

# O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL E A REFORMA DA PREVIDÊNCIA: ANÁLISE DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DOS BENEFÍCIOS DAS APOSENTADORIAS VOLUNTÁRIAS E SUSTENTABILIDADE FINANCEIRA

*Mayara Mihoko Kodima Cury\**

*Camilo Stangherlim Ferraresi\*\**

## RESUMO

A previdência social é um direito social – categoria dos direitos humanos e, portanto, submetido ao crivo do princípio da vedação ao retrocesso social – previsto na CF/88 e sofreu recentemente uma alteração legislativa com a edição da EC 103/2019, sob o argumento governamental de déficit no sistema que o tornaria insustentável em pouco tempo. Este trabalho tem por principal objetivo examinar a relação entre a nova redação legislativa e a insustentabilidade arguida, para determinar se a EC 103/2019 incorre no chamado *effet cliquet*, através do método de revisão bibliográfica de doutrina, artigos e periódicos. À luz do princípio da vedação ao retrocesso social, constatou o objetivo exclusivo do governo na redução de despesas, sem um estudo de mercado ou uma preocupação com a justiça social, importando verdadeira inconstitucionalidade na extinção de benefícios e efetiva diminuição no salário de benefício, mascarada por informações distorcidas que sustentam o argumento de crise no sistema.

*Palavras-chave:* Emenda Constitucional 103/2019. Princípio da vedação ao retrocesso social. Aposentadoria programada.

\* Graduada em Direito pela Faculdades Integradas de Bauru – FIB

\*\*Doutor em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos (São Leopoldo - RS), Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino (Bauru - SP). Advogado, Professor e Coordenador do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Bauru (FIB)

# 1 INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional 103/2019, promulgada em 12 de novembro de 2019, promoveu uma série de alterações no sistema previdenciário brasileiro, principalmente ao extinguir as conhecidas aposentadorias por idade e aposentadoria por tempo de contribuição, substituindo-as pela nova aposentadoria programada, benefício que soma os requisitos das duas modalidades anteriores.

Enquanto parcela da população exigia uma posição legislativa favorável à reforma, de outro lado não faltaram críticos. Estes, porém, foram vencidos, sob o argumento de um déficit no sistema previdenciário capaz de torná-lo insustentável.

Partindo da premissa de que a previdência social é um direito humano, e que nesta qualidade toda a população brasileira é diretamente afetada através de seus regramentos, resta investigar as inovações trazidas pela EC 103/2019, em especial quanto as implicações no benefício da aposentadoria, amparada no déficit previdenciário, à luz do princípio da vedação ao retrocesso social.

Portanto, o objetivo central é examinar a relação entre a EC 103/2019 e a sustentabilidade do sistema previdenciário, a fim de avaliar a constitucionalidade da emenda ou se as transformações incorrem em *effet cliquet*.

Para tanto, partiu-se da análise de pesquisa doutrinária e bibliográfica, como artigos e periódicos, além da própria redação legislativa, e secundariamente, de pesquisa jurisprudencial. As fontes consultadas são de caráter bibliográfico, exclusivamente.

Considerando que a (pré) compreensão do processo histórico é importante na construção de sentido a partir da hermenêutica jurídica, primeiramente se busca situar o reconhecimento da previdência social como direito social, para finalmente se demonstrar a aplicação do princípio da vedação ao retrocesso social à aposentadoria programada criada pela reforma previdenciária.

## 2 PREVIDÊNCIA SOCIAL COMO DIREITO SOCIAL

Em contraposto à ditadura militar que perdurou até o ano de 1985, é promulgada a Constituição Federal em 1988 consagrando o Estado Social e Democrático de Direito com a prevalência dos direitos fundamentais. Daí o nome de Constituição Cidadã, pois, influenciada pela Constituição Mexicana

de 1917 e pela Constituição de Weimar de 1919, estabelece a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República, bem como a consagração dos direitos e garantias fundamentais, os quais devem contribuir à promoção do bem-estar e da justiça social, tradução dos objetivos elencados pela Carta Maior (AGOSTINHO et al., 2020).

