V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL

JOSÉ RICARDO CAETANO COSTA

MARIO GARMENDIA ARIGÓN

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direitos sociais, seguridade e previdência social [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/ Unisinos/URI/UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenador: José Ricardo Caetano Costa, Mario Garmendia Arigón – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-258-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direitos sociais. 3. Seguridade. 4. Previdência social. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL

Apresentação

Em 09 de setembro de 2016, foram apresentados 12 trabalhos, dos 13 aprovados no GT de DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL, cujos debates fomentaram a discussão e intercâmbios de variadas questões de relevância e aderência ao Grupo de Trabalho: saúde, benefício assistencial, educação, previdência e os direitos sociais trabalhistas, com reflexo na previdência social. Desejamos uma boa leitura e reflexão a todos.

No artigo de Aline Marques Marino, Karla Alexsandra Falcão Vieira Celestino, denominado A LEI Nº 13.135/2015 E A MITIGAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS, A PARTIR DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO, analisam as modificações na Lei nº 8.213/1991, na busca da demonstração dos argumentos acerca da constitucionalidade e inconstitucionalidade da referida Lei.

No artigo "A REFORMA ADMINISTRATIVA TRAZIDA PELA MP 726/16: AS SUCESSIVAS REFORMAS PARAMÉTRICAS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL INSERIDAS NO PROJETO NEOLIBERAL", de José Ricardo Caetano Costa, Marco Aurélio Serau Junior, os autores investigam o processo histórico, de feição neoliberal, que vem alterando significativamente o sistema previdenciário brasileiro, especialmente a partir da Reforma Administrativa trazida pela Medida Provisória n. 726/16.

No artigo "A TEORIA DO RECONHECIMENTO SOCIAL DE AXEL HONNETH APLICADO NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO", de Júlia Francieli Neves de Oliveira, Leonel Severo Rocha, analisam quais as formas de reconhecimento no campo social e familiar no direito previdenciário, trazendo o processo de reconhecimento e a influência de sua estrutura cultural e a complexidade de fatores.

No artigo "ENSINO FUNDAMENTAL NO MARANHÃO: ANÁLISE DO DIREITO À EDUCAÇÃO A PARTIR DO PLANO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO", de Renata Caroline Pereira Reis Mendes a autora analisa a relação entre direito à educação e a obrigatoriedade escolar no ensino fundamental, com base nos dados pelo Plano Estadual de Educação de 2013.

No artigo denominado “LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS TRABAJADORES PRECARIOS CON ESPECIAL ATENCIÓN A LOS AUTÓNOMOS. ANÁLISIS COMPARADO ENTRE EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL Y BRASILEÑO”, de Mirian Aparecida Caldas, Susana Rodríguez Escanciano, realizam a decadência do Estado de Bem Estar Social, apontando como exemplo o caso dos trabalhadores autônomos, dado seu trabalho precário e atípico, alertando sobre a possibilidade da existência de fraudes e dissimulações nas relações laborais.

No artigo “O AUXÍLIO-DOENÇA PARENTAL À LUZ DO REGIME CONSTITUCIONAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL” de Igor Ajouz, o trabalho pretende analisar a compatibilidade do benefício previdenciário de auxílio-doença parental com as disposições constitucionais que versam sobre a seguridade social, diante da falta de previsão legal para este benefício, apontando os empecilhos no regime constitucional.

No artigo “O BENEFICIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA ASSISTENCIAL NO BRASIL: UM DIREITO UNIVERSAL?” de Ana Maria Correa Isquierdo , Priscilla Brandão Peter, as autoras levantam a problemática trazida pela não concessão do benefício de prestação continuada da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), aos estrangeiros residentes no Brasil, diante da interpretação hermenêutica de quem é o “cidadão”.

No artigo “O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE VERSUS O USO DA FOSFOETANOLAMINA (PÍLULA DO CÂNCER): PARTICULARIDADES E PROPOSTAS DE “LEGE FERENDA”, de Lívia Dias Barros, Ney Rodrigo Lima Ribeiro, os autores objetivam analisar a efetivação do direito à saúde a partir da utilização da fosfoetanolamina sintética a partir da propostas de “lege ferenda” ao Art. 2º da Lei nº 13.269 /2016, avaliando os problemas do uso indiscriminado destes medicamentos.

No artigo “O MÍNIMO EXISTENCIAL COMO GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À PREVIDÊNCIA SOCIAL”, de Carla Batista Baralhas Anna Candida da Cunha Ferraz, as autoras analisam o “mínimo existencial” como direito fundamental do beneficiário da previdência social, propondo demonstrar a diferença entre o mínimo existencial e mínimo vital para o fim de garantir a efetividade do direito fundamental à previdência.

No artigo denominado “O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL COMO BARREIRA DE CONTENÇÃO À ONDA REFORMISTA QUE ATINGIU OS SISTEMAS PREVIDENCIÁRIOS DO BRASIL E DE PAÍSES DA AMÉRICA LATINA NAS ÚLTIMAS DÉCADAS”, de Juliana Toralles Dos Santos Braga , Pâmela Cristine

Bolson, as autoras pretendem demonstrar que o princípio da vedação ao retrocesso social pode servir como barreira para o imperante discurso neoconservador que tem influenciado as reformas estruturais operadas nos sistemas previdenciários do Brasil e de países da América Latina nas últimas décadas.

No artigo denominado “SEGURIDADE SOCIAL DO BRASIL: SAÚDE, PREVIDÊNCIA SOCIAL E ASSISTÊNCIA SOCIAL: ANÁLISE CONCEITUAL E CONJUNTURAL A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988”, de Angelica Denise Klein , Luiza Weigel, as autoras buscam avaliar a ações de iniciativa dos poderes públicas e da sociedade brasileira para assegurar os direitos à Seguridade Social, avaliando as alterações normativas de proteção social.

No artigo “SINDICATOS E A POSSIBILIDADE DE INCLUSÃO DE TRABALHADORES EM PROGRAMAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR”, de Denise Poiani Delboni, Clayton Vinicius Pegoraro de Araújo, abordam a questão da necessidade de repensar outros mecanismos de Previdência Social Complementar, apontando uma maior viabilidade financeira, ampliando a participação dos sindicatos nesse processo.

