [Grifos nossos].

artigo, no sentido da “... *melhoria da condição dos trabalhadores*”, o que aponta, já àquela época, para o princípio da proibição de retrocesso social. Também manteve a forma tripartite de custeio e a previsão dos riscos sociais cobertos.

Em 1953, ocorreu a fusão das Caixas, em atendimento ao Decreto 34.586/1953. Dessa forma, restavam ainda os Institutos de Aposentadoria e Pensão mantidos de forma independente, o que somente viria a ocorrer com a Lei nº 3.807/60 - Lei Orgânica da Previdência Social, conhecida como LOPS.

A edição da LOPS veio a unificar todo o emaranhado de normas sobre Previdência Social dos vários Institutos de Aposentadoria e Pensões existentes. Essa lei, assim, realizou uma uniformização legislativa. Segundo Araújo:

Resultado de diversas emendas, uma delas publicada em 1942, no Diário do Congresso Nacional, o projeto de unificação da legislação passou a merecer a atenção da câmara dos Deputados, mas só em 1960 a Lei 3.807, Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS) foi aprovada, unificando a legislação. Essa unificação é considerada com a segunda reforma da Previdência Social no Brasil¹⁹⁰.

No entanto, os vários institutos continuaram existindo de forma autônoma até a completa unificação administrativa, que veio com a criação do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), pelo Decreto-lei n.º 72, de 21 de novembro de 1966. Novamente recorreremos ao magistério de Araújo:

Apesar do caráter unificador da LOPS, as instituições continuaram como autarquias, funcionando com normas diferenciadas. As tentativas de unificação administrativa das instituições previdenciárias só lograram êxito em 1966, com o Decreto-Lei n.º 72, de 21 de novembro de 1966. A unificação dos seis grandes institutos resultou no Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) e foi considerada pelos estudiosos como a terceira e a mais importante reforma da Previdência Social¹⁹¹.

O novel instituto, vinculado ao Ministério do Trabalho, ficou responsável pelos benefícios previdenciários dos trabalhadores urbanos, sendo formado por uma

¹⁹⁰ ARAÚJO, Odília Sousa de. *A Reforma da Previdência Social Brasileira no Contexto das Reformas do Estado: 1988 a 1998*. Tese de doutoramento. UFRJ, 2000, p. 73.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 74.

enorme estrutura (22 superintendências regionais, uma para cada estado-membro, e 288 agências espalhadas pelo País). Foi uma das maiores reformas da Previdência brasileira, e seu objetivo era o de racionalizar a gestão, estabelecer controles mais rigorosos na concessão de benefícios e resolver os problemas financeiros da Previdência, cujo déficit, já àquela época, era apontado como um dos principais problemas da economia brasileira¹⁹².

A criação do INPS marcou uma centralização na mão do governo do regime previdenciário que, até então, era compartilhado com as empresas e os trabalhadores. Mas, segundo Faleiro, essa unificação representou efeito mais simbólico do que real:

Em 1966, todos os Institutos foram integrados no INPS (Instituto Nacional de Previdência Social) transformado em Ministério em 1974. Essa unificação pôs fim a certa discriminação que existia entre os serviços prestados aos empregados e operários. Por exemplo, os serviços do IAPB eram reconhecidos como excelentes na mesma medida em que os do IAPI eram considerados de baixa qualidade. Essa unificação, dinamizada por Aluísio Alves, com o apoio dos tecnocratas, visava reduzir os custos, as diferenças, mas não mudando em nada a estrutura real dos institutos. Era uma racionalização burocrática que somente ofereceu uma resposta mais simbólica que real aos problemas dos trabalhadores¹⁹³.

Houve uma unificação também no custeio, utilizando-se o *superávit* de alguns institutos para cobrir o déficit de outros, o que marcou também a separação, ainda hoje existente, da Previdência Social relativa aos trabalhadores da iniciativa privada, da previdência dos funcionários públicos, intensificando as desigualdades entre os dois regimes.

Em 1971 é criado o FUNRURAL para prestar assistência ao trabalhador Rural, enquanto o INPS tinha sua clientela no trabalhador urbano, permanecendo o IPASE no atendimento dos funcionários público federais, e os institutos dos Estados e dos Municípios na prestação dos serviços dos seus respectivos funcionários.

¹⁹² GENTIL, Denise Lobato. *A Política Fiscal e a Falsa Crise da Seguridade Social Brasileira – Análise financeira do período 1990–2005*. Tese de doutoramento. UFRJ, 2006, p. 104.

¹⁹³ FALEIROS, Vicente de Paula. *A política social do estado capitalista. As funções da previdência e da assistência sociais*. São Paulo: Cortez, 1985, p. 137.

Pela Lei n.º 6.439, de 1º de setembro de 1977, foi operada uma reestruturação administrativa, na qual foi instituído o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (SINPAS) e colocado sob orientação, coordenação e controle do Ministério da Previdência e Assistência Social – MPAS. Integravam o SINPAS, de conformidade com a Lei n.º 6.439/77, o INPS (Instituto Nacional de Previdência Social), o INAMPS (Instituto de Assistência Médica da Previdência Social), o IAPAS (Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social), a LBA (Fundação Legião Brasileira de Assistência) a FUNABEM (Fundação Nacional de Bem-Estar do Menor), a DATAPREV (Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social) e a CEME (Central de Medicamentos)¹⁹⁴.

A norma legal que consolidou a esparsa legislação previdenciária urbana foi a "Consolidação das Leis da Previdência Social" (CLPS), aprovada pelo Decreto n.º 77.077, de 24.01.1976 e reunindo todas as leis e decretos-leis em vigor, desde a Lei Orgânica da Previdência Social (Lei 3.807/60)¹⁹⁵. Posteriormente, essa consolidação foi substituída por outra, por meio do Decreto n.º 89.312, de 23-01-84 (CLPS/84).

O INSS resultou da fusão do INPS e do IAPAS (Decreto n.º 99.350, de 27.06.90, modificado pelo Decreto n.º 18, de 1º.02.91) e tem por escopo a execução das políticas e a operacionalização das diretrizes constitucionais e legais da Previdência Social. Já o INAMPS foi vinculado ao Ministério da Saúde (Decreto n.º 99.060, de 07-03-90 - DOU de 08-03-90), e extinto pela Lei n.º 8.689, de 27.07.93¹⁹⁶.

Atualmente, a Previdência Social brasileira está dividida em três grandes sistemas, previdência, assistência e saúde. A Previdência Social, objeto desta dissertação, é regida pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS), que funciona com base na repartição, é obrigatório, nacional e cobre todos os trabalhadores da iniciativa privada, garantindo benefícios até o teto (R\$ 3.038,99, a partir de 01/03/2008).

¹⁹⁴ CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 8. ed. Santa Catarina: Conceito, 2007, p. 62-63.

¹⁹⁵ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de direito previdenciário*. Tomo II: Previdência social. São Paulo: LTr, 2003, p. 85.

¹⁹⁶ CASTRO; LAZZARI, op. cit., p. 64-66.

O RGPS tem suas políticas fixadas pelo Ministério da Previdência Social, conforme previsão da Lei n.º 10.683, de 28 de maio de 2003, no seu art. 27, XVIII¹⁹⁷. As atuais leis de regência do Regime Geral de Previdência Social são a Lei n.º 8.212/91, que regula o custeio, e a Lei n.º 8.213/91, que trata dos benefícios e serviços previdenciários. O Regulamento do Regime Geral da Previdência Social foi instituído pelo Decreto n.º 3.048/99. Com a novel Lei n.º 11.457, de 16/03/2007, que criou a Secretaria da Receita Federal do Brasil (denominada de “Super-Receita”), a competência para o lançamento tributário passou a ser dessa Secretaria, uma vez que foi extinta a Secretaria da Receita Previdenciária.

As prestações previdenciárias do Regime Geral da Previdência social têm por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção em caso de impossibilidade, permanente ou temporária, do desenvolvimento de atividade laborativa. As prestações previdenciárias são de dois tipos, conforme o art. 201, da Constituição Federal, que define os riscos ou contingências sociais cobertas: benefícios, todas as prestações em pecúnia (aposentadoria por invalidez, aposentadoria por idade, aposentadoria por tempo de contribuição, aposentadoria especial, auxílio-doença, salário-família, salário-maternidade, auxílio-acidente, pensão por morte e auxílio-reclusão); e serviços (serviço social e reabilitação profissional)¹⁹⁸.

Em relação ao custeio, os sistemas de Previdência Social podem ser divididos em: a) regime de capitalização, no qual somente o próprio segurado, ou um conjunto deles, contribui para a criação de um fundo com lastro suficiente para cobrir as necessidades de seus integrantes, sendo o modelo utilizado nos planos individuais de previdência privada e também nos “fundos de pensão”, entidades fechadas de previdência; b) regime de repartição, em que não apenas o segurado, mas também outras pessoas contribuem, repousando esse regime no ideal de solidariedade entre

¹⁹⁷ FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. *Direito da seguridade social – prestações e custeio da previdência, assistência e saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 53.

¹⁹⁸ ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Comentários à lei de benefícios da Previdência Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 90.

as gerações, já que a atual geração de trabalhadores garante os benefícios dos trabalhadores em inatividade¹⁹⁹.

O segundo regime é utilizado no Regime Geral de Previdência Social do Brasil, tanto no que se refere aos trabalhadores da iniciativa privada quanto aos servidores públicos, ou seja, todos contribuem para o fundo comum do respectivo regime a que estiverem filiados, e dele advém os recursos para manutenção das prestações.

Além desses, tem-se também os ditos Regimes Previdenciários Próprios, que incluem os servidores públicos federais, estaduais e municipais²⁰⁰, regulados pelo artigo 40 da Constituição Federal e pela Lei n.º 9.717/98 (além de outras leis complementares e ordinárias esparsas das diferentes esferas da federação), e também os militares da União, regulados pelo art. 142, X, Constituição Federal e Lei n.º 6.880/80.

Outro componente é o sistema de previdência complementar facultativo privado, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de Previdência Social, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, de acordo com o art. 202, da Constituição Federal, e regulado pelas LC 108/2001 e 109/2001.

Enfim, dessa maneira, apresentou-se uma visão panorâmica do desenvolvimento da seguridade social e, em especial, da Previdência Social no País, o que abarca quase um século de história. As conquistas já alcançadas nesse período, muitas vezes fruto de grandes sacrifícios dos trabalhadores, devem ser preservadas de reformas imotivadas. É o que se pretende demonstrar, adiante, nesta dissertação.

¹⁹⁹ FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. *Direito da seguridade social – prestações e custeio da previdência, assistência e saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 43.

²⁰⁰ De se observar, que apenas aproximadamente um terço dos municípios brasileiros possui Regime Previdenciário Próprio. Os demais vinculam-se ao Regime Geral de Previdência Social.

2.2 A PREVIDÊNCIA SOCIAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL E O REFLEXO NO BENEFÍCIO DA APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO

A aposentadoria por tempo de contribuição é um dos benefícios mais importantes mantidos atualmente pelo Regime Geral de Previdência Social. Previsto no art. 201, § 7º, da Constituição Federal, esse benefício está na ordem do dia para sofrer novas mudanças. Daí a importância dos questionamentos deste trabalho: determinar até que ponto suas alterações serão compatíveis com a Constituição.

Nesse diapasão, como espécie do gênero prestação previdenciária, se o próprio direito à Previdência Social for considerado fundamental, por certo abarcará a indigitada aposentadoria. Dessa forma, a seguir procurar-se-á demonstrar que o direito previdenciário está incluído no rol de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, motivo pelo qual merece especial atenção.

Para fins deste estudo, adotou-se a definição de Sarlet para direitos fundamentais:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo ou não assento na constituição formal (aqui considerada a abertura material do catálogo)²⁰¹.

Segundo Sarlet, os direitos fundamentais sociais são direitos à libertação da opressão social e da necessidade, uma vez que, em princípio, objetivam a criação e

²⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 91. Nesta definição, o autor faz diferença entre fundamentalidade formal – relacionada à posituação constitucional, independente do conteúdo, e fundamentalidade material – mesmo perante a falta de previsão expressa, certos direitos integrariam a constituição material, uma vez que traduziriam decisões essenciais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade, contribuindo decisivamente para a dignificação da pessoa humana. Para Sarlet os direitos fundamentais teriam as seguintes características básicas: a) situam-se no ponto culminante do ordenamento jurídico; b) estão protegido de revisão formal e material pelo art. 60, da Constituição Federal; c) seriam normas diretamente aplicáveis, as quais vinculariam de maneira imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º, § 1º, da Constituição Federal).

garantia de uma igualdade e liberdade material, seja por meio de determinadas prestações materiais e normativas, seja pela proteção e manutenção do equilíbrio de forças na esfera das relações trabalhistas²⁰².

Os direitos fundamentais sociais apresentam-se, na Constituição Federal, tanto como direitos de defesa²⁰³, quanto como direitos a prestações²⁰⁴ por parte do Estado.

Não resta dúvida de que o direito à Previdência Social é efetivo direito fundamental formal, uma vez que é reconhecido expressamente como direito social na Constituição de 1988, em seu art. 6º, *in verbis*:

“TÍTULO II Dos Direitos e Garantias Fundamentais

....

CAPÍTULO II DOS DIREITOS SOCIAIS

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a **Previdência Social**, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 26, de 2000)” [Grifos nossos].

Este artigo arrola quais são os direitos sociais, a saber: a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a Previdência Social, a proteção à maternidade, à infância e a assistência aos desamparados.

²⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 1, p. 20, 2001.

²⁰³ Também chamados de direitos de primeira geração, são definidos por Sarlet, no artigo “Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988”. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 1, p. 13-14, 2001: “...objetivam a limitação do poder estatal, assegurando ao indivíduo uma esfera de liberdade e lhe outorgando um direito subjetivo que lhe permita evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal. Com base no exposto, percebe-se, desde logo, que os direitos fundamentais de defesa se dirigem a uma obrigação de abstenção por parte dos poderes públicos...”

²⁰⁴ Também chamados de direitos de segunda geração, são definidos por Sarlet, no artigo “Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988”. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 1, p. 15, 2001: “Vinculados à concepção de que ao Estado incumbe, além da não intervenção na esfera de liberdade pessoal dos indivíduos, assegurada pelos direitos de defesa (ou função defensiva dos direitos fundamentais), a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, os direitos fundamentais a prestações objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos.”

Discorrendo acerca dos direitos sociais, Silva²⁰⁵ sustenta que, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida, tendendo a realizar a igualização de situações sociais desiguais, o que, por sua vez, proporcionam condições mais compatíveis com o exercício efetivo da liberdade.

Horvath Júnior²⁰⁶ conclui pela inclusão dos direitos sociais como cláusulas pétreas implícitas na categoria de normas intangíveis relativas aos direitos fundamentais que englobam o Título II, capítulos I, II, III e IV da Constituição (direitos individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos de nacionalidade e os direitos políticos). Fundamenta sua posição em uma interpretação sistemática do inciso IV, § 4º do art. 60 da Constituição.

Também do ponto de vista material, a Previdência Social pode ser considerada direito fundamental. É a conclusão a que chega Rocha:

A fundamentalidade material, por sua vez, não apresenta maiores dificuldades no seu reconhecimento. Na lição de Benda, a obrigação do Estado de respeitar a dignidade do indivíduo não se restringe à expectativa de não ser tratado arbitrariamente, abrangendo uma obrigação prestatória quando o indivíduo não pode, de outra maneira, prover uma existência humana digna. É justamente nos momentos nos quais os cidadãos, inseridos na sociedade por força de sua capacidade de trabalho (substancial maioria da população), têm a sua força laboral afetada, ou mesmo negado o acesso ao trabalho, como é cada vez mais comum por força do modelo econômico excludente, que a Previdência Social evidencia seu papel nuclear para a manutenção do ser humano dentro de um nível existencial minimamente adequado²⁰⁷.

Essa é também a opinião de Daros:

²⁰⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 286-287.

²⁰⁶ HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Os direitos fundamentais e a seguridade social*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1204>. Acesso em: 02 nov. 2007.

²⁰⁷ ROCHA, Daniel Machado da. *O direito fundamental à Previdência Social – na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 111.

A fundamentalidade material, por sua vez, decorre do reconhecimento do direito à Previdência como uma das bases sobre as quais se assenta o Estado Democrático de Direito, porquanto visa a suprir a manutenção dos indivíduos quando estes não podem provê-la por seus próprios meios, por situações alheias a sua vontade²⁰⁸.

Questão importante diz respeito ao conteúdo do direito fundamental à Previdência Social. Analisando-se o Título VIII, do Capítulo II, Seção III, da Constituição Federal, que trata da Previdência Social, encontrar-se-á um detalhamento incomum, composto por normas densas, possuindo, em muitos casos, a auto-aplicabilidade prevista no art. 5º, § 1º. Nessa esteira, Sarlet questiona se todos os dispositivos que integram o conjunto de preceitos relativos à Previdência Social poderiam ser considerados fundamentais. Nas suas palavras:

Por outro lado, coloca-se a questão de se todos os dispositivos (e respectivas normas) que integram o conjunto de preceitos relativos à Previdência Social podem ser efetivamente considerados fundamentais, ou se o são apenas as normas assecuratórias dos diversos benefícios, a exemplo de um direito fundamental à aposentadoria, à pensão ou mesmo a auxílio-doença. Poder-se-ia, inclusive, questionar se a Previdência Social em seu todo, na qualidade de complexo de normas e posições jurídicas, não seria um direito fundamental proclamado sob feição de uma garantia institucional. (...) Desde logo, verifica-se que, enquanto no art. 201, nos seus diversos incisos e parágrafos, se encontram princípios e regras gerais sobre os objetivos, tipos de benefícios, valores, assim como matérias de cunho organizatório e procedimental, no art. 202 se cuidou especificamente do direito fundamental à aposentadoria. Que estas normas contidas nestes preceitos pertencem, em verdade, às normas organizacionais, e não ao grupo das normas definidoras de direitos e garantias, parece evidente²⁰⁹.

Por outro lado, em função do caráter contributivo da Previdência Social brasileira, há uma maior justiciabilidade às posições jurídicas dela decorrentes. Uma vez que a relação de Previdência Social converte uma parte do resultado da atividade produtiva e a solidariedade social em proteção social individual e previsível, materializa-se uma expectativa jurídica legítima de os beneficiários serem

²⁰⁸ DAROS, Ana Carine Busato. *O princípio da proibição de retrocesso social – no âmbito do Direito Fundamental à Previdência Social delineado na Constituição Federal de 1988*. Dissertação de <estrado - PUC-Paraná. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=799>. Acesso em: 03 mar. 2008, p. 44.

²⁰⁹ SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 334. O autor faz referência ao artigo 202, da Constituição Federal, na sua versão original, quando dispunha sobre as regras da aposentadoria por tempo de serviço e por idade. Esse artigo foi totalmente alterado pela EC 20/98, passando a tratar da previdência privada.

amparados nos momentos de necessidade, não podendo os regimes previdenciários públicos alegarem dificuldades econômicas para desincumbirem-se dos pagamentos²¹⁰.

Em relação à eficácia das normas que estabelecem direito à Previdência Social, cabem algumas considerações serem feitas, especialmente levando-se em conta que grande parte encontra assento constitucional, o que, em princípio, garantiria sua efetiva defesa mediante controle jurisdicional da constitucionalidade dos atos normativos reguladores desses direitos.

Em relação às normas que estabelecem direitos fundamentais de defesa, há consenso acerca de sua eficácia plena e aplicabilidade imediata. De acordo com Sarlet²¹¹, isto se deve ao fato de reclamarem uma atitude de abstenção por parte dos destinatários, além do que são veiculados por normas constitucionais suficientemente densas, possibilitando aplicação imediata, de acordo com o art. 5º, § 1º da Constituição Federal, o que asseguraria a plena justiciabilidade desses direitos.

Os direitos sociais prestacionais, por sua vez, dependem de concretização legislativa, além de circunstâncias econômicas e sociais. Daí seu caráter programático e sua positivação de forma mais vaga e aberta, o que, à primeira vista, poderia contrastar com a norma do § 1º do art. 5º, da Constituição Federal²¹².

Reconhecendo nas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais uma espécie de mandado de otimização, Sarlet²¹³ sustenta que haveria para os

²¹⁰ ROCHA, Daniel Machado da. *O direito fundamental à Previdência Social – na perspectiva dos princípios constitucionais diretos do sistema previdenciário brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 114-115.

²¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 1, p. 30-31, 2001.

²¹² DAROS, Ana Carine Busato. *O princípio da proibição de retrocesso social – no âmbito do Direito Fundamental à Previdência Social delineado na Constituição Federal de 1988*. Dissertação de <estrado - PUC-Paraná. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=799>. Acesso em: 03 mar. 2008, p. 52-53.

²¹³ SARLET, Ingo W. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 1, p. 29-30, 2001. Nesta mesma obra, p. 32-35, pondera acerca da eficácia das normas definidoras de direitos sociais: “Independentemente – ainda – da discussão em torno da possibilidade de se reconhecerem direitos subjetivos individuais a prestações com base nas normas constitucionais definidoras de direitos sociais prestacionais, importa ressaltar, mais uma vez, que, mesmo estas normas (por mais programáticas que sejam), são dotadas de eficácia e,

órgãos estatais, à luz do caso concreto, a tarefa de deferirem-lhes a maior eficácia possível.

Rocha²¹⁴ considera que o direito à Previdência Social atua como direito negativo e também como direito prestacional. No primeiro caso, impediria alterações que afetassem o patrimônio previdenciário dos segurados – aproximando-se aqui à tese esposada nesta dissertação acerca do princípio da proibição do retrocesso social. No segundo caso, atuaria quando estivesse em face de uma situação de necessidade social, nas situações em que o segurado não pudesse manter-se através de seu trabalho.

O mesmo autor cita como exemplo de direitos de defesa previdenciários: o art. 195, II, da Constituição Federal, que versa sobre o impedimento a contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de Previdência Social de que trata o art. 201; a não devolução de valores recebidos à maior e de boa-fé da Previdência Social, quando afetarem o mínimo indispensável para a subsistência da pessoa. Cita como exemplos de direitos à participação e à organização no procedimento, na seara previdenciária: o art. 10, da Constituição Federal combinado com o artigo 194, VII, que prevêem a participação popular na gestão da Previdência Social.