Neste passo, o legislador constituinte, além das liberdades individuais, instituiu os chamados direitos sociais. Estes se referem a prestações positivas do Estado, a fim de que os direitos fundamentais decorrentes da igualdade formal possam ser efetivados.

Os direitos econômicos, sociais e culturais são associados ao direito à igualdade em sua dimensão material com base no princípio da isonomia, segundo o qual se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. Ou seja: o conteúdo enunciado no princípio esclarece que a garantia de igualdade perante a lei é insuficiente para assegurar que, na prática, todos os indivíduos tenham igual acesso a bens e direitos, sendo necessário, desta forma, que o Estado tome medidas para reduzir as desigualdades, sendo insuficiente a mera previsão da igualdade formal. (ZAPATER, 2018, p. 1119)

Dessa forma, o Capítulo II da CF/88 trata dos direitos sociais, dentre os quais, há expressa previsão do direito à previdência social, conforme redação do artigo 6º da Carta Magna. Assim, necessário se faz admitir a natureza jurídica de direito fundamental à previdência social, inclusive em consonância com sua ascensão no rol dos direitos humanos garantido pelas declarações e pactos internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Tal panorama constitucional guarda sintonia com o direito internacional dos direitos humanos, mais precisamente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), assim como, no âmbito do Sistema Regional Interamericano, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (1948) e o Protocolo de “San Salvador” Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988), sem prejuízo de outros documentos de matriz internacional, inclusive, naquilo em que aplicáveis as Convenções da OIT. (SARLET et al., 2017, p. 701)

Partindo deste pressuposto, resta considerar que na qualidade de direitos humanos, e também como direito fundamental garantido pela CF/88, são atribuídos à previdência social algumas características inerentes a esta natureza.

Como aponta ZAPATER (2018), desde 1945 com a criação da ONU, os direitos humanos são entendidos como universais, indivisíveis e interdependentes, e consequentemente, sob essa ótica também deve ser considerada a previdência social.

Ainda mais, e de maior relevância a este estudo, por consequência desta classificação, à previdência social é atribuída a proibição de retrocesso. Significa dizer que os direitos conquistados não podem sofrer supressão, em prestígio as conquistas das lutas sociais. Trata-se de uma base sólida na preservação dos direitos e coroa a dignidade da pessoa humana.

A proibição de retrocesso, consistente na inadmissibilidade de restrição ou suspensão de quaisquer direitos humanos fundamentais já reconhecidos no ordenamento jurídico de um país, é prevista expressamente no artigo 5º do Pacto dos Direitos Civis e Políticos (1966) e no artigo 5º, § 2º, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), ambos ratificados pelo Estado brasileiro. (ZAPATER, 2018, p. 1136)

Assim, através da aplicação deste princípio, impede-se que haja retrocesso, supressão ou restrição da previdência social, o chamado *effet cliquet*, garantindo a toda pessoa o direito à previdência social, o qual foi construído a partir de tantas árduas batalhas sociais.

Como direito fundamental, o legislador constituinte impôs à previdência a “[...] qualidade de verdadeiras cláusulas pétreas, impondo proibição clara à qualquer emenda que tente abolir tais garantias, por seu caráter fundante, valorativo e enraizado na estrutura de um sistema constitucional e social por excelência.” (AGOSTINHO et al., 2020, p. 39)

A EC 103/2019, conhecida como Reforma da Previdência, alterou de forma significativa a organização da previdência social, inclusive nos seus requisitos para percepção de benefícios, dentre os quais encontra-se a aposentadoria voluntária. A aposentadoria voluntária é o benefício previsto ao amparo do risco social idade avançada e não é a primeira vez que sofre transformações. A mudança em seus requisitos para jubilação afeta de forma significativa a grande maioria dos trabalhadores brasileiros, e tal alteração, rememorando sua natureza jurídica de direito humano fundamental, deve ser analisada com cautela.

