



E-ISSN: 2595-7414

**V.3,** 2020 Maio  
**N.2** Junho  
Julho  
Agosto

# RBDS

*Revista Brasileira de Direito Social*





## **PRESIDÊNCIA DO IEPREV**

ROBERTO DE CARVALHO SANTOS

## **EDITOR-CHEFE**

MARCO AURÉLIO SERAU JUNIOR, UFPR/PR

## **EDITORAS-ADJUNTAS**

ANA PAULA FERNANDES

MARIAH BROCHADO, UFMG/MG

## **EDITORES-EXECUTIVOS**

GILMAR GOMES DE BARROS, FURG/RS

LUCAS MAGNO PORTO, UFMG/MG

## **CONSELHO EDITORIAL**

ANA PAULA MISKULIN, USP/SP.

ANTÔNIO FABRÍCIO DE MATOS GONÇALVES, ESA/MG

CLÁUDIA SALLES VILELA VIANNA, EMATRA-PR.

CYNTIA TEIXEIRA PEREIRA CARNEIRO LAFETÁ, UL.  
LISBOA, PORTUGAL

DANIELA MURADAS REIS, UFMG/MG.

DÉCIO BRUNO LOPES, PUC-SP. SÃO PAULO/SP

DENISE PIRES FINCATO, PUC-RS

DENISE POIANI DELBONI, FGV/SP

ESTER MORENO DE MIRANDA VIEIRA, PUC-SP

FÁBIO ZAMBITTE IBRAHIM, UERJ/RJ

FERNANDO FERREIRA CALAZANS, UNIFEMM/MG

FULVIA HELENA DE GIOIA, MACKENZIE. SÃO PAULO/SP

ITIBERÊ DE OLIVEIRA CASTELLANO RODRIGUES UFPEL/  
RS.

IVANI CONTINI BRAMANTE, FDSBC/SP.

JANE LUCIA WILHELM BERWANGER, PUC-PR.

JOÃO BATISTA OPTIZ NETO. UNIP/SP

JOSÉ ANTONIO SAVARIS, UNIVALI/SC

JULIANA TEIXEIRA ESTEVES, UFPE. RECIFE/PE

MARCELO BARROSO LIMA BRITO DE CAMPOS, UNI-BH

MARCUS ORIONE GONÇALVES CORREIA, USP/SP

MARIA HELENA CARREIRA ALVIM RIBEIRO, UFMG/MG

OCÉLIO DE JESUS CARNEIRO DE MORAIS, UEL/PR

PAULO RICARDO OPUSZKA, UFPR/PR.

TUFFI MESSIAS SALIBA, UNA/MG, BRASIL

VALMIR CÉSAR POZZETI, UFAM/AM.

YNÊS DA SILVA FÉLIX, UFMS/MS.

## **CONSELHO CONSULTIVO**

ADRIANE MEDIANEIRA TOALDO, ULBRA/RS

ALEXANDRE VICENTINE XAVIER, UFMT/MT

ALINE FAGUNDES SANTOS, UFVJM/MG

ANA MARIA ISQUIERDO, FURG/RS

ANA MARIA MAXIMILIANO, UFPR/PR

ANDRESSA FRACARO CAVALHEIRO, UNIOESTE/PR

BRUNO ALVES RODRIGUES, CEFET-MG

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA, DOM HELDER/MG

CLAUDIO PEDROSA NUNES, UFCG/PB

DENILSON VICTOR MACHADO TEIXEIRA, UEL/PR

DENISE POIANI DELBONI, FGV/SP

EDER DION DE PAULA COSTA, FURG/RS

GABRIELA CARAMURU TELES, USP/SP

GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO, USP/SP

HECTOR CURY SOARES, FURG/RS

HÉLIO SILVIO OURÉM CAMPOS, UNICAP/PE

JESUS NAGIB BESCHIZZA FERES. UNIVEM/SP

ISABELE BANDEIRA DE MORAES D'ANGELO, UPE/PE

IVAN SIMÕES GARCIA, UFRJ/RJ

JOÃO BATISTA LAZZARI, CESUSC/SC

JOÃO BATISTA OPTIZ JUNIOR, UMSA, ARGENTINA

JOÃO REZENDE ALMEIDA OLIVEIRA, UCB/DF

JOSÉ RICARDO CAETANO COSTA, FURG/RS

JULIANA DE CASSIA BENTO BORBA, PUC-MG.

JULIANA TORALLES DOS SANTOS BRAGA, FURG/RS

JULIANE CARAVIERI MARTINS, FURG/RS

LAURA SOUZA LIMA E BRITO, USP/SP

LIANE FRANCISCA HÜNING PAZINATO, FURG/RS

LUCIANA ABOIM MACHADO GONÇALVES DA SILVA, UFS/SE

LUIZ CARLOS GARCIA, UFMG/MG

LUIZ GUSTAVO BOIAM PANCOTTI, UNIMEP/SP

LUMA CAVALEIRO DE MACÊDO SCAFF, UFPA/PA

MÁRCIA CAVALCANTE DE ARAÚJO, UNIVERSIDAD DE

SALAMANCA, ESPANHA

MARIA AUREA BARONI CECATO, UFPB/PB

MIGUEL HORVATH JÚNIOR, PUC-SP

MIRIAN APARECIDA CALDAS, UNIVERSIDADE ESTADUAL

DO CENTRO-OESTE, UNICENTRO/PR

NADJA KARIN PELLEJERO, FURG/RS

PAULO AFONSO BRUM VAZ, UNISINOS/RS

PEDRO AUGUSTO GRAVATÁ NICOLI, UFMG/MG

RAPHAEL SILVA RODRIGUES, UFMG/MG

RODRIGO GARCIA SCHWARZ, UNOESC/SC

RUBENS SOARES VELLINHO, UCPEL/RS

SAYONARA GRILLO COUTINHO LEONARDO DA SILVA, UFRJ/RJ

VALENA JACOB CHAVES MESQUITA, UFPA/PA



RBDS	Belo Horizonte	v. 3	n. 2	p. 1-66	2020
------	----------------	------	------	---------	------

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Ficha catalográfica elaborada pelo Bibliotecário Gilmar Gomes de Barros, CRB 14/1693

R454 Revista Brasileira de Direito Social [recurso eletrônico]:  
RBDS / Editora do Instituto de Estudos Previdenciários,  
Trabalhistas e Tributários. – Dados eletrônicos. – Vol. 3, n. 2  
(maio/ago. 2020). – Belo Horizonte: Editora IEPREV, 2018-.

Modo de acesso: <<http://rbds.ieprev.com.br/rbds/>>.  
Quadrimestral.

Título abreviado: R. Bras. Dir. Soc.

Editor: Marco Aurélio Serau Junior.

ISSN eletrônico: 2595-7414

1. Direitos sociais. I. Instituto de Estudos Previdenciários.

CDU, 2ª ed.: 349.3



## SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO .....	04
Marco Aurélio Serau Júnior	
O SALÁRIO-MATERNIDADE SEGUNDO O STF .....	05-08
Wladimir Novaes Martinez	
O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E O ACESSO À JUSTIÇA: DAS INFLUÊNCIAS ALEMÃS À VIA DOS DIREITOS .....	09-22
Adriana Goulart de Sena Orsini Newton Teixeira Carvalho Wilson de Freitas Monteiro	
A TUTELA DA EVIDÊNCIA NO PROCESSO JUDICIAL PREVIDENCIÁRIO: UM INSTRUMENTO EM FACE A BANALIZAÇÃO DOS PRECEDENTES E DA INADEQUADA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DO TEMPO DO PROCESSO .....	23-36
Alberto Luiz Hanemann Bastos	
EC 103 E A VIOLAÇÃO DE UMA CONQUISTA SOCIAL: A INCONSTITU- CIONALIDADE DO RESTABELECIMENTO DA IDADE MÍNIMA PARA APOSENTADORIA ESPECIAL .....	37-54
Marcelo Gonçalves da Silva	
O BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL NA ANÁLISE DE CONSTITUCIONALIDADE DA REFORMA DA PREVIDÊNCIA .....	55-66
Eduardo Moraes Bestetti	



## APRESENTAÇÃO

Esta nova edição da RBDS – Revista Brasileira de Direito Social vem a público plena de textos importantes sobre a temática dos Direitos Sociais.

O volume abre com o estudo de nosso grande Mestre, decano do Direito Previdenciário, estimado professor Wladimir Novaes Martinez, que nos brinda com o “O salário-maternidade segundo o STF”.

Na sequência, temos o artigo de Adriana Goulart de Sena Orsini, Newton Teixeira Carvalho e Wilson De Freitas Monteiro, “O incidente de resolução de demandas repetitivas e o acesso à justiça: das influências alemãs à via dos direitos”.

Esse estudo é sucedido do artigo “A tutela da evidência no processo judicial previdenciário: um instrumento em face a banalização dos precedentes e da inadequada distribuição do ônus do tempo do processo”, do jovem talento da UFPR, o Advogado e Mestrando Alberto Luiz Hanemann Bastos.

A revista prossegue com o artigo “EC 103 e a violação de uma conquista social: a inconstitucionalidade do restabelecimento da idade mínima para aposentadoria especial”, de Marcelo Gonçalves da Silva.

Por fim, a revista culmina com o artigo “O benefício de pensão por morte e o princípio da vedação ao retrocesso social na análise de constitucionalidade da reforma da previdência”, de Eduardo Moraes Bestetti, que reflete o tema complexo árido da restrição ao valor do benefício de pensão por morte imposto pela Emenda Constitucional 103/2019.

Com esse quadro bem diverso e interessante, convido todas e todos à leitura!  
Belo horizonte, agosto de 2021.

**Marco Aurélio Serau Junior**  
**Professor da UFPR. Diretor Científico do IEPREV.**



## O SALÁRIO-MATERNIDADE SEGUNDO O STF

Wladimir Novaes Martinez<sup>1</sup>

A Portaria Conjunta ME/INSS n. 28, de 19 de março de 2021 comunicou a obrigatoriedade do cumprimento de decisão cautelar proveniente da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.327, na qual o Supremo Tribunal Federal - STF determinou a prorrogação do benefício de salário-maternidade quando, em decorrência de complicações médicas relacionadas ao parto, houver necessidade de internação hospitalar da segurada e/ou do recém-nascido.

Em face da inércia do Poder Legislativo, a Suprema Corte operou significativas mudanças de comandos legais do Plano de benefícios da Previdência Social - PBPS (Lei 8.213/91) sobre a manutenção do salário-maternidade por ocasião de intercorrências especiais da parturiente.

Preocupado com crianças prematuras e a necessidade de os pais cuidarem desses bebês que necessitem de assistência médica, cuidados em casa, o ministro relator Edison Fachin admitiu a liminar.

O texto da norma administrativa não é muito claro e deixa margem a várias dúvidas, especialmente ao que se poderia chamar de uma substituição do auxílio-doença (I), a quem solicitar as providências burocráticas, se ao empregador ou ao INSS (II) e os diferentes prazos das extensões (III).

O redator da Portaria deveria intitular os dois lapsos de tempo de 120 dias, que podemos chamar de: a) tradicionais da lei; e b) da Portaria.

### PRORROGAÇÃO DA MANUTENÇÃO DO BENEFÍCIO

Em decorrência da aludida ADI n. 6.327, o STF determinou que o período do benefício, além dos 120 dias tradicionais previstos no art. 71 do PBPS seja estendido quando de “complicações médicas relacionadas ao parto, houver necessidade de internação hospitalar da segurada e/ou do recém-nascido” (art. 1º da Portaria n. 28/21).

O evento determinante dessa ampliação do pagamento do benefício é um parto com vida e uma patologia incapacitante laboral. Não há menção ao aborto criminoso, um tema mal disciplinado na legislação com viés moral inadequado.

Resta claro que o escopo da medida é “resguardar a convivência entre mãe e filho para preservar seu contato no ambiente residencial, de forma a impedir que o tempo de licença seja reduzido nas hipóteses de partos com complicações médicas”.

### DATA DO INÍCIO DO BENEFÍCIO

O início dessa prorrogação inovadora não afeta Data do Início do Benefício - DIB do direito usual não foi alterado nem o seu período de quatro meses com 28 dias antes do parto e mais 91 dias após. Findo o prazo, por mais 120 dias, será ampliado e contado da data da internação da mãe ou do recém-nascido, uma extensão do benefício.

<sup>1</sup> Advogado especialista em Direito Previdenciário.



Note-se que ultrapassados os 120 dias normais e até mesmo os indigitados 14 dias, pode dar-se de algum tempo passado a segurada ser vítima das aludidas complicações e, de então, se mediarão os novos 120 dias.

O texto está mal explicitado e parece indicar que a norma ignora o auxílio-doença, que podia ser deferido antes e depois dos aludidos 120 dias do art. 71 do PBPS nos casos normais.

Preceitua que, se antes dos 28 dias que antecede o parto, caso a segurada seja acometida por uma incapacidade laboral (que antes definia o referido auxílio-doença) serão descontados dos novos 120 dias.

## **PERÍODO DE INTERNAÇÃO**

O mencionado período de internação passou a ser considerado um acréscimo no número de dias em que as mensalidades serão pagas, ou seja, não será limitado aos 120 dias.

Preserva-se o direito ao benefício, anterior e posterior excepcional por recomendação médica, no caso das duas semanas.

## **REQUERIMENTO DA PRORROGAÇÃO**

A exigência de um requerimento da prorrogação objeto da portaria é novidade, devendo fazê-lo pela Central 135, o que burocratiza o exercício do direito ao benefício.

O comprovante do protocolo de requerimento do salário-maternidade deverá conter a informação de que é necessário requerer o serviço de prorrogação para as hipóteses em que a segurada e/ou seu recém nascido precisarem ficar internados após o parto, por motivo de complicações médicas relacionadas aos nascidos.

## **INTERNAÇÕES SUBSEQUENTES**

Sobrevindo internações superiores a 30 dias a segurada interessada deverá requerer a prorrogação a cada período de 30 dias, sendo que esse novo pedido dar-se-á após a conclusão da análise do pedido anterior.

O procedimento da prorrogação reclama análise por parte do INSS, devendo a titular apresentar documentos médicos que comprovem a internação ou a alta, bem como o período de internação ou alta prevista, se houver, expedido pela entidade responsável pela internação e “encaminhar o requerimento para análise da Perícia Médica Federal por meio da subarefa “Análise Processual de Prorrogação de Salário-Maternidade”.

## **DECADÊNCIA DA PRETENSÃO DA PRORROGAÇÃO**

A contar de sua ocorrência o titular do direito tem prazo de 10 anos para solicitar o benefício (parágrafo único do art. 103 do PBPS).



## **DATA DE CESSAÇÃO DO BENEFÍCIO - DCB**

A nova alta será fixada conforme os seguintes parâmetros:

I - em se tratando de internação em curso, a DCB será fixada:

- a) na data resultante da DCB anterior somados os dias de internação, se inferior a 30 dias; ou
- b) no trigésimo dia após a DCB anterior quando a data da alta prevista for superior a 30 dias.

II - quando já houver ocorrido a alta, a DCB deverá ser fixada em 120 dias a contar da data da alta, ou em prazo menor, nos termos do § 5º e do § 3º do art. 1º.

## **SUPERVENIÊNCIA DE NOVAS INTERNAÇÕES**

Depois da alta, se houver novas internações em virtude de complicações decorrentes do parto, caberá à segurada solicitar novas prorrogações até a integralização do período de convivência de 120 dias.

Caracterizando, por assim dizer, uma espécie de auxílio-doença, mas com valor superior, em cada caso, já que o salário-maternidade não é 91% do salário de benefício, mas de 100% da sua remuneração, entendido que a parturiente deverá requerer as novas prorrogações.

Nesta circunstância a cada novo requerimento de prorrogação deverá ser acompanhado de novo atestado médico ou relatório de internação atualizado para análise da Perícia Médica Federal do INSS.

Se o atestado informar período de internação superior a 30 dias, a segurada deverá protocolar novo requerimento de prorrogação.

O preceito administrativo é bastante extensivo, ele admite a continuidade da manutenção em face de novas internações, sendo que o prazo de 120 dias será suspenso e recomeçará a correr após as novas altas, quantas vezes forem necessárias novas internações relacionadas ao parto.

## **FALECIMENTO DA SEGURADA**

Sem inovar em relação a legislação anterior, sobrevivendo o falecimento da segurada o benefício será pago até a Data do Óbito, ao cônjuge ou companheiro ou sucessores civis. Até porque é quem cuidará do bebê adoentado.

## **DIREITO DO PAI DA CRIANÇA**

*Per se*, o cônjuge ou companheiro (a), somente terá direito ao salário-maternidade no período de internação, quando esta for da criança e em decorrência do parto, e tenha ocorrido o falecimento da segurada.



## **RENDA MENSAL INICIAL**

Curiosamente, o salário-maternidade é pago pelo empregador, devido pelo INSS e custeado pelo contribuinte e, num sentido genérico, pelo consumidor, corresponde a 100% da remuneração da gestante sem observância do limite usual da Previdência Social de R\$ 6.433,57 (Portaria SEPRT n. 477/21).

## **ATIVIDADE LABORAL DA SEGURADA**

Numa hipótese difícil de ser caracterizada uma vez que a mulher estará internada, ele não poderá acumular a percepção da atividade remunerada com o benefício (art. 71-C), como já sucedia antes.

## **DESTINATÁRIO DO REQUERIMENTO**

O requerimento de prorrogação do salário-maternidade é dirigido ao empregador, quem desembolsa o benefício durante todo o período, incluindo a internação e o prazo do salário-maternidade legalmente previsto após a alta, ônus financeiro posteriormente cometido ao INSS.

## **EMPREGADA SEM DIREITO**

Conforme o parágrafo do art. 6º da Portaria não se aplica à “empregada do microempreendedor individual e à empregada com contrato de trabalho intermitente, sendo o pagamento do benefício efetuado diretamente pelo INSS durante todo o período”.

## **DATA DO INÍCIO DA VIGÊNCIA DA NORMA**

AADIN n. 6.327 produz efeitos retroativos, a contar de 13 de março de 2020, ainda que o requerimento da pretensão jurídica da prorrogação seja feito posteriormente a alta da internação.

Evidentemente, se houve fruição do auxílio-doença dever-se-á proceder aos devida acertos mensais.

## **PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL**

Esbarrando na atribuição do Poder Legislativo, o STF legislou e ignorou princípio constitucional da precedência do custeio.

Recebido em: 26 abr. 2021

Aceito em: 27 abr. 2021



## O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E O ACESSO À JUSTIÇA: DAS INFLUÊNCIAS ALEMÃS À VIA DOS DIREITOS

Adriana Goulart de Sena Orsini<sup>1</sup>  
Newton Teixeira Carvalho<sup>2</sup>  
Wilson de Freitas Monteiro<sup>3</sup>

### RESUMO

O presente artigo objetiva problematizar o instituto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas como instrumento processual que põe em risco a efetivação do acesso à justiça pela via dos direitos, destacando-se, para tanto, os obstáculos impostos pela lei processual aos indivíduos que pretendem acessar o Poder Judiciário, em questões de direito semelhantes. O estudo pretende discutir, a partir das reformas posteriores ao Código de Processo Civil de 1973, as influências provenientes do direito processual civil alemão que inspiraram o surgimento do brasileiro IRDR, a partir do Código de Processo Civil de 2015. A presente pesquisa também se propõe a apresentar dados referentes a instauração de IRDRs durante os anos de 2016, 2017 e 2018, bem como discutir as possíveis intersecções entre o IRDR e a perspectiva do acesso à justiça pela via dos direitos, em que pese, os direitos sociais. A hipótese aqui defendida é de que a redução do debate em primeira instância, por intermédio de ditames limitadores impostos por precedentes normativos pode acabar por sobrepor a própria lei.

**Palavras-chave:** IRDR. Acesso à justiça. Via dos direitos. Influências alemãs.

### ABSTRACT

This article aims to problematize the institute of the Repetitive Demands Resolution Incident as a procedural instrument that jeopardizes the effective access to justice through the way of the rights, highlighting, therefore, the obstacles imposed by procedural law on individuals who intend to access the Judiciary, on similar issues of law. The study intends to discuss, from the reforms after the 1973 Code of Civil

<sup>1</sup> Pós-doutora em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas - UDF - Brasília/DF. Doutora (2006) em Direito pelo Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Professora Doutora Associada 3 da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Membro do Corpo Permanente do Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.

<sup>2</sup> Pós-doutor em Investigação e Docência Universitária pelo Instituto Universitário Italiano de Rosário/Argentina. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Atualmente Terceiro Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família. Professor de Direito de Família da Escola Superior Dom Helder Câmara.

<sup>3</sup> Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, na linha de pesquisa Direitos Humanos e Estado Democrático de Direito: fundamentação, participação e efetividade - área de estudo: Acesso à justiça, direitos humanos e soluções consensuais de conflitos.



