



Luciano Palhano Guedes

LIMITES CONSTITUCIONAIS ÀS REFORMAS PREVIDENCIÁRIAS

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre) na Menção em Direito Constitucional.

Orientador: Doutor João Carlos Loureiro

Julho/2018



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



**UNIVERSIDADE DE
COIMBRA**

**FACULDADE
DE
DIREITO**

LUCIANO PALHANO GUEDES

LIMITES CONSTITUCIONAIS ÀS REFORMAS PREVIDENCIÁRIAS

CONSTITUTIONAL LIMITS ON PENSION REFORMS

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre) na Menção em Direito Constitucional.

Orientador: Doutor João Carlos Loureiro

COIMBRA

2018

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, aquele que concede o dom da vida, que me deu a oportunidade de realizar o sonho de frequentar as salas de aula da Universidade de Coimbra.

A minha esposa, Rachel, amor da minha vida. Por ter aceitado a aventura de deixar tudo para trás para viver do outro lado do Atlântico por um ano. Por sua paciência e apoio, os quais foram fundamentais para que eu pudesse concluir este trabalho.

A minha mãe, Santília, e meu irmão, Diego. As dificuldades que enfrentamos e vencemos juntos colaboraram para que eu pudesse chegar aqui. Amo vocês!

A minha sogra, Ivana, pelas palavras de incentivo e por sempre estar pronta a ajudar no que for preciso.

A todos os colegas de mestrado com quem tive o prazer de compartilhar as aulas, especialmente Eduardo e Natália. Obrigado pelo companheirismo e disponibilidade em ajudar!

Aos amigos que estiveram comigo ao longo deste processo, especialmente Márcio, Rogério, Rafael e Letícia. Os conselhos foram valiosos.

Aos irmãos da Igreja Metodista Central em Santo André, pelas orações e pelo incentivo. Prometo estar mais presente de agora em diante.

Aos colegas da Procuradoria Federal em Santo André/SP, que precisaram suportar minha carga de trabalho por um ano. Sei que não foi fácil!

Ao Professor Doutor João Loureiro. Estes agradecimentos não são meramente protocolares. O senhor se tornou uma referência para mim de saber jurídico e de dedicação à docência. Obrigado pela paciência e disponibilidade.

RESUMO

O trabalho pretende analisar alguns limites constitucionais às reformas previdenciárias. Na introdução busca-se traçar um panorama de fundo, apontando algumas razões para a crise da previdência e quais os desafios que se apresentam na concretização dos direitos relacionados à segurança social. No capítulo um, busca-se analisar o estatuto jurídico dos direitos sociais, inserindo a segurança social neste quadro normativo, demonstrando sua fundamentalidade formal e material. No segundo capítulo, analisa-se o desenho constitucional da segurança social no direito brasileiro e português, indicando seus princípios e objetivos. Faz-se uma breve análise do princípio da sustentabilidade, enquanto valor que orienta as reformas previdenciárias, especialmente sob os aspectos financeiro e social. Segue-se a distinção entre os modelos de organização dos sistemas de segurança social, a classificação das reformas e a indicação de algumas tendências. Avançando, são estudados alguns possíveis limites constitucionais às reformas, a saber o princípio da solidariedade, o princípio da igualdade, a o princípio da proteção da confiança e os direitos adquiridos, a existência ou não de um princípio vedação do retrocesso e o conteúdo mínimo do direito à segurança social. Por fim, no terceiro capítulo tecem-se comentários a respeito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro, do Tribunal Constitucional português e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

PALAVRAS-CHAVE: direitos sociais, segurança social, reforma da previdência, limites constitucionais

ABSTRACT

The dissertation intends to analyze some constitutional limits to pension reforms. In the introduction, it seeks to outline a background, pointing out some reasons for the social security crisis and the challenges the realization of rights related to social security face. In chapter one, the legal status of social rights is analyzed, inserting social security in this normative framework, demonstrating its formal and material fundamentality. In the second chapter, the constitutional design of social security in Brazilian and Portuguese law is discussed, indicating its principles and objectives. A brief analysis is made of the principle of sustainability as a value that guides pensions reforms, especially in the financial and social aspects. Following, the distinction between the organizational models of social security systems, the classification of reforms and the indication of some trends. Moving forward, some possible constitutional limits to reforms, namely the principle of solidarity, the principle of equality, the principle of the protection of trust and acquired rights, the existence or not of a principle of non-regression and the minimum content of the right to social security. Finally, in the third chapter, comments on the jurisprudence of the Brazilian Federal Supreme Court, the Portuguese Constitutional Court and the European Court of Human Rights.

KEYWORDS: social rights, social security, pension reform, constitutional limits

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CES – Contribuição Extraordinária de solidariedade
CGA – Caixa Geral de Aposentações
CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CRP – Constituição da República Portuguesa de 1976
DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem
FGTS – Fundo de Garantia por Tempo de Serviço
NDC – Notional Defined Contribution
OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
OIT – Organização Internacional do Trabalho
PEC – Proposta de Emenda Constitucional
PIB – Produto Interno Bruto
RGPS – Regime Geral de Previdência Social
STF – Supremo Tribunal Federal
TC – Tribunal Constitucional português
TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
P-1 – Protocolo Adicional ou nº 1 à CEDH

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	1
RESUMO.....	2
LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS	4
INTRODUÇÃO.....	8
1. A SEGURANÇA SOCIAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL	19
1.1. Direitos fundamentais.....	19
1.1.1. Conceito de Direitos Fundamentais	19
1.1.2. Classificação funcional dos direitos fundamentais	21
1.1.3. A fundamentalidade dos direitos sociais.....	22
1.1.4. A conformação jurídica dos direitos fundamentais sociais.....	24
1.1.5. O regime jurídico dos direitos sociais nas constituições brasileira e portuguesa.....	27
1.1.6. A problemática da reserva do possível	28
1.1.7. A vedação do retrocesso	31
1.2. A segurança social como direito fundamental.....	34
1.2.1. A evolução do direito à segurança social.....	34
1.2.2. O reconhecimento da segurança social como direito humano.....	40
1.2.3. A fundamentalidade formal e material do direito à segurança social nos direitos brasileiro e português	43
2. OS LIMITES CONSTITUCIONAIS ÀS REFORMAS PREVIDENCIÁRIAS.....	46
2.1. A segurança social	46
2.1.1. Na Constituição brasileira.....	46
2.1.1.1. O sistema de seguridade social	46
2.1.1.2. Os objetivos da seguridade social brasileira	48

2.1.1.3.	O regime constitucional da previdência social brasileira.....	51
2.1.2.	Na Constituição portuguesa	52
2.2.	A sustentabilidade como vetor das reformas previdenciárias	55
2.2.1.	O princípio constitucional da sustentabilidade	55
2.2.2.	A sustentabilidade da segurança social.....	56
2.2.3.	A sustentabilidade e a questão intergeracional	59
2.2.4.	A sustentabilidade da segurança social no direito brasileiro e português.....	60
2.3.	Tendências de reforma dos sistemas previdenciários.....	61
2.3.1.	Modelos de organização da segurança social	62
2.3.2.	Classificação das reformas dos sistemas de segurança social	63
2.3.3.	Algumas tendências em termos de reformas paradigmáticas	64
2.3.4.	Algumas tendências em termos de reformas paramétricas	65
2.3.5.	O atual projeto brasileiro de reforma da previdência.....	67
2.4.	Alguns limites constitucionais às reformas previdenciárias.....	70
2.4.1.	Princípio da solidariedade.....	70
2.4.2.	Princípio da Igualdade	75
2.4.3.	A questão do direito adquirido e a proteção da confiança	76
2.4.4.	A vedação do retrocesso e a segurança social.....	78
2.4.5.	Conteúdo mínimo do direito à segurança social	79
3.	AS JURISPRUDÊNCIAS BRASILEIRA, PORTUGUESA E EUROPEIA SOBRE AS REFORMAS PREVIDENCIÁRIAS	82
3.1.	O STF e as reformas previdenciárias do final dos anos 90 e início dos anos 2000.....	82
3.1.1.	A (in)constitucionalidade da inclusão do requisito baixa renda para concessão de auxílio-reclusão e salário-família.....	82
3.1.2.	A (in)constitucionalidade do fator previdenciário	83

3.1.3. A (in)constitucionalidade da contribuição social dos inativos dos regimes próprios de previdência social.....	86
3.1.4. Síntese	90
3.2. O Tribunal Constitucional e as medidas de redução da proteção social adotadas em contexto de crise econômico-financeira.....	90
3.2.1. Acórdão nº 187/2013 – A possibilidade de redução do valor do montante das pensões.....	91
3.2.2. Acórdão nº 862/13 – a solidariedade e unidade do sistema de segurança social como limites à adoção de políticas restritivas	94
3.3. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e as medidas de restrição de direitos em matéria de segurança social.....	99
3.3.1. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a Carta Social Europeia.....	99
3.3.2. O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e o direito à segurança social.....	99
CONCLUSÃO	111
BIBLIOGRAFIA	113
JURISPRUDÊNCIA.....	119

INTRODUÇÃO

O direito à segurança social possui cada vez maior relevância no mundo contemporâneo, seja em razão de seu papel na proteção dos riscos sociais, seja pela pressão que exerce sobre os orçamentos públicos. Daí decorre a necessidade de refletir sobre este direito. De que se fala quando se fala em segurança social? Como proteger juridicamente a segurança social do fundamentalismo de mercado e garantir a proteção do indivíduo contra os riscos sociais, não só os tradicionais, mas também os novos riscos, decorrentes da globalização, da financeirização e da precarização e informatização do trabalho? Quais os limites jurídicos devem ser observados quando das reformas dos regimes de segurança social?

É impossível negar que a segurança social vem sofrendo severas críticas desde o final do século XX. Após quase um século de desenvolvimento e expansão, os gastos com a proteção social passaram a ser objeto de pesada censura a partir das décadas de 1970 e 1980¹. Após a crise do petróleo acontece uma “inversão de chave”, passando-se rapidamente de uma acentuada expansão a um período de retração das políticas de proteção social².

Este período coincide com a retomada de prestígio das escolas econômicas liberais. O Estado voltar a ser visto como empecilho ao crescimento das forças produtivas. Sua intervenção na economia é apontada como negativa, causadora de inflação e, no longo prazo, recessiva. No campo da segurança social, o consenso neoliberal passa a advogar reduções das prestações, aumento dos requisitos para acesso aos benefícios, ampliação das medidas de reativação (que incentivam o retorno ao mercado de trabalho) e maior participação dos trabalhadores no custeio do sistema, quando não a simples privatização dos regimes de previdência social³.

Mais recentemente, à grande crise de 2008, cujos efeitos são sentidos até hoje, respondeu-se com duras medidas de austeridade. Apontou-se como razão da crise uma

¹ CONCEIÇÃO, Apelles J. B. *Segurança Social*. 10ª Ed. Coimbra: Almedina, 2017. Pág. 63/64.

² NULLMEIER, Frank; KAUFMANN, Franz-Xaver. “Post-War Welfare State Development.” In CLARK, Gordon L.; MUNNELL, Alicia H.; ORSZAG, J. Michael. *The Oxford Handbook of the Welfare State*. Oxford : Oxford University Press, 2010. Pág. 81.

³ PENNING, Frans. “An Overview of Interpretation Issues of International Social Security Standards.” In PENNING, Frans. *International Social Security Standards*. Antwerpen - Oxford: Intersentia, 2007. Pág. 1.

suposta irresponsabilidade financeira dos governos, os quais teriam gastado mais do que deveriam⁴. Em países como Grécia, Espanha e Portugal, especialmente no primeiro, foram adotados radicais cortes nas despesas sociais que atingiram não apenas as expectativas futuras, mas também direitos adquiridos, com redução de pensões em valores bastante significativos. Como resultado vivenciou-se um aumento da desigualdade econômica e do número de pessoas em situação de pobreza⁵.

A crise da previdência é apenas uma das faces da crise do próprio Estado⁶. João Caupers avalia que o Estado social enfrenta o desafio de sua própria sobrevivência, ante a crise das suas próprias condições de existência, a saber: uma relativa clareza das posições ocupadas pelos distintos atores sociais; uma certa coesão social, decorrente de um quadro mínimo de valores compartilhados; e uma proteção adequada contra riscos e infortúnios sociais⁷.

Verifica-se a ocorrência de um consistente crescimento da pressão por melhores benefícios e prestações. João Carlos Loureiro fala em um “*quadro de multiplicação metástica de reivindicações*”⁸. Os motivos são diversos, desde o envelhecimento da população até o surgimento de novos riscos sociais, como a maior precarização do trabalho, que questiona o modelo tradicional de previdência assentado no emprego formal. De outro lado, a cada vez menor capacidade de autofinanciamento dos Estados nacionais, decorrente do aumento do endividamento público e da incapacidade fática de os Estados controlarem os agentes econômicos em um mundo cada vez mais globalizado.