### 3 O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL APLICADO À APOSENTADORIA PROGRAMADA – REFORMA DA PREVIDÊNCIA

Inicialmente se faz necessário a reflexão de que as inovações trazidas pela nova previdência possuem aplicação prática e, portanto, subjetiva, ou seja, “sob o ponto de vista individual, a norma nova pode criar um cenário de vantagem ou desvantagem ao titular de um direito ainda não exercitado” (SILVA, 2020).

Dito isto, para a aplicação do princípio em estudo será apresentado situações hipotéticas e gerais como forma de exemplificação no plano da realidade a fim de se constatar se houve ou não retrocesso social em face ao benefício da aposentadoria.

Em primeiro lugar, ressalta-se desde logo a extinção da aposentadoria por tempo de contribuição, “um direito adquirido e conquistado pelo trabalhador, após árduas lutas e contestações feitas ao longo da história do país” (RIBEIRO, 2019, p. 49), constituindo nítido retrocesso social.

A criação da nova aposentadoria – aposentadoria programada – diminui significativamente o salário de benefício ao alterar o cálculo para a média simples de 100% dos salários de contribuição, quando anteriormente o salário de benefício era calculado sobre os 80% maiores salários de contribuição.

Nesse sentido, ao se utilizar da nova regra que prevê um adicional de 2% a cada ano que superar o mínimo do tempo de contribuição, ou seja, 20 anos, para se obter 100% da média, o trabalhador comum deverá contribuir (lê-se trabalhar) por um total de 40 anos, o dobro do requerido.

A situação se agrava se considerarmos um jovem que começa sua vida laboral aos 18 anos: pela regra da aposentadoria programada que exige idade mínima de 65 anos, este jovem deverá trabalhar por 47 anos para conseguir aposentar-se. Destaca-se neste cenário que a grande maioria da população brasileira começa a vida laboral antes dos 18 anos, sendo que a legislação, através de programas como o Jovem Aprendiz, autoriza a contratação de adolescentes a partir dos 14 anos, e este tempo é computado para a aposentadoria. Assim, um adolescente que comece a contribuir aos 14 anos irá trabalhar por 51 anos até se aposentar.

Compara-se essa suposição com a realidade de poucos privilegiados que ingressam no mercado de trabalho após a conclusão do ensino superior, geralmente por volta dos 23 anos: são quase 10 anos de trabalho de diferença.

Neste aspecto vemos que a reforma previdenciária “ignora diversas características do mercado de trabalho brasileiro, em especial as desigualdades de gênero, raça e classe que marcam as diferentes condições das trabalhadoras e trabalhadores” (ABREU, 2020).

Na visão de RIBEIRO (2019), forçar um longo tempo de contribuição não é somente vestígios do retrocesso social, mas afronta diretamente a dignidade da pessoa humana.

O texto da emenda, entretanto, não só ignora essas questões como aprofunda várias das disfuncionalidades do sistema. Extingue determinados benefícios, restringe a concessão de outros, reduz valores pagos aos beneficiários, aumenta ou cria novas contribuições a serem suportadas pelos trabalhadores. Altera sobremaneira a previdência rural, retirando-lhe a característica de vinculação ao trabalho, independente da formalidade de sua contratação. Exatamente aquilo que possibilitou a erradicação da pobreza entre idosos nas zonas rurais. (ABREU, 2020, p. 56)

Em contraponto, temos que o retrocesso é permitido diante de situação de crise econômica do Estado e desde que acompanhada com a aplicação de políticas compensatórias. A situação de crise foi justamente o argumento utilizado pelo governo para a implementação da reforma. Isto seria justificável caso realmente a previdência social fosse deficitária, o que não ocorre.

Primeiramente, porque a CF/88 pré-estabeleceu princípios como a diversidade da base de financiamento e a regra da contrapartida, a fim de que, desde logo, a política pública fosse sustentável mesmo diante das variáveis atuariais (BOTELHO *et al.*, 2020).

