V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL

SIMONE MARIA PALHETA PIRES

MARCO AURÉLIO SERAU JUNIOR

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direitos sociais, seguridade e previdência social [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Marco Aurélio Serau Junior; Simone Maria Palheta Pires – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-474-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Inovação, Direito e Sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos sociais. 3. Previdência social. V Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2022 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

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

V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL

Apresentação

Aos 17 de junho de 2022, no bojo do V Encontro Virtual do CONPEDI, ocorreu o GT DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL I, das 13:30h às 16h, sob coordenação dos professores Simone Palheta e Marco Aurélio Serau Junior, com o apoio técnico do monitor Fábio Galhardo.

Todas as apresentações e discussões transcorreram na mais perfeita ordem, consoante as regras regulamentares. Não foram observados problemas técnicos relevantes na plataforma digital utilizada para o evento.

Os artigos foram divididos em blocos temáticos, por proximidade teórica ou de conteúdo.

A princípio, os coordenadores do GT disponibilizaram aos expositores de 5 a 10 minutos para apresentação, sendo que ao final dos blocos temáticos ocorreram debates sobre a produção científica apresentada.

Houve um primeiro bloco temático, destinado especialmente à discussão sobre deficiência e incapacidade, que contou com os seguintes artigos: “APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E AUXÍLIO-ACIDENTE: REQUISITOS DISTINTOS PARA A CARACTERIZAÇÃO”; “AUXÍLIO-ACIDENTE: PERSPECTIVA HISTÓRICA E SOCIAL DO BENEFÍCIO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DA PESSOA ACIDENTADA” e “O DANO MORAL PREVIDENCIÁRIO COMO UM RESGATE DA DIGNIDADE HUMANA SOB A ANÁLISE DE CASOS DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO (TRF4)”.

Um segundo bloco temático tratou do envelhecimento e da idade mínima na estrutura da Previdência Social. Neste painel times os seguintes trabalhos apresentados: O ENVELHECIMENTO ATIVO E A INCLUSÃO SOCIAL; O RESTABELECIMENTO DA IDADE MÍNIMA PARA APOSENTADORIA ESPECIAL E A VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL; PENSÃO POR MORTE A PARTIR DA EMENDA CONSTITUCIONAL 103/2019 E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

O terceiro bloco tratou dos novos arranjos estruturais da Seguridade Social a partir de sua perspectiva de direito fundamental, sendo que os trabalhos apresentados foram os seguintes: “O SISTEMA PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO NA PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO”; “PRIVATIZAÇÃO DO SEGURO SOCIAL NO CHILE E NO PERU: COMPLEXIDADES E INCERTEZAS NA ADOÇÃO DO REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DO SERVIDOR PÚBLICO NO BRASIL”; “REFLEXÕES A RESPEITO DO PAPEL DO ESTADO NA PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PREVIDÊNCIA” e, finalmente, “RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR ENCARGOS TRABALHISTAS NOS CONTRATOS DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS”.

Ao final dos trabalhos foram feitos os devidos registros e formalizações.

Macapá/São Paulo, 20 de junho de 2022.

Professora Simone Palheta – UFAP

Professor Marco Aurélio Serau Junior - UFPR

PENSÃO POR MORTE A PARTIR DA EMENDA CONSTITUCIONAL 103/2019 E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

PENSION FOR DEATH FROM CONSTITUTIONAL AMENDMENT 103/2019 AND THE PRINCIPLE OF PROHIBITION OF SOCIAL RETROCESS

Juliana de Almeida Salvador
Danieli Aparecida Cristina Leite
Ilton Garcia Da Costa

Resumo

O artigo investigou o princípio da vedação ao retrocesso social e seu reflexo na reforma da previdência por meio da Emenda constitucional 103/19. O tema é relevante, pois questiona a constitucionalidade das novas regras. Importante se torna o debate, pois protege direitos sociais constitucionais. Para a elaboração da pesquisa será utilizada pesquisa bibliográfica e documental. Como técnica de investigação a pesquisa indireta documental. Portanto, caberá ao aplicador da lei equilibrar as novas regras da concessão da pensão por morte, que de um lado figuram os direitos sociais e no outro lado o orçamento estatal.

Palavras-chave: Retrocesso social, Direitos sociais, Previdência social, Pensão por morte, Justiça social

Abstract/Resumen/Résumé

The article investigated the principle of the prohibition of social retrogression and reflection on the social security reform through Constitutional Amendment 103/19. The topic is relevant, as it questions the constitutionality of the new rules. The debate becomes important, as it protects constitutional social rights. For the elaboration of the research, bibliographic and documentary research will be used. As an investigation technique, indirect documentary research. Therefore, it will be up to the law enforcer to balance the new rules for granting the pension for death, which include social rights on the one hand and the state budget on the other.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Social setback, Social rights, Social security, Death benefit, Social justice

1 INTRODUÇÃO

O sistema de seguridade social brasileiro é marcado por grandes conquistas. O modelo introduzido pela Constituição Federal de 1988, dentro da seguridade social contém direitos oriundos previdência social, saúde e assistência social.