É este quadro crítico que tem justificado reformas nos sistemas previdenciários ao redor do mundo, quase sempre no sentido da redução da proteção social. Afirma-se a necessidade de preservação da sustentabilidade financeira dos regimes de previdência, de modo a garantir a competitividade no âmbito global (atraindo ou mantendo investimentos

⁴ Criticando a ideia de que a responsabilidade pela crise de 2008 é da irresponsabilidade fiscal dos governos: BLYTH, Mark. *Austeridade - A História de uma Ideia Perigosa*. Trad. Freitas e Silva. Lisboa: Quetzal, 2013.

⁵ Como se pode verificar de estudos elaborados, a exemplo de: BALL, Laurence, Davide FURCERI, Daniel LEIGH, e Prakash LOUNGANI. *The Distributional Effects of Fiscal Consolidation*. International Monetary Fund, 2013.

⁶ LEAL, Bruno Bianco; PORTELA, Felipe Mémolo. *Previdência em Crise. Diagnóstico e Análise Econômica do Direito Previdenciário*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. Pág. 27.

⁷ CAUPERS, João. “A Agonia do Estado Social”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. Ano VII – 2010. Pág. 45/46.

⁸ LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado Social?* Coimbra: Coimbra Editora, 2010. Pág. 17.

avessos a qualquer tipo de controle) e, ao cabo, a própria estabilidade econômica do Estado.

Dentro deste panorama, a efetivação do direito à segurança social enfrenta desafios de diversas ordens. Alguns dizem respeito aos próprios sistemas de segurança social, a exigir modificação que garantam a sua sustentabilidade e, principalmente, sua legitimidade aos olhos do cidadão médio. Outros, embora externos aos sistemas, sobre eles atuam, pois impactam a capacidade dos Estados de concretizar tais direitos.

Estes são alguns dos desafios com os quais o pensador da segurança social precisa lidar: a virada etária e a questão dos *free riders*, questões que dizem respeito à própria conformação dos regimes de segurança social, e, por isso, denominados ‘desafios intrínsecos’; a globalização, a financeirização da economia e a precarização do trabalho, os quais são fenômenos externos com imediata repercussão sobre as políticas de proteção social e, por isso, chamados ‘desafios extrínsecos’. Para os primeiros, é possível pensar em alterações nos regimes que corrijam ou, ao menos, atenuem as distorções e garantam a saúde dos sistemas de segurança social. No caso destes últimos, pouco se pode fazer, limitando-se os administradores públicos a lidar com as consequências perversas sobre a capacidade do Estado de concretizar os direitos previdenciários.

A globalização não é um fenômeno novo. Em verdade, desde que o mundo existe há um processo de globalização em curso. Ao longo da história houve diversos impulsos a acelerar este fenômeno. Como exemplo podem-se citar as grandes navegações e descobertas, nos séculos XV e XVI, que ampliaram as fronteiras do mundo conhecido e permitiram o contato entre pessoas de culturas e tradições tão diversas. Mas é a contar de 1860 que a globalização ganha força e, a partir da I Guerra Mundial, acelera para alcançar uma incrível velocidade nos dias de hoje⁹, a ponto de se poder afirmar que no tempo presente vive-se a Era da Globalização.

A acelerada pulverização das fronteiras nacionais é a marca própria do fenômeno globalizatório. Em decorrência dos avanços tecnológicos, as comunicações se tornaram praticamente instantâneas, de modo que é possível acessar mercados nos extremos do planeta, bastando um computador e acesso à internet. O transporte aéreo permite o deslocamento físico a praticamente qualquer lugar da Terra em menos de um dia. Este

⁹ SWANK, Duane. “Globalization”. In CLARK, Gordon L.; MUNNELL, Alicia H.; ORSZAG, J. Michael. *The Oxford Handbook of the Welfare State*. Oxford : Oxford University Press, 2010. Pág. 323/324.

processo culminou na formação de um verdadeiro mercado global, podendo os agentes econômicos buscar, em lugares outrora inacessíveis, mão de obra, matéria-prima e mesmo bens de produção ou consumo.

Segundo Standing, o que caracteriza este período, que começa em 1975 (junto com a crise da segurança social), é o fato de a economia se desentranhar da sociedade à medida que se procura estabelecer uma economia de mercado global assente no individualismo e na competição¹⁰. Para Bauman, a globalização consiste na “*extensão totalitária da lógica dos mercados financeiros globais a todos os aspectos da vida*”¹¹.

Segundo o sociólogo polonês, “*as localidades estão perdendo a capacidade de gerar e negociar sentidos e se tornam cada vez mais dependentes de ações que dão e interpretam sentidos, ações que elas não controlam*”¹². Os centros de decisões estão livres de restrições territoriais¹³. Essa nova mobilidade, adquirida pelos detentores do capital,

significa uma nova desconexão do poder face a obrigações, com efeito uma desconexão sem precedentes na sua radical incondicionalidade: obrigações com os empregados, mas também com jovens e fracos, com as gerações futuras e com autorreprodução das condições gerais de vida; em suma, liberdade face ao dever de contribuir para a vida cotidiana e a perpetuação da comunidade. (...) o poder agora desarraigado, capaz de se mudar de repente eu sem aviso, é livre para explorar e abandonar as consequências dessa exploração. Livrar-se da responsabilidade pelas consequências é o ganho mais cobiçado e ansiado que a nova mobilidade propicia ao capital sem amarras locais, que flutua livremente. Os custos de se arcar com as consequências não precisam agora ser contabilizados no cálculo da ‘eficácia’ do investimento¹⁴.

Este processo, como se verá, gera impactos significativos sobre as políticas sociais promovidas pelos Estados, afetando de forma direta a capacidade dos governos de dar respostas efetivas às demandas sociais sem que haja comprometimento da possibilidade de financiamento junto ao mercado internacional.

¹⁰ STANDING, Guy. *O Precariado - A Nova Classe Perigosa*. Tradução: BRAGA, Carlos; BRAGA, Ana Maria. Lisboa: Editorial Presença, 2014. Pág. 59.

¹¹ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização. As Consequências Humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. Pág. 73.

¹² BAUMAN, Zygmunt. *Globalização*. Pág. 15.

¹³ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização*. Pág. 15.

¹⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização*. Pág. 16/17.

A movimentação acelerada do capital faz com que este esteja sempre à frente do Estado.¹⁵ Fala-se no abandono da tarefa estatal de busca da igualdade entre o crescimento do consumo e a elevação da produtividade. “*As nações-estados tornam-se cada vez mais executoras e plenipotenciárias de forças que não esperam controlar politicamente*”.¹⁶ Aos Estados cabe apenas garantir um orçamento equilibrado e controlar as pressões locais por maior intervenção no e contra o mercado, especialmente se em defesa de sua população. A economia se torna o espaço da não-política.¹⁷

O fenômeno da globalização, então, põe em causa o próprio ‘modelo keynesiano-westfaliano’¹⁸. As bases sobre as quais foram construídos o Estado Social, a saber, “*possibilidade de intervenção do Estado na economia, plena soberania estadual sobre a despesa pública e (implicitamente) a subordinação das empresas privadas aos comandos políticos por força da localização territorial dos meios de produção*”¹⁹, desaparecem. Nas palavras de Rui Medeiros:

Ora, com a globalização económico-financeira a que já se fez referência, embora o estado continue responsável pela efetivação dos direitos sociais, assiste-se à crescente autonomia do sistema económico e à sua imunização em face das interferências do político, ficando por isso afetados os pressupostos que estiveram na base do desenvolvimento do modelo do Estado-providência²⁰.

Ficou mais fácil para os grandes conglomerados transportarem matéria-prima ao redor do mundo, o que acelerou a deslocalização de unidades produtivas de acordo com os ventos normativos. Este processo deflagrou uma corrida por emprego entre os Estados, o que se fez por meio da redução da tributação e da desregulamentação do trabalho. Estas medidas impactam, diretamente, a capacidade dos Estados de ampliar e mesmo de manter as políticas de segurança social já existentes.

Uma facete perversa da globalização econômica vem a ser a financeirização da economia. Com a integração eletrônica entre as bolsas de investimento ao redor do mundo, basta o toque em um botão para retirar bilhões de dólares de um país em crise e

¹⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização*. Pág. 63.

¹⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização*. Pág. 73.

¹⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização*. Pág. 74.

¹⁸ MEDEIROS, Rui. *A Constituição Portuguesa num Contexto Global*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015. Pág. 108.

¹⁹ MEDEIROS, Rui. *A Constituição Portuguesa num Contexto Global*. Pág. 108.

²⁰ MEDEIROS, Rui. *A Constituição Portuguesa num Contexto Global*. Pág. 109.

encaminhar a quantia para algum investimento tido por mais seguro. Um componente relevante para auxiliar as decisões dos agentes econômicos tem sido a capacidade dos Estados de fazer frente aos juros de suas dívidas soberanas. Quanto pior for a percepção de risco, menor a possibilidade de uma determinada nação receber investimento externo. Necessitados dos recursos vindos de investidores estrangeiros, diversos países têm adotado políticas fiscais restritivas, reduzindo as despesas públicas, especialmente na área social.

Anote-se que as decisões do mercado financeiro muitas vezes se desconectam dos movimentos da economia real, como se viu durante a grande crise ocorrida no final da década de 2000. A criação de produtos financeiros lastreados em outros produtos financeiros, sem fundamento na vida concreta, ou seja, em dados de produção ou consumo, incentivada pelos Estados, seja por meio de estímulos ao mercado financeiro, seja pela simples ausência de regulamentação, contribuiu para o agudo retrocesso que foi necessário para recolocar a economia nos prumos.

Em contexto de crise, sendo a segurança social uma das políticas públicas que mais consome recursos do Estado, é crescente a pressão dos agentes do mercado no sentido da redução das despesas com proteção social. Justificam-se as reformas restritivas exatamente com a necessidade de manter o equilíbrio das contas públicas e preservar a atratividade do país para o capital internacional. É preciso competir em um ambiente global competitivo e, neste contexto, a segurança social é vista mais como custo do que como investimento e benefício²¹.

Como consequência da globalização e financeirização econômicas, vive-se um processo de aprofundamento da precarização do trabalho, muitas vezes escondido sob o eufemismo do trabalho flexível.

De acordo com Bauman, há flexibilidade do trabalho quando este se torna uma variável que pode ser desconsiderada, um princípio que “*esconde seu conteúdo marcadamente diverso para cada um dos lados do mercado*”²². Os investidores têm diante de si todas as opções disponíveis no globo, ao passo que o trabalhador está preso aos limites estritamente locais, o que garante a dominação daqueles sobre este²³. A flexibilidade para o fornecedor de mão de obra consiste em abandonar “*a tendência*

²¹ CICHON, Michael; HAGEMEJER, Krzysztof. “Changing the development policy paradigm: Investing in a social security floor for all”. *International Social Security Review*. Vol. 60, 2007. Pág. 170.

²² BAUMAN, Zygmunt. *Globalização*. Pág. 112.

²³ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização*. Pág. 113.

mórbida de fantasiar direitos à manutenção do emprego e as responsabilidades inerentes”.²⁴

Para Guy Standing ao longo do processo de aumento das desigualdades e de maior abertura e flexibilização do mercado de trabalho, a estrutura de classes sobre a qual a sociedade se assenta tornou-se mais fragmentada²⁵. O britânico identifica, então, alguns grupos: a elite, um pequeno número de indivíduos absolutamente ricos; os *salariat*, com estabilidade e regalias da posição, normalmente em grandes empresas ou na administração pública; os *proficians*, profissionais liberais ou técnicos, capazes de obter rendimentos elevados a partir da comercialização de suas competências; os trabalhadores manuais. Estes formariam o núcleo da antiga classe operária, em torno de quem foram construídos os sistemas de regulamentação do trabalho típicos do Estado-providência²⁶.

Abaixo destes quatro grupos ainda é possível identificar: o precariado, os desempregados e os socialmente inadaptados²⁷.

Para Standing, o precariado é constituído por pessoas que não possuem as formas de segurança relacionadas ao trabalho²⁸. Além disto, possuem um rendimento precário e um padrão de rendimentos diferente dos demais grupos²⁹. A este respeito, leciona³⁰:

O precariado não se caracteriza apenas pelo nível dos salários em dinheiro ou pelos rendimentos do trabalho num qualquer momento particular, mas também pela falta de apoio da comunidade em tempos de necessidade, pela falta de benefícios dados pelas empresas ou pelo Estado e pela falta de benefícios privados para complementar os ganhos em dinheiro.

Uma terceira característica do precariado é a falta de uma identidade baseada no trabalho. Estão afastados de uma comunidade profissional, e neste sentido, não há um sentido de futuro em suas ações, de modo que ações e atitudes são definidas com base em um senso de oportunidade³¹. Não há uma homogeneidade nesta classe, que comporta tanto o adolescente que vive de empregos temporários, quanto a mãe solteira que vive para

²⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização*. Pág. 120.

²⁵ STANDING, Guy. *O Precariado - A Nova Classe Perigosa*. Pág. 29.

²⁶ STANDING, Guy. *O Precariado - A Nova Classe Perigosa*. Pág. 29/30.

²⁷ STANDING, Guy. *O Precariado - A Nova Classe Perigosa*. Pág. 30.

²⁸ STANDING, Guy. *O Precariado - A Nova Classe Perigosa*. Pág. 34/35.