Procedure, the influences from the German civil procedural law that inspired the emergence of the Brazilian RDRI, from the 2015 Code of Civil Procedure. This research also proposes to present data regarding the establishment of RDRI during the years 2016, 2017 and 2018, as well as to discuss the possible intersections between the RDRI and the perspective of access to justice through the way of the rights, despite the social rights. The hypothesis defended here is that the reduction of the debate in the first instance, through limiting dictates imposed by normative precedents, can end up superimposing the law itself.

**Keywords:** RDRI. Access to justice. Way of the rights. German influences.

## 1 INTRODUÇÃO

Ao dispor sobre as normas fundamentais do direito processual civil brasileiro, o Código de Processo Civil de 2015 fez as vezes de contemplar os princípios da ampla defesa e do devido processo legal de modo muito mais escrutinado que o seu anterior, o chamado código Buzaid. Contudo, em alguns casos, o que se percebeu na prática judiciária foi uma distante efetivação desses princípios, o que se revela um contrassenso, pois, fazendo as vezes de garantir a democratização do direito, o referido código determina expressamente que o processo deve ser participativo, com as partes e o juiz prezando pelo contraditório, pela paridade de tratamento e pela cooperação entre si (BRASIL, 2015).

Nesse mesmo contexto, o legislador importou um procedimento característico da onda de democratização do processo, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR, judiciousa técnica muito comum na Alemanha, que foi trazida para o Brasil pela mais recente codificação processual civil e se apresenta como uma forma inovadora de garantia do acesso à jurisdição por grandes grupos. Entretanto, para alguns críticos, este mesmo mecanismo é nada menos que uma forma de exclusão do acesso à jurisdição por pessoas que intentem alcançar a resolução de seus conflitos no Poder Judiciário nas proporções de suas particularidades.

Assim, partindo da perspectiva de uma lei processual vigente há pouco mais de cinco anos, torna-se importante verificar se realmente tal incidente vem sendo percebido como uma medida processual efetiva e condizente com o devido processo legal, bem como efetiva quanto a proteção dos direitos sociais. A hipótese levantada, para a questão posta nesta pesquisa, aponta que a redução do debate em primeira instância, por intermédio de ditames limitadores impostos por precedentes normativos, se revela controversa, vez que podem acabar por sobrepor a própria lei.

Inicialmente, serão mencionadas algumas reformas posteriores ao Código de Processo Civil de 1973, provenientes da redemocratização. Em seguida, serão apresentados alguns procedimentos característicos do processo civil alemão (*verbandssklagen* e *musterverfahren*), semelhantes em alguns aspectos ao brasileiro IRDR. Posteriormente, serão trazidos dados referentes às matérias suscitadas em sede de IRDR, o levantamento gráfico do exame de admissibilidade de incidentes por alguns tribunais estaduais e a diferença percentual entre os IRDRs admitidos e não admitidos na região Sudeste, ao longo dos anos de 2016, 2017 e 2018, de acordo com o I Relatório de Pesquisa do Observatório Brasileiro de IRDRs, de novembro de 2019. Então, serão



trabalhadas as possíveis intersecções entre o IRDR e a perspectiva do acesso à justiça pela via dos direitos, em que pese, os direitos sociais.

Quanto aos aspectos técnicos, a pesquisa proposta se enquadra na vertente metodológica jurídico-social. Com relação ao tipo de investigação adotado, de acordo com a classificação de Gustin, Dias e Nicácio (2020), foi selecionado o jurídico-projetivo.

## 2 BREVES NOTAS SOBRE AS REFORMAS POSTERIORES AO CÓDIGO BUZAID

O atual Código de Processo Civil, em um capítulo específico, trata das normas fundamentais do direito processual civil brasileiro, esquadrihando o devido processo legal. No entanto, a ampla efetividade deste princípio ainda não é aplicável em sua inteireza, assim como ocorre com outros que também não são totalmente garantidos nos atos processuais de grande parcela das ações em curso no país, como a ampla defesa, o contraditório e a isonomia entre as partes. O mapeamento desta problemática talvez tenha suas respostas nos resquícios dos efeitos produzidos pela codificação imediatamente anterior.

O Código de Processo Civil de 1973 - comumente chamado de código Buzaid, em referência a um de seus principais elaboradores, o então ministro da justiça dos governos militares, Alfredo Buzaid - foi conhecido por secundarizar a efetiva solução do conflito que se desenvolvia no espectro judicial, valorizando a percepção de que o conflito se tratava de um fenômeno que deveria ser negado e não solucionado no mérito do pedido levado ao Poder Judiciário. Observava-se, inclusive, um modelo de individualização do conflito entre autor e réu, o qual Mascaro (2008) reconhece como correspondente à logística liberal que impede a apreciação pelo Poder Judiciário das demandas advindas de conflitos sociais.

O código Buzaid não se preocupou com a coletividade, tampouco zelou por uma justiça social e inclusiva. Naquela época, a lei de 1973 se atentava às críticas do capital internacional, que exigia um processo pautado por garantias de menos liberdades aos juízes, principalmente os de primeira instância, por estarem mais próximos dos hipossuficientes e, portanto, propensos a proferir julgamentos mais humanizados e preocupados, sobremaneira, com a ausência de atuação do Estado na vida destas pessoas (MASCARO, 2008). De acordo, o código anterior

não via dificuldades na demora do processo nem no acúmulo de oportunidades recursais para a apreciação dos vários graus do Poder Judiciário, porque isto, no fundo, representava um controle contínuo das meras decisões. A grande preocupação do Código, de 1973, bem como dos anteriores, nunca foi com a Justiça processual, mas sim com a segurança. Neste patamar é que se assentam os interesses com o processo civil em grande parte do século XX no Brasil (MASCARO, 2001, p. 413).

O rompimento com o padrão imposto pelo Código de 1973 se iniciou com as constantes reformas provenientes de conquistas sociais, efetivadas até o advento do Código de 2015, marcando a ruptura da lógica de controle e individualização no processo civil. Assim, a partir da redemocratização, formou-se um cenário propício às reformas



processuais no Brasil, as quais foram fortemente influenciadas pelos trabalhos sobre o acesso à justiça, de Cappelletti e Garth.

Com a publicação dos resultados do Projeto Florença, trabalho científico desenvolvido a partir de um estudo comparado em diversos países, Cappelletti e Garth (1988) pretenderam mapear o *modus operandi* da lei substantiva e a frequência de sua execução, verificando qual sujeito seria beneficiado e o impacto social disso. Partindo desta compreensão, “os obstáculos ao acesso à justiça, segundo os autores, envolviam custos processuais, gasto econômico com deslocamento, tempo despendido fora do trabalho, além da representatividade dos direitos coletivos nos sistemas judiciais e, ainda, o formalismo exacerbado nos procedimentos” (SENA, 2020, p. 16).

De acordo com Sena (2020, p. 16), em análise à obra de Cappelletti e Garth,

As “ondas renovatórias” trouxeram soluções como a assistência jurídica e judiciária gratuita e a representação adequada dos direitos e interesses difusos e coletivos, com a adaptação dos procedimentos processuais para o recebimento de demandas envolvendo esses temas. Além disso, propiciaram a criação de órgãos especializados para a defesa desses direitos, como o Ministério Público, e apresentaram, na última onda, a necessidade de um novo enfoque para a questão do acesso à justiça considerando os meios complementares (v.g. mediação e conciliação) de solução de conflitos.

Contudo, ainda que se percebesse a formação de um cenário onde o efetivo acesso à justiça passou a ser uma preocupação legitimada a todos, paralelamente se constatou uma tendência de aproximação do processo civil brasileiro aos demais modelos de processo civil do mundo e um rompimento com a tradição romano-germânica. Referido movimento oportunizou a importação de alguns institutos europeus, sem o cuidado de adequá-los devidamente à realidade brasileira, como é o caso do IRDR.

### 3 AS INSPIRAÇÕES ALEMÃS DO IRDR

O IRDR está disposto entre os artigos 973 e 984 do Código de Processo Civil, sendo uma inspiração direta de alguns modelos alemães, adaptado em poucos aspectos à dinâmica processual brasileira. De acordo com Tupinambá (2018, p. 158),

o incidente é uma das grandes apostas do diploma processual, com intuito de firmar uma tese jurídica única aplicável a todos os casos repetitivos, a partir de procedimento incidental em que se forme um modelo da controvérsia, conferindo prestação jurisdicional isonômica e previsível aos jurisdicionados e reduzindo o asoerboamento do Poder Judiciário com demandas seriadas.

O instituto delimita que verificada a existência de um processo repetitivo e reconhecida uma questão de direito homogênea, sua instauração é medida cabível. Este caráter de estrutura quase massificada decorre da experiência europeia, embora, lá,



A modalidade de defesa judicial dos interesses coletivos na Alemanha mais utilizada são as ações associativas ou as *Verbandsklagen*. Tais demandas de grupo possuem características essenciais, apesar de não terem tratamento comum e encontrando-se previstas em estatutos legais diversos. Os estatutos preveem expressamente a legitimação das associações no âmbito do direito processual civil de forma bastante ampla. Todavia, as ações associativas não servem para a persecução de indenizações decorrentes de perdas e danos, o que vem sendo reclamado pela cada vez mais pela doutrina. A tutela prestada é restrita a obrigações de fazer e não fazer (TUPINAMBÁ, 2018, p. 156).

Também complementa a experiência alemã o procedimento-modelo tedesco. Este, por sua vez, não é propriamente uma ação coletiva, mas não deixa de ser uma possibilidade de coletivização de demandas individuais. A diferença crucial do modelo tedesco em relação às *verbandsklagen* é a preocupação com a representatividade, aspecto tempestuoso nas hipóteses de substituição processual, haja vista que muitas vezes tende a obstaculizar o conhecimento do mérito da questão (TUPINAMBÁ, 2018, p. 156).

Nas palavras de Tupinambá (2018, p. 156), no modelo tedesco,

O formato representativo cede lugar “ao que interessa”, ou seja, à identidade de questões comuns em uma pilha de pretensões individuais, permitindo solução conjunta de temas idênticos, e evitando complicações ligadas à legitimidade ou coisa julgada das ações originariamente coletivas, sem falar que a identidade de soluções para questões iguais reforça positivamente a credibilidade do Judiciário.

Já o “modelo brasileiro”, por assim dizer, pode ser instaurado de ofício, pelo juiz ou pelo relator, até mesmo a requerimento das partes, do Ministério Público ou da Defensoria Pública. Em termos práticos,

o IRDR permite que se julgue conjuntamente as questões de direito que sejam iguais para diversos processos individuais. Assim, identificada a repetitividade de questões, propõe-se o incidente e o Tribunal competente julga a questão afetada nas causas piloto, impondo o resultado do julgamento a todas as demais demandas individuais (apenas quanto à questão repetida). É dizer: as demandas repetitivas serão julgadas em sua plenitude, respeitando-se o resultado do incidente (TUPINAMBÁ, 2018, p. 158).

Por razão das afirmações trazidas, Tupinambá (2018, p. 154) leciona que “o direito comparado há muito tem revelado busca por sistemáticas que levem em consideração valores como celeridade, eficiência e amplitude ao acesso à justiça”. Nesse sentido, é imperativo destacar a referência que talvez mais se assemelhe ao IRDR, pela preocupação com a coletividade e rapidez na prestação jurisdicional, o procedimento-modelo alemão em matéria civil, introduzido em 2005 no sistema processual germânico pela legislação chamada *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz*.



A respeito do desenvolvimento da *KapMug*, forma abreviada de se referir à *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz*, Rezende (2014, p. 112) assevera que

Antes da edição desta lei já havia a sua aplicabilidade no direito administrativo quando em 1991 houve a reforma no Código de Processo Administrativo - *Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO)*. Nesta alteração legislativa foi incluído o *Musterverfahren* no § 93a, todavia, com aplicação restrita as matérias albergadas pelo Tribunal Administrativo (atualmente, também é admitida a sua aplicação para as demandas de competência do Tribunal Social com redação semelhante ao *VwGO* na *Sozialgerichtsgesetz – SGG – §114a*).

À vista disso, embora a sua origem remeta aos anos 1990, os aspectos procedimentais do *musterverfahren* mais parecidos com os do brasileiro IRDR são os instituídos pela lei alemã de 2005, propriamente. Sobre o desenvolvimento desses aspectos do procedimento-modelo, como determina a *KapMug*, este

opera em três fases distintas: em primeira fase, no início dos procedimentos do caso modelo, com a fase de abertura em que o tribunal regional (primeira instância), na aplicação de pelo menos dez partes, ordena a iniciação de intermediário processo e determina as questões de direito ou de fato a serem ali decididas. Já na segunda fase, as reivindicações pendentes serão suspensas, pois a questão modelo é decidida pelo tribunal regional de apelação competente (o Superior Tribunal), que nomeia um ou vários requerentes-modelo. Finalmente, na terceira fase, novamente o tribunal de primeira instância decide cada caso com base nos resultados obtidos na fase anterior. É importante notar que o *KapMuG* opera exclusivamente como um processo intermediário para reivindicações semelhantes que já estão pendentes (CHASE *et al.*, 2007, p. 415, tradução nossa).

Posto isto, o denominado *musterverfahren* se trata de um modelo voltado para a tutela de ações coletivas, definido pela fixação de um posicionamento sobre questões de fato ou de direito, em causa diferentes. A forma deste procedimento consiste no julgamento de um único caso paradigmático que terá sua decisão aplicada em todas as lides semelhantes (CABRAL, 2007).

Ressalta-se que o procedimento-modelo alemão tem bastante destaque no ordenamento jurídico germânico por causa de um incidente no mercado de ações, envolvendo a *Deutsche Telekom*, a maior companhia de telecomunicações da Alemanha e da União Europeia. No emblemático episódio, milhares de investidores se sentiram lesados pela errônea veiculação de ações da referida empresa, na Bolsa de Valores de Frankfurt, o que levou à propositura de milhares de ações perante o tribunal da mencionada cidade, requerendo valores que, somados, ultrapassavam a casa dos milhões de euros (CABRAL, 2007).

Assim, embora o alcance dessas experiências em muitos sistemas pelo mundo tenha conferido igualdade entre pequenos litigantes e grandes réus, como ocorreu na Alemanha, a realidade brasileira é completamente diferente pois se sustenta em uma



democracia ainda jovem. Consequentemente, a lente a ser aplicada sobre a importação de um instituto deve pender para a cautela com os indivíduos e os lugares de onde falam, assim como fizeram os modelos que o inspiraram.

#### 4 PERSPECTIVAS E NÚMEROS DO IRDR PELO BRASIL

No Brasil, quando distribuídas inúmeras ações em um determinado estado, o incidente poderá ser instaurado e, se admitido, por conseguinte, será determinada a suspensão dos processos em trâmite no momento, até uma decisão vinculativa ser prolatada. Sobre a força vinculante da resolução das demandas repetitivas, Marinoni (2018, p. 500) traz os seguintes esclarecimentos acerca da legitimidade constitucional de tais precedentes:

O incidente de resolução de demandas repetitivas nada mais é do que processo em que se discute e decide questão prejudicial à solução de casos pendentes. Como é óbvio, a decisão do incidente está muito longe de poder ser vista como precedente que atribui sentido ao direito e, por isso, regula a vida em sociedade e obriga os juízes dos casos futuros. Por esse motivo, o incidente, nos moldes em que regulado pelo Código de Processo Civil de 2015, não detém legitimidade constitucional. A alternativa para a correção da inconstitucionalidade está na convocação dos legitimados à tutela dos direitos individuais homogêneos para intervirem na defesa dos direitos dos litigantes cuja questão é posta à discussão. Isso, porém, não pode excluir a possibilidade de o Ministério Público também intervir para tutelar os direitos, tenha um legitimado já ingressado no processo ou não. Aliás, o Ministério Público, em caso de falta de intervenção de qualquer outro legitimado, deve obrigatoriamente participar em nome da tutela dos terceiros.

Assim, na crescente do pensamento de Marinoni, tecendo alguns comentários sobre os aspectos procedimentais, Mendes e Temer (2016, p. 313) afirmam que,

Em síntese, havendo uma questão comum de direito, repetida em diversos processos – individuais ou coletivos –, poderá ser instaurado o incidente para que, a partir de um ou mais processo(s), seja formado um “modelo” do conflito repetitivo, para que a questão jurídica controvertida seja levada à apreciação do tribunal. O tribunal, por ocasião do julgamento e da definição da tese jurídica aplicável aos casos homogêneos, deverá ouvir amplamente todos os interessados para que profira decisão completa, que sirva como padrão decisório para os casos repetitivos. Por outro lado, enquanto tramitar o incidente, todos os processos que versem sobre igual matéria deverão permanecer sobrestados, aguardando a definição da tese jurídica.

Por conspícua percepção, o IRDR é um instituto polêmico. A título de exemplo, se várias ações forem propostas em face de uma mesma empresa, decorrentes do

rompimento de uma barragem à montante, a própria empresa, verificando que os danos morais estão sendo arbitrados de maneira diferente para cada litigante, poderá propor o incidente, suspendendo a tramitação da ação em todo o estado, como exemplificado pelo notório caso do IRDR da Samarco, julgado pela Segunda Seção Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em outubro de 2019\*. Após julgado o incidente, a tese ditada deverá ser acatada por todos os juízes e, conseqüentemente, a singularidade de cada caso restará desprezada, uma vez que todos os processos serão analisados de imediato, mesmo que tratem de fixação de danos morais, os quais a própria lei não tarifou.

Ante à exposição, a realidade dos incidentes é ainda mais preocupante quando os números são analisados. Demonstrando com mais clareza esta realidade, segundo os dados levantados pelo I Relatório de Pesquisa do Observatório Brasileiro de IRDRs, de novembro de 2019, é bem alta a quantidade de instaurações do incidente, desde o seu surgimento em 2015. No tangente aos temas em que a suscitação e a admissão de incidentes é maior, se destacam os de direito administrativo, sendo 253 (duzentos e cinquenta e três) IRDRs levados a julgamento de admissibilidade e 87 (oitenta e sete) admitidos. Na sequência, vieram os temas de direito processual, sendo 195 (cento e noventa e cinco) incidentes instaurados e 52 (cinquenta e dois) admitidos (ZUFELATO, 2019, p. 66). Seguem os dados de instauração em gráfico:

### GRÁFICO 1 – MATÉRIAS SUSCITADAS

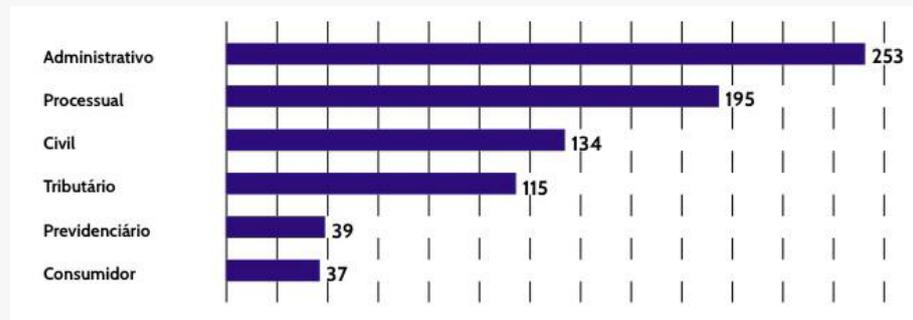


Gráfico retirado do I Relatório de Pesquisa do Observatório Brasileiro de IRDRs, 2019, p. 66.

Nos moldes dos temas apresentados no gráfico acima, Zufelato (2019, p. 67) destaca que

\* A Segunda Seção Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, presidida pelo então 1º vice-presidente do TJMG, desembargador Afrânio Vilela, julgou em 24 de outubro de 2019 o IRDR nº 1.0273.16.000131-2/001, que tratou das ações referentes à interrupção do fornecimento de água pelo sistema público de distribuição nas cidades que captam água do Rio Doce, em decorrência do rompimento da barragem do Fundão, da mineradora Samarco, em Mariana, em novembro de 2015. Os magistrados fixaram cinco teses sobre o efeito dos danos causados aos moradores do Vale do Rio Doce, em razão do acidente. Essas teses passaram a ter o condão de nortear o julgamento de todos os casos semelhantes (TJMG, 2019).

A predominância de incidentes que tratam de questões de direito administrativo é notória, incidindo em 37,37% do total de IRDRs suscitados. Após, são também de maior expressividade os incidentes sobre matérias relativas a direito processual (29,23%), direito civil (19,79%) e direito tributário (16,98%). Já direito previdenciário (5,76%), direito do consumidor (5,46%), direito constitucional (4,13%), direito penal (1,32%), direito ambiental (1,18%) e direito empresarial (0,88%) são matérias menos recorrentes na suscitação de IRDR. Direito do trabalho, direito militar, direito financeiro, direito dos seguros privados e direitos da criança e do adolescente foram objeto de apenas uma suscitação, representando, cada um, 0,15% do total.