A previdência social se destaca por ser um sistema contributivo e em contrapartida protege os segurados em face dos infortúnios da vida, como velhice e morte.

As reformas no sistema previdenciário ao longo dos anos, tem acarretado prejuízos significantes, com redução de direitos e garantias já conquistadas, com violação direta ao princípio da vedação ao retrocesso.

O presente estudo tratará, de modo sucinto sobre o desenvolvimento da previdência social no Brasil, como um sistema protetivo e de conquistas nas esferas sociais.

A pensão por morte é um benefício devido aos dependentes do segurado que vem a óbito e serve como substitutivo da remuneração outrora recebida por aquele para amparar o evento morte, e tem previsão legal na Constituição Federal de 1988, e na Lei de Benefícios (Lei 8213/91).

Dentre os princípios da previdência social será dado especial destaque ao equilíbrio financeiro e atuarial, pois orienta o direito previdenciário em face de eventuais déficits.

O princípio da vedação ao retrocesso social terá um capítulo próprio em que será feita sua conceituação, necessidade de sua preservação e aplicabilidade no que cerne aos direitos sociais.

Por conseguinte, a discussão sobre a reforma da previdência no que se refere a pensão por morte se tornou tema indispensável.

Isso porque a violação ao princípio da vedação ao retrocesso social é não somente tema de inconformismo - o que torna a reforma da previdência em muitos dos seus pontos inconstitucional, como também ascende o debate sobre o confronto entre a violação dos princípios da vedação ao retrocesso, preservação da dignidade da pessoa humana, princípio da segurança jurídica, da proteção social em contraponto ao princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como da possibilidade de uma não vedação ao retrocesso social de forma absoluta.

2 PREVIDENCIA SOCIAL E A PENSÃO POR MORTE

A previdência social no Brasil foi marcada pela necessidade da intervenção do Estado na sociedade para assim regulamentar os direitos sociais, até chegar ao sistema de Seguridade social atual.

Importante destacar as palavras de Castro e Lazzari:

> A formação de um sistema de proteção social no Brasil, a exemplo do que se verificou na Europa, se deu por um lento processo de reconhecimento da necessidade de que o Estado intervenha para suprir deficiências da necessidade absoluta- postulado fundamental para o liberalismo clássico- partindo do assistencialismo para o Seguro Social, e deste para a formação do Seguro Social, e deste para a formação da Seguridade Social. (2022, p.31).

Nessas linhas se observa que foi mister que o Estado exercesse o papel de regulamentar os direitos dos cidadãos em face dos infortúnios, com a criação de um sistema contributivo, como é o atual. No entanto, a evolução foi gradativa até se chegar ao sistema protetivo atual.

Em 1824 a Constituição brasileira previa os socorros públicos, com a garantia de salários- durante três meses- para trabalhadores acidentados.

No entanto, o marco da Previdência Social no Brasil foi em 24.01.1923, com a edição da Lei Eloy Chaves- Decreto legislativo 4.682. Referida lei previu as Caixas de Aposentadorias e Pensões de estradas de ferro, por intermédio de contribuições dos trabalhadores, das empresas e do Estado. Dispunha direito a aposentadoria, pensões por morte aos dependentes, bem como assistência médica aos trabalhadores.

Importante trazer à baila a frase proferida por Eloy Chaves, no discurso no projeto dessa lei:

> O homem não vive só para si e para a hora fugaz, que é o momento de sua passagem pelo mundo. Ele projeta sua personalidade para o futuro, sobrevive a si próprio em seus filhos. Seus esforços, trabalho e aspirações devem visar, no fim da áspera caminhada, o repouso, a tranquilidade. Os espinhos, as angústias, só são suportadas com a esperança do prêmio final, ou seja, este embora incerto e quase inatingido [...] (HORVATH JÚNIOR, 2014, p. 29-30).

As palavras acima dizem e muito sobre os objetivos da previdência: é o esforço do trabalhador quando contribui para com o sistema na certeza de que no futuro possa proteger a sua família, com o resultado de um seguro, que nada mais é do que o prêmio final pelos seus anos de trabalho.

A partir da Lei Eloi Chaves surgiram outras Caixas e institutos e aposentadorias e pensões, a exemplo do IAPM (Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos), instituída em 1933 e o IAPI (Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários), no ano de 1936.

Destaque-se que a primeira Constituição a prever o termo "seguro social", foi a de 1937. Por conseguinte, a Constituição de 1946 foi a pioneira a se utilizar da expressão "previdência social".

Em 01 de junho de 1967 surgiu o INPS- Instituto Nacional de Previdência Social, através do decreto lei 72 de 21.11.1966.