²⁹ STANDING, Guy. *O Precariado - A Nova Classe Perigosa*. Pág. 36.

³⁰ STANDING, Guy. *O Precariado - A Nova Classe Perigosa*. Pág. 37.

³¹ STANDING, Guy. *O Precariado - A Nova Classe Perigosa*. Pág. 37/38.

comprar a comida do dia seguinte. O que torna esta classe comum é o não gozo de direitos de cidadania. Estão privados de direitos civis, culturais, sociais, econômicos e até políticos. Vivem em situação de subcidadania³².

O que os governos podem fazer diante deste tenebroso quadro? Bauman responde com assustadora sinceridade:

Os governos não podem seriamente prometer nada exceto ‘flexibilidade de mão de obra’ – isto é, em última análise, mais insegurança e cada vez mais penosa e incapacitante. Os governos sérios não podem também prometer certeza; é quase universalmente considerada uma conclusão definitiva que eles devem conceder liberdade a ‘forças de mercado’ notoriamente erráticas e imprevisíveis, as quais, tendo conquistado a extraterritorialidade, estão muito além do alcance de qualquer coisa que os impotentes governos ‘locais’ podem fazer.³³

O fenômeno da precarização tem especial impacto sobre os regimes de segurança social na medida em que o trabalhador não consegue arcar com o pagamento das contribuições sociais. A informalidade também afeta a contribuição por parte dos tomadores de serviços. Para além desta problemática sob o ângulo do financiamento, anote-se a incapacidade de o trabalhador precarizado demonstrar o preenchimento dos requisitos necessários para fruição dos benefícios e serviços sociais, decorrente da incapacidade de atender aos procedimentos burocráticos.

Para além destes fenômenos, há que se lidar com questões mais diretamente conectadas com os sistemas de proteção social.

Ironicamente, um dos maiores desafios que se apresentam para os Estados na concretização dos direitos relativos à segurança social decorre do próprio sucesso das políticas de bem-estar promovidas pelos países ocidentais: o envelhecimento da população.

Nas últimas décadas experimentou-se uma ampliação significativa do acesso das populações a serviços como saneamento básico, educação, assistência médica etc. Este processo, por si só, já permitiria o aumento da expectativa de vida. O acesso ao conhecimento ensina os indivíduos a se precaverem contra muitas doenças por meio da adoção de medidas profiláticas simples, como hábitos de higiene básicos. O saneamento básico reduz a exposição a diversos agentes endêmicos letais. Por fim, a assistência

³² STANDING, Guy. *O Precariado - A Nova Classe Perigosa*. Pág. 40.

³³ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização*. Pág. 126.

médica, ainda que básica, permite o tratamento prematuro de diversas enfermidades, reduzindo a mortalidade.

Em paralelo assistiu-se a um desenvolvimento espetacular das tecnologias médicas e farmacêuticas. Instrumentos de diagnóstico de altíssima tecnologia, aliados a novos tratamentos, medicamentosos ou não, cada vez mais poderosos e acessíveis, vêm permitindo um crescimento exponencial da expectativa de vida média. Em diversos países já não é incomum encontrar um número significativo de pessoas que viveram cem ou mais anos.

Por fim, o desenvolvimento e a propagação de métodos anticoncepcionais provocaram uma verdadeira revolução sexual, que conduziu a uma diminuição significativa das taxas de natalidade. A proporção de crianças e jovens em relação ao número de idosos vem diminuindo de forma significativa e alguns Estados desenvolvidos têm assistido a redução de seu contingente populacional.

Este quadro impõe diversos desafios aos sistemas de segurança social, então projetados para uma expectativa média de vida de cerca de sessenta anos de idade.

Primeiramente, há maior pressão sobre a balança das despesas dos sistemas previdenciários, haja vista o alongamento do período das aposentadorias decorrente da maior sobrevivência dos aposentados. A equação aqui é bastante simples: quanto mais as pessoas viverem, mais o Estado terá que gastar para manter o pagamento das correspondentes pensões.

Um segundo problema decorre do menor número de pessoas em atividade. Quando dos primórdios das políticas de proteção social, as pessoas começavam suas carreiras profissionais relativamente cedo, haja vista que o acesso ao ensino superior era significativamente mais difícil. Os idosos, de modo geral, não possuíam vidas tão ativas, e os cuidados médicos não eram tão complexos e caros quanto na contemporaneidade.

No atual contexto, em que os indivíduos iniciam suas carreiras cada vez mais tarde, em razão tanto das exigências de qualificação do mercado, quanto da própria ampliação da oferta educacional, mas também encontram dificuldades de permanecer no mercado de trabalho depois que alcançam uma determinada idade, em razão de uma suposta falta de familiaridade com as novas tecnologias, vive-se um momento de redução das carreiras contributivas. Tal redução, no entanto, não decorre da vontade dos cidadãos, mas da própria dinâmica do mercado.

Ou seja, além de termos um número significativamente menor de jovens em idade produtiva, estes ainda estão atrasando seu acesso ao mercado de trabalho, impactando, desta forma, a capacidade de arrecadação do Estado.

Por consequência, os regimes de segurança social, especialmente os de repartição simples (ou *pas-as-you-go*)³⁴, em que os benefícios concedidos aos inativos são financiados pelas contribuições vertidas por aqueles que ainda estão em atividade, passaram a sofrer crescente pressão. Houve significativo aumento da massa de indivíduos protegidos, com a redução do número de pessoas que financia o sistema.

Um outro desafio são os ditos *free riders*. Este grupo é constituído, na descrição certa de Apelles Conceição³⁵, daqueles indivíduos:

que, embora não carenciados e sem referência fiscal que os comprometa (tipo “chico-esperto”), aproveitam todas as “boleias sociais” que o sistema gratuitamente lhes proporciona, com a perversa sequência de uma garantia das instâncias constitucionais de uma intocável proteção mínima (com a crise ou sem ela) e em nome da dignidade – pois, por falha de uma adequada análise social e fiscal, engrossam o número dos “mais vulneráveis”...

Lidar com aqueles que buscam gozar da proteção dos sistemas de segurança social sem a ela fazerem jus, especialmente por nunca terem contribuído para o regime, é um grande desafio que se impõe para os defensores da segurança social como direito humano. Sendo a segurança social, em sua faceta previdencial, essencialmente contributiva e solidária, o acesso às prestações sem o preenchimento dos requisitos afeta a opinião do indivíduo acerca de um regime ao qual está ligado por imperativo legal.

Em primeiro lugar, fica abalada a noção de responsabilidade social. Ao buscar um benefício a que não faz (ou não deveria fazer) jus, o indivíduo viola uma norma moral. Se houver uma percepção generalizada de que o acesso aos benefícios está sendo feito de forma abusiva, o senso de responsabilidade se dissolve e há uma tendência a que os comportamentos abusivos se multipliquem.

Segundo, ao acreditar que existem pessoas que recebem prestações sociais sem merecerem (em sentido legal ou não), mina-se o sentimento de solidariedade que deve

³⁴ INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *Social Security: a New Consensus*. Geneva: International Labour Organization, 2001. Pág. 3.

³⁵ CONCEIÇÃO, Apelles J. B. *Segurança Social*. Pág. 64.

orientar os sistemas de segurança social. Obviamente que, em se tratando de um sistema institucionalizado, a solidariedade é forçada, mas é importante que a esta solidariedade abstrata corresponda um sentimento de solidariedade real.

Não havendo responsabilidade ou solidariedade efetiva, o sistema pode ser tornar ilegítimo. Desta forma, os indivíduos tenderão a, quando possível, não efetuar o recolhimento das contribuições obrigatórias e migrar para regimes de previdência privada. Acentua-se, assim, a crise com a redução dos valores destinados ao financiamento, o que exige reformas para garantir a sustentabilidade, diminuindo ainda mais a legitimidade do regime.

Tendo por base este quadro tão complexo, propõe-se a discussão dos limites constitucionais às reformas previdenciárias.

Para tanto, iniciar-se-á com a análise da fundamentalidade do direito à segurança social, dedicando-se algumas páginas à teoria dos direitos sociais e alguns problemas relacionados à eficácia destes direitos que possuem repercussão direta sobre a segurança social. Na segunda parte, serão indicadas as tendências de reforma, bem como os fundamentos comumente indicados para realizá-las, seguindo-se a tentativa de estabelecer os limites que devem ser observados pelo legislador ao optar pela redução da proteção previdenciária e assistencial. Ao fim, no terceiro capítulo, serão comentados alguns julgados do Supremo Tribunal Federal brasileiro, do Tribunal Constitucional português, bem como do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos a respeito da matéria.

1. A SEGURANÇA SOCIAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A questão dos limites constitucionais às reformas previdenciárias possui estreita vinculação com a teoria dos direitos sociais. A matéria é, certamente, recheada de polêmicas e dissensos doutrinários e jurisprudenciais, de modo que não será possível, nesta sede, analisar a questão de forma aprofundada, mas se faz necessário dedicar-lhe pelo menos algumas palavras.

Sendo a segurança social um dos mais típicos direitos sociais, o regime jurídico destes direitos ser-lhe-á aplicável. Compreender a fundamentalidade dos direitos sociais, os efeitos jurídicos das normas que preveem tais direitos, a ideia de reserva do possível e o chamado princípio da vedação do retrocesso, será essencial para a descoberta dos limites jurídicos que se impõem ao legislador quando se trata de reduzir as proteções previdenciárias.

1.1. Direitos fundamentais

1.1.1. Conceito de Direitos Fundamentais

Como leciona Vieira de Andrade, não existe uma concepção unívoca de direitos fundamentais. Existem múltiplas teorias para identificar e justificar a existência de tais direitos. Para os fins deste trabalho é possível mencionar apenas as três principais concepções: jusnaturalista, jusracionalista e universalista.

Segundo uma perspectiva jusnaturalista, os direitos fundamentais são absolutos, imutáveis, intemporais, decorrentes da dignidade humana e anteriores à existência do Estado e da sociedade³⁶. Neste sentido os direitos são preexistentes, cabendo às sociedades apenas reconhecê-los, mas não os criar.

Sob um olhar constitucional, jusracionalista, os direitos fundamentais se ligam à ideia de limitação do poder por meio de sua consagração em um documento, denominado Constituição, que lhes conceda um valor jurídico superior à lei parlamentar³⁷. Nesta hipótese os direitos são fruto de uma construção, nascendo em conjunto com as normas

³⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5ª Ed. Coimbra: Almedina, 2016. Pág. 19.

³⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais...* Pág. 22.

que os estabelecem.

Sob um prisma universalista ou internacionalista, os direitos fundamentais refletem princípios inscritos na “consciência jurídica universal”, comum a todos os povos e nações³⁸. Constituem, assim, um patrimônio da humanidade, tendo por destinatário o homem enquanto cidadão do globo.

Para os fins do presente trabalho importa mais a dimensão constitucional positiva³⁹, ou seja, os direitos fundamentais enquanto “*direitos jurídico-positivamente vigentes numa ordem constitucional*”⁴⁰. Isto porque deseja-se analisar a conformação de um direito específico (direito à segurança social), dentro de ordens constitucionais específicas (portuguesa e brasileira).

A fundamentalidade dos direitos pode assumir dois caracteres: formal e material. A fundamentalidade formal consiste na inscrição no texto constitucional de normas consagradoras de direitos, ou, na dicção de Jorge Miranda, na consagração de uma posição jurídica subjetiva das pessoas⁴¹. Ou seja, o constituinte reconhece expressamente a fundamentalidade de um determinado direito. Por conta deste *status* constitucional, as normas que criam direitos fundamentais ficam submetidas a procedimentos agravados de revisão, podendo constituir limites materiais ao poder constituinte derivado e sendo parâmetro material para “*escolhas, decisões, acções e controlo, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais*”⁴².

Por fundamentalidade material entende-se “*que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade*”. A verificação desta fundamentalidade se faz a partir da análise do próprio conteúdo do direito, devendo este ter relação com decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, em especial com relação à posição ocupada pela pessoa humana⁴³. Neste caso o direito fundamental carrega em seu conteúdo um valor considerado fundante para aquela sociedade.

³⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais...* Pág. 29.

³⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais...* Pág. 36

⁴⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Edição. Coimbra: Almedina, 2003. Pág. 377.

⁴¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. Direitos Fundamentais*. 3ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. Pág. 9.

⁴² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional...* Pág. 379.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Pág. 89.

Considerada a distinção acima, afirma-se a possibilidade de existirem direitos fundamentais que, por não estarem inscritos no catálogo constitucional, não gozem formalmente desta natureza, mas que em razão de seu conteúdo possam ser considerados direitos fundamentais em sentido material⁴⁴. Fala-se, assim, em uma ideia de atipicidade dos direitos fundamentais. Tanto a Constituição portuguesa, em seu artigo 16, nº 1, quanto a Constituição brasileira, em seu artigo 5º, §2º, admitem a existência de direitos fundamentais para além daqueles constantes de seus catálogos de direitos.