Com relação aos julgamentos de mérito nos IRDRs, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais foi a corte com o número mais expressivo entre 2016 e 2018, sendo, ao todo, 17 (dezessete) incidentes julgados. Dos julgamentos de mérito em escala nacional, é apontado que em apenas 01(um) caso tenha havido modulação de efeitos quando da fixação da tese, em um incidente que tramitou perante o Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Por sua vez, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios foi a corte em que se constatou o maior número de recursos interpostos perante os tribunais superiores contra acórdãos de julgamento de mérito de IRDR, quais sejam, 05 (cinco) recursos (ZUFELATO, 2019). Também conforme o relatório do observatório (2019, p. 48), o Sudeste é a região que concentrava o maior número de IRDRs. Vide o gráfico:

**GRÁFICO 2 - RESULTADO DO EXAME DE ADMISSIBILIDADE (REGIÃO SUDESTE)**

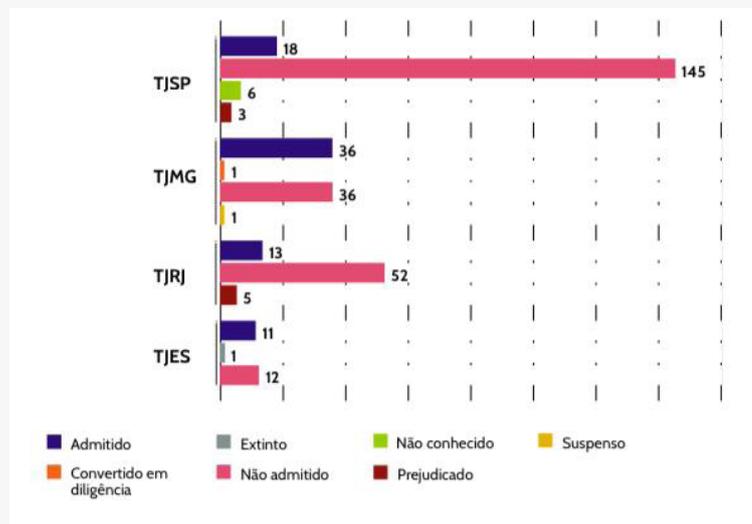


Gráfico retirado do I Relatório de Pesquisas do Observatório Brasileiro de IRDRs, 2019, p. 48.

Sobre a robusta quantidades de incidentes no Sudeste, o relatório levanta que se destacam o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro com maior proporção de incidentes inadmitidos. Já o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e o Tribunal de Justiça do Espírito Santo estão bem

equilibrados, no entanto, em termos gerais, a proporção de não admitidos e admitidos é de 76% (setenta e seis por cento) para 24% (vinte e quatro por cento) (ZUFELATO, 2019, p. 48). Veja o seguinte gráfico colacionado:

### GRÁFICO 3 – ADMITIDOS E NÃO ADMITIDOS (REGIÃO SUDESTE)

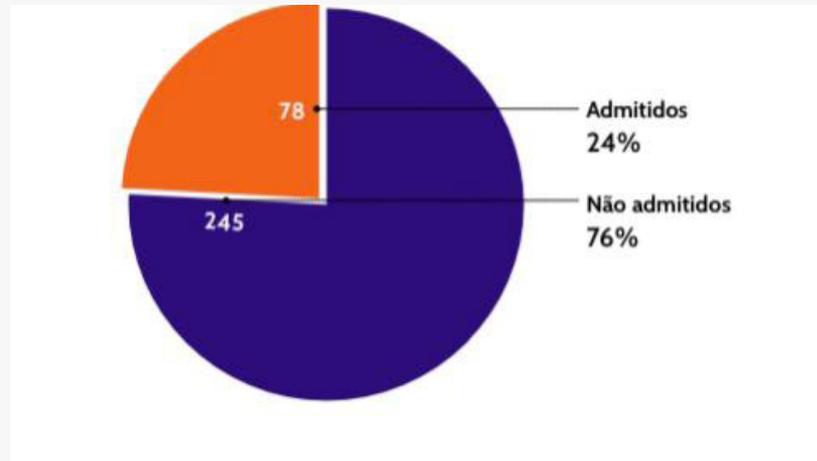


Gráfico retirado do I Relatório de Pesquisas do Observatório Brasileiro de IRDRs, 2019, p. 48.

Desta forma, tendo consciência dos vultosos números de incidentes instaurados nos últimos anos e reconhecendo a observância ao contraditório como a tônica maior do Código de Processo Civil, tem-se que o IRDR acaba por desprezá-lo, eis que não há garantia de oportunidades para todas as pessoas debaterem seus próprios interesses, com o escopo de influir no julgamento das lides individuais.

## 5 O IRDR E O ACESSO À JUSTIÇA PELA VIA DOS DIREITOS SOCIAIS

Ainda que o IRDR tenha o condão de reduzir o número de demandas no Judiciário, no tocante às ações que tratem de controvérsias sobre a mesma questão de direito, o procedimento por si só não é suficiente para evitar o ajuizamento de milhares de demandas repetitivas, haja vista que o incidente só poderá ser instaurado mediante a percepção de repetidos processos semelhantes (OLIVEIRA, 2015).

A partir desta afirmação, Oliveira (2015, p. 253) sustenta que

A decisão com eficácia vinculante proveniente do IRDR não resolve diretamente uma pluralidade de litígios repetitivos, mas a tese jurídica por ele fixada é que deve ser, posteriormente aplicada aos casos concretos pelos juízes dos respectivos processos repetitivos pendentes. É como se a norma viesse pronta e acabada, substituindo as alegações das partes, a fundamentação e a problematização da decisão, tornando desnecessária a interpretação da lei ou do texto constitucional, assim como o exame das alegações das partes para a resolução dos processos repetitivos sobrestados.



Logo, o IRDR está inserido no regime de julgamento por amostragem, com repercussão nos processos em tramitação em segunda instância, como dispõe o texto dos arts. 927, inciso III e 985, incisos I e II, do referido código<sup>2</sup>. Trata-se de uma diretriz com o condão de atingir todo o território nacional, através de recursos extraordinário ou especial, se a solução do incidente vier a ser objeto de acórdão de mérito junto àqueles tribunais, como diz o art. 987, § 2º, do Código de Processo Civil<sup>3</sup>.

Assim, com a prevalência do incidente em nosso ordenamento jurídico, uma nova modalidade de tutela jurisdicional, denominada plurindividual, se coloca presente entre e em oposição às tutelas individual e coletiva. Portanto, retomando as discussões sobre o acesso à justiça, destaca-se a relevância de se atentar aos possíveis impactos do IRDR também por esta perspectiva, vez que o acesso, como defendem Cappelletti e Garth (1988), é o mais básico dos direitos humanos em um sistema jurídico que intente não apenas proclamar direitos, mas, sobretudo, garanti-los de maneira igualitária a todos.

Insta salientar que a teoria do acesso à justiça ganhou novos contornos a partir dos estudos de Avritzer, Marona e Gomes (2014), que desenvolveram o conceito do “acesso à justiça pela via dos direitos”. Esta concepção,

sob a ótica da efetividade, articula uma compreensão onde a justiça será atingida quando indivíduos, grupos e coletivos lesados tiverem a consciência, a oportunidade de conhecer e de se informar acerca de seus direitos, satisfatoriamente. Pressupõe, portanto, políticas públicas, judiciárias e judiciais, no âmbito da informação, educação e divulgação de conhecimento jurídicos, que visem a capacitar os cidadãos e as comunidades para, por si mesmos, perante uma situação de desrespeito, violação, exclusão, ofensa ou privação de direitos, a reconheçam como tal e haja recurso a uma instância ou entidade capaz de resolver eventuais conflitos, bem como a efetiva reparação de injustiça ou desigualdade ocasionada pela violação do direito (SENA, 2020, p. 16).

A vertente mais tradicional do campo científico do Direito compreende o acesso à justiça como o acesso à jurisdição, conceituação esta que, a princípio, se confundia com a própria ideia de acesso ao Poder Judiciário. Todavia, não se deve equivaler

<sup>2</sup> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

[...] III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;

II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.

<sup>3</sup> Art. 987. Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso.

[...] § 2º Apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito.



justiça à jurisdição, tampouco a Judiciário, vez que são elementos diferentes, o que não descaracteriza o significativo papel exercido por referido Poder na conformação do escopo e do sentido do Direito ao solucionar conflitos, como um recurso precípua à ordem jurídica estatal (MARONA, 2013).

Para contemplar o acesso à justiça pela via dos direitos, é importante que as noções desses direitos sejam claras e inteligíveis aos indivíduos, de modo que lhes seja propiciado o conhecimento referente às suas possibilidades de tutelas e às suas garantias, respeitando as peculiaridades de cada caso em concreto. Sena (2020, p. 16-17) afirma que “no Brasil, a instância judiciária continua sendo primordial para a efetivação dos direitos, em que pese os movimentos para estabelecimento de uma esfera extrajudicial de solução de conflitos”, basta ver que o espaço central de solução de conflitos no Brasil ainda está concentrado no Poder Judiciário. A via dos direitos pode ser, portanto, promovida a partir dos direitos sociais, em virtude do propósito destes em concretizar a igualdade social no Estado democrático.

Na crescente do discutido, a título de exemplo, traz-se um posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande Sul, que sumariza a influência do instrumento processual em contendo, no que concerne à temática afeta ao trabalho, enquanto um direito social, como está disposto no art. 6º da Constituição da República. Em outubro de 2020, a Primeira Turma Cível da referida corte votou favorável à instauração de IRDR para estabelecer uniformidade sobre a possibilidade - ou não - da participação de cooperativas em licitações que tenham por objeto a contratação de mão-de-obra, com imposição de subordinação. Por efeito da decisão, todos os processos referentes ao tema ficam sobrestados e os indivíduos que, porventura, estiverem envolvidos ficam impedidos de discutir questões congêneres em primeira instância, até que sejam firmadas teses sobre a questão (BRASIL, 2020).

Assim sendo, considerando a centralidade do Poder Judiciário, a força vinculativa do IRDR tende a obstaculizar a possibilidade de os indivíduos exercerem plenamente seus direitos sociais, tal qual toda a coletividade afetada pela instauração do incidente. Segundo consta do Relatório analítico propositivo sobre ações coletivas no Brasil do Conselho Nacional de Justiça (2018, p. 222), “por estabelecer resultado uniforme para amplo conjunto de ações, o IRDR pode modificar sensivelmente o funcionamento das ações coletivas, especialmente nos casos de proteção dos direitos individuais homogêneos”. Portanto, é irrefutável a dimensão que os impactos da instauração do incidente tem – e podem continuar a ter - nas questões de causa e efeito, em relação aos indivíduos e seus grupos, razão pela qual o acesso à jurisdição deve estar agregado à via dos direitos, para que se mantenha preservada a concretude dos direitos sociais.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi exposto, entende-se que o IRDR se revela um mecanismo de obstáculo à efetivação do acesso à justiça pela via dos direitos, em especial os direitos sociais, ao passo que vai ao encontro do interesse das grandes empresas e conglomerados. O instituto limita a autonomia dos juízes de primeiro grau, que deverão acatar a tese proveniente do incidente instaurado, sem poder analisar as especificidades dos casos postos para exame.



Destarte, enquanto teses vinculativas, as discussões oriundas dos IRDR carecem de maiores reflexões sobre seus resultados práticos e ofendem os princípios constitucionais da legalidade e da separação de poderes, vez que os acórdãos proferidos têm caracteres normativos. Portanto, os discutidos efeitos somente poderiam aflorar no ordenamento jurídico brasileiro através de emenda constitucional e somente a lei, não a decisão judicial, pode obrigar *erga omnes*. Nota-se que o contraditório é desprezado, considerando que a coisa julgada advinda do IRDR estende sua eficácia a todos, isto é, até mesmo contra quem não participou do processo.

A palavra lei há que ser interpretada no contexto constitucional, como ato normativo proferido pelo Congresso Nacional e não como decisão proferida pelo Judiciário, com cunho obrigatório geral. A prevalecer tal tese, a democracia também restou prejudicada, o acesso à justiça enquanto acesso à jurisdição é marginalizado e os tribunais passam a ser instância legislativa, o que, como visto, sujeita à própria lei aos precedentes.

Recebido em: 24 maio 2021      Aceito em: 25 jul. 2021

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie; GOMES, Lilian. **Cartografia da Justiça no Brasil**. Belo Horizonte: Editora Saraiva, 2014

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm).

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *IRDR nº 70084345743*. Relator: Miguel Ângelo da Silva. Redator: João Barcelos de Souza Junior. Porto Alegre: 21 set. 2020.

CABRAL, Antônio do Passo. **O novo Procedimento-Modelo (Musterverfahren) alemão**: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, v. 147, p. 40-55, 2007.

CHASE, Oscar; HERSHKOFF, Helen; SILBERMAN, Linda J.; SORABJI, John; STÜRNER, Rolf; TANIGUCHI, Yasuhei; VARANO, Vincenzo. **Civil Litigation in Comparative Context**. 2 ed. St. Paul: West Academic, 2007, 607 p.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 5. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. Incidente de resolução de demandas repetitivas e recursos repetitivos: Entre precedente, coisa julgada sobre questão, direito subjetivo ao recurso especial e direito



fundamental de participar. In: Tereza Arruda Alvin, Fredie Didierq. (org.). **Novo Processo Civil**. 2 ed.. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, v. 7, p. 491-501. (Coleção Doutrinas Essenciais).  
MARONA, Marjorie. **Acesso à qual justiça?** a construção da cidadania brasileira para além da concepção liberal. Tese (doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2013.

MASCARO, Alysson Leandro Barbate. *As mudanças do processo civil e suas diretrizes atuais*. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 96, p. 411-420, 2001.

MASCARO, Alysson Leandro Barbate. **Crítica da legalidade e do direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008.

MENDES, Alúcio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de Resolução de demandas repetitivas no Novo Código de Processo Civil. In: Fredie Didier Jr.; Lucas Buriel de Macêdo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire. (org.). **Novo CPC doutrina selecionada**, v. 6: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. Salvador: Juspodivm, 2016, 313 p.

OLIVEIRA, Thais Hirata de. **Mecanismos processuais de gestão das demandas repetitivas pelo Poder Judiciário**. Dissertação (mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade São Paulo, Faculdade de Direito, 2015.

SENA, Adriana Goulart de, Orsini. Acesso à justiça: das ondas renovatórias ao contexto da pós-pandemia da COVID-19. **Juízes para a Democracia**, São Paulo, ano 20, n. 85, p. 16-17, jul. 2020.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO (Brasil). **Ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva**. Brasília: CNJ, 2018. 236 p. (Justiça Pesquisa). Relatório analítico propositivo.

TJMG julga IRDR da Samarco. **Novo Portal TJMG**, 24 out. 2019. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/tjmg-julga-irdr-da-samarco-1.htm#.YKJyC6hKjIU>. Acesso em: 17 mai. 2021.

REZENDE, Caroline Gaudio. O Contraditório (ou a sua ausência) no Musterverfahren brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. XIII, p. 102, 2014.

TUPINAMBÁ, Carolina. O incidente de resolução de demandas repetitivas na Justiça do Trabalho. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, PR, v. 7, n. 70, p. 151-170, jul. 2018.

ZUFELATO, Camilo (Org.). **I Relatório de Pesquisa do Observatório Brasileiro de IRDRs**. Ribeirão Preto: Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Universidade de São Paulo, 2019, 151 p.



## **A TUTELA DA EVIDÊNCIA NO PROCESSO JUDICIAL PREVIDENCIÁRIO: UM INSTRUMENTO EM FACE A BANALIZAÇÃO DOS PRECEDENTES E DA INADEQUADA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DO TEMPO DO PROCESSO**

Alberto Luiz Hanemann Bastos<sup>1</sup>

### **RESUMO**

O artigo pretende investigar em que medida o instituto da tutela da evidência pode ser manejado para mitigar as consequências deletérias da suspensão de processos individuais e coletivos sobrestados em razão da corriqueira admissão de Recursos Especiais e Extraordinários Repetitivos em matéria previdenciária. Num primeiro momento, explana-se que o direito previdenciário possui uma relação bastante delicada com a passagem do tempo, na medida em que os benefícios previdenciários visam acobertar situações de risco social, cuja perpetuação gera intensos abalos ao bem-estar físico, psicológico e financeiro dos segurados. Após, expõe-se as razões pelas quais o sobrestamento excessivo de processos, quando da admissão de Recursos Especiais e Extraordinários Repetitivos, acarreta a nulificação da autoridade de decisões de órgãos de uniformização de jurisprudência, bem como a inadequada distribuição do ônus do tempo do processo. Por fim, sugere-se a tutela da evidência como um possível mecanismo para que benefícios previdenciários sejam deferidos de imediato ao segurado, sem que tenha de esperar por longos anos o julgamento do Recurso Repetitivo que determinou a suspensão de seu processo.

**Palavras-chave:** Previdência social; direito processual civil; tutela antecipada; tutela da evidência.

## **THE RELIEF GRANTED FOR *PRIMA FACIE* RIGHTS IN THE SOCIAL SECURITY DUE PROCESS: A INSTRUMENT AGAINST THE TRIVIALIZATION OF THE PRECEDENTS AND THE INADEQUATE DISTRIBUTION OF THE BURDEN OF TIME ON PROCESS**

### **ABSTRACT**

This paper intends to investigate how the institute of the relief granted for *prima facie* rights could be used to mitigate the harmful consequences of the stay of individual and collective proceedings caused by the admission of Multiple Extraordinaries and Specials Appeals cases involving social security law. Firstly, is explained that social security law has a delicate relation with the issues involving the passage of time, because social security benefits aim to cover up situations of social risk, whose perpetuation amount much damages to physical, psychological and financial well-being of the citizens. Secondly, are exposed why the excessive stay of proceedings cause the nullification of the precedents authority and the inadequated division of the burden of time on process, especially when Multiple Special and Extraordinary Appels are admitted. Finally, the institute of the relief granted for *prima facie* rights is suggested as a possible mechanism to grant the immediately concession of social security benefits for the citizens, without compelling them to wait for years the judgment of the Multiple Extraordinaries and Specials Appels that determined the stay of the proceedings.

**Keywords:** Social security; procedural law; interlocutory relief; relief granted for *prima facie* rights.

<sup>1</sup> Mestrando em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade Federal do Paraná - UFPR.



## 1 INTRODUÇÃO

A efetividade do processo judicial, desde sempre, figura como um tema caro ao direito previdenciário. Seja pelo caráter alimentar das verbas provindas de aposentadorias, auxílios e pensões, pela ínsita associação dos benefícios previdenciários ao *risco social* ou pela usual situação de vulnerabilidade econômica dos segurados do RGPS, é certo que às demandas previdenciárias deve-se conferir um especial tipo de celeridade.

De fato, nos litígios envolvendo matéria previdenciária, todas as diligências do processo judicial devem ser direcionadas à célere resolução da situação de dúvida acerca do direito à percepção do benefício almejado, pois, enquanto a tutela jurisdicional (provisória ou definitiva) não é outorgada ao segurado, as contingências sociais continuarão a lhe fulminar o bem-estar físico, psicológico e financeiro.

Nada obstante, o atual cenário forense é permeado por um fator bastante significativo no que diz respeito à *inefetividade* da jurisdição previdenciária: trata-se da excessiva determinação de sobrestamento de processos judiciais que são afetados pelo rito dos Recursos Especiais e Extraordinários repetitivos. Não são raras as situações em que processos judiciais são paralisados em razão de ordem de sobrestamento determinada pelas Cortes de Vértice e permanecem por anos sem qualquer perspectiva de movimentação. Claros exemplos dessa conjuntura podem ser visualizados no Recurso Extraordinário nº. 1.276/977/DF, no qual foi determinada a suspensão de todos os processos envolvendo a tese da *revisão de uma vida toda*, bem como no Agravo Regimental na Petição 8.002, em que o Supremo Tribunal Federal determinou o sobrestamento de todos os processos que envolvessem a temática da extensão do acréscimo de 25% previsto no art. 45 da Lei 8.213/91 a todos os benefícios previdenciários.

Decerto, a desmedida e corriqueira determinação da suspensão de processos previdenciários prejudica uma série de garantias processuais e materiais dos segurados, sobretudo no que diz respeito ao plexo de direitos ligados à *razoável duração do processo* (art. 5º, inciso LXXXV, da Constituição Federal e art. 4º do CPC), à *tutela jurisdicional efetiva* (art. 5º, inciso XXV, e 37, ambos da Constituição Federal) e à *igualdade de tratamento entre os litigantes* (art. 5º, inciso I, da Constituição Federal e art. 7º do CPC). Nesse intrincado panorama, o presente trabalho tem como escopo a apresentação de reflexões sobre como mitigar os efeitos deletérios do sobrestamento de processos em matéria previdenciária.