Por conseguinte, em 1988 com o advento da Constituição Federal é que passaram a ser previstos direitos no campo da seguridade, atinentes a previdência, assistência social e saúde. Ou seja, a Constituição em vigência foi a primeira a dispor sobre a palavra seguridade social, com capítulos específicos sobre o tema (194 a 204).

As legislações específicas sobre a previdências social também são posteriores à Constituição Federal de 1988, ou seja, as Leis 8212/91 e Lei 8213/91, sendo esta última conhecida como "Lei de Benefícios".

Após a edição da Lei 8213/91, os benefícios previdenciários já sofreram várias regulamentações por emendas constitucionais a exemplo da emenda 20/1998 e a atual emenda 103/2019 que modificou as regras de concessão de alguns benefícios e principalmente a pensão por morte

A pensão por morte é um benefício previdenciário previsto na Constituição Federal, no artigo 201, inciso V.

Na lei 8213/91 o benefício de pensão por morte está previsto nos artigos 74 a 79, bem como artigos 105 a 115. O conceito de pensão por morte é descrito abaixo da seguinte forma por Castro e Lazzari (2022, p.747):

> A pensão por morte é o benefício pago aos dependentes do segurado, homem ou mulher, que falecer, aposentado ou não, conforme previsão expressa do artigo 201, V, da Constituição Federal. Trata-se de prestação de pagamento continuado, substitutiva da remuneração do segurado falecido.

A definição trazida pelos autores é a mesma descrita pelo artigo 74 da Lei de benefícios. Ou seja, a pensão por morte será devida aos dependentes do segurado (sem distinção do sexo), a exemplo do cônjuge e filho.

A lista dos dependentes do segurado está descrita no artigo 16 da Lei 8213/91.

Além da dependência, outro requisito para a concessão da pensão por morte é a qualidade de segurado, ou seja, o falecido teria que estar trabalhando à época do óbito, ou preservada sua qualidade de segurado com a comprovação de desemprego.

Ainda, deve ser ressaltado que o falecido tem a qualidade de segurado mantida, se na época do óbito tiver cumprido os requisitos para aposentadoria (Súmula 416 do STJ) ou tivesse direito a benefícios por incapacidade, tais como auxílio por incapacidade temporária ou aposentadoria por incapacidade permanente.

Sobre o benefício de pensão por morte, importante se torna discorrer sobre sua historicidade no Brasil. Esse benefício já era previsto na Lei Eloy Chaves, e previa que os dependentes teriam direito a 50% do valor da aposentadoria dos trabalhadores com tempo de serviço superior a 30 anos ou em caso de acidente, ou a 25% se na hipótese do trabalhador possui de 10 a 30 anos de serviço.

A Constituição de 1946 também dispunha sobre previdência em caso de morte (artigo 157, XV).

A Lei Orgânica da Previdência Social, instituída pela Lei 3.807/60, disciplinava a pensão por morte, nos artigos 36 a 42. Frise-se que o artigo 37 tinha a seguinte previsão:

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

Referido dispositivo legal foi revogado pela Lei 5890/73.

A Constituição de 1967 também tratava da pensão por morte, no artigo 158 em que previa direitos aos trabalhadores para a melhoria de suas condições sociais, nos seguintes termos: "- previdência social, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, para seguro-desemprego, proteção da maternidade e, nos casos de doença, velhice, invalidez e morte" (artigo 158, XVI). Ou seja, a o evento morte era um risco social a ser protegido.

A Constituição Federal trata da pensão por morte no artigo 201, V como já salientado no primeiro parágrafo desse título e se revela como um benefício previdenciário no ramo da Seguridade social, que não deve sua concessão deferida inferior ao mínimo (§2º do artigo 201 da Constituição Federal).

Convém ressaltar que por ser um benefício previdenciário, a pensão por morte tem caráter contributivo, que nos termos do artigo 201 da Constituição Federal, esse caráter deve observar os critérios que observem o equilíbrio financeiro e atuarial.

O princípio do equilíbrio financeiro e atuarial e o princípio da vedação ao retrocesso social serão tratados no próximo tópico e a análise dos mesmos se tornam necessários, pois regem a previdência social no Brasil.

3 PRINCÍPIOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL E PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO

A previdência social possui princípios específicos que se revelam como regras para sua efetivação. São eles: princípio da contributividade, princípio da automaticidade da filiação, princípio da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial, princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios e princípio do valor da renda mensal dos benefícios de caráter substitutivo não inferior ao do salário mínimo.

O princípio da contributividade exige a contribuição da pessoa para que ela possa ser considerada como segurada da previdência. É princípio específico da previdência, por não ser exigido na saúde ou assistência social.

A automaticidade da filiação se revela pela vinculação da pessoa com a previdência social ao exercer qualquer atividade laborativa.