1.1.2. Classificação funcional dos direitos fundamentais

G. Jellinek, ainda no início do século XX, classificou as possíveis situações do indivíduo perante o Estado em quatro categorias⁴⁵: *status* passivo ou *status subjectionis*, *status* negativo ou *status libertatis*, *status* positivo ou *status civitatis* e o *status* ativo ou *status* de cidadania ativa⁴⁶.

Por *status* passivo ou *status subjectionis* entende-se, grosso modo, a situação de subordinação do indivíduo frente aos poderes estatais, enquanto detentor de deveres, tendo o Estado “*a competência de vincular o cidadão juridicamente por meio de mandamentos e proibições*”.⁴⁷ O *status* negativo corresponde a uma esfera individual de liberdade que não pode ser invadida pelo Estado⁴⁸. Seria a classe “*das ações dos súditos que são juridicamente irrelevantes para o Estado*”.⁴⁹ O *status* positivo ou *status civitatis* decorre de uma garantia ao indivíduo de determinadas pretensões positivas, podendo o indivíduo exigir do Estado determinadas ações positivas para satisfazê-las⁵⁰. A atribuição deste *status* pressupõe que o Estado garanta ao indivíduo (1) pretensões à sua atividade e (2) meios jurídicos para realização deste fim⁵¹. Por fim, o *status* ativo ou *status* de cidadania ativa existe quando se atribui ao indivíduo competência que o permitam participar ativamente da

⁴⁴ Quanto à possibilidade de existirem direitos apenas formalmente fundamentais, controverte a doutrina. Admitindo: ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais...* Pág. 86. Em sentido contrário, MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional...* Pág. 9.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Pág. 183.

⁴⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. Pág. 255.

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Pág. 183.

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Pág. 183.

⁴⁹ JELLINEK, G. *apud* ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Pág. 258.

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Pág. 184.

⁵¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Pág. 264.

formação da vontade estatal⁵².

Dentre as diversas tentativas de sistematização dos direitos fundamentais, as mais célebres são aquelas desenvolvidas exatamente a partir da teoria dos quatro status de Jellinek, as quais classificam os direitos fundamentais a partir de um critério funcional.

Canotilho, por exemplo, afirma a existência de a) direitos de defesa, os quais são exercidos perante os poderes do Estado; b) direitos a prestações, que se traduzem no direito a obter algo através do Estado; c) direito de proteção contra terceiros, do qual resulta um dever do Estado de proteger o exercício de direitos fundamentais de condutas praticadas por terceiros; e d) direito de não discriminação, a exigir que o Estado trate seus cidadãos de forma igualitária⁵³.

Vieira de Andrade, a seu turno, classifica os direitos fundamentais em: (a) direitos de defesa, os quais pressupõem um dever de abstenção da parte do Estado; (b) direitos a prestações, os quais pressupõem um dever de agir do Estado no sentido de fornecer prestações materiais ou jurídicas; e (c) direitos de participação, uma categoria mista, “*mas que são autonomizados em virtude da sua função de garantia da participação individual na vida política*”⁵⁴.

Ingo Sarlet sugere as seguintes categorias: a) direitos de defesa, os quais se dirigem a uma obrigação de abstenção por parte do Estado⁵⁵; e (b) direitos a prestações (de natureza fática ou jurídica)⁵⁶. Esta última categoria se dividiria em direito a prestações em sentido amplo, o que englobaria os direitos de proteção e à participação na organização e procedimento, e direitos a prestações em sentido estrito ou direitos a prestações materiais⁵⁷.

Independentemente da classificação a que se adira, pode-se afirmar que os direitos a prestações materiais constituem a categoria dos direitos fundamentais sociais⁵⁸.

1.1.3. A fundamentalidade dos direitos sociais

A questão da fundamentalidade dos direitos sociais ainda é objeto de bastante

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Pág. 184.

⁵³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional...* Pág. 407/410.

⁵⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais...* Pág. 168/169.

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Pág. 197.

⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Pág. 217.

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Pág. 196/196.

⁵⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Pág. 499.

dissenso na doutrina constitucional⁵⁹.

Como dito anteriormente, os direitos fundamentais clássicos são tradicionalmente compreendidos como direitos negativos. O Estado, para observá-los, limitar-se-ia a um *non facere*, de modo que os custos para sua efetivação seriam inexistentes ou, ao menos, muito pequenos. Os direitos sociais, ao contrário, exigiriam uma atuação positiva do Estado, de modo que estes direitos embutiriam a necessidade de expressivas despesas a serem custeadas pela coletividade. Esta distinção vem sendo muito utilizada para negar o caráter fundamental dos direitos sociais ou, ao menos, minimizar sua fundamentalidade, reduzindo de forma bastante significativa suas potencialidades normativas.

A ideia de que apenas os direitos sociais envolvem custos, no entanto, vem sendo questionada por muitos doutrinadores, especialmente a partir da clássica obra de Holmes e Sunstein: *The Cost of Rights*. Os ilustres constitucionalistas americanos, partindo da premissa de que só é possível afirmar a existência de um direito diante da previsão de um remédio que permita corrigir sua violação, afirmam a inadequação da distinção entre direitos positivos e negativos⁶⁰. Para eles todos os direitos seriam sempre positivos, pois dependeriam do pagamento de tributos que permitissem o custeio da máquina necessária à observância dos direitos^{61/62}.

Há doutrina que, embora não negue a jusfundamentalidade dos direitos sociais (por terem assento constitucional e proteção jurisdicional), afirma a existência de um primado dos direitos de liberdade. Estes constituem fundamentos da própria existência do Estado de direito democrático, enquanto os direitos sociais constitucionalizados não são pressupostos de uma democracia, não tendo o mesmo peso para a dignidade da pessoa humana, ou ocupando o mesmo grau de importância dentre as tarefas de um Estado, tampouco tendo as

⁵⁹ Tushnet, por exemplo, recorda que a maior parte dos constitucionalistas americanos “encolhe-se em horror” diante da ideia de direitos constitucionais sociais, por uma suposta impossibilidade de efetivação pela via judicial. TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999. Kindle Edition. Posição 2515.

⁶⁰ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York, London: W.W. Norton & Company, 2000. Kindle Edition. Posição 493/507.

⁶¹ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights...* Posição 521.

⁶² Blanco de Moraes critica esta ideia apontando duas distinções entre os direitos de liberdade e os direitos sociais: uma de natureza qualitativa e outra de natureza quantitativa. Neste plano, verifica-se que as despesas com direitos sociais prestacionais são significativamente maiores do que aquelas com as demais tarefas estatais. No plano qualitativo, afirma que as despesas com segurança, justiça e eleições são custos institucionais ou de soberania, sem as quais o Estado não realizaria suas atividades mais elementares. In MORAIS, Carlos Blanco de. “De novo a querela da “unidade dogmática” entre direitos de liberdade e direitos sociais em tempos de ‘exceção financeira’”. *e-Pública: Revista Eletrônica de Direito Público*, 1(3), 2014. Pág. 72.

mesmas garantias políticas e contenciosas que outros direitos também qualificados como fundamentais⁶³.

A este argumento pode-se opor a necessidade de os direitos fundamentais garantirem uma liberdade fática, sem a qual pouco importam os direitos de liberdade. Para o indivíduo em situação de necessidade, pouco ou nenhum valor possuem as liberdades jurídicas, sendo mais importante que se elimine a situação de indigência. Diante disto, sob um aspecto substancial, os direitos fundamentais devem atuar para garantir os pressupostos do exercício das liberdades jurídicas⁶⁴.

Uma terceira objeção à fundamentalidade dos direitos sociais diz respeito à difícil determinabilidade do seu conteúdo. A título de exemplo, pode-se mencionar o constitucionalista chileno Fernando Atria, o qual, em célebre artigo, afirma que se a noção de direito se refere à ideia de direito subjetivo, a expressão “direitos sociais” é uma contradição⁶⁵.

A esta ideia responde Jorge Novais, afirmando que a falta de determinabilidade dos direitos sociais está intimamente relacionada à natureza deste tipo de direitos. A questão da disponibilidade financeira e do estado de desenvolvimento socioeconômico do Estado faz com que sejam necessárias abertura e flexibilização dos conteúdos dos direitos sociais no plano constitucional⁶⁶. Isto não significa, no entanto, que se possa negar a existência de direitos fundamentais sociais.

1.1.4. A conformação jurídica dos direitos fundamentais sociais

A doutrina vem apontando a insuficiência de considerar os direitos sociais como meras declarações de valores ou objetivos do Estado sem lhes atribuir algum grau de eficácia jurídica. Por outro lado, também reconhecem a inconveniência de se reconhecer a plena exigibilidade dos direitos sociais em toda a sua extensão, especialmente diante da existência de limites fáticos e jurídicos.

J. J. Gomes Canotilho aponta quatro possibilidades de conformação jurídica dos

⁶³ MORAIS, Carlos Blanco de. “De novo a querela da ‘unidade dogmática’...”. Pág. 70/71.

⁶⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Pág. 505/506.

⁶⁵ ATRIA, Fernando. “Existem direitos sociais?” Trad. Cláudio Ari Mello. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, nº 56, 2005. Pág. 9.

⁶⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. Pág. 143.

direitos sociais, econômicos e culturais⁶⁷. A primeira delas aponta as normas sociais como normas programáticas. A relevância delas seria política, servindo apenas para pressionar os órgãos estatais, especialmente o legislativo⁶⁸. Estas normas não seriam verdadeira fonte de deveres, mas apenas programas a serem desenvolvidos de acordo com o arbítrio do legislador, sem qualquer caráter vinculante. Consequentemente, não há que se falar em pretensão exigível pela via jurisdicional⁶⁹.

Neste sentido, Blanco de Moraes, para quem as normas constitucionais que consagram direitos sociais não possuem determinabilidade suficiente para consagrarem direitos subjetivos, de modo que são normas-princípio, a orientar a atuação do Estado dentro das possibilidades e da liberdade de conformação do legislador. É o legislador quem, por meio da lei ordinária, consagrará direitos sociais subjetivos a prestações⁷⁰.

A segunda concepção aponta as normas sociais como normas de organização. Tais normas imporiam ao legislador, através da fixação de competências, a realização de certos direitos sociais. A omissão dos órgãos competentes, no entanto, não implicaria em nenhuma sanção de caráter jurídico⁷¹. Tushnet, em uma aparente defesa da constitucionalização dos direitos sociais (mas sem afirmar a justiciabilidade destes direitos), afirma que o debate em torno de um interesse constitucional difere significativamente de uma discussão de mera política social ou de preocupações políticas ordinárias⁷², de modo que a constitucionalização de um direito social, ainda que sob uma cláusula de não exigibilidade plena, seria bastante positiva.

Para uma terceira corrente, os direitos fundamentais atuariam como garantias institucionais, obrigando o legislador a respeitar a essência da instituição e mantê-la tendo em conta a realidade socioeconômica e política. Todavia, não se reconhecem direitos subjetivos⁷³.

A quarta linha enxerga os direitos sociais como autênticos direitos públicos

⁶⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional...* Pág. 474.

⁶⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional...* Pág. 474/475.

⁶⁹ PULIDO, Carlos Bernal. “Fundamento, Conceito e Estrutura dos Direitos Sociais. Uma Crítica a ‘Existem Direitos Sociais?’ de Fernando Atria”. In *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Org. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Pág. 152/153.

⁷⁰ MORAIS, Carlos Blanco de. “De novo a querela da ‘unidade dogmática’...”. Pág. 74.

⁷¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional...* Pág. 475.

⁷² TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Posição 2547.

⁷³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional...* Pág. 475/476.

subjetivos⁷⁴. Neste caso, os tribunais estariam autorizados a assegurar, no caso concreto, a efetiva fruição do objeto da prestação. A lacuna gerada pela omissão do legislador poderia ser suprida pelo Judiciário, sem haver que se falar em violação da fronteira entre as atividades legislativa e judiciária⁷⁵.

Catarina Botelho acrescenta ainda uma quinta categoria: os direitos sociais inferidos. Parte-se aqui da premissa de que o Estado deve garantir as condições materiais para a realização de direitos, liberdades e instituições, sob pena de lhes faltar efetividade. Trata-se de conferir aplicabilidade imediata a direitos prestacionais que se encontrem em íntima conexão com direitos de liberdade. Alguns doutrinadores falam em uma “proteção em ricochete” quando se estende a proteção jurisdicional a um direito não expressamente consagrado⁷⁶.

Cristina Queiroz, a seu turno, identifica as seguintes técnicas de positivação dos direitos fundamentais sociais: a) como tarefas legislativas; b) como determinações dos fins do Estado; c) como tarefas constitucionais; d) como princípios diretivos; e) como mandatos de otimização⁷⁷. Esta caracterização apresenta duas dimensões fundamentais: a) os direitos fundamentais sociais se dirigem ao Estado e poderes públicos, não garantindo posições jurídico-subjetivas; b) apesar disso são normas jurídicas vinculantes. A intensidade da vinculação jurídica dependeria do caráter mais ou menos abstrato, ou mais ou menos determinado, da norma formulada, sem prejuízo de um grau de vinculatividade geral.⁷⁸ Para ela, enquanto normas constitucionais, os direitos sociais se apresentam como parâmetro de controle judicial quando estiver em discussão a constitucionalidade de medidas legais ou regulamentares que os restrinjam ou contradigam⁷⁹.