Em relação às normas constitucionais prestacionais em sentido estrito previdenciárias, aponta o indigitado autor uma tendência do STF em considerá-las não auto-aplicáveis. Assim, os §§ 1º, 2º e 4º reclamariam uma regulamentação

em certa medida, diretamente aplicáveis já ao nível da Constituição e independentemente de intermediação legislativa”. Para tanto, enumera algumas destas eficácias: a) acarretam a revogação dos atos normativos anteriores e contrários ao seu conteúdo; b) contêm imposições que vinculam permanentemente o legislador; c) implicam a declaração de inconstitucionalidade (por ação) de todos os atos normativos editados após a vigência da Constituição, caso colidentes com o conteúdo das normas de direitos fundamentais; d) constituem parâmetro para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; e) criam um direito subjetivo de cunho negativo, no sentido de que o particular poderá sempre exigir do Estado que se abstenha de atuar em sentido contrário ao disposto na norma de direito fundamental prestacional; f) geram, conforme parte da doutrina, a proibição do retrocesso, impedindo o legislador de, voltando atrás sobre seus próprios passos, abolir determinadas posições jurídicas por ele próprio criadas.

²¹⁴ ROCHA, Daniel Machado da. *O direito fundamental à Previdência Social – na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 115.

legislativa, enquanto os §§ 3º, 5º, 6º, 7º e 8º a dispensariam, uma vez que consagrariam direitos negativos, conforme RE 159.413-6/SP, que apreciou o art. 201, da Constituição Federal, na versão original, antes da EC 20/98. Posteriormente no RE 193.456/RS, o STF reviu sua posição e decidiu que o art. 201, § 3º e o caput do art. 202, da Constituição Federal, ambos nas versões originais, não eram auto-aplicáveis. No RE 211.319-1/RS, o STF considerou não auto-aplicável o art. 201, da Constituição Federal, que prevê o direito do marido ou do companheiro à pensão por morte²¹⁵.

Já no RE 166.961/RS, o STF entendeu que a norma contida no art. 202, I, da Constituição Federal, que regulamenta a aposentadoria por idade, constitui direito imediatamente aplicável, não constituindo ofensa ao art. 195, § 5º, que prevê que nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total, uma vez que essa norma vincularia apenas o legislador.

Dessa forma, conclui-se que as normas constitucionais que instituem os direitos previdenciários são direitos fundamentais, apresentando-se tanto como de defesa, como de prestação. Os primeiros, com eficácia plena e aplicabilidade imediata. Já os direitos prestacionais previdenciários, muitos com natureza programática, são uma espécie de mandado de otimização, devendo os órgãos estatais laborarem no sentido de lhes conferir a maior eficácia possível. Analisados caso a caso, como apresentado, o STF determinou a aplicabilidade imediata de alguns direitos previdenciários e de outros, não.

²¹⁵ ROCHA, Daniel Machado da. *O direito fundamental à Previdência Social – na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 118-121.

2.3 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO BENEFÍCIO DA APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO

2.3.1 Considerações iniciais

O estudo dos princípios aplicáveis ao benefício da aposentadoria por tempo de contribuição é de suma importância para o deslinde desta dissertação. Como fixado no capítulo primeiro, o princípio da proibição do retrocesso social é um princípio conservador por excelência dos direitos sociais já conquistados e, em sua faceta positiva, aponta para o aumento da amplitude desses direitos. Dessa forma, deverá ser cotejado com os demais princípios, em uma ponderação de soluções, toda vez que legislação posterior diminuir direitos. Assim, neste ponto procura-se determinar quais são os demais princípios “atores” nesta ponderação.

De se observar que não se estudarão todos os princípios aplicáveis ao ramo da ciência jurídica denominado Direito Previdenciário²¹⁶, mas apenas os diretamente aplicáveis ao indigitado benefício.

²¹⁶ Em exaustivo trabalho, Martinez divide os princípios de direito previdenciário em: a) princípio fundamental: solidariedade social; b) princípio do equilíbrio econômico; c) princípios básicos: da proteção, da obrigatoriedade, da facultatividade, da universalidade, da continuidade, da essencialidade, da unidade, da supletividade, das desigualdades sociais; d) princípios técnicos: de filiação (automaticidade, unicidade, caducidade e extinção), da inscrição, do custeio (da capacidade contributiva, da obrigatoriedade da contribuição, da boa-fé em relação ao contribuinte, das solidariedade fiscal, da responsabilidade pessoal, da autonomia da vontade, da precedência do custeio, da trimestralidade, da equidade no custeio, da diversidade do financiamento), das prestações (da automaticidade, da proteção, da autonomia da vontade, da correlatividade da prestação em relação à contribuição, da independência da situação do beneficiário, da imprescritibilidade do direito a certos benefícios, da unicidade, da irredutibilidade do valor dos benefícios, da seletividade, da distributividade), princípios gerais de direito, princípios diversos (do conhecimento da lei, da individualidade, da territorialidade), da subsidiariedade da legislação previdenciária, da manutenção das desigualdades, da equivalência urbano-rural; e) princípios de previdência supletiva: da facultatividade, da independência da instituição gestora, da complementariedade da prestação, da universalidade dos protegidos, da solidariedade dos participantes, da irredutibilidade do valor da complementação, da independência das pessoas jurídicas, da gestão colegiada, da submissão ao direito privado, da transparência; f) princípios administrativos: da legalidade, da moralidade, da finalidade, da imediatidade, da capacidade, da publicidade, da racionalidade, da gestão democrática, gerais do serviço público; g) princípios assistenciais: da necessidade, da incapacidade contributiva, da disponibilidade de recursos, da desproporcionalidade entre necessidade e proteção, do custeio indireto, da facultatividade, do informalismo procedimental, da igualdade de situação entre os beneficiários, do direito às prestações assistenciais; h) princípios relativos às ações de saúde; i) princípios sobre acidentes de trabalho; j) princípios relativos à internacionalização; l) princípios constitucionais; m) princípios de outras ciências jurídicas; n) princípios de direito procedimental; o) princípios interpretativos. MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de direito previdenciário*. São Paulo: LTr, 2001, p. 91-322.

A Previdência Social é um fenômeno complexo, que demanda a realização de escolhas e renúncias, pois a proteção social é orientada pela priorização dos riscos sociais mais relevantes²¹⁷. Essa “escolha trágica”²¹⁸ deve levar em conta a abrangência da Previdência Social que se pretende implementar, no atinente aos sujeitos protegidos, seu modo de financiamento, as espécies de prestações, as condições de elegibilidade para cada uma delas, seu valor e sua manutenção ao longo do tempo.

Tal mister torna-se mais fácil de ser equacionado quando a questão é inserida na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro em geral, e do benefício da aposentadoria por tempo de contribuição em particular²¹⁹.

Princípios são os valores fundantes de determinada ciência, os vetores que devem servir à interpretação, integração e efetiva aplicação das diretrizes por eles estabelecidas, repousando neles a essência de uma ordem, os parâmetros fundamentais e direcionadores do sistema normado²²⁰. De acordo com Alexy:

Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por isso, são mandados de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas. O âmbito do juridicamente possível é determinado pelos princípios e regras opostas²²¹.

²¹⁷ ROCHA, Daniel Machado da. *O direito fundamental à Previdência Social – na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 123-124.

²¹⁸ BARCELLOS, Ana. Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 241. A autora conclui, ao constatar a relação que se estabelece entre “... a escassez relativa de recursos e as escolhas trágicas que haverão de ser feitas (...) Isso porque decidir investir os recursos existentes em determinada área significa, ao mesmo tempo, deixar de atender outras necessidades, ainda que a opção de abandonar um campo específico não tenha sido consciente”.

²¹⁹ ROCHA, op. cit., p. 123-124.

²²⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 21.

²²¹ ALEXY, Robert. *Teoría de Los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 86.

Para o jurista Canotilho, os princípios jurídicos fundamentais possuiriam dois requisitos para sua existência: (1) seriam princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica; e (2) encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional²²².

Na visão de Bandeira de Mello:

Princípio – já averbamos alhures - é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo²²³.

Neste sentido, os princípios expressam determinada opção política da sociedade, de acordo com valores éticos e sociais fundantes da idéia de Estado e de Sociedade.

Barroso e Barcelos destacam a grande importância a que foram alçados os princípios, no que denominaram de “*virada na interpretação constitucional*”, uma vez que as normas constitucionais não teriam sentido unívoco. O contrário, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, a solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido somente se daria “...à vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados”²²⁴.

Nos últimos tempos ganhou curso generalizado uma distinção qualitativa ou estrutural entre regra e princípio. A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo às concepções de Ronald Dworkin na obra *Taking rights seriously*,

²²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e Teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1.038.

²²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: RT, 1984, p. 230.

²²⁴ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Disponível em: <www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2006, p. 5.

de 1997 (a primeira edição é de 1977, porém o texto seminal nessa matéria, do próprio Dworkin, foi *The model of rules*, University of Chicago Law Review, 35/14 - 1967), e aos desenvolvimentos a ela dados por Robert Alexy, na obra *Teoria de los derechos fundamentales*, também de 1997 (a primeira edição do original *Theorie der Grundrechte* é de 1986)²²⁵. Este último autor assim se posiciona acerca da distinção entre princípios e regras:

*Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas*²²⁶.

Princípios e regras, então, são espécies do gênero norma jurídica. Os primeiros atuando através de ponderação, uma vez que poderá haver colisão entre eles, e os segundos, através de subsunção. Na lição de Ohlweiler:

A ponderação, com efeito, dentro das teorizações dogmáticas que vêm sendo construídas, apresenta-se como "método jurídico" oposto ao da subsunção. Esta dualidade metodológica seria ilação das distintas estruturas das regras e dos princípios, utilizando-se a subsunção quando houver a necessidade de aplicar uma regra²²⁷.

Determinada a importância do estudo dos princípios jurídicos para o trabalho em tela, fixados seus conceitos e as distinções em relação às regras, passar-se-á a uma análise dos principais princípios constitucionais aplicáveis ao benefício da aposentadoria por tempo de contribuição.

²²⁵ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Disponível em: <www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2006, p. 11.

²²⁶ ALEXY, Robert. *Teoria de Los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 83.

²²⁷ OHLWEILER, Leonel Pires. A ponderação no regime administrativo brasileiro: análise de uma recepção hermenêutica. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. XXXIII, p. 171-195, 2006.

2.3.2 Princípios da Seguridade Social

Os princípios da seguridade social possuem assento constitucional no artigo 194, parágrafo único. De se observar que, como se referem à Seguridade Social que é gênero, por certo também se aplicam a todas as suas espécies – previdência, assistência social e saúde.

O direito à seguridade social como conjunto integrado de ações de iniciativa do poder público com a participação da sociedade atuando na área de saúde, assistência social e Previdência Social, é direito fundamental de segunda geração, ou seja, ligado às prestações que o Estado deve ao seu conjunto de integrantes.

Para Sarlet, com o reconhecimento dos direitos de segunda geração, o Estado assume um comportamento ativo na realização da justiça social, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na liberdade individual, mas sim de propiciar um direito de participar do bem estar-social. Prossegue: “Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado”²²⁸.

Dessa forma, o direito à seguridade social passa a ser direito público subjetivo, pois, uma vez não concedidas as prestações, o indivíduo pode requerê-las, exercitando o direito de ação.

O modelo de seguridade social adotado pela Constituição Federal de 1988 seria, na visão de Horvath²²⁹: a) misto (posto que adota técnicas não contributivas [saúde e assistência social] e contributivas [Previdência Social que utiliza a fórmula tripartite de custeio, ou seja, é financiada pelo Estado, empregadores e trabalhadores]); b) universalista (posto que possibilita a todos os integrantes da sociedade terem acesso às prestações desde que atendam aos requisitos legais); c)

²²⁸ SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 56-57.

²²⁹ HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Os direitos fundamentais e a seguridade social*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1204>. Acesso em: 02 nov. 2007.

não acabado (posto que, conquanto busque a universalidade de cobertura e atendimento determina um núcleo mínimo de proteção [art. 201 da Constituição Federal] que deve ser expandido à medida que o Estado suporte); d) de gestão administrativa descentralizada e com a participação democrática da sociedade; e) solidário (com aplicação do princípio da solidariedade não de forma plena [solidariedade nacional] posto que, no âmbito previdenciário, a proteção alcançará apenas o universo de beneficiários [segurados e dependentes], não abrangendo todos os integrantes da sociedade brasileira).

São os seguintes os princípios que serão abordados, e que se relacionam diretamente com o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição: solidariedade; universalidade da cobertura e do atendimento; uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; irredutibilidade do valor dos benefícios; equidade na forma de participação no custeio; diversidade da base de financiamento.

O *princípio da solidariedade ou solidarismo* é um princípio implícito de extrema relevância, uma vez que embasa toda a estrutura do sistema de Seguridade Social. Segundo Savaris, constitui-se no fundamento que inspira a organização de um sistema de proteção dos necessitados, "...consistindo em verdadeiro amálgama dos princípios da seguridade Social e, em um instrumento essencial à promoção de uma existência humana digna"²³⁰.

Na lição de Rocha, a solidariedade constitui-se em eixo axiológico não apenas da seguridade social, mas de todos os direitos sociais. Nas suas palavras:

O princípio portador das diretrizes essenciais da seguridade e da previdência social, como, aliás, de todos os direitos sociais, é o da solidariedade, o qual se constitui no seu eixo axiológico, podendo ser nominado, utilizando a linguagem de Canotilho de princípio estruturante de nosso sistema previdenciário²³¹.

²³⁰ SAVARIS, José Antonio. *Traços elementares do sistema constitucional de seguridade social*. Curso de Especialização em Direito Previdenciário. Curitiba: Juruá, 2007, v. 1, p. 131.

²³¹ ROCHA, Daniel Machado da. *O direito fundamental à Previdência Social – na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 127.

No mesmo sentido é a lição de Martinez, ao asseverar que a solidariedade não é uma instituição típica da Seguridade Social, “...ainda que aí tenha encontrado *habitat natural para o seu desenvolvimento e efetivação*”²³².

Rocha entende que o princípio da solidariedade é densificado por outros princípios constitucionais previdenciários: a) universalidade, b) proteção contra os riscos sociais; c) obrigatoriedade; d) equilíbrio financeiro e atuarial; e) irredutibilidade do valor real dos benefícios²³³.

Nas palavras de Martinez, “Na *Previdência Social, basicamente, a solidariedade social significa contribuição da maioria em benefício da minoria. (...) é técnica imposta pelo custeio e exigência do cálculo atuarial*”²³⁴.

A solidariedade pode ser classificada da seguinte forma, na abordagem realizada por Horvath²³⁵: a) direta, quando as partes sabem concretamente quem participa do grupo, ou indireta, quando o vínculo se estabelece sem a manifestação da vontade das partes de forma expressa e atinge um número indeterminado de pessoas; b) interpessoal, quando se dá entre duas ou mais pessoas individualmente consideradas, ou intergrupais, quando se dá entre dois ou mais grupos; c) ética ou moral, imposta pelos preceitos éticos-morais, ou jurídica, estabelecida pela norma jurídica com aplicação compulsória; d) total, quando engloba todos os valores das partes vinculadas, ou parcial, quando abarca apenas alguns valores concretos e determinados.

Esse princípio permeia toda a Seguridade Social. Fala-se em “solidariedade entre gerações”: de um lado, as gerações em atividade no mercado de trabalho sustentam os benefícios das gerações na inatividade e, de outro, as camadas sociais com mais capacidade contributiva sustentam um regime no qual existem

²³² MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de direito previdenciário*. São Paulo: LTr, 2001, p. 75.

²³³ ROCHA, Daniel Machado da. *O direito fundamental à Previdência Social – na perspectiva dos princípios constitucionais diretores do sistema previdenciário brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 127-128.

²³⁴ MARTINEZ, op. cit., p. 74-75.

²³⁵ HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Os direitos fundamentais e a seguridade social*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1204>. Acesso em: 02 nov. 2007.

serviços e benefícios deferidos àqueles que não têm nenhuma condição de contribuir.

Nessa linha de pensamento, especificamente em relação à Previdência Social, tem-se o denominado modelo de repartição simples, no qual as gerações em atividade sustentam os benefícios dos que estão inativos, ao contrário do regime de capitalização, no qual cada um contribui para o sustento de seu próprio benefício, por meio de depósitos de numerários individuais²³⁶.

O *princípio da universalidade da cobertura e do atendimento* possui uma faceta objetiva e outra subjetiva. A primeira aponta para a previsão de universalidade de cobertura dos riscos e contingências sociais, devendo as prestações previdenciárias abrangerem o maior número possível de situações geradoras de necessidades sociais, de acordo com a realidade financeira do Estado²³⁷. A segunda, universalidade do atendimento, significa que todos, brasileiros e estrangeiros, residentes e domiciliados em território nacional, deverão ser atendidos pelo Sistema de Seguridade Social.

Em relação a esse princípio, Horvath²³⁸ defende que “... apresenta-se à vezes como princípio programático e informador, posto que é instrumentalizado de forma mitigada”, uma vez que a própria Constituição Federal estabelece no art. 201, quais os eventos que terão cobertura previdenciária. Assim, seria errônea a interpretação extensiva comumente dada a esse princípio. Ao revés, deve ser lido juntamente com os demais, sistematicamente.

De fato, esse princípio não se aplica de forma plena, uma vez que possui forte caráter programático. No âmbito da saúde, espécie do gênero seguridade social, o princípio é aplicado em seu aspecto subjetivo de forma integral, uma vez que os serviços de saúde são prestados a qualquer pessoa que deles necessitar, independente de contribuições. Já nos outros ramos da seguridade social -

²³⁶ FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. *Direito da seguridade social – prestações e custeio da previdência, assistência e saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 30-31.

²³⁷ FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. *Direito da seguridade social – prestações e custeio da previdência, assistência e saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 31-32.

²³⁸ HORVATH JUNIOR, Miguel. *Direito previdenciário*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2002, p. 52-53.

assistência social e Previdência Social -, a universalidade deve ser analisada em consonância com os demais princípios informadores do subsistema. Somente receberão benefício assistencial as pessoas efetivamente carentes de recursos e, quanto à Previdência Social, somente será beneficiado, em regra, quem contribuir para a previdência.

Em relação ao *princípio da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços* às populações urbanas e rurais, cabem alguns esclarecimentos iniciais.

Antes da Constituição de 1988, distintos eram os sistemas protetivos dos trabalhadores urbanos e rurais. Enquanto aqueles estavam vinculados ao então INPS (Instituto Nacional da Previdência Social), cujos benefícios eram regulados pela CLPS de 1984, estes se encontravam sujeitos a um regime mais propriamente assistencial do que previdenciário, o Regime do PRORURAL, instituído pela Lei Complementar n.º 11/71 (Programa de Assistência ao Trabalhador Rural)²³⁹. Tal sistema, em comparação com o do INPS, propiciava um menor número de benefícios e em valor menor, equivalente a apenas meio salário mínimo.

Com a Constituição Federal de 1988, houve vedação ao tratamento desigual para a população urbana e rural, corrigindo a apontada distorção, uma vez que unificados os regimes previdenciários urbano e rural. O mesmo princípio foi também contemplado no art. 7º, da Constituição Federal, que trata de conferir tratamento uniforme a trabalhadores urbanos e rurais.

A uniformidade dos benefícios e serviços indica o mesmo nível de proteção para as populações urbanas e rurais. Cardone²⁴⁰ esclarece que a expressão “uniformidade” refere-se a igualdade quanto ao aspecto objetivo, isto é, em relação aos eventos cobertos (aposentadorias, auxílio, pensão, etc.) e a expressão “equivalência” alude ao valor pecuniário ou à qualidade da prestação, vedando o estabelecimento de critérios diversificados para cálculo dos benefícios previdenciários.

²³⁹ FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. *Direito da seguridade social – prestações e custeio da previdência, assistência e saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 32-33.

²⁴⁰ CARDONE, Marly A. *Previdência, assistência, saúde: o não trabalho na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 1990, p. 30.

Rocha e Baltazar Junior esclarecem que, mesmo após a Constituição Federal de 1988 determinar tratamento igualitário, persistem diferenças entre urbanos e rurais:

Mesmo no próprio regime geral, ainda persistem diferenciações, pois o segurado especial, em razão de não contribuir diretamente para a seguridade social, possui distinções quanto aos benefícios que pode perceber e também quanto ao valor das prestações (art. 39 da Lei n° 8.213/91). Entretanto, caso resolva contribuir como os demais segurados, fará jus às mesmas prestações, sendo o valor dos benefícios calculados em conformidade os mesmos critérios²⁴¹.

De acordo com o *princípio da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços*, deverá haver a seleção dos riscos – plano básico - que serão protegidos através da legislação ordinária, em face de contingências econômico-financeiras do Sistema de Seguridade²⁴². Os riscos cobertos devem ser os mais prementes, e as pessoas atendidas, as mais necessitadas, isto é, com menor renda.

A seletividade e a distributividade devem ser pautadas pelo princípio da universalidade, uma vez que este possui caráter programático. Trata-se, portanto, de princípio que restringe o princípio da universalidade da cobertura e do atendimento.

Na lição de Rocha e Baltazar Junior:

O princípio da seletividade consagra um critério distintivo para a escolha das prestações previdenciárias disponibilizadas (quais as contingências sociais que serão cobertas pelo sistema de proteção social em face de suas possibilidades financeiras), e também para a definição da clientela a ser atendida. Como exemplo de aplicação deste princípio, citem-se o salário-família e o auxílio-reclusão que, por força da Emenda Constitucional n° 20/98, são pagos apenas aos segurados considerados como de baixa renda. Por seu turno, o princípio da distributividade colima eleger as necessidades mais prementes que deverão ser satisfeitas prioritariamente²⁴³.

²⁴¹ ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Comentários à lei de benefícios da Previdência Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 37.

²⁴² FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. *Direito da seguridade social – prestações e custeio da previdência, assistência e saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 33.

²⁴³ ROCHA; BALTAZAR JUNIOR, op. cit., p. 38.

A *seletividade* consiste na eleição dos riscos e contingências sociais a serem cobertos, tendo como destinatário o próprio legislador constitucional, que estabeleceu expressamente quais os riscos e contingências sociais protegidas no art. 201 da Constituição Federal. O princípio também garante que esses benefícios e serviços sejam distribuídos àqueles que de fato necessitem, na medida de sua necessidade – *distributividade*.

Para Ribeiro²⁴⁴, esse princípio somente teria aplicação em relação aos benefícios em pecúnia, e não aos serviços, dada a homogeneidade do sistema de assistência, caso do SUS – Sistema Único de Saúde.

Criticando esta posição, Fortes sustenta que também no que se refere à prestação de serviços de saúde existe a necessidade de compatibilidade econômico-financeira com os procedimentos e tratamentos cobertos. Aduz que em relação ao sub-princípio da *distributividade*, realmente não haveria recepção no ramo da saúde, uma vez que abrangeria toda a população brasileira, o mesmo não ocorrendo com a seletividade²⁴⁵.