Desejamos uma boa leitura e proveito à todos.

Prof. Dr. José Ricardo Caetano Costa - FURG

Prof. Mario Garmendia Arigón - CLAEH

A LEI Nº 13.135/2015 E A MITIGAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS, A PARTIR DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO

LA LEGGE N ° 13.135 / 2015 E LA MITIGAZIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI SOCIALI, A PARTIRE DAL PRINCIPIO DELLA PROIBIZIONE DELLA RETROCESSIONE

Aline Marques Marino [1]
Karla Alexsandra Falcão Vieira Celestino [2]

Resumo

A Lei nº 13.135/2015, originária da MPV 664/2014, trouxe modificações na Lei nº 8.213 /1991, que são objeto de controvérsias no que se refere à limitação dos direitos sociais relacionados à Previdência Social, tema abordado neste trabalho, com o objetivo de demonstrar os argumentos contrários e favoráveis e concluir pela inconstitucionalidade da Lei nº 13.135/2015, nos aspectos formal e material, por violação ao procedimento constitucionalmente previsto e por desrespeitar o princípio da proibição do retrocesso, que deve prevalecer em detrimento da justificativa da reserva do possível. A escolha do tema baseou-se na atualidade, na importância e na escassez de material jurídico.

Palavras-chave: Lei nº 13.135/2015, Seguridade social, Princípio da proibição do retrocesso, Reserva do possível

Abstract/Resumen/Résumé

La Legge n 13.135/2015, originaria dalla MPV 664/2014, ha portato cambiamenti nella legge n 8.213/91, che sono oggetto di controversie per quanto riguarda la limitazione dei diritti sociali relativi alla Previdenza Sociale. È il tema analizzato in questo studio per mostrare quali sono gli argomenti per l'incostituzionalità della Legge n 13.135/2015, nei suoi aspetti formali e materiali, per violazione della procedura costituzionalmente prevista e per non rispettare il principio della proibizione della retrocessione, che deve prevalere sulla giustificazione della riserva del possibile. La scelta del tema si è basata sull'attualità, data l' importanza e la scarsezza di materiale giuridico.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legge nº 13.135/2015, Sicurezza sociale, Principio della proibizione della retrocessione, Riserva del possibile

[1] Mestre em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL), Advogada e Professora na Universidade Federal de Itajubá (UNIFEI). Contato: alinemarinoadv@gmail.com

[2] Mestranda em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL), Procuradora do Município de Campo Alegre/AL. Contato: karlafalcao2013@yahoo.com.br

Introdução

A Carta da República de 1988 é um marco democrático no Brasil, eis que, como uma significativa Carta de Direitos, reconheceu e garantiu os direitos fundamentais sociais básicos, instituindo o Estado Democrático de Direito e a observância sistemática e principiológica da dignidade da pessoa humana, almejando na atualidade não mais que a sua plena efetivação, pois, no dizer de Bobbio (1992), mais relevante que o seu reconhecimento, é a sua efetividade.

A Medida Provisória nº 664, publicada em 30.12.2014, e convertida na Lei nº 13.135, de 17 de junho de 2015, alterou as regras da Previdência Social, sobretudo mitigando direitos relacionados à pensão por morte e ao auxílio doença, sob o argumento da necessidade de corte nos gastos públicos.

Este trabalho tem como objetivo analisar as malsinadas alterações legais, levando-se em conta o princípio da dignidade da pessoa humana, a supressão de determinados direitos fundamentais sociais, a prejudicialidade efetiva da coletividade decorrente da atuação estatal, bem como a sua constitucionalidade, numa análise sob o ponto de vista da concretização do Direito.

Para tanto, estrutura-se em três itens. Na contextualização, serão abordadas as principais alterações que trazem as críticas e, nos próximos tópicos, passar-se-á aos pormenores, trazendo à baila os possíveis vícios formais e materiais advindos da Lei nº 13.135/2015. Por fim, seguem as conclusões.

1. Contextualização

A Lei nº 13.135/2015 se originou através da conversão da Medida Provisória nº 664/2014, cujas turbulências quanto à inconstitucionalidade foram apontadas pelos parlamentares desde o início, por meio de vetos nas Mesas da Câmara dos Deputados. Todavia, em que pesem as restrições apostas nas Casas Legislativas, ainda assim foi convertida em lei ordinária após o transcurso do prazo legal. Destaca-se o seguinte dispositivo da Lei nº 13.135/2015, objeto da crítica neste estudo:

> Art. 77. A pensão por morte, havendo mais de um pensionista, será rateada entre todos em parte iguais. (...)
> § 2º O direito à percepção de cada cota individual cessará: (...)
> II - para filho, pessoa a ele equiparada ou irmão, de ambos os sexos, ao completar 21 (vinte e um) anos de idade, salvo se for inválido ou com deficiência;

> III - para filho ou irmão inválido, pela cessação da invalidez;
> IV - para filho ou irmão que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave, pelo afastamento da deficiência, nos termos do regulamento;
> V - para cônjuge ou companheiro:
> a) se inválido ou com deficiência, pela cessação da invalidez ou pelo afastamento da deficiência, respeitados os períodos mínimos decorrentes da aplicação das alíneas "b" e "c";
> b) em 4 (quatro) meses, se o óbito ocorrer sem que o segurado tenha vertido 18 (dezoito) contribuições mensais ou se o casamento ou a união estável tiverem sido iniciados em menos de 2 (dois) anos antes do óbito do segurado;
> c) transcorridos os seguintes períodos, estabelecidos de acordo com a idade do beneficiário na data de óbito do segurado, se o óbito ocorrer depois de vertidas 18 (dezoito) contribuições mensais e pelo menos 2 (dois) anos após o início do casamento ou da união estável:
> 1) 3 (três) anos, com menos de 21 (vinte e um) anos de idade;
> 2) 6 (seis) anos, entre 21 (vinte e um) e 26 (vinte e seis) anos de idade;
> 3) 10 (dez) anos, entre 27 (vinte e sete) e 29 (vinte e nove) anos de idade;
> 4) 15 (quinze) anos, entre 30 (trinta) e 40 (quarenta) anos de idade;
> 5) 20 (vinte) anos, entre 41 (quarenta e um) e 43 (quarenta e três) anos de idade;
> 6) vitalícia, com 44 (quarenta e quatro) ou mais anos de idade. (...)

