



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

ANA CRISTINA REZENDE SANTOS

**O TRATAMENTO DA PENSÃO POR MORTE NA REFORMA PREVIDENCIÁRIA
E A ANÁLISE PRINCIPOLÓGICA SOBRE A VEDAÇÃO AO RETROCESSO
SOCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL**

**BRASÍLIA
2022**

ANA CRISTINA REZENDE SANTOS

**O TRATAMENTO DA PENSÃO POR MORTE NA REFORMA PREVIDENCIÁRIA
E A ANÁLISE PRINCIPOLÓGICA SOBRE A VEDAÇÃO AO RETROCESSO
SOCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL**

Monografia apresentada como requisito parcial para aprovação na disciplina Mono II em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Professora: Daniella Cesar Torres Crescenti

**BRASÍLIA
2022**

ANA CRISTINA REZENDE SANTOS

**O TRATAMENTO DA PENSÃO POR MORTE NA REFORMA PREVIDENCIÁRIA
E A ANÁLISE PRINCIPOLÓGICA SOBRE A VEDAÇÃO AO RETROCESSO
SOCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL**

Monografia apresentada como requisito parcial para aprovação na disciplina Mono II em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Professora: Daniella Cesar Torres Crescenti

Brasília, 28 de março de 2022

BANCA AVALIADORA

Professor(a) Orientador(a)

Professor(a) Avaliador(a)

Aos meus pais, José Carlos Santos e Hilda Rezende Santos, pelo que representam na minha vida e por terem me ensinado a ser resiliente.

AGRADECIMENTOS

Ter gratidão é um dos sentimentos mais nobres que podemos demonstrar pelo o que de melhor o outro nos ofereceu para nos ajudar em uma caminhada. No entanto, expressar esse sentimento é um dos momentos mais difíceis, pois podemos deixar de fora pessoas que foram importantes nessa jornada acadêmica. Ao Deus que creio e que me fortalece a cada amanhecer, a minha família que é motivo de grande alegria na minha vida, aos professores que são fonte de inspiração. Em especial aos professores Luciana Barbosa Musse, Luciano de Medeiros Alves e a minha orientadora professora Daniella Cesar Torres Crescenti pelo profissionalismo exemplar, dedicação e atenção que sempre dispensaram aos alunos e, a exemplo de Platão nos impulsionaram a buscar a virtude, a justiça e a verdade, por fim, a não parar no que o senso comum impõe.

RESUMO

A presente monografia tem escopo a análise do impacto da reforma previdenciária nas pensões por morte à luz do princípio da vedação ao retrocesso social e da reserva do possível. Primeiramente, examinou-se alguns aspectos da reforma frente princípios da reserva do possível, da dignidade da pessoa humana e da proibição do retrocesso social. Em seguida, buscou-se demonstrar que a reforma reduziu um direito social, sem trazer justificativas robustas que demonstrem sua real necessidade frente aos impactos positivos no cenário financeiro da Previdência Social em contraposição ao custo social. E por fim, da análise comparativa dos normativos, concluiu-se que as alterações perpetradas pela Emenda Constitucional 103/2019 em relação à pensão por morte violou as instituições que o Estado do Bem Estar Social deve proteger, demonstrando que a justificativa fundamentada no princípio da reserva do possível não se sustenta, visto que a previdência tem fonte de custeio própria.

Palavras-chave: Reforma da Previdência, Pensão por morte, Princípios da vedação ao retrocesso social e da reserva do possível.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	
1. PREVIDÊNCIA SOCIAL	11
1.1. Conceito de Previdência Social.....	11
1.2. Histórico da Previdência Social a partir do novo modelo de proteção social definido pela Constituição Federal de 1988 até as alterações perpetradas pela Emenda Constitucional nº 103/2019.....	12
1.3. Princípios Constitucionais que regem a Previdência Social.....	16
1.4. Benefícios Previdenciários.....	19
2. O TRATAMENTO DA PENSÃO POR MORTE NA REFORMA PREVIDENCIÁRIA E A ANÁLISE PRINCIPOLÓGICA SOBRE A VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL	21
2.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	24
2.2. Princípio da Vedação do Retrocesso Social.....	27
2.3. Princípio da Reserva do Possível.....	23
3. PENSÃO POR MORTE	32
3.1. Conceito.....	32
3.2. Histórico do tratamento dado ao benefício pensão por morte.....	36
3.3. O esvaziamento do direito fundamental previdenciário com a edição da Emenda Constitucional nº 103/2019.....	40
3.4. Comparativo entre as normas que disciplinam a pensão por morte e seus reflexos valor do benefício.....	42
CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIAS	56

INTRODUÇÃO

Escolher um tema para conclusão de curso é no mínimo desafiador. Por trabalhar no Instituto do Seguro Social -INSS, Instituição que tem a missão de proteger o trabalhador, sua família e pessoas em vulnerabilidade social, despertou a vontade de discorrer sobre o tema previdência. Esse privilégio, proporciona conhecer um Brasil marcado por diferenças que jamais serão reduzidas, pelo simples fato da nossa condição territorial, do multiculturalismo e do desconhecimento da classe política dessas realidades.

O tema Previdência Social é complexo e permite muitas interpretações por envolver aspectos sociológicos, jurídicos, econômicos e políticos; por isso qualquer mudança no contexto dessas vertentes tem consequências nessa área e, um impacto desigual nas diversas realidades dos cidadãos desse Brasil de muitos Brasis.

Diante disso, por causa do contexto social, econômico e político pelo qual o país vem passando, nos últimos anos, refletir sobre o impacto dessas questões na garantia dos direitos fundamentais positivados na Constituição Federal, principalmente no que tange ao esvaziamento desses direitos na área da seguridade social é o primeiro passo em direção a uma postura coletiva.

É indiscutível que o dinamismo das relações intersubjetivas, da economia sem fronteiras modificaram significativamente as relações de trabalho, no sentido que essas passaram a ser mais fluídas e instáveis, forçando assim, o Estado a promover ajustes nas diversas esferas de atuação, bem como efetivar alterações significativas na forma de financiamento da Previdência Social com o fim de manter um equilíbrio e garantir, a médio e longo prazos, esses direitos sociais.

No entanto, é difícil compreender porque o debate em torno da Reforma Previdenciária teve um viés mais econômico e financeiro do que social, tendo em vista que, na contraposição entre equilíbrio das contas previdenciárias e, o custo social, a longo prazo, além prejudicar os segurados, levará a um retrocesso para os direitos fundamentais.

Depreende-se da leitura dos diversos normativos que promoveram reformas na área previdenciária que esses direitos foram sendo reduzidos, gradativamente e, com

a última Reforma, a desproteção previdenciária ficou mais evidente e agressiva, o que pode trazer um custo muito alto para o sistema, a médio prazo; isso porque afetou diretamente pessoas mais vulneráveis que se encontram em situações ou fase de vida em que a assistência deve ser mais efetiva.

Ademais, como consequência, o Estado será obrigado a dispende mais recursos nas outras áreas da Seguridade Social - saúde e assistência; contudo pode lançar mão do instrumento jurídico para deixar de fomentar essas áreas, qual seja, o princípio da reserva do possível.

O objeto desse trabalho acadêmico é discorrer sobre pensão por morte, após a promulgação da Emenda Constitucional nº 103/2019, com base no pensamento de especialistas e estudiosos do Direito Previdenciário.

Ademais, sendo a política previdenciária um sistema de cooperação, onde as contrapartidas partem do Estado e dos trabalhadores durante sua vida laboral e contributiva, por qual razão não houve o cuidado de mantê-lo equilibrado. Por outro lado, além da desconstitucionalização desse direito, não houve uma ponderação entre os princípios da vedação do retrocesso social e a proporcionalidade. Essas questões são o objetivo dessa pesquisa.

Antes de tratar do benefício pensão por morte, esse trabalho inicia-se discorrendo sobre o histórico da Previdência Social, os princípios constitucionais que regem esse sistema, o tratamento da pensão por morte na reforma e a análise dos princípios doutrinários do retrocesso social e reserva do possível, visto que esse tem sido invocado pelo Estado ao deixar de implementar políticas públicas e alterar normas que garantem direitos.

Sendo que, o escopo principal do presente trabalho é demonstrar como foi nocivo para os potenciais segurados a atual reforma da previdência, visto que não houve por parte do legislador a responsabilidade de estabelecer regras autoajustáveis que retroalimentasse o sistema com o fim de controlar e reforçar o sistema protetivo.

Objetiva, também, apontar que a ausência de uma política intergeracional implicará em custo social alto, a médio e longo prazo; bem como demonstrar que o da atual ordem jurídica é uma reprodução do texto de uma norma revogada.

Para o levantamento dos conceitos, críticas acerca do tema, o presente estudo buscou referência na doutrina jurídica especializada e nos recentes julgados exarados na primeira instância.

1. PREVIDÊNCIA SOCIAL

1.1. CONCEITO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

A Previdência Social é conceituada pela doutrina, como um seguro social destinado à proteção dos trabalhadores em relação a eventos ou contingências que, por ventura venham a causar dificuldades ou impedi-los de prover sua subsistência e de seus dependentes pelo labor de suas mãos.

“A Previdência Social é a instituição encarregada de prover as vicissitudes do trabalhador e de sua família, em casos de doença, invalidez, morte, idade avançada, gravidez e desemprego involuntário. Existe para amparar indivíduos que não podem autossustentar-se”¹.

“A Previdência Social é um sistema pelo qual, mediante contribuição, as pessoas vinculadas a algum tipo de atividade laborativa e seus dependentes ficam resguardadas quanto a eventos de infortunisticas ou outros que a lei considera exigirem um amparo financeiro ao indivíduo, mediante prestações pecuniárias (os chamados benefícios previdenciários) ou serviços²”.

A Previdência Social é, constitucionalmente, um direito social, assim como uma extensão dos direitos fundamentais do homem, que exigem prestações positivas por parte do ente Estatal com o fim de proporcionar melhores condições de vida aos pobres. Assim dispõe o art. 201 da CF:

“A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral da Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial (...)”³

O conceito de Previdência Social está inserido no próprio conceito de seguridade social. “Sendo essa uma rede protetiva formada pelo Estado e por particulares, com contribuições de todos, incluindo parte dos beneficiários dos direitos,

¹ BULOS, Uadi Lammêgo. Direito Constitucional ao alcance de todos. 4^o ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p 711.

² CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. Direito Previdenciário. 2^a Ed. Rio de Janeiro: Editora Método. 2021, p 23.

³ Constituição Federal. 54^a Edição. Câmara Legislativa. 2019, p 83.

no sentido de estabelecer ações para o sustento de pessoas carentes, trabalhadores em geral e seus dependentes, providenciando a manutenção de um padrão mínimo de vida digna⁴.

Abstrai-se desses conceitos doutrinários e constitucional que a Previdência Social não se limita à ótica de um seguro social, vai além, pelo fato da obrigatoriedade do Estado de prover políticas públicas com o fim alcançar o bem estar e justiça social, na medida que o conceito abarca uma perspectiva coletiva.

1.2. HISTÓRICO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL A PARTIR DO NOVO MODELO SOCIAL DEFINIDO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988 ATÉ AS MUDANÇAS PERPETRADA PELA EMENDA Nº 103/2019

Traçar um histórico do surgimento da ideia de proteção social pela previdência contra as indigências e infortúnios experimentados por algumas classes de trabalhadores, não é o fim desse ensaio, no entanto cabe pontuar dois modelos, a nível mundial e, destacar o aperfeiçoamento das leis no Brasil.

Sob o aspecto mundial observar-se três fases: 1^a- do nascimento da previdência social, Lei dos Seguros Sociais, de 1883 inaugurada por Otto Von Bismarck. Criou o benefício seguro-doença, até o fim da I Guerra Mundial; 2^a- do Tratado de Versalhes até o fim da II Guerra Mundial, em 1945, e 3^a- esse período se estende até a presente data. Inicia-se, na Inglaterra, com o Plano Beveridge do economista Henry Beveridge⁵.

O primeiro modelo – Bismarckiano era capitalizado, restrito aos trabalhadores e tinha um caráter de seguro obrigatório. Já o modelo Beveridgeano ou Solidário tinha caráter universal e função redistributiva de riquezas, era custeado por aportes tributários em geral e, não tinha contribuições específicas para sua manutenção⁶.

⁴ IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 21^a Ed. Niterói, RJ: Editora IMPETUS, 2015, p 5.

⁵ CARDOSO, Phelipe. Manual de Direito Previdenciário- Volume Único. Salvador: Editora JusPodvm, 2021, p 132-133.

⁶ CARDOSO, Phelipe. Manual de Direito Previdenciário- Volume Único. Salvador: Editora JusPodvm, 2021, p 132-133.

Ressalta-se que os modelos não se excluem, mas como em todos os sistemas sociais e jurídicos existe um aperfeiçoamento. Historicamente, parte de um regime privado e facultativo, passe-se para os regimes sociais obrigatórios em que o Estado aparece intervindo e, amplia-se universalizando as coberturas.

Revisitando a história, observa-se que a Previdência Social passou por diversas mudanças normativas, conceituais e estruturais, que ampliaram coberturas, elenco de beneficiários e categorias de trabalhadores, bem como as formas de financiamento.

Vários foram os instrumentos normativos, dentre os quais cita-se: Constituição de 1824 que garantiu os socorros públicos em seu art. 179, inciso XXXI, Constituição de 1831 foi a primeira a trazer normas de natureza previdenciária, contudo previa aposentadoria apenas aos funcionários públicos em caso de invalidez no serviço da Nação, Decreto 3724/1919 tratava de acidentes de trabalho⁷.