## 2 MATERIAIS E MÉTODOS

O estudo se valeu precipuaemente do método analítico-bibliográfico, com vistas a revisar os principais marcos teóricos atinentes à temática do direito previdenciário e do direito processual civil.

Além disso, o trabalho utilizou a metódica do estudo de casos, para fins de perquirir os principais Recursos Especiais e Extraordinários Repetitivos que, de alguma forma, determinaram o sobrestamento de processos previdenciários individuais e coletivos em nível nacional. Nesse sentido, a análise se enfocou principalmente nos julgamentos do Recurso Especial nº. 1.648.305/RS e do Recurso Extraordinário nº. 1.276.977, ambos pendentes de apreciação definitiva pelo Poder Judiciário.



### 3 O TEMPO E O DIREITO PREVIDENCIÁRIO

O tempo se trata de um dos fatores mais presentes e mais relevantes do cotidiano. Embora essa seja uma informação instintiva (e praticamente banal), poucos se apercebem que o processo possui uma espécie de temporalidade própria, cujos contornos, não raro, desvencilham-se dos ditames do tempo ordinário mensurado nos relógios e calendários. Essa circunstância é acuradamente percebida por L.A. Becker:

Graças à existência de temporalidades, andamentos, ritmos e camadas temporais próprias, magia, jogo, arte e processo conseguem manipular o tempo – ou melhor, suas temporalidades próprias, suas camadas temporais próprias – quase que a bel-prazer, em desprezo à temporalidade externa (BECKER, 2012, p. 244).

As camadas temporais do processo envolvem uma série de fenômenos particulares, que causam uma espécie de miscelânea na temporalidade ordinária: o efeito suspensivo dos recursos gera uma espécie de sustação dos atos praticados do mundo material, impedindo a sua natural e contínua projeção; a concessão de tutelas provisórias encadeia uma espécie de “salto temporal” no mundo material, de modo a permitir que atos sejam praticados de maneira mais célere do que em seu curso ordinário; e, também, a cadência dos atos sensíveis é prontamente interrompida com a formação da coisa julgada. Como bem disserta Becker:

A questão da concessão ou não do efeito suspensivo no agravo de instrumento (art. 527, III, do CPC) evidencia a existência de camadas temporais dentro de um mesmo processo – no caso, a camada do agravo e a do processo principal. Concedido o efeito, o processo principal é congelado e seu prosseguimento passa a aguardar a solução do agravo, no ritmo do agravo; denegado o efeito, ambos prosseguem em seus próprios ritmos. [...] Mas o tempo processual também se bifurca na execução: o tempo da cognição congela na coisa julgada enquanto o da execução se inicia, até eventualmente ser suspenso por algum intervalo de cognição (embargos à execução, art. 739-A, § 1º, do CPC). [...] Para frente o processo também salta, quando elimina etapas – p. ex., o julgamento antecipado da lide (art. 330 do CPC). (BECKER, 2012, p. 242-244).

Daí desponta uma conclusão: o tempo do processo é diverso do tempo ordinário. Tratam-se de tempos socialmente distintos, pois, segundo pondera o jurista Marco Félix Jobim, existem fenômenos que ocorrem no processo que, definitivamente, “não conseguem ser explicados pela noção métrica de tempo, como a demora na distribuição e na conclusão de um processo, tempo esse sagrado das partes e que lhes é retirado sem qualquer explicação plausível” (JOBIM, 2012, p. 62).

Apesar disso, imperioso salientar que, no campo do direito previdenciário, os influxos e as consequências da passagem do tempo ordinário detêm fulcral importância, não podendo ser olvidados pelos sujeitos envolvidos em litígios dessa ordem. De fato,



essa importância do fator “*tempo*” decorre especialmente da constatação de que às demandas previdenciárias deve ser conferido um *tipo especial de celeridade*.

A *celeridade* do processo previdenciário se justifica, primeiramente, pela própria natureza do bem jurídico vindicado perante a jurisdição. O benefício previdenciário constitui um bem jurídico de caráter alimentar e, mais do que isso, um direito fundamental que visa acobertar o sofrimento humano em situações de adversidade (SAVARIS, 2018, p. 55-58). Por incorporarem garantias dessa magnitude, é possível concluir que elas são revolvidas pelo mote da *imediatez*, de modo que os direitos ligados à Seguridade Social “devem ser entregues de imediato pela jurisdição, tendo em vista o seu conteúdo e seus objetivos, não bastando a mera possibilidade de acesso formal à prestação jurisdicional” (SERAU JUNIOR, 2020, p. 204).

Nessa linha, mais do que recepcionar petições responsáveis por veicular benefícios previdenciários, é preciso que o processo judicial como um todo se atente à noção de que tais bens jurídicos estão intimamente associados à dignidade humana, razão pela qual o atraso indevido na entrega de aposentadorias, pensões e auxílios implica, inarredavelmente, a violação à própria dignidade dos segurados. Conforme nota Tucci:

[...] a excessiva dilação temporal das controvérsias judiciais vulnera *ex radice* o direito a um processo sem atrasos injustificados, acabando por ocasionar uma série gravíssima de inconvenientes para todos os integrantes do processo. Como igualmente lembrado: *justiça tardia corresponde à verdadeira denegação de justiça*. (TUCCI, 1997, p. 150).

Além disso, a *especial celeridade* do processo previdenciário tem guarida no fato de que os indivíduos que pleiteiam uma prestação previdenciária usualmente se encontram numa *presumível situação de risco* (SAVARIS, 2018, p. 58-59).

Isso porque, muito além da lesão ao seu direito, o requerente de benefícios previdenciários resta desprovido do rendimento necessário para as suas necessidades básicas. Basta notar que os fatos geradores de prestações previdenciárias incidem justamente nos momentos de privação de bem-estar: quando o indivíduo se encontra desprovido de saúde – circunstância que gera o direito aos benefícios de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez e auxílio-acidente; combatido pela idade avançada – o que gerará o direito à aposentadoria por idade, à aposentadoria por tempo de contribuição ou, após a vigência da EC nº. 103/19, à aposentadoria programada; desamparado em razão do falecimento de um ente familiar mantenedor de seu núcleo de convivência – fato que acarretará a concessão de pensão por morte.

É de se assentir com Lazzari e Castro no sentido de que a Previdência Social se trata do ramo do direito destinado à “proteção de todo o indivíduo [...] dos riscos decorrentes da perda ou redução, permanente ou temporária, das condições de obter seu próprio sustento” (CASTRO; PEREIRA, 2020, p. 21). Sem o deferimento do benefício previdenciário, o segurado permanece destituído dos bens necessários à satisfação de suas necessidades básicas.

O processo previdenciário deve ser direcionado ao acautelamento da situação de risco do segurado de modo especialmente célere, mormente para evitar que as contingências fulminem o seu bem-estar físico e psicológico. Como bem aponta Serau Jr.:



[...] a natureza da relação jurídica discutida neste específico tipo de demanda (concernente à sobrevivência/subsistência humana), bem como, em muitos casos, a consideração sobre os legitimados a figurar no polo ativo (pessoas com elevada idade), revelam a necessidade de assegurar-se, ao Processo Judicial Previdenciário, sua específica celeridade, independentemente da garantia real concedida a todos os processos judiciais e administrativos (SERAU JUNIOR, 2014, p. 59).

A passagem do tempo ordinário inarredavelmente acarreta severos prejuízos àqueles que figuram no polo ativo de processos previdenciários, circunstância que pode ocasionar, inclusive, a *infrutuosidade* da tutela do próprio direito material buscado em juízo. (MITIDIERO, 2019, p. 155-157). Não é difícil cogitar hipóteses nas quais a excessiva lentidão do processo tem o potencial de frustrar o escopo da tutela jurisdicional: é possível que um pleiteante de auxílio doença venha à óbito antes do julgamento definitivo do processo; um dependente contraia uma imensidão de dívidas antes da concessão judicial da pensão por morte; um indivíduo tem todo o seu vigor extraído pelo labor em idade avançada antes da concessão definitiva de sua aposentadoria.

Portanto, o direito previdenciário assume o *tempo* como um fator essencial de sua dinâmica: independentemente dos alvedrios do tempo processual, é certo que a passagem do tempo ordinário e os danos dele decorrentes são inexoráveis – como entoa Savaris, “a ideia que deve presidir o processo judicial previdenciário é a de que os benefícios previdenciários não podem esperar” (SAVARIS, 2018, p. 115).

#### **4 A CORRIQUEIRA BANALIZAÇÃO DOS PRECEDENTES E A INADEQUADA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DO TEMPO NA ESFERA DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO**

Em que pesem as considerações supramencionadas, forçoso reconhecer que o cotidiano forense previdenciário é caracterizado pelo imenso abismo que separa o “tempo do processo” do “tempo ordinário”. Não raro, a aplicação açodada de regras processuais prolonga o tempo em que os segurados se encontram desprovidos de benefícios previdenciários, olvidando todos os efeitos deletérios da passagem do tempo ordinário. Ao invés de observarem o escopo do direito material discutido em juízo – que pressupõe um “especial tipo de celeridade” –, as regras e princípios instalados no Código de Processo Civil são utilizados como entraves formais para a viabilização do acesso célere à previdência social (DINAMARCO, 2009, p. 177-184).

Um exemplo bastante significativo desse fenômeno se trata da suspensão da tramitação de processos que envolvem temática afetada por Recursos Especiais ou Extraordinários Repetitivos. Como cediço, o rito dos recursos repetitivos é aquele no qual as Cortes de Vértice pinçam um recurso cujo teor se repete em uma série de demandas idênticas, de modo que o recurso selecionado é julgado pelo respectivo Tribunal Superior e a resolução a ele conferida passará a vincular as demais instâncias do Judiciário (WAMBIER, 2018). De fato, o rito dos Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos, disciplinado nos arts. 1.036 a 1.041 do CPC, tem como intuito a concretização do princípio constitucional da isonomia, naquilo que Arenhart, Marinoni e Mitidiero definem como *igualdade pelo processo*:



O direito à igualdade – em sua dupla dimensão – dá lugar igualdade no processo e pelo processo, nada obstante a doutrina de um modo geral preocupe-se apenas com um aspecto do problema. [...]. O processo justo visa à tutela dos direitos mediante decisão justa e precedentes. E não há justiça se não há igualdade – unidade – na aplicação do Direito pelo processo. O processo tem de se estruturar com técnicas capazes de promover a igualdade de todos perante a ordem jurídica. [...] Daí que a igualdade pelo processo – que é a igualdade diante dos resultados produzidos pelo processo – tem estreita ligação com a adoção com o sistema de precedentes obrigatórios pelo novo Código (arts. 926 e 927, CPC), sem o que, paradoxalmente, focamos na igualdade como meio, mas não na igualdade no fim, atitude cuja correção lógica pode ser sem dúvida seriamente questionada (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 178).

Não se discorda do fato de que o agrupamento da resolução de milhares de questões de direito idênticas em um único precedente vinculante se trata de uma técnica essencial para a promoção da igualdade perante o jurisdicionado, de modo a outorgar soluções paritárias entre litigantes situados em posições similares (MARINONI, 2019, p. 78).

“*Treat like cases alike*” significa, ao fim e ao cabo, a sinalização de um posicionamento estável do Judiciário em relação à importantes controvérsias jurídicas, gerando segurança e expectativas legítimas no seio social quanto à regulação de suas condutas pelo direito (MARINONI, 2019, p. 129-130).

A par de ser uma técnica significativa para a promoção da cláusula constitucional à isonomia, forçoso reconhecer que existe um específico regramento do rito dos Recursos Especiais e Extraordinários Repetitivos que causa um imenso imbróglio no escopo do direito previdenciário. Trata-se da disposição do art. 1.037, inciso II, do CPC.

De acordo com o referido dispositivo, após a seleção do recurso representativo da controvérsia repetitiva, o relator do Tribunal Superior “*determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem em território nacional*”. Não se olvida que a regra tem um objetivo nobre e, em certa medida, mostra-se necessária para a concretização do escopo subjacente aos recursos repetitivos, uma vez que a suspensão dos processos conexos ao recurso afetado inibe a proliferação de decisões conflitantes; diminui os custos de julgamento de processos dotados de questões idênticas; e promove a eficiência da atividade jurisdicional (DIDIER JUNIOR; CUNHA, 2017, p. 684). Contudo, a desmedida determinação da suspensão de processos em nível nacional tem causado imensos prejuízos no âmbito do direito previdenciário.

Inúmeros são os eixos temáticos que tiveram a sua discussão suspendida em razão de ordem dos Tribunais Superiores e, até então, não contam com qualquer expectativa de movimentação ou julgamento definitivo. A título exemplificativo, pode-se citar o famigerado caso da extensão do adicional de 25% previsto no art. 45 da Lei 8.213/91 às demais modalidades de aposentadoria prestadas pelo RGPS (Tema 982 do STJ).

Em síntese, o art. 45 da Lei 8.213/91 dispõe que, aos segurados aposentados



por invalidez que necessitem da assistência permanente de terceiros para a realização de suas atividades cotidianas, pode ser concedido um acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento) ao valor de seu benefício. Há muito, o escólio doutrinário defendia que esse valor adicional deveria ser estendido à todas as demais modalidades de aposentadorias, pois muitos aposentados e pensionistas “também têm dependência total de terceiros e necessitam, portanto, de assistência e ajuda dessas pessoas, assim como o aposentado por invalidez que também possa necessitar, mas não somente este.” (CAMPOS, 2015, p. 117).

Calcadas nessa premissa, diversas demandas foram manejadas com a finalidade de estender o adicional de 25% (vinte e cinco por cento) para além da aposentadoria por invalidez (p.ex.: aposentadoria por idade e aposentadoria por tempo de contribuição). Nada obstante, a tramitação dessa discussão tornou-se uma espécie de “*via crucis*”.

Em 22/02/2017, quando do julgamento do Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei nº 236/RS, a Min. Assusete Magalhães determinou a suspensão de todos os processos que versassem sobre o tema no âmbito dos Juizados Especiais Federais, em vista de supostas divergências entre os posicionamentos do STJ e da TNU (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PUIL 236/RS, Rel.: Min. Assusete Magalhães, Primeira Seção, j. 02.03.2017).

Na sequência, em 24/08/2017, a Min. Assusete Magalhães novamente foi instada a apreciar a questão, desta feita, em relação aos processos que tramitavam em varas federais submetidas ao procedimento comum. Naquela oportunidade, determinou a afetação do Recurso Especial nº. 1.648.305/RS, elegendo-o como representativo de controvérsia, com a consequente suspensão de todos os processos que versassem sobre a mesma temática em varas federais e Tribunais Regionais Federais (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ProAfR no REsp nº 1.648.305/RS, Rel.: Min. Assusete Magalhães, Primeira Seção, j. 24.08.2017).

A discussão permaneceu paralisada até 26/09/2018, ocasião na qual foi fixada a tese subjacente ao Tema 982 do STJ, segundo a qual, “*comprovadas a invalidez e a necessidade de assistência permanente de terceiro, é devido o acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no art. 45 da Lei 8.213/91, a todos os aposentados pelo RGPS, independentemente da modalidade de aposentadoria*” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.648.305/RS, Rel.: Min. Assusete Magalhães, Primeira Seção, j. 26.09.2018).

Apesar da oposição de embargos de declaração pelo INSS, o resultado do julgamento se manteve incólume (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no REsp nº 1.648.305/RS. Rel.: Min. Regina Helena Costa, Primeira Seção, j. 12.12.2018).

Da decisão do Superior Tribunal de Justiça, porém, a autarquia previdenciária interpôs Recurso Extraordinário, autuado sob o nº 1.215.714/RS. Nele, o Min. Luiz Fux sinalizou que “o impacto financeiro decorrente da imediata aplicação da tese do STJ é da ordem de R\$ 7,15 bilhões por ano”, razão pela qual ressaltou a existência de um “risco de lesão grave a ser afastado com a suspensão dos processos que versem sobre a controvérsia debatida nos autos, consistente no impacto bilionário causado aos já combalidos cofres públicos” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg na Pet 8.002/RS, Rel.: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 12/03/2019).

Por isso, em 12/03/2019, o Min. Luiz Fux emitiu nova ordem de suspensão de



todos os processos judiciais que versassem sobre o tema da extensão adicional de 25% à todas as modalidades de aposentadorias e, até hoje, a controvérsia ainda permanece pendente de julgamento pelo pretório excelso. A questão foi incorporada ao Tema nº. 1.095 do STF, redigido nos seguintes termos:

Constitucionalidade da extensão do adicional de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no artigo 45 da Lei 8.213/1991, aos segurados do Regime Geral de Previdência Social que comprovarem a invalidez e a necessidade de assistência permanente de outra pessoa, independentemente da espécie de aposentadoria.

Portanto, desde 22/02/2017 até os dias atuais, os processos que versam sobre a extensão do adicional de 25% (vinte e cinco por cento) às demais aposentadorias estão paralisados e não encontram qualquer perspectiva de movimentação. Segurados que haviam sido beneficiados pelo entendimento externado pelo STJ no Tema 982 tiveram suas expectativas prontamente sufragadas pela suspensão imposta pelo STF.

Vê-se abissal dissociação entre o “tempo processual” e o “tempo ordinário”. De um lado, o tempo do processo permanece “congelado” sem maiores intercorrências: juízes e desembargadores se eximem de apreciar os pedidos de concessão do adicional de 25% às aposentadorias programadas no aguardo de um posicionamento definitivo do Supremo Tribunal Federal, ao passo que o pretório excelso posterga indefinidamente o julgamento da tese em razão de possuir (supostos) afazeres mais relevantes. Do outro lado, porém, o tempo ordinário transcorre normalmente e continua a projetar os seus inexoráveis efeitos: segurados permanecem desprovidos da verba alimentar à qual fazem jus, o que perpetua a situação de risco social na qual estão inseridos.

As sucessivas suspensões em torno da extensão do adicional de 25% (vinte e cinco por cento) refletem apenas um microcosmo de um problema visualizado em inúmeras outras instâncias do direito previdenciário.

Por exemplo, na famigerada tese da *revisão de uma vida toda*, após suspender a tramitação de processos por aproximadamente 2 (dois) anos, o Superior Tribunal de Justiça exarou entendimento favorável aos segurados em 11/12/2019 (Tema Repetitivo nº 999), o qual, logo após, teve seus efeitos novamente sobrestados em razão da admissão de Recurso Extraordinário (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RE no REsp 1.596.203/PR. Rel.: Min. Maria Thereza de Assis Moura, Vice-Presidência, j. 28.05.2020).

Do mesmo modo, na discussão sobre a (im)possibilidade de soma dos salários-de-contribuição concomitantes, o Superior Tribunal de Justiça suspendeu todos os processos concernentes ao tema na data de 16/10/2020, em virtude da afetação da controvérsia ao rito dos Recursos Especiais Repetitivos através do Tema 1.070 (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ProAfR REsp 1.870.793/RS. Rel.: Min. Sérgio Kukina, Primeira Seção, j. 16.10.2020).

Tal circunstância minou entendimento consolidado pela Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais desde 11.04.2018, eis que o seu Tema nº. 167 preconizava a seguinte tese:



O cálculo do salário de benefício do segurado que contribuiu em razão de atividades concomitantes vinculadas ao RGPS e implementou os requisitos para concessão do benefício em data posterior a 01/04/2003, deve se dar com base na soma integral dos salários-de-contribuição (anteriores e posteriores a 04/2003) limitados ao teto.

O mesmo problema se repete: segurados têm suas expectativas sufragadas pelo constante sobrestamento de processos individuais e coletivos por tempo indefinido.

Isso gera duas principais consequências. A primeira delas é a da banalização dos precedentes lançados pelos órgãos de uniformização de jurisprudência – tais como o Superior Tribunal de Justiça, a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais e os Órgãos Especiais dos Tribunais Regionais Federais.

Na suspensão determinada no bojo dos processos vinculados à tese da “*revisão de uma vida toda*”, por exemplo, vê-se que o entendimento favorável aos segurados, enunciado pelo STJ no Tema Repetitivo 999, teve os seus efeitos suspensos em menos de um ano, em razão da admissão de Recurso Extraordinário. Bem vistas as coisas, apesar de se tratar de precedente vinculante firmado pelo rito dos Recursos Especiais Repetitivos, o Tema nº. 999 teve a sua autoridade prontamente negada.

É possível dizer que parcela significativa dos arrestos vinculantes de matéria previdenciária, ao invés de incorporar precedentes responsáveis por outorgar sentido à lei e ao Direito (MITIDERO, 2018, p. 93), tornaram-se *orientações provisórias*, cujas autoridades perduram apenas enquanto o acórdão repetitivo do STJ não for atacado por Recurso Extraordinário. Nesse contexto, após a ordem de sobrestamento determinada no bojo do Recurso Extraordinário, o poder dos comandos jurisdicionais anteriores simplesmente se esvai, retirando toda e qualquer efetividade prática que poderia delas advir.