Nota-se que as restrições colocadas pela Lei nº 13.135/2015 para o recebimento da pensão por morte estão em descompasso com o Estado Democrático de Direito, cujos direitos fundamentais são o oxigênio das constituições democráticas (BONAVIDES, 1999). A preocupação atual, contudo, diz respeito em como efetivar os direitos sociais, na medida em que estamos avançando na conquista de alguns direitos básicos, como moradia, educação, saúde, trabalho digno, mas, ao mesmo tempo, somos ameaçados, face ao retrocesso de tais direitos, em que a atuação positiva do Estado suprime direitos e garantias que já fazem parte da pessoa humana no âmbito da coletividade.

No caso em tela, trata-se de uma lei calcada na supressão de direitos dos trabalhadores, conquistados ao longo dos anos, valendo-se de toda uma luta social que fora ignorada pelo Estado, sob a assertiva de medidas fundadas na redução de custos. Ora, a pensão por morte passara a ter prazo de validade, a pessoa beneficiária não é catalogada como pessoa, mas tipificada na sua idade, na quantidade de contribuições do falecido, de modo que, numa situação de perda, o Estado sem discutir com a sociedade, altera os benefícios a seu talante, com os olhos no patrimônio e não na pessoa.

O Estado tem o dever de respeito e proteção aos indivíduos, promovendo, destarte, meios de desenvolvimento de cada um, inserido na coletividade, e com fundamento na idéia de dignidade da pessoa humana, se deparar com tais limites de atuação, que comprometam negativamente estes direitos, questiona-se a legitimidade do poder do Príncipe, ou seja, até que ponto o Estado tem legitimidade de atuar em prejuízo do seu povo.

Neste sentido, Canotilho aduz que a função de defesa ou de liberdade dos direitos fundamentais tem dupla dimensão:

> (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implica, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa). (CANOTILHO, 1998, p. 407).

Esse dever de abstenção-respeito faz despontar a necessidade de medidas procedimentais e organizacionais por parte do Estado, obstando lesões aos direitos de um trabalhador digno, minimizando a perda de direitos conquistados a duras penas, emanando do Poder Público a tarefa inconteste de edificar uma ordem jurídica que assegure o direito adquirido.

O Estado de Direito ordena tarefas ao Estado, sendo estas de transformação social, de forma a promover a justiça social, a democracia, a dignidade humana, realizando, na pessoa, o objetivo central da sociedade e do Estado, o alfa e o ômega, garantindo a esse mesmo indivíduo a proibição do retrocesso social, ou, no dizer de Canotilho, a contra evolução social ou a evolução reacionária.

Neste diapasão, cabe averiguar os detalhes para a decretação de uma possível inconstitucionalidade, inclusive porque o apontado dispositivo da Lei nº 13.135/2015, acima transcrito, é objeto de 5 (cinco) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) perante o Supremo Tribunal Federal (STF): ADI 5461, ajuizada pela Associação Nacional dos Servidores da Previdência e da Seguridade Social (ANASPS); ADI 5438, proposta pela Associação Nacional dos Médicos Peritos da Previdência Social (ANMP), ADI 5419, ajuizada pelo Fórum Nacional Permanente de Carreiras Típicas de Estado (FONACATE), ADI 5411, proposta pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil (ANFIP) e a ADI 5389, ajuizada pelo Partido Político Solidariedade (SD).

A matéria, apesar da tamanha importância, principalmente pela repercussão prática em tempos que se caracterizam pelo aumento da expectativa de vida, está longe de ser resolvida, seja pela morosidade do Poder Judiciário, seja pela tendenciosidade da falta de interesse em se pautar uma decisão que "prejudique" o orçamento da União.

Diante dessa lacuna em se ter um julgamento com a devida celeridade, a discussão da problemática ultrapassa essas fronteiras, no sentido de se trazer ao mundo jurídico, sobretudo acadêmico e profissional, a visão defensiva em prol da concretização dos direitos e das garantias fundamentais, antes mesmo da decisão do STF, intencionando que essa criticidade contenha o nível necessário para que a luta não seja tão-somente pelo direito em si, mas,

principalmente, pela efetividade e pela eficácia deste não configurando apenas uma norma programática, como se pode observar nos tópicos a seguir.

2. A Lei nº 13.135/2015 e os vícios formais

Como já exposto, a Lei nº 13.135/2015 é oriunda da Medida Provisória nº 664/2014, devendo, assim, para a edição da referida norma legislativa pelo Chefe do Poder Executivo Federal, observar os critérios estabelecidos na Carta Magna de 1988.

Deste modo, ao confrontar-se com as regras então apostas na Constituição, nota-se o desrespeito aos requisitos de relevância e de urgência para a edição dessa Medida Provisória, consoante dispõe o artigo 62[1], não podendo, pois, apontá-los, já que inexistentes, diante de regras de Direito Previdenciário com anos de vigência, que, inobstante, foram modificadas ao exclusivo alvedrio da Presidência da República.

A ausência da urgência é ainda mais evidente quando se verifica a *vacatio legis* introduzida pela Medida Provisória nº 664/2014, qual seja, em 01.03.2015, isto é, no terceiro mês subsequente à data de publicação, o que não deixa dúvidas quanto à falta dos requisitos de relevância e de urgência em razão da não incidência imediata.

Para corroborar, demonstrar-se-á a referida inexistência dos necessários preceitos para a atividade atípica legiferante do Poder Executivo ao notar que os benefícios previdenciários, *in casu*, a pensão por morte, são diferidos no tempo, o que vai muito além da previsão constitucional que atribui o prazo de 60 (sessenta) dias, prorrogável por igual período, para a eficácia da Medida Provisória (FERREIRA, 1992). Tal circunstância, além de configurar o vício formal apontado, está eivada de extrapolação pelo excesso do poder.

