

V O T O - VOGAL

O Senhor Ministro Edson Fachin: Acolho o relatório bem lançado pelo e. Ministro Luís Roberto Barroso.

Ao lançar novo olhar sobre o tema específico objeto da presente ADI, tenho por necessário revisitar os fundamentos de decidir adotados em outra oportunidade. E principio por assentar, neste voto divergente, a mais respeitosa dissonância com as premissas explícitas ou implícitas na parte preambular do voto do e. Relator.

Sua Excelência traduz o contexto da Previdência Social do Brasil a partir da combinação entre idosos longevos, queda da taxa de fecundidade e *déficit* previdenciário. Versa, ainda, sobre a transferência de recursos de pobres para ricos, colocando na primeira categoria a camada excluída da população e na segunda os servidores públicos. O i. Relator, por igual, indica os vetores interpretativos aplicáveis ao caso, cujo fio condutor, à luz de uma principiologia axiológica de índole constitucional, tem o meu mais respeitoso dissenso.

Nada obstante concordar com o juízo de autocontenção, permito-me adiantar, desde logo, o que mais à frente irei explicitar neste voto, que, na Reforma, o solapar de direitos sociais dos trabalhadores, fundadas essas situações jurídicas no desenho constitucional vinculante, é somente compatível com uma hermenêutica elástica coerente com um Estado desrido dos deveres prestacionais que são próprios das democracias sociais e da realização dos direitos fundamentais.

Sem embargo de acompanhar o e. Relator na solução aventadas de aspecto formal, apresento divergência quanto às premissas da contextualização da Reforma da Previdência no Estado brasileiro, e quanto à questão trazida à apreciação de forma específica nesta demanda.

A República e a sociedade no Estado Democrático de Direito, constituídas em 1988 no Brasil, são um marco para o início da superação da exclusão social, econômica, política e cultural, formada por uma sociedade escravagista e cindida em camadas de senhores e vassalos.

Esse evento de índole constitucional tem a dimensão institucional própria do Estado Social e não se dirige, tão somente, ao patrimonialismo

estatal. A captura do Estado brasileiro pelo poder social real dominante pouco tem a ver, em essência, com deveres públicos e obrigações privadas, mas sim com uma instância invisível da amalgama que, historicamente, é gestora dos afazeres materiais públicos e privados no Brasil.

Portanto, na ambição da Reforma Previdência, é esse o pano de fundo e não, apenas, uma análise econômica das formas e dos discursos jurídicos normativos. A Previdência, no Estado brasileiro, reproduz as contradições e as vicissitudes do poder social real, sendo um patente equívoco imaginar que dentro do próprio aparato estatal estão os procedimentos de sucção que vampirizam a institucionalidade e as riquezas nacionais. O 'gigantismo' do Estado foi arrostando pela Constituição de 1988 e em seu ideário abriu caminhos para carreiras de Estado e formação de quadros de alta qualidade, além de propiciar o início da pavimentação de uma senda para a institucionalidade estável.

Daí porque centrar todos os males no tamanho do Estado e nas equações de cálculos atuariais auxilia, à perfeição, criar-se o espantalho para uma cosmovisão endógena, obliterada da ação externa em relação ao destino das empresas estatais e das riquezas do subsolo, como se fosse imaginável, embora permita narrativa interessante com base em princípios e costumes progressistas, um Estado sem a sociedade e seu funcionamento dos reais mecanismos de poder.

A Constituição de 1988 não demonizou o Estado nem divinizou tais relações de poder. Diversamente, intentou, entre os direitos fundamentais e a ordem econômica, suplantar a seletividade das oportunidades, o culturalismo racista, e não apenas reproduzir a contaminação da compreensão do país com as tradicionais interpretações da continuidade portuguesa e das raças formadoras.

A distorção sistemática dessa realidade encontrou notáveis contrapontos nas contribuições intelectuais de Celso Furtado e Florestan Fernandes, dentre outros, para muito além da crítica da desigualdade e da injustiça social. O senso comum, formado a partir de Sérgio Buarque de Holanda, nas "Raízes do Brasil", e em Raymundo Faoro, em "Donos do Poder", propiciou essa metodologia racional e sistemática de compreensão do Estado brasileiro como inserido na galeria dos vilões.

A identidade do país foi reposta ao debate em 1988 e daí emergiu a proclamação de uma sociedade livre, justa e solidária. Esse arquétipo, que está anos-luz da então compreendida identidade luso-brasileira projetada

como legado para o Brasil colonial, imperial e mesmo para a República, especialmente até 1934, é constitutivo do intento de por fim à escravidão no Brasil moderno. E é nesse embate que se traduz, em meu ver, as convergências e divergências para a compreensão do Estado e da sociedade brasileira contemporânea.