Ressalta-se que do período imperial até o início dos anos 1900, a produção do país era essencialmente agrícola, existia um número elevado de trabalhadores estrangeiros, mulheres e até criança que integravam a mão-de-obra das fabricas e alta taxa de analfabetismo aliado a restrição do direito de voto, são marcadores históricos econômicos e sociais que explica o porquê de as normas de proteção social previdenciária serem voltadas até então para os servidores públicos⁸.

À medida que o país foi se industrializando, novas formas de relações de trabalho foram emergindo, a classe operária urbana se expandindo, foram conquistando direitos em termos de proteção social e, exigindo do Estado garantias⁹.

Com a edição da Lei Eloy Chaves – Decreto-Lei 4.682/1923, considerada, pela doutrina o marco inicial da Previdência Social no Brasil, os sistemas de proteção surgem com as Caixas de Aposentadorias e Pensões dos Ferroviários, na qual os empregados ficavam vinculados por empresas e a contribuição era tripartite, ou seja,

⁷ Constituição Federal 1824 e 1831. Disponível: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-historica/constituicoes-anteriores-1>. Consultado em 12/08/2021.

⁸ ALVIM, Ruy Carlos Machado. Uma História Crítica a Legislação Previdenciária Brasileira. Revista de direito do trabalho, São Paulo, v. 4, n. 18, p. 18, mar./abr. 1979.

⁹ AGOSTINHO, Theodoro Vicente. Manual de Direito Previdenciário. São Paulo: Saraiva, 2020, p 31-32.

Estado, empregado e empregador – modalidade de custeio que até pouco tempo era adotado¹⁰.

Destarte a ampliação da proteção previdenciária é consequência, direta, do fortalecimento das leis trabalhistas. Por outro lado, somente com a Constituição de 1934 consolidou a Previdência Social pública segundo a noção de seguro social e criou o triplice custeio do sistema.

A partir dessa Constituição, os governantes passaram a se preocupar em aperfeiçoar o sistema protetivo previdenciário, com isso, diversos instrumentos normativos foram editados, foram criados Institutos e Ministérios com o fim promover medidas de previdência social¹¹.

A expressão Previdência Social foi adotada pela Constituição de 1946. Em 1960 sobreveio a LOPS- Lei Orgânica da Previdência Social nº 3.807 que trazia no seu bojo:

“Art. 1º A previdência social organizada na forma desta lei, tem por fim assegurar aos seus beneficiários os meios indispensáveis de manutenção, por motivo de idade avançada, incapacidade, tempo de serviço, prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente, bem como a prestação de serviços que visem à proteção de sua saúde e concorram para o seu bem-estar¹²”.

Essa lei foi o maior passo dado em direção à universalidade da Previdência Social até hoje, no país, pois alcança todos os que exercem atividades urbanas, inclusive os autônomos, avulsos, empregadores e diretores de empresa, tornando-os ao lado dos empregados, filiados obrigatórios da Previdência Social¹³.

Na década seguinte diversas reformas foram implementadas e, com isso, dispositivos da LOPS foram alterados de forma que os benefícios sofreram uma depressão, houve uma mudança drástica na sistemática de cálculos dos benefícios

¹⁰Decreto-Lei nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923. Disponível: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-historica/decretos-do-poder-legislativo-1>. Consultado em 14/08/2021.

¹¹ ALVIM, Ruy Carlos Machado. Uma História Crítica a Legislação Previdenciária Brasileira. Revista de direito do trabalho, São Paulo, v. 4, n. 18, p. 19- 23, mar./abr. 1979.

¹² Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960. Disponível: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/leis-ordinarias/1980-a-1960-leis-ordinarias>. Consultado em 14/08/2021.

¹³ ALVIM, Ruy Carlos Machado. Uma História Crítica a Legislação Previdenciária Brasileira. Revista de direito do trabalho, São Paulo, v. 4, n. 18, p. 25, mar./abr. 1979.

de prestações continuadas, alguns serviços foram extintos, sob a justificativa de tentar um equilíbrio financeiro.

Promulgada a Constituição Federal de 1988, os direitos sociais foram inseridos como direitos fundamentais. Essa Carta Constitucional sedimentou a unificação da previdência social pública através dos regimes geral e próprio, sem segmentação por categorias de profissionais e com a administração única. Consagrou, ainda, o relevante princípio da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais¹⁴.

Na década posterior a promulgação da Constituição vários fatores externos e internos pressionaram a classe política a implementar reformas no sistema previdenciário, com isso, em 1998 foi publicada a Emenda Constitucional nº 20 que modificou o sistema de previdência social e estabeleceu normas de transição, capitaneado sob o argumento de equilibrar as contas públicas com o fim de conter o déficit público. Em suma, ratificou o regime contributivo e limitado e, tratou sobre os regimes de Previdência Social complementares de vinculação não obrigatória¹⁵.

Seguidas por duas alterações que afetaram, basicamente, os regimes próprios dos servidores públicos, são as Emendas 41/2003 e 47/2005 e, algumas regras pontuais do Regime Geral.

Recentemente, a Emenda Constitucional nº 103/2019 promoveu profundas alterações na Previdência sob o inexorável argumento oficial de déficit nos regimes previdenciários, com a busca pelo equilíbrio financeiro e atuarial dos planos básicos¹⁶.

Esse argumento justificativo é antigo, na verdade, desde a edição da Lei 159, de 30 de dezembro de 1935 para dar cumprimento ao disposto na Constituição de 1934, a qual instituiu a contribuição tripartite – empregados, empregadores e União para dar suporte financeiro ao sistema previdenciário¹⁷.

¹⁴ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. Comentários à Reforma da Previdência. 1ª ed. São Paulo: Editora Forense, 2019.

¹⁵ AGOSTINHO, Theodoro Vicente. Manual de Direito Previdenciário. São Paulo: Saraiva, 2020, p 34.

¹⁶ IBRAHIM, Fábio Zambitte. Reflexos de um Modelo Previdenciário Doente. Revista Jurídica Consulex -Ano XVII. Nº 403. Novembro/2013.

¹⁷ Lei nº 159, de 30 de dezembro de 1935. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0159.htm. Consultado em 15/08/2021.

Na prática a União nunca destinou sua parte, de forma regular aos Institutos, bem como fez transferências para outros fins que não previdenciários, o que gerou uma dívida que passou a ser consolidada, ou seja, dívida pública para amortização a longo prazo, para ser paga com amortizações anuais¹⁸.

Isso demonstra que as técnicas protetivas sempre se pautaram na questão social-econômica para justificar a necessidade de alterações normativas; no entanto, observa-se que esses argumentos são usados para mitigar direitos arduamente conquistados ao longo da história.

“O aspecto fundamental do debate sobre as reformas nos sistemas de seguridade social não é, e, nem pode ser o econômico. A rede de segurança social deve ocorrer para garantir existência digna a todo indivíduo. As reformas previdenciárias são parte de um processo constante e permanente de adequação dos sistemas às modificações socioeconômicas, demográficas e no mercado de trabalho e de unificação das regras de concessão dos principais benefícios previdenciários – aposentadorias e pensões¹⁹”.

Igualmente, pontua que se houvesse decência nas políticas públicas de proteção social, os políticos e tecnocratas estariam pensando a Previdência de modo que fossem estabelecidas regras uniformes, permanentes e autoajustáveis conforme ingresso da pessoa na idade de trabalhar (política intergeracional), em vez de ficar alterando regras pontuais toda vez que um grupo político diferente alcança o poder.

A partir da ótica dos doutrinadores depreende-se que a Reforma da Previdência nada mais é do que a materialização de intenções escusas de grupos de poder elitista, minoritários e indiferente às necessidades dos menos favorecidos.

1.3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE REGEM A PREVIDÊNCIA SOCIAL

Os princípios são premissas informadoras e norteadoras de toda ciência.

¹⁸ LEAL, Bruno Bianco. PORTELA, Felipe Mêmolo. Previdência em Crise. Diagnóstico e análise econômica do Direito Previdenciário. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. Revista dos Tribunais, 2018.

¹⁹ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. Comentários à Reforma da Previdência. 1ª ed. São Paulo: Editora Forense, 2019.

“Os princípios são verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem e de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pela necessidade da pesquisa e da práxis²⁰”.

A ciência previdenciária tem princípios próprios que são a base para se aplicar e interpretar as regras constitucionais e infraconstitucionais relativas ao sistema de proteção, no entanto, observa, igualmente princípios gerais, como o da legalidade, igualdade, direito adquirido, do tempus rege o ato etc. “Os princípios específicos aplicados à seguridade social estão dispostos no texto constitucional como objetivos no parágrafo único do art. 194, contudo, a doutrina os considera como verdadeiros princípios, pois descrevem as normas elementares da seguridade²¹”.

Segundo esse artigo os princípios informadores da Seguridade Social são: I - Universalidade da cobertura e do atendimento; II - Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; IV - Irredutibilidade do valor dos benefícios, de forma a preservar-lhe o poder aquisitivo; V - Equidade na forma de participação no custeio; VI - Diversidade da base de financiamento; e VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do governo nos órgãos colegiados.

O primeiro objetivo tem duas dimensões: *sob a perspectiva subjetiva da universalidade de cobertura* – abarca as possíveis contingências sociais a que todo indivíduo pode ser acometido. Está voltado para os riscos em si. A dimensão *universalidade de atendimento* tem um viés subjetivo, pois foco são os sujeitos de direito à proteção social²².

Alinhado ao dispositivo magno de que todos são iguais perante à lei - princípio da isonomia, *a uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais*, pode ser considerado como uma reparação histórica para com os trabalhadores rurais, a muito relegados de proteção. *A uniformidade*, a ambos são

²⁰REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 19ª ed., São Paulo: Saraiva.1991. p.299.

²¹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 21ª ed. Niterói: Editora IMPETUS, 2015, p. 64.

²² BRAGANÇA, Kerlly Huback. Manual de Direito Previdenciário. 8ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense,2012, p.10.

garantidos o mesmo rol de prestações. A *equivalência* refere-se à aplicação da mesma sistemática de cálculo dos benefícios²³.

Desta feita, uma atividade não é mais relevante do que a outra, sendo assim qualquer regramento previdenciário limita-se a distinção material, qualquer outro tratamento diferenciado é inconstitucional.

O *princípio da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios* é um contraponto ao da universalidade, à medida que as possibilidades orçamentárias limitam a atuação do Estado. Em consequência, dentro do universo de possibilidades contingenciais, faz-se necessário escolher os benefícios e os serviços que serão prestados pela seguridade, já distributividade visa os mais vulneráveis, com isso, o Estado busca concretizar a justiça social, a igualdade material e a desconcentração de riquezas a partir dos critérios de seletividade²⁴.

As prestações previdenciárias tem natureza alimentar, com isso, preservar seus valores é garantir pelo o menos o mínimo para uma existência digna. O *princípio da Irredutibilidade do valor dos benefícios*, de forma a preservar-lhe o poder aquisitivo protege os recebedores de benefício contra a redução de seu valor. Alguns doutrinadores defendem, existe a imposição legal de proteger o valor dos efeitos inflacionários, sendo assim, as prestações precisam e devem sofrer correções monetárias, com isso, tanto o valor nominal e o real devem ser preservados²⁵.

Esse posicionamento vai ao encontro dos dispositivos da Constituição, art. 194 e 201, § 4º. O primeiro dispõe que o benefício não pode ser reduzido, infere-se que o Estado tem uma obrigação negativa. Já o art. 201 garante a preservação do valor real, à medida que assegura o reajuste com o fim de preservar seu poder de mercado²⁶.

A *Equidade na forma de participação no custeio*, a seguridade é financiada por todos os atores sociais segundo sua capacidade contributiva e o risco social, ou seja, de forma proporcional às suas bases econômicas. A multiplicidade de agentes

²³ LEITÃO, André Studart. Manual de Direito Previdenciário. 5ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p.55.

²⁴ CARDOSO, Phelipe. Manual de Direito Previdenciário- Volume Único. Salvador. Editora JusPodvm, 2021, p 21.

²⁵ IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 21ª ed. Niterói: Editora IMPETUS, 2015, p. 70

²⁶ Constituição da República Federativa do Brasil. 54ª ed. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. P 80-81 e 83-84.

financiadores alinha-se a multiplicidade de fontes de custeio, o chamado *princípio da Diversidade da base de financiamento*, o qual dispõe que o Estado deve buscar os recursos necessários para financiar a seguridade em várias fontes²⁷.

Ressalta-se que os recursos decorrentes dos orçamentos dos entes políticos, dentro da peça orçamentária devem se apresentar segregados contabilmente dentro rubricas próprias para cada área abarcada pela seguridade²⁸.

O texto constitucional assegura a participação dos trabalhadores e empregados nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses previdenciários seja objeto de discussão e deliberação. Infere-se tratar-se de uma garantia ao exercício da cidadania. Desta feita, *o princípio do Caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do governo nos órgãos colegiados* complementa esse dispositivo.

É claro que buscou-se manter um equilíbrio entre as forças de poder sociais e o Estado, no debate de questões que envolvem seus interesses. Elemento importante, pois sem essa participação, o Estado invisibiliza e, muitas vezes se mostra insensível aos problemas da sociedade²⁹.

1.4. BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS

Por meio do Decreto Legislativo nº 269, de 18/09/2008, o Brasil tornou-se signatário da Convenção nº 102 da Organização Internacional do Trabalho, com isso assumiu o compromisso de se orientar pelos seus princípios e padrões para a estruturação dos sistemas de seguridade social³⁰.

²⁷ BALERA, Wagner. A Seguridade Social na Constituição de 1988. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 41-44.