Já o *princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios* visa a manutenção do poder de compra dos benefícios da Seguridade Social. Trata-se da mesma garantia que o art. 7º, inciso VI, da Constituição Federal, atribuiu aos trabalhadores, havendo, neste ponto, um tratamento isonômico entre o trabalhador na ativa e o já aposentado²⁴⁶. Contudo, o constituinte não previu quais os índices de correção monetária a serem aplicados, ficando ao critério do legislador ordinário tal eleição²⁴⁷, o que muitas vezes se tem mostrado prejudicial ao segurado. E mais, segundo jurisprudência emanada do Supremo Tribunal Federal, a irredutibilidade refere-se ao valor nominal do benefício.

²⁴⁴ RIBEIRO, Julio César Garcia. *A Previdência Social do regime geral na constituição brasileira*. São Paulo: LTr, 2001, p. 73.

²⁴⁵ FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. *Direito da seguridade social – prestações e custeio da previdência, assistência e saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 34.

²⁴⁶ FORTES; PAULSEN, op. cit., p. 35.

²⁴⁷ DAROS, Ana Carine Busato. *O princípio da proibição de retrocesso social – no âmbito do Direito Fundamental à Previdência Social delineado na Constituição Federal de 1988*. Dissertação de mestrado apresentada na PUC-Paraná. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=799>. Acesso em: 03.03.2008, p. 20.

Esse princípio se justifica, uma vez que a finalidade dos benefícios da seguridade é a manutenção do padrão de vida ou a subsistência dos beneficiários, sendo operacionalizado através de reajustamentos anuais que mantenham o poder aquisitivo²⁴⁸.

O *Princípio da equidade na forma de participação no custeio*, destinado precipuamente ao legislador ordinário, preceitua que se deve estabelecer padrões justos e razoáveis para todos os contribuintes²⁴⁹. Dessa forma, quem tem maior capacidade econômica deve contribuir com valores proporcionalmente maiores em relação a quem tem menor capacidade. A equidade é signo da justiça distributiva, operando como verdadeiro agente redistribuidor de renda.

De acordo com esse princípio, o Estado e toda a sociedade devem participar, de forma direta ou indireta, do financiamento do Sistema de Seguridade Social e a distribuição do custeio deve-se dar de forma justa e razoável para todos os participantes.

A equidade na forma de participação no custeio previdenciário também é cumprida quando o legislador cria progressividade nas contribuições previdenciárias como se verifica, por exemplo, nas alíquotas de 8,0%, 9,0% e 11% incidentes sobre a remuneração do trabalhador (art. 20, da Lei n.º 8.212/91) e na previsão do § 1º, do art. 22, da Lei n.º 8.212/91, que estabelece contribuição adicional de 2,5% sobre a base de cálculo definida nos incisos I e II do artigo em análise, para a contribuição das instituições financeiras.

Segundo Martinez, tal princípio significa a contribuição de uns em favor dos outros, “[...] não poder ser criada fonte de custeio diferenciada para sujeitos passivos

²⁴⁸ ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Comentários à lei de benefícios da Previdência Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 39.

²⁴⁹ FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. *Direito da seguridade social – prestações e custeio da previdência, assistência e saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 36.

iguais e, ao mesmo tempo, dever haver distinção das pessoas segundo a sua capacidade contributiva”²⁵⁰.

Este princípio é exclusivo do regime de repartição, não se aplicando ao regime de capitalização. O regime de repartição é aquele no qual o financiamento das prestações e de todas as despesas operacionais do sistema é feito mediante contribuições sociais ou impostos, não havendo uma relação direta entre valores vertidos e valores recebidos, uma vez que o sistema baseia-se no princípio da solidariedade inter-gerações, já estudado.

O *princípio da diversidade da base de financiamento* determina que toda a sociedade deve participar do financiamento da Seguridade Social, e não apenas um único setor da economia ou uma dada classe social²⁵¹. No art. 195²⁵² da Constituição Federal de 1988, estão elencadas as várias fontes de financiamento da Seguridade Social.

Caso as contribuições sociais, previstas nos incisos do caput, do art. 195 referido, sejam insuficientes, a União poderá utilizar-se da competência residual, insculpida no art. 195, § 4º da Constituição, instituindo outras fontes de custeio para a Seguridade Social, desde que o faça mediante lei complementar.

Na visão de Castro, em verdade, a forma de custeio da Seguridade Social brasileira seria “híbrida”:

²⁵⁰ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de direito previdenciário*. São Paulo: LTr, 2001, p. 149.

²⁵¹ FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. *Direito da seguridade social – prestações e custeio da previdência, assistência e saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 36.

²⁵² Art. 195. “A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I – o empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

b) a receita ou o faturamento;

c) o lucro;

II – do trabalhador e dos demais segurados da Previdência Social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de Previdência Social de que trata o art. 201;

III – sobre a receita de concursos de prognósticos;

IV – do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.”

Estando a seguridade social brasileira no chamado ponto de hibridismo entre sistema contributivo e não-contributivo, o constituinte quis estabelecer a possibilidade de que a receita da seguridade social possa ser arrecadada de várias fontes pagadoras, não ficando adstrita a trabalhadores, empregadores e Poder Público. Assim, com base nesse princípio, existe a contribuição social incidente sobre a receita de concursos de prognósticos, e a própria CPMF. Com a adoção desse princípio, está prejudicada a possibilidade de estabelecer-se o sistema não-contributivo, decorrente da cobrança de tributos não-vinculados, visto que o financiamento deve ser feito por meio de diversas fontes, e não, de fonte única²⁵³.

Esse sistema de financiamento da Seguridade Social prevê participação quadripartite: (1) contribuição do Estado (proveniente de seu orçamento fiscal), (2) dos empregadores, (3) dos segurados e (4) da sociedade em geral, mesmo que esta não usufrua diretamente de futura prestação.

Analisados, sucintamente, os principais princípios aplicáveis à Seguridade Social como um todo, passe-se ao estudo dos princípios setoriais. *In casu*, serão abordados os princípios relativos à Previdência Social, objeto desta dissertação.

2.3.3 Princípios da Previdência Social

Além dos princípios já elencados que, frise-se, aplicam-se à Seguridade Social como um todo, há princípios específicos da Previdência Social. Estão previstos no art. 201 da Constituição Federal de 1988: filiação obrigatória, caráter contributivo, equilíbrio financeiro e atuarial, garantia de benefício mínimo e atualização monetária dos salários-de-contribuição e manutenção do valor real dos benefícios.

O *Princípio da obrigatoriedade de filiação* determina que todas as pessoas que exercem atividade remunerada na iniciativa privada ficam, obrigatoriamente, vinculados ao sistema previdenciário. Dessa forma, este princípio rege a relação jurídica entre os segurados e o ente segurador estatal²⁵⁴.

²⁵³ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. Princípios da seguridade social na ordem jurídica vigente. *Revista de Doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Porto Alegre*, n. 06, p. 4, 2005.

²⁵⁴ FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. *Direito da seguridade social – prestações e custeio da previdência, assistência e saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 48.

Segundo lição de Martinez: “Filiação é exigência técnica, norma cogente sem comportar exceções; como tal deve ser interpretada. A ela se opõe a autonomia da vontade”²⁵⁵.

O simples exercício de uma determinada atividade laborativa, apontada pela legislação previdenciária, determina de plano o estabelecimento de vínculo com o Regime Geral de Previdência Social. A Lei de Benefícios da Previdência – Lei n.º 8.213/91 - dispõe, em seu art. 11, quem são os segurados obrigatórios, dividindo-os em cinco classes: empregados; empregados domésticos; contribuintes individuais (empresários, autônomos e equiparados a autônomos); trabalhadores avulsos; segurados especiais.

Essa obrigatoriedade visa à estabilidade financeira do sistema, uma vez que todas as pessoas que exercem atividades remuneradas, enumeradas no art. 11, da Lei n.º 8.213/91, são compelidas a verter contribuições ao INSS.

Castro adverte acerca da diferença entre compulsoriedade de contribuição e obrigatoriedade de filiação:

Não se confunda, todavia, os dois princípios: na compulsoriedade de contribuição se exige a participação dos indivíduos pertencentes à sociedade - e das pessoas jurídicas - no financiamento do sistema de seguridade; enquanto a filiação somente se aplica aos indivíduos que exercem atividade vinculada ao regime geral previdenciário que lhes garanta a subsistência, estando, a partir da inserção na parcela da população economicamente ativa, a salvo da perda ou redução dos ganhos decorrentes da atividade laborativa, nas hipóteses de eventos cobertos pela norma previdenciária. Pode-se dizer, assim, que nem todo indivíduo que contribui para a Seguridade é, ao mesmo tempo, filiado ao regime geral previdenciário; é o que ocorre, por exemplo, com o servidor público federal que, simultaneamente, é empregador doméstico, ou faz apostas em concursos de prognósticos: embora não seja filiado ao RGPS - pois como servidor tem regime próprio - será contribuinte da Seguridade Social, pois sua relação se enquadra no fato gerador da contribuição devida pelos empregadores domésticos e pelos apostadores em sorteios²⁵⁶.

²⁵⁵ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de direito previdenciário*. São Paulo: LTr, 2001, p. 122.

²⁵⁶ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. Princípios da seguridade social na ordem jurídica vigente. *Revista de Doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Porto Alegre*, n. 06, p. 7-8, 2005.

Há previsão legal expressa acerca da possibilidade de filiação facultativa (art. 13, da Lei n.º 8.213/91), constituindo-se uma exceção ao princípio em comento. Para tanto, dois são os requisitos: não possuir filiação a nenhum regime previdenciário, nem o próprio Regime Geral de Previdência Social ou tampouco os Regimes Próprios de Previdência Social, e contar com idade mínima de 16 anos. Exemplos clássicos de segurados facultativos são os estudantes e as donas-de-casa. É o magistério de Fortes e Paulsen:

Como exceção ao princípio da filiação obrigatória, e em reconhecimento ao caráter contributivo, o § 1º do art. 201 da Constituição Federal, na redação ostentada antes do advento da EC n. 20/98, possibilitava a todos, mediante contribuição, participação no plano de benefícios do Regime Geral de Previdência Social, independentemente de exercício de atividade laborativa, com enquadramento como *segurado facultativo*. Após a Emenda Constitucional n. 20/98, o dispositivo deixou de existir, porém a figura do *segurado facultativo*, aquele cujo vínculo decorre de sua vontade de recolher contribuições, e não do exercício de qualquer labor, restou preservada, de forma indireta, pela previsão do § 5º do mesmo art. 201, onde consta a vedação a que pessoa participante de regime próprio de previdência contribua como segurado facultativo²⁵⁷.

O *Princípio do caráter contributivo* aplica-se apenas à Previdência Social e não aos outros ramos da seguridade social. Por tal mandamento, somente terá direito a receber eventual prestação aquele que tenha efetivamente contribuído para o sistema.

As contribuições destinadas à Seguridade Social estão previstas no art. 195 da Constituição Federal. Entretanto, há contribuições que são específicas para a Previdência Social, disciplinadas nos incisos I, alínea 'a' e II do art. 195 da Constituição Federal: contribuições do empregador sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho e contribuições do trabalhador e demais segurados da Previdência.

De acordo com o art. 167, XI do texto constitucional, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 20/98, é vedada a utilização dos recursos provenientes de tais contribuições para despesas outras que não sejam as de pagamento de

²⁵⁷ FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. *Direito da seguridade social – prestações e custeio da previdência, assistência e saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 49.

benefícios previdenciários. Assim, além dessas contribuições sociais serem exclusivas para o custeio do Regime Geral de Previdência Social, também não poderão ser aplicadas em outras despesas ou incluídas na desvinculação de receitas da União, prevista no art. 76 da ADCT.

Pulino afirma, concluindo acerca da participação do segurado no custeio do Regime Geral de Previdência Social, tratar-se de pressuposto fundamental da própria existência da relação jurídica de concessão de prestação previdenciária, além de determinar, como regra geral, o valor do benefício previdenciário que será devido²⁵⁸.

Castro esclarece que não há relação direta entre os valores vertidos pelos segurado e sua futura renda mensal de benefício:

Isto significa que há segurados que contribuem mais do que irão receber à guisa de benefícios, e outros que terão situação inversa. Exemplificando, tenha-se um segurado que trabalhe durante 35 anos, contribuindo para o regime, e outro, ainda jovem, que trabalhe e contribua há apenas um mês; se ambos vierem a sofrer acidente que lhes retire permanentemente a capacidade laborativa terão direito à aposentadoria por invalidez pelo resto de suas vidas. O primeiro talvez não venha a receber tudo o que contribuiu; o segundo, certamente receberá mais do que recolheu aos cofres da Previdência²⁵⁹.

O *princípio da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial* do sistema previdenciário foi incluído pela Emenda Constitucional nº 20/98, que deu nova redação ao *caput* do art. 201 da Constituição Federal. O objetivo dessa inclusão é conferir higidez econômica ao Regime Geral de Previdência Social, prevendo que o sustento financeiro da Previdência Social será mantido no interior do próprio sistema, devendo orientar-se por critérios contábeis que preservem seu equilíbrio, isto é, que não promovam grande desproporção entre receitas e despesas²⁶⁰. Nesse sentido é a lição de Castro e Lazzari:

²⁵⁸ PULINO, D. *A aposentadoria por invalidez no direito positivo brasileiro*. São Paulo: LTr, 2001, p. 45.

²⁵⁹ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. Princípios da seguridade social na ordem jurídica vigente. *Revista de Doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Porto Alegre*, n. 06, p. 8, 2005.

²⁶⁰ FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. *Direito da seguridade social – prestações e custeio da previdência, assistência e saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 47-48.

Princípio expresso somente a partir da Emenda Constitucional n. 20/98 (art. 201, *caput*), significa que a Previdência Social deverá, na execução da política previdenciária, atentar sempre para a relação entre custeio e pagamento de benefícios, a fim de manter o sistema em condições superavitárias, e observar as oscilações da média etária da população, bem como sua expectativa de vida, para a adequação dos benefícios a estas variáveis²⁶¹.

A questão do equilíbrio das contas do INSS é matéria que deve ser enfrentada. Trata-se de permitir a própria existência do sistema de repartição no longo prazo, de tal forma a gerar poupança para o sustento futuro do regime previdenciário.

Várias alterações legislativas têm sido perpetradas com o intuito de equilibrar financeiramente o Regime Geral de Previdência Social. No mais das vezes, essas modificações acabam por dificultar o acesso aos benefícios, o que resulta na diminuição dos valores totais despendidos pela Autarquia.

A questão da propalada crise financeira da previdência social será melhor abordada no item 1 do capítulo III, quando se tratará, especificamente, da reforma da benefício da aposentadoria por tempo de contribuição.

O *Princípio da garantia do benefício mínimo* encontra assento constitucional no § 2º do art. 201. Por esse mandamento, os benefícios substitutivos do salário-de-contribuição ou do rendimento do trabalho – aposentadorias, auxílio-doença e reclusão, salário-maternidade e pensão por morte – não poderão ter valor inferior ao do salário mínimo vigente ao tempo de seu concessão.

Trata-se de importante conquista dos segurados, que, de acordo com a Constituição anterior, poderiam receber valor inferior ao salário mínimo. Visa a garantir o denominado mínimo existencial, valor abaixo do qual a própria noção de dignidade humana restaria vilipendiada. De se observar que, atualmente, o salário

²⁶¹ CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 8. ed. Santa Catarina: Conceito, 2007, p. 94.

mínimo é uno, o que garante o recebimento do mesmo valor por parte do trabalhador na ativa e do aposentado.

Castro defende que a desvinculação entre o valor mínimo do benefício e o valor do salário mínimo, se houver, consistirá em inaceitável retrocesso:

Entendemos, entretanto, que a proposta de desvinculação do benefício substitutivo do rendimento do trabalho daquele salário mínimo pago aos trabalhadores na atividade é retrocesso inaceitável. O beneficiário da Previdência também tem direito a uma existência digna, tal como preconiza o art. 1º, III, da Carta Magna. Ora, se o trabalhador tem necessidades básicas, que devem ser cobertas pelo valor do salário mínimo, o beneficiário da Previdência também as tem, e não em menor escala, senão pelo contrário. Deve-se recordar que, antes da previsão constitucional vigente, os segurados recebiam como valor mínimo a metade do salário mínimo devido aos trabalhadores²⁶².

Mas nem sempre foi assim. Antes da Constituição Federal de 1998 havia um sistema dual criado pelo Dec. 2.351/87: o piso nacional de salários e o salário mínimo de referência. O piso nacional de salários era o valor mínimo pago aos trabalhadores, capaz de satisfazer suas necessidades e de sua família. Já o salário mínimo de referência, inferior em valor àquele, foi instituído para cálculo dos reajustes salariais em geral, incluindo pensões e aposentadorias, e como indexador de obrigações legais e contratuais.

Nesse sentido, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região editou a súmula 15, válida para benefícios anteriores à Constituição Federal de 1988: “O reajuste dos benefícios de natureza previdenciária, na vigência do Decreto-Lei n.º 2.351, de 7 de agosto de 1987, vinculava-se ao salário mínimo de referência e não ao piso nacional de salários” - DJ (Seção II) de 14/10/93, p.43516”.

De acordo com o *princípio da atualização monetária dos salários-de-contribuição*, no cálculo da renda mensal dos benefícios previdenciários, são levados em conta os salários-de-contribuição atualizados monetariamente, conforme previsão da Constituição, art. 201, § 3º.

²⁶² CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. Princípios da seguridade social na ordem jurídica vigente. *Revista de Doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Porto Alegre*, n. 06, p. 9, 2005.

Causa estranheza que uma determinação tão comezinha tenha assento constitucional. Porém, tal se justifica uma vez que, na legislação previdenciária anterior à Lei n.º 8.213/91, havia determinação de não atualização monetária dos doze últimos salários-de-contribuição, o que gerava perda de renda ao aposentado, já no momento da inativação²⁶³.

Elucidativo é o magistério de Rocha e Baltazar Junior:

O salário-de-contribuição configura o valor básico sobre o qual serão estipuladas as contribuições do segurado, ou na linguagem tributária, a base de cálculo da contribuição sobre a qual incidirão as alíquotas estabelecidas pela Lei de Custeio. O salário-de-contribuição, quando da concessão da prestação, será utilizado para compor as parcelas cujo cálculo resulta no salário-de-benefício²⁶⁴.

O *princípio da manutenção do valor real* dos benefícios previdenciários, previsto no art. 201, § 4º, da CF²⁶⁵, visa a assegurar a sobrevivência do beneficiário como se estivesse em atividade.

A operatividade dessa teleologia dá-se através do reajustamento dos valores das prestações, a fim de manter seu poder aquisitivo, imprescindível tendo em vista o caráter alimentar dos benefícios previdenciários²⁶⁶. Após obtido o benefício previdenciário, todos os anos há, ao menos, a reposição da inflação do período, de modo a possibilitar a preservação do valor real. Atualmente, esse reajuste se dá com base no INPC- Índice Nacional de Preços ao Consumidor do IBGE²⁶⁷.

²⁶³ Veja-se a Consolidação da Legislação da Previdência Social de 1984 – CLPS/84, Dec. 89.312/84, art. 21, § 1º “Nos casos do item II, os salários-de-contribuição anteriores aos 12 (doze) últimos meses são previamente corrigidos de acordo com índices estabelecidos pelo MPAS”).

²⁶⁴ ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Comentários à lei de benefícios da Previdência Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 29.

²⁶⁵ CF, art. 201, § 4º “É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei.” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

²⁶⁶ FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. *Direito da seguridade social – prestações e custeio da previdência, assistência e saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 49-50.

²⁶⁷ Neste sentido é a determinação da Lei 8.213/91, art. 41-A: “O valor dos benefícios em manutenção será reajustado, anualmente, na mesma data do reajuste do salário mínimo, pro rata, de acordo com suas respectivas datas de início ou do último reajustamento, com base no Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC, apurado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.” (Incluído pela Lei nº 11.430, de 2006).

Na basilar lição de Savaris:

De fato, o princípio encerra o dever inderrogável das instâncias governamentais de assegurar ao indivíduo dependente da ação protetora da Seguridade Social, a preservação dos meios indispensáveis à sua manutenção contra processos de esvaziamento de conteúdo. É, de outra perspectiva, pressuposto de eficiência da Seguridade Social, já que o aviltamento do valor dos benefícios implica, de modo oblíquo, atentado contra o próprio direito à Previdência ou Assistência Social²⁶⁸.

Além desses princípios, pode-se também destacar outros que não foram previstos explicitamente no art. 201, *caput*. Pelo *princípio da hipossuficiência dos segurados*, há a aplicação da norma mais favorável a eles, uma vez que se encontram em posição considerada inferior. Segundo Fortes e Paulsen:

Este princípio tem como decorrência, e mesmo chega a confundir-se, com aquele apontado por Mozart Victor Russomano como o *princípio da exigibilidade do que for mais favorável ao trabalhador*, segundo o qual assiste aos segurados o direito de ver aplicada a norma mais favorável. Neste aspecto, também é interessante ressaltar que muitas vezes no Direito Previdenciário (e mesmo na feição mais abrangente do Direito de Seguridade Social) verifica-se a existência de interpretações autênticas (isto é, efetivadas pelo próprio legislador) determinando a aplicação da norma mais favorável ao segurado, em especial no campo do direito previdenciário relativo aos benefícios, por intermédio da expressão “*o que for mais vantajoso*”,...²⁶⁹.

Por derradeiro, há o reconhecimento pela doutrina do *caráter alimentar dos benefícios previdenciários*, uma vez que substituem o salário do trabalhador. Vide, nesse sentido, Talamini, que assim se expressa:

O conceito de dívida alimentícia com a extensão indicada é extraível da própria Constituição. No *caput* do artigo 100 previu-se regime especial para cobrança, perante as Fazendas Municipal, Estadual e Federal, dos ‘créditos de natureza alimentícia’. Ora, a Fazenda Pública não tem parentes, não contrai matrimônio, nem é unida estavelmente; enfim, não tem nenhuma relação de direito de família – e mesmo assim pode dever alimentos. O sentido constitucional de ‘alimentos’, portanto, vai necessariamente além do

²⁶⁸ SAVARIS, José Antonio. *Traços elementares do sistema constitucional de seguridade social*. Curso de Especialização em Direito Previdenciário. Curitiba: Juruá, 2007, v. 1, p. 155.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 49-50.

direito de família: abrange indenizações, pensões, salários e outras verbas – desde que essencialmente destinadas ao sustento do titular do crédito²⁷⁰.

De se observar que, desde a EC n.º 30, de 13/09/2000, que acrescentou o parágrafo 1º-A ao artigo 100 da Constituição Federal²⁷¹, há reconhecimento expresso do caráter alimentar dos benefícios previdenciários.

Feitas estas breves considerações acerca dos principais princípios constitucionais previdenciários que influenciam o benefício da aposentadoria por tempo de contribuição, é mister que se adentre à análise do próprio benefício em tela.