Para ser inclusivo e emancipador, o processo constitucional, em curso faz mais de três décadas, precisa obstar o retrocesso e elidir (ou quando menos mitigar) a imensa legião de excluídos. Caso contrário, reformas naturalizam essas desumanidades, tornando-as ainda mais cruéis e trágicas, como num presente infinito que nunca se realiza para a imensa maioria da população. E aí que se insere a Reforma da Previdência ora em apreciação, sem resvalar para um exame meramente economicista; ao hermeneuta, enfim, cabe responder: “*cui prodest*”?

Assentadas as premissas de fundo que alicerçam este voto, no que se refere às questões preliminares, acompanho as razões lançadas pelo Ministro Relator quanto à apreciação da legitimidade ativa da proponente.

Em relação ao mérito, em respeito ao caráter social e distributivo que marca a Constituição brasileira, conforme já explicitado, peço vênia para ressalvar os fundamentos adotados pelo e. Relator e para julgar de modo distinto o pedido de declaração de inconstitucionalidade.

Consoante exposto, as ressalvas que apresento à fundamentação do i. Ministro Relator recaem, especialmente, sobre “Parte I e II” do voto, reportando-se ao “contexto da reforma” e ainda ao que Sua Excelência denominou de “vetores interpretativos”.

Reitero, neste particular, que as diretrizes de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, de garantia do desenvolvimento e erradicação da pobreza, possuem sentido e historicidade. Elas decorrem de uma trajetória de afirmação de direitos e se espraiam ao longo do documento, num modo em que a sua densidade emana da previsão de políticas específicas, como vêm a ser a regulação do trabalho, o acesso à saúde e à educação, a previdência e a assistência sociais. Não há Constituição brasileira, tal qual promulgada, sem o núcleo social que lhe sustenta e confere sentido e identidade. Assim, o esvaziamento das margens constitucionais, a debilitação paulatina das suas políticas, acabará por esvaziar também o próprio centro.

A Comissão que tratou da Ordem Social na Assembleia Nacional Constituinte contou com uma Subcomissão de Trabalhadores e Servidores

Públicos, presidida pelo então Deputado Federal Geraldo Campos. Em extensas discussões, os nobres constituintes fizeram-se a pergunta: “*por que não ser generosos*”? Em resposta, firmaram, ali, a compreensão de que deveríamos caminhar para uma “ordem mais humana”, concretizadora de direitos sociais. Cito trecho dos debates havidos no ano de 1987:

“Gostaríamos de citar aqui o que ouvimos do nosso Relator, quando entrevistado e interpelado sobre a jornada de 40 (quarenta horas) horas semanais, S. Ex.^a teve a oportunidade de responder que; se somos a oitava economia, as outras sete, que estão à nossa frente, garantem essa jornada e até menores do que essa. Por que não devemos acompanhá-las naquilo que de positivo têm? Em nome de quê não devemos querer ser generosos? Generosos, quando estamos apenas querendo reparar o que de injusto se fez com o trabalhador brasileiro, ao longo de todos esses anos? Não estamos tentando fazer uma revolução com esse anteprojeto, e bem sabemos; como foi dito, não pretendemos fazer a revolução que a sociedade não fez. Aqui ninguém está preconizando mudanças de regime, mas tão-somente um aperfeiçoamento do capitalismo selvagem brasileiro, por uma ordem mais humana, em favor dos trabalhadores. Alimentamos a esperança de que este anteprojeto, que reflete os anseios que aqui ouvimos de vários representantes das mais diversas categorias de trabalhadores, anteprojeto que a esta altura já foi, pela iniciativa dos próprios representantes das classes trabalhadoras, enviado aos milhares para todos os recantos deste País, que este anteprojeto não será desfigurado nesta Comissão. Que a Comissão de Ordem Social que tão sabiamente aprovou três relatórios e três anteprojetos, que são o orgulho de pertencermos a esta Comissão, eles aqui não serão desfigurados para negar ao trabalhador a reparação ao que ele tem direito e pela qual ele vem reclamando nas praças, nas ruas, em suas manifestações”.

Essa opção consolidou-se no modelo de previdência por nós adotado, repudiando-se a forma de capitalização, inclusive na tramitação da atual Emenda nº. 103/2019. Em nenhuma hipótese, concebeu-se, para o Brasil, uma política previdenciária que não possa ter aportes públicos e que não seja solidária. Segundo o e. Ministro Joaquim Barbosa, no julgamento da ADI 3.218/DF a Constituição de 1988:

“Optou sem sombra de dúvidas por um Estado de bem-estar social, calcado no princípio da solidariedade, que, aliás, como muito bem lembrado pelo ministro Sepúlveda Pertence na ADI 1.441, constitui a pedra de toque do todo o sistema de seguridade social.”

Sobre esse cenário, J.J. Gomes Canotilho *et al.*, explicam que o Brasil possui um constitucionalismo dirigente e compromissório, pois:

“Há que se considerar, desde logo, que a ideologia constitucional não é neutra, é política, e vincula o intérprete. Os objetivos constitucionais fundamentais, como o art. 3º da Constituição de 1988, são a expressão das opções ideológicas essenciais sobre as finalidades sociais e econômicas do Estado, cuja realização é obrigatória para os órgãos e agentes estatais e para a sociedade ou, ao menos, os detentores de poder econômico ou social fora da esfera estatal. [...] Nesse sentido, torna-se importante ressaltar que tanto a forma de Estado Social em sua vertente como Estado Democrático de Direito como seu conteúdo material possuem assento no texto constitucional brasileiro de 1988”. (CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo Saraiva, 2ª ed., ano 2018, p. 153).