---

[1] CF, art. 62: Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (...)
§ 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.
§ 4º O prazo a que se refere o § 3º contar-se-á da publicação da medida provisória, suspendendo-se durante os períodos de recesso do Congresso Nacional.
§ 5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais.
§ 6º Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subseqüentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando.
§ 7º Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional. (...)

Ademais, a violação aos aspectos formais também é nítida quando se percebe o desrespeito à regra inserta do artigo 246 da Constituição Federal, cuja redação foi modificada pela Emenda Constitucional nº 32/2001, que assim dispõe:

> CF/1988, art. 246: É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação desta emenda, inclusive. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001).

Dessa forma, os dispositivos que disciplinam algum direito relacionado à Seguridade Social (artigos 201, I a V e §§ 2º ao 6º, 10 e 11, todos da Constituição Federal) tiveram a redação modificada pela Emenda Constitucional nº 20/1998, incidindo a vedação transcrita acima.

3. A Lei nº 13.135/2015 e os vícios materiais

Além dos vícios formais, explicados no tópico anterior, a Medida Provisória nº 664/2014 padece, igualmente, de vícios materiais, em síntese, porque viola o chamado "Princípio da Proibição do Retrocesso Social", assim explicado pelo constitucionalista português:

> O princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social. A idéia aqui expressa também tem sido designada como proibição de 'contra-revolução social' ou da 'evolução reaccionária'. Com isto 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 subjectivo. A 'proibição de retrocesso social' nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fáctica), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da 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. O reconhecimento desta proteção de direitos prestacionais de propriedade, subjetivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas. A violação no núcleo essencial efectivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente aniquiladoras da chamada justiça social. (...). O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos já realizado e efectivado através de medidas legislativas ('lei da segurança social', 'lei do subsídio de desemprego', 'lei do serviço de saúde') deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura a simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado. (CANOTILHO, 1998, p. 320-321)

Em suma, o Princípio da Proibição do Retrocesso limita a edição de normas que trazem o condão de diminuir a eficácia de direitos e de garantias fundamentais, de modo a colocar um ponto a partir do qual se enxerga um horizonte de possibilidades que, ao mesmo tempo, se converge, pois a eficácia das normas constitucionais tem de encontrar o conteúdo mínimo que Canotilho chama de "núcleo essencial", que, inclusive, serve de parâmetro para a compreensão conceitual deste princípio.

Apesar de não estar positivado expressamente na Constituição Federal, é possível deduzir o Princípio da Proibição do Retrocesso Social a partir da interpretação sistemática do arcabouço normativo e principiológico, sobretudo no atual Estado Democrático e Social de Direito, alicerçado na segurança jurídica, na dignidade da pessoa humana e na máxima eficácia dos direitos fundamentais (BARROSO, 2003).

Além disso, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais conhecida como "Pacto de São José da Costa Rica", em que o Brasil é signatário, traz a seguinte previsão:

> CADH
> Artigo 29 - Normas de interpretação
> Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de:
> a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
> b) limitar o gozo e exercicio de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convencoes em que seja parte um dos referidos Estados;
> c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo;
> d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

Anota-se que o dispositivo acima transcrito, por ser norma internacional seguida pelo Brasil, com conteúdo relativo aos Direitos Humanos e aprovada pelo trâmite de Emenda Constitucional, ingressou com o status de norma constitucional, prevalecendo sobre uma simples lei ordinária federal, como é o caso.

Salienta-se que os direitos e garantias fundamentais é gênero, do qual os direitos sociais são espécies. No caso em tela, a Previdência Social é um direito social (artigo 6º da Constituição Federal), de aplicação imediata (artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal) e cláusula pétrea (artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal), não podendo, pois, ser mitigado sequer por Emenda Constitucional, e muito menos por lei ordinária federal. Neste sentido:

> Por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora no patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido. Nessa ordem de ideias, uma lei posterior não pode extinguir um direito ou garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito fundado na Constituição. O que se veda é o ataque à efetividade da norma, que foi alcançada a partir de sua regulamentação. (BARROSO, 2001, p. 150)

Ressalta-se o caráter de direito fundamental quanto às normas que disciplinam sobre Previdência Social, gozando estas da aplicação imediata, nos termos do artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, embora haja correntes defensivas no sentido de que esta aplicação se dá tão-só para o artigo 5º, em razão da topografia da norma, colidindo com o preceito redacional que utiliza a terminologia genérica "direitos e garantias fundamentais" e, assim, abrange os direitos sociais. Vidal Serrano Nunes Júnior (2009) explica o porquê do constituinte escolher esta regra:

> (...) parte-se do pressuposto de que a negação de um direito desta natureza, que priva o indivíduo de necessidades mais primárias, traduzir-se-ia em uma violação tão atroz aos direitos humanos que a própria Constituição se dá pressa em vazá-los sob a forma de normas atributivas de direitos subjetivos, auto-aplicáveis e autonomamente desfrutáveis por todos e por cada um, independentemente sem prejuízo da realização de políticas públicas por parte dos entes aos quais o correlato dever de prestar foi atribuído. O objetivo do constituinte foi claro, qual seja, o de retirar a implementação de tais prerrogativas do torvelinho dos litígios partidários, dos programas ideológicos e da disputa de interesses, comuns ao desempenho da atividade político-administrativa. (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 79)

Neste ínterim, Vítor Gonçalves Machado (2012) sintetiza os objetivos do Princípio da Proibição do Retrocesso:

> (I) Proibir a supressão e/ou a redução, inclusive de forma indireta e obscura de direitos fundamentais em níveis já alcançados e garantidos aos cidadãos;
> (II) Evitar que o legislador ordinário venha a revogar integral ou parcialmente um ou mais diplomas legais (infraconstitucionais) que já se concretizaram a ponto de efetivar os direitos fundamentais, limitando a reversibilidade dos direitos adquiridos;
> (III) Proteger o catalogo dos direitos fundamentais sociais, sobretudo no seu "núcleo essencial" da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade humana; e
> (IV) Invalidar qualquer norma, por inconstitucionalidade, que revoga uma norma infraconstitucional concessiva de um direito sem que seja acompanhada de uma política equivalente, deixando assim um vazio em seu lugar.
> (MACHADO, 2012, p. 152)

Na situação específica em análise, a qual envolve regras para a pensão por morte e por invalidez, tanto em relação ao tempo de contribuição, quanto à idade para o recebimento desta, resta evidente que a norma anterior, que previa a vitaliciedade de tal direito,

atualmente, foi restringida pela Medida Provisória nº 664/2014 e, posteriormente, pela Lei nº 13.135/2015, que colocam critérios que limitam o direito ao recebimento da pensão com base na idade e no tempo de contribuição.