A segunda consequência, por sua vez, trata-se da inadequada distribuição do ônus do tempo do processo. Como bem assinala Luiz Guilherme Marinoni, “para que impere a igualdade no processo, é preciso que o tempo seja isonomicamente distribuído entre os litigantes”, de modo que “o tempo deve ser repartido no procedimento de acordo com o índice de probabilidade de que o autor tenha direito ao bem disputado” (MARINONI, 2018, p. 278).

Ora, com a corriqueira nulificação de arrestos vinculantes do STJ na admissão de Recursos Extraordinários, ocorre uma indevida *inversão* do ônus do tempo do processo.

Basta verificar a situação jurídica na qual se encontra cada um dos litigantes quando o processo é sobrestado. De um lado, o segurado possui um precedente vinculante favorável à sua pretensão, cujo mérito já foi amplamente discutido; do outro, o INSS tenta defender os seus interesses através de argumentos já refutados por uma das Cortes de Vértice.

Ante tal cenário, urge indagar: qual das partes possui maior probabilidade de lograr êxito no processo? Evidentemente, o segurado que litiga com fulcro em precedente obrigatório.

Inobstante, embora detentor do direito *mais provável*, quem suporta a demora do julgamento do Recurso Repetitivo sobrestado é o segurado. Na pendência da suspensão, o segurado deixa de receber as prestações previdenciárias à qual faz jus e o INSS, por



sua vez, beneficia-se da morosidade do julgamento do recurso sobrestado nas instâncias superiores.

Ao fim e ao cabo, o sobrestamento privilegia a parte que tem um precedente vinculante em seu desfavor e, na mesma medida, prejudica a parte cuja pretensão já foi reputada devida por uma Corte de Vértice. Recorrendo uma vez mais às orientações de Luiz Guilherme Marinoni, evidencia-se que essa circunstância prejudica demasiadamente os valores que orientam o processo contemporâneo, uma vez que, nas hipóteses acima listadas, “o tempo do processo não pode prejudicar o autor e beneficiar o réu”, uma vez que “o Estado, quando proibiu a justiça de mão própria, assumiu o compromisso de, além de tutelar de forma pronta e efetiva os direitos, tratar os litigantes de forma isonômica” (MARINONI, 2018, p. 277).

Por isso, cumpre meditar quais são os mecanismos existentes para solucionar esses dois problemas que assolam o processo judicial previdenciário, a saber, a banalização dos precedentes previdenciários e a inadequada distribuição do ônus do tempo do processo.

## 5 UMA POSSÍVEL SOLUÇÃO: A TUTELA DA EVIDÊNCIA E O ART. 311, INCISO II, DO CPC

Nesse contexto, uma solução possível se trata da adoção mais ampla da tutela da evidência no transcurso do processo judicial previdenciário.

Segundo aponta o escólio doutrinário, a tutela da evidência, instaurada no art. 311 do Código de Processo Civil de 2015, possui a nítida intenção de *privilegiar o direito provável em detrimento do direito improvável*:

Note-se que esta espécie de técnica de tutela dos direitos é o resultado da admissão de que i) o tempo do processo não pode ser jogado nas costas do autor, como se fosse o culpado pela demora inerente à investigação dos fatos; ii) portanto, o tempo do processo deve ser visto como um ônus; iii) o tempo deve ser distribuído entre os litigantes em nome da necessidade de o processo trata-los de forma isonômica. (MARINONI, 2018, p. 276-277)

Ao indicar que a sua pretensão se encaixa em alguma das hipóteses descritas no art. 311 do CPC, o demandante denota que existe um elevadíssimo nível de certeza a respeito da procedência de seu pleito, razão pela qual o legislador processual reputa que a sua situação jurídica pode ser acautelada independentemente da existência de *perigo de dano*. Noutros termos: se se encaixa em alguma das descrições incutidas nos quatro incisos do art. 311, a elevada probabilidade de procedência do pedido do autor justifica que ele receba o bem vindicado desde logo, não sendo obrigado a suportar todo o trâmite processual – até o derradeiro trânsito em julgado – para ver a sua posição jurídica resguardada.

No escopo do sobrestamento da eficácia de julgamentos vinculantes, merece ser trazida a lume a hipótese de tutela da evidência descrita no art. 311, inciso II, do CPC, o qual apregoa que



a tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

Note-se que essa é justamente a situação do segurado que, embora detentor de precedente obrigatório favorável aos seus interesses, é prejudicado pelo sobrestamento de seu processo em sede recursal.

Tome-se, uma vez mais, o exemplo da “*revisão de uma vida toda*”. Nesses casos, vê-se que a comprovação das alegações subjacentes aos fatos constitutivos do direito demanda tão somente a juntada de cálculos com a contabilização dos salários-de-contribuição anteriores a julho de 1994 e que, apesar da interposição do RE 1.276.977, o STJ já firmou tese em julgamento de Recurso Especial Repetitivo no sentido de autorizar a revisão de benefícios em favor dos segurados.

Na pendência de julgamento do Recurso Extraordinário – circunstância em que os processos coletivos e individuais versando sobre o tema remanesçam sobrestados –, é plenamente possível que o segurado se valha da tutela da evidência para obter a imediata concessão/revisão almejada, sem ter de demonstrar a existência de perigo de dano.

A ordem de sobrestamento do art. 1.037, inciso II, do CPC não pode gerar óbice ao deferimento da tutela da evidência, a começar por uma ilação lógica: se a função existencial da tutela da evidência é a de distribuir adequadamente o ônus do tempo processual, de modo a inibir que o autor dotado do *direito provável* tenha de aguardar todo o longo trâmite judicial para ver sua posição jurídica acautelada, é pouco mais que evidente que a suspensão dos expedientes processuais não pode ocorrer em seu prejuízo.

Se a tutela da evidência parte do pressuposto de que não é razoável que o *direito provável* tenha de aguardar até o término da fase instrutória para ser tutelado, muito menos razoável que os segurados tenham de aguardar indefinidamente o julgamento do RE nº 1.276.977 pelo Supremo Tribunal Federal para ver a sua pretensão concretizada.

Seja em se tratando da “*revisão de uma vida toda*” ou de outros casos de matéria previdenciária com teses já fixadas pelo STJ, não é possível estimar o tempo que o pretório excelso tomará para exarar uma resposta definitiva, sendo “recorrentes as situações em que o STF reconhece a repercussão geral da questão constitucional e o julgamento permanece paralisado por muitos anos” (DONOSO; SERAU JUNIOR, 2020, p. 349). Inclusive, isso decorre do fato de que o lapso de 1 (um) ano definido no art. 1.035, § 9º, do CPC se trata de um mero *prazo impróprio*, eis que, desde a revogação do § 10º do mesmo dispositivo, a sua extrapolação não ocasiona qualquer efeito prático no trâmite dos processos sobrestados.

Nesse panorama, urge indagar: se a pretensão de um segurado já foi reputada válida pelo STJ, mediante precedente vinculante, seria razoável obrigá-lo a aguardar indefinidamente o julgamento da mesma questão pelo Supremo Tribunal Federal?

Responder afirmativamente à pergunta acima colocada significa negar a essência do instituto da tutela da evidência, a qual se presta justamente a privilegiar o *direito provável*



em detrimento do *direito improvável*. Nesta esteira, é válido reconhecer que, enquanto o Supremo Tribunal Federal não externar algum posicionamento acerca dos grandes temas de direito previdenciário com Recursos Extraordinários Repetitivos sobrestados – tais como a “*revisão de uma vida toda*” e a “*extensão do adicional de 25% (vinte e cinco por cento) à todas as modalidades de aposentadorias*” –, não há dúvidas de que as decisões tomadas pelo Superior Tribunal de Justiça devem subsidiar a concessão de pedidos de tutela de evidência com substrato no art. 311, inciso II, da legislação processual.

Daí desponta a inexorável conclusão de que a suspensão processual imposta no bojo de Recursos Extraordinários Repetitivos acarreta tão somente a sustação dos atos processuais ligados à tramitação da demanda; não pode e nem deve acarretar, porém, a sustação da possibilidade de acautelamento imediato do pleito dos segurados mediante tutela da evidência. Tal conclusão pode ser extraída do próprio texto da legislação processual.

Com efeito, o CPC, no *parágrafo único* do art. 296, enuncia que, “*salvo decisão judicial em contrário, a tutela provisória conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo*” A teleologia do dispositivo legal é evidente: impedir que a interrupção do fluxo dos atos processuais configure óbice à tutela da pretensão que se encontra em vias de perecer – como é o caso da tutela cautelar e da tutela de urgência –, bem como da pretensão cuja probabilidade de provimento já é presumida pela legislação processual – como é o caso da tutela da evidência.

Sendo assim, não há dúvidas de que as consequências deletérias provindas da demora do levantamento da suspensão determinada pelo art. 1.037, inciso II, do CPC devem ser suportadas pelo réu que tem em seu desfavor um precedente vinculante enunciado por uma Corte de Vértice, e não pelo autor que tem sua pretensão por ela acautelada.

Assim, do mesmo modo que o STJ já admite a concessão de tutelas provisórias urgentes em demandas que veiculam temática afetada pelo rito dos Recursos Especiais e Extraordinários Repetitivos (DONOSO; SERAU JUNIOR, 2020, p. 377), deve também admitir que o segurado requeira a concessão da tutela da evidência no juízo em que o seu processo se encontra paralisado.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, o sobrestamento de processos individuais e coletivos em razão da admissão de Recursos Extraordinários e Especiais Repetitivos, mediante a aplicação do art. 1.037, inciso II, do CPC, redundando na nulificação da autoridade dos precedentes vinculantes exarados pelas instâncias de uniformização de jurisprudência (STJ, TNU e Órgãos Especiais dos Tribunais Regionais Federais) e na inadequada distribuição do ônus do tempo do processo.

Assim, sugeriu-se que a técnica da tutela da evidência como um importante instrumento para a solução dessa intrincada problemática, visto que, por carregar o escopo de *privilegiar o direito provável em detrimento do direito improvável*, pode propiciar a imediata concessão do benefício previdenciário ao segurado que já tem precedente vinculante favorável à sua pretensão, sem que os influxos do tempo ordinário obstem o acesso efetivo, tempestivo e adequado a esse importante direito fundamental.



Recebido em: 26 abr. 2021

Aceito em: 14 jul. 2021

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

BECKER, L.A. A erosão do sagrado processual. *In*: BECKER, L. A. (org.). **Qual é o jogo do processo?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

CAMPOS, Vânia Alice Ferreira Lima. Segurança jurídica e tratamento igualitário: extensão do adicional assistencial de 25% a outros benefícios previdenciários. *In*: SERAU JUNIOR, Marco Aurélio; FOLMANN, Melissa (coords.). **Previdência Social: em busca da justiça social**. São Paulo: LTr, 2015.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal**. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, vol. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DONOSO, Denis; SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Manual dos recursos cíveis: teoria e prática**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

JOBIM, Marco Félix. **O direito à duração razoável do processo: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MITIDIERO, Daniel. **Antecipação de tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.



SAVARIS, José Antônio. **Direito processual previdenciário**. 7. ed. Curitiba: Alteridade, 2018.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Curso de processo judicial previdenciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Seguridade social e direitos fundamentais**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2020.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual civil e penal. São Paulo: RT, 1997.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Os recursos especiais repetitivos no contexto do novo processo civil brasileiro. *In*: NÓBREGA, Guilherme Pupe da; BECKER, Rodrigo Frantz; TRIGUEIRO, Victor Guedes. (coords.). **Código de Processo Civil no STF e no STJ**: estudos sobre os impactos e interpretações. Salvador: Juspodivm, 2018.



## EC 103 E A VIOLAÇÃO DE UMA CONQUISTA SOCIAL: A INCONSTITUCIONALIDADE DO RESTABELECIMENTO DA IDADE MÍNIMA PARA APOSENTADORIA ESPECIAL

Marcelo Gonçalves da Silva<sup>1</sup>

### RESUMO

A Declaração Universal dos Direitos do Homem fundou as bases dos princípios de proteção à dignidade da pessoa humana. Dentre esses princípios gerais, está a ideia de proibição de instituição de normas ou políticas públicas que impliquem em retrocesso nas garantias fundamentais. A partir da premissa de que o Brasil é signatário da DUDH, esta pesquisa tentou, por meio da revisão jurisprudencial e bibliográfica, que serviram de base para a compreensão da evolução da proteção previdenciária e social conferida ao trabalho exercido em condições especiais, responder ao seguinte questionamento: A Emenda Constitucional nº 103 ao modificar e reintroduzir no ordenamento jurídico a idade mínima como requisito de admissibilidade para a concessão de aposentadoria especial, implicou em retrocesso social no âmbito do direito previdenciário? Seria a Emenda inconstitucional?

**Palavras-chave:** Aposentadoria especial. Reforma da previdência. Proibição do retrocesso social. Idade mínima. Declaração universal dos direitos humanos. Pactos internacionais.

## EC 103 AND THE VIOLATION OF A SOCIAL ACHIEVEMENT: THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE MINIMUM AGE RESTORATION FOR SPECIAL RETIREMENT

### ABSTRACT

The Universal Declaration of Human Rights laid the foundations for the principles of protection of the dignity of the human person. Among these general principles, there is the idea of prohibiting the establishment of rules or public policies that imply a setback in fundamental guarantees. Based on the premise that Brazil is a signatory to UDHR, this research tried, through jurisprudential and bibliographic review, which served as the basis for understanding the evolution of social security and social protection conferred on work performed under special conditions, to answer the following question: Constitutional Amendment 103, by modifying and reintroducing the minimum age as an admissibility requirement for the granting of special retirement, implied in social setback within the scope of social security law? Was the Amendment unconstitutional?

**Keywords:** Special retirement. Pension reform. Prohibition of social setback. Minimum age. Universal declaration of human rights. International pacts.

<sup>1</sup> Advogado Associado na Gazda & Siqueira Advogados, Especialista em Docência no Ensino Superior, Especialista em Gestão de Recursos Humanos, Pesquisador do IDCC para o Biênio 2019-2020



## 1 INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional 103 reformulou as regras de acesso à aposentadoria especial, criando uma regra de transição por pontos e uma regra permanente, que reintroduziu a idade mínima como requisito de elegibilidade ao benefício, além dos 25, 20 ou 15 anos de efetivo exercício na atividade considerada especial.

Um problema jurídico de difícil compreensão por parte da população e de parte da comunidade jurídica é a necessidade de aposentadoria precoce dos profissionais que, em razão da natureza de suas atividades, estão expostos ao risco à sua integridade física, ao risco químico, biológico ou físico, como forma de efetivar a proteção ao indivíduo e à sua capacidade de trabalho.

Essas peculiaridades da exposição ao risco laboral justificam a retirada precoce da atividade a que se sujeitam os profissionais que se habilitam à aposentadoria especial.

Para analisar esse ponto específico da EC 103, a reinserção da idade mínima no ordenamento jurídico, parte-se do pressuposto de que a existência do Estado se justifica essencialmente na efetivação da proteção ao indivíduo, e ainda, que o espírito norteador da previdência social é a necessidade de proteção à perda da capacidade para o trabalho.

A retirada precoce do ambiente laboral fez parte de um processo de evolução do sistema previdenciário brasileiro, e foi integrado ao nosso ordenamento desde 1960, e sem a exigência de idade mínima, desde 1968, adquirindo deste modo o status de uma garantia fundamental, um direito social adquirido que não pode ser suprimido, sob pena de se infringir a Declaração Universal dos Direitos Humanos e todos os pactos a ela correlatos dos quais o Brasil é signatário, além da evidente contradição ao texto constitucional.

De modo que se mostra necessária a revisão bibliográfica e jurisprudencial, para a adequada compreensão da evolução legislativa acerca da proteção social conferida aos segurados que exercem atividades consideradas especiais, e sua correlação direta com a evolução e reconhecimento dos direitos humanos no direito constitucional brasileiro.

Desde o momento em que o risco social à saúde e integridade física do segurado foi introduzido no ordenamento jurídico, em harmonia com a validação legislativa dos pactos internacionais que reconheceram o conjunto dos direitos humanos, a jurisprudência e a doutrina avançaram no sentido de se estabelecerem os princípios gerais de direito e as bases mínimas de existência e proteção para a eficácia das normas previdenciárias.

A pergunta a ser respondida, portanto, é se a EC 103 ao modificar os critérios de concessão do benefício de aposentadoria especial, reintroduzindo um critério já há décadas excluído do ordenamento jurídico, positivou uma violação a um direito social adquirido em contrariedade ao princípio geral da Declaração Universal dos Direitos Humanos de proibição do retrocesso social?

## 2 QUAL A FINALIDADE DO ESTADO?

A simplicidade do questionamento pode levar à tentadora impressão de que a resposta é igualmente simples, nada mais distante da verdade, pois há tempos a



indagação desafia respostas das mais diversas.

A pergunta é recorrente no estudo do Direito, da Filosofia e da Sociologia (e de toda ciência que se dedica de algum modo ao estudo da organização social humana), e atrai respostas diversas tanto em conteúdo quanto em complexidade. É fato que enquanto persistir a necessidade humana da tutela do Estado a questão será sempre atual. De todo modo, o entendimento jurídico (que nos interessa no momento) sobre o que é o Estado e quais suas funções vem evoluindo ao longo do tempo.

Pode-se dizer de forma simples, com o risco de incorreção conceitual inerente às reduções simplistas, que o Estado tem como objetivo geral a proteção dos indivíduos que o compõe.

A ideia de que a finalidade primária do Estado é a proteção integral do indivíduo encontra respaldo nos mais diversos textos constitucionais mundo afora, contudo, é na Declaração Universal dos Direitos do Homem que ela encontra sua expressão definitiva.

Para Bobbio (2004, p. 5) a Declaração Universal dos Direitos do Homem congrega a proteção a direitos naturais históricos, que nascem no início da era moderna, juntamente com a concepção individualista da sociedade, e tornam-se um dos principais indicadores do progresso histórico.

A DUDH de 1948 foi um divisor de águas na evolução do pensamento jurídico, ao congregar o discurso liberal e social de cidadania e reforçar a ideia de que a proteção do indivíduo se faz por meio da proteção aos direitos individuais (civis e políticos), os quais por sua vez são condição de realização dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Deste modo, a DUDH estabeleceu a premissa da indivisibilidade dos direitos humanos, de maneira que proteção do indivíduo pelo Estado exige a proteção aos direitos individuais tomados em sua completude, de forma que se algum deles for violado, todos os demais também o serão.

A finalidade do Estado foi positivada no texto do artigo 25 da DUDH, que estabeleceu a garantia de que:

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

A partir da premissa de que a proteção do indivíduo é a função elementar do Estado, o reconhecimento e compromisso global de proteção aos direitos do homem estabelecido com a DUDH se tornam um passo natural e previsível na evolução da proteção jurídica do indivíduo.

O pós-guerra consolidou o Estado Democrático de Direito como paradigma da proteção e realização dos direitos do homem, e o necessário estabelecimento dos princípios básicos de existência digna da vida humana.

Assim, o reconhecimento dos direitos do homem pelos signatários da DUDH concretizou a ideia de que a democracia e a defesa dos direitos humanos são pilares que se correlacionam para a manutenção da paz, como lecionou BOBBIO (2004, p. 2),



para quem os:

[...] Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos não há democracia; sem democracia não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos.

Portanto, de modo reducionista não é errado dizer que a função primária do Estado é a proteção do indivíduo, e essa deve ocorrer em diversos estágios diferentes da vida.

Nesse contexto, a necessidade protetiva coberta pelo sistema previdenciário é justamente a impossibilidade individual de produzir sua própria subsistência, seja pela incapacidade laboral decorrente de acidente ou doença, seja essa incapacidade decorrente do processo de envelhecimento.

### 3 O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 tem como objetivo principal nortear o desenvolvimento de uma ordem pública mundial alicerçada no respeito à dignidade da pessoa humana, e o fez a partir da consagração de diversos valores básicos universais, intrínsecos a toda pessoa humana, declarando-a titular de direitos iguais e inalienáveis.

Já em seu art. 1º a DUDH destaca os dois pilares que conceituam a dignidade humana: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.

O desenvolvimento de uma sociedade que consagre a proteção aos direitos humanos individuais e universais é um objetivo a ser perseguido e protegido, pois, nos lugares onde o direito é impotente, a sociedade corre o risco de precipitar-se na anarquia; onde o poder não é controlado, corre o risco do despotismo (BOBBIO, 1997, p. 169).

A proteção aos direitos humanos universais, tomados genericamente como proteção à dignidade humana, pode ser vista como a materialização jurídica do conhecido pensamento de Kant (2003, p. 58), para quem: “[...] o homem – e, de uma maneira geral, todo o ser racional – existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade”.