Importante ter em vista os resultados da privatização da previdência experienciados pelo Chile, os quais revelam menor expectativa de vida da população após a saída do mercado de trabalho e o pagamento de pensões tão baixas que obrigam a população inativa a trabalhar de modo informal para complementar a sua renda:

“Em relação ao tempo para a aposentadoria, dados da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE, 2017) revelam que os chilenos se aposentam mais tarde em comparação com os demais países, além de terem menor expectativa de vida após a saída do mercado de trabalho. Além disso, há certas flexibilidades, como recompensas pelo adiamento da aposentadoria após o alcance da idade mínima para tal, assim como a possibilidade de receber o rendimento da aposentadoria e continuar recebendo o salário advindo do trabalho.

Essas flexibilidades podem estar em consonância com as baixas taxas de reposição de pensões por rendimento no Chile. Segundo a

OCDE as taxas líquidas de reposição de pensões para os afiliados com menores rendimentos têm uma projeção de menos de 50%, o que resulta em pensões muito baixas, implicando a necessidade da população com menor salário buscar outras formas de aumentar a renda por intermédio do trabalho, ou recorrer ao Estado para adquirir pensões complementares. (COSTA, Brenda Luanda Silva; Senna, Mônica de Castro Maia. O modelo privatizado da previdência social chilena e a pandemia de covid-19: legado e tendências da desproteção social. Social em Questão - Ano XXV - nº 52 - Jan a Abr/2022)".

É cediço que, ao longo do tempo, a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal tem sido deferente às alterações legislativas promovidas na previdência social por reformas constitucionais extensas, que consagram o parlamento como o *lócus* precípua de regência e estruturação das políticas econômicas e sociais. Em mais de uma oportunidade, esta Corte assentou a inexistência de direito adquirido a determinado regime jurídico funcional, securitário ou tributário, de modo a permitir alterações na proteção social que deve ser conferida aos servidores públicos e ainda sobre a carga tributária a ser imposta para o custeio do seu sistema próprio de previdência.

Reproduzo, no ponto, a ementa da ADI nº. 3105/DF que, ao tratar da constitucionalidade da Emenda à Constituição nº. 41/2003, permitiu, inclusive, a instituição de contribuição previdenciária a ser paga por servidores inativos:

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

previdencial. Noutras palavras, não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos e as pensões, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não haver, a respeito, direito adquirido com o aposentamento. 2. Inconstitucionalidade. Ação direta. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária, por força de Emenda Constitucional. Ofensa a outros direitos e garantias individuais. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Regra não retroativa. Instrumento de atuação do Estado na área da previdência social. Obediência aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como aos objetivos constitucionais de universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento. Ação julgada improcedente em relação ao art. 4º, caput, da EC nº 41/2003. Votos vencidos. Aplicação dos arts. 149, caput, 150, I e III, 194, 195, caput, II e § 6º, e 201, caput, da CF. Não é inconstitucional o art. 4º, caput, da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, que instituiu contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e as pensões dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações. 3. Inconstitucionalidade. Ação direta. Emenda Constitucional (EC nº 41 /2003, art. 4º, § único, I e II). Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Bases de cálculo diferenciadas. Arbitrariedade. Tratamento discriminatório entre servidores e pensionistas da União, de um lado, e servidores e pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de outro. Ofensa ao princípio constitucional da isonomia tributária, que é particularização do princípio fundamental da igualdade. Ação julgada procedente para declarar inconstitucionais as expressões "cinquenta por cento do" e "sessenta por cento do", constante do art. 4º, § único, I e II, da EC nº 41/2003. Aplicação dos arts. 145, § 1º, e 150, II, cc. art. 5º, caput e § 1º, e 60, § 4º, IV, da CF, com restabelecimento do caráter geral da regra do art. 40, § 18. São inconstitucionais as expressões "cinquenta por cento do" e "sessenta por cento do", constantes do § único, incisos I e II, do art. 4º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, e tal pronúncia restabelece o caráter geral da regra do art. 40, § 18, da Constituição da República, com a redação dada por essa mesma Emenda. (ADI 3105, Plenário, Relatora: Min. Ellen Gracie, Redator do acórdão: Min. Cesar Peluso, 18.02.2005)".

Contudo, nos termos do art. 60, §4º, essas reformas são sindicáveis pelo Poder Judiciário e não podem aniquilar direitos individuais, atingindo o seu núcleo essencial, senão vejamos a letra da Constituição Federal :

“Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
(..)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I - a forma federativa de Estado;
- II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação dos Poderes;
- IV - os direitos e garantias individuais”.