Não se pode negar que os direitos sociais prestacionais sempre estarão aptos a produzir um mínimo de efeitos jurídicos diretamente aplicáveis⁸⁰. Mas deve-se lembrar que os direitos sociais são direitos relativos, exatamente em razão de sua submissão a reserva do possível. Estes direitos só teriam plena eficácia e exigibilidade após concretizados pelo

⁷⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional...* Pág. 476.

⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Pág. 326.

⁷⁶ BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise: ou visitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015. Pág. 147.

⁷⁷ QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006. Pág. 64.

⁷⁸ QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais...* Pág. 64/65.

⁷⁹ QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais...* Pág. 67.

⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Pág. 296/297.

legislador. Tal circunstância implicaria na negação da condição de autênticos direitos subjetivos aos direitos sociais⁸¹.

1.1.5. O regime jurídico dos direitos sociais nas constituições brasileira e portuguesa

As constituições brasileiras e portuguesa adotaram abordagens diferentes para os direitos sociais. Enquanto o texto brasileiro não faz distinção de regimes entre as categorias de direitos fundamentais, a carta portuguesa estabeleceu um regime reforçado para os direitos de liberdade.

A Constituição brasileira, em seu título II, estabelece os ditos direitos e garantias fundamentais, os quais incluem os direitos e deveres individuais e coletivos (capítulo I), direitos sociais (capítulo II), direitos relativos à nacionalidade (capítulo III) e direitos políticos (capítulos IV e V). Logo, pode-se concluir que para o direito brasileiro os direitos sociais devem ser considerados como espécie própria do gênero “direitos fundamentais”⁸².

A grande questão que se coloca no âmbito dos direitos sociais diz respeito à interpretação do parágrafo 1º do art. 5º do texto constitucional, o qual estabelece que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais (dentre as quais as que definem direitos sociais) têm aplicação imediata.

Para Sarlet, a redação do dispositivo aponta para a inexistência de uma distinção de natureza entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, estando todas as categorias de direitos fundamentais sujeitas, em princípio, a um mesmo regime jurídico⁸³. A norma, no entanto, não significa a inexistência de direitos fundamentais que dependem de concretização por meio da atuação legislativa para alcançar plena eficácia, quando só então será capaz de criar um direito subjetivo para o titular⁸⁴.

Gilmar Mendes vai sustentar que a ideia da cláusula acima é afirmar que os direitos fundamentais possuem caráter preceptivo, e não meramente programático. Traduz também a noção que os direitos fundamentais se fundam na Constituição e não na vontade do

⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Pág. 307/308.

⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Pág. 79.

⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Pág. 275.

⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Pág. 277.

legislador ordinário⁸⁵. Nem sempre, no entanto, poder-se-á extrair do texto constitucional direitos subjetivos, concretos e definitivos. Há direitos, como é o caso principalmente dos direitos sociais, cuja plena eficácia está condicionada à complementação legislativa⁸⁶.

Para Mendes, trata-se de uma norma-princípio, a exigir que se conceda a maior eficácia possível aos direitos fundamentais e, sempre que possível, presuma-se a perfeição da norma constitucional, atribuindo-se aplicabilidade imediata ao direito fundamental⁸⁷.

Já a Constituição portuguesa estabelece dois regimes para os direitos fundamentais: há um regime geral, aplicável a todos os direitos fundamentais, e um regime específico para os ditos direitos, liberdades e garantias, mencionado no artigo 17º, um regime qualificado ou de garantias reforçadas. Não existiria, assim, um regime particular para os direitos económicos, sociais e culturais, embora se reconheça a existência de certas dimensões específicas desta categoria de direitos⁸⁸. Segundo Vieira de Andrade, todos os direitos que não consistam em direitos a prestações estatais positivas estão sujeitos ao regime dos direitos, liberdades e garantias⁸⁹.

O estabelecimento de dois regimes diversos pressupõe, portanto, duas categorias de direitos: aqueles com conteúdo determinado ou determinável a nível constitucional e aqueles cujo conteúdo precisa ser determinado pelo legislador, por força dos poderes a ele conferidos pela Constituição⁹⁰. Nesta última hipótese fala-se em uma espécie de delegação constitucional ao legislador da competência para definir o conteúdo dos direitos, de tal modo que a conformação do direito ou o reexame das decisões legislativas pelos tribunais violaria o princípio da separação de poderes⁹¹. É o que acontece com a generalidade dos direitos fundamentais sociais.

1.1.6. A problemática da reserva do possível

⁸⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Kindle Edition. Posição 3531.

⁸⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. Posição 3557.

⁸⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. Posição 3570.

⁸⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Pág. 415.

⁸⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais...* Pág. 174.

⁹⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais...* Pág. 176.

⁹¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais...* Pág. 178/179.

Ana Paula de Barcellos faz um importante alerta: o estudo dos direitos não pode prescindir da análise de alguns elementos não propriamente jurídicos que podem influenciar a eficácia jurídica das normas que garantem estes direitos⁹². Este alerta ganha especial relevo quando considerada a crise do Estado Social a que se fez menção na introdução. O Estado, hoje, cada vez mais incapaz de se financiar pela via tributária, vê sua capacidade de atender às demandas sociais cada vez mais diminuídas. Para além disso, há a imprevisibilidade dos mercados, que pode causar verdadeiras tempestades financeiras de uma hora para outra, sem que os governantes tenham como prever e se preparar adequadamente.

Para identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis, insuficientes para fazer frente a todas as necessidades e anseios dos indivíduos e da sociedade, cunhou-se a expressão “reserva do possível”. Trata-se de um dado econômico com o qual sempre foi necessário lidar, mas que vem ganhando relevo nas últimas décadas em razão da crise do Estado fiscal.

Como verificado anteriormente, é inequívoco que os direitos sociais possuem uma dimensão econômica bastante relevante. Embora seja possível dizer que todos os direitos fundamentais possuem uma dimensão positiva e, de alguma forma, implicam uma atuação positiva do Estado, quando se fala em direitos sociais a conjuntura econômica ganha maior destaque⁹³. Para garantir o direito à saúde, é necessário construir e manter hospitais. Para efetivar o direito à educação, contratar professores e assistentes. Para que haja previdência social, um corpo burocrático que promova a análise dos requerimentos de benefícios, para além da própria despesa com as prestações sociais.

O grau de concretização de tais direitos vai depender, essencialmente, do estágio de desenvolvimento socioeconômico da sociedade⁹⁴ e pode ser afetado por conjunturas desfavoráveis momentâneas, como períodos de acentuada crise financeira, quando a capacidade de arrecadação do Estado é fortemente prejudicada.

Ao abordar esta questão, Ingo Sarlet aponta a problemática da efetiva disponibilidade do objeto dos direitos sociais a prestações, ou seja, a possibilidade que o destinatário da norma ter condições de dispor da prestação, possuindo os meios reais de

⁹² BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Pág. 148.

⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Pág. 302.

⁹⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais...* Pág. 179.

cumprir a obrigação. Aponta-se, assim, a existência de dois limites de natureza diversa: fáticos e jurídicos. Por limites fáticos entende-se a natural escassez dos recursos disponíveis, ou seja, os recursos disponíveis são materialmente finitos. A ideia de limites jurídicos se encontra veiculada à noção de capacidade jurídica de disposição, ou seja, o ente responsável pela prestação deve ser juridicamente autorizado a dispor dos recursos existentes⁹⁵. Não basta, portanto, que haja disponibilidade fática de recursos quando o ente tem autorização jurídica para utilizá-los.

Reconhecer a existência destes limites implica na colocação dos direitos prestacionais sociais sob uma “reserva do possível”⁹⁶.

Citando uma decisão da Corte Constitucional Federal da Alemanha, Sarlet acrescenta ainda uma terceira dimensão da reserva do possível: o problema da proporcionalidade das prestações no que toca à sua exigibilidade e razoabilidade. A prestação reclamada deve corresponder ao que se pode razoavelmente exigir da sociedade, não estando o Estado obrigado a prestar algo que escape aos limites do razoável⁹⁷. A razoabilidade considera não apenas a efetiva capacidade de prestação do Estado, mas também as circunstâncias do caso concreto, especialmente as condições materiais do titular do direito⁹⁸.

Sob esta terceira dimensão, a reserva do possível também poderá atuar como garantia dos direitos fundamentais. Isto quando, diante de um conflito entre direitos, for possível invocar a indisponibilidade de recursos para garantir o núcleo essencial de outro direito fundamental⁹⁹.

Diante da reserva do possível, a questão da alocação dos recursos ganha importância ímpar. Se os recursos são limitados, é necessário estabelecer quais as áreas receberão investimento estatal e quais serão deixadas de lado. Trata-se, em resumo, de definir prioridades. Gustavo Amaral afirma que as decisões acerca da alocação dos recursos são verdadeiras “escolhas trágicas”, já que, em última instância, implicam na negação de direitos. Segundo o autor, as decisões alocativas são, basicamente, de duas

⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Pág. 303/304.

⁹⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais...* Pág. 180.

⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Pág. 304.

⁹⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais...* Pág. 90.

⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Pág. 305.

ordens: quanto disponibilizar e a quem atender¹⁰⁰.

A ideia de reserva do possível, no entanto, não é imune a críticas. Canotilho a título de exemplo, afirma que um direito social sob reserva dos cofres cheios equivale a nenhuma vinculação jurídica¹⁰¹. Ibrahim, por sua vez, defende que a problemática da escassez se aplica a quaisquer direitos, inclusive os ditos direitos de liberdade, de modo que a ideia de reserva do possível não deveria se restringir aos direitos sociais¹⁰².

No mesmo sentido, Novais, quem sustenta que se o Estado sempre pode invocar a insuficiência de recursos como argumento para negar a prestação requerida, o caráter jusfundamental dos direitos sociais fica substancialmente afetado¹⁰³.

Há também aqueles que, reconhecendo a escassez, defendem a possibilidade de estabelecimento de prioridades, o que permitiria o diferimento de determinados gastos em favor daqueles considerados indispensáveis e urgentes, com base no princípio da dignidade da pessoa humana¹⁰⁴.

1.1.7. A vedação do retrocesso

Uma outra questão que vem suscitando controvérsia na doutrina e que merece alguma reflexão no âmbito deste trabalho é a existência de um princípio da vedação do retrocesso social. Pergunta-se: alcançado determinado grau de concretização de um direito fundamental social, poderá o legislador diminuir o grau de efetivação deste direito? É possível, por exemplo, eliminar uma determinada prestação ou estabelecer requisitos mais rigorosos para acessá-la? A resposta a estas questões anda de mãos dadas com a questão da reserva do possível e com a necessidade que os direitos fundamentais sociais têm de serem conformados pelo legislador.

Primeiramente, cumpre registrar que a ideia de proibição do retrocesso tem íntima relação com a noção de segurança jurídica. A estabilidade das relações jurídicas e da própria ordem jurídica é pressuposto para a realização dos projetos pessoais de vida, de

¹⁰⁰ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Pág. 81/82.

¹⁰¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Pág. 481.

¹⁰² IBRAHIM, Fábio Zambitte. *A Previdência Social no Estado Contemporâneo: Fundamentos, Financiamento e Regulação*. Niterói: Editora Impetus, 2011. Pág. 124/125.

¹⁰³ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais...* Pág. 91.

¹⁰⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. Posição 16617.

modo que a instabilidade jurídica pode, quando severa, atingir a própria dignidade da pessoa humana, especialmente no que se refere ao reconhecimento e garantia de direitos fundamentais¹⁰⁵.

É importante distinguir, ainda, entre medidas retrocessivas e retroativas. Estas podem alcançar figuras como direitos adquiridos, atos jurídicos perfeitos ou a coisa julgada, ou seja, posições jurídicas já consolidadas. Aquelas, no entanto, podem consistir na supressão de normas que preveem direitos fundamentais sociais ou a revogação de legislação que regulamente determinada matéria constitucional, ainda que com efeitos meramente prospectivos¹⁰⁶.

Os que advogam a inexistência de uma vedação do retrocesso costumam utilizar como argumento a questão da indeterminabilidade do conteúdo dos direitos sociais, o que permitiria uma quase absoluta liberdade de conformação por parte do legislador, a autorizar, inclusive, a possibilidade de voltar atrás em suas decisões. Para Sarlet deve-se rejeitar este argumento sob pena de permitir ao legislador dispor inclusive do conteúdo essencial dos direitos fundamentais¹⁰⁷.

Suzana Tavares da Silva afirma que o princípio da proibição do retrocesso estaria profundamente desatualizado e que sua garantia no quadro jurisdicional encerraria perigos. As interpretações tradicionais do princípio colidiriam com os contributos do princípio da sustentabilidade, “*onde a socialidade adquire uma feição dinâmica aliada ao cariz securitário tradicional*”.¹⁰⁸

No âmbito da doutrina constitucional brasileira, Ingo Sarlet defende a reconhecimento de um princípio implícito da proibição de retrocesso, o qual decorreria: a) do princípio do Estado democrático e social de Direito, b) do princípio da dignidade da pessoa humana, c) do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, d) de previsões constitucionais contra medidas de cunho retroativo; e) do princípio da proteção da confiança; f) da existência de um certo grau de autovinculação dos órgãos estatais em relação a atos anteriores; g) do fato de que negar a existência significaria permitir aos poderes públicos tomar medidas em desrespeito à

¹⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Pág. 440/442.