2.4 DA APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO

2.4.1 Breve histórico

No Brasil, como já referido anteriormente, o marco inicial da Previdência Social foi representado pela Lei Eloy Chaves – Decreto Legislativo n.º 4.682, de 24 de janeiro de 1923, que criou uma Caixa de Aposentadoria e Pensões para os empregados das empresas de estradas de ferro. Em seu art. 9º, estabelecia quatro espécies de prestações asseguradas aos beneficiários daquele sistema de previdência, a saber: (1) socorros médicos em caso de doença, (2) medicamentos obtidos por preço especial, (3) pensão por morte e (4) *aposentadoria*, que poderia ser em razão do tempo de serviço e da idade (conhecida com aposentadoria ordinária) e *por invalidez*.

²⁷⁰ TALAMINI, Eduardo. *Prisão civil e penal e 'execução indireta' - A garantia do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal*. Revista de Processo, São Paulo, ano 23, n. 92, p. 46, out./dez. 1998.

²⁷¹ "Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado."

Em seu art. 12, esse diploma legislativo trazia os requisitos para o deferimento da aposentadoria ordinária: integralmente ao empregado ou operário que houvesse prestado, pelo menos, trinta anos de serviço e tivesse completado cinqüenta anos de idade; ou, proporcionalmente, àquele que implementasse apenas o tempo de serviço ou apenas a idade mínima estabelecida na lei.

A aposentadoria ordinária é considerada a precursora da atual aposentadoria por tempo de contribuição. De se observar que, já em sua origem, a aposentadoria em tela contava com o requisito da idade mínima do obreiro para seu deferimento.

A Lei n.º 5.109/1926 ampliou o âmbito da Previdência Social, estendendo o regime a todas as estradas de ferro brasileiras, particulares ou públicas, às explorações portuárias e à navegação marítima ou fluvial²⁷², sem, no entanto, haver uniformidade legislativa em torno dos requisitos para a inativação.

O benefício de aposentadoria ordinária somente tinha previsão nos regimes instituídos pelas Caixas de Aposentadorias e Pensões, não havendo esse benefício nos regimes dos Institutos de Aposentadoria e Pensões.

Na verdade, o IAPB – Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Bancários – manteve a aposentadoria ordinária apenas por um curto período, entre a data de sua fundação e o Decreto-lei n.º 2.474, de 5 de agosto de 1940, que veio a abolir o benefício. Posteriormente, com a Lei n.º 3.322, de 1958, houve o retorno dessa inativação para o obreiro que cumprisse as seguintes condições: conta-se, no mínimo, 55 (cinqüenta e cinco) anos de idade e 30 (trinta) anos de serviços em estabelecimentos ou entidades cujos servidores estivessem vinculados ao Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Bancários, e tivesse contribuído para o mesmo Instituto, ininterruptamente, pelo menos durante os últimos 5 (cinco) anos, contados da data em que requeresse a aposentadoria ordinária.

²⁷² A PREVIDÊNCIA SOCIAL no Brasil e no estrangeiro. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1950, p. 21.

Novamente, o indigitado benefício previa idade mínima para deferimento, porém agora com uma novidade – a exigência também de um período de carência, no caso, cinco anos.

A LOPS (Lei Orgânica da Previdência Social) - Lei n.º 3.807, de 26 de agosto de 1960, uniformizou a legislação dos vários Institutos de Aposentadorias e pensões existentes, transformando a antiga “aposentadoria ordinária” em “aposentadoria por tempo de serviço”.

Em seu art. 32, previa, como requisitos para deferimento do benefício, que o segurado comprovasse 30 (trinta) e 35 (trinta e cinco) anos de serviço, respectivamente, com 80% (oitenta por cento) do salário de benefício no primeiro caso, e, integralmente, no segundo e, em qualquer caso, que o contasse com, no mínimo, 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, tanto para homens como para mulheres. Previa, também, acréscimo de 4% no salário-de-benefício para cada anos mais de serviço, além dos 30 anos, até o limite de 20%.

Denota-se, novamente, a presença do requisito da idade mínima para a fruição do benefício. Porém, esse requisito perdurou apenas até a Lei n.º 4.130, de 28/08/1962, a partir da qual apenas o tempo de serviço passou a ser exigido. Foi a primeira vez, desde a Lei Eloy Chaves, que o requisito etário foi abolido para o indigitado benefício. Observa-se que a ausência desse requisito perdura até hoje.

O Decreto-lei n.º 66, de 1966, ao incluir o § 8º no art. 32 da LOPS, criou nova exigência para a obtenção do benefício em foco: que o segurado tivesse vertido, pelo menos, sessenta contribuições ao INPS. Tratava-se do instituto da carência, entendida como o número mínimo de contribuições mensais indispensável para, ao lado da implementação do tempo de serviço, obter o direito à fruição do benefício. Esse instituto ainda hoje persiste, porém com prazo distinto.

Com a Constituição de 1967, em seu art. 158, XX, houve uma distinção no requisito do tempo de serviço para a inativação da mulher, sendo reduzido para trinta anos o tempo de serviço necessário para sua aposentadoria integral por tempo

de serviço, não havendo previsão de inativação proporcional²⁷³. Essa redução baseou-se na questão da dupla jornada de trabalho da mulher e do maior desgaste físico que daí decorre. Referindo-se a esta dupla jornada, Maccalóz pondera:

Aqui vamos falar da “honrosa” situação das mulheres que estão no mercado de trabalho formal e informal. Apenas as que possuem emprego ou são autônomas ostentam a condição de seguradas, são titulares de direitos que podem, ou não, estar cumulados com o dependente. Todas elas executam a dupla jornada, a de profissional e a de dona de casa, independente do grau de instrução, idade, raça, cor, religião e filiação partidária. Ainda assim a sua situação não é plena; sempre houve ilegalidades em maior número com as mulheres, mas com a flexibilização da fiscalização e da interpretação das leis laborais, boa parte não está contemplada pela Previdência Social²⁷⁴.

A Consolidação das Leis da Previdência Social – CLPS/76, aprovada pelo Decreto 77.077/1976, em seu art. 41, e a Consolidação das Leis da Previdência Social – CLPS/84, aprovada pelo Decreto 89.312/1984, em seu art. 33, ambas com basicamente o mesmo teor, determinavam as condições para o deferimento da aposentadoria por tempo de serviço. Uma vez cumprida a carência de 60 (sessenta) contribuições mensais, seria devida a aposentadoria aos 30 (trinta) anos de serviço: (a) quando o salário-de-benefício fosse igual ou inferior ao menor valor-teto, em valor igual a 80% do salário-de-benefício, para o homem e 95% do salário-de-benefício, para a mulher; (b) quando o salário-de-benefício fosse superior ao menor valor-teto, seria aplicado à parcela correspondente ao valor excedente o coeficiente igual a tantos 1/30 (um trinta avos) quantos fossem os grupos de doze contribuições acima do menor valor-teto, respeitado o limite máximo de 80% do valor dessa parcela, sendo que a soma não poderia ultrapassar 90% do maior valor-teto.

Também havia a possibilidade de aposentadoria proporcional com tempo superior a 30 (trinta) anos de serviço para o segurado homem. Nesse caso, ao valor calculado de acordo com o item “a” supra, seriam acrescidos 3% do salário-de-

²⁷³ Com a Constituição Federal de 1967 houve diferenciação no benefício da aposentadoria por tempo de serviço, já que, desde a criação da Lei Orgânica da Previdência Social - LOPS, a aposentadoria por idade ou por velhice já fazia a diferenciação de cinco anos entre homens e mulheres.

²⁷⁴ MACCALÓZ, Salete Maria Polita. *O Impacto de gênero da reforma da previdência no Brasil*. Disponível em: <http://www.eclac.org/mujer/proyectos/pensiones/publicaciones/word_doc/Brasil.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2008, p. 51.

benefício para cada novo ano completo de atividade abrangida pela Previdência Social urbana, até 95% (noventa e cinco por cento) desse salário aos 35 (trinta e cinco) anos de serviço.

Em qualquer caso, o salário-de-benefício seria 1/36 (um trinta e seis avos) da soma dos salários-de-contribuição dos meses imediatamente anteriores ao do afastamento da atividade ou da entrada do requerimento, até o máximo de 36 (trinta e seis), apurados em período não superior a 48 (quarenta e oito) meses. Porém, apenas os 24 (vinte e quatro) primeiros salários-de-contribuição eram corrigidos monetariamente, o que gerava uma grande perda para o aposentado, especialmente considerando-se os elevados índices de inflação do período.

Com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, o benefício da aposentadoria por tempo de serviço obteve assento constitucional no *caput* do art. 202²⁷⁵. As principais alterações em relação ao regime anterior foram: correção monetária, mês a mês, de todos os salários de contribuição para o cálculo do salário-de-benefício; previsão de aposentadoria proporcional, a partir de 70% do salário-de-benefício, inclusive para a mulher, e aposentadoria integral de 100% do salário-de-benefício; extinção do menor e maior valor-teto. Porém, foi mantida a sistemática de cálculo baseado na média dos 36 (trinta e seis) últimos salários-de-contribuição.

Também previstos na Constituição, art. 202, II, versão original, os requisitos para a obtenção do benefício: para o homem, após 35 (trinta e cinco) anos de trabalho, e para a mulher, após 30 (trinta) anos, ambos com proventos integrais, facultada aposentadoria proporcional, após 30 (trinta) anos de trabalho, ao homem, e, após 25 (vinte e cinco), à mulher²⁷⁶.

No plano legal, a aposentadoria por tempo de serviço era disciplinada pelos arts. 52 e 53 da Lei n.º 8.213/91. O artigo 144 dessa lei, ao regulamentar o art. 202

²⁷⁵ Constituição Federal, art. 202, *caput*, versão original: “É assegurada aposentadoria, nos termos da lei, calculando-se o benefício sobre a média dos trinta e seis últimos salários de contribuição, corrigidos monetariamente mês a mês, e comprovada a regularidade dos reajustes dos salários de contribuição de modo a preservar seus valores reais...”.

²⁷⁶ Esta possibilidade da segurada mulher aposentar-se de forma proporcional, a partir dos 25 anos de serviço, não era prevista na legislação anterior à Constituição Federal de 1988.

da Constituição, determinou a revisão dos benefícios concedidos no período de 05/10/1988 a 05/04/1991²⁷⁷, aplicando o novo critério de cálculo da renda mensal inicial de forma retroativa, porém consignando que não seriam devidas as diferenças decorrentes dessa revisão, procedimento que acabou chancelado pelo STF²⁷⁸.

Posteriormente, esse benefício foi alvo de ampla reforma perpetrada pela Emenda Constitucional n.º 20, de 15/12/1998. Houve a extinção do benefício da aposentadoria por tempo de serviço proporcional, mantida apenas na regra de transição para os segurados filiados ao INSS na data da EC 20/98, porém com requisitos mais gravosos.

No ano seguinte, a Lei n.º 9.876/99, prosseguindo nas alterações iniciadas com a indigitada emenda constitucional, veio a dar nova feição ao benefício, alterando substancialmente sua forma de cálculo. Tais modificações são objeto do item que segue.

2.4.2 Requisitos para deferimento

De acordo com o art. 201, § 7º, I, da Constituição Federal, modificado pela Emenda Constitucional n.º 20, de 15 de dezembro de 1998, dois são, atualmente, os requisitos para a inativação por tempo de contribuição: ter completado 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem, ou 30 (trinta) anos, se mulher, e ter vertido aos cofres previdenciários, no mínimo, 180 (cento e oitenta) contribuições, requisito conhecido como carência.

Em relação à carência, a legislação anterior à Constituição Federal de 1988 previa apenas 60 (sessenta) meses para a fruição desse benefício. Como a Lei n.º 8.213/91, que veio a regular o benefício, triplicou tal exigência, foi estabelecida uma

²⁷⁷ Este interregno ficou conhecido como “buraco negro”, uma vez que havia previsão constitucional delineando um novo regime previdenciário no país, mas sem a regulação legal, que somente veio com a publicação da Lei 8.213/91.

²⁷⁸ O Supremo Tribunal Federal decidiu no sentido da não auto-aplicabilidade do art. 202, *caput*, da Constituição Federal. Veja-se REED 153655/PE, da relatoria do Min. Sydney Sanches, 1ª Turma, DJ de 16.12.94, p. 34893.

regra de transição para os segurados inscritos até a data dessa lei. Nessa regra, o período de carência vai aumentando ano a ano, começando por exigir os mesmos 60 meses anteriores, nos dois primeiros anos - 1991 e 1992 -, e após subindo na ordem de 6 meses ao ano, até alcançar o limite de 180 contribuições, no ano de 2011. De se observar que se utiliza a carência referente ao ano em que o segurado completou todos os requisitos para a aposentadoria, e não a data do pedido administrativo.

Cumpridos esses requisitos, o segurado obtém direito ao benefício, cuja renda mensal inicial será de 100% (cem por cento) do salário-de-benefício. Este é calculado de acordo com o art. 29, da Lei n.º 8.213/91, modificado pela Lei n.º 9.876/99, e corresponde à média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição nos 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo, multiplicada pelo fator previdenciário²⁷⁹.

A Lei n.º 9.876/91 previu regra de transição, aplicável ao segurados filiados ao INSS na data da sua vigência, estabelecendo como marco inicial do período básico de cálculo o mês de julho de 1994. Também determina que, caso no período básico de cálculo o segurado conte com menos de 60% (sessenta por cento) de contribuições, o divisor considerado para o cálculo da média dos salários-de-contribuição será fixado em 60% (sessenta por cento), o que leva a uma diminuição da renda mensal inicial em muitos casos.

Salienta-se que não há previsão de idade mínima para inativação e, dessa forma, com qualquer idade poderá o segurado inativar-se, desde que cumpra os requisitos apontados acima. Porém, se sua aposentadoria se der em idade precoce, o fator previdenciário levará a uma diminuição significativa no valor inicial de sua renda mensal²⁸⁰.

²⁷⁹ O Fator Previdenciário é um cálculo matemático, de utilização obrigatória na definição do salário-de-benefício da aposentadoria por tempo de contribuição, que leva em contas as seguintes variáveis: tempo de contribuição, idade e expectativa de sobrevida. Em geral, acarreta uma diminuição no valor inicial da aposentadoria. Esse tema será retomado no capítulo III.

²⁸⁰ Para aposentadorias com idade pouco superior aos 40 anos, o referido fator aproxima-se de 0,5 (zero virgula cinco), o que leva a um desconto de quase 50% no valor inicial dos proventos.

Uma vez aposentado, não há qualquer restrição a que o segurado permaneça laborando. Nesse caso, continuará a pagar contribuições previdenciárias que, no entanto, não reverterão de volta em termos de benefícios, o que atende ao princípio da solidariedade. De se observar que não há qualquer desconto de contribuições sociais em relação aos proventos de aposentadoria, em atenção à imunidade prevista no artigo 195, II da Constituição Federal.

Determinados os requisitos atuais para o deferimento do benefício da aposentadoria por tempo de contribuição, passe-se a estudar uma questão polêmica acerca deste benefício: a existência ou não de risco social coberto pela prestação.

2.4.3 A questão da definição do Risco Social Coberto

Tema dos mais importantes, que não poderia ser relegado ao esquecimento neste trabalho, é a discussão acerca da existência de risco social coberto pelo benefício da aposentadoria por tempo de contribuição. A resposta a essa indagação será de suma importância para a aplicação do princípio da proibição de retrocesso e também para o próprio futuro do benefício em tela, uma vez que aponta para a necessidade ou não da manutenção dessa prestação.

A expressão *risco social* é empregada para designar os fatos que possam provocar um desajuste nas condições normais de vida, em especial a obtenção dos rendimentos decorrentes do trabalho, gerando necessidades a serem atendidas. Ensinam Rocha e Baltazar Junior²⁸¹:

O termo *risco social* é empregado para designar os eventos, isto é, os fatos ou acontecimentos que ocorrem na vida de todos os homens, com certeza ou probabilidade significativa, provocando um desajuste nas condições normais de vida, em especial a obtenção dos rendimentos decorrentes do trabalho, gerando necessidades a serem atendidas, pois nestes momentos críticos, normalmente não podem ser satisfeitas pelo indivíduo. (...) Os regimes previdenciários são instituídos com a finalidade de garantir aos

²⁸¹ ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Comentários à lei de benefícios da Previdência Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 33-34.

seus beneficiários a cobertura de determinadas contingências sociais. Em sua essência, as normas buscam amparar os trabalhadores e seus dependentes quando vitimados por eventos (reais ou presumidos) que venham a produzir uma perda integral ou parcial dos rendimentos familiares ou despertem outra necessidade considerada socialmente relevante.

Na lição de Cardone²⁸², risco é o acontecimento incerto que acarreta impossibilidade de ganho, como o desemprego, ou de trabalho, como doenças ou acidentes incapacitantes, havendo a necessidade de substituição da renda. Classifica os riscos em biológicos, relativos à vida física do trabalhado (acidente do trabalho ou não, doença, invalidez, velhice, morte e maternidade), e econômico-sociais.

Pulino define contingência social como acontecimentos legalmente tipificados aptos a darem lugar às situações de necessidade social supridas pelas prestações previdenciárias. Prossegue enumerando os eventos previstos na Constituição que são considerados contingências sociais:

São contingências sociais aquelas elencadas – com a denominação de “eventos” – basicamente nos incisos e parágrafos do art. 201 da Constituição, a saber: “doença”, invalidez, morte, idade avançada (inciso I), maternidade e gestação (inciso II, juntamente com o art. 7º, XVIII), desemprego involuntário (inciso III, combinado com o art. 7º, II), manutenção de filhos e prisão (inciso IV, e no primeiro caso, também o art. 7º, XII), morte (inciso V) e o tempo de contribuição (§ 7º)²⁸³.

Na verdade, há de se diferenciar “risco social” de “contingência social”. Risco social é evento futuro e incerto, que independe da vontade ou da ação humana, capaz de produzir conseqüências danosas às pessoas, como, por exemplo, a invalidez. Já contingência social vem a ser evento capaz de produzir a perda ou redução dos recursos necessários para a manutenção do beneficiário ou o aumento dos gastos, estando presente o elemento voluntariedade e ausente o dano (no

²⁸² CARDONE, Marly A. *Dicionário de direito previdencial. Doutrina. Legislação. Jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 163.

²⁸³ PULINO, Daniel. *A aposentadoria por invalidez no direito positivo brasileiro*. São Paulo: LTr, 2001. p. 40-42.

sentido de prejudicialidade), como, por exemplo, a maternidade, nos benefícios de encargos familiares²⁸⁴.

Há dissenso na doutrina acerca da existência ou não do risco social e sua abrangência na prestação da aposentadoria por tempo de contribuição.

A Constituição Federal não arrola no *caput* do seu art. 201²⁸⁵ o tempo de contribuição como evento protegido, o que poderia levar à conclusão de que o próprio constituinte considera inexistente o risco social. Porém, tal conclusão não parece ser a mais adequada, quando se perfaz uma interpretação sistemática da Constituição.

De fato, o indigitado benefício está previsto no § 7º do mesmo artigo, por força da EC 20/98. Anteriormente, encontrava assento no *caput* do artigo 202²⁸⁶, o qual regravava em detalhes o cálculo da renda mensal. Dessa forma, mesmo não constando expressamente no artigo 201, juntamente com os riscos sociais tradicionais (doença, invalidez, morte e idade avançada), sua importância foi reconhecida pela própria Constituição.

Para Fortes e Paulsen, os benefícios previdenciários podem ser divididos em dois grupos, de acordo com a existência ou não de risco ou contingência social. O grupo dos benefícios que não cobrem nenhum risco social, no qual incluem a

²⁸⁴ HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Os direitos fundamentais e a seguridade social*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1204>. Acesso em: 02 nov. 2007.

²⁸⁵ Art. 201. “A Previdência Social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:
I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;
II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;
III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;
IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;
V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.”

²⁸⁶ Art. 202. “É assegurada aposentadoria, nos termos da lei, calculando-se o benefício sobre a média dos trinta e seis últimos salários de contribuição, corrigidos monetariamente mês a mês, e comprovada a regularidade dos reajustes dos salários de contribuição de modo a preservar seus valores reais e obedecidas as seguintes condições: (...)
II - após trinta e cinco anos de trabalho, ao homem, e, após trinta, à mulher, ou em tempo inferior, se sujeitos a trabalho sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidas em lei; (...)”

aposentadoria por tempo de contribuição, constituir-se-iam em “prêmio” aos segurados. Nas suas palavras:

Como já se referiu acima, objetivamente a aposentadoria por tempo de contribuição não oferta cobertura contra nenhum tipo de risco social, mas se constitui em benefício programável, uma espécie de compensação ou prêmio para o segurado que se manteve vinculado ao Regime Geral de Previdência Social por um tempo dado²⁸⁷.

Os referidos autores aludem à presença de, no máximo, a possibilidade de ocorrência do risco social desemprego, uma vez que o benefício seria concedido, em média, àqueles que estivessem na faixa etária dos 50 anos. Porém, como o evento desemprego não é, por si só, suficiente para o deferimento da indigitada aposentadoria, mas sim o tempo de serviço/contribuição, esse evento seria tão-só indiretamente enfrentado pela aposentadoria por tempo de contribuição²⁸⁸.

Martinez²⁸⁹ advoga no sentido de que o risco protegido é o trabalho desenvolvido durante longos anos, a falta de emprego para a meia idade e a própria idade avançada do trabalhador, o que o colocaria, no mais das vezes, próximo de alcançar o benefício de aposentadoria por idade.

Paiva²⁹⁰ defende que essa aposentadoria teria caráter preventivo, uma vez que, ao se inativar mais cedo, o segurado teria melhores condições de vida, em função da segurança que a renda mensal do benefício lhe proporcionaria, estando menos suscetível a vitimar-se de outros riscos. Inexistindo essa aposentadoria, prossegue o autor, ao segurado restaria apenas a opção da aposentadoria por idade, aos 65 anos, se homem, ou aos 60, se mulher, o que aumentaria suas possibilidades de ver-se acometido por problemas de saúde. Dessa forma, defende

²⁸⁷ FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. *Direito da seguridade social – prestações e custeio da previdência, assistência e saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 166.

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 162-163.

²⁸⁹ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários à lei básica da Previdência Social*. Tomo II: Plano de benefícios lei n. 8.213/91 Decreto n. 3.048/99. São Paulo: LTr, 2001, p. 327.

²⁹⁰ PAIVA, Mauro Antônio de. *Aposentadoria por tempo de contribuição: um benefício em via de extinção? Trabalho de aproveitamento da Disciplina de Direito Previdenciário I, do Curso de Pós-Graduação (Stricto Sensu) em Direito, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo*. São Paulo, 2004, p. 27.

que a aposentadoria por tempo de contribuição cobriria o exaurimento da capacidade laborativa do segurado, o que inclusive teria assento constitucional²⁹¹.