Além disso, por coerência, o raciocínio de deferência, aplicável às mudanças nas políticas de segurança social, deveria ser aplicado em relação às reformas que versam sobre valorização salarial, razão pela qual mantive igual postura de auto contenção na recente manifestação vogal que apresentei no processo da ADI nº. 7.222 (piso salarial de enfermagem), curvando-me ali à edição da Emenda Constitucional nº. 124/2022.

Notadamente, o mesmo respeito às prognoses econômicas do parlamento parece-me incidir quando há ampliação de direitos que efetivam o projeto igualitário e emancipatório da Constituição de 1988 e não apenas quando da sua restrição.

Por certo, consoante expus, um grau de deferência, não obsta que sejam analisados impactos vindouros da EC nº. 103/2019, tampouco significa que o Poder Judiciário não possui capacidade institucional para fazê-lo. Técnicas processuais que tutelem especificamente os direitos postos em questão autorizam o julgamento de questões econômicas e sociais de alta indagação, desafio ao qual o STF não se furtou na sua história.

Consoante pontuei no curso da já referida MC na ADI nº. 7.222, a doutrina tem feito severas críticas ao uso do conceito de “capacidades institucionais” para escamotear a justificação para a deferência que as cortes constitucionais devem ter com as decisões dos outros poderes (GODOY, Miguel Gualano de. Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017).

Na linha defendida por Daniel Sarmento, a utilização atenta do conceito de capacidades institucionais dos juízes recomenda, em determinadas situações, não uma postura deferente, mas exatamente o oposto, o que acontece quando estão em jogo, por exemplo, questões que atingem populações estigmatizadas e alijadas do processo político, que não encontram em espaços majoritários o ambiente institucional ideal para vocalizar os seus anseios (SARMENTO, Daniel. Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro Lumen Juris, 2010, p. 299).

Registre-se que, em oportunidades anteriores, este Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucionais leis ordinárias que estabeleceram, sem respaldo na Constituição, progressividade de alíquotas da contribuição ao RPPS, inclusive reputando-as confiscatórias. Essa é a dicção das decisões proferidas nas Medidas Cautelares da ADI nº. 2.010 e ADC nº. 8. Não se trata, pois, de tema historicamente estranho ou interditado à jurisdição desta Corte.

Nessa ordem de ideais, frise-se que a justiciabilidade de direitos socioeconômicos é largamente reconhecida na experiência constitucional brasileira e latino-americana, passando a ser afirmada inclusive pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em recente decisão do caso *Guevara Díaz vs. Costa Rica*, a Corte IDH decretou a possibilidade de ser utilizada a litigância em direitos socioeconômicos (Desca) contra os Estados sujeitos à sua jurisdição, nos termos do art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).

O STF perfila de igual posicionamento, consoante firmado nos precedentes da ADI nº. 2.010, ADC nº. 8 e na ADPF nº. 45/DF, de relatoria do e. Ministro Celso de Mello. Ali, firmou-se a compreensão de que:

“a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa -

criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência". (ADPF 45 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 04.05.2004).

Mostra-se ainda pertinente a lição de Javier Couso, quando este elucida que a convivência entre reformas liberais e constituições sociais gera uma verdadeira "guerra de atrito". (COUSO, Javier. The "economical constitutions" from Latin America: the permanent tension between free market and social and economic rights. *Revista Culturas Jurídicas*, Vol. 6, Núm. 14, mai./ago., 2019).

Segundo os estudos do professor chileno, a "inevitabilidade" de constituições econômicas mínimas e liberais segue sendo hegemonicamente pregada como solução para jovens democracias como as verificadas no Leste Europeu e na América Latina. Entretanto, textos constitucionais de embocadura nitidamente social como o brasileiro e o colombiano contradizem esse direcionamento e levam a uma justiciabilidade maior e inevitável de conflitos econômicos, a despeito da agenda dos governos de ocasião e, muitas vezes, contra ela.

Portanto, as cortes constitucionais deparam-se com fluxos e contrafluxos na atividade de interpretação das normas econômicas, de forma que a declaração de constitucionalidade das regras previstas na EC nº. 103/2019 não significa uma adesão perpétua ou inconteste aos seus efeitos em relação a ações futuras que venham a abordar os impactos da reforma especialmente em relação à proteção social de trabalhadoras mulheres e mais vulneráveis, haja vista que a reforma influiu em temas como a idade para aposentação, cálculo de benefícios e aposentadoria especial.

A recente edição da EC nº. 103/2019 ainda não permitiu que sejam apresentadas ações que contenham evidências empíricas sólidas sobre seus efeitos na proteção social das demais trabalhadoras e trabalhadores, os quais surgirão, com maior nitidez, ao longo do tempo. Tampouco chancela-se, nestes autos, uma decretação de ausência de capacidade institucional do Poder Judiciário para decidir sobre direitos socioeconômicos, seja qual for a complexidade dos processos sob análise.