Além disso, segundo GENTIL (2007), ao se considerar todos os recursos destinados ao financiamento da previdência social, esta se mostra superavitária, de forma que em 1995 o excedente seria de R\$ 4,3 bilhões aumentando para R\$ 58,1 bilhões em 2005. O que acontece é que, adicionando-se ao cálculo equivocado, o OSS que deveria ser apresentado separadamente por disposição constitucional é incorporado pelo governo ao orçamento fiscal, resultando em uma unificação de receitas e despesas que posteriormente se converterá em dois orçamentos. E para piorar, os dados levantados por GENTIL (2007) mostram ainda que parte dos recursos que pertencem a seguridade social são desviados sem destinação específica, número que em 2005 totalizou R\$ 14,5 bilhões.

Já BOTELHO *et al.* (2020) explica, ainda, que há grande desfasamento nos cofres do OSS devido a Desvinculação de Renda da União (DRU) que

retira 30% do que seria destinado ao financiamento da seguridade social, bem como as desonerações tributárias sobre as contribuições sociais e demais atuações fiscais. Em análise do OSS no período de 2006 a 2014 observaram que, mesmo com a DRU, a seguridade social obteve um superávit médio de R\$ 5,24 bilhões e, caso não houvesse o desvio de 30% da DRU, a média anual de 2006 a 2016 seria um superávit de R\$ 61,91 bilhões; já se deixar de considerar as desonerações tributárias e as despesas estranhas, os valores se elevariam para R\$ 191,14 bilhões no período em análise.

Inclusive SILVA et al. (2019) afirma que a Associação Nacional dos Auditores Fiscais do Brasil (ANFIP) se manifestou contrariamente a alegação de déficit no orçamento previdenciário:

não existe déficit, pelo contrário, os superávits nos últimos anos foram sucessivos: saldo positivo de R\$ 59,9 bilhões em 2006; R\$ 72,6 bilhões, em 2007; R\$ 64,3 bi, em 2008; R\$ 32,7 bi, em 2009; R\$ 53,8 bi, em 2010; R\$ 75,7 bi, em 2011; R\$ 82,7 bi, em 2012; R\$ 76,2 bi, em 2013; R\$ 53,9 bi, em 2014. No ano passado, segundo a ANFIP, o investimento nos programas da Seguridade Social, que incluem as aposentadorias urbanas e rurais, benefícios sociais e despesas do Ministério da Saúde, entre outros, foi de R\$ 631,1 bilhões, enquanto as receitas da Seguridade foram de R\$ 707,1 bilhões. Ou seja, mais uma vez o resultado foi positivo e sobrou dinheiro (R\$ 24 bilhões). (ANFIP, 2018, apud SILVA et al., p. 70, 2019)

Em contrapartida, os riscos sociais que a previdência social ampara não foram extintos. Dessa forma temos que:

[...] enquanto estatística e atuarialmente houver o risco social, na mesma dimensão ou pior do que no momento da criação de determinado direito social, não se pode simplesmente restringir os direitos que lhe asseguram proteção, sem nenhuma medida compensatória, tão somente para se reduzir a despesa, sob pena de violação do Princípio da Vedação do Retrocesso (IBDP, 2019). (SIBALDELLI et al. 2019, p. 67)

Inclusive, na possibilidade de se admitir o retrocesso em razão de crise, SILVA et al. (2019) levantam a questão do aspecto transitório que implica o período, algo que não condiz com a realidade brasileira que aparentemente vive em crise permanente:

Ainda, outro ponto que merece destaque, é que o período de crise não parece ser algo momentâneo na pós-modernidade, mas sim um estado de aparente crise eterna, uma vez que a própria terminologia 'crise' pressupõe

algo passageiro, mas que no mundo, e principalmente no país, tem uma conotação de permanência. Afinal, quando não estivemos em crise?

[...]