²⁸ Constituição da República Federativa do Brasil. 54ª ed. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019.p. 72.

²⁹ BALERA, Wagner. A Seguridade Social na Constituição de 1988. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 45-46.

³⁰ Decreto Legislativo nº 269, de 18 de setembro de 2008. Disponível: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2008/decretolegislativo-269-18-setembro-2008-580870-publicacaooriginal-103716-pl.html>. Consultado em 15/08/2021.

Essa Convenção fixou normas mínimas de seguridade social, adotada em Genebra, em 1952, quais sejam: serviços médicos, auxílio-doença, prestação de desemprego, aposentadoria por velhice, prestações em caso de acidentes de trabalho de doenças profissionais, prestações de família, prestações de maternidade, aposentadoria por invalidez, pensão por morte³¹.

Alinhado a essas prescrições, as prestações previdenciárias estão positivadas na Constituição e nas normas infraconstitucional 8.213/1991 que dispõe sobre o Plano de Benefícios e a 8.212/1991 que trata do Custeio. Essas prestações são divididas em benefícios e serviços quanto ao segurado e dependentes sob o manto do Regime Geral de Previdência Social – RGPS. Regime esse que encampa todos os trabalhadores do setor privado e os do setor público que não são regidos por regimes próprios.

Os *beneficiários* são todas as pessoas físicas que estabelecem relação jurídica com a Previdência Social, ou seja, filiam-se e recolhe suas contribuições e são classificados como obrigatórios e facultativos. Esse, a pessoa a partir de 16 anos de idade, mesmo sem exercer atividade remunerada, passa a contribuir voluntariamente para a Previdência. Aqueles são compulsoriamente inscritos ao RGPS a partir do momento que exercem atividade remunerada e, a lei os divide em cinco espécies, quais sejam: empregados, domésticos, contribuintes individuais, avulsos e especiais.

Assim, a categoria em que se enquadra o segurado determina seus e direitos e deveres, dentre os quais, a lei assegura os benefícios de aposentadoria por incapacidade permanente, aposentadoria programada e aposentadoria especial, aposentadoria por idade do trabalhador rural, auxílio por incapacidade temporária, salário-família, salário maternidade e auxílio acidente. Já os dependentes são assegurados pensão por morte e auxílio reclusão e, ambos os beneficiários tem o direito ao serviço de reabilitação profissional³².

³¹Convenção nº 102, de 1952. Normas Mínimas da Seguridade Social. Disponível: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235192/lang--pt/index.htm. Consultado em: 16/08/2021.

³²Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048compilado.htm. Consultado em: 16/08/2021.

2. O TRATAMENTO DA PENSÃO POR MORTE NA REFORMA PREVIDENCIÁRIA E A ANÁLISE PRINCIPOLÓGICA SOBRE A VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL

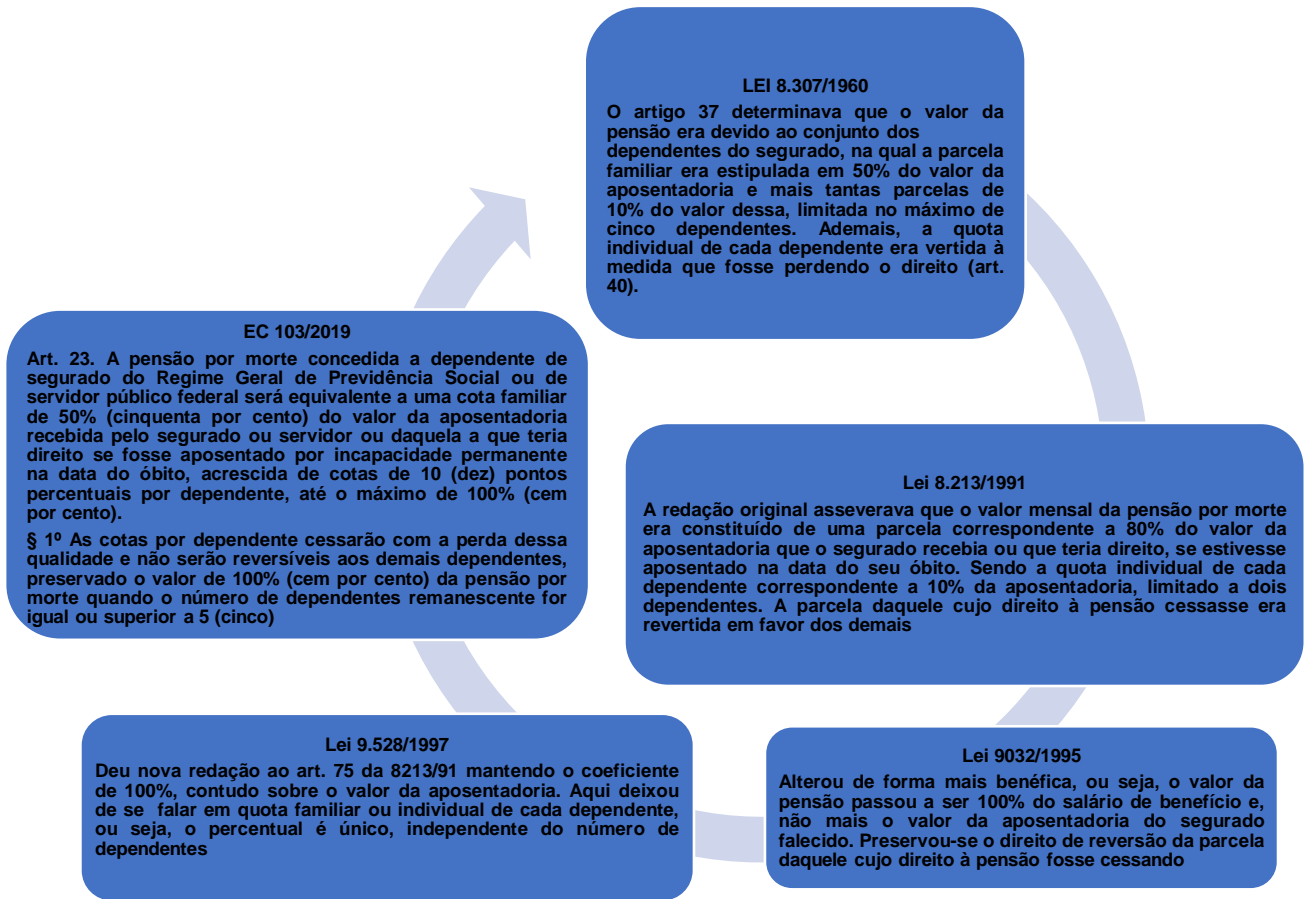
O sistema previdenciário tem como objetivo estabelecer um sistema de proteção social que precisa estar alinhado ao fundamento da dignidade da pessoa humana, com o fim de proporcionar meios indispensáveis de sobrevivência do segurado, pois isso vai ao encontro dos objetivos fundamentais de promover o bem de todos, dentro de uma sociedade solidária na busca da redução das desigualdades sociais.

Em verdade, a previdência é o canal de que se serve o Estado para redistribuir riqueza nacional, com o fim de assegurar o bem-estar do indivíduo e da coletividade, prestado, por meio de benefícios, como forma de reciclagem de mão de obra e oferta de novos empregos.³³

Em que pese a letra da lei levar o homem médio a acreditar que fruirá dos direitos positivados quando for acometido pelos infortúnios da vida, a história mostra que no decurso do tempo o segurado teve prejuízos significativos com as alterações legislativas, um indicativo de insegurança jurídica do sistema, bem como, uma afronta gradual aos princípios da Dignidade da Pessoa Humana e do Retrocesso Social sob a justificativa pautada no princípio da Reserva do Possível.

Considerando o benefício pensão por morte, essa afirmação pode ser demonstrada abaixo:

³³ MARTINS, Sergio Pinto. Reforma Previdenciária. 3 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 21.



Verifica-se pela imagem acima, em razão das mudanças sociais houve uma evolução legislativa em relação as regras do valor da pensão. Em 1960, esse valor correspondia a metade do valor da aposentadoria por grupo familiar, mais parcelas de 10% limitada a cinco dependentes, vertendo-se as quotas à medida que um membro perdesse a condição de dependente. Em 1991, a parcela passou a 80% do valor da aposentadoria, mais uma quota individual de 10% por dependente, limitado a dois. A partir de 1995, o percentual foi alterado para 100% do salário de benefício e permaneceu o direito de reversão de quotas em favor dos demais dependentes.

Em 1997 o coeficiente de 100% passou a incidir sobre o valor da aposentadoria, deixou de ser adotado quota familiar e individual, com isso, o percentual passou a ser único. Por outro lado, em 2019, a legislação retrocedeu 59 anos, visto que restabeleceu a quota familiar no percentual de 50% do valor da aposentadoria, mais 10% por dependente e, retiraram o direito de reversão, com isso a quota de 100% somente é atingida quando o número de dependentes for igual ou maior que cinco.

Analisando as prescrições normativas acima, observa-se que o legislador constituinte além de reproduziu norma já revogada, desrespeitou os princípios constitucionais delineados nas linhas abaixo. As alterações foram até mesmo na contramão do conceito de reforma, ou seja, a palavra reformar remete a ideia de tornar melhor, dar melhor forma e, não piorar.

As reformas não deveriam ter sido implementadas para piorar a situação dos segurados, no entanto visando apenas os aspectos econômicos e não jurídicos e, muito menos o aspecto social, piorou situações anteriores já consolidadas³⁴.

2.1. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana como um direito inalienável é parte de uma unidade indissociável dos Direitos Humanos. Direitos esses que são construídos pela sociedade e reconhecidos como fundamentos de um Estado Democrático. O importante é salientar que os direitos humanos fundamentais se relacionam de forma direta com a garantia de não intervenção do Estado na esfera individual e a consagração da dignidade da pessoa humana³⁵.

Base de toda a vida nacional, a dignidade da pessoa humana não se limita a ordem jurídica, mas o é igualmente de ordem política, social, econômica e cultural³⁶. Nas palavras de Canotilho, o postulado da dignidade humana pode ser assim sintetizado:

“Perante as experiências históricas de aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do homo noumenon, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República³⁷.”

³⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. Reforma Previdenciária. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. P. 17.

³⁵ MORAIS, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9ª ed-São Paulo: Atlas, 2011. P 21.

³⁶ SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à constituição. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 38.

³⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 7ª ed. Coimbra: Almedina. p. 225.

O princípio da dignidade da pessoa humana é o fundamento material dos direitos fundamentais, isso porque sem dignidade, o ser humano não atinge sua completude, ou seja, sem dignidade não existem direitos fundamentais³⁸.

A dignidade da pessoa humana é princípio fundamental positivado na Constituição Federal que está em conformidade com as prescrições da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual reconhece a dignidade como inerente a todos os membros da família humana e como fundamento da liberdade, da justiça e da paz ao mundo³⁹.

2.2. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

A atuação legiferante está vinculada à observância das prescrições normativas constitucionais relativas aos direitos e garantias fundamentais. Em consequência, quando o legislador edita normas, delimitando ou ampliando as liberdades públicas, deve proceder com prudência ou razoabilidade, de modo a não esvaziar o núcleo essencial de tais direitos⁴⁰.

Sob essa perspectiva que se apresenta o princípio da proibição de retrocesso, ou seja, o legislador não pode reverter as conquistas alcançadas e estabelecidas, por meio de lei ou ato normativo. Qualquer ato do poder legislativo tendente a anular, revogar ou aniquilar as liberdades públicas, sedimentadas na sociedade, é inconstitucional⁴¹.

Essa limitação, em tese, impõe ao legislador pensar e implementar políticas públicas que garantam o bem estar coletivo, as quais devem se complementar e se harmonizar, assim como ocorreu com a primeira, segunda e terceira geração dos direitos fundamentais, os quais foram se somando ao ordenamento jurídico e fortalecendo a proteção às pessoas. Esse paralelo serve para demonstrar que as leis

³⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. Direito Constitucional ao alcance de todos. 4^o ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p 329.

³⁹ Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Consultado em 20/08/2021.

⁴⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. Direito Constitucional ao alcance de todos. 4^o ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p 334.

⁴¹ Idem. p. 334.

posteriores não podem enfraquecer nem diminuir o nível de concretude dos direitos já consagrados⁴².

Esse princípio é reconhecido pela Doutrina, visto que não está previsto expressamente no ordenamento brasileiro, contudo pode ser extraído dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da máxima efetividade e do Estado Democrático e Social de Direito⁴³.

Igualmente, dialoga de forma direta com o princípio da segurança jurídica que garante que as relações jurídicas estabelecidas com base em um fundamento jurídico, vai prosperar quando de sua alteração por lei posterior, da confiança, da construção de uma sociedade mais justa e igualitária. Em suma, ele é dedutível do sistema normativo da nossa constituição garantia e dirigente⁴⁴.

Ressalta-se que, de maneira ainda tímida, os Tribunais vêm enfrentando o tema da vedação ao retrocesso social em seus julgamentos. Para ilustrar essa afirmação, cabe trazer à baila a decisão proferida pela Justiça Federal de 2ª Instância da Seção Judiciária de Sergipe no recurso contra sentença que julgou improcedente um pedido de pensão por morte após vigência da Emenda Constitucional nº 103/2019:

“Como o débito ocorreu em 19/1/2020 quando já estava a Emenda Constitucional -EC nº 103/2019, ela deveria reger a pensão por morte aqui deferida, não fosse ela inconstitucional por violação do princípio da proibição do retrocesso, que garante a manutenção do patamar de proteção social já atingido pela legislação infraconstitucional reguladora dos direitos assegurados na CF/88. (...) O que a EC pretendeu fazer foi suprimir direitos previdenciários construídos ao longo de décadas para a proteção de quem se vê sem sua fonte de subsistência primária, em razão de evento inesperado, ao restabelecer a regulação sobre pensão por morte que havia na Lei Orgânica da Previdência Social -LOPS, Lei nº 3.817/60, e com regramento sobre renda mensal ainda mais gravoso do que aquele, mesmo depois dela ter sido revogada pela CF e pela Lei nº 8.213/91. (...)