Discorda-se dessa posição, uma vez que essa presunção é relativa, ou seja, nem sempre o segurado alcançará idade avançada com problemas de saúde. Por outro lado, caso isso ocorra, também não há garantia de que uma inativação precoce pudesse alterar tal situação. Assim, defende-se que uma característica eventual não poderá determinar o caráter do benefício em tela.

Alguns autores sustentam a efetiva existência de risco social coberto pelo benefício da aposentadoria por tempo de contribuição. É o caso de Martins, para quem "... o tempo de contribuição ou de serviço é considerado contingência pelo desgaste do trabalhador com o passar dos anos, por suas dificuldades em conseguir emprego, pois tem mais de 40 anos"²⁹². Dessa forma, para esse autor, haveria a presunção de dificuldades na recolocação do segurado no mercado de trabalho, o que justificaria o benefício.

Semelhante posição é assumida por Horvath Júnior ao afirmar que o risco velhice encontra-se presumido em tal prestação, pois após 35 anos de contribuição, para os homens, e 30 anos, para as mulheres, o segurado estaria desgastado para continuar exercendo suas atividades. Acrescenta:

Tecnicamente o tempo de contribuição não é um risco, mas sim uma certeza de que, ao final do prazo estipulado legalmente, em havendo as contribuições regulares, será concedida a aposentadoria. Há risco a ser coberto? Há quem entenda que sim, e tal risco consubstanciar-se-ia no decurso do tempo, uma vez que proteja efeitos diretos no organismo do trabalhador, causando-lhe paulatinamente a diminuição da capacidade laboral²⁹³.

²⁹¹ Veja-se os artigos 196, *caput*, e 198, II da Constituição Federal que determinam que as ações da seguridade social na área da saúde devem visar à *redução do risco de doença*, mediante o desenvolvimento de *atividades preventivas*.

²⁹² MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social: custeio da seguridade social, benefícios, acidente do trabalho, assistência social, saúde*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 324.

²⁹³ HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2002, p. 122.

Discordamos de ambos os autores. Como se demonstrará, esse benefício, efetivamente, não cobre qualquer risco social, no sentido de fatos ou acontecimentos que provoquem um desajuste nas condições normais de vida, nem ao menos de forma presumida. Utilizando-se a diferenciação proposta pelo próprio Horvath Júnior entre risco social e contingência social, defende-se que essa aposentadoria cobriria este último.

Para tanto, é preciso diferenciar duas classes de benefícios: os programados, entre os quais se incluem a maioria das aposentadorias, e os não programados, cujo início do benefício não pode ser determinado *a priori*. Nestes últimos, incluem-se os benefícios por incapacidade.

De acordo com a lição de Savaris, o benefício da aposentadoria por tempo de contribuição pode ser classificado como “programável” em contrapartida aos benefícios que denominou “de risco ou sensíveis”:

Se já tivemos oportunidade de classificar as prestações previdenciárias entre aquelas “programáveis” e as outras às quais chamamos “de risco” (ou sensíveis), é porque fizemos perceber que nosso sistema previdenciário – tal como a maioria dos países que organizaram seus seguros sociais – não oferece tão-somente cobertura aos eventos que, ocorrendo contra a vontade do segurado, furtam-lhe a possibilidade de prover os meios de subsistência. Tínhamos em mente, então, as aposentadorias espontâneas (aposentadoria especial, por tempo de contribuição e por idade), que têm como requisito específico circunstância outra que não um fato imprevisto, indesejado e altamente grave ao segurado, com potencialidade para lhe retirar, de súbito, a possibilidade de autoprover-se²⁹⁴.

A aposentadoria por tempo de contribuição é um benefício programado. Quando começa sua vida laboral, o segurado da Previdência Social pode determinar com precisão a data da futura percepção do benefício. Para tanto, deverá contribuir por um tempo específico, ao final do qual fará jus à prestação.

²⁹⁴ SAVARIS, José Antonio. O princípio constitucional da adequada proteção previdenciária: um novo horizonte de segurança social ao segurado aposentado. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 22, fev. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao022/Jose_Savaris.htm>. Acesso em: 05 mar. 2008.

Dessa forma, a existência de risco social coberto não é elemento essencial para a existência e a legitimidade de um benefício previdenciário, sob pena de se desprezar os benefícios programados. Ao revés, tais benefícios cobrem as contingências sociais, entendidas como aqueles eventos dependentes da voluntariedade e que se caracterizam pela ausência de dano, conforme a lição citada de Horvath Junior.

Conclui-se que o indigitado benefício se justifica na medida em que, apesar de não cobrir um risco social – entendido como o evento que impede o trabalhador de manter-se por si mesmo –, é um benefício programado que permite ao segurado uma previsibilidade de percepção, o que vai ao encontro de uma maior segurança social, finalidade última de um sistema previdenciário.

Estudados os princípios constitucionais aplicáveis ao benefício da aposentadoria por tempo de contribuição, desenvolvida uma breve análise histórica do benefício, fixados os requisitos atuais para deferimento e debatida a questão relativa ao risco social coberto, passa-se à discussão sobre a aplicação do princípio da proibição de retrocesso social às alterações legislativas recentes que mudaram as feições da prestação em comento. É o que se levou a cabo no terceiro e último capítulo.

3 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO LIMITADOR DA REFORMA DA APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO

3.1 A REFORMA DA APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO

O benefício de aposentadoria por tempo de contribuição sofreu ampla reforma legislativa recentemente. Seu regramento encontra assento constitucional no art. 7º, I, alterado pela Emenda Constitucional n.º 20/1998:

[...] § 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de Previdência Social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998):
I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher; (Incluído dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

Através da Emenda Constitucional n.º 20, de 15/12/1998, houve a extinção da aposentadoria por tempo de serviço proporcional, apenas mantida em regra de transição para aqueles segurados que cumprissem novos requisitos: 30 anos de contribuição, se homem, ou 25 anos, se mulher, em qualquer caso acrescido de um período adicional, denominado de “pedágio”, correspondente a 40% do tempo que faltava, à época da Emenda Constitucional n.º 20/98, para completar aquele tempo; nesse caso, é exigida idade mínima de 53 anos para homem e 48 anos, para mulher.

Em qualquer caso, o salário-de-benefício permaneceu sendo calculado com base na média aritmética simples de todos os últimos salários-de-contribuição dos meses imediatamente anteriores ao do afastamento da atividade ou da data da entrada do requerimento, até o máximo de 36 (trinta e seis), apurados em período não superior a 48 (quarenta e oito) meses, conforme redação original do art. 29, da Lei n.º 8.213/91.

Em relação à aposentadoria por tempo de serviço integral, não ocorreu alteração substancial, uma vez que continuou a exigência de cumprimento de 35 anos de contribuição, se homem, ou 25 anos, se mulher. Porém, foi mudado o nome do benefício, que passou a denominar-se “aposentadoria por tempo de contribuição” e, paralelamente, foi proibido o cômputo de tempo ficto. Segundo Duarte:

De qualquer forma, mesmo essas alterações feitas não foram no sentido de diferenciar tempo de serviço de tempo de contribuição, porque ainda não há a lei a que se refere o artigo 4º da EC 20/98. Talvez a maior intenção de mudança tenha sido pela proibição de contagem de tempo ficto, conforme determinado no art. 40, § 10, da CF²⁹⁵.

Essa modificação visa a evitar que se agregue ao tempo para inativação o período no qual não houve efetivo recolhimento de contribuições previdenciárias, o que, em última análise, visaria à diminuição do déficit das contas previdenciárias.

A referida emenda constitucional remete para a lei a definição de tempo de contribuição, determinando que, na ausência desta, o tempo de serviço será contado como tempo de contribuição. Como até o momento não foi editada a lei regulamentadora, o artigo 60 do Decreto n.º 3.048, de 6 de maio de 1999, acabou por disciplinar a matéria.

De se observar que a principal alteração, exigência de uma idade mínima para inativação, acabou não sendo aprovada no texto da Constituição. Porém, foi mantida nas regras de transição do *caput* do artigo 9º da EC 20/98, o que gerou uma regra sem aplicação prática²⁹⁶. Em relação a essa tentativa de incorporação da idade mínima como requisito para inativação, pondera Fortes:

Nada obstante, a intenção de sua aprovação era tão flagrante que, apesar de não ter sido contemplada na regra geral, permaneceu no corpo da própria Emenda Constitucional n. 20/98 (art. 9º, *caput* e incisos I e II) uma

²⁹⁵ DUARTE, Marina Vasques. *Direito previdenciário*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007, p. 187.

²⁹⁶ De fato, analisando-se a regra de transição constante no *caput*, do art. 9º, da referida emenda constitucional, verifica-se que traz requisitos mais gravosos do que a própria regra permanente do art. 201, § 7º, I, da Constituição Federal. Na verdade, essa regra de transição faria sentido caso fosse aprovada a idade mínima para aposentação constante no PEC 33/96, qual seja, 60 anos de idade para homem e 55 anos, para mulher. Já as regras de transição do art. 9º, § 1º e 2º, da EC 20/98, que prevêm idade mínima, têm aplicação nos casos que especificam.

regra de transição para o novo regime que seria, segundo a redação original do PEC 33/95, implantado. Nesta regra de transição exige-se o tempo de serviço mínimo (30 ou 35 anos), acrescido de um “pedágio” de 20% sobre o tempo que faltasse, na data de publicação da EC 20/98, para o segurado completar este tempo mínimo, e, além disso, a satisfação da idade mínima (53 anos, se homem, ou 48, se mulher). A regra de transição, porém, acabou sendo menos favorável que a regra permanente, que não exige idade mínima e tampouco adicional de tempo de serviço, razão pela qual não é aplicada²⁹⁷.

Porém, talvez a modificação mais significativa perpetrada pela EC 20/98 tenha sido a desconstitucionalização da regra do art. 202, da Constituição Federal. Na versão original desse dispositivo, constava a forma de cálculo da renda mensal inicial do benefício, levando em conta a média dos trinta e seis últimos salários-de-contribuição, corrigidos monetariamente mês a mês. Não havendo mais esse assentamento na Constituição, foi possível à Lei n.º 9.876, de novembro de 1999, fixar novas regras ao cálculo da renda mensal inicial do benefício. As principais alterações na legislação, no que concerne ao tema deste trabalho, foram a inclusão do denominado “fator previdenciário” e a ampliação do período básico de cálculo para a definição do salário-de-benefício (dos 36 últimos salários-de-contribuição, considerados em um período máximo de 48 meses, para todos os salários-de-contribuição, considerando toda a vida contributiva do segurado).

O referido “fator previdenciário” foi uma forma de reintroduzir a variável “idade” no cálculo do benefício da aposentadoria. No ano anterior, com a EC 20/98, não havia sido aprovada a inclusão da idade mínima para inativação. Por meio desse artifício matemático, apesar de não se evitar aposentadorias precoces, a renda mensal inicial de quem inativar-se mais cedo será deferida em valores substancialmente inferiores. É a partir disso que Fortes tece suas críticas:

[...] o que se verifica é que o grande objetivo da reforma, mediante a instituição do fator previdenciário, foi estimular a permanência dos segurados em vida laborativa ativa, uma vez que há evidente prejuízo em sua aplicação para aqueles que se aposentarem mais cedo. Em outras palavras, instituiu-se uma faixa de idade ideal para as aposentadorias por tempo de serviço/contribuição, justamente aquela que não havia sido

²⁹⁷ FORTES, Simone Barbisan. A reforma previdenciária e seu reflexo na sistemática de cálculo da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários. In: *Temas atuais de direito previdenciário e assistência social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 172.

aprovada na Emenda Constitucional nº 20, por meio de legislação infraconstitucional, porém sem o caráter de obrigatoriedade...²⁹⁸.

A lei instituidora do fator previdenciário estabeleceu sua adoção gradual ao longo de cinco anos, ou seja, haveria a inclusão na base de 1/60 (um sessenta avos) na média dos salários-de-contribuição, somente aplicando-se integralmente a contar de novembro de 2004. De se observar que a lei em questão, na parte em que instituiu o referido fator, foi objeto de duas ações diretas de inconstitucionalidade (ADIn nº 2.110 e 2.111), sendo que o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, pela sua constitucionalidade.

Além disso, o art. 3º da Lei n.º 9.876/91 traz importante regramento acerca do cálculo do benefício em tela, ao determinar que, no cálculo do salário-de-benefício, seja considerada a média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição, correspondentes a, no mínimo, 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo decorrido desde a competência julho de 1994, data que se justifica por ser o marco do início do Plano Real, conforme a Exposição de Motivos enviada pelo Executivo com a Proposta de Lei ordinária:

56. Um das mudanças mais importantes introduzidas pelo Projeto de Lei refere-se à ampliação do período de contribuição computado para efeito de cálculo do valor dos benefícios (alteração do art. 29 da Lei 8.213, de 1991, e art. 5º do Projeto de Lei ora proposto). Propõe-se que ele cubra o período decorrido desde julho de 1994 até o momento da aposentadoria para os que se aposentarem a partir da promulgação deste Projeto de Lei. O referido período de contribuição será progressivamente ampliado até abranger toda a trajetória salarial dos futuros aposentados. O período arbitrado inicialmente coincide com um período de reduzidos níveis de inflação com o Plano Real, o que permite minimizar eventuais distorções causadas pelo processo inflacionário nos rendimentos dos trabalhadores²⁹⁹.

Também no art. 3º, § 2º, da Lei n.º 9.876/99, há regra de interesse para o cálculo da renda mensal inicial do benefício em tela. Ao se calcular a média dos salários-de-contribuição, o divisor considerado não poderá ser inferior a 60%

²⁹⁸ FORTES, Simone Barbisan. A reforma previdenciária e seu reflexo na sistemática de cálculo da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários. In: *Temas atuais de direito previdenciário e assistência social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 186.

²⁹⁹ BRASIL. Mensagem n.º 1.115/99 referente ao Projeto de Lei n.º 1.527, de 1999, do Poder Executivo. *Diário da Câmara dos Deputados*, 21 set. 1999, p. 43253.

(sessenta por cento) do período decorrido da competência julho de 1994 até a data de início do benefício, limitado a 100% (cem por cento) de todo o período contributivo. Dessa forma, o segurado que contar com menos de 60% (sessenta por cento) de contribuições no período básico de cálculo, terá sua média calculada a menor, uma vez que o divisor não mais acompanhará o número de salários-de-contribuição considerados para o cálculo.

Com a Lei n.º 10.666/2003, houve alteração na questão da carência relativa à aposentadoria por tempo de contribuição, ao determinar que a perda da qualidade de segurado não será considerada para a concessão do benefício. Dessa forma, resta inaplicável a disposição inserida no artigo 24, parágrafo único³⁰⁰, em relação ao benefício em comento.

A renda mensal inicial corresponde a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício calculado como determinado acima. Consigne-se que, uma vez que o segurado complete 35 anos de contribuição, se homem, ou 30 anos de contribuição, se mulher, receberá este valor, não havendo a possibilidade de inativação proporcional, como já asseverado, salvo na hipótese da restritiva regra de transição constante do art. 9º da EC 20/98.

Em relação ao requisito da carência (número de contribuições mensais mínimas para o deferimento do benefício), não ocorreram alterações desde a previsão original da Lei n.º 8.213/91, correspondendo a cento e oitenta contribuições mensais, obedecida a regra de transição do art. 142 da Lei n.º 8.213/91.

O objetivo dessas modificações perpetradas pela EC 20/98 e, posteriormente, pela Lei n.º 9.876/99, foi estancar o crescente déficit nas contas da Previdência Social. Tanto isso é verdade, que essa emenda constitucional inseriu no *caput* do artigo 201 da Constituição Federal, o princípio da manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial, além de reiterar o caráter contributivo da Previdência Social.

³⁰⁰ Art. 24, Parágrafo único: “Havendo perda da qualidade de segurado, as contribuições anteriores a essa data só serão computadas para efeito de carência depois que o segurado contar, a partir da nova filiação à Previdência Social, com, no mínimo, 1/3 (um terço) do número de contribuições exigidas para o cumprimento da carência definida para o benefício a ser requerido.”

Também se pode citar, a favor dessa tese, a própria exposição de motivos apresentada pelo Poder Executivo quando do encaminhamento, ao Congresso Nacional, da PEC 33/95, ao vincular a higidez financeira futura da Previdência Social às reformas em curso:

46. Viabilizar financeiramente a Previdência Social, tornando-a ao mesmo tempo mais justa, significa assim garantir o pagamento dos benefícios previdenciários às próximas gerações, legando aos nossos filhos e netos um patrimônio construído com o esforço solidário de todos os brasileiros³⁰¹.

Fortes emite a mesma opinião acerca dos motivos que levaram às alterações na legislação previdenciária:

Foi justamente neste contexto que, dentro de uma das espécies do ramo Seguridade Social, emergiu a reforma da Previdência, ainda em curso, sob os auspícios da propalada crise financeira do Regime Geral de Previdência Social, cuja primeira manifestação concreta foi a Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998³⁰².

Savaris sustenta que há ênfase na sustentabilidade econômica do sistema previdenciário, o que relegaria ao segundo plano quaisquer considerações acerca de segurança social, deixando de haver foco no ser humano:

Quando se parte do pressuposto de que o fim ou a consequência que se pretende alcançar é a eficiência econômica do sistema de Previdência Social, quando já não se recorda que essa eficiência não é um fim em si mesmo, antes, pela ampliação e diversidade da base de financiamento (CF/88, art. 194, V), serve como instrumento para a mais perfeita segurança social, a justiça não passa de um detalhe e o melhor funcionamento do aparato de segurança social é frustrado: não há prioridade do justo sobre o bem; deixa-se de tratar o ser humano como um fim em si mesmo e ele então – pretende-se – é um meio à incerta e errática utilidade de todos³⁰³.

³⁰¹ BRASIL. Mensagem n.º 306, de 1995, do Poder Executivo. *Diário do Congresso Nacional*, Seção I, 28 mar. 1995, p. 4508.

³⁰² FORTES, Simone Barbisan. A reforma previdenciária e seu reflexo na sistemática de cálculo da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários. In: *Temas atuais de direito previdenciário e assistência social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 162.

³⁰³ SAVARIS, José Antonio. O princípio constitucional da adequada proteção previdenciária: um novo horizonte de segurança social ao segurado aposentado. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 22, fev. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao022/Jose_Savaris.htm>. Acesso em: 05 mar. 2008.

Dessa forma, a abordagem da questão do denominado déficit previdenciário é de suma importância para o presente estudo. Uma vez que as novas regras diminuiriam direitos dos segurados, como exposto, cabe considerar se os princípios relativos à higidez financeira do sistema previdenciários são suficientemente fortes para determinarem estas alterações. Em outras palavras, levando-se em conta a já descrita “ponderação de soluções”, teriam sido constitucionais estas alterações? Para se responder a essa questão, procurar-se-á determinar se a alegada crise financeira da Previdência Social teria sido causa suficiente para vencer o princípio da proibição do retrocesso social, princípio que impede alterações que venham a solapar os direitos adquiridos sociais.

Tafner e Giambiagi defendem a existência de déficit e a premência de alterações na legislação para estancar essa ocorrência e trazem, a esse respeito, interessantes números:

O caso brasileiro não foge a esse padrão. Ao longo do século XX expandiu cobertura e benefícios, fez duas reformas em apenas cinco anos e está na iminência de uma terceira reforma. O que há de especial em nosso caso é: a) sua dimensão, seja em termos de número de contribuintes – aproximadamente 32 milhões de contribuintes para o Regime Geral de Previdência Social (RGPS) –, seja de novos benefícios concedidos – em 2005, 3.966.724 (ver MPAS, 2006) –, seja ainda em termos de volume de recursos arrecadados e/ou transferidos – em 2005, R\$ 108,2 bilhões de arrecadação líquida (5,58% do PIB) e R\$ 146,0 bilhões de benefícios do RGPS (7,54% do PIB) (ver MPAS, 2006) –, constituindo-se mesmo em um gigantesco e muitas vezes ineficiente programa de redução de pobreza (ver capítulos 10 e 11); b) o sistema de previdência no Brasil tem sido um severo elemento de restrição fiscal, atingindo déficits da ordem de 5% do PIB, marca que coloca o país no grupo dos maiores déficits previdenciários do mundo; e c) nossa previdência está ligada à área de assistência à saúde, compondo um complexo *sistema de seguridade social* com fortes transferências de renda e que envolve a ação de diversos entes federativos e conta com um intrincado sistema de financiamento³⁰⁴.

Não se desconhece que o alegado “motivo oficial” para as reformas previdenciárias perpetradas – o déficit nas contas da Previdência Social – está longe

³⁰⁴ TAFNER, Paulo; GIAMBIAGI, Fabio (Orgs.). *Previdência no Brasil: debates, dilemas e escolhas*. Rio de Janeiro: IPEA, 2007, p. 15. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/livros/previdencianobrasil/Livro_Completo.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2007.

de ser uma unanimidade. Forte corrente, capitaneada pela CUT, defende que, ao contrário, o sistema é superavitário³⁰⁵.

Dessa forma, temos duas posições antagônicas: os que defendem que há déficit previdenciário e os que defendem o contrário. Como restará demonstrado, ambos têm razão, uma vez que partem de premissas diferentes.

Os primeiros consideram apenas as contribuições sociais destinadas precipuamente à Previdência Social (contribuições sociais previdenciárias), quais sejam, a contribuição sobre a folha de salários (prevista no art. 195, I, 'a', da Constituição Federal) e a contribuição sobre o salário do trabalhador (prevista no art. 195, II, da Constituição Federal). Os últimos, por sua vez, consideram os valores referentes a todas as contribuições sociais destinadas constitucionalmente à Seguridade Social, em especial a COFINS (art. 195, I, 'b', da Constituição Federal).

Entende-se que a discussão deve ser pautada pela escolha do efetivo modelo de previdência que se quer para o país. Neste sentido, filia-se este trabalho à primeira corrente, uma vez que se defende que as contribuições previdenciárias devem ser suficientes para o auto-financiamento do sistema. Da forma como estão as contas da Previdência Social, as contribuições sociais previdenciárias não são suficientes para honrar todos os benefícios em manutenção, sendo necessário que se aporte capital das demais contribuições sociais, notadamente da COFINS. Esse aporte acarreta, pelo menos, dois efeitos nefastos: 1) diminui o valor total disponível para financiamento dos outros ramos da seguridade social – assistência e saúde; 2) onera por demais as empresas, em especial em relação à citada contribuição social sobre o faturamento, que hoje representa 7,6% do faturamento das empresas.