¹⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Pág. 442/443.

¹⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Pág. 453.

¹⁰⁸ SILVA, Suzana Tavares da. *Os Direitos Fundamentais na Arena Global*. 2ª Ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014. Pág. 208/209.

vontade expressa do constituinte, frustrando a efetividade constitucional; h) da previsão do sistema internacional de proteção dos direitos fundamentais de progressiva implementação efetiva da proteção social¹⁰⁹.

Para Vieira de Andrade, a proibição do retrocesso social implicaria na elevação das medidas legais concretizadoras dos direitos sociais a um *status* constitucional. Para tanto, haveria a necessidade de que o grau de realização obtido corresponda, de acordo com a consciência jurídica geral, a uma complementação ou desenvolvimento do direito, de modo a dispor da mesma dignidade normativa¹¹⁰.

O ilustre constitucionalista advoga que deve haver uma “certa garantia de estabilidade das situações ou posições jurídicas criadas pelo legislador ao concretizar as normas respectivas” (relativas a direitos econômicos, sociais e culturais). Esta garantia vai de um mínimo, a impedir que o desfazimento das posições jurídicas comprometa o princípio da dignidade humana. Passa por um nível intermediário, que se liga ao princípio da proteção da confiança e à necessidade de fundamentação dos atos retrocedentes, diminuindo a liberdade de conformação do legislador. Atinge o nível máximo quando as concretizações legais se tornam materialmente constitucionais¹¹¹.

Vieira de Andrade, no entanto, não reconhece um princípio geral de proibição do retrocesso, na medida em que a liberdade constitutiva e a autorrevisibilidade, características típicas da função legislativa, seriam praticamente eliminadas. Para ele, o enfraquecimento do poder do legislador decorrente de considerar determinadas normas de direito ordinário como materialmente constitucionais constitui uma exceção, e não regra¹¹². No mesmo sentido, Gilmar Mendes, para quem a proibição do retrocesso deve ser compreendida *cum grano salis*, negando-lhe um caráter absoluto contra revisão ou mudanças¹¹³.

¹⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Pág. 455/457

¹¹⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais...* Pág. 377.

¹¹¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais...* Pág. 378.

¹¹² ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais...* Pág. 379.

¹¹³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. Posição 16700.

1.2. A segurança social como direito fundamental

1.2.1. A evolução do direito à segurança social

Analisando a evolução da segurança social, é possível identificar três grandes períodos: a) uma fase pré-institucional, que dura até o fim do século XIX; b) o período clássico, iniciado no final do século XIX e que dura até 1945; c) um período moderno: de 1945 até os dias de hoje¹¹⁴. Estes dois últimos períodos correspondem a uma fase intervencionista da segurança social¹¹⁵, quando se passou a reconhecer o papel essencial do Estado no sentido de promover a proteção dos indivíduos contra os denominados riscos sociais.

O primeiro período não será objeto deste estudo. Basta mencionar que, como a própria nomenclatura sugere, não existiam relevantes redes institucionais de proteção social. As redes de proteção existentes fundavam-se, essencialmente, nos laços familiares, nas obrigações religiosas ou em vínculos de natureza profissional ou corporativa.

Não se ignora a existência de algumas iniciativas estatais nesta área. No entanto, a atuação do Estado no campo da proteção social é incipiente, e vista mais como um favor do soberano que como direito do cidadão. Neste quadro ainda não se reconhece a existência de um direito à segurança social, menos ainda de um direito que se enquadre na categoria dos direitos ditos humanos ou fundamentais.

As primeiras iniciativas institucionais relevantes surgem nas duas últimas décadas do século XIX, sendo este período apontado como o momento de nascimento do Estado de Bem-Estar¹¹⁶.

A institucionalização da segurança social implica na imposição, pelo Estado, de medidas protetoras ancoradas em uma ideia de solidariedade, sem consulta à vontade dos indivíduos protegidos. Faz-se por meio da introdução de medidas fiscais que permitam o financiamento do sistema¹¹⁷. Os recursos podem vir de contribuições específicas ou do orçamento geral dos Estados.

Até então, as redes de solidariedade não estatais eram relativamente eficazes na

¹¹⁴ CONCEIÇÃO, Apelles J. B. *Segurança Social*. Pág. 36.

¹¹⁵ CONCEIÇÃO, Apelles J. B. *Segurança Social*. Pág. 36.

¹¹⁶ KUHNLE, Stein, e Anne SANDER. "The Emergence of the Western Welfare State." In CASTLES, Francis G.; LEIBFRIED, Stephan; LEWIS, Jane; OBINGER, Herbert; PIERSON, Christopher (Eds). *The Oxford Handbook of the Welfare State*. Oxford: Oxford University Press, 2010. Pág. 61.

¹¹⁷ CONCEIÇÃO, Apelles J. B. *Segurança Social*. Pág. 46.

tarefa de proteger aqueles que não podiam alcançar seu sustento por meio do exercício do trabalho. Foi o desenvolvimento de novas relações sociais ancoradas em um novo padrão produtivo, com a transformação de uma sociedade agrária em uma sociedade urbana ancorada no trabalho industrial¹¹⁸, que fez surgir novos riscos sociais, tais como o desemprego, os acidentes de trabalho e o desamparado na velhice.

No final do século XIX a questão social havia se tornado um componente essencial do debate político, o que conduziu a novas formas de pensar o Estado e seu papel social¹¹⁹. Os novos desafios tornaram necessária uma maior atuação do Estado sobre a sociedade no sentido de combater os efeitos colaterais decorrentes da industrialização e urbanização.

Tome-se, por exemplo, a escandalosa situação da pobreza dos idosos na Inglaterra de então¹²⁰. Em que pese terem tido longas carreiras laboriosas, a maior parte era incapaz de acumular valores suficientes para uma velhice digna. Já incapazes de produzir com o mesmo vigor da juventude, eram postos para fora do mercado de trabalho sem ter a quem recorrer. Relembre-se que a urbanização enfraqueceu significativamente os laços de solidariedade baseados na família e na comunidade local. Estudos governamentais da época já apontavam a existência de um grande contingente de pessoas na terceira idade que chegavam ao fim de uma vida irrepreensível sem direito a mais que uma esmola¹²¹.

Verifica-se, assim, aos poucos, a superação do paradigma liberal¹²². Supera-se a ideia de que a pobreza é consequência natural das escolhas do indivíduo e passa-se a enxergá-la como uma chaga social a ser combatida em nome da estabilidade e da paz nacionais.

Não se pode ignorar que a modificação do papel do Estado decorre também de uma nova concepção de direitos do indivíduo, que ganha alcance universal com as

¹¹⁸ RIEDEL, Eibe. "The Human Right to Social Security: Some Challenges." In RIEDEL, Eibe. *Social Security as a Human Right. Drafting a General Comment on Article 9 ICESCR - Some Challenges*. Berlin & Heidelberg & New York: Springer, 2007. Pág. 19.

¹¹⁹ KUHNLE, Stein, e Anne SANDER. "The Emergence of the Western Welfare State". Pág. 62.

¹²⁰ Em sentido contrário, afirmando não haver sinais de que os idosos estivessem mais sujeitos ao risco de empobrecimento do que nas sociedades não ou pré-industriais: THANE, Pat. "The History of Retirement". In CLARK, Gordon L.; MUNNELL, Alicia H.; ORSZAG, J. Michael *The Oxford Handbook of Pensions and Retirement Income*. Oxford: Oxford University Press, 2006. Pág. 38/39.

¹²¹ CLARK, Gordon L.; MUNNELL, Alicia H.; ORSZAG, J. Michael. "Pension and Retirement Income in a Global Environment." In CLARK, Gordon L.; MUNNELL, Alicia H.; ORSZAG, J. Michael *The Oxford Handbook of Pensions and Retirement Income*. Oxford: Oxford University Press, 2006. Pág. 13.

¹²² KUHNLE, Stein, e Anne SANDER. "The Emergence of the Western Welfare State". Pág. 64.

revoluções francesa e americana¹²³. Relevante, também, o papel do pensamento religioso no desenvolvimento das políticas sociais¹²⁴.

Em finais do século XIX o chanceler Otto von Bismarck, buscando superar a tensão social existente na Alemanha de então, e querendo angariar apoio dos socialistas¹²⁵, decide propor ao Parlamento o estabelecimento de um sistema de segurança social. Trata-se, segundo a doutrina, da primeira iniciativa de criação de um sistema de proteção social obrigatório, garantido pelo Estado, sistematizado e organizado^{126/127}.

Cumpra aqui transcrever parte da mensagem enviada por Bismarck ao Parlamento Alemão¹²⁸:

Consideramos ser nosso dever imperial pedir de novo ao *Reichstag* que tome a peito a sorte dos operários, e nós poderíamos encarar com uma satisfação muito mais completa todas as obras que nosso Governo pôde até agora realizar com a ajuda visível de Deus, se pudéssemos ter a certeza de legar à pátria uma garantia nova e durável, que assegurasse a paz interna e desse aos que sofrem a assistência a que têm direito. Nos esforços que fazemos para este fim, contamos seguramente com o assentimento de todos os governos confederados e com o inteiro apoio do Reichstag, sem distinção de partidos. É neste sentido que está sendo preparado um projeto de lei sobre o seguro dos operários contra os acidentes do trabalho. Esse projeto será completado por outro, cujo fim será organizar, de um modo uniforme, as Caixas de socorros para o caso de moléstia. Porém, também aqueles que a idade e a invalidez tonaram incapazes de proverem ao ganho quotidiano, têm direito à maior solicitude do que a que lhes tem, até aqui, dado a sociedade. Achar meios e modos de tomar efetiva essa solicitude é, certamente, tarefa difícil, mas, ao mesmo tempo, uma das mais elevadas em um estado fundado sobre as bases morais da vida cristã. É pela união íntima das forças vivas do povo e pela organização dessas forças sob a forma de associações cooperativas, colocadas sob a proteção, vigilância e solicitude do Estado, que será possível, nós o esperamos, resolver este momentoso problema, que o Estado não poderá resolver por si só com a mesma eficácia.

Foram três as leis que inauguraram a segurança social alemã: a lei do seguro de

¹²³ KUHNLE, Stein, e Anne SANDER. “The Emergence of the Western Welfare State”. Pág. 63.

¹²⁴ KUHNLE, Stein, e Anne SANDER. “The Emergence of the Western Welfare State”. Pág. 66.

¹²⁵ RIEDEL, Eibe. “The Human Right to Social Security: Some Challenges.” Pág. 19.

¹²⁶ NEVES, Ilídio das. *Direito da Segurança Social. Princípios Fundamentais numa Análise Prospectiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. Pág. 149.

¹²⁷ Não se desconhece a existência de outros esquemas de segurança social anteriores, porém estes eram menores e mais limitados. Vide KUHNLE, Stein, e Anne SANDER. “The Emergence of the Western Welfare State”. Pág. 65.

¹²⁸ BISMARCK, Otto von. *Apud* LIMA, Javert de Souza. “Da Mensagem de Bismarck ao Plano Beveridge.” s.d. <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/604/571>.

doença (1883), lei dos acidentes de trabalho (1884) e a lei do seguro de invalidez e velhice (1889)¹²⁹.

A grande inovação do sistema alemão reside: a) na obrigatoriedade do seguro, ou seja, a proteção independe da manifestação de vontade do segurado; e, b) em reconhecer que os benefícios sociais são direitos subjetivos, e não auxílios sociais concedidos em uma base discricionária¹³⁰.

O sistema introduzido por Bismarck não possuía pretensões de universalidade: dirigia-se especificamente à classe trabalhadora. O objetivo era, essencialmente, garantir àqueles que estivessem impossibilitados de exercer atividade laborativa a substituição da renda por uma indenização a ser suportada pelo sistema. O financiamento era feito com base em cotas proporcionais aos rendimentos dos segurados, com alíquotas idênticas para todos, de modo a coletivizar os riscos, e também com contribuição dos empregadores¹³¹. Desta forma, estavam excluídos aqueles que não podiam arcar com o pagamento regular das contribuições, especialmente os homens muito pobres e praticamente todas as mulheres trabalhadoras, cuja renda era insuficiente para fazer frente à despesa. O combate à pobreza não era uma preocupação do chanceler alemão¹³².

O modelo alemão serviu de inspiração para diversos países da Europa Continental e da América Latina. Os sistemas cujo foco principal é a substituição do rendimento do trabalho e que são financiados por contribuições proporcionais aos rendimentos dos segurados passaram a ser denominados “bismarckianos”.