Mas reduzir drasticamente o valor da renda mensal de benefício como o fez a EC nº 103/2019 sem qualquer outro parâmetro econômico (ex.: estado de empregado do dependente, nível de renda etc.) é esvaziar o conteúdo da garantia constitucional na prática. (...) Ao invés de avançarmos na proteção social, voltamos no tempo quase 60 anos (...)

⁴² Idem. p. 330-331.

⁴³ CARDOSO, Phelipe. Manual de Direito Previdenciário- Volume Único. Salvador. Editora JusPodvm, 2021, p 27.

⁴⁴ Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9ª ed-São Paulo: Atlas, 2011. Art. 5, inciso XXXVI.

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

Assim, como as disposições da EC nº 103/2019 sobre pensão por morte são inconstitucionais, permanecem vigentes as anteriores⁴⁵.” (...)

A importância desse princípio vem sendo reconhecido pelo Poder Judiciário, principalmente quando a atuação legislativa vem sendo exercida na contramão desse princípio.

Outro julgado que trouxe a questão do princípio do retrocesso social exarado pelo Supremo Tribunal Federal e, que tem sido invocado em julgamentos posteriores, é o Ag. Reg. no RE com Agravo 639337/SP, no qual o relator Ministro Celso de Mello assim pontuou:

(...) Para além de todas as considerações que venho de fazer, há, ainda, Senhores Ministros, um outro parâmetro constitucional que merece ser invocado.

Refiro-me ao princípio da proibição do retrocesso, que, em tema de direitos fundamentais de caráter social, impede que sejam desconstruídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive, consoante adverte autorizado magistério doutrinário (GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, “Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais”, 1ª ed./2ª tir., p. 127/128, 2002, Brasília Jurídica; J. J. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, p. 320/322, item n. 03, 1998, Almedina; ANDREAS JOACHIM KRELL, “Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha”, p. 40, 2002, Fabris Editor; INGO W. SARLET, “Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988”).

Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (como o direito à educação e à saúde, p. ex.), impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado, exceto na hipótese – de todo inócua na espécie – em que políticas

⁴⁵ TRF5. Justiça Federal Seção Judiciária de Sergipe. Recurso nº 0509761-32.2020.4.05.8500. Relator: Marcos Antônio Garapa de Carvalho. Julgado em 12/05/2021, Primeira Turma. <https://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1220267989/recursos-5036243420204058500/inteiro-teor-1220267999>. Consultado em 20/08/2021.

*compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais*⁴⁶.

A proibição do retrocesso social tem grande relevância para a Previdência Social, dada o seu dinamismo nas esferas legislativas e jurisprudencial. Igualmente, deve ser observado juntamente com o *princípio da proteção insuficiente ou deficiente*, o qual estabelece um dever de proteção para o Estado, que deve implementar os direitos fundamentais e prever os mecanismos de tutela para assegurar a proteção desses direitos⁴⁷.

Em matéria de Previdência, a Constituição impõe o dever de proteção, desta feita a atuação legislativa deve primar em melhorar e fortalecer políticas públicas já sedimentados na consciência jurídica e social. Igualmente, o Estado não pode se omitir ou realizar a proteção de maneira retrocedente⁴⁸.

2.3 PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

O Princípio da Reserva do Possível é outro princípio informador da Seguridade Social reconhecido pela doutrina e jurisprudência, não consta no texto da Constituição.

Surgiu no judiciário alemão, quando a Corte Constitucional Federal ao decidir um caso concreto, concluiu que a satisfação do direito à prestação positiva, expresso na pretensão dos demandantes, estava sujeita à reserva do possível, ou seja, a prestação exigida do Estado deveria ser pautada nos limites da razoabilidade, no sentido daquilo que o cidadão “de forma racional” pode esperar da coletividade e do próprio Estado de Direito⁴⁹.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo: RE 384201 AgR/SP, de 23 de agosto de 2011. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>. Consultado em: 02/11/2021.

⁴⁷ CARDOSO, Phelipe. Manual de Direito Previdenciário- Volume Único. Salvador. Editora JusPodvm, 2021, p 28.

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ SEVERO, Renata Corrêa. O Princípio da Reserva do Possível e a eficácia das decisões judiciais em face da Administração Pública. Fórum Administrativo: Direito Público- FA, Belo Horizonte, ano 10, nº 112, jun. 2010, p.28-30. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/4913>. Consultado em: 02/11/2021.

Infere-se que em sua origem, a reserva do possível deve ser observada a partir da razoabilidade da pretensão apresentada, ou seja, diante de um caso concreto individual, a obrigação do Estado de atender, deve se contrapor ao que razoavelmente se pode exigir, também, da sociedade.

No Brasil devido as suas nuances sociais, políticas, econômicas, esse princípio tem uma conotação financeira, onde à efetivação dos direitos sociais está limitada a revisão orçamentária, com isso, ficam condicionados a existência de meios materiais para possível atendimento. No entanto, na prática, vem servindo de argumento, por parte do Poder Público, para não concretizar os direitos sociais⁵⁰.

Na contramão do Poder Executivo, o judiciário entende que o Estado ao alegar insuficiência de recursos, para se eximir da obrigação de implementar políticas públicas com o fim de efetivar os direitos sociais, deve comprovar que a previsão da receita orçamentária não é suficiente para atender as prestações exigidas, como se observa no trecho do voto do Ministro Celso de Mello na ADPF 45/2004:

(...) os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. (...)

No entanto, a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. Contudo, a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade⁵¹.

As prescrições normativas relativas aos direitos sociais encontram amparo na lógica ínsita do § 1º, do art. 5 da Constituição, ou seja, também são auto aplicáveis,

⁵⁰ FONSECA, Claudia de Oliveira A concretização dos direitos sociais: o mínimo existencial e a reserva do possível em face do princípio da dignidade da pessoa humana. P. 10-11. Disponível em: <https://periodicos2.uesb.br/index.php/ccsa/article/view/2002/1712>. Consultado em: 20/11/2021.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF nº 45/2004, Relator: Ministro Celso de Mello. DJU:04/05/2004. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm> Consultado em: 20/11/2021.

exigindo do Poder Público prestações positivas para torná-los operantes, exequíveis e efetivos, isto é, no sentido de que todas as normas de direitos fundamentais não de se conferir a máxima eficácia e efetividade possível⁵².

Os direitos sociais prestacionais integram o mínimo existencial que reforça a dignidade humana e, por essa razão não é aceitável que tais direitos estejam submetidos ou limitados pela cláusula da reserva do possível⁵³.

Como bem acentuou a Corte Maior, o mínimo existencial associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, tem a capacidade de conviver produtivamente com a reserva do possível, desta feita, não pode ser invocado para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente imposto ao Estado, sempre que a invocação puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial⁵⁴.

No que tange ao benefício pensão por morte, que é cerne desse trabalho, nesse mesmo julgado o relator dos autos entendeu que as alterações estabelecidas pela Emenda Constitucional nº 103/2019, além de suprimir concretamente esse direito, violou as instituições que o Estado deve proteger, a garantia da “cobertura do evento morte” e a vedação do retrocesso, tendo em vista, no caso de prestações previdenciárias sequer se poderia falar em aplicação da reserva do possível, pois essa têm fonte de custeio específicas.

Por esse princípio cumpre ao Supremo exercer o protagonismo excepcional de garantir a realização dos encargos político-jurídicos outorgados aos demais Poderes pela Constituição do Estado, visto que a separação dos Poderes não pode servir de empecilho para a efetividade das normas constitucionais, principalmente das que consagram direitos e garantias fundamentais⁵⁵.

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p:17.

⁵³ Gomes, Eduardo Bicchí, LINHARES, Sólón Cícero. A relevância Econômica dos Direitos Sociais Prestacionais e o Limite da Reserva do Possível face o Princípio do Mínimo Existencial. Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas. Volume 12, Número 19. Ed. FuRI. Novembro 2012.

⁵⁴ TRF5. Justiça Federal Seção Judiciária de Sergipe. Recurso nº 0509761-32.2020.4.05.8500. Relator: Marcos Antônio Garapa de Carvalho. Julgado em 12/05/2021, Primeira Turma. <https://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1220267989/recursos-5036243420204058500/inteiro-teor-1220267999>. Consultado em 27/11/2021.

⁵⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. Direito Constitucional ao alcance de todos. 4º ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p 237 e 250-252.

Diante dessa afirmativa, cabe trazer à baila o Ag. Reg. No Recurso Extraordinário com Agravo 639.337 São Paulo a respeito da legitimidade Constitucional da Intervenção do Poder Judiciário em caso de omissão estatal na implementação de Políticas Públicas previstas na Constituição:

“(...) O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgride, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.

- A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.

- A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes.

A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”.

- A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina.

*- **A cláusula da reserva do possível** – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável*

limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes.

- A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV)⁵⁶.”

Noutro julgado, o mesmo Ministro aplicou a reserva do possível, para manter a decisão que determinava o Estado do Tocantins e o Município de Palmas a prestarem tratamento odontológico a uma criança portadora de necessidades especiais, com aplicação de anestesia geral, sendo assim priorizou o direito à saúde, em que pese o Município ter alegado não ter capacidade econômica para arcar com as despesas:

“[...] Certamente em hipóteses como a presente, onde colidem, de um lado, o direito do cidadão, individualmente considerado, à prestação de serviços que garantam os direitos consagrados da vida e da saúde e, de outro, o dever-poder do Estado de, ao gerenciar os escassos recursos disponíveis, tornar efetivas as prestações universais de saúde, de forma a beneficiar toda a coletividade, cabe ao julgador, apreciando as particularidades de cada caso, harmonizar de modo proporcional os valores em conflito, evitando o sacrifício total de um em relação ao outro.

[...]

Na presente hipótese, conforme consta dos autos, o paciente necessita de tratamento dentário de urgência, por sofrer de cáries não tratadas [...] Esse aspecto não ensejaria fundamento relevante e plausível ao direito individualizado pretendido, não fosse o fato de que se trata aqui de paciente portador de deficiência mental que não colabora quando do atendimento odontológico, sendo difícil ou mesmo impossível de ser realizado em condições normais de ambulatório, mas plenamente viável sob anestesia geral em ambiente hospitalar, com significativa melhora da qualidade do tratamento e reduzido sofrimento do paciente deficiente.

(...)

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 384201 AgR/SP, de 23/08/2011. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>. Consultado em:28/11/2021.

No presente caso há de se reconhecer que os direitos à vida e à saúde são prioritários, e o juízo a quo, ao determinar ao Estado do Tocantins e ao Município de Palmas que repartissem, na proporção de cinquenta por cento (50%), os custos do fornecimento do tratamento odontológico, visou assegurar esses direitos ao autor. Dessa forma, não vislumbro, no caso dos autos, situação de violação à ordem pública, mas sim de risco de grave lesão à saúde⁵⁷.

Observa-se que nos julgamentos, a Corte tem entendido que, na atuação estatal restrita, a reserva do possível deve respeitar o núcleo essencial do direito fundamental social em todas as perspectivas que a questão envolve, tendo em vista a existência inevitável de conflito entre os princípios, o dever do Estado, a garantia desses direitos mediante políticas sociais e econômicas. Em suma, a análise, quando questões concretas são levadas ao judiciário, devem passar pelo crivo da ponderação.

3. PENSÃO POR MORTE

3.1. CONCEITO

A palavra pensão tem origem na expressão do latim *pensione*, com o sentido de pagamento contínuo, de renda periódica⁵⁸.

O vocábulo pensão tem significado amplo, ou seja, é o gênero do qual são espécie a pensão alimentícia do Direito Civil e a pensão por morte do Direito Previdenciário, que especificamente, é um benefício previdenciário⁵⁹.

Segundo os normativos que disciplinam a matéria, o benefício é devido ao conjunto dos dependentes do segurado que falece⁶⁰. Infere-se que é um benefício que visa a manutenção do sustento da família, no caso de falecimento de quem o instituiu, aposentado ou não. No entanto, apenas é devido aos dependentes que

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada 238, de 21/10/2008. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2615256>. Consultado em 07/12/2021.

⁵⁸ BRAGANÇA, Kerlly Huback. Manual de Direito Previdenciário. 8ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p.223.

⁵⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. Reforma Previdenciária. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação: 2020. P.127.

⁶⁰ Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, Art. 74-78. Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999, Art. 105-115. Disponível: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>. Consultado em 01/12/2021.

comprovadamente dependiam economicamente do segurado, até a data do óbito, do requerimento ou da decisão judicial, no caso de morte presumida.

Essa proteção previdenciária é um direito expresso constitucionalmente, no art. 201, inciso “V”, § 2º, no entanto vem passando por profundas alterações, que vão de encontro as limitações materiais à competência reformadora. Alterações que aos olhos dos mais atentos, é uma verdadeira desconstitucionalização da Previdência Social, como um todo, que suprimiram direitos individuais arduamente conquistados e que afrontam princípios que informam o sistema constitucional⁶¹.

Se alguns doutrinadores tem assim se posicionado, o Supremo Tribunal Federal ao se debruçar sobre o tema concluiu que em razão do princípio “*o tempo rege o ato*”, não existe direito adquirido se os requisitos conforme o sistema previdenciário então estabelecido pela Constituição, não foram cumpridos em sua integralidade, sendo assim, resta apenas uma expectativa de direito, que não impede alterações⁶².