Nestes termos, em que pese a possibilidade de se concluir que o retrocesso social não é um princípio absoluto, tal fato não significa que sua mitigação possa ocorrer pela existência de uma dificuldade, seja econômica ou social, momento em que as bases sólidas do Estado devem se manter. Permitir que direitos sociais sejam descategorizados, por qualquer motivo, nada mais é do que ir de encontro aos diversos preceitos constitucionais, formando um Estado “que tudo pode”, diferente do Estado de Bem-Estar Social perseguido pelas mais desenvolvidas nações. (SILVA et al., 2019, 65 e 67)

Por este prisma, não se vê qualquer justificativa plausível que venha fundamentar a edição da EC n. 103/2019, cuja redação traz em seu bojo uma série de prejuízos aos trabalhadores brasileiros, principalmente aos que se encontram a margem da sociedade, que constituem a maioria da população. Assim, a reforma previdenciária não só viola o princípio da vedação ao retrocesso social, mas reflete um Estado “sem qualquer sensibilidade social, sem compromisso com a promoção de uma sociedade mais justa e sem intenção de promover mudanças na distribuição de renda” (ABREU, 2020, p. 51).

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste estudo, conclui-se que a partir de uma perspectiva histórica, a previdência social é um dos frutos das lutas sociais à construção de uma vida digna, tendo conquistado sua posição em importantes documentos relativos aos direitos humanos.

Em todo caminho percorrido, desde a gênese de sua concepção na Constituição Federal de 1988, a previdência social passou por alterações legislativas ordinariamente chamadas de “Reforma da Previdência”, podendo citar como exemplo as Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003. A última reforma da previdência se deu com a edição da EC 103/2019, publicada em 12 de novembro de 2019. A nova lei extinguiu as difundidas aposentadorias por tempo de contribuição e por idade, somou ambos os requisitos para criar a modalidade que passou a ser chamada de aposentadoria programada, além que instituir regras de transição em homenagem à expectativa de direito, tudo isso motivado por alegações de déficit no sistema que o tornaria insustentável em pouco tempo.



Contrariamente a este fundamento, estudiosos demonstram que o sistema securitário em si foi concebido com base em princípios e pensado desde sua concepção para que fosse por si só sustentável, como o princípio da diversidade na base de financiamento. Além disso, lecionam sobre a obscuridade das contas apresentadas que não consideram receitas significativas da previdência, como os valores provenientes do COFINS, CPMF e CSLL; sobre a DRU que desvia 30% do que seria destinado ao OSS; bem como sobre a distorção nos dados que incluem despesas alienígenas à previdência social.

Por fim, ao compreender a previdência social como direito social, entende-se que ela está sujeita ao princípio da vedação ao retrocesso social, ou seja, não se admite qualquer supressão ou extinção de direitos referentes à sua matéria, cuja relativização somente é consentida quando há uma colisão deste princípio com o princípio da reserva do possível, sendo que, ainda assim, cabe ao Estado a adoção de políticas públicas compensatórias, preservando-se o mínimo existencial.

Nestes termos, revisitando as hipóteses levantadas, a EC 103/2019 constitui uma violação ao princípio da vedação ao retrocesso social, ao passo que, além de extinguir direitos antes conquistados, em nada contribui com a promoção de justiça social, pois, enquanto exigirá do trabalhador comum, que começa sua vida laboral aos 14 anos permitidos por lei, que trabalhe por 51 anos, aos poucos privilegiados que ingressam no mercado após a conclusão do nível superior será exigido aproximadamente 42 anos de trabalho, quase 10 anos de diferença.

No mais, ao alterar as regras de cálculo dos benefícios, os quais da média de 80% dos maiores salários de contribuição passou a ser a 60% da média simples de todos os salários de contribuição, parece-nos que o objetivo governamental é redirecionar os trabalhadores ao contrato de uma previdência privada, como forma de suplementação de renda, desmoralizando a previdência pública. Para ABREU (2020) trata-se de algo semelhante ao que aconteceu com a educação e saúde pública, onde “repete-se, usualmente, que a escola pública é ruim ou que o Sistema Único de Saúde não presta bom atendimento” (ABREU, 2020, p. 51). Caso a intenção governamental seja exatamente neste sentido, questiona-se não só o retrocesso na formulação da lei, mas também o total descaso com a massa trabalhadora que mal conseguem contribuir o obrigatório com o sistema, quanto mais a contratação de uma previdência complementar.