Imbuídas desse espírito humanista garantidor de direitos universais e intrínsecos à vida humana, lastreados na ideia de que o homem é um fim em si, diversos Estados passaram a inserir em seu sistema jurídico a proteção aos direitos sociais, por vezes elevando-os ao status de direito fundamental.

Os direitos sociais envolvem uma ampla gama de direitos, dentre os quais podemos citar exemplificativamente a proteção do trabalho, o direito à saúde e o direito à educação. A efetiva proteção a esses direitos ocorrem na limitação da jornada de trabalho, na imposição de pisos salariais e na participação nos lucros da empresa, bem como na proteção ao direito de greve e de sindicalização, além de outros.

Deste modo, a elevação dos direitos sociais ao status de proteção constitucional tem como claro objetivo a preservação do ser humano e, por isso, pode-se dizer que integram os direitos fundamentais, principalmente porque não se pode pensar em



exercício de liberdades, de preservação do princípio da dignidade humana, sem que o denominado mínimo vital seja observado (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 63-65).

Os direitos sociais são considerados fundamentais porque sem eles a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida (DALLARI, 1988, p. 7).

Para Alexandre de Moraes (2006, p.177), os:

[...] Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas de observância obrigatória em um Estado Social de Direito tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo artigo 1º, IV da Constituição Federal.

A preservação material do ser humano realizada por meio da proteção aos direitos sociais fundamentais, tomados como efetivação da proteção à dignidade humana universal e indivisível, é a face mais aparente da teoria do mínimo existencial, cuja compreensão se faz necessária ao prévio estudo da proibição do retrocesso social.

A teoria do mínimo existencial é inerente à teoria dos direitos fundamentais humanos universais, por meio dela se realiza o estudo, definição e criação de um referencial teórico a fim de respaldar as lutas contra a exclusão social e a miséria, servindo como um elemento teórico adicional para fundamentação de decisões judiciais nas quais se pretende proteger a dignidade humana.

Em uma redução didática e simplificadora, a teoria do mínimo existencial não pode ser dissociada dos direitos humanos, e possui como meta a resposta ao questionamento: quais os direitos e garantias mínimos a serem protegidos para efetivação dos direitos humanos?

É nesse contexto que a DUDH estabelece as premissas de vedação ao retrocesso social, que em sentido amplo funciona como um princípio geral de direito universal, impedindo que determinado Estado retroceda ou exclua um determinado direito fundamental sem que proponha uma contrapartida igual ou superior do ponto de vista social e jurídico.

Portanto, a EC 103 precisa ser analisada em confronto com tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário: a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o Pacto de San Jose da Costa Rica, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Pidesc)<sup>2</sup>.

É no § 1º, artigo 2º do Pidesc<sup>3</sup> que encontramos a determinação explícita para os signatários da observação de dois princípios: a da implementação progressiva e o da proibição do retrocesso.

<sup>2</sup> Ratificado no Brasil pelo Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992

<sup>3</sup> Artigo 2º - 1. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas



O princípio da proibição do retrocesso social apresenta dois sentidos: um positivo representado pela ideia de progressão constante no nível de efetivação dos direitos sociais, e um negativo, que consiste no zelo por uma produção legislativa que não suprima ou reduza o nível de efetivação ou consistência normativa já alcançada.

Assim, a observação do princípio universal de direitos humanos da proibição do retrocesso social protege o titular do direito a uma eventual eliminação de uma conquista jurídico social já inserida no ordenamento jurídico, uma espécie de proteção ao “direito social adquirido”.

Robert Alexy (2012, p. 199-201) melhor exemplifica essa proteção do indivíduo titular do direito social fundamental em face do Estado, o esclarecer que:

[...] o terceiro grupo de direitos a ações estatais negativas é constituído pelos direitos a que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito. [...] Quando se proíbe a expressão de determinadas opiniões, elimina-se uma posição de a: a permissão de expressar essas opiniões. Uma tal proibição pode ser encarada sob dois aspectos: sob o aspecto do embaraço de uma ação e sob o aspecto da eliminação de uma posição. No caso de ações que não são atos jurídicos, o primeiro aspecto é o decisivo. Mais uma vez é aconselhável reduzir a diversidade a uma forma padrão simples, como a seguinte: a tem, em face do Estado, um direito a que este não elimine a posição jurídica RP de a. A existência de uma posição jurídica significa que uma norma correspondente (individual ou universal) é válida. O direito do cidadão, contra o Estado, a que este não elimine uma posição jurídica sua é, nesse sentido, um direito a que o Estado não derogue determinadas normas.

Sobre a proteção constitucional à proibição do não retrocesso social, Canotilho (2003, p. 338-339) ensinou que:

[...] quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo. A “proibição de retrocesso social” nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fática), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.

Portanto, além de serem eficazes, os direitos sociais fundamentais estão integralmente sujeitos ao princípio da proibição do retrocesso social, a fim de impedir que o Estado elimine conquistas sociais históricas no âmbito jurídico.

Essa proteção especial se faz necessária, pois a história demonstra que a simples



constituição de um Estado Democrático não garante por si um direcionamento em sentido único e ascendente rumo ao progresso jurídico e moral.

Em nosso ordenamento, somente uma interpretação sistêmica do texto constitucional permite inferir que o princípio da proibição ao retrocesso social foi adotado de modo implícito, cujos indícios mais evidentes são adoção da ideia de Estado Democrático de Direito e da adoção da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental.

#### **4 A PROIBIÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL NO PLANO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

A identidade de um Estado Democrático de Direito se constrói a partir da declaração de seus direitos fundamentais, em especial os direitos sociais, e justamente por isso devem, eles devem ser protegidos contra políticas casuísticas ou de arbitrariedades parlamentares.

Essa proteção se dá no cotejo entre o texto constitucional, os direitos fundamentais e a legislação infraconstitucional, tendo como parâmetro o princípio de direitos humanos da vedação ao retrocesso social.

José Afonso da Silva leciona que os direitos sociais em regra, possuem eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas aqueles que mencionam uma lei integradora são normas de eficácia limitada, conteúdo programático e aplicabilidade indireta, encontrando no não retrocesso a garantia de sua concretização (SILVA, 2007, p. 319 e SILVA, 2001, p. 184).

Para Streck (2004, p. 706):

[...] adquire fundamental importância a cláusula implícita de proibição de retrocesso social, que deve servir de piso hermenêutico para novas conquistas. Mais e além de todos os limites materiais, implícitos ou explícitos, esse princípio deve regular qualquer processo de reforma da constituição. Nenhuma emenda constitucional, por mais que formalmente lícita, pode ocasionar retrocesso social. Essa cláusula paira sobre o Estado Democrático de Direito como garantidora de conquistas. Ou seja, a Constituição, além de apontar para o futuro, assegura as conquistas já estabelecidas. Por ser um princípio, tem aplicação na totalidade do processo aplicativo do Direito.

Nascimento (2006, p. 336), ao discorrer sobre a realidade dos nossos direitos fundamentais apontou que:

A segurança jurídica tem, portanto, valor inquestionável na defesa da sociedade frente aos atos de despotismo do poder público. Desse modo, após consolidada e delineada uma garantia fundamental, não pode, o Estado quebrar a relação de confiança construída com os administrados e extirpar dos seus patrimônios jurídicos os direitos fundamentais que os protegem das brutalidades do cotidiano.



A proibição ao retrocesso social, como visto, não é uma norma positivada e explícita no texto constitucional, mas sim um princípio geral de direito (de direito humano universal) que norteia a atividade legislativa, hermenêutica e jurisprudencial.

O Supremo Tribunal Federal já foi convocado a interpretar conforme a Constituição de 1988, normas editadas com aparente retrocesso histórico-social, como por exemplo no julgamento da ADI nº 2.065-0-DF e da ADI nº 1.946-0-DF.

No julgamento da ADI nº 2.065-0-DF o voto vencido do Ministro Sepúlveda Pertene, atingiu por meio da aplicação do princípio da vedação ao retrocesso social, a Medida Provisória nº 1.911-8, que à época havia extinguido órgãos de deliberação colegiada da gestão da Seguridade Social.

Já o voto condutor do julgamento da ADI nº 1.946-0-DF, foi explícito ao considerar que alterações promovidas pelo artigo 14 da EC nº 20/1998

, acarretariam um retrocesso histórico em matéria social-previdenciária, o que não poderia ser admitido, e sua ementa didática e esclarecedora foi redigida nestes termos:

EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. LICENÇA-GESTANTE. SALÁRIO. LIMITAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14 DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 3º, IV, 5º, I, 7º, XVIII, E 60, § 4º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O legislador brasileiro, a partir de 1932 e mais claramente desde 1974, vem tratando o problema da proteção à gestante, cada vez menos como um encargo trabalhista (do empregador) e cada vez mais como de natureza previdenciária. Essa orientação foi mantida mesmo após a Constituição de 05/10/1988, cujo art. 6º determina: a proteção à maternidade deve ser realizada “na forma desta Constituição”, ou seja, nos termos previstos em seu art. 7º, XVIII: “licença à gestante, sem prejuízo do empregado e do salário, com a duração de cento e vinte dias”. 2. Diante desse quadro histórico, não é de se presumir que o legislador constituinte derivado, na Emenda 20/98, mais precisamente em seu art. 14, haja pretendido a revogação, ainda que implícita, do art. 7º, XVIII, da Constituição Federal originária. Se esse tivesse sido o objetivo da norma constitucional derivada, por certo a E.C. nº 20/98 conteria referência expressa a respeito. E, à falta de norma constitucional derivada, revogadora do art. 7º, XVIII, a pura e simples aplicação do art. 14 da E.C. 20/98, de modo a torná-la insubsistente, implicará um retrocesso histórico, em matéria social-previdenciária, que não se pode presumir desejado. 3. Na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$1.200,00 (hum mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira, facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da C.F./88), proibição, que, em substância, é um desdobra-



mento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal. Estará, ainda, conclamado o empregador a oferecer à mulher trabalhadora, quaisquer que sejam suas aptidões, salário nunca superior a R\$1.200,00, para não ter de responder pela diferença. Não é crível que o constituinte derivado, de 1998, tenha chegado a esse ponto, na chamada Reforma da Previdência Social, desatento a tais conseqüências. Ao menos não é de se presumir que o tenha feito, sem o dizer expressamente, assumindo a grave responsabilidade. 4. A convicção firmada, por ocasião do deferimento da Medida Cautelar, com adesão de todos os demais Ministros, ficou agora, ao ensejo deste julgamento de mérito, reforçada substancialmente no parecer da Procuradoria Geral da República. 5. Reiteradas as considerações feitas nos votos, então proferidos, e nessa manifestação do Ministério Público federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade é julgada procedente, em parte, para se dar, ao art. 14 da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, interpretação conforme à Constituição, excluindo-se sua aplicação ao salário da licença gestante, a que se refere o art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal. 6. Plenário. Decisão unânime.

Os dois julgamentos mencionados são uma importante fonte de estudo, pois foram as primeiras oportunidades nas quais o STF se manifestou expressamente pela validade do princípio da vedação ao retrocesso social à luz da Constituição Federal de 1988.

A vedação ao retrocesso social, portanto, na dogmática constitucional brasileira se caracteriza como um princípio implícito, complexo por sua natureza, e que deve ser norteador da atividade jurídica, e sua aplicação deriva da necessidade de se conferir segurança jurídica e social aos tutelados do Estado.

Sua complexidade reside na ideia de que a caracterização de um retrocesso histórico-social depende de um cotejo criterioso entre normas jurídicas, a constituição e a realidade social, de modo que é mais fácil ao leigo sentir o retrocesso do que ao jurista demonstrá-lo.

É a partir da ideia de segurança e preservação dos direitos fundamentais elencados ao longo do texto constitucional, que encontramos a fonte do princípio da vedação ao retrocesso histórico-social que está inserida de forma latente em todo o ordenamento jurídico de um Estado que se denomina democrático e de direito.

## 5 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA APOSENTADORIA ESPECIAL NO BRASIL

A aposentadoria especial foi introduzida na proteção previdenciária nacional por meio da Lei 3.807 de 26 de agosto de 1960, conhecida como LOPS – Lei Orgânica da Previdência Social, e que foi inicialmente regulamentada pelo Decreto 53.831 de 25 de março de 1964.

A lei trazia a previsão de obtenção de aposentadoria especial ao segurado que contasse cumulativamente com 50 (cinquenta) anos de idade, quinze anos de contribuição e comprovasse o exercício de atividade profissional insalubre, penosa



ou considerada perigosa, pelo período de 15, 20 ou 25 anos a depender da atividade (enquadramento profissional) e do risco associado à atividade (efetiva exposição a agente de risco).

Como forma de regulamentação da LOPS, o Decreto 53.831 de 25 de março de 1964, apresentou um rol exemplificativo de agentes de risco e ocupações, com os correspondentes prazos de 15, 20 ou 25 anos de exercício de atividade. A aposentadoria especial, portanto, foi introduzida no sistema previdenciário brasileiro sem que houvesse uma definição taxativa de quais seriam as atividades insalubres, penosas ou perigosas.

Com a edição da Lei no 5.440-A, de 23 de maio de 1968 que alterou o art. 31 da Lei no 3.807, de 1960, houve a supressão da exigência da idade de 50 (cinquenta) anos para a concessão de aposentadoria especial, em relação aos serviços e atividades profissionais constantes do Quadro Anexo ao Decreto no 53.831, de 1964.

Em 1979, o Decreto 83.080 alterou o Decreto 53.831, e apresentou 2 quadros diferentes no qual classificou as atividades profissionais de acordo com os agentes nocivos - código 1.0.0 e as atividades profissionais, segundo os grupos de profissionais - código 2.0.0.

Tais alterações permaneceram em vigência mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, e da edição das Leis 8.212 e 8.213 em 24 de julho de 1991.

Somente em 1995 com a edição de Lei 9.032 é que foi extinta a concessão de aposentadoria especial pelo simples exercício de determinada atividade profissional, estabelecendo a necessidade de comprovação do exercício de atividade com efetiva exposição aos agentes químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, pelo período equivalente ao exigido para a concessão do referido benefício, assim como, comprovação pelo segurado do tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, nas condições que prejudicassem a saúde ou integridade física durante o período mínimo fixado em lei, que permaneceu 15, 20 ou 25 anos.

Posteriormente, houveram diversas modificações pontuais trazidas introduzidas pela MP 1.523, de 11 de outubro de 1996, pelo Decreto 2.172, de 1997, pela medida provisória – MP 1.729, de 2 de dezembro de 1998, convertida na lei 9.732, de 11 de dezembro de 1998, pelo Decreto 3.048, de 6 de maio de 1999, pelo Decreto 4.032, de 26 de novembro de 2001, pela MP 83, de 12 de dezembro de 2002, pelo Decreto 4.882, de 18 de novembro de 2003, e pelo Decreto 8.123, de 2013, antes da significativa alteração promovida pela EC 103.

No entanto, essas diversas modificações ao longo dos anos, em geral trataram de estabelecer e padronizar os procedimentos administrativos de análise e concessão do benefício, e em alguns casos promovendo a ampliação dos agentes nocivos e dos casos nos quais a exposição ao agente de risco e sua nocividade é presumida.

O ponto que é de grande relevância para este estudo em particular, diz respeito ao fato de que, desde o momento em que foi introduzida no ordenamento jurídico previdenciário brasileiro, a aposentadoria especial está umbilicalmente atrelada à ideia de prevenção e manutenção da saúde e integridade física do segurado.



## 6 APOSENTADORIA ESPECIAL E AS MODIFICAÇÕES TRAZIDAS PELA EC 103

Ates da entrada em vigor da EC 103, os requisitos cumulativos exigidos para a concessão da aposentadoria especial, eram a efetiva exposição ao agente de risco por 15, 20 ou 25 anos, sem previsão de idade mínima.

No entanto, o art. 19, § 1º, inciso I da EC 103 alterou significativamente os requisitos materiais cumulativos exigidos para o acesso à aposentadoria especial:

Art. 19. Até que lei disponha sobre o tempo de contribuição a que se refere o inciso I do § 7º do art. 201 da Constituição Federal, o segurado filiado ao Regime Geral de Previdência Social após a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional será aposentado aos 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, com 15 (quinze) anos de tempo de contribuição, se mulher, e 20(vinte) anos de tempo de contribuição, se homem.

§ 1º Até que lei complementar disponha sobre a redução de idade mínima ou tempo de contribuição prevista nos §§ 1º e 8º do art. 201 da Constituição Federal, será concedida aposentadoria:

I - aos segurados que comprovem o exercício de atividades com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação, durante, no mínimo, 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, nos termos do disposto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, quando cumpridos:

- a) 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 15 (quinze) anos de contribuição;
- b) 58 (cinquenta e oito) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 20 (vinte) anos de contribuição; ou
- c) 60 (sessenta) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 25 (vinte e cinco) anos de contribuição;

O novo texto é claro ao estabelecer inovações como a vedação de caracterização da atividade especial por categoria profissional ou ocupação, e a reintrodução de idade mínima como condição de acesso ao benefício.

O artigo 21 da EC 103 trouxe ainda uma regra de transição para o acesso à aposentadoria especial, a chamada regra dos pontos, os quais são obtidos com a somatória da idade e do tempo de contribuição em anos.

Calculada a pontuação, o segurado terá direito a aposentadoria especial na regra de transição, quando atingir cumulativamente: 66 pontos para a atividade especial de 15 anos; 76 pontos para a atividade especial de 20 anos e 86 anos para a atividade especial de 25 anos.

A EC103 ainda inovou no que diz respeito a Renda Mensal Inicial – RMI, que anteriormente à reforma obedecia a uma metodologia de cálculo que comparativamente era mais benéfica ao segurado.

A metodologia de cálculo revogada consistia na somatória de 100% da média



aritmética dos 80% maiores salários de contribuição (devidamente corrigidos para a data do cálculo), com descarte automático dos 20% menores salários de contribuição, sem incidência de fator previdenciário ou qualquer outro redutor.

O artigo 26 da EC 103 unificou a metodologia de cálculo dos benefícios previdenciários, incluindo a aposentadoria especial, de modo que a nova regra de cálculo da RMI da aposentadoria especial limita-se a 60% do valor da média aritmética simples de todos os salários recebidos pelo segurado (devidamente atualizados para a data do cálculo), acrescentando a este cálculo mais 2% para cada ano de contribuição que exceder 20 anos para homens e 15 anos para mulheres.

As inovações legislativas inseridas pela EC103 na aposentadoria especial, apesar de serem poucas em quantidade, são enormes no impacto previdenciário, histórico e social do benefício, e que são capazes de colocar em risco a finalidade existencial da aposentadoria especial, que é a proteção à perda da capacidade laboral precoce, ou à integridade física do segurado, em função da exposição prolongada a agentes de risco físico, químico, biológico ou perigoso.

## 7 A APOSENTADORIA ESPECIAL E A PROTEÇÃO DO INDIVÍDUO

A proteção previdenciária ao segurado está ligada de um modo geral, à ocorrência de evento futuro que pode ser certo ou incerto, e nesse universo estão incluídos os benefícios programados, para os quais se estabelece requisitos de tempo de contribuição específicos para a concessão de um determinado benefício, e também os benefícios por incapacidade, os quais estão vinculados à ocorrência de um quadro incapacitante motivado por doença ou ocorrência de sinistro.

Contudo, os benefícios previdenciários possuem como ponto convergente a ideia de proteção do segurado à perda da capacidade para o trabalho, seja em razão de sinistros e moléstias, seja em razão das limitações de trabalho naturalmente impostas pelo processo de envelhecimento.

A aposentadoria especial pode em uma observação superficial destoar desse contexto, no entanto, sua razão de existir é a mesma que os demais benefícios, e de modo bastante singular também protege a perda da capacidade laboral.

Essa proteção ocorre de modo diferenciado na aposentadoria especial, que se trata de um benefício ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições de trabalho que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei.

A especialidade que dá nome ao benefício advém de sua característica particular de que, nessa modalidade de benefício, a proteção à capacidade produtiva/de trabalho do segurado ocorre de modo preventivo, ou seja, o trabalhador é retirado do meio laboral nocivo (insalubre/perigoso) a fim de que seja evitado um evento futuro incerto, porém, de alta previsibilidade, ou de certeza relativa.

Segundo Horvath Júnior (2014, p. 333), esta modalidade de aposentadoria é *Direito subjetivo excepcional de quem preenche aspecto especial porque requer, além do tempo de serviço, a exposição ao risco.*

Ampliando o conceito, Martins (2008, p. 357) esclarece que:



[...] trata-se de um benefício de natureza extraordinária, tendo por objetivo compensar o trabalho do segurado que presta serviços em condições adversas à sua saúde ou que desempenha atividade com riscos superiores aos normais.

Sua inclusão na redação original dos arts. 40, § 4º e 201, § 1º da Constituição Federal de 1988, configurou um importante avanço social no direito fundamental à previdência social e à proteção à dignidade humana.