O próximo princípio é o equilíbrio financeiro e atuarial, e aqui dar-se-á maior ênfase a ele, tendo em vista que está previsto nos artigos 40 e 201 da Constituição Federal e é invocado pelo legislador no momento das reformas. Acerca do equilíbrio financeiro tem-se o seguinte entendimento:

> Preservação do equilíbrio financeiro: a Previdência Social deverá sempre atentar para a relação entre custeio e pagamento de benefícios na execução de políticas previdenciárias, objetivando manter o sistema em condições superavitárias e observar as oscilações da média etária da população, bem como sua expectativa de vida, para a adequação dos benefícios a essas variáveis (AGOSTINHO, 2020, p.72) .

Pelo que se pode depreender o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial visa equilibrar o sistema previdenciário, ou seja, e a diferença entre ambos é que o equilíbrio financeiro busca um equilíbrio do orçamento governamental e o pagamento a beneficiários a curto prazo e atuarial objetiva o equilíbrio a longo prazo. Castro e Lazzari (2022, p.82), assim dispuseram sobre esse princípio:

> Princípio expresso somente a partir da Emenda Constitucional 20/1998 (artigo 40, caput e artigo 201, caput), significa que o Poder Público deverá, na execução da política pública previdenciária, atentar sempre para a relação entre custeio e pagamento de benefícios, a fim de manter o sistema em condições superavitárias, e observar as oscilações da média etária da população, bem como sua expectativa de vida, para a adequação dos benefícios a essas variáveis.

Importante frisar que o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial está previsto expressamente na Constituição Federal e serve para que a implementação da política pública previdenciária esteja em equilíbrio com o custeio.

O princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios tem previsão legal no artigo 201, §4º da Constituição Federal e serve para preservar o poder aquisitivo em caso de reajuste.

O princípio do valor da renda mensal dos benefícios de caráter substitutivo não inferior ao do salário mínimo, significa que os benefícios previdenciários servem como substituição do salário do trabalhador diante de um risco social e por isso o valor da renda auferida não pode ser menor que o valor do salário mínimo.

Por derradeiro, se torna imperioso ressaltar ainda a existência do princípio constitucional e inerente ao Direito previdenciário da vedação ao retrocesso social, objeto de análise no próximo tópico.

3.1 Princípio da vedação ao retrocesso social

O princípio da vedação ao retrocesso, tem como objetivo proteger as pessoas das reformas legislativas que afrontam direitos constitucionais já conquistados. Tavares (2003, p.176) afirma que esse princípio "consiste na impossibilidade de redução das implementações de direitos fundamentais já realizadas". Em outras palavras, é a proteção à pessoa contra atos dos que legislam.

Os autores Castro e Lazzari (2022, p.74) classificam a vedação ao retrocesso social como um dos princípios gerais do Direito Previdenciário, juntamente com os princípios da solidariedade, da proteção ao hipossuficiente e da proteção da confiança. Afirmam os autores, acerca do princípio da vedação ao retrocesso social que:

> Impõe-se, com ele, que o rol de direitos sociais não seja reduzido em seu alcance (pessoas abrangidas, eventos que geram amparo) e quantidade (valores concedidos), de modo a preservar o mínimo existencial.

O princípio da vedação ao retrocesso social, de maneira clara, revela a proteção aos direitos sociais, para que não sejam subtraídos ou reduzidos, tanto no que tange às pessoas ou aos valores que essas pessoas teriam direito, em respeito ao mínimo existencial.

Importante trazer à baila os ensinamentos de Sarlet (2011, p. 435) sobre a proibição ao retrocesso:

> Que situando o contexto da segurança jurídica- resulta evidente que a dignidade da pessoa humana não exige apenas uma proteção em face de atos de cunho retroativo (isto, é claro, quando estiver em causa uma efetiva ou potencial violação da dignidade em algumas de suas manifestações), mas também não dispensa-pelo menos é esta tese que estaremos a sustentar- uma proteção contra medidas retrocessivas, mas que não podem ser tidas como propriamente retroativas, já que não alcançam as figuras dos direitos adquiridos, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Basta lembrar aqui a possibilidade de o legislador, seja por meio de uma emenda constitucional (consoante já analisado), seja por reforma no plano legislativo, suprimir determinados conteúdos da Constituição ou revogar normas legais destinadas à regulamentação de dispositivos constitucionais, notadamente em matéria de direitos sociais, ainda que com efeitos meramente prospectivos. Com isso, deparamo-nos com a noção que tem sido "batizada" pela doutrina- entre outros termos utilizados- como proibição ou vedação ao retrocesso e aproximamo-nos ainda mais do cerne do nosso estudo.