Dois importantes julgados que trata sobre reformas constitucionais que promoveram alterações nas regras da previdência são a ADI nº 3104, 3128 e Ação Direta de Inconstitucionalidade-Distrito Federal nº 3.105-8, o qual em suma assim decidiu:

“1. Inconstitucionalidade. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Ofensa a direito adquirido no ato de aposentadoria. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Emenda Constitucional nº 41/2003 (art. 4º, caput). Regra não retroativa. Incidência sobre fatos geradores ocorridos depois do início de sua vigência. Precedentes da Corte. Inteligência dos arts. 5º, XXXVI, 146, III, 149, 150, I e III, 194, 195, caput, II e § 6º, da CF, e art. 4º, caput, da EC nº 41/2003. No ordenamento jurídico vigente, não há norma, expressa nem sistemática, que atribua à condição jurídico subjetiva da aposentadoria de servidor público o efeito de lhe gerar direito subjetivo como poder de subtrair ad aeternum a percepção dos respectivos proventos e pensões à incidência de lei tributária que, anterior ou ulterior, os submeta à incidência de contribuição previdencial. Noutras palavras, não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria,

⁶¹ JR, Marco Aurélio Serau. VICTÓRIO, Rodrigo Moreira Sodero. Teses revisionais e de inconstitucionalidade a partir da reforma previdenciária (EC 103/2019). Curitiba: Juruá, 2020. p.23.

⁶² LEAL, Bruno Bianco. PORTELA, Felipe Mêmolo. Previdência em Crise: diagnóstico e análise econômica do direito previdenciário. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p.193.

lhe imunize os proventos e as pensões, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não haver, a respeito, direito adquirido com o aposentamento.

2. Inconstitucionalidade. Ação direta. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária, por força de Emenda Constitucional. Ofensa a outros direitos e garantias individuais. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Regra não retroativa. Instrumento de atuação do Estado na área da previdência social. Obediência aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como aos objetivos constitucionais de universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento. Ação julgada improcedente em relação ao art. 4º, caput, da EC nº 41/2003. Votos vencidos. Aplicação dos arts. 149, caput, 150, I e III, 194, 195, caput, II e § 6º, e 201, caput, da CF. Não é inconstitucional o art. 4º, caput, da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, que instituiu contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e as pensões dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações.

3. Inconstitucionalidade. Ação direta. Emenda Constitucional (EC nº 41/2003, art. 4º, § único, I e II). Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Bases de cálculo diferenciadas. Arbitrariedade. Tratamento discriminatório entre servidores e pensionistas da União, de um lado, e servidores e pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de outro. Ofensa ao princípio constitucional da isonomia tributária, que é particularização do princípio fundamental da igualdade. Ação julgada procedente para declarar inconstitucionais as expressões 'cinquenta por cento do' e 'sessenta por cento do', constante do art. 4º, § único, I e II, da EC nº 41/2003. Aplicação dos arts. 145, § 1º, e 150, II, cc. art. 5º, caput e § 1º, e 60, § 4º, IV, da CF, com restabelecimento do caráter geral da regra do art. 40, § 18. São inconstitucionais as expressões 'cinquenta por cento do' e 'sessenta por cento do', constantes do § único, incisos I e II, do art. 4º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, e tal pronúncia restabelece o caráter geral da regra do art. 40, § 18, da Constituição da República, com a redação dada por essa mesma Emenda⁶³.”

Igualmente reconhecendo o princípio do “*tempus regit actum*” (o tempo rege o ato), o Superior Tribunal de Justiça, por meio da súmula nº 340 assim pacificou:

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.105-8/DF. Relator do Acórdão: Ministro Cezar Peluso. <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2192089>. Consultado em 01/11/2021.

“A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado⁶⁴”.

Nesse entendimento fica explícito que caso seja editado lei mais gravosa, essa não afeta o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada no manto da legislação vigente na data do fato gerador.

Sendo a pensão por morte um benefício não programado, não é questionável o fato de o legislador não ter criado regras de transição, tendo em vista que a alteração na forma do cálculo, em média aproximou a maioria dos valores pagos ao salário mínimo, atrelando o direito ao tempo de contribuição, desconsiderando que o fato gerador do direito é algo que não se pode prevê⁶⁵.

Cabe também, se perguntar o porquê os tribunais, ao ponderar os princípios que alicerçam a aplicação e interpretação das regras postas na constituição relativas ao sistema protetivo, para fundamentar seu posicionamento, não considerou a expectativa individual do cidadão médio, com isso, reconhecer que as alterações violaram o princípio da confiança corolário do princípio da segurança jurídica⁶⁶.

Assim sendo, em matéria previdenciária, é importante o legislador ao cogitar propor alterações constitucionais e infraconstitucionais, primeiro elaborar regras de transição, as quais em simetria com à razoabilidade e proporcionalidade, buscar alcançar o máximo possível de situações adjacentes, entre o regramento antigo e novo, valorizando o princípio da confiança.

Em que pese os posicionamentos dos tribunais, além dos pontos suscitados acima, estão os doutrinadores equivocados ao levantar a questão sobre se as reformas promovidas em virtude da atuação do poder reformador, não afrontam ou usurpam o poder constituinte originário, o único que tem o poder de alterar situações constituídas⁶⁷.

⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 340, Terceira Seção. Julgado em 27/06/2007, Diário da Justiça de 13 de agosto de 2007, p. 581. Disponível: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumsti/toc.jsp>. Consultado em: 11/12/2021.

⁶⁵ LEAL, Bruno Bianco. PORTELA, Felipe Mêmolo. Previdência em Crise: diagnóstico e análise econômica do direito previdenciário. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. P.198.

⁶⁶ LEAL, Bruno Bianco. PORTELA, Felipe Mêmolo. Previdência em Crise: diagnóstico e análise econômica do direito previdenciário. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. P.195-197.

⁶⁷ Idem. p 199-204.

3.2. HISTÓRICO DO TRATAMENTO DADO AO BENEFÍCIO PENSÃO POR MORTE

Sem pretender esgotar esse ponto, nesse trabalho é pertinente abordar a evolução histórica do sistema do benefício pensão por morte sob os fundamentos da lei 3.807/1960/ LOPS, da Constituição Federal/1988 e demais alterações posteriores; traçando um paralelo com o texto original e suas alterações.

A Lei Orgânica da Previdência Social foi editada sob a égide da Constituição de 1946, que além de restabelecer os direitos individuais, asseverou que as legislações previdenciárias deveriam obedecer a preceitos garantidos no texto, além de outros que buscassem a melhoria da condição dos trabalhadores⁶⁸.

A LOPS unificou a legislação securitária e assegurava o pagamento de pensão aos dependentes do segurado, aposentado ou não, que falecesse, após haver recolhido doze contribuições mensais. Igualmente, determinava que a importância era constituída de uma parcela familiar de cinquenta por cento do valor da aposentadoria e mais tantas parcelas iguais a dez por cento quantos forem os dependentes, limitado a cinco⁶⁹.

No seu bojo, os dependentes eram divididos em classe, cujas as quotas individuais eram revertidas quando da perda da condição de dependente, ou seja, a pensão somente se extinguiu quando aquele que a ela tivesse direito falecesse ou implementasse as condições exigidas na lei⁷⁰.

Para a pensão por morte, a lei não exigia o cumprimento de período de carência para os dependentes pleitearem esse benefício. Seu valor era calculado com base no salário de benefício, ou seja, considerava-se 1/12 avos da soma dos salários de contribuição dos meses imediatamente anteriores ao fato gerador, até o limite de 12,

⁶⁸Constituição Federal de 1946, Art.157. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Consultado em 01/11/2021.

⁶⁹ Lei 3.807, de 26 de agosto de 1960, Art. 36. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3807compilada.htm. Consultado em 03/11/2021.

⁷⁰ Idem. Art. 39-42.

apurados em período não superior a dezoito meses. Após o cálculo, o valor da pensão não poderia ser inferior a 60% do valor salário mínimo, que a época era regional⁷¹.

Desde a edição da LOPS até a publicação da Consolidação das Leis previdenciárias, em 84, o legislador alinhado às aspirações sociais por melhores condições de vida, mesmo ao implementar reformas, não alteraram às previsões securitárias do texto constitucional, pelo contrário, aumentaram o rol de direitos e garantias, sem inovar na matéria⁷².

A LOPS ficou em vigor até a edição do Plano de Benefícios da Previdência Social -Lei 8.213/1991, tendo em vista que não foi recepcionada no todo. Interstício conhecido como buraco negro. Em consequência os benefícios concedidos, sob seus requisitos, foram objeto de revisão, com novo cálculo da renda mensal inicial segundo o novo diploma legal⁷³.

A lei 8.213 em sua redação original, ao tratar dos Planos de Benefícios da Previdência Social manteve a pensão por morte isenta de carência para a concessão aos dependentes e, passou a estabelecer uma parcela de 80% do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou a que teria direito, se aposentado estivesse na data do óbito, acrescido, até o máximo de duas parcelas correspondentes a 10% do valor da mesma aposentadoria⁷⁴.

A regra para o cálculo da pensão tinha como referência o salário de benefício e, esse consistia na média aritmética simples de todos os últimos salários contributivos dos meses anteriores ao fato gerador, até o máximo de trinta e seis, apurados em período não superior a quarenta e oito meses⁷⁵.

Essa norma jurídica alinhada ao texto constitucional assegurou o reajustamento dos benefícios com o fim de preservar-lhe, em caráter permanente, o valor real da

⁷¹ Decreto nº 89.312, de 23 de janeiro de 1984. Art.18 e 21. <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-89312-23-janeiro-1984-439638-publicacaooriginal-1-pe.html>. Consultado em 05/11/2021.

⁷² IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 21ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p.59-61.

⁷³ Idem. p.62.

⁷⁴ LEI 8.213, de 24 de julho de 1991. Art. 75. Publicação Original. <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1991/lei-8213-24-julho-1991-363650-publicacaooriginal-1-pl.html>. Consultado em 02/11/2021.

⁷⁵ Idem. Art. 29.

data de sua concessão, além de permitir ao Conselho Nacional de Seguridade Social, na hipótese de se constatar perda de poder aquisitivo com a aplicação dos indicadores de preços ao consumidor- INPC, propor um reajuste extraordinário para recompor esse valor, sendo feita igual recomposição das faixas e limites fixados para os salários de contribuição⁷⁶.

Destarte, garantiu que à medida que o direito dos dependentes à parte da pensão fossem cessando, as quotas eram revertidas aos demais. A pensão integral somente cessada com a extinção da parte do último pensionista⁷⁷.

Essa lei sofreu alteração com a edição da Lei 9.032, de 28 de setembro de 1995, contudo as inovações dispostas foram benéficas, pois o valor mensal da pensão por morte passou a ser de 100% do salário de benefício, com isso, foi suprimido a parcela familiar e as quotas por dependentes⁷⁸.

Em 1997 a Lei 9.528 deu nova redação ao art. 75 da Lei 8.213, ou seja, o valor mensal da pensão passou a corresponder a 100% do valor da aposentadoria que o instituidor recebia ou a que teria direito se estivesse aposentado por invalidez na data do óbito.

Ressalta-se que o cálculo do benefício por estar positivado no texto constitucional em seu art. 202, foi um impeditivo para que esse fosse alterado por livre vontade do legislador. O constituinte estabeleceu, com isso, uma garantia ao segurado, evitando um retrocesso social, dentre outros. Ademais, as alterações, por meio da legislação infraconstitucional, preservaram o conteúdo normativo do direito fundamental à Previdência Social⁷⁹.

Em que pese essa preocupação do constituinte, em 1998 com a promulgação da Emenda Constitucional nº 20 foi suprimida a garantia do segurado em relação ao cálculo do benefício com base nos 36 últimos salários de contribuição, ou seja, ela

⁷⁶ Idem. Art. 41 e incisos.

⁷⁷ Idem. Art. 77.

⁷⁸ LEI 9.032, de 28 de abril de 1995. Art. 75. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19032.htm. Consultado em 02/11/2021.

⁷⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. Reforma Previdenciária. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação:2020. p.60.

alterou a forma de cálculo da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários do Regime Geral da Previdência Social⁸⁰.

Desta feita, os arts. 201 e 202 da Constituição deixaram de tratar do tema e, a regulamentação foi delegada para o legislador ordinário, nos seguintes termos:

“Art. 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: (...)

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º. (...)

§ 2º - Nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo.

*§ 3º - Todos os salários de contribuição considerados para o cálculo de benefício serão devidamente atualizados, **na forma da lei**”.*

Com essa alteração na redação do texto constitucional, o legislador editou a Lei 9.876/1999 que instituiu o fator previdenciário, modificou as prescrições normativas do art. 29 da Lei 8.213/1991, com isso, os benefícios passaram a ser calculados tomando por base a média de 80% das maiores contribuições a contar de julho de 1994⁸¹. Pontua-se que com essa regra, o segurado receberá um valor sempre abaixo do limite máximo do benefício, ou seja, dificilmente atingirá o teto estabelecido.

Observa-se que a partir dessa emenda nº 20, inicia-se o que a doutrina chama de Desconstitucionalização da Previdência Social. Sendo que o termo desconstitucionalização é o meio utilizado pelo Poder Constituinte Derivado Reformador para retirar do texto constitucional uma matéria específica e, passar a disciplina-la exclusivamente em nível infraconstitucional ordinário ou complementar⁸².