O Social Security Act americano também merece ser aqui mencionado por duas razões. Primeira, por ter introduzido pela primeira vez a expressão “segurança social” na legislação¹³³. Segunda, por ter rompido com uma longa tradição americana não intervencionista. O individualismo é um valor fundamental na cultura dos Estados Unidos, que enxerga no trabalho duro a única forma legítima de satisfação das necessidades do indivíduo e de sua família. Dentro desta visão de mundo, é o próprio indivíduo o responsável por formar uma poupança destinada ao custeio de sua aposentadoria¹³⁴. A

¹²⁹ NEVES, Ilídio das. *Direito da Segurança Social*. Pág. 149.

¹³⁰ KUHNLE, Stein, e Anne SANDER. “The Emergence of the Western Welfare State”. Pág. 64.

¹³¹ NEVES, Ilídio das. *Direito da Segurança Social*. Pág. 150.

¹³² THANE, Pat. “The History of Retirement”. Pág. 40.

¹³³ NEVES, Ilídio das. *Direito da Segurança Social*. Pág. 153.

¹³⁴ TURNER, John A. *Sustaining Social Security in an Era of Population Aging*. Kalamazoo: W. E. Upjohn Institute for Employment Research, 2016. Pág. 6.

pobreza na velhice é enxergada como consequência natural de más escolhas feitas ao longo da vida profissional.

A Crise de 1929 foi tão violenta que atingiu a confiança do cidadão americano médio no livre mercado, fazendo surgir movimentos que exigiam do governo a criação de programas baseados na solidariedade. Os efeitos perniciosos da crise demandaram do governo americano uma forte atuação para restabelecer a confiança nas instituições e retomar o crescimento econômico¹³⁵.

Em 1935, como parte das iniciativas de reaquecimento da economia, é editado o Social Security Act:

Um ato que assegure o bem estar geral por meio do estabelecimento de um sistema de benefícios federais de velhice, e que capacitem os muitos Estados a provisões mais adequadas para idosos, cegos, crianças dependentes e portadoras de necessidades especiais, bem estar materno e infantil, saúde pública, e a administração das leis de compensação pelo desemprego; estabelece um Conselho de Segurança Social; para aumentar receitas; e outros objetivos (tradução livre)¹³⁶.

A introdução de um sistema de segurança social não se fez sem violenta oposição. A questão dominou o debate político americano nos anos seguintes e, apesar da popularidade da nova legislação entre os trabalhadores, empreenderam-se diversos esforços, frustrados, no sentido de revogar o ato¹³⁷.

Produzido em 1942, ainda sob os auspícios da Segunda Guerra Mundial¹³⁸, o relatório Beveridge é, certamente, um dos mais importantes documentos já produzidos em matéria de segurança social, tendo influenciado (e ainda influenciando) as ideias acerca de proteção social em todo o mundo. Traduziu um ambicioso plano de construção de um sistema de segurança social capaz de oferecer ampla proteção aos cidadãos do Império Britânico.

Beveridge busca oferecer um caminho para a liberdade da necessidade (*freedom*

¹³⁵ Segundo dados oficiais do governo americano, após o crash da Bolsa em 1929 seguiu-se uma queda de 25% do PIB e a falência de dez mil bancos, com o desemprego atingindo pelo menos dois milhões de homens. Fonte: <https://www.ssa.gov/history/briefhistory3.html>.

¹³⁶ An act to provide for the general welfare by establishing a system of Federal old-age benefits, and by enabling the several States to make more adequate provision for aged persons, blind persons, dependent and crippled children, maternal and child welfare, public health, and the administration of their unemployment compensation laws; to establish a Social Security Board; to raise revenue; and for other purposes.

¹³⁷ ALTMAN, Nancy J., e Eric R. KINGSON. *Social Security Works! Why Social Security Isn't Going Broke and How Expanding It Will Help Us All*. New York: New Press, 2015. Pág. 9/10.

¹³⁸ KUHNLE, Stein, e Anne SANDER. "The Emergence of the Western Welfare State". Pág. 79.

of want). Propõe, em primeiro lugar, provisões contra a interrupção ou diminuição da capacidade de obter rendimentos, o que se faz pelo alargamento do universo de pessoas protegidas, dos riscos cobertos e do valor dos benefícios¹³⁹. Segundo, uma correção dos rendimentos tanto nos períodos de obtenção da renda, quanto nos de interrupção da renda, de modo a prover as necessidades da família¹⁴⁰. Para Beveridge, se estas medidas tivessem sido adotadas antes da Guerra a necessidade teria sido abolida antes de 1939¹⁴¹.

Ilídio das Neves aponta cinco linhas programáticas concretas do relatório de Beveridge¹⁴²: a) uma proposta de universalização da proteção social, de modo a alcançar não apenas os trabalhadores, mas todos os cidadãos; b) a integração das prestações de previdência e assistência, o que torna determinadas prestações sujeitas a requisitos que garantam a seletividade; c) uniformização do montante das prestações, que fica desvinculada do valor das remunerações (do que resulta a importância de organizar regimes complementares); d) organização autônoma de um serviço de saúde; e) maior papel do Estado no financiamento do sistema.

Em contraposição ao modelo bismarckiano, o plano Beveridge possui maior preocupação com o suprimento das necessidades básicas que com a substituição dos rendimentos oriundos do trabalho¹⁴³.

Durante o pós-guerra o mundo viveu um período de relativa estabilidade e crescimento econômico acelerado, o que colaborou para um acentuado processo de expansão da segurança social. Durante este período de expansão, que dura até a crise do petróleo de 1973, o Estado de Bem-Estar se torna uma instituição chave nas sociedades ocidentais¹⁴⁴. Havia um relativo consenso no sentido de que o governo deveria ter um papel importante na proteção social¹⁴⁵. Para além dos países desenvolvidos, também países da Ásia e das Américas Central e do Sul criaram ou ampliaram seus sistemas de segurança

¹³⁹ BEVERIDGE, Sir William. *Social Insurance and Allied Services*. London: H. M. Stationery Office, 1942. Pág. 7.

¹⁴⁰ BEVERIDGE, Sir William. *Social Insurance and Allied Services*. Pág. 7/8.

¹⁴¹ BEVERIDGE, Sir William. *Social Insurance and Allied Services*. Pág. 8.

¹⁴² NEVES, Ilídio das. *Direito da Segurança Social*. Pág. 156/157.

¹⁴³ CLARK, Gordon L.; MUNNELL, Alicia H.; ORSZAG, J. Michael. "Pension and Retirement Income in a Global Environment." Pág. 15.

¹⁴⁴ NULLMEIER, Frank; KAUFMANN, Franz-Xaver. "Post-War Welfare State Development." In CLARK, Gordon L.; MUNNELL, Alicia H.; ORSZAG, J. Michael. *The Oxford Handbook of the Welfare State*. Oxford : Oxford University Press, 2010. Pág. 81.

¹⁴⁵ CLARK, Gordon L.; MUNNELL, Alicia H.; ORSZAG, J. Michael. "Pension and Retirement Income in a Global Environment." Pág. 24.

social.

Nestes anos ocorre uma significativa alteração de paradigma nas políticas sociais, anteriormente pensadas para proteção de trabalhadores industriais e pessoas em situação de pobreza. Passa a existir uma pretensão de universalidade, oferecendo-se cobertura a toda a população, substituindo-se a ideia de proteção do trabalhador pelo conceito de bem-estar individual¹⁴⁶.

Foram envidados esforços por diversos Estados no sentido de possibilitar a inclusão de trabalhadores informais, donas de casas e, em regimes de proteção tradicionalmente vinculados ao exercício do trabalho, a filiação facultativa¹⁴⁷. Houve também uma significativa ampliação dos riscos cobertos, para além dos tradicionais riscos acidente, doença e velhice¹⁴⁸.

Conceição aponta quatro fatores como determinantes para a expansão da proteção social no período: a) o reconhecimento internacional do direito à segurança social como um dos objetivos de guerra; b) a substituição de ideias totalitárias por regimes democráticos; c) um fator demográfico, em que se verificava o objetivo de reconstituir o capital humano perdido no conflito; d) a situação econômica, especialmente dos idosos, atingidos pelos efeitos deletérios do conflito na economia¹⁴⁹.

A partir da década de 1970 estabelece-se uma tendência de redução da proteção previdenciária, decorrente da própria crise do Estado Social, a qual já se fez referência na introdução deste trabalho.

1.2.2. O reconhecimento da segurança social como direito humano

É no período do pós-guerra que ocorre a consagração internacional da segurança social como direito humano. Os dois primeiros documentos a fazê-lo foram a Declaração da Filadélfia¹⁵⁰ (1944) e a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948)¹⁵¹. Aquela reconheceu como obrigação solene da Organização Internacional do Trabalho (OIT)

¹⁴⁶ NULLMEIER, Frank; KAUFMANN, Franz-Xaver. "Post-War Welfare State Development". Pág. 85.

¹⁴⁷ NEVES, Ilídio das. *Direito da Segurança Social*. Pág. 158.

¹⁴⁸ CONCEIÇÃO, Apelles J. B. *Segurança Social*. Pág. 58.

¹⁴⁹ CONCEIÇÃO, Apelles J. B. *Segurança Social*. Pág. 58.

¹⁵⁰ Que corresponde à Declaração Relativa aos Fins e Objectivos da Organização Internacional do Trabalho.

¹⁵¹ GÓMEZ HEREDERO, Ana. *La Sécurité Sociale - Sa protection sur la scène internationale et son évolution en Europe*. Strasbourg: Conseil de l'Europe, 2008. Pág. 7.

secundar a execução de programas próprios à realização “da extensão das medidas de segurança social com vista a assegurar um rendimento de base a todos os que precisem de tal protecção, assim como uma assistência médica completa”¹⁵². A DUDH, a seu turno, em seu artigo 22, proclamou:

Toda a pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social; e pode legitimamente exigir a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis, graças ao esforço nacional e à cooperação internacional, de harmonia com a organização e os recursos de cada país¹⁵³.

Para Eichenhofer, o artigo 22 da DUDH torna cada ser humano destinatário deste direito, o qual deve ser protegido e garantido por cada Estado. Embora o conceito possa variar de país para país, a Declaração tira dos Estados a possibilidade de escolher instituir ou não um sistema de segurança social. Deverão fazê-lo e sujeitar-se a controle e supervisão internacional¹⁵⁴.

Posteriormente, em 1966, o direito à segurança social foi incluído no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, cujo artigo 9º estabelece:

Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à previdência social, inclusive ao seguro social.

As disposições contidas na DUDH e no Pacto são genéricas, de natureza programática, deixando aos Estados grande margem de manobra para decidir quanto aos instrumentos a serem utilizados para concretização dos direitos ali enunciados¹⁵⁵. Permite-se, assim, atender a diferentes realidades sociais, políticas e econômicas.

O Pacto prevê um mecanismo de controle do cumprimento de suas disposições baseado em relatórios periódicos, os quais são analisados pelo Comitê de Direitos

¹⁵² Item III, letra f).

¹⁵³ Igualmente importante é o artigo 25 da DUDH que também diz respeito à segurança social. Transcreve-se: “Artigo 25º – 1. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade. 2.A maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma proteção social”.

¹⁵⁴ EICHENHOFER, E. “Social Security as a human right: an european perspective”. *In Research Handbook on European Social Security Law*, PENNINGGS, Frans; VONK, Gijbert. Cheltenham; Northampton: Edward Elgar Publishing, 2015. Pág. 4.

¹⁵⁵ NEVES, Ilídio das. *Direito da Segurança Social*. Pág. 158.

Econômicos, Sociais e Culturais¹⁵⁶. Este Comitê formula observações gerais destinadas a auxiliar os Estados no cumprimento das obrigações decorrentes do pacto. Dentre as observações já emitidas, destaca-se a de nº 19, que destaca dois aspectos relevantíssimos: a função redistributiva da segurança social e seu papel na promoção da inclusão social¹⁵⁷.

Infelizmente o direito à segurança social não tem tido um papel relevante no âmbito do Comitê Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. O Comitê, embora apresenta resposta aos relatórios fornecidos pelos Estados, não tem apresentado balizas claras no sentido de indicar as ações a serem adotadas para que se considere cumpridas as obrigações decorrentes do Pacto¹⁵⁸.

Nas décadas de 1950 e 1960, diversas convenções em matéria de segurança social foram produzidas pela OIT¹⁵⁹. Estas convenções, em conjunto com as relativas à matéria produzidas pelo Conselho da Europa, possuem um papel essencial no desenvolvimento dos standards internacionais em matéria de segurança social, haja vista que, como visto, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais menciona o direito em questão apenas de forma geral, e a União Europeia não possui competência para regulamentação vinculante na matéria¹⁶⁰.

Influenciada pelo relatório Beveridge, que advogou um modelo universalista de segurança social, em 1952 a OIT adotou a Convenção nº 102, chamada de norma mínima da segurança social.¹⁶¹ Ao estabelecer parâmetros mínimos, a Convenção dá aos Estados grande margem de apreciação para decidir quanto aos mecanismos a serem adotados para atingir os parâmetros ali indicados¹⁶².

A Convenção estabelece nove áreas de cobertura: a) serviços médicos; b) auxílio-doença; c) prestações de desemprego; d) aposentadoria por velhice; e) prestações em caso de acidentes de trabalho e doenças profissionais; f) prestações de família; g) prestações de

¹⁵⁶ GÓMEZ HEREDERO, Ana. *La Sécurité Sociale...* Pág. 8.