A afronta aos objetivos propostos pelo Princípio da Proibição do Retrocesso pela Lei nº 13.135/2015 é indubitável, visto que distinguiu os que se casaram há mais de 2 (dois) anos daqueles cujo casamento foi mais recente, de modo que apenas na primeira hipótese haverá o direito à pensão por morte, violando a igualdade e a proteção à família, respectivamente dispostos no artigo 5º, *caput*, e no artigo 226, *caput*, ambos da Constituição Federal.

Salienta-se que, além do desrespeito à literalidade do texto constitucional, a afronta o espírito do legislador também é notória, pois, certamente, por interpretação teleológica, a Seguridade Social tem como objetivo amparar os cidadãos contribuintes no momento de necessidade, seja por causa de doença (auxílio-doença e aposentadoria por invalidez, por exemplo), seja pelos efeitos da morte (pensão por morte) e, ao que aparenta das inovações trazidas pela mencionada lei, a vulnerabilidade social, em vez de diminuir, aumenta, ao limitar esses direitos previdenciários, atingindo o núcleo essencial destes direitos.

Aliás, convém apontar que a simples previsão de corte do benefício pelos critérios "tempo de contribuição" e "idade" também não respeita o artigo 195 da Constituição Federal que dispõe:

> CF, art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (...)
> §5º - Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total

Deste modo, aplicando-se a regra acima, tem-se que quaisquer limitações nos benefícios previdenciários implicariam na redução dos valores mensais de contribuição. Do contrário, como acontece no caso em análise, não há a devida correspondência com a "fonte de custeio total". Em outras palavras, apropriando-se dos dizeres de Machado (2012), não há uma política compensatória equivalente, até mesmo porque se considera a irreversibilidade da morte e o respectivo amparo aos dependentes do segurado, consoante o artigo 201, *caput* e inciso V, da Constituição Federal. Trata-se de preceito em que se vê a aplicação da democracia econômica e da justiça social (CANOTILHO, 1998).

A proteção aos direitos fundamentais sociais se dá em face dos Poderes Legislativo e Executivo, de maneira que conquistas reconhecidas em âmbito constitucional, atreladas à

dignidade humana, a uma vida digna, não podem ser subtraídas ao alvitre de quem quer que seja, porque passam a fazer parte da esfera jurídica individual. Nesta esteira, a proteção à efetividade dos direitos sociais leva o Poder Judiciário a se manifestar em caso de omissão, ou a atuar no sentido positivo, quando o Executivo, imbuído de deveres, se abstém.

O que se observa é a manifesta mitigação de direitos fundamentais sociais, na medida em que por meio de uma Medida Provisória, posteriormente convertida em lei, o indivíduo perdera direitos, como se não bastasse a dificuldade em alcançá-los, inobstante, todo um contexto social envolvido, a sociedade assiste à supressão dos mesmos.

No caso específico da pensão por morte, imprescindível que o segurado tenha recolhido pelo menos 18 (dezoito) contribuições mensais, caso contrário, a pensão irá durar apenas quatro meses. De forma exemplificativa observamos a cessação de direitos fundamentais, por uma atuação lesiva do Estado, que se limita a divulgar dados na mídia sobre uma suposta Previdência deficitária, com o propósito de justificar a supressão ao seu alvitre de direitos que já fazem parte da dignidade do indivíduo.

Verifica-se que tais direitos foram conquistados, que possuem uma conjuntura histórica de constituição, e de modo refratário o Estado se opõe negativamente, subtraindo-os de sua esfera jurídica, tornando-os de uma hora para outra desprovidos destes direitos, demonstrando, sobretudo, indiferença à realidade de seus administrados, ou seja, quem deveria guardar e proteger, se lança à execução de medidas abortivas aos direitos sociais que foram e que são conquistados a duras penas, como assevera Sarlet (2012):

> (...) a dignidade não será suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por tal nível de estabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas. Dito de outro modo, a plena e descontrolada disponibilização dos direitos e dos projetos de vida pessoais por parte da ordem jurídica acabaria por transformar os mesmos (e, portanto, os seus titulares e autores) em simples instrumento da vontade estatal, sendo, portanto, manifestamente incompatível mesmo com uma visão estritamente kantiniana da dignidade. (SARLET, 2012, p. 451)

Ao Estado incumbe a proteção destes direitos fundamentais sociais, eis que se relacionam ao mínimo existencial, tendo como parâmetro a dignidade da pessoa humana. Tão importante quanto salvaguardar o direito individual, é proteger os direitos conquistados no âmbito social, pois, quando alcançamos o todo, alcançamos a parte, no pensamento complexo de Edgar Morin (2007).