Traçando um paralelo entre as normas até então vigentes e a Emenda nº 20/1998, constata-se que os direitos previdenciários foram reduzidos, as normas

⁸⁰ JR, Marco Aurélio Serau, VICTÓRIO, Rodrigo Moreira Sodero. Teses revisionais e de inconstitucionalidade a partir da reforma previdenciária (EC 103/2019). Curitiba: Juruá, 2020. P.24.

⁸¹ Lei nº 9.876, de 26 de dezembro de 1999. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19876.htm. Consultado em 02/11/2021.

⁸² JR, Marco Aurélio Serau, VICTÓRIO, Rodrigo Moreira Sodero. Teses revisionais e de inconstitucionalidade a partir da reforma previdenciária (EC 103/2019). Curitiba: Juruá, 2020. P.23 -24.

afrontaram direitos fundamentais individuais, em toda sua dimensão, bem como os princípios da segurança jurídica, do retrocesso social e da confiança.

Outras reformas foram efetivadas com a edição de emendas constitucionais, não menos gravosas para o segurado. No entanto com a edição da Emenda Constitucional nº 103/2019, o legislador foi além dos limites da razoabilidade ao alterar o sistema de previdência social e estabelecer regras de transição e disposições transitórias ainda mais danosas.

As normas não podem ser apenas mera simbologia de direitos ao ponto de o legislador pátrio implementar alterações e ignorar, até mesmo, os tratados internacionais de direitos humanos dos quais o país é signatário, tendo em vista que esses têm força obrigatória e vinculante que impõem obrigações jurídicas aos Estados partes e que podem ser exigidos diretamente por meio da atuação do judiciário⁸³.

3.3. O Esvaziamento do Direito Fundamental Previdenciário com a Edição da Emenda Constitucional Nº 103/2019

Com um discurso pautado em um viés econômico, no qual o déficit previdenciário é o responsável pelo desequilíbrio fiscal, o legislador cortou direitos, ampliou contribuições, com a promessa de que isso vai equilibrar as contas públicas e garantir a sustentabilidade do sistema a longo prazo. No entanto, de início, o que se observa, é que os mecanismos de proteção deixaram de ser universais, inclusivos e democráticos e, por outro lado, não asseguram que a gestão técnica e política vá contornar as crises econômicas, fiscal e atuarial⁸⁴.

Um argumento questionável, tendo em vista que as bases de financiamento da Seguridade Social são sólidas e estão definidas no texto constitucional e, porque não dizer suficientes para atender as demandas dos três setores; ou seja, a previdência tem fonte de custeio específica, conforme art. 195, nestes termos:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei,

⁸³ Idem. P. 51.

⁸⁴ GENTIL, Denise Lobato. A política fiscal e a falsa crise da seguridade social brasileira: uma história de desconstrução e de saques. 3ª ed. Rio de Janeiro: Manuad X, 2019. p.11-12.

mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais

I - do 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, podendo ser adotadas alíquotas progressivas de acordo com o valor do salário de contribuição, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo Regime Geral de Previdência Social

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.

Da leitura desse dispositivo, infere-se que a diversidade das fontes tende a ser regular e, em termos reais, crescente. Por outro lado, considerando o contexto político, fica a interrogação de como estão sendo geridos esses recursos, a ponto de os debates girarem sempre em torno da questão econômica.

A Emenda Constitucional nº 103/2019 contém 36 artigos, de leitura densa e complexa e, porque não dizer confusa, trouxe diversas alterações que dão margem a questionamentos de sua constitucionalidade junto aos tribunais, principalmente, na questão do regramento da previdência.

Doutrinadores debruçados sobre o tema afirmam que essa emenda promoveu uma constitucionalização regressiva de direitos fundamentais, pois compromete a identidade da Constituição Federal revelada por seus princípios e objetivos fundamentais, que no fundo, são limitações implícitas ao poder reformador. Assim sendo, ela é um obstáculo para que o legislador ordinário promova alterações que sirvam para avançar na proteção aos direitos⁸⁵.

Um exemplo que sustenta essa posição dos doutrinadores está presente na nova sistemática de cálculo do valor dos benefícios que acabou diminuindo a renda mensal inicial, visto que, pelas novas regras, o salário de benefício é calculado com

⁸⁵ JR, Marco Aurélio Serau, VICTÓRIO, Rodrigo Moreira Sodero. Teses revisionais e de inconstitucionalidade a partir da reforma previdenciária (EC 103/2019). Curitiba: Juruá, 2020. P.26.

base na média de histórico de contribuições do segurado sem a possibilidade de excluir os 20% dos menores valores.

Após encontrar a média, aplica-se o coeficiente no percentual de 60% (sessenta por cento) mais 2% (dois por cento) por ano de contribuição que exceder 20 (vinte) anos, no caso dos homens e, 15 (quinze) anos, no das mulheres. Essa sistemática de cálculo passa a utilizar 100% (cem por cento) das contribuições de todo período contributivo ou, a contar do início da contribuição, se posterior a competência de julho de 1994⁸⁶.

Sob a perspectiva constitucional, a ordem social tem como escopo o bem estar e a justiça social (art.3), igualmente, dentre os objetivos a ser buscados pelo Poder Público ao organizar a seguridade, está o da irredutibilidade dos benefícios (art. 194).⁸⁷

Desta feita, a mudança na forma do cálculo é contrária ao que determina a Constituição, pois reduz a renda mensal inicial e, a depender do caso concreto, pode afetar até mesmo um fundamento basilar que é a dignidade da pessoa humana (art. 1, III).⁸⁸

Outras inovações foram introduzidas por essa emenda, que não cabe exame, no entanto, diversas questões já estão sendo levadas aos tribunais para que esse excepcione o interessado de cumprir a norma inconstitucional. Ressaltando que os órgãos jurisdicionais diante dos casos concretos estão entendendo que deve ser respeitada a previsibilidade e a estabilidade das regras da previdência, visto que o prejuízo causado pela alteração não se justifica pela finalidade de conter os danos aos cofres públicos⁸⁹.

⁸⁶. Emenda Constitucional nº 103/2019. Art. 26. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Consultado:05/11/2021.

⁸⁷ Constituição Federal. 54ª Edição. Câmara Legislativa. 2019.

⁸⁸ Constituição Federal. 54ª Edição. Câmara Legislativa. 2019.

⁸⁹ Tribunal Regional Federal, 4º Região. 2ª VF de Florianópolis. Procedimento Comum nº 501.4981.30.2020.4.04.7200/SC. Relator: Leonardo Cacao Santos La Bradbury. 20/07/2020. Disponível: https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=50149813020204047200&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalor es=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=SC&sistema=&txtChave= Consultado 05/12/2021.

3.4. COMPARATIVO ENTRE AS NORMAS QUE DISCIPLINAM A PENSÃO POR MORTE E SEUS REFLEXOS NO VALOR DO BENEFÍCIO

A pensão por morte está prevista no texto constitucional, no art. 201, inciso V, na Emenda Constitucional nº 103/2019, nos arts. 23 e 24 e, no Planos de Benefícios da Previdência Social nº 8.213/1991, nos arts. 77 a 78, que foi regulamentado pelo Decreto nº 3.048/1999.

Sendo assim, com o fim de demonstrar que as mudanças significativas nas regras desse benefício impactaram negativamente na renda do beneficiário, faz-se necessário traçar um paralelo entre elas e as regras anteriores.

Pensão por morte é um benefício pago ao cônjuge ou companheiro e aos dependentes do segurado, homem ou mulher, quando de sua morte. O artigo 23 da EC/2019 assim dispõe:

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

§ 1º As cotas por dependente cessarão com a perda dessa qualidade e não serão reversíveis aos demais dependentes, preservado o valor de 100% (cem por cento) da pensão por morte quando o número de dependentes remanescente for igual ou superior a 5 (cinco).

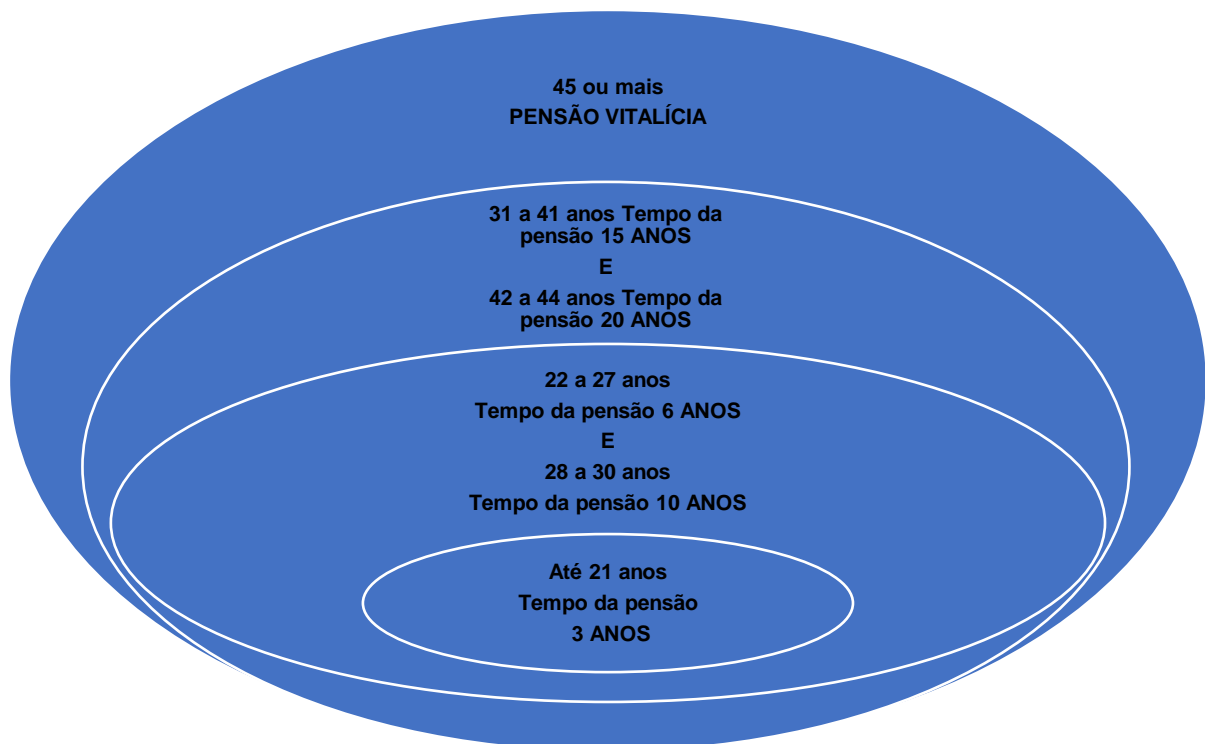
*§ 2º Na hipótese de existir dependente inválido ou com deficiência intelectual, mental ou grave, o valor da pensão por morte de que trata o **caput** será equivalente a percentuais diferenciados⁹⁰ (grifo nosso).*

O artigo traz regras tanto para o dependente do regime geral de previdência quanto para o dependente do regime próprio, de forma geral. Nesse quesito, a constituição não faz nenhuma referência a temporalidade de pensão por morte, ao

⁹⁰Emenda Constitucional nº 103/2019. Art. 26. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Consultado:05/11/2021

contrário da Lei 8.213/1999, na questão do cônjuge ou companheiro, traz no seu bojo uma escala por faixa etária que, ao serem atingidas cessa o benefício instituído⁹¹.

A emenda acrescentou o §2º ao art. 77 da Lei 8.213/1999, “c” que trata das situações em que o benefício cessa para o cônjuge ou companheiro, com isso, infere-se que está em consonância em termos de temporalidade com essa lei ordinária. Sendo assim, a pensão que era vitalícia passou a ser temporária, ou seja, com duração que varia entre 3 anos a 20 anos⁹².



Conforme gráfico acima, os marcadores temporais para o recebimento de pensão foram limitados por faixa de idade, assim, dependentes com idade até 21 anos passou a ter direito a 3 anos de pensão por morte. Entre 22 e 27 anos, limitou-se a 6 anos. De 28 a 30 anos passou a ter direito a receber por 10 anos. Pensionista com idade entre 31 a 41 recebe pensão por um lapso temporal de 15 anos.

Outrossim, cabe as seguintes observações, somente é garantido ao cônjuge a partir de 45 anos de idade, vertidas no mínimo 18 contribuições, com 2 anos de

⁹¹ CARDOSO, Phelipe. Manual de Direito Previdenciário- Volume Único. Salvador. Editora JusPodvm, 2021, p 416.

⁹² Ministério da Economia. Portaria ME Nº 424, de 29 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-me-n-424-de-29-de-dezembro-de-2020-296880511> Consultado em: 05/01/2022.

casamento ou união, o direito a pensão por morte vitalícia. Por outro, os que na data do óbito tiverem entre 42 e 44 anos somente terão direito a percepção pelo prazo de 20 anos; com isso, quando estiverem com idade entre 62 e 64 anos, automaticamente a pensão cessa, ficando desprotegidos⁹³.

Situação que afronta a própria constituição, visto que essa garante a proteção especial da família, do idoso e garante o direito à previdência social com o fim de proteger os segurados das consequências da idade avançada e da incapacidade laboral e, igualmente garantir meios de vida digna. Sem entrar no mérito da questão dos princípios. Além disso, não seria o caso de a Corte verificar a convergência entre essa lei com as normas dos tratados internacionais que estão incorporados ao ordenamento pátrio, por meio do controle de convencionalidade⁹⁴.