A proibição ao retrocesso traz consigo a proteção a princípios fundamentais, como a dignidade da pessoa humana e a segurança jurídica. O autor bem explica que a violação a direitos sociais ocorre mesmo com a proteção aos direitos adquiridos e coisa julgada, ou seja, as reformas podem revogar direitos constitucionais com efeitos para o futuro.

Ramos (2021, p.107), acerca da proibição ao retrocesso explica que:

> Os direitos humanos caracterizam-se pela existência da proibição do retrocesso, também chamada de "efeito cliquet", princípio do não retorno da concretização ou princípio da evolução reacionária, que consiste na vedação da eliminação da concretização já alcançada na proteção de algum direito, admitindo-se somente aprimoramentos ou acréscimos.

Como aduzido acima, a proibição ao retrocesso ou princípio do não retorno à concretização tem como premissa proibir qualquer ato que tenha como objetivo desconstruir direitos já conquistados. Vai além disso, apregoa que somente são permitidas mudanças com o intuito de aprimorar os direitos ou evolui-los.

Sobre a mesma temática, Martins (2019, p.1007) argumenta que:

> (...) As tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a cria-los, obrigam-no também a não abolí-los uma vez criados. Quer isto dizer que, a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa

> obrigação, positiva, para se transformar (ou passar também a ser) uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a atuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social.

O estado tem como dever a criação de direitos fundamentais. Após a criação, esses direitos obrigam o Estado a não os extinguir. Dessa forma o Estado tem a função ativa (de criar o direito), e também o dever de se abster de restringir ou abolir o direito social por ele criado.

Costa (2022, p. 1882) afirma que "o Estado é o que deve através dos serviços públicos atender as demandas sociais, para isto o Estado existe". Ou seja, a função precípua do Estado é a concretização dos direitos sociais, atendimento das demandas e a proteção desses direitos.

Deste modo o princípio da vedação ao retrocesso social zela pelo dever de abstenção do Estado em não abolir direitos já conquistados.

Ainda, sobre o princípio da proibição ao retrocesso tem se a seguinte construção:

> A partir do exposto, verifica-se que a proibição do retrocesso, mesmo na acepção mais estrita aqui enfocada, também resulta diretamente do princípio da maximização da eficácia de (todas) as normas de direitos fundamentais. Por via de consequência, o artigo 5º, §1º, da nossa Constituição, impõe a proteção efetiva dos direitos fundamentais não apenas contra a atuação do poder de reforma constitucional (em combinação com o artigo 60, que dispõe a respeito dos limites formais e materiais às emendas constitucionais), mas também contra o legislador ordinário e os demais órgãos estatais (já que medidas administrativas e decisões jurisdicionais também podem atentar contra a segurança jurídica e a proteção da confiança), que, portanto, além de estarem incumbidos de um dever permanente de desenvolvimento e concretização eficiente dos direitos fundamentais (inclusive e, no âmbito da temática versada, de modo particular os direitos sociais) não pode- em qualquer hipótese- suprimir pura e simplesmente ou restringir de modo a invadir o núcleo essencial do direito fundamental ou atentar, de outro modo, contra as exigências da proporcionalidade (SARLET, 2011, p.248).

Importante enfatizar que a proibição do retrocesso atribui maior valor aos direitos fundamentais em face de reformas legislativas, seja por intermédio de emendas constitucionais, seja por qualquer outro ato infraconstitucional que viole a segurança jurídica e a proteção da confiança. Ao contrário, o legislativo, executivo e judiciário devem atentar pela manutenção e concretização dos direitos fundamentais e preservar o núcleo de tais direitos.

Portanto, o estudo do princípio da vedação ao retrocesso é de suma importância na análise da reforma previdenciária, que alterou as regras de concessão da pensão por morte e outros benefícios. Esse é o objeto de estudo do próximo capítulo.

4 AS ALTERAÇÕES NAS REGRAS DE CONCESSÃO DA PENSÃO POR MORTE E A VEDAÇÃO AO PRINCÍPIO DO RETROCESSO SOCIAL

A pensão por morte é uma das espécies de benefícios da previdência social, e está prevista no artigo 201, inciso V da Constituição Federal, bem como no artigo 74 a 79 da Lei 8213/91.

Ocorre que em 13 de novembro de 2019 entrou em vigor a Emenda constitucional 103 que alterou o sistema da previdência social e principalmente as regras de cálculo da pensão por morte, ao estabelecer o regime de cotas.

Dispõe o artigo 23 da Emenda constitucional n.103/19:

> A pensão por morte concedida a dependente do 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 que teria direito se fosse aposentado por incapacidade permanente ou na data do óbito, acrescida de cotas 10 (dez) pontos percentuais por dependente, até o máximo de 100% (cem por cento).