Isto porque, os trabalhadores que exercem atividades de risco e aqueles cujas atividades são exercidas sob condições especiais que prejudiquem sua saúde ou integridade física, são, sob a ótica da infortunística, imediatamente retirados do grupo geral de trabalhadores e inseridos em um grupo de risco acentuado e por vezes de iminência, no qual a perda da capacidade de trabalho de forma antecipada, em comparação ao grupo geral de trabalhadores, é muitas vezes maior e de certa forma previsível.

Por risco, devemos entender a probabilidade de ocorrência de um dano futuro e incerto, e por iminência de dano a relativa certeza de sua ocorrência, nos dois casos, balizados por critérios científicos fornecidos medicina do trabalho.

Deste modo, o caráter preventivo da aposentadoria especial se evidencia pelo afastamento prematuro do trabalhador de atividades laborais que, em razão de exposição a agentes de risco, apresentam uma certeza reativa de consolidação de danos à saúde decorrentes da exposição em longo prazo.

Como explicou Ribeiro (2013, p. 33):

A aposentadoria especial é um benefício que visa garantir ao segurado do Regime Geral da Previdência Social uma compensação pelo desgaste resultante do tempo de serviço prestado em condições prejudiciais.

Uma vez que os trabalhadores em atividades consideradas especiais compõem um grupo de risco acentuado e por vezes de iminência, no qual, em comparação ao grupo geral de trabalhadores, a perda da capacidade de trabalho de forma antecipada é muitas vezes maior, e de certa forma previsível, se fez necessária a previsão de que esse grupo se retirasse mais cedo das atividades de risco, de forma a evitar a previsível ocorrência de um infortúnio previsível (doença ou acidente) e diminuir o custo social decorrente de uma incapacidade temporária ou permanente, ou até mesmo do evento morte.

Essas peculiaridades caracterizam a aposentadoria especial como um benefício previdenciário programado extraordinário, cuja prestação assume caráter preventivo, protetivo e indenizatório.

## **8 A INCONSTITUCIONALIDADE DO RESTABELECIMENTO DA IDADE MÍNIMA PARA APOSENTADORIA ESPECIAL**

A idade mínima como um dos requisitos de elegibilidade para a concessão de



aposentadoria especial vigorou no Brasil entre agosto de 1960 e maio de 1968, durante a vigência da Lei nº 3.807/1960, a Lei Orgânica da previdência Social – LOPS, que em seu artigo 31 estabelecia a idade mínima de 50 anos de idade para acesso à aposentadoria especial.

Após esse período, inúmeras alterações normativas a nível legislativo e regulamentar, alteraram os requisitos e a forma de concessão da aposentadoria especial, entretanto, a idade mínima não foi objeto e tampouco foi reintroduzida por nenhuma das modificações normativas ocorridas após 1968.

Contudo, a Emenda Constitucional 103 apresentou uma regra de transição “até que lei complementar disponha sobre”, que meio século depois (51 anos mais precisamente) reintroduziu no ordenamento jurídico a idade mínima como um dos requisitos de elegibilidade à aposentadoria especial.

A nova “regra transitória”, com ares de permanente, prevista no artigo 19 da EC 103, estabeleceu as idades mínimas de 55, 58 e 60 anos de idade para os trabalhadores em atividades especiais de 15, 20 e 25 anos de contribuição respectivamente, o que representa na realidade social, a supressão da aposentadoria especial.

A conclusão não é exagerada se considerado o objetivo existencial da aposentadoria especial, o que permite o legítimo questionamento: se a aposentadoria especial surgiu como meio de proteger a capacidade produtiva do segurado, retirando-o antecipada e preventivamente do meio nocivo (insalubre/perigoso) a fim de que seja evitado um evento futuro incerto, porém, de alta previsibilidade, ou de certeza relativa, qual a utilidade (do ponto de vista da infortunística) de se manter o segurado exposto ao risco até os 60 anos?

Em uma suposição hipotética, mas sabidamente comum na realidade laboral, um segurado que inicie seu trabalho aos 20 anos de idade em atividades especiais de 25 anos (aqui tomada por ser a mais comum), teria até novembro de 2019 o direito de se aposentar aos 45 anos de idade. Pela nova regra permanente esse mesmo trabalhador somente irá se aposentar aos 60 anos de idade.

Com isso, haverá a manutenção da exposição ao ambiente de risco insalubre ou perigoso por um período adicional de 15 anos, aumentando de forma significativa o risco da ocorrência de um evento futuro de certeza relativa, ou, dito de outro modo, aumentam as chances de ocorrência de doenças ou de ofensas à integridade física do trabalhador, quase transformando a certeza relativa em absoluta.

A gravidade desta opção legislativa pode ser observada pela análise da recente decisão proferida pelo STF no Tema de repercussão geral 709, em que se analisou a constitucionalidade do § 8º do art. 57 da Lei 8.213/91, sendo definida a tese de que:

É constitucional a vedação de continuidade da percepção de aposentadoria especial se o beneficiário permanece laborando em atividade especial ou a ela retorna, seja essa atividade especial aquela que ensejou a aposentação precoce ou não.



A decisão do STF se deu justamente em razão do risco de ocorrência de evento futuro, seja ele um sinistro (comprometimento da integridade física ou morte) ou doença, que é inerente e indissociável da atividade desenvolvida, o que torna efetiva a necessidade de afastamento da atividade especial do segurado que se aposentou justamente para que se elimine esse risco futuro, pois do contrário não haveria razão para a existência da aposentadoria especial.

Portanto, não há cálculo atuarial que justifique o risco de se reinserir no ordenamento a exigência de idade mínima para a aposentadoria especial, principalmente quando essa idade mínima é apenas 5 anos mais baixa do que a idade para a aposentadoria programada (antiga aposentadoria por idade) que se atinge aos 65 anos.

Como já dito, a proibição ao retrocesso social se constitui em uma espécie de “direito social adquirido”, o que proíbe o legislador infraconstitucional (e em última análise o Estado) a estabelecer normas ou políticas públicas socialmente regressivas.

A EC 103 precisa ser analisada em confronto com tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário: a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o Pacto de San Jose da Costa Rica, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Pidesc).

É somente a partir da análise conjunta da Constituição, da EC 103, e dos pactos acima nominados que se pode constatar o retrocesso social decorrente por conta do restabelecimento da idade mínima dentre os requisitos de concessão da aposentadoria especial.

Justamente a partir dessa análise conjunta que se estabelece o vínculo e entre o dever estatal de proteção ao indivíduo e a evolução do direito previdenciário para, atendendo à necessidade de proteção do indivíduo, retirar do ordenamento jurídico a idade mínima dos requisitos de acesso à aposentadoria especial, com o fito de remover o trabalhador de forma preventiva e antecipada de situação de risco.

Trata-se de uma conquista social histórica, um direito social adquirido: a proteção do segurado à perda da capacidade para o trabalho individual (manutenção da própria subsistência) com a sua retirada preventiva do trabalho insalubre por meio da concessão de um benefício previdenciário.

A reinserção da idade mínima dentre os requisitos de admissibilidade à percepção da aposentadoria especial, na forma em que promovida pela EC 103, mais de meio século depois de sua retirada do ordenamento jurídico, a caracteriza como uma norma regressiva, e, portanto, inconstitucional.

Com efeito, a constatação de que uma norma ou uma política pública é regressiva acarreta a presunção de sua inconstitucionalidade e a inversão do ônus da prova de sua razoabilidade e proporcionalidade (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002, p. 95-96, tradução nossa).

A inversão do ônus da prova quanto à razoabilidade e proporcionalidade da norma é necessária à concretização do acesso à justiça nas arguições de inconstitucionalidade.

Foi como decidiu o ministro Ricardo Lewandowski do STF, que em liminar concedida no dia 31 de agosto de 2017, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.595, para suspender a eficácia dos artigos 2º e 3º da Emenda Constitucional nº 86/105, confirmou que o retrocesso social:



[...] acarreta a presunção de invalidez ou inconstitucionalidade da medida adotada, bem como, transfere ao Estado o ônus da prova quanto à sua razoabilidade.

Nessa situação, o Estado ainda pode justificar a medida adotada, contudo, precisará demonstrar, nas palavras de Gotti (2012, p. 171-174), que

[...] examinou todas as alternativas existentes e justificá-las em relação à totalidade dos direitos previstos no Pacto e no contexto de utilização do máximo dos recursos disponíveis, consagrando assim a inversão do ônus da prova.

De modo que nos parece clara a regressividade contida na EC 103 ao reintroduzir a idade mínima como requisito de elegibilidade à aposentadoria especial, o que faz presumir sua inconstitucionalidade que necessariamente precisará ser enfrentada em um breve futuro, como parte da pavimentação do caminho da efetivação da proibição do retrocesso social.

## 9 CONCLUSÃO

Nenhuma norma jurídica é uma ilha isolada do continente, é antes parte integrante de um vasto complexo normativo alicerçado em princípios gerais de direito, cuja observação e efetivação guardam uma relação direta com a consolidação do com o Estado Democrático de Direito.

Essa correlação atrai os países signatários da DUDH e de todos os pactos a ela correlatos à observação das normas de “direitos humanos”, como forma de pavimentar a construção e efetivação do Estado Democrático de Direito, e proporcionar a efetivação da finalidade do Estado, que é proteção do indivíduo.

Dentre as normas de direitos inerentes à condição humana está o da proibição do retrocesso social, por meio do qual se proíbe a retirada de direitos fundamentais do homem que tenham sido introduzidos no ordenamento.

Nesse contexto específico de proibição ao retrocesso social, a EC 103 reintroduziu no ordenamento jurídico, após 51 anos de exclusão, a idade mínima como requisito de elegibilidade para o acesso à aposentadoria especial.

Este fato configurou um retrocesso social, na medida em que o requisito idade mínima foi suprimido da regra geral previdenciária justamente em razão do fundamento maior de existência da Previdência Social, que é a proteção do indivíduo.

Na aposentadoria especial ocorre a retirada antecipada de um ambiente que é fonte de risco ocupacional, como forma de proteção de um risco futuro de certeza relativa, pois alguns trabalhos contêm em si o risco de doenças ou à integridade física do segurado, de modo a proteger sua capacidade laboral e manter sua utilidade social.

Essa prevenção ao risco futuro e de certeza relativa, motivou o afastamento da idade mínima por mais de meio século do conjunto de norma previdenciárias, como forma de efetivar a garantia de proteção ao indivíduo (finalidade do Estado) por meio da



aposentadoria precoce.

Sua reinserção por meio da EC 103 acaba por tornar inútil a existência do conceito de aposentadoria especial, vez que a obrigatoriedade de se atingir os 60 anos de idade em atividades de risco presumido, acaba por tornar a certeza relativa de ocorrência de sinistro (doença ou acidente) em certeza absoluta.

Dito de outro modo, a EC 103 fará com que o segurado permaneça por mais de uma década a mais exposto ao risco químico, físico ou biológico, aumentando o risco social de incapacidade decorrente de sinistros laborais, e retirando de modo implícito a garantia social de proteção ao trabalho, ao meio ambiente do trabalho sadio, e à eficiente proteção previdenciária.

Portanto, por meio da análise conjunta da Constituição e dos pactos internacionais vinculados à DUDH, dos quais o Brasil é signatário, podemos concluir pela inconstitucionalidade presumida da EC 103 em razão de sua expressa regressividade na garantia fundamental de proteção ao trabalho e ao indivíduo.

A inconstitucionalidade da EC 103 precisará ser enfrentada em um breve futuro, a fim de pavimentar nosso complexo e sinuoso caminho de efetivação dos princípios de Direitos Humanos, em especial, o negligenciado princípio da proibição ao retrocesso social.

Recebido em: 31 ago. 2020      Aceito em: 30 jul. 2021.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVIC, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BOBBIO, Norberto. **O Tempo da Memória** – De Senectute e outros escritos autobiográficos. 6. ed., Rio de Janeiro: Campus, 1997.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro, Campus, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.595, Decisão na Medida Cautelar, Distrito Federal. Relator Min. Ricardo Lewandowski**, 31 ago. 2017.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed., 11. reimp. São Paulo: Saraiva, 2003.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 12. ed. São José: Conceito, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Moderna, 1988.



GOTTI, Alessandra. **Direitos Sociais**: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultado. São Paulo: Saraiva, 2012.

HORVATH JÚNIOR. Miguel. **Direito Previdenciário**. 10. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NASCIMENTO, Rafael. **O princípio da proporcionalidade como via de aferição do retrocesso social**. Revista Petardo, Anuário PET. Santa Catarina: Fundação Boiteux, 2006.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988**. São Paulo: Verbatim, 2009.

RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. **Aposentadoria especial**: regime geral da previdência social. 6. ed. Paraná: Juruá, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.



## O BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL NA ANÁLISE DE CONSTITUCIONALIDADE DA REFORMA DA PREVIDÊNCIA

Eduardo Moraes Bestetti<sup>1</sup>

### RESUMO

O presente trabalho visa analisar alterações legais e constitucionais promovidas em direitos sociais. Para tanto, emprega o método dedutivo. Verifica como a Constituição de 1988 positiva os direitos sociais, concluindo-se que há um rol não taxativo. Após, enfrenta os argumentos referentes à crise econômica e à necessidade de se diminuir as despesas do Estado pelo corte em direitos sociais, os quais não possuem caráter deontológico, não impondo um dever ser. A vedação do retrocesso social, por sua vez, encontra guarida constitucional e pode ser empregada como critério de análise da constitucionalidade de alterações legais e constitucionais em direitos sociais. Ao final, verifica-se que a fixação da pensão por morte em um patamar inferior a um salário-mínimo é inconstitucional e a redução das rendas familiares na pensão por morte e na aposentadoria por idade devem ser analisadas à luz do mínimo existencial e da segurança jurídica.

**Palavras-chave:** Retrocesso social. Controle de constitucionalidade. Previdência social.

### THE USE OF THE CRITERION OF THE SOCIAL RETROCESSION PROHIBITION IN THE ANALYSIS OF THE CONSTITUTIONALITY OF CHANGES IN SOCIAL RIGHTS IN LIGHT OF THE SOCIAL SECURITY REFORM

#### ABSTRACT

This paper aims to analyze legal and constitutional changes promoted in social rights. In order to do so, it employs the deductive method. It verifies how the 1988 Constitution institutes social rights, concluding that there is a non-exhaustive list. Then, it faces the arguments related to the economic crisis and the supposed need to reduce public expenditures stemming from the cut in social rights, which would not have a deontological character, no imposing a duty. The social retrocession prohibition, in turn, is constitutionally guarded and can be used as a criterion for analyzing the constitutionality of legal and constitutional changes in social rights. In the end, it is verified that the setting of the death pension at a level below the minimum wage is unconstitutional and the reduction of family incomes in the death pension and retirement by age should be analyzed in the light of the existential minimum and legal certainty.

**Keywords:** Social retrocession. Judicial review. Social security.

<sup>1</sup>Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS.



## 1 INTRODUÇÃO

A previsão de direitos sociais nas constituições passou a ser percebida na primeira metade do século XX, com as conhecidas constituições mexicana de 1917 e alemã (Constituição de Weimar) de 1918. Com isso, o controle de constitucionalidade no que se refere a alterações legislativas que afetam os direitos sociais passou a ter uma base material de análise.

Nas últimas décadas, contudo, as alterações legislativas em direitos sociais, mais especificamente, alterações legislativas para alterar, reduzir ou eliminar direitos sociais têm sido defendidas como soluções para as crises financeiras e fiscais dos Estados nacionais, que seriam originadas em um excesso de gasto. Não foi e não é diferente no Brasil.

Com isso, o estudo de como as previsões constitucionais de direitos sociais regulamentam materialmente o processo legislativo aumenta a sua importância. É inquestionável que os direitos sociais podem ser realizados em maior ou menor grau, bem como que devem ser implementados progressivamente. Entretanto, como saber se uma determinada proteção social foi reduzida sobremaneira a ponto de atingir um nível de inconstitucionalidade?

Para responder tal pergunta, o Direito deve estabelecer requisitos objetivos ao intérprete. A consideração de que a constituição brasileira prevê um “princípio da vedação do retrocesso social” contribui para a análise. No entanto, a equivocidade e a polissemia do termo “retrocesso” mantêm algumas dúvidas sobre a sua aplicação.

Assim, a fim de enfrentar o problema posto, o primeiro trabalho utilizará o método dedutivo, partindo do estudo do ordenamento jurídico-constitucional referente aos direitos sociais, tendo como paradigma legal, portanto, a Constituição de 1988. Após, buscará conceituar a vedação do retrocesso social, inclusive problematizando o emprego do termo “princípio” e verificar de que forma ele disciplina materialmente as alterações legais e constitucionais no campo em análise. Por fim, aplicar-se-á o que desenvolvido nas partes anteriores a alterações legais e constitucionais promovidas no ano de 2019 no Brasil.

## 2 OS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição de 1988 enumera, no art. 6º, os direitos sociais: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados. No art. 7º, prevê os direitos dos trabalhadores, bem como finaliza o *caput* deste artigo com a fórmula que em parte fundamenta o entendimento de que a constituição brasileira proíbe os retrocessos no campo dos direitos sociais: “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”.

José Afonso da Silva (2014, p. 289) classifica os direitos sociais em seis classes, conforme previsões dos arts. 6º a 11 da Constituição:



(a) direitos sociais relativos ao trabalhador; (b) direitos sociais relativos à seguridade, compreendendo os direitos à saúde, à previdência e assistência social; (c) direitos sociais relativos à educação e à cultura; (d) direitos sociais relativos à moradia; (e) direitos sociais relativos à família, criança, adolescente e idoso; (f) direitos sociais relativos ao meio ambiente.

Retornando-se à formulação “além de outros que visem à melhoria de sua condição social”, ela é salientada pela doutrina como expressão da abertura e não taxatividade do rol de direitos sociais, desde que essa abertura contribua para o elástico da proteção social, no caso do art. 7º, dos trabalhadores. O tratamento dos direitos sociais como “não-taxativos” será abordado no subitem a seguir.

## 2.1 O ROL EXEMPLIFICATIVO DE DIREITOS SOCIAIS

Como referido ao final do item anterior, em que pese estejam elencados no art. 6º da Constituição os direitos sociais, bem como estando previstos os direitos dos trabalhadores no art. 7º, a doutrina considera que não se trata de um rol taxativo. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 118):

De outra parte, também para os direitos sociais, de acordo com entendimento amplamente difundido, vale a noção de abertura material (ou seja, da não taxatividade, portanto, da inexistência de um *numerus clausus*) a outros direitos além dos expressamente previstos nas constituições, seja pela integração ao Direito Constitucional dos diversos estados latino-americanos dos direitos sociais, econômicos e culturais contemplados nos diversos pactos internacionais, seja pelo reconhecimento de direitos sociais implicitamente positivados, como dá conta, entre outros, o exemplo do direito ao mínimo existencial, tão caro, aliás, para a problemática da proibição de retrocesso.

A compreensão de que o rol constitucional de direitos sociais é aberto, não se limitando aos enumerados no art. 6º da Constituição, encontra guarida também nas disposições do art. 1º, inc. III, que estabelece a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, e do art. 3º, segundo o qual são objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, a promoção do bem de todos e o combate à discriminação.

Compreender que o rol de direitos sociais da Constituição é apenas exemplificativo não se trata apenas de uma retórica vazia. Ao revés, traz consequências jurídicas, em especial a possibilidade de análise da constitucionalidade material de leis que afetem outros direitos sociais, alheios ao rol do art. 6º, já que eles estariam, também, protegidos pelo manto da constitucionalização dos direitos sociais.



## 2.2 DA ORDEM SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

No Título VIII, a Constituição ordena a ordem social, a qual tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça social. Ao passo que a ordem econômica prevê uma dimensão mais institucional, os direitos sociais têm uma característica mais marcadamente subjetiva.

Neste título se organiza como os direitos sociais garantidos à população e até mesmo, em alguns casos, a estrangeiros serão oferecidos pelo Estado. O título é dividido em capítulos (disposição geral; seguridade social; educação, cultura e desporto; ciência, tecnologia e inovação; comunicação social; meio ambiente; família, criança, adolescente, jovem e idoso; e índios). O capítulo da seguridade social, por sua vez, é subdividido em assistência social, previdência social e saúde.

Tais direitos sociais se relacionam com o direito fundamental de igualdade e constituem pressuposto para gozo dos demais direitos, inclusive os subjetivos (SILVA, 2009, p. 289). Isso porque não há que se falar em igualdade de oportunidades ou de liberdade de fazer escolhas sem um mínimo de possibilidades materiais garantidos pelo mínimo existencial.