Destarte, com a nova redação, a pensão por morte está submetida a duas regras, uma geral e outra de exceção. Àquela é composta de duas unidades, a cota familiar de 50% do valor a que o segurado tinha direito na data do óbito e, a cota por dependente de 10% percentuais até o máximo de 100%. Já a regra de exceção corresponde a uma cota única rateada em partes iguais de 100% da aposentadoria pelo segurado ou daquela a que teria direito se fosse aposentado por incapacidade permanente na data do falecimento⁹⁵.

Antes da reforma o coeficiente do benefício era 100%, respeitado o teto do Regime Geral da Previdência Social-RGPS, ou seja, a pensão correspondia a 100% do valor da aposentadoria do falecido, ou do valor a que ele teria direito se aposentado por incapacidade permanente. Ressaltando, que para se chegar ao valor do benefício tomava-se por base a média aritmética simples dos maiores salários de contribuição⁹⁶.

Trançando um paralelo entre a antiga regra e a atual, dois pontos chamam atenção e, que de certa forma foi prejudicial ao dependente. Primeiro as cotas passaram a ter um caráter personalíssimo, foi retirado o direito de reversão aos

⁹³ Idem.

⁹⁴ JR, Marco Aurélio Serau, VICTÓRIO, Rodrigo Moreira Sodero. Teses revisionais e de inconstitucionalidade a partir da reforma previdenciária (EC 103/2019). Curitiba: Juruá, 2020. P 34-50.

⁹⁵ CARDOSO, Phelipe. Manual de Direito Previdenciário- Volume Único. Salvador. Editora JusPodvm, 2021, p 411.

⁹⁶ Lei 8.213/1991, de 24 de julho de 1991. ART. 77, §1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm Consultado em: 05/01/2022.

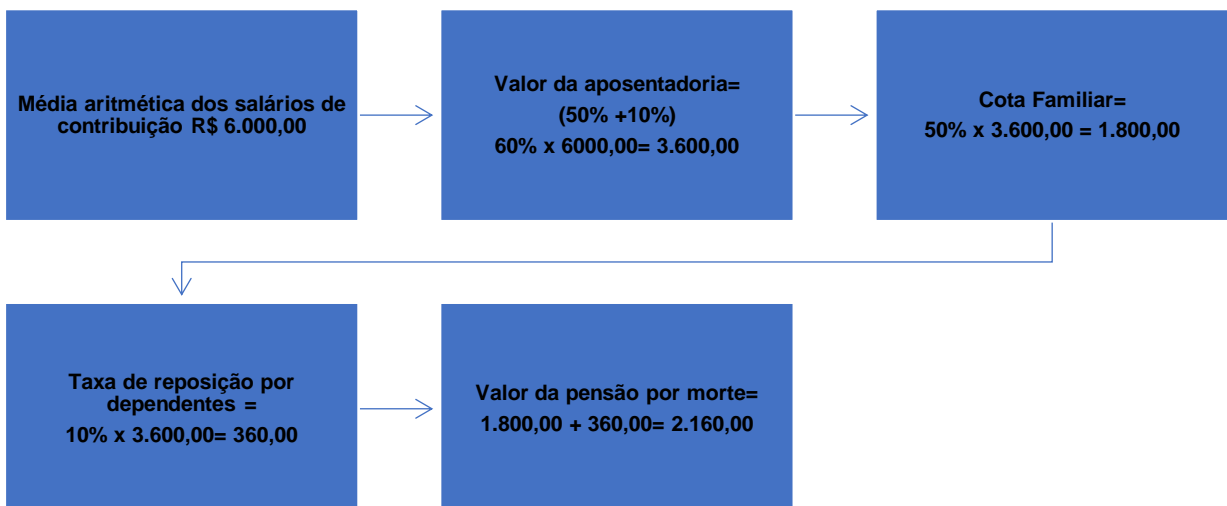
demais dependentes. Quando um dependente perde essa qualidade, sua cota cessa e não é acrescida ao valor dos demais.

Se houver dependente na condição de inválido ou com deficiência intelectual, mental ou grave, cessada sua cota e o valor da pensão é recalculado segundo a regra do art. 23 e §1º. Essa condição somente é reconhecida antes do óbito do segurado.

A renda mensal inicial tem um limite mínimo de um salário mínimo e, um máximo que é o teto da previdência, ressaltando que as quotas individuais podem ficar abaixo do mínimo. Supondo a existência de um dependente habilitado, aplicando as regras atuais, a renda mensal inicial vai corresponder a cota familiar de 50%, acrescida da taxa de reposição do benefício no percentual de 10% por dependente, calculados sobre 60% da média aritmética dos salários de contribuição. Por exemplo, supondo que a média aritmética dos salários de contribuição gera o valor de R\$ 6.000,00.⁹⁷

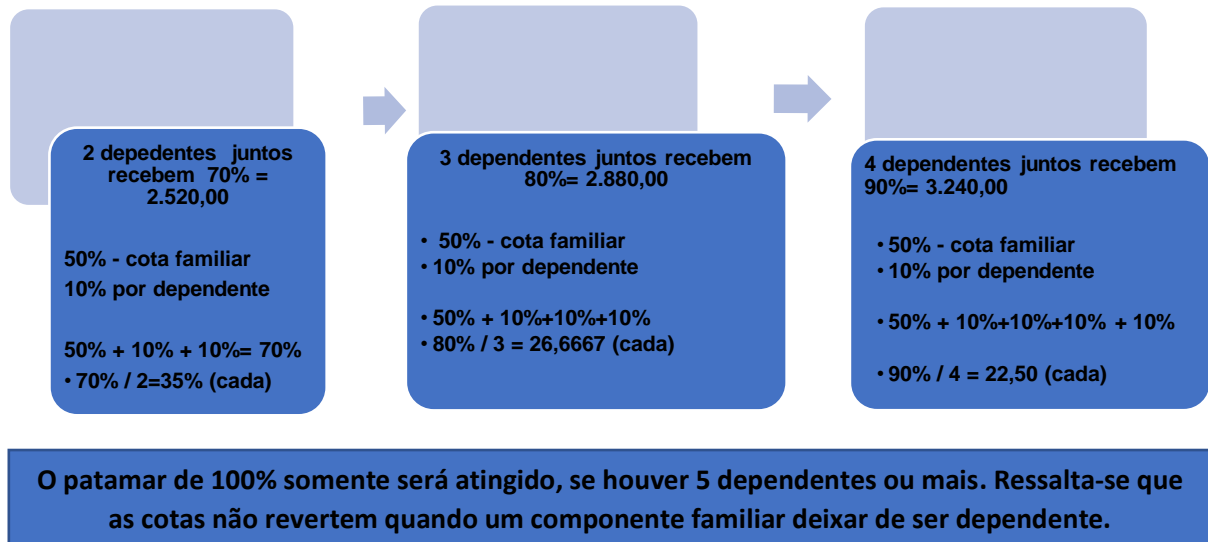
1 Dependente Cota Familiar de 50%, acrescida da taxa de reposição do benefício no percentual de 10% por dependente, calculados sobre 60% da média aritmética dos salários de contribuição.

De forma direta aplica-se 60% sobre R\$ 3.600,00 encontra o valor de pensão em R\$ 2.160,00



⁹⁷ LAZZARI, João Batista. Curso: A Nova Previdência: Repercussões no âmbito do RGPS. Instituto de Estudos Previdenciários, Trabalhistas e Tributários/IAPREV. Disponível: https://www.ieprev.com.br/produto/detalhesProduto/417/online_a_nova_previdencia_joao_batista_lazzari

A taxa de reposição no caso de dois dependentes corresponde 70%, de três equivale a 80%, quatro dependentes a taxa é 90%, somente a partir de cinco ou mais dependentes que a conta atinge o patamar de 100% do valor da pensão.



O valor da pensão será dividido pelo número de dependentes. Dessa forma, o valor de R\$ 2.520,00 (dois mil quinhentos e vinte reais) serão divididos por dois dependentes, recebendo cada um o valor R\$ 1.260,00 (hum mil duzentos e sessenta reais). Três dependentes perceberão a importância de R\$ 960,00 (novecentos reais) cada e, os quatro dependentes farão jus ao valor de R\$ 810,00 (oitocentos e dez reais). Ressalta-se que os valores das quotas abaixo do salário mínimo, não afronta a Constituição e cessam à medida que se perde a condição de dependente.

Importante trazer à baila as prescrições normativas dos arts. 36 e 37 da Lei Orgânica da Previdência Social de 1960, tendo em vista que o modelo perpetrado no artigo 23 da emenda 103/2019, para os mais atentos, é uma reprodução mais gravosa que viola o princípio da proibição do retrocesso social, a dignidade humana e, demais preceitos que servem de alicerce para se construir uma sociedade mais justa, igualitária, à medida que vai levar muitos segurados a margem social⁹⁸.

Art. 36. A pensão garantirá aos dependentes do segurado, aposentado ou não, que falecer, após haver realizado 12

⁹⁸ Constituição Federal. 54ª Edição. Câmara Legislativa. 2019.

(doze) contribuições mensais, uma importância calculada na forma do art. 37⁹⁹.

Essa norma traz a exigência de 12 contribuições, não tinha previsão de temporalidade, a pensão era vitalícia e as cotas eram reversíveis; em contrapartida nas novas regras o cônjuge ou companheiro fará jus apenas por 4 meses se, o instituidor tiver recolhido menos de 18 contribuições e contar com menos 2 anos de casamento ou união estável.

Para o pensionista do sexo feminino, a pensão cessava se contraísse novas núpcias. Na atual, o novo casamento ou união não é causa de extinção, contudo está proibido o acúmulo de pensões fora dos casos consentidos na constituição, ressalvado o direito de opção pela mais vantajosa.

Outra mudança implementada com a reforma, é a possibilidade de o beneficiário acumular um benefício de aposentadoria com uma pensão por morte. No entanto, o segurado receberá o valor integral do benefício que for de maior valor e, com relação ao outro, fará jus a um valor dentro de uma faixa escalonada de percentuais redutivos, dividido por níveis de rendimentos, limitado ao salário mínimo.

Essa norma forma, ficou similar ao cálculo do imposto de renda, ou seja, a escala tem percentuais de 100% do valor até o salário, 60% do que exceder a dois salários mínimos, 40% do que exceder a três salários mínimos, 20% até quatro salários e 10% sobre o valor que superar quatro salários mínimos.

⁹⁹ Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l3807.htm. Consultado 07/01/2022.

APOSENTADORIA (VALOR MAIOR) ACUMULADA COM PENSÃO

Valor do salário mínimo para R\$ 1.212,00 a partir de 1º de janeiro de 2022
Segundo a Medida Provisória nº 1.091/2021, de 30 de dezembro de 2021.

Pensão no valor de 1 salário mínimo = 100%
O segurado vai receber o valor integral de sua aposentadoria mais o valor integral do salário mínimo.

Pensão no valor até 2 salários mínimos= 60%
O segurado vai receber o valor integral de sua aposentadoria mais \$ 1.454,40 de pensão

Pensão no valor de até 3 salários mínimos= 40%
O segurado vai receber o valor integral de sua aposentadoria mais \$ 1.454,40

Pensão no valor de até 4 salários mínimos=20%
O segurado vai receber o valor integral de sua aposentadoria mais \$ 969,60

Acima de 4 salários mínimos= 10%
O segurado vai receber o valor integral de sua aposentadoria mais 10% de qualquer valor que exceda quatro Salários

Visando a melhoria da condição social dos trabalhadores, a Constituição assevera que ninguém pode ganhar abaixo do salário mínimo. Com a medida provisória, se após o cálculo, o valor da pensão ficar abaixo do mínimo, o aposentado mantém sua aposentadoria integral mais a pensão no valor do salário mínimo. Os percentuais reducionistas – de 60%, 40%, 20% e 10%, começam a ser aplicados quando a pensão alcançar, respectivamente, dois, três, quatro e acima de quatro salários mínimos. Dessa forma, considerando que o valor da aposentadoria é superior a pensão, segurado fará jus ao valor integral de sua aposentadoria mais a pensão proporcional, conforme o percentual aplicado.

O regramento atual, não obstante ser mais gravoso, atenta contra qualquer lógica de um sistema protetivo como o assumido no país, uma vez que a Constituição adotou como pressuposto ampliar a proteção social, do seguro para a seguridade, em uma concepção mais abrangente. Ressaltando que o texto acolheu a definição da Organização Internacional do Trabalho – OIT¹⁰⁰:

“A Seguridade Social é um sistema de cobertura de contingências sociais destinado a todos os que se encontrem em necessidade; não restringe benefícios nem a contribuintes nem a trabalhadores; e estende a noção de risco social, associando-a não apenas à perda ou redução da capacidade laborativa – por idade, doença, invalidez, maternidade, acidente de trabalho, conforme a doutrina previdenciária stricto

¹⁰⁰ GENTIL, Denise Lobato. A política fiscal e a falsa crise da seguridade social brasileira: uma história de desconstrução e de saques. 3ª ed. Rio de Janeiro: Manuad X, 2019. p.89.

sensu-, mas, também, a situações em que a insuficiência de renda fragiliza a vida do cidadão.”(VIANNA, 2003, p.318)

No que tange a sistemática do cálculo do valor do benefício, a LOPS no artigo 37 da LOPS assim dispõe:

Art. 37. A importância da pensão devida ao conjunto dos dependentes do segurado será constituída de uma parcela familiar, igual a 50% (cinquenta por cento) do valor da aposentadoria que o segurado percebia ou daquela a que teria direito se na data do seu falecimento fosse aposentado, e mais tantas parcelas iguais, cada uma, a 10% (dez por cento) do valor da mesma aposentadoria quantos forem os dependentes do segurado, até o máximo de 5 (cinco¹⁰¹).