Deste modo, o Princípio da Segurança Jurídica assegura às partes o direito a uma situação estável e concreta, e o Princípio da Proibição do Retrocesso está intimamente ligado, uma vez que garante aos envolvidos o direito a não ter a sua esfera jurídica alterada ao sabor do Legislativo, do Executivo e em inobservância aos direitos fundamentais sociais. Assim explica Canotilho (1998, p. 378):

> Os princípios de proteção da confiança e da segurança jurídica podem formular-se assim: o cidadão deve poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nas mesmas normas. Estes princípios apontam basicamente para: (1) proibição de leis retroactivas; (2) a inalterabilidade do caso julgado; (3) a tendencial irrevogabilidade de actos administrativos constitutivos de direitos. (CANOTILHO, 1998, p. 378)

Neste aspecto, a Lei nº 13.135/2015, nos diversos artigos que a compõe, retrata a concreção do retrocesso aos direitos alcançados. Com o subterfúgio de organizar as contas públicas, de forma reiterada o indivíduo assiste à remoção de direitos que já fazem parte da sua dignidade, e o Estado, não obstante o seu poder do príncipe, tem que se limitar a uma atuação não prejudicial à sociedade, atuando até o limite de não afetação do núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais alcançados ao longo dos anos, a fim de garantir padrões de dignidade além da mera sobrevivência física do indivíduo (SARLET, 2012).

A referida lei traz à tona o fato de o Poder Público objetivar de forma hodierna a resolução administrativa e financeira, por meio da malograda supressão de direitos fundamentais sociais, fraudando, frustrando e inviabilizando políticas públicas próprias, sob a alegação da reserva do possível, quando tal conduta negativa ameaça, ou, efetivamente, aniquila tais direitos sociais impregnados de essencial fundamentalidade.

De fato, observamos que há limitação de recurso, todavia, o Estado não pode beneficiar-se da própria torpeza, devendo ter uma atuação de modo a priorizar a pessoa humana, a efetivação de políticas públicas que promovam e assegurem a dignidade humana. Destarte, na referida lei assistimos inertes à perda de direitos sociais, à limitação na concessão de pensão por morte, à valorização excessiva do custo orçamentário da Previdência, em detrimento do bem-estar da pessoa, do beneficiário de tal direito, julgando a prevalência do bem sobre a pessoa, o que contraria a meta central da nossa Carta Magna, que é o bem-estar social.

Destaca-se que o Princípio da Segurança Jurídica orienta o Estado Democrático de Direito, eis que as pessoas necessitam de estabilidade nas relações jurídicas, coincidindo com

as mais profundas aspirações do ser humano para se planejar na vida, como salienta Celso Antônio Bandeira de Mello:

> (...) a da segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano. É a insopitável necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro; é ela, pois, que enseja projetar e iniciar, consequentemente – e não aleatoriamente, ao mero sabor do acaso – comportamentos cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo. (MELLO, 2015, p. 195)

Constata-se, assim, que o Poder Público tem o papel de garantir aos administrados a segurança na prática de seus atos, não podendo atuar de modo arbitrário e indiferente às necessidades efetivas de seu povo, de maneira que o indivíduo deve ter a segurança institucional, o respeito à observância de sua dignidade. Luís Roberto Barroso, com fulcro nas lições da Filosofia Iluminista de Kant, aduz:

> A dignidade da pessoa humana é a idéia que informa, na filosofia, *o imperativo categórico* kantiano, dando a origem a proposições éticas superadoras do utilitarismo: a) uma pessoa deve agir como se a máxima de sua conduta pudesse transformar-se em uma lei universal; b) cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo, e não como um meio para a realização de metas coletivas ou de outras metas individuais. As coisas têm preço; as pessoas têm dignidade. (BARROSO, 2013, p. 260)[2]

Constata-se que a malsinada lei, no artigo 77 e nas outras disposições, não leva em consideração a pessoa e os direitos a ela associados, mas se reduz a um meio para o alcance de metas de redução de custos, ainda que tal atitude caracterize violação de direito fundamental social e traga à tona o Princípio da Proibição do Retrocesso, porque não se trata exclusivamente de medidas retroativas, mas da atuação positiva do Estado em retirar direitos já consolidados, não tendo cabimento a atuação negativa do Poder Executivo ao atuar dilapidando direitos já conquistados.

Com efeito, para Sarlet (2012), a questão central que se coloca neste contexto específico da Proibição do Retrocesso é a de saber se e até que ponto pode o legislador

[2] Quanto à dignidade da pessoa humana e os preceitos de Kant, Abbagnano explana: "Como 'princípio da dignidade humana', entende-se a exigência enunciada por Kant como segundo formula o imperativo categórico: 'Age de forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre também como um fim e nunca unicamente como um meio' (Grundlegung zur Met. Der Sitten, II). Esse imperativo estabelece na verdade que todo homem, aliás, todo ser racional, como fim em si mesmo, possui um valor não relativo (como é, por ex., um preço), mas intrínseco, isto é, a dignidade." (ABBAGNANO, 1962, p. 259). Partindo, também, das ideias de Kant, Sarlet aduz: "O próprio Kant – ao menos assim nos parece – sempre afirmou (ou, pelo menos sugeriu) o caráter intersubjetivo e relacional da dignidade da pessoa humana, sublinhando inclusive a existência de um dever de respeito no âmbito da comunidade dos seres humanos." (SARLET, 2012, p. 44)

infraconstitucional (assim como os demais órgãos estatais, quando for o caso) voltar atrás no que diz respeito à implementação dos direitos fundamentais sociais, assim como dos objetivos estabelecidos pelo constituinte em seu art. 3º.

O reconhecimento da proteção destes direitos sociais, subjetivamente conquistados e adquiridos, representa um limite jurídico do legislador, de modo que as alterações realizadas devam ocorrer sem que haja a perda ou violação de qualquer elemento desse núcleo essencial de direitos sociais já alcançados. Sem haver uma compensação de tais perdas, não podem ser retirados da ordem social sem que se caracterize a violação.