Importante esclarecer que a reforma da previdência mudou de forma súbita a vida dos brasileiros, dependentes e segurados do regime geral e regimes próprios de previdência. Isso porque a lei que vale é a que imperava na data do óbito, ou seja, se a pessoa faleceu até 12 de novembro de 2019, a pensão por morte foi calculada de acordo com a legislação anterior, em respeito ao direito adquirido. Porém, com o óbito a partir da vigência da lei em 13 de novembro de 2019 serão aplicadas as novas regras, mais prejudiciais, não importando a capacidade contributiva do segurado falecido.

Esclareça-se que as alterações também afetaram as aposentadorias (artigo 26 da EC 103/19), com a aplicação do percentual de 60% do valor de benefício, acrescido de 2% a cada ano, cumpridos 20 anos de contribuição.

Imperioso esclarecer que essa regra passa a valer a partir dos óbitos ocorridos após a publicação da Emenda 103/2019, resguardado o direito adquirido. Amado discorre sobre o assunto:

> Trata-se de regra que veio reger a pensão por morte dos segurados do RGPS para óbitos a partir do dia seguinte à data da publicação da Emenda 103/2019. Isso porque as mortes até o dia da publicação da Emenda serão regidas pela legislação anterior prevista na Lei 8213/91, nos termos do artigo 3º da Emenda (2020, p.831).

Referida alteração causou grande perda financeira para os dependentes, se considerarmos as peculiaridades de cada caso em concreto, principalmente para famílias, cujo provedor possuía renda superior ao salário-mínimo. Martins (2020, p.542), afirma que a mudança no valor do coeficiente de cálculo do benefício da pensão por morte fere o princípio da distributividade, pelos seguintes motivos:

> A manutenção do valor da pensão por morte é uma forma de distribuição de renda, que é um dos princípios da Seguridade Social, ajuda na manutenção da condição econômica do cônjuge supérstite e também é forma de permitir que ele consuma e alimente a cadeia econômica.

Como bem salientado, as novas regras na concessão por morte violaram princípio da distributividade, princípio da seguridade social. A Emenda constitucional 103, trouxe consigo a violação a diversos princípios constitucionais. No presente estudo será abordado a violação ao princípio do retrocesso social.

Muito embora tenha se preservado o direito adquirido aos que cumpriram os requisitos para a concessão dos benefícios anteriores à publicação da emenda, quando se fala de proibição a retrocesso social, não quer dizer que as mudanças se refiram à preservação daqueles direitos. O que se entende por proibição ao retrocesso é que as mudanças não atinjam direitos com efeitos para o futuro- que ainda vão se concretizar, em respeito ao princípio da segurança jurídica e ao princípio da confiança. Nessas linhas, Sarlet (2011, p.436), ao explicar a temática afirma que:

> De fato, na esteira do que tem sido reconhecido na seara do direito constitucional alienígena e, de modo particular, em face do que tem sido experimentado da prática normativa (muito embora não exclusivamente nesta esfera), cada vez mais constata-se a existência de medidas inequivocamente retrocessivas que não chegam a ter caráter propriamente retroativo, pelo fato de não alcançarem posições jurídicas já consolidadas no patrimônio de seu titular ou que, de modo geral não atingem situações anteriores. Assim, por paradoxal que possa parecer à primeira vista, retrocesso também pode ocorrer mediante atos com efeitos prospectivos.

Convém lembrar que a pensão por morte está inserida no contexto dos direitos sociais (artigo 6º da Constituição Federal que faz menção à previdência), e nesse contexto estão sendo protegidos direitos atinentes à dignidade da pessoa e ao mínimo existencial, que no entendimento de Sarlet (2011, p.444), tais princípios prevalecem mesmo diante da alegação da reserva do possível.

> Além disso, mediante a supressão pura e simples do próprio núcleo essencial legislativamente concretizado de determinado direito social(especialmente dos

> direitos sociais vinculados ao mínimo existencial), estará sendo afetada, em muitos casos a própria dignidade da pessoa, o que desde logo se revela inadmissível, ainda mais em se considerando que na seara das prestações mínimas (que constituem o núcleo essencial mínimo judicialmente exigível dos direitos a prestações) para uma vida condigna não poderá prevalecer até mesmo a objeção da reserva do possível e a alegação de uma eventual ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Nessas linhas, o Estado deve planejar a execução dos direitos sociais da melhor forma possível. Costa e Duarte (2020, p. 78) afirmam que apesar do direito social exigir custos, este deve ser previamente previsto no orçamento estatal. Ou seja, requer uma atuação positiva do Estado na consecução desses direitos:

> Este pequeno introito, apesar de conhecidos os seus fundamentos, serve para registrar o fato de que o direito social, a despeito do seu custo econômico, requer esteja previamente fixado e planejado no orçamento público cuja importância para o gestor tem se mostrado mais evidente na medida em que a legislação existente hoje tem moldado a conduta daquele que ordena as despesas e por elas afiança os atos dos governos e firma sua responsabilidade fiscal (art. 7 º, do Decreto-lei n. 200/67).