Importa, pois, invocar as lições de Luís Werneck Vianna no sentido de que o processo de construção do *welfare* brasileiro tem se dado numa realidade de intensa juridicização e judicialização das relações sociais

(VIANNA, Luís Werneck. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro. Editora Revan, 1999), não se podendo negar que, não raro, o impulso ao aperfeiçoamento de políticas públicas tem partido da ampliação do acesso à justiça, garantida pela Constituição de 1988, e da atuação judicial.

Para além desta constatação maior do papel do Poder Judiciário na preservação do núcleo da proteção social constitucional, cumpre ainda anotar que o ponto do “contexto da reforma”, tal qual descrito pelo e. Relator, é deveras complexo e discutível na seara empírica.

Problematizar esta moldura fática é fundamental, haja vista que ela compõe, inexoravelmente, a *ratio decidendi* adotada pelos tribunais na sua atividade de interpretação das normas, ainda que não se revistam, *per se*, de transcendência para determinar o resultado de outras decisões.

Com a devida vênia, as afirmações de que grassa um *déficit* previdenciário inevitável e incontornável, de que há regressividade nos regimes previdenciários e de que as reformas reduzirão a alarmante desigualdade de renda no país, não traduzem consenso no âmbito das ciências sociais. Estudos do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) já manifestaram que as avaliações sobre os efeitos da reforma são “impressionistas” e “díspares”. Confira-se, a propósito:

“Infelizmente, as poucas avaliações dos efeitos da atual tentativa de reforma (Proposta de Emenda à Constituição – PEC no 287/2016) sobre a desigualdade de renda e sobre a pobreza são impressionísticas e, exatamente por isso, muito díspares entre si. Por exemplo, enquanto Almeida e Mendes (2017) mostram-se convictos de que “a enorme desigualdade brasileira vai cair”, outros afirmam com igual veemência que a reforma não é necessária e irá “agravar ainda mais as diversas faces da desigualdade social” (DIEESE e ANFIP, 2017, p. 38). Entre os dois extremos, há aqueles que reconhecem o desequilíbrio nas contas previdenciárias, mas temem que as consequências mais prováveis da reforma serão maior concentração de renda e pobreza, uma vez que a proposta não toca em vários privilégios (Medeiros, 2017). [...]”

Nossos resultados contrariam as previsões otimistas e as mais pessimistas. De modo geral, os efeitos das reformas sobre os indicadores nacionais são pequenos ou, no máximo, moderados. Substantivamente, há algum aumento na pobreza, enquanto a desigualdade quase não muda. O alcance da proposta original é muito

mais amplo e disseminado do que o do texto da emenda aglutinativa. Na simulação do texto original, mais de 20% da população brasileira é afetada direta ou indiretamente pela reforma, ao longo de praticamente toda a distribuição de renda, enquanto na emenda a porcentagem cai abaixo de 10% e é crescente nos décimos mais ricos". (SOUZA, Pedro H. G. Ferreira de; VAZ, Fábio Monteiro; PAIVA, Luís Henrique. Efeitos redistributivos da reforma da Previdência. Ipea. Texto para discussão nº 2424. Brasília, outubro de 2018).

Essas conclusões ganham especial relevado quando posto sob análise o regime geral da previdência social, que compreende e ampara significativa parcela da população brasileira.

Acresça-se que o argumento econômico acerca de *déficit* não autoriza a interpretação de constitucionalidade de toda e qualquer alteração de regime jurídico, ao tempo em que não deve conduzir a leituras constitucionais necessariamente consequencialistas. A previdência social é política pública que não encerra simples relação privatística ou de capitalização.

Em resumo, ainda que a posição desta Corte seja deferente a uma parcela dessa reforma constitucional, como tem sido em relação a mudanças anteriores de regime, esta posição pode ser doravante ponderada mesmo pelo STF, de modo a que o equilíbrio penda em outra direção.

Feitas essas ressalvas, divirjo, no mérito, para julgar procedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 23, caput, da Emenda Constitucional 10/2019, nos termos em que formulado.

O artigo 23, caput da EC 103/19 estabeleceu substancial alteração na sistemática a de cálculo do benefício de pensão por morte:

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

A parte autora sustenta que, ao levar em consideração o valor de uma suposta aposentadoria por invalidez, o dispositivo impede que o valor da pensão por morte espelhe o valor sobre o qual foram descontadas as

contribuições previdenciárias, violando assim o art. 201, caput, e artigos 1º, III, 3º, I e III, 6º, 226 e 227 da Constituição Federal.

O artigo 23, caput, ao inaugurar sistemática de cálculo para os benefícios de pensão por morte, estabelece um duplo fator para redução da renda: o da cotização do valor a ser pago aos dependentes e o decorrente de se estabelecer, como salário de benefício, valor equivalente ao de uma suposta aposentadoria por incapacidade permanente para as pessoas que se encontram em atividade.