Não se desconhece a existência da denominada DRU – desvinculação de receitas da União –, que permite se utilize 20% das contribuições sociais para saldar outros gastos que não com a seguridade social. Também não se desconhece que,

³⁰⁵ Neste sentido, veja-se a apresentação de Arthur Henrique, representante da Central única dos Trabalhadores, na 5ª Reunião do Fórum Nacional da Previdência Social. Disponível em: <http://www.previdenciasocial.gov.br/pg_secundarias/previdencia_social_forum.asp>. Acesso em: 19 ago. 2007.

historicamente, os valores destinados à Previdência Social sofreram outros desvios. Porém, esses dados são realidades postas, contra as quais nada ou pouco se pode fazer. O que se quer é apontar para o futuro, determinando-se o rumo e, principalmente, o modelo de Previdência Social que se quer para as futuras gerações.

Apesar da existência de déficit, de acordo com o exposto acima, não há a alegada urgência nas alterações das regras previdenciárias. A essa conclusão chega-se ao analisar as contas do INSS nos últimos anos. A ANFIP defende a existência do “mito do déficit da previdência”, chamando a atenção para o fato de que o próprio governo aponta no sentido da diminuição gradual desse problema, quando da apresentação do projeto da Lei de Diretrizes Orçamentárias para 2008:

Impressiona nesse debate a manipulação das informações. O governo acabou de entregar ao Congresso Nacional a Projeção Atuarial para o RGPS, uma obrigação decorrente da Lei de Responsabilidade Fiscal. Por esses dados, retratados na Tabela 14, o chamado déficit da previdência cairá continuamente em valores nominais e muito mais rapidamente em valores proporcionais ao PIB, de 2007 a 2010. As projeções indicam que, nesse período, os valores cairão de 1,8% do PIB para 1,3%, ou seja, o chamado déficit cai quase um terço em apenas 4 anos³⁰⁶.

No mesmo sentido, é o pensamento de Fortes, quando defende que o déficit da Previdência tende efetivamente a ocorrer a longo prazo, na medida que a expectativa de sobrevida da população aumente:

[...] o fato é que o aumento dos índices sociais no Brasil seguramente contribuirá para o surgimento de uma efetiva crise financeira. De fato, na medida em que aumenta a expectativa de sobrevida da população, em razão do desenvolvimento da medicina e das políticas públicas de saúde e saneamento, e diminui a taxa de natalidade (tendência que se verifica em boa parte dos países do mundo, em especial nos mais desenvolvidos), no futuro ter-se-á uma grande população de idosos inativos que, segundo o regime de repartição simples, deverão ter seus benefícios previdenciários

³⁰⁶ ANFIP - ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS AUDITORES FISCAIS da Receita Federal do Brasil. Análise da Seguridade Social em 2006. Disponível em: <http://www.anfip.org.br/publicacoes/livros/arqs-swfs/analise_seguridade_2006.swf>. Acesso em: 07 abr. 2008.

custeados por uma população jovem ativa bastante inferior quantitativamente³⁰⁷.

A referida autora conclui que deverá haver enfrentamento do problema do déficit, mas questiona até que ponto, no cenário atual, poder-se-á, simplesmente, repassá-lo aos atuais aposentados:

Sendo assim, é evidente que o problema deve ser, desde já, objeto de enfrentamento. Todavia, não se trata, como já se disse, simplesmente de repassá-lo para os próprios segurados, por intermédio de medidas restritivas da concessão dos benefícios e achatadas as suas rendas, mas sim de repensar a própria estrutura de financiamento, e questionar qual o limite (se é que existe) redistributivo para um Sistema de Seguridade Social³⁰⁸.

Reforçando esses dados, em recente entrevista, o atual Ministro da Previdência Social, Luiz Marinho, ponderou que, na reforma previdenciária pretendida pelo governo, não serão atingidos os atuais trabalhadores e que a crise somente se solucionará a longo prazo, sinalizando que não haverá mudanças substanciais no contorno da Previdência Social brasileira, pelo menos para a atual geração de trabalhadores, uma vez que o déficit não é alarmante³⁰⁹.

³⁰⁷ FORTES, Simone Barbisan. A reforma previdenciária e seu reflexo na sistemática de cálculo da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários. In: *Temas atuais de direito previdenciário e assistência social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 209.

³⁰⁸ Ibidem, p. 209.

³⁰⁹ Entrevista à Folha de São Paulo, 11 abr. 2007.

FOLHA - O sr. comandará a segunda reforma da Previdência do governo Lula. Qual é a reforma que busca?. MARINHO - O modelo vai ficar claro no decorrer do debate do fórum [Nacional da Previdência Social]. O que eu procuro é acalmar os trabalhadores que muitas vezes se preocupam, e com razão, quando se fala em reforma. Todo mundo se coloca apavorado: "Será que a reforma vai tirar direitos?". É assim que o cidadão reage sentado lá na poltrona quando vê televisão.

Precisamos fazer uma reforma que não seja mais um remendo. Reforma da previdência em país nenhum do mundo se resolve no curto prazo. Ela se resolve no longo prazo. É com esse olhar que estamos conduzindo o debate e precisamos passar uma mensagem que tranqüilize os trabalhadores que estão no mercado há 10, 20, 30 anos. Será que agora que estou próximo de me aposentar vou ter esse direito adiado? Isso não vai acontecer. Não há no governo a idéia de fazer uma reforma que venha a atingir os atuais trabalhadores. Temos que dar sustentabilidade à Previdência, olhar para o perfil demográfico do país e ir adequando as regras. Se não fizermos adequações para o futuro, lá na frente a Previdência vai estar estrangulada e não vai ter condições de garantir cobertura previdenciária para futuras gerações. A partir desse conceito vamos fazer um debate no fórum sobre qual proposta adotar. Queremos chegar à conclusão do fórum em agosto, para em setembro ter uma proposta elaborada para submeter à apreciação do presidente Lula. Se a proposta estiver redonda, no conceito do governo e do presidente, será enviada ao Congresso. O Congresso é a autoridade para fazer mudanças.

Conclui-se que há, efetivamente, um déficit previdenciário, uma vez que as contribuições previdenciárias não são suficientes para cobrir os gastos com os benefícios. Mas esse déficit tende, conforme reconhece o próprio governo, a diminuir em relação ao PIB – Produto Interno Bruto. Apenas em uma perspectiva de longo prazo, para as gerações que advirão, esse problema deverá apresentar-se com toda a força. Assim, sustenta-se que há tempo hábil para correções de rumo que somente alterem regras para futuros segurados, não havendo motivos que justifiquem alterações substanciais para os atuais trabalhadores.

Nesse contexto, passar-se-á à análise de algumas alterações perpetradas que, segundo se defende, não teriam respeitado o princípio da proibição do retrocesso social, uma vez que esse princípio, sempre presente na ponderação de soluções, somente pode ser vencido se os motivos que levaram à diminuição dos direitos sociais sejam relevantes.

3.2 MODIFICAÇÕES RECENTES NA APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

3.2.1 A EC 20/98 e a Supressão da Aposentadoria por Tempo de Serviço Proporcional

Conforme fixado, a EC 20/98 suprimiu a possibilidade de aposentação de forma proporcional. Esse benefício era devido a contar dos 30 anos de serviço, para o homem, e 25 anos de serviço para a mulher, com renda mensal inicial equivalente a 70% do salário-de-benefício, com acréscimo de 6% para cada ano a mais que aquele limite³¹⁰. Sua previsão encontrava assento na Constituição, art. 202, § 1º: “É facultada aposentadoria proporcional, após trinta anos de trabalho, ao homem, e, após vinte e cinco, à mulher”.

³¹⁰ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Curso de direito da seguridade social*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 267.

A regra de transição da referida emenda constitucional, em seu art. 9º, § 1º, traz, ainda, a possibilidade da inativação proporcional para os já filiados, porém com os seguintes requisitos, mais gravosos que os anteriores: (1) idade mínima de 53 anos para homem e 48 anos, para mulher; (2) 30 anos de contribuição, se homem, ou 25 anos, se mulher, em qualquer caso acrescido de um período adicional, conforme já referido neste trabalho.

Sustenta-se a inconstitucionalidade, com base na aplicação do princípio da proibição do retrocesso social, tanto da supressão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço proporcional, como do requisito do “pedágio” constante na regra de transição, temas desenvolvidos nos parágrafos que seguem.

A supressão da aposentadoria por tempo de serviço proporcional teve como principal motivo a diminuição do alegado déficit previdenciário, uma vez que esse benefício permitia a inativação em idade precoce, o que levaria o aposentado a ficar longos anos percebendo os proventos. Além disso, uma vez que houvesse seu falecimento, esse benefício transformar-se-ia em pensão por morte a seus dependentes, o que prolongaria ainda mais o recebimento.

Ocorre que, como já asseverado, o regime geral de Previdência Social funciona na forma de repartição, e não de capitalização. Baseia-se no princípio da solidariedade entre gerações: os trabalhadores – geração na ativa - custeiam com suas contribuições sociais os valores que são pagos aos aposentados – geração inativa. Quando o segurado vier a se inativar, seu benefício será custeado pela geração que estiver trabalhando. Verifica-se, portanto, que não há qualquer possibilidade de se capitalizar as contribuições, ou, dito de outra forma, o *quantum* contribuído quando na ativa, não deverá, necessariamente, financiar integralmente os valores que receberá quando passar para a inatividade.

A única determinação constitucional relativa ao tema foi incluída pela Emenda Constitucional n.º 20/98. Trata-se do princípio *da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial* constante no *caput* do artigo 201 da Constituição Federal. Como já estudado no item 3.3 do capítulo II, o objetivo da inclusão desse princípio foi conferir

higidez econômica ao Regime Geral de Previdência Social, de forma a não haver grande desproporção entre receitas e despesas. Não se trata de mandamento no sentido de o próprio segurado custear totalmente seu futuro benefício. Porém, foi com o intuito de evitar essa desproporção entre receitas e despesas que o indigitado benefício foi extinto.

Ocorre que, como já demonstrado e reconhecido pela própria Previdência Social, o Regime Geral de Previdência Social não possui graves problemas financeiros atualmente. Ao revés, estudos realizados pelo próprio governo apontam para o fim do déficit em poucos anos, conforme noticiado pela ANFIP³¹¹. Então, a extinção pura e simples do benefício da aposentadoria por tempo de serviço não encontra, nesse caso, sustentação suficiente para vencer o princípio da proibição do retrocesso social, o que leva necessariamente à inconstitucionalidade da medida.

De se observar que o princípio do direito adquirido social, que embasa o princípio da proibição do retrocesso social, garante à geração de trabalhadores atuais os direitos sociais já conquistados. Como se deve sempre realizar uma ponderação de soluções, no caso concreto a alteração restritiva do direito à inativação ficou sem embasamento. Advoga-se que essa alteração é plenamente constitucional apenas aos futuros trabalhadores, que ingressaram ou ingressarão no Regime geral de Previdência Social após a alteração constitucional, uma vez que não são abarcados pelo direito adquirido social. Em relação aos segurados que, à data da Emenda Constitucional, já eram filiados, independente do tempo de filiação, essa supressão de direitos é inaceitável, justamente por contrariar o princípio da proibição do retrocesso social.

Porém, mesmo que se considere constitucional a supressão do indigitado benefício, sustenta-se que a regra de transição que acompanhou essa alteração também estaria eivada de inconstitucionalidade. Explica-se.

³¹¹ ANFIP - ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS AUDITORES FISCAIS da Receita Federal do Brasil. Análise da Seguridade Social em 2006. Disponível em: <http://www.anfip.org.br/publicacoes/livros/arqs-swfs/analise_seguridade_2006.swf>. Acesso em: 07 abr. 2008. De se observar que, mesmo há época da EC 20, de 15.12.1998, já havia sinalização no sentido da diminuição do déficit, principalmente em função do êxito do Plano Real em estabilizar a economia.

O objetivo de qualquer regra de transição, elemento muito comum no direito pátrio, não é a garantia dos direitos adquiridos, uma vez que há disposição constitucional específica nesse sentido (art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal). Ao revés, busca-se preservar a denominada expectativa de direitos, aquelas posições jurídicas que ainda não ingressaram no patrimônio da pessoa, mas que estariam na iminência de fazê-lo. Nesse sentido, adveio a indigitada regra de transição que somou aos requisitos anteriores mais dois: idade mínima e pedágio.

Em relação à idade mínima, sustenta-se que sua previsão não seria alcançada pelo princípio da proibição do retrocesso social. Não há dúvida que esse requisito etário representa retrocesso social, mas, no caso, o princípio da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial é suficiente para vencer a resistência oferecida pelo princípio da proibição do retrocesso social, mesmo para os segurados já filiados ao sistema previdenciário.

Demonstrou-se que o Regime Geral de Previdência Social não está baseado na capitalização individual, mas, ainda assim, deve, ao menos, manter o equilíbrio financeiro. Como o requisito em debate não impede a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço proporcional, mas apenas posterga o seu deferimento, há como compatibilizar a alteração em relação ao segurados já filiados. Uma vez que, atualmente, a média de idade em que os segurados do Regime Geral de Previdência Social obtêm a inativação por tempo de contribuição é de 53,5 anos³¹², conclui-se que o requisito em tela, no mais das vezes, não prejudicará a aposentadoria, uma vez que exige idade inferior.

Porém, o mesmo raciocínio não pode ser empregado em relação ao outro requisito. Além dos 30 anos de contribuição, se homem, ou 25 anos, se mulher, a regra de transição exige o já referido “pedágio”, em período equivalente a 40% do tempo que faltava na data da Emenda Constitucional n.º 20/98 para se chegar àqueles valores, conforme o art. 9º, § 1º. Se um segurado homem possuísse em

³¹² CECHIN, José; CECHIN, Andrei Domingues. Desequilíbrios: causas e soluções. In: TAFNER, Paulo; GIAMBIAGI, Fabio (Orgs.). *Previdência no Brasil: debates, dilemas e escolhas*. Rio de Janeiro: IPEA, 2007, p. 238. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/livros/previdencianobrasil/Livro_Completo.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2007.

15/12/1998, data da EC 20/98, exatamente 25 anos de contribuição, por exemplo, deverá trabalhar, além dos 5 anos que faltam para alcançar os 30 de serviço, mais 2 anos, correspondentes ao “pedágio”.

No mesmo exemplo anterior, se o tempo de contribuição à data da EC 20/98 fosse de 20 anos, o pedágio seria de 4 anos, o que levaria o segurado a ter de contribuir por 34 anos para obter inativação proporcional com renda mensal inicial de 70% do salário-de-benefício. Nesse caso, basta o segurado deixar de aposentar-se pela regra de transição, laborar apenas mais um ano e inativar-se de forma integral, pela regra permanente do art. 201, § 7º, I, da Constituição Federal, com renda mensal inicial de 100% do salário-de-benefício.

Da mesma forma, quem perfizesse, à data da emenda constitucional, 17 anos e meio de contribuição, se homem, ou 12 anos e meio, se mulher, teria de cumprir um “pedágio” equivalente a 5 anos, o que levaria o segurado a ter de trabalhar por 35 anos, se homem, e por 30 anos, se mulher. Porém, esses tempos de contribuição levam à aposentadoria por tempo de contribuição integral, e não proporcional. Assim, para os segurados que, à data da emenda constitucional, contassem com tempos menores de contribuição que os apontados, haveria efetiva perda do direito à inativação de forma proporcional.

Dessa forma, conclui-se que a regra de transição não garantiu o direito à inativação proporcional para todos os filiados ao Regime Geral de Previdência Social na data da Emenda Constitucional n.º 20/98, como demonstrado. Apenas aqueles segurados que estavam na iminência de aposentar-se, contando com tempo próximo de 30 anos de contribuição, se homem, ou 25, se mulher, na data da EC 20/98, é que seriam alcançados pela regra de transição.

Assim, *in casu*, o critério meramente financeiro não é suficiente para vencer a sempre presente força do princípio da proibição do retrocesso social, princípio que visa, ao menos, à manutenção das conquistas sociais já alcançadas, uma vez que a aplicação da regra de transição em comento leva à extinção da aposentadoria proporcional para a maioria dos já filiados à Previdência Social.

3.2.2 A EC 20/98 e a Desconstitucionalização da Forma de Cálculo das Aposentadorias

Conforme estudado, constava na redação original do artigo 202 da Constituição Federal, a forma de cálculo da aposentadoria por tempo de serviço, sendo devida após 35 (trinta e cinco) anos de trabalho, ao homem, e, após 30 (trinta), à mulher, com redução de 5 (cinco) anos, em ambos os casos, para professores, com salário-de-benefício calculado sobre a média dos 36 (trinta e seis) últimos salários-de-contribuição, corrigidos monetariamente mês a mês.

Com a Emenda Constitucional n.º 20/98, houve uma desconstitucionalização da forma de cálculo do benefício, o que possibilitou, posteriormente, uma ampla alteração promovida pela Lei n.º 9.876/99. Questiona-se, à luz do princípio da proibição do retrocesso social, se essa modificação teria sido constitucional.

Para se responder a essa indagação, deve-se questionar, também, se essa forma de cálculo seria ou não benéfica aos segurados. A doutrina costumava apontar duas distorções que poderiam ocorrer com a aplicação da regra constitucional. Como dos 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem, ou dos 30 (trinta) anos, se mulher, eram levados em conta apenas os salários-de-contribuição dos últimos 3 (três) anos, poderia ocorrer de o segurado contribuir com valores maiores no final de sua vida laboral em relação ao valores do período inicial, o que o levaria a receber proventos maiores que o devido. Todavia, também poderia ocorrer o inverso, ou seja, contribuições menores nos últimos anos de trabalho. O primeiro caso ocorria com trabalhadores com carreira ascendente, aqueles que, com o passar do tempo, tendem a obter aumento de renda, normalmente profissionais com maior escolaridade. O contrário ocorria com os segurados de menor instrução.

Os comentários de Baltazar e Rocha tomam esse sentido:

Ao argumento de que a consideração dos 36 últimos salários-de-contribuição provocava distorções, na medida que considerava apenas cerca de 10% do tempo de contribuição dos trabalhadores, e prejudicando

as pessoas que tinham uma trajetória profissional com remuneração decrescente (o que ocorre com a classe de escolaridade mais baixa), o período de apuração foi ampliado de forma a abarcar todos os salários-de-contribuição³¹³.

Efetivamente, a forma de cálculo determinada pela Constituição levava a um cálculo equivocado na maioria dos casos. Dessa forma, sua supressão do texto constitucional veio a possibilitar que, via lei ordinária, pudesse ser corrigida essa distorção. Posteriormente a Lei n.º 9.876/99 modificou a forma de cálculo, considerando todos os salários-de-contribuição dos segurados para o cálculo do valor do benefício. Nesse diapasão, não se encontra qualquer pecha de inconstitucionalidade na indigitada alteração. Ao revés, trata-se de modificação apoiada pelo princípio da proibição do retrocesso social, uma vez que melhora a situação dos aposentados.

Esta é a opinião de Fortes:

Neste sentido, o aumento do período básico de cálculo, que só foi possível na medida em que se operou a desconstitucionalização da sistemática de apuração do salário-de-benefício, com a EC 20/98, mostra-se extremamente benéfico, uma vez que acaba por favorecer aqueles que constituem a maioria dos segurados do Regime Geral de Previdência Social: pessoas com baixo nível de instrução e com vida laborativa instável, cuja renda, com o avanço etário, vai sendo bastante reduzida³¹⁴.

Porém, com a alteração de todo o antigo *caput* do artigo 202 da Constituição Federal, houve também a supressão da garantia da correção mensal de todos os salários-de-contribuição do período básico de cálculo³¹⁵. Na redação anterior, constava no *caput* referido artigo: “*É assegurada aposentadoria, nos termos da lei, calculando-se o benefício sobre a média dos trinta e seis últimos salários de contribuição, corrigidos monetariamente mês a mês...*” [Grifos nossos].

³¹³ ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JR. José Paulo. *Comentários à lei de benefícios da Previdência Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 124.

³¹⁴ FORTES, Simone Barbisan. A reforma previdenciária e seu reflexo na sistemática de cálculo da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários. In: *Temas atuais de direito previdenciário e assistência social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 182.

³¹⁵ Segundo FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. *Direito da seguridade social – prestações e custeio da previdência, assistência e saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 230: “Período básico de cálculo é o período, legalmente fixado, dentro do qual serão escolhidos os salários-de-contribuição a serem utilizados para cálculo do salário-de-benefício”.

Essa determinação, com assento constitucional, visava evitar que se mantivesse a forma de cálculo anterior à Constituição Federal de 1988. De acordo com a Consolidação das Leis da Previdência Social, Decreto 89.312/1984, norma que regulava a matéria, as aposentadorias seriam calculadas com base na média dos 36 últimos salários-de-contribuição, porém efetuando-se a correção monetária apenas dos 24 primeiros. Como se verifica, a média já vinha defasada, uma vez que os últimos 12 salários-de-contribuição eram utilizados pelo seu valor histórico, sem qualquer correção, especialmente levando-se em conta que no período a inflação era elevada.

Porém, a Emenda Constitucional n.º 20/1998, ao alterar a redação do indigitado artigo e, assim, suprimir a garantia constitucional de atualização mês a mês, apenas garantiu que os salários-de-benefício fossem atualizados, de acordo com o art. 201, § 3º da Constituição Federal, sem mencionar a periodicidade: “§ 3º Todos os salários de contribuição considerados para o cálculo de benefício serão devidamente atualizados, na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 20, de 1998)”.

A indigitada norma remeteu à lei ordinária a forma como se daria a atualização, inclusive quanto a sua periodicidade. Trata-se de evidente retrocesso social. Já fazia parte do direito adquirido social do segurado da Previdência Social essa garantia de atualização mensal, justamente para evitar que já no cálculo de sua renda mensal inicial, o valor do benefício viesse defasado.

Questiona-se qual teria sido o motivo dessa alteração. Se for financeiro, como as demais modificações levadas a cabo pela referida emenda constitucional, certamente deverá ser alterada a periodicidade para período maior que um mês, o que levará a um prejuízo para a renda mensal da aposentadoria.

Não se desconhece que a lei que regulou essa questão prevê a atualização mensal. De acordo com a Lei n.º 8.213/91, em seu art. 29-B, incluído pela Lei n.º 10.877, de 2004:

Os salários-de-contribuição considerados no cálculo do valor do benefício serão corrigidos mês a mês de acordo com a variação integral do Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC, calculado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

O que se discute é a perda da garantia constitucional da atualização mensal, o que abre a possibilidade de, no futuro, uma lei dispor de forma diferente. Nesse contexto, defende-se a inconstitucionalidade dessa alteração. Uma vez que constava na Constituição este direito, sua supressão deveria ser embasada em princípios tais, que tivessem força suficiente para vencer o princípio da proibição do retrocesso social, o que, nesse caso, não ocorreu.