Essa consideração de que mesmo os direitos fundamentais de liberdade exigem uma prestação positiva do Estado, e não apenas uma abstenção. É o que Georg Jellinek (1919, p. 87) denomina de *status positivo* de um direito fundamental, enquanto prestações objetivas que o cidadão pode demandar do Estado. Para o autor, um mesmo direito fundamental pode ter diferentes *status*, observável na forma como o Estado deve se portar perante o indivíduo para melhor realizá-lo, seja abstendo-se de intervir, seja atuando positivamente.

Além disso, os problemas sociais eram um fato ao final do século XIX, quando, apesar do aumento da produtividade, a condição de miséria se mantinha para parte significativa da população, além das longas jornadas de trabalho e trabalho infantil. Constata-se, nesse contexto, a insuficiência do Estado liberal para dar conta de tais problemas sociais, exigindo-se assim que as prestações positivas do Estado não se limitassem à tutela da propriedade privada (CAMARGO, 2008, p. 128), mas também ao alívio das questões sociais (SANTOS, 2017). Tratou-se, em muitos casos, de uma opção pragmática inclusive de políticos conservadores para evitar a eclosão de conflitos sociais (HOBSBAWM, 2016, p. 178).

Dessa forma, verifica-se que os direitos sociais integram a Constituição em um rol não taxativo e obrigam o legislador, bem como o constituinte derivado, a observá-los. No item subsequente, observar-se-á a forma como pode ocorrer a conformação legal dos direitos sociais.

## 3 A VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL COMO PARADIGMA DE ANÁLISE DE ALTERAÇÕES CONSTITUCIONAIS E LEGAIS NO CAMPO DOS DIREITOS SOCIAIS

Em que pese a grande redução das desigualdades no período posterior à Segunda Guerra Mundial, quando em comparação ao período anterior à Primeira Guerra Mundial



(PIKETTY, 2015, p. 27), momento histórico que coincide com a positivação de direitos sociais, nas últimas décadas observam-se alterações legislativas e constitucionais de forma a reduzir ou eliminar direitos sociais previstos nas constituições, em diversos países (SANTOS, 2017). Este fenômeno será brevemente abordado no subitem a seguir.

### 3.1 A ECONOMIA POLÍTICA DA AUSTERIDADE E OS DIREITOS SOCIAIS

O fenômeno já foi vislumbrado, no Brasil, por Washington Peluso Albino de Souza (2002, p. 540-541) quando, ainda na década de 1990, a partir da identificação de “medidas neutralizadoras” dos direitos sociais nas próprias constituições, apontando como um paradoxo por um lado o atendimento às reivindicações populares e, por outro, a previsão de instrumentos de bloqueio.

Dentre os instrumentos de bloqueio estão a supressão do texto constitucional, a omissão regulatória e a implementação de uma política econômica de austeridade. O primeiro, consiste na eliminação de conquistas sociais do texto constitucional pelo constituinte derivado e reformador (CLARK; CORRÊA; NASCIMENTO, p. 69). O segundo decorre do alinhamento de forças no Congresso Nacional e demais atores políticos a fim de exercer um efetivo “veto” aos dispositivos constitucionais, quando estes reclamam de regulamentação para sua implementação (CLARK; CORRÊA; NASCIMENTO, p. 71). Já o terceiro refere-se “à implementação de um projeto político estruturado e fundamentado nas premissas de uma Economia Política da Austeridade” (CLARK; CORRÊA; NASCIMENTO, p. 72).

No que diz respeito ao bloqueio constitucional pela economia política da austeridade, a situação já vem sendo descrita como a “primazia da crise sobre a constituição” (HESPANHA, 2013), em que circunstâncias de fato, tidas como extraordinárias permitiriam – pelo menos no entendimento de alguns tribunais – o afastamento temporário (ou não) de certos dispositivos constitucionais previstos tanto na ordem econômica como na ordem social.

Para além da crítica dogmática a esse posicionamento, o qual acaba por derivar prescrições de circunstâncias de fato (CAMARGO, 2014, p. 52), a consideração da crise como um argumento jurídico dependeria da demonstração efetiva desta crise, ou seja, de uma comprovação. Não apenas isso, mas também a consideração da crise como um fundamento para se afastar temporariamente a aplicabilidade de disposições constitucionais implica dizer que a constituição regulamenta apenas a “normalidade”, bem como que crise econômica seria algo anormal, de exceção. Diversas posições vêm demonstrando que esses pressupostos para a consideração da “soberania da crise sobre a constituição” não são verdadeiros em um modelo de economia de mercado altamente financeirizada como a contemporânea.

Gilberto Bercovici (2018, p. 51) desenvolveu o conceito de “estado de exceção econômico permanente”, demonstrando que o argumento de crise é constantemente empregado para bloquear avanços sociais, sempre com a alegação de que as previsões constitucionais tornam o país ingovernável e que a implementação da economia política da austeridade é a única forma de manter a credibilidade do país e garantir a renda financeira do capital. O paradoxo contido no conceito serve justamente para



escancarar a atecnia com que o argumento de crise é usado, já que a consideração de exceção se perpetua no tempo, sempre sendo encontrado um ou outro argumento que possibilitaria deixar de aplicar o regramento constitucional atinente à matéria, no sentido de enfraquecer conquistas sociais. A “exceção permanente” demonstra, pela contradição em seus próprios termos, que não há situação extraordinária que justifique o bloqueio constitucional.

Já para Marc Chesney (2020, p. 23), a crise econômica e financeira, principalmente após os eventos de 2008, assumiram um caráter permanente, já que as respostas a ela – economia política da austeridade – têm apenas o sentido de prolongá-la. Ou seja, a crise virou sistêmica, parte normal do funcionamento da economia de mercado altamente financeirizada, não fazendo mais sentido em se argumentar pela exceção da crise ou pela ausência de previsão constitucional que regulamente momentos de crise.

Apenas para finalizar a imprecisão do emprego do argumento de crise como imperativo de relativização de direitos sociais e implementação da economia política da austeridade, cumpre rememorar que os “custos do Estado” não decorrem unicamente da implementação destas políticas públicas, mas também o estado absenteísta deve dispender de recursos públicos para a implementação de seus objetivos (CAMARGO, 2008, p. 128).

Diante disso, a vedação ao retrocesso social confere ao operador do direito uma ferramenta dotada de maior objetividade e com fundamento constitucional para analisar a constitucionalidade de leis e emendas constitucionais que afetem direitos sociais. A abordagem é eminentemente técnica-jurídica, ao revés da abordagem fática decorrente do argumento de crise, que ainda falseia a situação de exceção e ignora que o texto constitucional não prevê sua aplicabilidade apenas para momentos de “normalidade”.

### 3.2 CONCEITO E APLICAÇÃO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

De tudo o que trabalhado até aqui, pode-se partir do ponto de que a vedação ao retrocesso social constitui importante elemento para interpretação e aplicação das normas constitucionais que positivam, explícita ou implicitamente, direitos sociais, em virtude da previsão constitucional da dignidade da pessoa humana, redução de desigualdades, combate à exclusão e não taxatividade do rol de direitos sociais.

Ingo Wolfgang Sarlet (2006) a relaciona com a segurança jurídica, em um sentido ampliado do termo, proibindo que haja uma “descontrolada disponibilização dos direitos e dos projetos de vida pessoais por parte da ordem jurídicas”, o que submeteria as pessoas à vontade estatal, o que é incompatível com o conceito kantiano de dignidade, a consideração das pessoas como um fim e não como um meio.

Contudo, é irrealista afirmar que a previsão legal ou constitucional de um direito social alteraria, instantaneamente, a realidade sobre a qual ele se aplica. Ao revés, apenas a partir de uma gradativa implementação de políticas públicas e de regras infraconstitucionais é que o Estado social desenhado pela constituição se constrói. Dessa forma, a constituição, ao obrigar os poderes do Estado a observarem os direitos sociais determina a progressiva implementação dos direitos sociais.

Dessas reflexões extrai-se o conteúdo da vedação ao retrocesso social, que pode



ser resumido em três critérios de análise. O primeiro é o mínimo existencial, relacionado à dignidade humana. Se a alteração legislativa provocar a ausência de garantia de um mínimo existencial, deverá ser considerada inconstitucional. O segundo, é o da progressividade. Ou seja, se a medida provocar uma menor implementação de um determinado direito social, ela implicará em uma violação à necessária progressividade na concretização dos direitos sociais e, com isso, acarretará a sua incompatibilidade material com a constituição. O terceiro é a segurança, não podendo qualquer alteração afetar os planos de vida e o livre desenvolvimento da personalidade dos indivíduos com base em escolhas feitas com base no paradigma anterior. Não se trata aqui de defender o “direito adquirido a um regime jurídico”, o que já foi afastado pelo Supremo Tribunal Federal no RE 227755 AgR (BRASIL, 2012), por exemplo, mas sim proteger situações geradoras de direito adquirido, assim, como tutelar a previsibilidade, que garante a liberdade e o livre desenvolvimento da personalidade.

A cláusula da reserva do possível, invocada como causa de limites aos direitos fundamentais sociais impõe o ônus de se provar a impossibilidade, inclusive de se comprovar que não há meios alternativos de custeio para a política pública inclusive no que diz respeito ao manejo de instrumentos tributários. Além disso, ela se relaciona com a progressividade no sentido de que, se no momento não é possível a implementação plena de determinado direito social, impõe-se que no futuro este direito esteja mais bem concretizado e não menos. Assim, a futura implementação do direito social deve ser demonstrada.

À vedação do retrocesso não se aplicam as fórmulas de “ponderação”, por isso a crítica ao emprego da expressão “princípio da vedação do retrocesso social”, já que pode se confundir com a definição de princípio de Robert Alexy (2009, p. 12), aplicável pelo postulado da proporcionalidade. Dessa forma, afetando negativamente a alteração legal um dos critérios acima, a conclusão deve ser pela inconstitucionalidade.

Neste contexto, passa-se, a seguir, a analisar algumas medidas legislativas levadas à cabo no Brasil no ano de 2019, para análise de sua constitucionalidade.

#### **4 ALTERAÇÕES CONSTITUCIONAIS PROMOVIDAS PELA REFORMA DA PREVIDÊNCIA SOB O PRISMA DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL**

A mais relevante alteração no ordenamento jurídico brasileiro no ano de 2019 foi a Emenda Constitucional nº 103, denominada de “Reforma de Previdência”. Submetidas as suas disposições aos critérios enumerados ao final do capítulo anterior, vê-se que algumas disposições não se sustentam diante da previsão de vedação do retrocesso.

Veja-se que por afetar direitos individuais, mormente por se tratarem os direitos sociais de direitos individuais relacionados a conquista de possibilidades materiais de gozo dos demais direitos, em especial os de igualdade e de liberdade, bem como pela relação com a segurança das posições individuais e dos projetos de vida, também as emendas constitucionais se submetem ao crivo do controle de constitucionalidade. Essa posição se coaduna com a doutrina de Paulo Bonavides (2001, p. 594-595):



Tanto a lei ordinária como a emenda à Constituição que afetarem, abolirem ou suprimirem a essência protetora dos direitos sociais, jacente na índole, espírito e natureza de nosso ordenamento maior, padecem irremissivelmente da eiva de inconstitucionalidade, e como inconstitucionais devem ser declaradas por juízes e tribunais, que só assim farão, qual lhes incumbe, a guarda bem sucedida e eficaz da Constituição.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.946, o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2003) julgou inconstitucional norma instituída pela Emenda Constitucional nº 20/98 que reduzia o escopo protetivo do salário maternidade, entendendo cabível o controle concentrado de constitucionalidade sob o prisma do inciso IV do § 4º do artigo 60 da CF. Referido precedente demonstra o entendimento pelo cabimento do controle de constitucionalidade de alterações no texto da Constituição relativos a direitos sociais.

Argumentou-se, no caso, que a limitação a um teto do valor do salário maternidade a ser custeado pela previdência social, com o restante sendo pago pelo empregador sem abatimento, implicaria em um tratamento discriminatório pelos empregadores às trabalhadoras mulheres que tanto acabariam limitando o salário pago às mulheres ao valor eventualmente pago pela previdência no caso de maternidade, como estimularia a opção pela contratação de homens.

Ainda, fundamentou o relator que a aplicação da norma instituída pela Emenda Constitucional nº 20/98 implicaria em tornar insubsistente a previsão do art. 7º, inc. XVIII da Constituição, que prevê como direito social “licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias”. Empregando as palavras acima de Paulo Bonavides, a norma julgada inconstitucional suprimia a essência do direito social.

Diante da possibilidade de controle de constitucionalidade, duas disposições da Emenda Constitucional nº 103 merecem destaque para o presente estudo. A primeira diz respeito à pensão por morte, prevista no art. 23 da referida emenda:

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:

I - 100% (cem por cento) da aposentadoria recebida pelo segurado ou



servidor ou daquela a que teria direito se fosse aposentado por incapacidade permanente na data do óbito, até o limite máximo de benefícios do Regime Geral de Previdência Social; e

II - uma cota familiar de 50% (cinquenta por cento) acrescida de cotas de 10 (dez) pontos percentuais por dependente, até o máximo de 100% (cem por cento), para o valor que supere o limite máximo de benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

A norma reduz o valor da pensão por morte para 50% do valor do benefício, quando aposentado, ou 50% do valor da aposentadoria que o trabalhador faria jus na data do óbito, acrescido de 10% por dependente. Primeiramente que a emenda constitucional não faz nenhuma referência à garantia do salário-mínimo para a pensão por morte no Regime Geral de Previdência Social (RGPS). Entretanto, considerando que o salário-mínimo é definido pela Constituição como o valor “capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família”, qualquer interpretação no sentido de que as regras de cotas poderiam implicar em uma pensão por morte menor do que um salário-mínimo é inconstitucional, por violar o mínimo existencial.

Outro problema decorrente é a radical redução da renda familiar, que afeta principalmente as famílias de menor renda. Se o segurado deixar um cônjuge e um filho, a renda será de 70% do benefício e, após a maioridade do filho, será de 60%. Contudo, nas famílias de menor renda, quase todos os rendimentos familiares são destinados a gastos fixos vinculados a subsistência, como moradia, energia elétrica, gás, os quais não reduzirão, ou reduzirão muito pouco com o óbito do segurado.

Já quando o segurado falece ainda trabalhando, a redução será ainda maior, porque será calculado o valor que ele faria jus caso se aposentasse por invalidez naquela data e, sobre este valor já reduzido, se aplicará a regra das cotas. Então a análise da constitucionalidade deve verificar se há a garantia do mínimo existencial, bem como se a segurança jurídica, o livre desenvolvimento da personalidade e a possibilidade de realização de planos de vida foram respeitados diante dessa cumulação de reduções da renda familiar.

No cálculo da aposentadoria por idade, por sua vez, a redução do valor da renda do segurado passou a ser a regra. Isso porque, mesmo que o beneficiário consiga atingir o número de anos para ter 100% do benefício (35 anos para mulheres e 40 anos para homens), a base de cálculo será de 100% dos salários de contribuição. Ou seja, para o trabalhador que evoluiu na carreira e galgou postos de trabalho mais bem remunerados, ou para o trabalhador que começou cedo na vida laboral, em trabalhos menos especializados, conquistando sua especialização depois, no cálculo de aposentadoria serão considerados todos os salários de contribuição.

Assim, ao beneficiário será imposta uma redução no padrão de vida, afetando, novamente, a previsibilidade, a segurança, o livre desenvolvimento da personalidade e a elaboração dos projetos de vida.

Estas são apenas algumas mudanças trazidas pela Emenda Constitucional nº 103 sobre as quais se pode empregar os critérios da vedação do retrocesso social, verificando a incompatibilidade com a Constituição das restrições de direitos sociais impostas pela Reforma da Previdência.



## 5 CONCLUSÃO

Atualmente, os direitos sociais vêm sendo objeto de diversos ataques. Os bloqueios à realização das normas constitucionais que os instituem vão desde a alteração constitucional, a omissão legislativa, até a implementação da economia política da austeridade.

Comumente associa-se a tais bloqueios um argumento de necessidade. A crise econômica, financeira ou fiscal (atualmente, em 2020, a sanitária) impõem a adoção dessas medidas. Contudo, a permanência e recorrência do emprego deste argumento acaba por torná-lo ilegítimo, já que para haver crise há de ter um estopim, um ápice e a sua superação, em um momento novo. No atual estágio do capitalismo, contudo, a crise se tornou permanente e, com isso, o bloqueio à concretização da Constituição Econômica.

A ciência do direito não pode aceitar o argumento de crise como legítimo. Além de cair na contradição interna descrita acima, ele extrai enunciados prescritivos de uma situação de fato. Não apenas isto, extrai enunciados prescritivos de uma situação de fato não comprovada por quem a alega, ou então provocada pela política econômica que se alega ser a única alternativa.

Com isso, a vedação ao retrocesso social é um critério juridicamente válido, adequado à Constituição brasileira de 1988 e que estabelece parâmetros de análise de alterações legais e constitucionais no campo de direitos sociais, salientando que também as emendas constitucionais relacionadas a direitos sociais podem ser objeto de controle de constitucionalidade. Na análise sob o prisma da vedação do retrocesso, o intérprete terá de se atentar à manutenção do mínimo existencial, da progressiva implementação dos direitos sociais e da segurança e previsibilidade dos planos de vida das pessoas afetadas.

Com isso, conclui-se pela inconstitucionalidade do pagamento da pensão por morte em valor inferior ao salário-mínimo e pela necessidade de se verificar empiricamente o impacto das reduções de renda decorrentes das cotas da pensão por morte e do cálculo da aposentadoria por idade com base em 100% dos salários de remuneração, indicando-se a possível inconstitucionalidade em função da grande redução dos padrões de vida dos segurados da previdência social.

Recebido em: 27 jun. 2021      Aceito em: 30 jul. 2021

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Die Konstruktion der Grundrechte. *In: Grundrechte, Prinzipien und Argumentation*, p. 9-19. Baden-Baden: Nomos, 2009, p. 12.

BERCOVICI, Gilberto. Dilemas da Constituição Econômica: homenagem ao centenário de Washington Peluso Albino de Souza. *In: CLARK, Giovanni; CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (org.). Constituição econômica, direito econômico e direito comparado: estudos em homenagem ao professor Washington Peluso Albino de Souza pelo centenário*



rio de seu nascimento, p. 39-52. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 594-595.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 227.755. Relator Ministro Dias Tófoli. DJe-208, 23 de outubro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.946. Relator Ministro Sydney Sanches. DJ, 16 de maio de 2003.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Curso Elementar de Direito Econômico**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **“Custos dos Direitos” e reforma do Estado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

CHESNEY, Marc. **A crise permanente: o poder crescente da oligarquia financeira e o fracasso da democracia**. São Paulo: Editora Unesp, 2020.

CLARK, Giovani. CORRÊA, Leonardo Alves. NASCIMENTO, Samuel Pontes do. **Constituição Econômica Bloqueada: Impasses e Alternativas**. Belo Horizonte: EDUFPI, 2020. Disponível em: [https://fbde.webnode.com.br/\\_files/200000090-3ed4b3ed4d/Constituicao\\_Economica\\_Bloqueada\\_EBOOK-PDF.pdf](https://fbde.webnode.com.br/_files/200000090-3ed4b3ed4d/Constituicao_Economica_Bloqueada_EBOOK-PDF.pdf). Acesso em: 27 jun. 2021.

HESPANHA, Antonio Manuel. A revolução neoliberal e a subversão do “modelo jurídico”: crise, direito e argumentação jurídica. **Revista dos Tribunais**, v. 929, p. 213-279, Mar., 2013.

HOBBSAWM, Eric J. **A era dos impérios**. Trad. Sieni Maria Campos e Yolanda Steidel de Toledo. 20. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2016.

JELLINEK, Georg. **System der subjektiven öffentlichen Rechte**. Tübingen: Mohr, 1919.

PIKETTY, Thomas. **Economia da desigualdade**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.

SANTOS, Marcus Gouveia dos. Vedação do retrocesso social: reflexões gerais em um período de crise econômica. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 100, p. 71-100, Mar./Abr., 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 57, n. 006, p. 5-48, Out./Dez, 2006.



SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. **Revista do TST**, Brasília, v. 75, n. 3, jul/set 2009. Disponível em: <http://www.abdpc.com.br/admin/midias/anexos/1440694885.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Teoria da Constituição Econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

**TELEFONE**  
(31) 3271-4428

**E-MAIL**  
sac@ieprev.com.br

**REDES SOCIAIS**  
Facebook: /ieprev  
Instagram: @ieprev  
Twitter: @ieprev

**SITE**  
[www.ieprev.com.br](http://www.ieprev.com.br)

**PARA SUBMETER SEU  
ARTIGO PARA AVALIAÇÃO,  
ACESSE:**

<http://rbds.ieprev.com.br/rbds>

**EDIÇÕES ANTERIORES**  
[www.ieprev.com.br/publicacoes](http://www.ieprev.com.br/publicacoes)