É que também a forma de cálculo da suposta aposentadoria por incapacidade permanente (antiga invalidez) foi objeto de reforma pela Emenda Constitucional. O artigo 26, § 2º, III da EC103/19 previu:

Art. 26. Até que lei discipline o cálculo dos benefícios do regime próprio de previdência social da União e do Regime Geral de Previdência Social, será utilizada a média aritmética simples dos salários de contribuição e das remunerações adotados como base para contribuições a regime próprio de previdência social e ao Regime Geral de Previdência Social, ou como base para contribuições decorrentes das atividades militares de que tratam os e , atualizados monetariamente, correspondentes a 100% (cem por cento) do período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde o início da contribuição, se posterior àquela competência.

§ 2º O valor do benefício de aposentadoria corresponderá a 60% (sessenta por cento) da média aritmética definida na forma prevista no caput e no § 1º, com acréscimo de 2 (dois) pontos percentuais para cada ano de contribuição que exceder o tempo de 20 (vinte) anos de contribuição nos casos:

III - de aposentadoria por incapacidade permanente aos segurados do Regime Geral de Previdência Social, ressalvado o disposto no inciso II do § 3º deste artigo; e

Esse novo tratamento normativo conferido à aposentadoria por invalidez, quando aplicado a pessoa que vem a falecer com menos de 20 anos de contribuição, resulta em benefício que corresponde a 60% da média aritmética das contribuições. Essa regra, conjugada com a sistemática de cálculo da pensão por morte, resulta em um duplo redutor do valor de benefício.

Vale dizer, quem falece em atividade, com menos de 20 anos de contribuição, deixa a seus dependentes benefício que corresponde a uma quota (de 60%, em caso de um dependente) sobre o salário de benefício que já é reduzido a 60% da média das remunerações.

O exemplo trazido pelo voto do E. Ministro relator bem evidencia a situação:

“Agora, vejamos o exemplo de um segurado homem que ainda estava em atividade quando veio a óbito. Considere-se que ele percebia um salário de R\$ 6.000,00, contava com apenas 10 anos de contribuição e possuía dois dependentes. No regime anterior, como a aposentadoria por invalidez equivalia a 100% do salário-de-benefício, o pouco tempo de contribuição do segurado não impactava o valor da pensão por morte, que corresponderia a 100% dos proventos a que ele teria direito se fosse inválido. Considere-se, então, que a média aritmética dos salários-de-contribuição desse empregado fosse igual a R\$ 5.000,00. O benefício por morte seria, do mesmo modo, de R\$ 5.000,00. No regime atual, por outro lado, a aposentadoria por invalidez (ou por incapacidade permanente, na nomenclatura dada pela EC nº 103/2019) se reduziria para R\$ 3.000,00 (60% de R\$ 5.000,00) e, como consequência, a pensão corresponderia a R\$ 2.100,00 (70% de R\$ 3.000,00), isto é, a 35% dos ganhos do empregado em atividade”.

Esse decréscimo significativo relega a família ao desamparo e desconsidera a contingência social do falecimento, em desatenção à axiologia constitucional vigente. E não se trata aqui de benefício derivado de situação programada. Justamente naqueles casos em que o óbito se dá precocemente, antes de o segurado estar em gozo de aposentadoria, há um impacto ainda mais significativo sobre o meio de subsistência e o projeto de vida de seus e suas dependentes.

A consequência prática da incidência da normativa é violação do núcleo social protetivo que é próprio do projeto constitucional. De maneira mais específica, o disposto nos artigos 1º, III, 3º, 6º, 226, 227 e, especialmente, 60, §4º, IV da Constituição Federal.

Nesse mesmo sentido, quando ao mérito, transcrevo trecho da ementa do Parecer da Procuradoria Geral da República:

(...) 2. O novo regramento de pensão por morte, introduzido pela atual Reforma da Previdência, impõe redução severa e demasiadamente rigorosa no valor daquele benefício, em manifesta ofensa à proporcionalidade e à razoabilidade. 3. O mandamento veiculado no art. 23 da EC 103/2019 também incorre em afronta à dignidade humana (CF, art. 1º, III), uma vez que a diminuição promovida nas cifras pagas a título de pensão por morte compromete as condições de subsistência e independência dos pensionistas, na

medida em que implica redução excessiva do poder aquisitivo, configurando, ainda, violação do direito à proteção do Estado à família (CF, art. 226), destinatária daquele benefício previdenciário. — Parecer pelo não conhecimento da ação e, no mérito, pela procedência do pedido, para que seja declarada a constitucionalidade do art. 23 da EC 103/2019.

O reconhecimento de situações fáticas em que caracterizada a proteção insuficiente não é novo e já foi objeto de exame desta Corte. Menciono, a respeito, o RE 580963 e a Rcl 4374, ambos de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, julgados pelo Tribunal Pleno em 18/04/2013:

Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. 203, V, da Constituição. A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu os critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo seja concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. 2. Art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232. Dispõe o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 que: “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”. O requisito financeiro estabelecido pela Lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente. Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS. 3. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993. A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar per capita estabelecido pela LOAS. Como a Lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e de avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes. Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a

municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade dos critérios objetivos. Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro). 4. A inconstitucionalidade por omissão parcial do art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/2003. O Estatuto do Idoso dispõe, no art. 34, parágrafo único, que o benefício assistencial já concedido a qualquer membro da família não será computado para fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a LOAS. Não exclusão dos benefícios assistenciais recebidos por deficientes e de previdenciários, no valor de até um salário mínimo, percebido por idosos. Inexistência de justificativa plausível para discriminação dos portadores de deficiência em relação aos idosos, bem como dos idosos beneficiários da assistência social em relação aos idosos titulares de benefícios previdenciários no valor de até um salário mínimo. Omissão parcial inconstitucional. 5. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/2003. 6. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE 580963, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2013, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-225 DIVULG 13-11-2013 PUBLIC 14-11-2013).

Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. 203, V, da Constituição. A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo fosse concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovassem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. 2. Art. 20, § 3º da Lei 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232. Dispõe o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 que “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”. O requisito financeiro estabelecido pela lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente. Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS. 3. Reclamação como instrumento de (re)interpretação da

decisão proferida em controle de constitucionalidade abstrato. Preliminarmente, arguido o prejuízo da reclamação, em virtude do prévio julgamento dos recursos extraordinários 580.963 e 567.985, o Tribunal, por maioria de votos, conheceu da reclamação. O STF, no exercício da competência geral de fiscalizar a compatibilidade formal e material de qualquer ato normativo com a Constituição, pode declarar a inconstitucionalidade, incidentalmente, de normas tidas como fundamento da decisão ou do ato que é impugnado na reclamação. Isso decorre da própria competência atribuída ao STF para exercer o denominado controle difuso da constitucionalidade das leis e dos atos normativos. A oportunidade de reapreciação das decisões tomadas em sede de controle abstrato de normas tende a surgir com mais naturalidade e de forma mais recorrente no âmbito das reclamações. É no juízo hermenêutico típico da reclamação – no “balançar de olhos” entre objeto e parâmetro da reclamação – que surgirá com maior nitidez a oportunidade para evolução interpretativa no controle de constitucionalidade. Com base na alegação de afronta a determinada decisão do STF, o Tribunal poderá reapreciar e redefinir o conteúdo e o alcance de sua própria decisão. E, inclusive, poderá ir além, superando total ou parcialmente a decisão-parâmetro da reclamação, se entender que, em virtude de evolução hermenêutica, tal decisão não se coaduna mais com a interpretação atual da Constituição.

4. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e Processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar per capita estabelecido pela LOAS. Como a lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes. Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas.

O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade do critérios objetivos. Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro).

5. Declaração de

inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993. 6. Reclamação constitucional julgada improcedente. (Rcl 4374, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-173 DIVULG 03-09-2013 PUBLIC 04-09-2013)

Também nesse caso, a opção legislativa vulnerou a proteção social que se pretendeu conferir ao infortúnio morte de forma desproporcional.

Em seu voto, o e. Relator destaca:

É preciso ter em conta que as pensões por morte não visam à manutenção do padrão de vida alcançado pelo segurado falecido. Também não têm natureza de herança, uma vez que não compõem o patrimônio do instituidor. Em realidade, elas são um alento – normalmente temporário – para permitir que os dependentes reorganizem-se financeiramente, busquem novas alternativas e tenham condições, afinal, de prover recursos suficientes à sua própria subsistência. Não há que se falar, portanto, ofensa à vedação ao confisco, ao direito de propriedade ou à proporcionalidade.

Com a devida vênia a Sua Excelência, entendo que a legítima preocupação com a delimitação do tempo e hipóteses em que é devida a pensão por morte, inerente à solvabilidade do sistema previdenciário, já foi equacionada com a inserção de regras que estabelecem o escalonamento da duração do benefício.

A lei 8.213/91, com a redação conferida pela Lei 13.135/2015, em seu artigo 77, § 2º, V prevê limitação temporal ao recebimento do benefício de forma escalonada. A pensão pode ser recebida no intervalo de 4 meses ou de forma vitalícia, a depender do número de contribuições vertidas para o RGPS, do tempo de convivência entre instituidor e dependente, e da idade do beneficiário ou beneficiária.

Já há portanto, dentro do sistema de previdência, mecanismos que visam evitar a perpetuação do benefício, especialmente para aquelas hipóteses em que houve menor aporte contributivo.

A inovação na forma de cálculo inequivocamente compromete a manutenção das condições materiais de vida da família. Mas traduz também situação capaz de afetar mais decisivamente as mulheres de modo a ameaçar-lhes a capacidade de manutenção, revelando também impacto desproporcional.

Basta atentar para o relevante dado do Ministério do Trabalho e da Previdência trazido pelo *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário acerca da quantidade de pensões por morte concedidas no ano de 2021: 73,87% dos dependentes de pensão por morte são mulheres. O decréscimo substancial do valor do benefício de pensão por morte acarreta, na prática, impacto desproporcional às mulheres, reforçando condições estruturalmente discriminatórias.