Outrossim, a Emenda Constitucional nº 103/2019, assim assevera:

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

Com a edição da Constituição e da Lei de Planos de Benefícios da Previdência Social, a Lei Orgânica da Previdência Social- LOPS de 1990 foi revogada. Da análise conjunta desses dois dispositivos, observa-se que a Emenda nº 103/2019 restaurou a validade jurídica, contudo com regras sobre a renda mensal, ainda mais danosas do que a anterior.

A Emenda foi editada em 12 de novembro de 2019, em contrapartida a LOPS foi editada em 26 de agosto de 1960, entre elas existe um lapso temporal de cinquenta e nove anos. Isso demonstra que o legislador optou em retroceder, sem considerar a conjuntura social e expectativa de vida atual, dentre outros fatores. Isso demonstra que para eles os direitos conquistados são ilegítimos e ameaçadores da ordem econômica e fiscal a ponto de alterar o padrão universalista e inclusivo da Previdência¹⁰².

¹⁰¹ Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/13807.htm Consultado em: 07/01/2022.

¹⁰² GENTIL, Denise Lobato. A política fiscal e a falsa crise da seguridade social brasileira: uma história de desconstrução e de saques. 3ª ed. Rio de Janeiro: Manuad X, 2019. P.98-99.

A constitucionalidade dessas mudanças já está sendo questionada pela via do controle difuso. Em precisa síntese, no primeiro julgado a respeito do tema assim discorreu o juiz antes de sentenciar:

“(...) Se a ordem social tem como objetivo o bem-estar e a justiça sociais (art. 194 da CF/88) e se a legislação previdenciária desde há muito tempo garantiu a proteção especial da família (art. 226 da CF/88) via concessão de pensão pela morte daquele que lhe provê a sobrevivência, a legislação posterior, ainda que uma emenda constitucional, poderia suprimir tal garantia ou reduzi-la como fez a EC n.º 103/2019.

O que a EC pretendeu fazer foi suprimir direitos previdenciários construídos ao longo de décadas para a proteção de quem se vê sem sua fonte de subsistência primária, em razão de evento inesperado, ao restabelecer a regulação sobre pensão por morte que havia na Lei Orgânica da Previdência Social - LOPS, Lei n.º 3.807/60, e com regramento sobre renda mensal ainda mais gravoso do que aquele, mesmo depois dela ter sido revogada pela CF e pela Lei n.º 8.213/91. E, o que é ainda mais esdrúxulo do ponto de vista da lógica do processo legislativo, disciplinando inclusive percentuais de cálculo de renda mensal de benefício, questões normalmente deixadas para a legislação complementar e ordinária. (...), mas reduzir drasticamente o valor da renda mensal de benefício como o fez a EC n.º 103/2019 sem qualquer outro parâmetro econômico (ex.: estado de empregado do dependente, nível de renda etc.) é esvaziar o conteúdo da garantia constitucional na prática. (...) Ao invés de avançarmos na proteção social, voltamos no tempo quase 60 anos, sendo que o Brasil de 2019/2020 é outro muito diferente daquele das décadas de 60 e 70 do século XX, mais pobre e mais desigual, como é notório e comprovam os indicadores sociais levantados pelo IBGE ("Síntese de indicadores sociais". Disponível em <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualização/livros/liv101629.pdf>. Acesso em 2/5/2021).

Na prática, o mecanismo de cálculo estabelecido pela EC n.º 103/2019 é ainda mais regressivo do que aquele que havia há 60 anos, pois ela determina que se levem em conta todos os salários de contribuição do segurado instituidor, apurados desde julho/1994 (art. 26) e fixa percentual de renda mensal inicial de 60% (sessenta por cento) daquela média como regra para todos os benefícios, inclusive a pensão por morte.

Ora, simples cálculo aritmético faz-nos concluir que a renda da pensão por morte que era de 100% (cem por cento) "aposentadoria que o segurado recebia ou daquela a que teria direito se estivesse aposentado por invalidez na data de seu falecimento" passou a ser de 36% (trinta e seis por cento), no

caso de haver apenas a viúva habilitada, como nesta demanda, sem qualquer consideração sobre a situação econômica de vida da dependente (ex.: empregada ou não; beneficiária de aposentadoria ou não; idosa ou não etc.) que pudesse justificar a redução absurda do nível de renda destinada ao seu sustento e ao de sua família ["(...) 4. Esses parâmetros constitucionais são legitimadores de um tratamento diferenciado desde que esse sirva, como na hipótese, para ampliar os direitos fundamentais sociais e que se observe a proporcionalidade na compensação das diferenças. 5. Recurso extraordinário não provido, com a fixação das teses jurídicas de que o art. 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e de que a norma se aplica a todas as mulheres trabalhadoras". (RE 658312, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-027 DIVULG 09-02-2015 PUBLIC 10-02-2015)].

Sem mencionar a ampliação do período básico de cálculo (PBC), que fatalmente reduzirá ainda mais o valor efetivo a ser pago, pois quanto maior o período a ser levado em conta, maiores as chances de ter havido variação de salário e menor tenderá a ser a média obtida.

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

(...) "Por último, a EC violou o critério atuarial que deve presidir a regulação das prestações previdenciárias (art. 201 caput da CF/88), vulnerou a garantia da seletividade das utilidades securitárias, já que sem os estudos atuariais suficientes e sem a cobertura adequada de cada situação concreta (cônjuge/companheiro empregado, cônjuge/companheiro desempregado, cônjuge/companheiro com grandes rendimentos, cônjuge/companheiro sem grandes rendimentos, cônjuge/companheiro incapacitado, cônjuge/companheiro capaz, cônjuge/companheiro idoso, cônjuge/companheiro jovem etc.), haveria uma tabula rasa previdenciária incompatível com os objetivos da República: construir uma sociedade justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos (art. 3º da CF/88).

Assim, como as disposições da EC n.º 103/2019 sobre pensão por morte são inconstitucionais, permanecem vigentes as anteriores¹⁰³.

Nesse julgado ficou claro que a atuação do legislador é limitada e, diante de casos concretos é possível se manter as regras de normas mais benéficas já instituídas, principalmente quando analisadas sob a ampla perspectiva dos direitos e das condições de acesso.

A previdência social tem dois pilares legais, a Lei 8.213/1991 que trata dos Planos de Benefícios da Previdência Social, regulamentada pelo Decreto 3.048/1999 alterado pelo Decreto 10.140/2020 e, a Lei 8.212/1991 que dispõe sobre a organização da Seguridade Social e institui Plano de Custeio, entre outras providências. Nesse ponto, cabe ressaltar que, as alterações atingiram, igualmente, normas de financiamento/custeio que não estão livres de controle de constitucionalidade.

Por outro lado, as questões por serem muito complexas, necessitam de um estudo mais aprofundado do tema, o que não encontra amparo no objetivo desse trabalho. No entanto essa emenda, do ponto de vista dos doutrinadores reafirmou a necessidade de que o Direito da Seguridade Social deve ser examinado à luz do texto constitucional¹⁰⁴.

¹⁰³ TRF5. Justiça Federal Seção Judiciária de Sergipe. Recurso nº 0509761-32.2020.4.05.8500. Relator: Marcos Antônio Garapa de Carvalho. Julgado em 12/05/2021, Primeira Turma. <https://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1220267989/recursos-5036243420204058500/inteiro-teor-1220267999>. Consultado em 07/11/2021

¹⁰⁴ JR, Marco Aurélio Serau, VICTÓRIO, Rodrigo Moreira Sodero. Teses revisionais e de inconstitucionalidade a partir da reforma previdenciária (EC 103/2019). Curitiba: Juruá, 2020. P.82-89.

CONCLUSÃO

Escolher discorrer sobre um tema previdenciário é entrar em um terreno complexo devido suas interseccionalidades e a dinâmica das relações sociais, com isso, o objetivo do texto foi contribuir, de alguma forma para o debate.

No primeiro momento, foi abordado o conceito de Previdência Social, revisitando a história de seu surgimento, implantação, aperfeiçoamento e constitucionalização do direito previdenciário.

O segundo capítulo destinou-se a tratar do benefício pensão por morte, a evolução e o retrocesso legislativo em relação as suas regras, a atuação estatal reducionista que ignorou princípios inerentes a um Estado Democrático e Social de Direito, qual sejam: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Vedação do Retrocesso Social e da Reserva do Possível.

A ideia de falência do sistema previdenciário público é intrínseca ao pensamento econômico e político, o que fomenta a imprensa e parte de grupos sociais atacar de forma veemente a previdência e, com isso, abrir campo para o legislador usar de justificativa o princípio da reserva do possível para implementar alterações que suprimem direitos fundamentais sem deixar claro a sistemática contábil dos cálculos oficiais.

A reforma ao tratar das questões previdenciárias de forma isolada do conjunto das políticas sociais destinadas a reduzir as desigualdades, acabou por promover um retrocesso social de cinquenta anos. A perda de direitos não afetou apenas a dignidade da pessoa humana, mas também a segurança jurídica, com isso, a proibição do retrocesso social é medida que se impõe ao legislador, visto que esse princípio estar implícito no sistema.

A dignidade da pessoa é um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito, do qual se exige a promoção de ações que garantam ao seu povo uma vida digna. Um conceito fechado desse princípio não é possível, visto sua dimensão, que vai além da compreensão do próprio conceito humano, pelo fato de ser indissociável desse. Desta feita, qualquer ação governamental que dificulte ou reduza a

possibilidade de concretização de direitos fundamentais é uma afronta a esse princípio.

Na sequência, a análise sobre o esvaziamento do Direito Fundamental previdenciário a partir da emenda 103/2019 foi abordada no capítulo três, por meio de quadros comparativos entre as normas, os cálculos e algumas decisões judiciais, com o fim de tornar inteligível os exemplos abordados no texto.

A importância da Seguridade Social é imensurável e, aumenta à medida que o cenário econômico, que se estabeleceu nos últimos anos, contribuiu para jogar a margem social mão de obra em plena capacidade produtiva, em consequência da estagnação de investimentos em diversos setores da economia. Alinhados a isso, tem-se que considerar os fatores relativos ao envelhecimento da população e da redução de natalidade, que compromete o fomento ao sistema.

A Seguridade torna-se o único meio de recursos para a população suprir suas necessidades. Isso corrobora a necessidade de universalizar ainda mais o sistema e, não reduzir seu núcleo essencial de direito como pôde ser observado no texto.

Desta feita, a supressão inesperada da norma pela atuação do legislador frustrou as justas expectativas de muitos segurados que durante toda uma vida laboral passou contribuindo para o sistema sob a égide de uma lei e, no liame de se aposentar ou de o dependente o substituir em caso de morte, não ter uma contrapartida financeira adequada que garanta seu padrão de vida. Nessa perspectiva, o legislador deveria ter observado o princípio da confiança.

O implemento que é necessário se fazer no sistema, não pode ficar circunscrito à mera dimensão econômica e financeira, até porque o Estado não vem se mostrando apto e ou disposto a cumprir seu papel de garantir o desenvolvimento nacional adequado, esforço que ajudaria a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades. As reformas devem primar pela dignidade da pessoa humana e, não criar classes estigmatizadas.

Não obstante saltar aos olhos que as alterações nas regras de pensão é uma afronta ao princípio do retrocesso social, a sociedade não deveria admitir arcar com os custos de uma crise econômica e fiscal, em detrimento a redução de seus direitos sociais.

REFERÊNCIAS

AGOSTINHO, Theodoro Vicente. *Manual de Direito Previdenciário*. São Paulo: Saraiva, 2020.

ALVIM, Ruy Carlos Machado. *Uma História Crítica a Legislação Previdenciária Brasileira*. Revista de direito do trabalho, São Paulo, v. 4, n. 18, mar./abr. 1979.

BALERA, Wagner. *A Seguridade Social na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

BRAGANÇA, Kerlly Huback. *Manual de Direito Previdenciário*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito Constitucional ao alcance de todos*. 4º ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 7ª ed. Coimbra: Almedina.

CARDOSO, Phelipe. *Manual de Direito Previdenciário- Volume Único*. Salvador. Editora JusPodvm, 2021.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. *Comentários à Reforma da Previdência*. 1ª ed. São Paulo: Editora Forense, 2019.

Constituição da República Federativa do Brasil. 54ª ed. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019.

_____. Constituição Federal 1824 e 1831. <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-historica/constituicoes-antiores-1>

_____. Convenção nº 102, de 1952. Normas Mínimas da Seguridade Social. https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235192/lang--pt/index.htm

_____. Lei 159/1935. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0159.htm

_____. 3.807/1960. <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/leis-ordinarias/1980-a-1960-leis-ordinarias>

_____. Lei 4.682/1923. <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-historica/decretos-do-poder-legislativo-1>.

_____ Decreto 3.048 de 06 de maio de 1999.
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048compilado.htm

IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 21ª ed. Niterói: Editora IMPETUS, 2015.

JR, Marco Aurélio Serau, VICTÓRIO, Rodrigo Moreira Sodero. Teses revisionais e de inconstitucionalidade a partir da reforma previdenciária (EC 103/2019). Curitiba: Juruá, 2020.

LEAL, Bruno Bianco. PORTELA, Felipe Mêmolo. *Previdência em Crise. Diagnóstico e análise econômica do Direito Previdenciário*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. Revista dos Tribunais, 2018

LEITÃO, André Studart. Manual de Direito Previdenciário. 5ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MATINS, Sérgio Pinto. *Reforma Previdenciária*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MORAIS, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

Portaria ME Nº 424, de 29 de dezembro de 2020. <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-me-n-424-de-29-de-dezembro-de-2020-296880511>

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito* 19ª ed., São Paulo: Saraiva. 1991.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.