3.2.3 O reajustamento anual dos benefícios previdenciários

O benefício da aposentadoria por tempo de contribuição deve assegurar a manutenção do aposentado, garantido-lhe recursos financeiros suficientes. Uma vez calculado o valor da renda mensal inicial, por ocasião da aposentadoria, esse valor deve ser preservado ao longo dos anos.

Há, nesse sentido, previsão constitucional de acordo com o art. 201, § 4º, da Constituição Federal, que trata do princípio da manutenção do valor real: “§ 4º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei” (redação dada pela EC n.º 20/98). Saliente-se que a EC n.º 20/98 não inovou ao tratar do assunto, apenas realocou este princípio³¹⁶.

Atendendo a esse mandamento, a Lei n.º 8.213/91 assim promove a manutenção do valor real, em seu art. 41-A:

³¹⁶ Na redação original da Constituição Federal de 1998, o princípio da preservação do valor real tinha assento no art. 201, § 2º.

O valor dos benefícios em manutenção será reajustado, anualmente, na mesma data do reajuste do salário mínimo, pro rata, de acordo com suas respectivas datas de início ou do último reajustamento, com base no Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC, apurado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE (Incluído pela Lei nº 11.430, de 2006).

A contar do ano de 2007, de acordo com a Lei n.º 11.430/2006, os benefícios previdenciários em geral passaram a sofrer reajuste anual pelo INPC, medido pelo IBGE. Anteriormente, os reajustes possuíam periodicidade anual, porém eram desvinculados de qualquer índice de inflação.

Conclui-se, então, que os benefícios previdenciários somente mantêm, efetivamente, o valor real no próprio mês do reajuste. Nos meses seguintes, vão perdendo o poder aquisitivo pelo efeito corrosivo da inflação, até que no próximo reajuste anual é reposta a perda do ano anterior. Nesse sentido, pondera Fortes:

Aliás, desde 1995 os reajustamentos vêm ocorrendo com uma periodicidade mínima anual, o que leva a que os benefícios previdenciários somente apresentem valor real no mês de seu reajustamento e, em outras competências que se seguirem, anteriores ao próximo reajustamento, seu valor será defasado³¹⁷.

O princípio da proibição de retrocesso social, que em sua faceta negativa impede que se suprimam os direitos sociais adquiridos, aponta para a inconstitucionalidade dessa modificação, uma vez que se constitui em verdadeiro retrocesso social.

Dessa forma, sustenta-se a inconstitucionalidade da lei que fixou o reajuste anual dos benefícios previdenciários, uma vez que não restou garantida a preservação do valor real em todos os meses do ano, como se demonstrou.

³¹⁷ FORTES, Simone Barbisan. A reforma previdenciária e seu reflexo na sistemática de cálculo da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários. In: *Temas atuais de direito previdenciário e assistência social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 209.

3.2.4 Salário-de-Benefício e o Fator Previdenciário

Recentemente, a Lei n.º 9.876/99 criou o denominado “fator previdenciário”. Trata-se de uma fórmula matemática³¹⁸ que deverá ser aplicada, obrigatoriamente, no cálculo do salário-de-benefício da aposentadoria por tempo de contribuição, para os segurados que se inativarem a contar da vigência da lei apontada.

A Lei n.º 9.876/99 previu, como regra de transição, a aplicação gradativa do fator, na ordem de 1/60 (um sessenta avos) por mês, ao longo de cinco anos. Dessa forma, somente aos segurados que se aposentarem a contar de novembro de 2004, o fator passará a incidir integralmente.

Como se sabe, a EC n.º 20/98 não estipulou idade mínima para aposentação. Porém, com a introdução do fator previdenciário no cálculo dos benefícios, de forma obrigatória quando se tratar de aposentadoria por tempo de contribuição e facultativamente no caso de aposentadoria por idade, o que houve, em verdade, foi uma sub-reptícia reintrodução da idade mínima³¹⁹. Essa questão foi enfrentada nas ADIn n.º 2.110-9/DF e n.º 2.111-7/DF, momento que o STF deliberou no sentido da constitucionalidade do referido fator.

Ambas as ADIns foram relatadas pelo Ministro Sydney Sanches. Em 16.03.2000, o plenário do Supremo Tribunal Federal rejeitou o pedido de medida liminar por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, não reconhecendo a inconstitucionalidade das modificações trazidas pela Lei 9.876/99. Não há, ainda,

³¹⁸ De acordo com o anexo da Lei 8.213/91, introduzido pela Lei 9.876/99, a fórmula do Fator Previdenciário é:

$$f = \frac{Tc \times a}{Es} \times \left[1 + \frac{(Id + Tc \times a)}{100} \right]$$

Onde:

f = fator previdenciário;

Es = expectativa de sobrevida no momento da aposentadoria;

Tc = tempo de contribuição até o momento da aposentadoria;

Id = idade no momento da aposentadoria;

a = alíquota de contribuição correspondente a 0,31.

³¹⁹ Para Correia, há inconstitucionalidade na norma que introduziu o fator previdenciário justamente pela inclusão de elementos não previstos constitucionalmente para o cálculo do benefício. (CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Curso de Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 227).

decisão final

Nesses julgados, o pretório excelso determinou a constitucionalidade do artigo 2º da Lei 9.876/99, que alterou a redação originária do artigo 29 da Lei 8.213/91, introduzindo o fator previdenciário. Tal decisão baseou-se na possibilidade, outorgada pela própria Constituição, de que lei ordinária viesse a determinar o montante do benefício, especificamente a aposentadoria por tempo de contribuição.

Ocorre, prossegue o aresto, que a redação originária do art. 202 da Constituição Federal não possibilitava alterações na fórmula de cálculo da renda mensal inicial. Porém, com a reforma perpetrada pela Emenda Constitucional n.º 20, de 15/12/1998, houve uma desconstitucionalização desse cálculo, permitindo que a legislação ordinária trouxesse um novo regramento, sem pecha de inconstitucionalidade.

Porém, cabe uma reflexão levando-se em conta o princípio da proibição do retrocesso social, o que não foi feito durante o processamento das ADIn em comento.

Com o intuito de diminuir o alegado déficit, o Fator Previdenciário é aplicado de forma obrigatória no cálculo do salário-de-benefício das aposentadorias por tempo de contribuição. Na grande maioria dos casos, gera uma efetiva diminuição da renda mensal inicial do benefício, sendo tanto maior o desconto quanto menor a idade do segurado quando da aposentação.

O próprio idealizador da Reforma Previdenciária, o ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, admite que o fator previdenciário foi idealizado para conter o déficit do INSS:

A mudança nas regras de cálculo do benefício, principalmente com a introdução do fator previdenciário, permitiu estabelecer a seguinte relação entre os quatro termos da equação previdenciária: quanto maior o tempo de trabalho, maiores as contribuições e menor o tempo de usufruto esperado do benefício, maior é o valor da aposentadoria. Para o cálculo do

valor médio das contribuições, permitiu-se o descarte dos 20% menores salários de contribuição. Junto com a eliminação de privilégios descabidos, a nova regra possibilitou conter a trajetória de crescimento descontrolado dos déficits do INSS, sem que houvesse desrespeito ao direito adquirido³²⁰.

Dessa forma, percebe-se que a introdução do fator previdenciário veio a diminuir o valor das aposentadorias por tempo de contribuição deferidas a contar da Lei n.º 9.876/99. Essa diminuição da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários é obtida através de uma espécie de capitalização do valor vertido, por parte do segurado, ao Regime Geral de Previdência Social. Esta a posição de Fortes:

[...] significa dizer que o aumento no período básico de cálculo, aliado ao fator previdenciário, redundará numa devolução das contribuições que o segurado verteu, capitalizadas, de forma parcelada, mensalmente, sob a forma de benefício previdenciário, isto é, de forma muito semelhante a uma conta de capitalização individual³²¹.

Como já se demonstrou, não há, efetivamente, déficit na Seguridade Social, apenas no subsistema previdenciário e, mesmo neste caso, com forte tendência de estabilização das contas a médio prazo. Seja considerando-se a totalidade das contribuições sociais ou apenas as contribuições ditas previdenciárias, o Regime Geral de Previdência Social está firmemente no caminho da estabilidade financeira.

Assim, entende-se que, na ponderação de soluções, não poderá a lei que introduziu o fator previdenciário se sobrepor ao princípio da proibição do retrocesso social. As conquistas sociais já alcançadas - no caso, o direito à aposentadoria por tempo de contribuição, estabelecido no inciso I do § 7º do artigo 201 da Constituição Federal, após 35 anos de contribuição, se homem, ou 30 anos, se mulher, com renda mensal equivalente a 100% do salário-de-benefício - não pode ser vilipendiado sob pena de inconstitucionalidade.

³²⁰ CARDOSO, Fernando Henrique. A emenda e o soneto. *O Estado de S. Paulo* – coluna Espaço Aberto, jun. 2003. Disponível em: <<http://www.ifhc.org.br/UserFiles/File/artigos%20FHC/2003-06.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2008.

³²¹ FORTES, Simone Barbisan. A reforma previdenciária e seu reflexo na sistemática de cálculo da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários. In: *Temas atuais de direito previdenciário e assistência social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 202.

Ocorre que a Lei n.º 9.876/99 não diminuiu o percentual, que continua em 100% do salário-de-benefício. O que fez, de forma inteligente, foi diminuir o próprio salário-de-benefício, por meio da aplicação de outro percentual, agora chamado de fator previdenciário. Na verdade, houve uma reintrodução da antiga aposentadoria proporcional - revogada pela EC 20/98, cuja renda mensal inicial não era integral - porém, agora, de forma mais perversa ao segurado: exigindo-se o tempo integral!

Conclui-se que, *in casu*, o indigitado fator não poderá prevalecer frente ao princípio da proibição de retrocesso social. Como a introdução do fator previdenciário restou sem qualquer motivação, uma vez que a alegada crise financeira na previdência brasileira está sob controle, na ponderação de soluções, a solução revogada - aquela cujo cálculo da renda mensal do benefício da aposentadoria por tempo de contribuição não possui qualquer redutor - deverá prevalecer frente à solução nova, já esta se apresenta eivada de inconstitucionalidade.

3.2.5 A limitação de 60% do PBC no Cálculo da Aposentadoria por Tempo de Contribuição

A Lei n.º 9.876/99, em seu artigo 3º, § 2º, trouxe uma regra de transição para os segurados filiados ao INSS até o dia anterior à data de sua publicação e que se relaciona ao cálculo das aposentadorias por tempo de contribuição, idade e especial: o divisor considerado no cálculo da média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição, correspondentes a, no mínimo, 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo decorrido desde a competência julho de 1994, não poderá ser inferior a 60% (sessenta por cento) do período decorrido da competência julho de 1994 até a data de início do benefício, limitado a 100% (cem por cento) de todo o período contributivo.

Trata-se de um limitador no divisor, na hipótese de o número de contribuições no período básico de cálculo ser inferior a 60% (sessenta por cento) de todo o período. Assim, caso o segurado possua poucas contribuições, seu salário-de-benefício restará diminuído, uma vez que o divisor não acompanhará o número de salários-de-contribuição considerados.

Nas palavras de Fortes:

A regra, embora confusa, prevê que se no período básico de cálculo o segurado contar com um número de salários-de-contribuição menor do que o equivalente a 60% do período básico de cálculo considerado, abandona-se a média aritmética simples e deve ser utilizado como divisor justamente o número equivalente a 60% do período (divisor mínimo)³²².

Tal norma constituiu-se em verdadeiro retrocesso, uma vez que não considera todas as contribuições vertidas pelo segurado. De acordo com a Constituição Federal, art. 201, § 11, incluído pela própria Emenda Constitucional nº 20 de 1998: “Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e conseqüente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei”.

Nesse sentido é a posição de Berwanger:

Aqui entendemos, salvo melhor juízo, que há uma afronta à Constituição Federal. Na medida em que a CF, a partir da Emenda Constitucional 20, retirou o status constitucional do cálculo (...) a nosso ver leva à conclusão que todos os salários-de-contribuição devem ser considerados³²³.

Ora, se o divisor considerado não corresponde ao número de parcelas consideradas no denominador, essa conta deixa de ser uma média aritmética. Na verdade, quando o denominador é inferior, como no caso de se ter poucos salários-

³²² FORTES, Simone Barbisan. A reforma previdenciária e seu reflexo na sistemática de cálculo da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários. In: *Temas atuais de direito previdenciário e assistência social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 180.

³²³ BERWANGER, Jane Lúcia Wilhelm. Período básico de cálculo: questionamentos. In: *Direito previdenciário em debate*. Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário. Curitiba: Juruá, 2007, p. 50.

de-contribuição no período básico de cálculo, ocorre uma verdadeira desconsideração dos valores constantes da parte superior da fórmula. Isso leva, necessariamente, à inconstitucionalidade da norma, quer por afronta direta ao art. 201, § 11, da Constituição Federal, quer por se contrapor ao próprio princípio da proibição do retrocesso social.

De se observar que a regra anterior à Lei n.º 9.876/99 também previa desconsideração de salários-de-contribuição. Na sua redação original, o artigo 29, § 1º da Lei n.º 8.213/91, determinava que:

[...] no caso de aposentadoria por tempo de serviço, especial ou por idade, contando o segurado com menos de 24 (vinte e quatro) contribuições no período máximo citado, o salário-de-benefício corresponderá a 1/24 (um vinte e quatro avos) da soma dos salários-de-contribuição apurados.

Porém, tal fórmula se justificava na medida em que o período básico de cálculo era menor, abarcando apenas os últimos 36 (trinta e seis) salários-de-contribuição, considerados em um período de até 48 (quarenta e oito) meses. Essa sistemática não gerava tanto prejuízo ao segurado, uma vez que bastava comprovar apenas 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição nos últimos 48 meses. Com o alargamento do período básico de cálculo, considerado para o deferimento da aposentadoria por tempo de contribuição, a nova regra apresenta um retrocesso social inadmissível, já que o segurado deverá comprovar um número muito superior de salários-de-contribuição para não ser prejudicado quando do cálculo de sua aposentadoria³²⁴.

Dessa forma, a aplicação do princípio da proibição do retrocesso social conduz essa alteração legislativa à inconstitucionalidade, uma vez que faz parte do direito adquirido social dos segurados do regime Geral de Previdência Social que as contribuições efetivamente vertidas sejam consideradas quando do cálculo da renda mensal do benefício.

³²⁴ Para se ter uma idéia, o trabalhador que se aposentar por tempo de contribuição, em abril de 2008, deverá comprovar, no mínimo, 99 salários-de-contribuição entre julho de 1994 e a data da inativação.

3.3 PERSPECTIVAS PARA O BENEFÍCIO DA APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO

O Regime Geral de Previdência Social brasileiro, sistema previdenciário que abarca os trabalhadores da iniciativa privada, ainda carece de ajustes. Ao passo que parece haver um consenso quanto a essa necessidade, os limites e o alcance das alterações na legislação da Previdência Social estão longe de ser uma unanimidade.

Essa constatação ficou ressaltada quando dos debates realizados no Fórum Nacional da Previdência Social - FNPS³²⁵, entre fevereiro e outubro do ano de 2007. O Fórum teve por objetivos promover o debate entre os representantes dos trabalhadores, dos empregadores e do governo federal com vistas ao aperfeiçoamento e à sustentabilidade dos regimes de Previdência Social e sua coordenação com as políticas de assistência social, apontando para uma visão de longo prazo (anos: 2030 - 2050).

O Fórum foi instalado com os seguintes pressupostos como ponto de partida: (1) seria mantido o modelo previdenciário atual que prevê a manutenção da Previdência Social como pública e solidária, juntamente com a Previdência Complementar Facultativa; (2) as propostas que seriam apresentadas respeitariam, em qualquer caso, os direitos adquiridos; (3) as mudanças propostas teriam transição longa para serem efetivamente implantadas.

Em 31/10/2007, foram apresentadas as conclusões do FNPS, o que frustrou as expectativas, uma vez que em muitos pontos importantes não se logrou alcançar um consenso³²⁶. Sobre o que toca ao objeto desse estudo, o Fórum não apresentou

³²⁵ O Decreto n.º 6.019, de 22 de janeiro de 2007, criou o Fórum Nacional da Previdência Social (FNPS), no âmbito do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC).

³²⁶ De acordo com o documento *ConclusoesForum_31out2007[1].pdf*. Disponível em: <http://www.previdenciasocial.gov.br/pg_secundarias/previdencia_social_forum.asp>. Acesso em: 01/03/2008, são os seguintes os pontos sobre os quais não houve consenso: "O Fórum também concluiu que, até o encerramento de suas atividades, não houve possibilidade de consensuar propostas:

- sobre as formas de financiar o Regime Geral de Previdência Social;
- sobre regras de idade mínima e de tempo de contribuição para acesso a benefícios;

proposta sobre regras de idade mínima e de tempo de contribuição para acesso a benefícios. Na verdade, as várias posições antagônicas, alguns sustentando a manutenção das regras atuais, apenas com a extinção do fator previdenciário, outros condicionando essa extinção à inclusão de limite etário para a percepção do benefício da aposentadoria por tempo de contribuição, impediram uma conclusão sobre essa matéria. Setores da sociedade chegaram a falar em fracasso do fórum³²⁷.

Em função desse impasse, o governo, através do Ministro da Previdência, Luiz Marinho, chegou a anunciar que encaminharia ao Congresso Nacional projeto de lei mantendo as regras atuais (fator previdenciário e sem idade mínima), mas aumentando em 5 anos o tempo de contribuição para a inativação (40 anos de contribuição para o homem e 35 anos de contribuição para mulher)³²⁸.

Dessa forma, apesar de emergir do Fórum Nacional da Previdência Social sem um consenso, o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição demonstrou que continua importante e atual, afastando a possibilidade de sua extinção, como advoga Martinez³²⁹.

Uma alternativa para o benefício em tela, o que agora se propõe, seria a inclusão de uma idade mínima para inativação e a extinção do fator previdenciário.

- sobre a coordenação de regras dos benefícios por incapacidade com as dos demais benefícios e com o salário do trabalhador ativo;
- sobre a reavaliação das regras dos benefícios de pensão por morte.”

³²⁷ Veja-se, entre outros, notícia publicada pela ANSPS - Associação Nacional dos Servidores da Previdência Social. Disponível em: <<http://www.anasps.org.br/index.asp?id=2220&categoria=29&subcategoria=90>>. Acesso em: 16 abr. 2008.

³²⁸ “BRASÍLIA - O ministro da Previdência Social, Luiz Marinho, quer aumentar em cinco anos, o tempo máximo de contribuição previdenciária, que sairia de 35 anos para 40 anos. Outra opção é adotar idade mínima para aposentadoria. Ele anunciou que vai levar uma proposta de reforma previdenciária ao Palácio do Planalto, mesmo sem ter chegado a consensos sobre mudanças no Fórum Nacional de Previdência Social (FNPS), que terminou hoje”. Notícia publicada em: 31 out. 2007, no *Jornal Valor*. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Economia_Negocios/0,,MUL165918-9356,00-MARINHO+QUE+AUMENTAR+TEMPO+DE+CONTRIBUICAO+PREVIDENCIARIA+EM+CINCO+ANOS+F.html>. Acesso em: 16 abr. 2008.

³²⁹ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários à lei básica da Previdência Social*. Tomo II: Plano de benefícios lei n. 8.213/91 Decreto n. 3.048/99. São Paulo: LTr, 2001, p. 326. O autor sustenta que a ausência de risco para o deferimento dessa prestação condenaria, cedo ou tarde, a aposentadoria por tempo de contribuição ao desaparecimento. Nas suas palavras: “O benefício mais polêmico da legislação previdenciária e o mais desejado pelos brasileiros teve sua origem no serviço público, denominada ordinária na Lei Eloy Chaves, provocou discussões e dissensões [sic] no ambiente político, científico e técnico nos anos 92/98, estando possivelmente condenada ao desaparecimento em razão de suas distorções (v.g., falta de fonte específica, ausência de limite etário pessoal, freqüente volta do trabalho, dúvida sobre a existência de risco, acumulação com outros benefícios, adoção do regime de repartição simples, etc.)”.

Observa-se que havendo idade mínima para a percepção do benefício da aposentadoria por tempo de contribuição, desnecessária seria a manutenção do fator previdenciário, uma vez que esse visa justamente a penalizar as aposentadorias precoces, que passariam a não mais existir com essa nova sistemática.

É consabido que os Regimes Próprios de Previdência Social já contam com esse requisito etário (60 anos de idade, para homem, e 55 anos, para mulher). Portanto, até por uma questão de isonomia entre os regimes previdenciários brasileiros, a inclusão desse requisito se faz necessária. Isso evitaria os graves problemas que atualmente se verificam, com servidores públicos estatutários migrando para o Regime Geral de Previdência Social, via contagem recíproca, justamente para fugirem do cumprimento do requisito da idade mínima.

As posições contrárias ao limite de idade para inativação pregam que esse requisito prejudicaria o trabalhador de mais baixa renda, uma vez que este, normalmente, começa a laborar em tenra idade. Ao revés, trabalhadores de maior escolaridade, que começam em idade adulta a trabalhar, após a conclusão do ciclo de estudos, seriam beneficiados, porquanto contribuiriam por tempo menor.

De fato, o senso comum leva a essa conclusão. Porém, observa-se que atualmente já há prejuízo aos trabalhadores que iniciam sua vida laboral precocemente, uma vez que o fator previdenciário levará a uma renda mensal inicial menor. Esta a conclusão de Fortes:

[...] aqueles que ingressam mais cedo no mercado de trabalho são prejudicados com a nova regra, pois, quando atingirem o tempo mínimo para a aposentação, terão idade reduzida, o que diminuirá seu fator previdenciário e, em decorrência, a renda mensal inicial do benefício. Este dado mostra-se preocupante, uma vez que são justamente os cidadãos socialmente mais desfavorecidos, e com mais baixo nível de instrução e renda aqueles que mais cedo têm de ingressar no mercado de trabalho [...]³³⁰.

³³⁰ FORTES, Simone Barbisan. A reforma previdenciária e seu reflexo na sistemática de cálculo da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários. In: *Temas atuais de direito previdenciário e assistência social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 191.

Uma solução que harmonizaria a questão, acomodando a idade mínima e resolvendo o problema relativo àqueles que começam a trabalhar cedo, seria a criação do que se denominou de “segurado remido”. Esse segurado, após completar 35 anos de contribuição, se homem, e 30 anos, se mulher, mas com idade inferior ao limite mínimo de 60 anos, para homem, e 55, para mulher³³¹, passaria a ficar isento de contribuições à Previdência Social.

Dessa forma, aguardaria completar o requisito etário em igualdade de condições em relação ao trabalhador que começou a laborar mais tarde, uma vez que ambos contribuiriam por igual período de tempo.