Isso se deve à constatação de que vige entre nós uma divisão sexual do trabalho desfavorável às mulheres, que acumulam o ônus atinente ao gerenciamento do espaço privado e do cuidado, acumulando-o, não raro, com a vida laboral, no que se convencionou chamar de “*dupla jornada*”. Trata-se de fator que acarreta esse maior número de mulheres como “dependentes”, no termo legal, e portanto beneficiárias de pensão.

Essa realidade é ampla e transversaliza as distintas formas de família. Nesse sentido, colho a lição de Flávia Biroli:

“Por isso, as leituras dos conflitos entre família e trabalho que se restringem aos problemas relativos à divisão sexual do trabalho e à igualdade entre homens e mulheres são insuficientes. Do mesmo modo, é insuficiente concentrar a análise nos arranjos familiares privados alternativos como motor para as mudanças. Não porque esses problemas e essas mudanças não sejam reais, fundamentais e relevantes, mas porque as normas de igualdade vigentes e as exigências de divisão igualitária do trabalho doméstico esbarram na configuração institucional mais ampla. Com as práticas e a estrutura atual, alguém sofrerá no desenvolvimento da carreira e no ambiente de trabalho, se há o trabalho de cuidado a ser feito na esfera doméstica: as mulheres têm estado nessa posição por gerações, então o status quo prevalece, mas é importante ressaltar que é a tarefa de cuidar dos outros, e não o sexo de quem assume essa tarefa, que opera como desvantagem. Por outro lado, o cálculo contábil das atividades como base para a análise das tarefas desempenhadas pelos indivíduos dentro e fora de casa deixa escapar a vivência dessas tarefas e dessas relações, o prazer ou o desprazer que o trabalho proporciona, e é insuficiente para problematizar o domínio da racionalidade econômica sobre a vida. Para que a análise de fato preserve a autodeterminação e a igualdade como valores, seria preciso reinventar uma “esfera de valores não quantificáveis, aqueles do ‘tempo de viver’, da soberania existencial”.

A reinvenção dessa esfera não depende do apelo aos ideais maternais ou à visão idílica da família, pelo contrário. Desse modo, reforçaria os estereótipos que naturalizam as desigualdades de gênero

e respaldaria a saída individual para a esfera privada, em vez da recriação das relações de sociabilidade e das conexões entre o trabalho e a vida". (BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luís Felipe. Feminismo e política. Boitempo Editorial, ano 2013).

A situação deve ser julgada com lentes que retirem os véus das desigualdades e afirmem a posição feminina onde essa se mostra vulnerabilizada, subjugada e desfavorável. Essa é a orientação do Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero, instituído pelo Conselho Nacional de Justiça, por meio da Recomendação nº. 128/2022. Essa é a determinação da Constituição da República que exige uma compreensão sofisticada da igualdade material por ela promovida, que visa promover pessoas *igualmente* livres.

A manutenção da forma de cálculo não permite, senão inviabiliza a reorganização familiar e financeira após o falecimento, ampliando a vulnerabilidade social. Há na prática, portanto, discrimen inconstitucional e injusto aplicado pela reforma constitucional.

A desassistência material do núcleo familiar, que acirra a desigualdades, é decorrência lógica da reforma vai de encontro ao projeto constitucional idealizado em 1988, vulnerando o projeto de vida dos dependentes dos segurados que falecem em atividade e violando o dever estatal de proteção da família, promoção da igualdade e garantia da dignidade.

Necessário, consignar, por fim, que, ainda que a causa de pedir seja aberta nas ações de controle concentrado abstrato, é necessária adstrição ao pedido formulado. No caso, a ação direta de inconstitucionalidade não questiona o estabelecimento de quotas na definição do valor da pensão por morte, mas sua aplicação sobre salário de benefício que já acarreta redução substancial da renda auferida pelo instituidor ou instituidora do benefício, nos seguintes termos:

“EM SÍNTESE, mesmo que o sistema de cotas (50% + 10%) seja razoável por conta do óbito do segurado, que não mais integrará aquele núcleo familiar, a incidência da regra de cálculo da aposentadoria simulada por incapacidade (60% + 2% / ano que superar 20 anos de contribuição) sobre aquele redutor (50% + 10%) é abusiva, desarrazoada e destituída de proporcionalidade em relação ao esforço contributivo dos segurados, posto que os seus dependentes não terão – nem de perto – a retribuição em semelhante patamar.”

Voto, portanto, para reconhecer a inconstitucionalidade nos termos requeridos, sem deixar de vislumbrar a possível existência de inconstitucionalidade também do art. 26, §2º da EC 103/109.

Ante o exposto, acompanho o e. Relator quanto às questões preliminares, e, no mérito, divirjo para julgar parcialmente procedente o pedido e declarar a inconstitucionalidade da expressão “ou daquela a que teria direito se fosse aposentado por incapacidade permanente na data do óbito” do art. 23, caput, da EC nº. 103/2019, de modo a assegurar que o cálculo da pensão por morte daqueles que não estão aposentados utilize, para fixação do salário de benefício, o regramento anterior ao advento da EC nº. 103/2019.

É como voto.