> Concretamente, o princípio da proibição do retrocesso social determina, de um lado, que, uma vez consagradas legalmente "as prestações sociais" (v.g., de assistência social) o legislador não poderá depois eliminá-las sem alternativas ou compensações. Uma vez dimanada pelo Estado a legislação concretizadora do direito fundamental social, que se apresenta face a esse direito como uma "lei de proteção", a acção do Estado, que se consubstanciava num "dever de legislar", transforma-se num dever mais abrangente: o de não eliminar ou revogar essa lei. (QUEIROZ, 2006, p. 116)

Assim, o Princípio da Reserva do Possível não pode ser utilizado pelo Estado de forma habitual, como vem acontecendo, com o fito de se esquivar de prestações fundamentais sociais, em detrimento de um efetivo planejamento orçamentário. Neste sentido, cabe invocar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

> A Administração não pode invocar a cláusula da 'reserva do possível' a fim de justificar a frustração de direitos previstos na Constituição da República, voltados a garantia da dignidade da pessoa humana, sob o fundamento de insuficiência orçamentária. (AI 674764 AgR/PI. Relator Ministro Dias Toffoli. Primeira Turma do STF. 25/10/2011)
>
> A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. (ARE 639.337 AgR/SP. Relator Ministro Celso de Mello. Segunda Turma do STF. 15/09/2011)

Em que pese a alegada insuficiência de recursos e da garantia da Reserva do Possível, estudos técnicos desenvolvidos pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil (ANFIP), divulgados em 2015, apontam o contrário do suposto déficit da Previdência comumente divulgado na mídia.

De acordo com o referido estudo, as perdas de recursos orçamentários da Seguridade Social decorrem, principalmente, da Desvinculação das Receitas da União (DRU) que, em 2014, retiraram R$ 63,2 bilhões e, "ao diminuir o superávit da Seguridade, esses setores

impedem que os trabalhadores possam discutir e orientar esses recursos e destiná-los às suas prioridades" (ANFIP, 2015, p. 136). Exemplificando, a ANFIP menciona as despesas dos regimes próprios, desmascarando um possível déficit baseado tão-só no recolhimento previdenciário e nas respectivas coberturas dos benefícios dos segurados:

> Em resumo, embora seja prevista a possibilidade de uso de recursos da Seguridade na cobertura dessas despesas dos regimes próprios, duas ressalvas precisam ser feitas:
> - o uso é irregular, porque há demandas da Seguridade Social que não estão plenamente atendidas, há carências e precariedades a serem enfrentadas, faltam muitos recursos para a saúde e a assistência social poderia ser expandida, a fim de promover uma melhor distribuição de renda. A utilização dos recursos dos regimes próprios não pode ser feita em detrimento das prioridades da própria Seguridade;
> - os governos incluem, indistintamente, as despesas com esses regimes, utilizando recursos da Seguridade no seu financiamento, para mascarar e reverter o aspecto superavitário do Orçamento da Seguridade Social. Ao concluir ser ele "deficitário", apontam a necessidade de cortes nos programas, ações e serviços da Seguridade e disseminam, cada vez mais, a necessidade de reformas na Previdência Social.
> (ANFIP, 2015, p. 162-163)

No mesmo diapasão, as lições de Wagner Balera (2003) invocam o desvio de verbas públicas da Seguridade Social, demonstrando a existência de um superávit passivo que deve ser resgatado, longe, pois, dos "interesses" que tentam justificar a edição da Medida Provisória nº 664/2014.

> Estudos demonstram, ainda, ser prática comum o desvio de verbas da seguridade social para finalidades distintas da saúde, da previdência e da assistência social. Somente nos anos de 1995 a 2002, foram editadas mais de 100 (cem) leis que oficializavam o desvio inconstitucional de recursos. (BALERA, 2003, p. 23)

Destarte, observamos que os direitos fundamentais sociais, ainda que mínimos, quando são muitos, de fato provocam um certo efeito financeiro, o que depreende ainda mais a necessidade de uma política orçamentária qualitativa e em prol dos cidadãos, pois ainda que se admita, timidamente, uma possível interpretação pautada na Reserva do Possível, há que se sopesar os bens jurídicos tutelados, como leciona o jurista alemão Alexy (2011, p. 515):

> Fica claro que o direito enquanto direito *prima facie*, é um direito vinculante, e, não um simples enunciado programático, quando o tribunal afirma que o direito, "em sua validade normativa, não (pode) depender de um menor ou maior grau de possibilidades de realização. Mas a natureza de direito *prima facie* vinculante implica que a cláusula de restrição desse direito - a "reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade" - não pode levar a um esvaziamento do direito. Essa cláusula expressa simplesmente o sopesamento desse direito. (...) (ALEXY, 2011, p. 515)

No caso em análise, o sopesamento deve ser feito entre o direito fundamental social do segurado, qual seja, o recebimento de pensão por morte, e a questão econômica que envolve a Previdência Social.

Como já explanado, é mister dizer que prevalece o direito fundamental social do segurado, sem o qual afrontaria o núcleo central de existência de tal direito, pois além da díspar relação entre indivíduo x Estado, de modo que este tenha prepotência econômica sobre aquele, o equilíbrio se dá com a previsão Constitucional do artigo 170, *caput*, no sentido de que a economia se funda na livre-iniciativa, como também objetiva a dignidade de todos, de acordo com os ditames da justiça sócia.l

Trata-se de situação jurídica que deve ser materialmente efetivada, sob pena de a pessoa humana não se realizar no futuro (SILVA, 2002, p. 178), pois a contribuição previdenciária, em síntese, traz a noção impregnada de segurança durante as fases mais críticas, como a morte de alguém e a velhice. Trata-se de um direito prestacional que, por essa natureza intrínseca, demanda maiores cuidados na garantia, como leciona Pisarello (2008):

> En el caso de los derechos sociales, su relevancia jurídica y su complejidad estructural aparecen con mayor claridad si se los considera como derechos a prestaciones de bienes o servicios, principalmente frente al Estado, tendentes a satisfacer las necesidades básicas que permitan a los individuos desarrollar sus propios planes de vida. Esta dimensión prestacional resalta el carácter económico de los derechos sociales, cuya satisfacción exige una transferencia de recursos de los sectores más ricos a los más pobres y, por lo tanto, genera fuertes reticencias en aquellos cuando se pretende garantizarlos jurídicamente. (PISARELLO, 2008)

Critica-se, assim, o chamado "mínimo vital", pois a ideia não é garantir uma sobrevida, e sim um viver dignamente, de modo que a tutela recaia sobre um conteúdo mínimo, cujo núcleo não pode ser objeto de supressão em quaisquer circunstâncias. O critério abrange o aspecto qualitativo, além da quantidade.