Como salientado, as despesas com o orçamento referente aos direitos sociais são de responsabilidade do gestor, que deve prever e planejar a execução das prestações sociais, sob pena de responsabilidade fiscal.

Na Exposição de Motivos da Emenda Constitucional n. 103/19, tópico 38, o Ministro da Economia Paulo Roberto Nunes Guedes teceu informações sobre o elevado patamar das despesas previdenciárias, que torna dificultoso a transferência de recursos para outras políticas públicas, eleva a carga tributária e o endividamento público. Nesse contexto importante afirmar o importante o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial é aclamado como fundamento das reformas. Isso porque, como já estudado é um dos fundamentos da previdência, e tem previsão constitucional.

Desse modo, a preservação ao equilíbrio financeiro e atuarial seria a justificativa para as alterações nas regras de previdência já alcançadas, em detrimento dos demais princípios, em especial ao da proibição ao retrocesso?

Ramos (2021, p.108), afirma que a proibição ao retrocesso não é um princípio absoluto:

> A proibição ao retrocesso não representa, contudo, uma vedação absoluta a qualquer medida de alteração da proteção de um direito específico. Por exemplo, podem ser constitucionais as alterações nas regras de aposentadoria de servidores públicos que façam frente ao crescimento da expectativa de vida. A inalterabilidade dessas regras levaria o Estado a destinar mais recursos a esse direito social, diminuindo-se a proteção a outros direitos.

O princípio da proibição ao retrocesso, no entendimento supramencionado não possui caráter absoluto. Nas palavras do autor, as normas referentes a um determinado direito podem ser modificadas em relação ao aumento da expectativa de vida.

No caso das alterações introduzidas pela Emenda constitucional 103/19 o aumento da expectativa de vida também serviu como parâmetro para a reforma. O tópico 33 da Exposição de Motivos da Emenda 103/19 trata do aumento da expectativa de vida e idades avançadas dos brasileiros.

Por último, Ramos explica que se a proibição ao retrocesso tivesse caráter absoluto, as despesas destinadas aos direitos sociais inviabilizariam a proteção a outros direitos. O tópico 9 da Exposição de Motivos da Emenda 103/19 abordou referida temática ao afirmar que a previdência consome mais da metade do orçamento da União, restando pouco espaço para a educação e saúde.

Ainda, sobre a não vedação absoluta da proibição ao retrocesso, Sarlet (2011, p.451), no mesmo contexto, apregoa que:

> (...) De qualquer sorte, consoante já adiantado, se somarmos estes fatores à variabilidade e instabilidade da capacidade prestacional do Estado e da própria sociedade (de qualquer Estado e sociedade, como deflui da experiência vivenciada em quase todos os recantos do planeta) como um todo, especialmente num contexto de crise econômica e incremento dos níveis de exclusão social (que, por sua vez, resulta no aumento da demanda por proteção social), acompanhado de problemas na esfera arrecadação de recursos que possam dar conta dos reclamos na esfera da proteção social, igualmente dá conta que o reconhecimento e um princípio da proibição de retrocesso não poderia- como suficientemente destacado nas páginas precedentes- resultar numa vedação absoluta de qualquer medida que tenha por objeto a promoção de ajustes, eventualmente até mesmo de alguma redução ou flexibilização em matéria de segurança social, onde realmente estiverem presentes os pressupostos para tanto.

A vedação absoluta do princípio da proibição ao retrocesso não se aplica nos casos das dificuldades prestacionais do Estado, em caso de crise econômica que acarretem exclusão social. E ainda, desde que existam pressupostos que justifiquem as mudanças.

Outrossim, ainda que, excepcionalmente se permita a medidas retrocessivas e como já ensinado, não necessariamente retroativas, devem ser implementadas com cautela, e com a observância dos princípios fundamentais, como bem observado por Sarlet (2011, p.457):

> Neste contexto, voltamos a frisar que um dos principais desafios a serem enfrentados também no âmbito de uma proibição de retrocesso é o da adequada hierarquização entre o direito à segurança jurídica (que não possui-convém frisá-lo- uma dimensão puramente individual, já que constitui elemento nuclear da ordem objetiva de valores do Estado de Direito como tal) e a igualmente fundamental necessidade de, sempre em prol do interesse comunitário, proceder aos ajustes que comprovadamente se fizerem indispensáveis, já que a possibilidade de mudanças

> constitucionalmente legítimas e que correspondam às necessidades da sociedade como um todo (mas também para a pessoa individualmente considerada), carrega em si também um componente de segurança que não pode ser desconsiderado.

A necessidade de reformas existe, no entanto o legislador deverá respeitar os princípios constitucionais e ainda primar pela manutenção de todos os direitos fundamentais, construídos ao longo dos anos para que não incorra em retrocesso social.