Outra vantagem que se vislumbra com a criação do “segurado remido” seria uma espécie de incentivo às empresas contratarem trabalhadores de maior idade, uma vez que estes não onerariam a contribuição social devida pela empresa sobre a folha de salários, bastando que a isenção tributária também se estendesse à contribuição patronal. Esse incentivo à contratação de trabalhadores de maior idade viria a minimizar a questão do desemprego nessa faixa etária.

Por outro lado, a inclusão da idade mínima, a extinção do fator previdenciário e a criação do “segurado remido”, como se propôs, não contrariam o princípio da proibição do retrocesso social. Ao revés, trata-se de novos critérios isonômicos, quer entre o regime geral e os regimes próprios, como demonstrado, quer entre os próprios segurados do INSS, acabando com aposentadorias com valores diferentes para trabalhadores que possuem o mesmo tempo de contribuição, mesmos salários-de-contribuição, e apenas idade diferenciada.

Feitas essas considerações e sugestões, conclui-se que o benefício da aposentadoria por tempo de contribuição, o benefício mais desejado pelos

³³¹ Estes limites etários (60 anos para homem e 55 para mulher) se justificam porquanto foram os adotados pela Constituição Federal, no art. 40, § 1º. III, ‘a’, para a inativação dos servidores efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

brasileiros, nas palavras de Martinez³³², continua em plena forma, apesar de contar com quase um século de vida.

Trata-se do mais importante benefício programado do regime Geral de Previdência Social, e se atualmente não está respondendo adequadamente aos anseios dos segurados, principalmente pela incidência do fator previdenciário³³³, que tem diminuído sobremaneira sua renda mensal inicial, não há dúvida que poderá ser revitalizado por meio de uma reformatação dos critérios de elegibilidade, como a agora apresentada sugestão de criação do “segurado remido”.

³³² MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários à lei básica da Previdência Social*. Tomo II: Plano de benefícios lei n. 8.213/91 Decreto n. 3.048/99. São Paulo: LTr, 2001, p. 326.

³³³ Há projeto de lei, de autoria do Senador Paulo Paim, extinguindo o Fator Previdenciário e vinculando o reajuste dos benefícios previdenciários ao mesmo índice do salário-mínimo. Este projeto de lei já foi aprovado pelo Senado Federal e encontra-se, atualmente, em discussão na Câmara dos Deputados.

CONCLUSÃO

Com a presente pesquisa buscou-se, sem a pretensão de esgotar o assunto, apresentar subsídios para uma reflexão crítica acerca do Regime Geral de Previdência Social e sobre o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, em particular, através da aplicação do princípio da proibição de retrocesso social.

Perpetrou-se uma análise doutrinária e jurisprudencial do indigitado princípio, tanto no direito pátrio como no direito alienígena. Através deste estudo, apontou-se o que se considerou acertos e erros nas teorias e aplicações do princípio da proibição do retrocesso social.

As diversas concepções do princípio da proibição de retrocesso social, colacionadas ao longo desta dissertação, podem ser divididas em dois grandes grupos: as baseadas no princípio da segurança jurídica e que se aplicam quando o direito social é atingido em seu núcleo essencial, e aquelas, com aplicação mais restrita, apenas nos casos correlatos a uma omissão inconstitucional, apontando para uma mutação constitucional.

O equilíbrio dos sistemas previdenciários está diretamente associado a variáveis relacionadas à economia, ao trabalho, à demografia e à legislação. E dentre essas, em geral apenas a legislação pode ser manejada pelos governos para diminuir os efeitos da crise do Estado Social Previdenciário, o que, no mais das vezes, acaba por vilipendiar os direitos sociais já conquistados. O princípio da proibição de retrocesso social procura compatibilizar a necessidade de reformas na Previdência Social com a manutenção dos direitos sociais já assegurados aos indivíduos e à coletividade.

Com o intuito de equacionar o problema, abordou-se temática relativa ao alegado déficit previdenciário brasileiro, que tem sido, historicamente, a mola

propulsora de qualquer alteração legislativa que se pretenda fazer em alguns institutos ou benefícios previdenciários.

Entre o alegado déficit e as alterações propostas nos critérios de elegibilidade dos benefícios previdenciários, acomoda-se o princípio da proibição do retrocesso social, que visa ao constante progresso nos direitos sociais já alcançados, quer apontando para o futuro, por meio de incentivo ao aumento dos direitos, quer mirando o passado, evitando-se que sejam diminuídas as conquistas já alcançadas, aquelas que fazem parte do denominado direito adquirido social.

Fixou-se as características do instituto do direito adquirido social: a) não gera direito subjetivo; b) é protegido pelo princípio da proibição do retrocesso social. Esta última característica se apresenta essencial: o princípio da proibição do retrocesso social é o princípio por excelência que protege o direito adquirido social. Essa proteção se dá no confronto entre a norma revogada e a norma atual, de tal forma a preservar a primeira, toda vez em que houver desrespeito ao direito adquirido social.

O princípio da proibição de retrocesso social, além de constituir-se em norma implícita da Constituição, também é previsto em tratados internacionais ratificados pelo Brasil. De fato, através do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) de 1966, ratificado pelo Brasil em 1992, e do Protocolo de San Salvador, formulado no ano de 1988, como instrumento adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 – nominada de Pacto de San José da Costa Rica, nos quais há expressa determinação no sentido de assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos, o país comprometeu-se a uma constante ampliação no rol dos direitos fundamentais.

Dessa forma, esse princípio possui assento constitucional, quer seja através do denominado direito adquirido social, quer seja através dos referidos tratados internacionais.

Através do que se denominou ponderação de soluções, conclui-se que o princípio da proibição do retrocesso social é um princípio conservador por excelência e que atuará toda vez que a norma revogadora diminuir direitos sociais, sejam alterações mínimas ou máximas, aquelas que atingem o núcleo essencial do direito fundamental. Em qualquer hipótese, deverá ser utilizada a ponderação de soluções no caso concreto, para a determinação da constitucionalidade ou não dessa revogação, buscando preservar a máxima eficácia e a preservação da força normativa do sistema jurídico constitucional de proteção dos direitos sociais.

Assim, o princípio da proibição do retrocesso social, por meio da ponderação de soluções, sempre terá o efeito de reforçar a constitucionalidade da norma definidora de direitos sociais que restou revogada, seja essa uma norma infraconstitucional ou mesmo uma emenda constitucional, quer essa norma já possua proteção constitucional - como ocorre com várias normas de direito previdenciário presentes no art. 201 da Constituição Federal - quer seja a regulação de uma norma programática.

São ainda em pequeno número as decisões dos tribunais pátrios que basearam-se no princípio da proibição de retrocesso social. Em algumas delas se defluiu a grande influência do constitucionalista português Canotilho, havendo, inclusive, várias referências diretas a sua obra em alguns dos votos dos acórdãos. Em outros julgados analisados, a decisão apenas fez menção ao princípio da proibição de retrocesso social, sem, no entanto, posicionar-se acerca da concepção do princípio adotada, havendo apenas uma exortação genérica sobre a impossibilidade de se diminuir direitos.

Verifica-se, na verdade, uma importação indevida de conceitos e institutos jurídicos alienígenas sem a preocupação acerca de sua utilidade e adequação ao sistema jurídico pátrio. Ora, como se demonstrou, é despidendo o recurso ao princípio da proibição de retrocesso quando estão em jogo o mínimo existencial ligado à dignidade da pessoa humana, o princípio da confiança e até o direito adquirido, uma vez que esses institutos já possuem proteção própria na Constituição brasileira.

De qualquer forma, há uma tendência, a ser confirmada nos próximos anos, de uma maior utilização pelo judiciário do princípio da proibição de retrocesso social para se afastar a incidência de leis novas que venham a diminuir direitos sociais.

Demonstrou-se, através da análise histórica da seguridade social e, em especial, da Previdência Social no país, que as conquistas alcançadas foram fruto de grandes sacrifícios de várias gerações de trabalhadores, de tal forma que devem ser preservadas ao máximo.

As normas constitucionais que instituem os direitos previdenciários são direitos fundamentais, apresentando-se tanto como de defesa, com eficácia plena e aplicabilidade imediata, como direitos prestacionais previdenciários. Muitos deles possuem natureza programática, sendo uma espécie de mandado de otimização, devendo os órgãos estatais laborarem no sentido de lhes conferir a maior eficácia possível.

Especificamente, em relação ao benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, objeto desta dissertação, através da aplicação do princípio da proibição do retrocesso social, demonstrou-se a inconstitucionalidade de várias alterações recentes pelas quais passou a sua disciplina legal.

A Emenda Constitucional n.º 20/1998 alterou significativamente o perfil do benefício da aposentadoria por tempo de contribuição. Destaca-se a revogação da possibilidade de inativação com proventos proporcionais, mantida apenas na regra de transição, porém com requisitos mais rígidos. Advoga-se que essas alterações são inconstitucionais por ofensa ao princípio da proibição de retrocesso social, uma vez que suprimiram direito adquirido social, impossibilitando às pessoas já filiadas ao Regime Geral de Previdência Social na data da emenda constitucional, o direito a aposentar-se de acordo com as regras anteriores mais benéficas.

A mesma emenda constitucional perpetrou uma desconstitucionalização da forma de cálculo da renda mensal inicial do benefício da aposentadoria por tempo de contribuição, o que retirou a garantia da correção mensal de todos os salários-de-

contribuição do período básico de cálculo. Dessa forma, abriu-se a possibilidade de se retornar a forma antiga de cálculo dos benefícios, na qual não se corrigia todas as remunerações quando do cálculo dos proventos, constituindo-se em flagrante retrocesso social.

Também demonstrou-se a inconstitucionalidade na forma de reajuste dos benefícios previdenciários em manutenção. A Constituição Federal garante aos aposentados a manutenção do valor real dos proventos, ou seja, garante o poder de compra dos benefícios. A Lei 8.213/91, ao regular a matéria, prevê reajustes anuais pelo INPC. Porém, ofende ao princípio da proibição de retrocesso social ao repor a inflação acumulada dos últimos 12 meses, de tal forma que somente no próprio mês do reajuste há a manutenção do valor real. Nos demais meses do ano, a inflação corrói os proventos, em clara ofensa ao texto constitucional.

A Lei 9.876/99, ao introduzir o fator previdenciário no cálculo dos proventos de aposentadoria, motivada por alegados déficits na previdência social, acabou por diminuir a renda mensal inicial dos proventos. Essa modificação não poderá prevalecer frente ao princípio da proibição de retrocesso social, uma vez que restou sem qualquer motivação, já que a crise financeira na previdência brasileira está sob controle. Assim, na ponderação de soluções, a solução revogada - aquela cujo cálculo da renda mensal do benefício da aposentadoria por tempo de contribuição não possui qualquer redutor - deverá prevalecer frente à solução nova.

A mesma Lei 9.876/99 determinou, quando do cálculo do salário-de-benefício do benefício da aposentadoria por tempo de contribuição, a limitação a 60% do período básico de cálculo quando o segurado tiver contribuído por período inferior. Trata-se de determinação inconstitucional, uma vez que há previsão expressa no artigo 201, § 11 da Constituição Federal, incluído pela própria Emenda Constitucional nº 20 de 1998, de utilização de todos os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, para o cálculo dos benefícios. Dessa forma, ao limitar a apenas 60% do período, a lei dispôs diretamente contra a Constituição e contra o princípio da proibição de retrocesso social.

Apesar dessas modificações, o benefício da aposentadoria por tempo de contribuição emerge para o século XXI em plena força e vigor. Enganam-se aqueles que pregam sua extinção. Como demonstrado ao longo desta dissertação, há plenas possibilidades de, com algumas correções de rumo, revitalizar este instituto, visando uma adequação aos limites e possibilidades da proteção social e à realidade social do país, uma vez que se trata do principal benefício previdenciário do tipo programável.

Dessa forma, pregam-se alterações no benefício da aposentadoria por tempo de contribuição, porém sempre com o cuidado de preservar os direitos sociais já adquiridos, por meio da mediação do princípio da proibição do retrocesso social, princípio constitucional implícito que aponta no sentido da progressiva ampliação dos direitos fundamentais sociais.

Somente por meio da manutenção, ao menos, das conquistas sociais, possibilitar-se-á a construção de um verdadeiro Estado Social de Direito, no qual impere a justiça social. Os atuais direitos sociais, fruto da obra de várias gerações, não podem, imotivadamente, serem desprezados, sob pena, parafraseando Darcy Ribeiro, da não reversão de um “sistema perverso e pervertido de gastar gente”.

REFERÊNCIAS

A PREVIDÊNCIA SOCIAL no Brasil e no estrangeiro. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1950.

ALEXY, Robert. *Teoría de Los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALMEIDA, Edvaldo Nilo de. *Repensando os princípios: princípios constitucionais sociais trabalhistas e a mudança dos paradigmas dos princípios específicos do direito do trabalho*. Disponível em: <www.unifacs.br/revistajuridica/edicao_marco2004/discente/disc03.doc>. Acesso em: 03 mar. 2008

ALVIM, Ruy Carlos Machado. Uma história crítica da legislação previdenciária brasileira. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, n. 18, p. 11-44, mar.-abr. 1979.

ARAÚJO, Odília Sousa de. *A Reforma da Previdência Social Brasileira no Contexto das Reformas do Estado: 1988 a 1998*. Tese de doutoramento. UFRJ, 2000

BALERA, Wagner. *A seguridade social na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO LEITE, Celso. *A proteção social no Brasil*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1978.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Disponível em: <www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição Brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BERWANGER, Jane Lúcia Wilhelm. Período básico de cálculo: questionamentos. In: *Direito previdenciário em debate*. Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário. Curitiba: Juruá, 2007. p. 49.

BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. Tradução de Carmen C. Varrialle, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais. 6. ed. Brasília: UNB, 1994.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Do Estado liberal ao Estado social*. São Paulo: Malheiros, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Reimpr. Coimbra: Editora Coimbra, 1994.

_____. *Direito constitucional e Teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. "Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo". *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: RT, n. 15, p. 7-17, 1996.

CARDONE, Marly A. *Dicionário de direito previdencial. Doutrina. Legislação. Jurisprudência*. São Paulo: LTr, 2002.

_____. *Previdência, assistência, saúde: o não trabalho na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 1990.

CARDOSO, Fernando Henrique. A emenda e o soneto. *O Estado de S. Paulo*, coluna Espaço Aberto, em Junho/2003. Disponível em: <<http://www.ifhc.org.br/UserFiles/File/artigos%20FHC/2003-06.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2008.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. Princípios da seguridade social na ordem jurídica vigente. *Revista de Doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 06, 2005.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 8. ed. Santa Catarina: Conceito, 2007.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Curso de direito da seguridade social*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CRUZ, Paulo Márcio. *Fundamentos do direito constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001.

_____. *Caderno de direito previdenciário*. Porto Alegre: Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. *O futuro do estado*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DAROS, Ana Carine Busato. *O princípio da proibição de retrocesso social – no âmbito do Direito Fundamental à Previdência Social delineado na Constituição Federal de 1988*. Dissertação de Mestrado. PUC-Paraná. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=799>. Acesso em: 03 mar. 2008.

DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Biblioteca de Teses. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DUARTE, Clarice Seixas. *Os documentos internacionais de proteção aos direitos humanos e a legislação brasileira*. Disponível em: <www.acaoeducativa.org.br/opa/opa02.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2008.

DUARTE, Marina Vasques. *Direito previdenciário*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

DUZ, Clausner Donizeti. O princípio constitucional da vedação ao retrocesso frente à constitucionalidade do artigo 5º, § 3º, da CF/88. *Boletim Jurídico*, Uberaba/MG, a. 3, n. 160. Disponível em: <www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1016>. Acesso em: 06 jan. 2008.

DWORKIN, Ronaldo. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FALEIROS, Vicente de Paula. *A política social do estado capitalista. As funções da previdência e da assistência sociais*. São Paulo: Cortez, 1985.

FORTES, Simone Barbisan. A reforma previdenciária e seu reflexo na sistemática de cálculo da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários. In: *Temas atuais de direito previdenciário e assistência social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. *Direito da seguridade social – prestações e custeio da previdência, assistência e saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FREITAS, Juarez, *A interpretação sistemática do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GENTIL, Denise Lobato. *A política fiscal e a falsa crise da seguridade social brasileira – Análise financeira do período 1990–2005*. Tese de Doutorado. UFRJ, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. I.

HABERMAS, Juergen. *A nova intransparência. A crise do estado de bem-estar social e o esgotamento das energias utópicas*. Disponível em: <http://www.cebrap.org.br/imagens/Arquivos/a_nova_intransparencia.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2008.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HORVATH JUNIOR, Miguel. *Direito previdenciário*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2002.

_____. *Os direitos fundamentais e a seguridade social*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1204>. Acesso em: 02 nov. 2007.

HUBER, Evelyne. *Universalismo básico y el futuro de la seguridad social en la región*. Universidad de Carolina del Norte. Disponível em: <www.ciesu.edu.uy/universalismo/huber.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2007.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

KRELL, Andréas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

MACCALÓZ, Salete Maria Polita. *O impacto de gênero da reforma da previdência no Brasil*. Disponível em: <http://www.eclac.org/mujer/proyectos/pensiones/publicaciones/word_doc/Brasil.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2008.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *A seguridade social na Constituição Federal*. São Paulo: Ltr, 1992.

_____. *Comentários à lei básica da Previdência Social*. Tomo II: Plano de benefícios lei n. 8.213/91 Decreto n. 3.048/99. São Paulo: LTr, 2001.

_____. *Princípios de direito previdenciário*. São Paulo: LTr, 2001.

_____. *Curso de direito previdenciário*. Tomo II: Previdência social. São Paulo: LTr, 2003.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social: custeio da seguridade social, benefícios, acidente do trabalho, assistência social, saúde*. São Paulo: Atlas, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: RT, 1984.

MENDONÇA, José Vicente dos Santos. Vedação do retrocesso: o que é e como perder o medo. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, v. XII: Direitos fundamentais, 2003. p. 205-236.

MESQUITA, Daniel Augusto. Incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos ao ordenamento jurídico brasileiro: interpretação da Constituição Federal pelo Supremo Tribunal Federal e conseqüências da Emenda Constitucional 45/2004 na proteção dos direitos fundamentais. Instituto de Brasiliense de Direito Público. Brasília, ago. 2005. Disponível em: <www.idp.org.br/download.php?arquivo=wo9j2g36jqh1.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2008.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Editora Coimbra, 2000.

MORAIS, José Luiz Bolzan. *A idéia de direito social – o pluralismo jurídico de George Gurvitch*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

MORENO, RUIZ. *Nuevo derecho de la seguridad social*. México: Porrúa, 1997.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1998.

OHLWEILER, Leonel. *Direito administrativo em perspectiva: Os termos indeterminados à luz da hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. A ponderação no regime administrativo brasileiro: análise de uma recepção hermenêutica. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. XXXIII, p. 171-195, 2006.

PAIVA, Mauro Antônio de. *Aposentadoria por tempo de contribuição: um benefício em via de extinção?* Trabalho de aproveitamento da Disciplina de Direito Previdenciário I, do Curso de Pós-Graduação (*Stricto Sensu*) em Direito, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2004.

PEREIRA JÚNIOR, Aécio. Evolução histórica da Previdência Social e os direitos fundamentais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 707, 12 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6881>>. Acesso em: 03 nov. 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Proteção em jogo. direitos econômicos, sociais e culturais e os desafios. *Revista Consultor Jurídico*, 26 ago. 2002. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/10798,1#null>>. Acesso em: 6 jan. 2008.

PULINO, Daniel. *A aposentadoria por invalidez no direito positivo brasileiro*. São Paulo: LTr, 2001.

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

REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*. São Paulo: Forense, 1984.

RIBEIRO, Julio César Garcia. *A Previdência Social do regime geral na constituição brasileira*. São Paulo: LTr, 2001.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROCHA, Daniel Machado da. *O direito fundamental à Previdência Social – na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Comentários à lei de benefícios da Previdência Social*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado-providência*. Tradução de Joel Pimenta de Ulhoa. Goiânia: UFG, 1997.

SANFELICE, Patrícia de Mello. O princípio da solidariedade – origem, características e aplicação na Seguridade Social. *Revista de Direito Social*, São Paulo, n. 7, p. 11-15, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. O estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador: IBDP, n. 9 mar.-abr.-maio 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C3%87O-2007-INGO%20SARLET.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2007.

_____. *Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível*. Disponível em: <www.tex.pro.br/wwwroot/01de2006/proibicao_ingo_wlfgang_sarlett.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2007.

_____. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, ano 1, v. 1, n. 1, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-INGO-SARLET.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2008.

SAVARIS, José Antonio. *Traços elementares do sistema constitucional de seguridade social*. Curso de Especialização em Direito Previdenciário. Curitiba: Juruá, 2007. v. 1.

_____. O princípio constitucional da adequada proteção previdenciária: um novo horizonte de segurança social ao segurado aposentado. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 22, fev. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao022/Jose_Savaris.htm>. Acesso em: 05 mar. 2008.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. *Direitos fundamentais: proteção e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Ademir Alves da. A reforma da Previdência Social brasileira: entre o direito social e o mercado. *São Paulo Perspec.*, São Paulo, v. 18, n. 3, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392004000300003&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 27 ago. 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Da utilidade de uma análise garantista para o direito brasileiro*. Disponível em: <http://www.femargs.com.br/revista02_streck.html>. Acesso em: 07 ago. 2006.

_____. Teoria da constituição e jurisdição constitucional. *Caderno de Direito Constitucional*, Porto Alegre: Escola da Magistratura Federal da 4ª Região, 2006.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TAFNER, Paulo; GIAMBIAGI, Fabio *et al.* *Previdência no Brasil: debates, dilemas e escolhas*. Rio de Janeiro: IPEA, 2007. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/livros/previdencianobrasil/Livro_Completo.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2007.

TALAMINI, Eduardo. Prisão civil e penal e 'execução indireta' - A garantia do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 23, n. 92, p. 37-51, out./dez. 1998.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Previdência e assistência social – legitimação e fundamentação constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. *Direito previdenciário*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997. v. 1.

VARUSSA, Rinaldo José. *Trabalho e Legislação: experiências de trabalhadores na Justiça do Trabalho (Jundiaí, décadas de 1940 a 1960)*. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, SP, Programa de Estudos Pós-Graduados em História, 2002.

VIANNA, Maria Lucia Teixeira Werneck. *A americanização (perversa) da seguridade social no Brasil: estratégias de bem-estar e políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2000.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Tradução de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Trotta, 1999.

UNIVERSIDADE LUTERANA DO BRASIL
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E EXTENSÃO
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO



EDUARDO RIVERA PALMEIRA FILHO

**O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL – APLICABILIDADE E
LIMITES NA REFORMA DA APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO
DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL**

CANOAS

2008

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)