Ademais, como enfatizado anteriormente, ao instituir-se um Estado de Bem-Estar Social, as políticas públicas exigem uma postura ativa do Estado, inclusive com relação as finanças. Conseqüentemente, “se o efeito ou o objetivo

da redução dos gastos previdenciários for a redução ou a supressão de direitos, isso esbarra na vedação de retrocesso, tornando inconstitucional qualquer iniciativa nesse sentido” (ABREU, 2020, p. 54).

Constata-se, por fim, a latente necessidade do cidadão brasileiro em elaborar o quanto antes um planejamento previdenciário, isto é, se não desejar se deparar com surpresas não tão agradáveis no futuro, seja em não conseguir sua jubilação pelos contratos de trabalho informais aos quais a metade da classe trabalhadora está submetida, ou ao ter que se adaptar a um benefício muito inferior ao padrão de vida conquistado, na fase da vida em que há maiores necessidades de cuidados.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, D. B. de. A Reforma da Previdência e seu inadmissível retrocesso social. In: SANCHEZ, A. et al. Coordenado por Hermes Arrais Alencar. Reforma da Previdência: EC 103/2019. Indaiatuba: Editora Foco, 2020. p. 49-62.

AGOSTINHO, T. V. et al. O movimento de privatização de direitos sociais e fundamentais pelo futuro regime de capitalização em substituição à apólice constitucional protetiva. In: SANCHEZ, A. et al. Coordenado por Hermes Arrais Alencar. Reforma da Previdência: EC 103/2019. Indaiatuba: Editora Foco, 2020. p. 33-48.

BOTELHO, L. H. F. et al. Análise financeira da seguridade e previdência social no Brasil em tempos de reformas fiscais. Revista Catarinense de Ciência Contábil. Florianópolis, v. 19, p. 1-18, e2922, 19 fev. 2020. Disponível em: <http://revista.crcsc.org.br/index.php/CRCSC/article/view/2922/2144>. Acesso em: 21 jul. 2020.

GENTIL, D. L. A Falsa Crise do Sistema de Seguridade Social no Brasil: uma análise financeira do período 1990-2005. Congresso Trabalhista Brasileiro. Brasília, p. 1-30, 7 e 11 fev. 2007. Disponível em: [http://movimentocar.com/paginas/reforma\\_previdencia/2007/a\\_falsa\\_crise\\_271007..pdf](http://movimentocar.com/paginas/reforma_previdencia/2007/a_falsa_crise_271007..pdf). Acesso em: 21 jul. 2020.

RIBEIRO, V. O. O princípio da proibição do retrocesso e o efeito cliquet: uma análise da proposta de reforma da previdência social. 2019. Monografia (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, Presidente Prudente, 2019, 56f.

SARLET, I. W. et al. Curso de Direito Constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SIBALDELLI, G. S. et al. A (in) constitucionalidade da reforma da previdência brasileira. Revista Jurídica da IniFil, Ano XVI, n. 16, p. 59-72, 2019.

SILVA, D. R. et al. A previdência social e o princípio do não retrocesso social: a desnecessidade da reforma previdenciária. Revista Jurídica Direito & Paz, Lorena, Ano XI, n. 40, p. 59-74, 1º semestre, 2019.

SILVA, M. R. da. O direito adquirido, a expectativa de direito e as regras de transição na Emenda Constitucional 103/2019 – outra Reforma da Previdência. In: SANCHEZ, A. et al. Coordenado por Hermes Arrais Alencar. Reforma da Previdência: EC 103/2019. Indaiatuba: Editora Foco, 2020. p. 87-134.

ZAPATER, M. Direitos Humanos. In: OAB primeira fase: volume único / Pedro Lenza... [et al.]. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. (Coleção Esquemático / coordenador Pedro Lenza). p. 1115-1148.