Com relação à reforma da previdência, no que se refere a adoção do regime de cotas na concessão da pensão por morte, objeto de debate na seara jurídica atual, já existem julgados a respeito da afronta ao princípio da vedação ao retrocesso social. Em maio de 2021, nos autos do Processo 0509761-32.2020.4.05.8500, em pedido de concessão de Pensão por Morte, a Turma Recursal do Estado de Sergipe firmou entendimento de que a Emenda Constitucional 103/2019 violou o princípio da proibição ao retrocesso legal, que garante a proteção social.

Dessa forma, sendo a pensão por morte importante benefício previdenciário, caráter substitutivo de remuneração do segurado que veio a óbito, não pode permitir que a família tenha a manutenção de sua subsistência atingida pelo evento morte, em total afronta a princípios constitucionais, como a proibição do retrocesso, dignidade da pessoa humana, proteção social e princípio da confiança.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo tratou do benefício previdenciário da pensão por morte, a partir da reforma da previdência que alterou as regras para sua concessão e o princípio da proibição ao retrocesso social.

As reformas na esfera dos direitos sociais sempre causam impacto, tendo em vista que as regras muitas das vezes diminuem ou extinguem direitos até então vigentes.

Com a supressão de direitos também podem ocorrer a violação ou colisão de princípios constitucionais.

No que se refere à pensão por morte, a reforma introduzida pela Emenda constitucional 103/19 adotou o regime de cotas que diminuiu drasticamente o valor dos benefícios devidos aos dependentes quando a renda devida supera o valor do salário mínimo nacional.

Quando se afirma que novas regras de concessão por morte configuram retrocesso social, tal afirmativa se torna mais evidente quando, ao tecer considerações sobre as primeiras conquistas em termos de pensão por morte, se observa que o Governo adotou o mesmo regime de cotas utilizado quando da vigência da Lei Eloy Chaves. Ou seja, utilização de critérios e medidas retrocessivas na reforma legislativa.

Os motivos que ensejaram a reforma da previdência podem ser considerados justos, se considerarmos a situação financeira do país, a alegada situação deficitária da previdência entre outros fatores.

Ocorre que muito embora as alterações tenham preservado o direito adquirido, as medidas consideradas retrocessivas, não necessariamente se configuram como retroativas. Isso porque quando se permite que de um estado de proteção social, se passe a um cenário menos protetivo, está se permitindo retrocesso social, com afronta direta ao princípio da segurança jurídica, confiança e mais: direitos fundamentais relacionados à dignidade da pessoa humana.

Acerca da inconstitucionalidade das novas regras de concessão da pensão por morte, existe diversas discussões no meio jurídico.

O que se aponta é que os princípios constitucionais sempre possam ser valorados para a preservação dos direitos sociais previstos na Constituição Federal.

A Emenda Constitucional 103/2019 configura um caso de retrocesso social, vez que desfavorece sobretudo as pessoas mais vulneráveis. Nesta seara, a pensão morte deve ter seus critérios iguais para os segurados na medida de suas contribuições, ou seja, quem contribuiu mais para o sistema previdenciário deve ter valor equivalente na concessão da pensão. O regime de cotas por dependentes se revela como critérios diferenciados de concessão, o que insere uma exceção onde a lei não a previu.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMADO. Frederico. **Curso de Direito e Processo Previdenciário**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

A Nova previdência: emenda constitucional nº 103/2019: Equipe On Line Editora- Barueri, SP: On Line, 2019.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

Constituição da República Federativa do Brasil: obra coletiva com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

COSTA, Ilton Garcia da. **Paz e Serviços Públicos**. RJLB – Revista Jurídica Luso-Brasileira, v. 8, p. 1879-1892, 2022.

COSTA, Ilton Garcia da; DUARTE, Ronaldo S. **Orçamento de Guerra: Reflexão sob a Perspectiva de Inclusão Social**. In: Andre Studart Leitao; Antonio Celso Baeta Minhoto; Fernando de Brito Alves. (Org.). Direitos sociais e políticas públicas II. 1ed.Florianópolis SC: Conpedi, 2020.

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

Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm Acesso em: 26 abr. 2022.

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

NUNES JUNIOR, Flavio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PAIXÂO, Floriceno; PAIXÂO Luiz Antonio. C.. **A Previdencia Social**. Porto Alegre: Sintese, 2000.

PERSIANI, Mattia. **Diritto della Previdenza Sociale**. Padova: Cedam, 1997

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** São Paulo: Saraiva Educação, 2021

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SERGIPE. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Processo nº 0509761-32.2020.4.05.8500.** Josefa Maria de Jesus x Equipe de Atendimento de Demandas Judiciais - EADJ/INSS. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/processos/389941417/processon0509761322020405850 0-do-jfse Acesso em: 16 abr. 2022.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **A Previdência e Assistência Social: legitimação e fundamentação constitucional brasileira.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 176.