Além dos já apontados fatos que remetem à dificuldade em se efetivar os direitos sociais, tem-se que, nbo Brasil, as normas constitucionais programáticas acabam se tornando empecilhos, contrariando o próprio dispositivo constitucional que proclama pela imediata aplicabilidade dos direitos e das garantias fundamentais. A falta de clareza no que tange às normas, deixa um ponto de dubiedade na aplicação da Constituição Federal que, muitas vezes, se torna ineficaz, diante da ausência de instrumentos legislativos. Neste ínterim, alerta Vidal Serrano Nunes Júnior (2009, p. 73):

> (...) a opção por uma Constituição com regras mais claras e específicas acerca do tema envolve, certamente, uma preocupação com a efetivação dos direitos sociais, ainda que em patamares mínimos.
> Há de se ponderar que uma Constituição principiológica apresenta como virtude uma maior permeabilidade à realidade emergente, mas, sem dúvida, lhe subtrai uma maior eficácia na garantia de direitos sociais que, à míngua de maior especificação, certamente flutuarão ao sabor dos governantes e das conjunturas políticas de momento, sem abrir oportunidade para uma atividade reivindicatória mais consistente e fundamentada.
> (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 73)

Deste modo, resta afirmar que a discricionariedade do Administrador encontra limites no conteúdo jurídico dos princípios estampados nos preceitos constitucionais, entre eles a Proibição do Retrocesso, e, consequentemente, normas em desacordo com esta regra encontra-se eivada pela inconstitucionalidade material, como é o caso da Lei nº 13.135/2016.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse diapasão, evidencia-se que a "Proibição do Retrocesso", no dizer de Canotilho, da "evolução reaccionária", depois de obtido tais direitos sociais, estes passam a integrar o patrimônio do indivíduo, a constituir a sua dignidade, de maneira que a atuação lesiva do Estado na supressão dos mesmos poderá gerar clara violação ao princípio da proteção da confiança, da segurança jurídica e a declaração de inconstitucionalidade da lei, especificamente aos dispositivos que aniquilam os direitos fundamentais sociais, eis que, indisponíveis ao legislador. Do contrário, haverá ameaça è efetivação da justiça social.

Não se trata da proibição simplesmente ideológica de um retrocesso social, mas de assegurar a revogação de direitos já consolidados no âmbito social, questiona-se, destarte, a legitimidade do Estado em revogar direitos fundamentais sociais, contrariando, pois, o núcleo essencial da Carta Magna, pois na condição de um Estado Democrático e de Direito, inadmissível infirmar tais direitos em inobservância à dignidade da pessoa humana.

Ex Positis, verifica-se que os dispositivos constantes nas modificações decorrentes da Lei nº 13.135, de 17 de junho de 2015, além de oriundos de vícios formais, criados a partir da Medida Provisória nº 664/2014, representam uma ameaça à efetivação dos direitos fundamentais sociais. Em que pese o argumento de recessão em crise econômica, há dilapidação de direitos conquistados a duras penas, em absoluta inobservância à ordem constitucional contemporânea, não levando em conta que tais direitos, que tal garantia institucional, estão atreladas à dignidade do indivíduo, e que a supressão dos mesmos configura uma lesão direta ao Estado Democrático de Direito.

Assim, o Princípio da Proibição do Retrocesso vincula e limita o legislador e os demais órgãos estatais à observância do núcleo essencial já efetivado dos direitos fundamentais sociais, sendo que qualquer revogação destes direitos representa fraude à Constituição, uma vez que o legislador não pode simplesmente eliminar as normas que efetivam direitos sociais, pois isso equivale a subtrair das normas constitucionais a sua eficácia jurídica.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1962.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANFIP. **Análise da Seguridade Social 2014**. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.anfip.org.br/publicacoes/20150713162859_Analise-da-Seguridade-Social-2014_13-07-2015_20150710-Anlise-Seguridade-2014-Verso-Final.pdf>. Acesso em: 15 maio 2016.

BALERA, Wagner. Sobre reformas e reformas previdenciárias. **Revista de Direito Social**, Porto Alegre: Notadez, n. 12, ano 2, p. 23, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Benefício previdenciário: princípio constitucional de proteção ao idoso: vedação do retrocesso. In: **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, n. 13, p. 67-75, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Aires. **Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros,1999.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 maio 2016.

BRASIL. **Lei nº 13.135, de 17 de junho de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13135.htm>. Acesso em: 15 maio 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm>. Acesso em: 15 maio 2016.

BRASIL. **MPV nº 664/2014**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_imp?idProposicao=865929&ord=1&tp=completa>. Acesso em: 15 maio 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5461. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp>. Acesso em: 15 maio 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5438. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp>. Acesso em: 15 maio 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5419. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp>. Acesso em: 15 maio 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5411. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp>. Acesso em: 15 maio 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5389. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp>. Acesso em: 15 maio 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento 674.764. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp>. Acesso em: 15 maio 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário 639.337. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp>. Acesso em: 15 maio 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Portugal: Almedina, 1998.

CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 15 maio 2016.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. V. 3. São Paulo: Saraiva, 1992.

MACHADO, Vítor Gonçalves. Uma análise sobre o (ainda incipiente) princípio da proibição de retrocesso e sua importância para os direitos fundamentais. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 20, n. 79, p. 149-165, abr./jun. 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MORIN, Edgar. **Introdução ao Pensamento Complexo**. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2007.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988**: estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Verbatim, 2009.

PISARELLO, Gerardo. Los Derechos Sociales en el Constitucionalismo Democrático. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**. Biblioteca Jurídica Virtual, n. 92, 2008. Disponível em: <http://132.248.65.10/publica/rev/boletin/cont/92/art/art7.htm>. Acesso em: 15 maio 2016.

QUEIROZ, Cristina. **O Princípio da Não Reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais**: Princípios Dogmáticos e Prática Jurisprudencial. Portugal: Coimbra, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.