¹⁵⁷ GÓMEZ HEREDERO, Ana. *La Sécurité Sociale...* Pág. 9/10.

¹⁵⁸ NUBBERGER, Angelika. "Interpretation of International Social Security Standards – Problems and Prospects". In PENNING, Frans. *International Social Security Standards*. Antwerpen - Oxford: Intersentia, 2007. Pág. 34.

¹⁵⁹ KORDA, Maria; PENNING, Frans. "The Legal Character of International Social Security Standards." *European Journal of Social Security*, Vol. 10, 2008. Pág. 131.

¹⁶⁰ KORDA, Maria; PENNING, Frans. "The Legal Character of International Social Security Standards." Pág. 132.

¹⁶¹ KORDA, Maria; PENNING, Frans. "The Legal Character of International Social Security Standards". Pág. 134.

¹⁶² PENNING, Frans. "An Overview of Interpretation Issues of International Social Security Standards." In PENNING, Frans. *International Social Security Standards*. Antwerpen - Oxford: Intersentia, 2007. Pág. 4.

maternidade; h) aposentadoria por invalidez; i) pensão por morte. Para ratificar a Convenção, o Estado-parte deverá aplicar as disposições correspondentes a pelo menos três das nove áreas. Além disso, uma das seguintes áreas deverá ser necessariamente escolhida: prestações de desemprego, aposentadoria por velhice, prestações em caso de acidentes de trabalho e doenças profissionais, aposentadoria por invalidez e pensão por morte.

Pennings aponta alguns princípios básicos que podem ser extraídos da Convenção nº 102 e outras convenções da OIT em matéria de segurança social. São eles: 1) benefícios em dinheiro devem ser pagos periodicamente ao longo do período de contingência; b) os benefícios devem substituir a renda anterior em alguma medida, devendo ser estabelecida uma garantia mínima; c) os benefícios e a administração do sistema deve ser custeada com contribuições específicas ou tributos em geral, não se admitindo regimes baseados exclusivamente na responsabilidade do empregador; d) as contribuições vertidas pelos trabalhadores não podem exceder 50% dos custos do sistema, nem se admite sistemas custeados exclusivamente por eles; e) o Estado deve assumir a responsabilidade geral pela provisão do benefícios e pela administração do regime; f) as pessoas protegidas devem participar da administração do regime ou ao menos possuírem capacidade consultiva nos casos em que a administração não estiver conferida a uma instituição regulada por autoridades públicas ou outro órgão governamental¹⁶³.

O cumprimento das disposições contidas na Convenção nº 102 é verificado da mesma maneira que as diversas convenções produzidas no âmbito da OIT. Os Estados que a ratificaram devem, periodicamente, enviar relatórios a um Comitê de Especialistas, composto por vinte pessoas independentes. As conclusões são, então, encaminhadas à Conferência Geral, a qual discute com os representantes dos Estados-partes os casos de descumprimento considerados mais importantes¹⁶⁴.

1.2.3. A fundamentalidade formal e material do direito à segurança social nos direitos brasileiro e português

O direito à segurança social está previsto no artigo 63º da Constituição

¹⁶³ PENNINGGS, Frans. “An Overview of Interpretation Issues of International Social Security Standards.” Pág. 7.

¹⁶⁴ PENNINGGS, Frans. “An Overview of Interpretation Issues of International Social Security Standards.” Pág. 8.

portuguesa, em sua parte I, que trata dos direitos e deveres fundamentais. Sendo assim, pode-se afirmar que a CRP reconhece a fundamentalidade formal do direito à segurança social. Merece menção, também, o artigo 72º, cujo número 1 afirma que “as pessoas idosas têm direito à segurança económica e a condições de habitação e convívio familiar e comunitário que respeitem a sua autonomia pessoal e evitem e superem o isolamento ou a marginalização social”.

A fundamentalidade material também pode ser afirmada, pois a segurança social, nas palavras de Maria Inês de Oliveira Martins, “*funda-se na dignidade da pessoa humana e insere-se na construção de uma sociedade livre, justa e solidária e na promoção do bem-estar, qualidade de vida e igualdade real entre os portugueses (arts. 1º, 2º, 9º e 81º da CRP)*”.¹⁶⁵

A Constituição brasileira, a exemplo da portuguesa, reconhece a fundamentalidade formal do direito à seguridade social¹⁶⁶. A doutrina brasileira, por sua vez, afirma a fundamentalidade material do direito à seguridade social, apontando sua estreita vinculação com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Sob o aspecto previdencial, o artigo 6º, *caput*, da CRFB/88, afirma ser a previdência social é um direito social. O artigo 7º, a seu turno, menciona como direitos fundamentais dos trabalhadores o seguro-desemprego, o salário-família, a licença à gestante, a aposentadoria e o seguro contra acidentes de trabalho.

A Previdência Social busca, através do pagamento de benefícios que venham substituir a renda auferida pelo trabalho ou através da prestação de serviços de reintegração profissional, conceder ao beneficiário condições mínimas de existência¹⁶⁷, permitindo efetiva atuação no sistema democrático e sendo “mecanismo concreto para a garantia da liberdade real”¹⁶⁸. É, portanto, uma das atividades estatais que concretiza o referido princípio, tido como o mais importante dos fundamentos da República¹⁶⁹.

¹⁶⁵ MARTINS, Maria Inês de Oliveira. “Do Direito à Segurança Social”. *Boletim de Ciências Económicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume LVI, 2013. Pág. 168.

¹⁶⁶ ROCHA, Daniel Machado da. *O Direito Fundamental à Previdência Social na Perspectiva dos Princípios Constitucionais Diretivos do Sistema Previdenciário Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. Pág. 29.

¹⁶⁷ ROCHA, Daniel Machado da. *O Direito Fundamental à Previdência Social...* Pág. 29.

¹⁶⁸ IBRAHIM, Fábio Zambitte. “A Previdência Social como Direito Fundamental”. In *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Org. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Pág. 1.053.

¹⁶⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Pág. 148.

Segundo Marcelo Leonardo Tavares, a Previdência Social é uma das formas mais importantes de cumprimento do objetivo constitucional de erradicação da pobreza e da redução das desigualdades sociais¹⁷⁰. A tutela dos trabalhadores, quando confrontados com situações em que não lhe é possível obter renda com a força do próprio trabalho, mostra-se necessária para a efetiva implantação da liberdade real¹⁷¹.

Enquanto direito fundamental, o direito à previdência social goza da força jurídica privilegiada do inciso IV do artigo 60 da Constituição, ou seja, integra o elenco das chamadas “cláusulas pétreas”. Daniel Machado da Rocha nos adverte, no entanto, que tal fato não impede alterações objetivando a adequação e aperfeiçoamento do sistema previdenciário, mas impedir que se ataque o núcleo fundamental da proteção previdenciária¹⁷².

¹⁷⁰ TAVARES, Marcelo Leonardo. *Previdência e Assistência Social – Legitimação e Fundamentação Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. Pág. 236.

¹⁷¹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. “A Previdência Social como Direito Fundamental”. Pág. 1060.

¹⁷² ROCHA, Daniel Machado da. *O Direito Fundamental à Previdência Social...* Pág. 113/114.

2. OS LIMITES CONSTITUCIONAIS ÀS REFORMAS PREVIDENCIÁRIAS

Como mencionado na introdução, está em curso um intenso processo de redução do gasto social ao redor do globo. A questão da sustentabilidade das contas públicas se tornou central nos debates políticos, gerando um grande descompasso entre as áreas técnicas dos governos, as necessidades eleitorais e as expectativas do cidadão médio. A segurança social, enquanto mais relevante técnica de proteção social, com impactos orçamentários especialmente significativos, vem enfrentando diversas reformas constitucionais e legislativas em todos os continentes, quase sempre no sentido da redução dos benefícios e serviços ou de dificultar o acesso a estes. Este fenômeno não é exclusivo de Estados pobres ou daqueles que, diante de crises econômico-financeiras, veem-se obrigados a reduzir rapidamente o endividamento público, atingindo até mesmo os países mais desenvolvidos do planeta.

Quais são as razões que têm levando tantos governos a promoverem modificações substanciais em seus sistemas de segurança social? Quais valores orientam ou devem orientar estas reformas? De que forma a Constituição atua como limite à redução da proteção previdenciária e assistencial? Estas são as perguntas a que se pretende responder ao longo deste capítulo.

2.1. A segurança social

2.1.1. Na Constituição brasileira

2.1.1.1. O sistema de seguridade social

A Constituição brasileira define a seguridade social, em seu artigo 194, como “*um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social*”¹⁷³.

Para a doutrina brasileira, o dispositivo em questão estabelece um sistema

¹⁷³ Segundo Tavares, o agrupamento institucional das ações de saúde e proteção social vinha se consolidando desde a década de 70, com a criação do Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social, o qual também incluía a assistência médica vinculada à Previdência Social, e atinge a normatividade constitucional com a Carta de 1988. TAVARES, Marcelo Leonardo. *Previdência e Assistência Social. Legitimação e Fundamentação Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. Pág. 187.

composto de três partes distintas: saúde, previdência e assistência. Fala-se, assim, em um caráter tridimensional da seguridade social¹⁷⁴. Reconhece-se a existência de formas particulares de proteção dos usuários¹⁷⁵, cada uma delas com suas especificidades, sem deixar de reconhecer que há uma necessária relação de complementaridade entre as áreas de atuação da seguridade social, a exigir uma atuação conjunta e harmoniosa.

Cumpre distinguir, então, os três braços da seguridade social brasileira.

A saúde, nos termos do artigo 196 da Constituição brasileira, “*é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*”. A gratuidade decorre de decisão legislativa, conforme artigo 43 da Lei nº 8.080/90 (Lei do Sistema Único de Saúde)¹⁷⁶.

A assistência social, a seu turno, configura-se em direito do cidadão e dever do Estado, sendo política de seguridade social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas (conforme art. 1º da Lei Orgânica da Assistência Social).

Já a Previdência Social pode ser definida como um seguro social, de caráter compulsório e contributivo, financiado pelos trabalhadores e pelo restante da sociedade, cujo objetivo é fornecer a segurados e dependentes os meios indispensáveis à sua subsistência quando estes estiverem sujeitos a condições que tornem inviável ou desaconselhável o sustento pelo trabalho¹⁷⁷.

A estas situações que impedem o regular exercício do trabalho por parte do segurado, dá a doutrina o *nomen juris* de “risco social”¹⁷⁸ ou “necessidade social”¹⁷⁹. Os

¹⁷⁴ LEITÃO, André Studart. *Teoria Geral da Filiação Previdenciária. Controvérsias sobre a Filiação Obrigatória e a Filiação Facultativa*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013. Pág. 22.

¹⁷⁵ BALERA, Wagner. *Sistema de Seguridade Social*. 5ª Ed. São Paulo: Editora LTr, 2009. Pág. 11.

¹⁷⁶ Existe controvérsia na doutrina acerca da obrigatoriedade constitucional de gratuidade das ações e serviços de saúde. Alguns sustentam que a gratuidade é decorrência lógica do princípio da universalidade. Outros recusam emprestar alcance tão largo à noção de universalidade. Para um breve panorama: HENRIQUES, Fátima Vieira. “Direito Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional” in *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Pág. 830.

¹⁷⁷ ROCHA, Daniel Machado da. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. 9ª ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. Pág. 29.

¹⁷⁸ ROCHA, Daniel Machado da. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. Pág. 31.

¹⁷⁹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. Pág. 26.

regimes previdenciários se destinam, fundamentalmente, a fornecer aos beneficiários a cobertura necessária diante destes riscos ou necessidades sociais, reduzindo, desta forma, o impacto negativo que o afastamento do trabalho gera para o cidadão, sua família e toda a sociedade.

A autossustentabilidade é uma das características que distinguem a previdência social dos demais domínios da seguridade social. Enquanto a saúde e a assistência social são financiadas pelos tributos em geral e contribuições sociais, a previdência social deve ser preferencialmente financiada pelas contribuições previdenciárias recolhidas por beneficiários, empregadores e tomadores de mão de obra, evitando-se ao máximo atacar os recursos destinados às demais atividades estatais¹⁸⁰.

A própria Constituição brasileira, em seu art. 201, elenca os riscos sociais que devem ser obrigatoriamente cobertos pelo regime de Previdência Social. São eles: doença, invalidez, morte, idade avançada, maternidade, desemprego, reclusão e morte. Todas estas situações afetam a capacidade de autossustento do segurado ou de seus dependentes.

2.1.1.2. Os objetivos da seguridade social brasileira

Cumprir tecer alguns comentários a respeito dos incisos do parágrafo único do artigo 194¹⁸¹, os quais indicam objetivos que devem nortear a atuação do Estado brasileiro no âmbito da matéria. Deve-se registrar que os objetivos em questão se projetam de modo diferente sobre os ramos da seguridade social, sendo necessário algum esforço hermenêutico de modo a emprestar efetividade aos princípios em questão sem inviabilizar a atuação do Estado em cada uma das áreas em questão.

O princípio da universalidade de cobertura e atendimento tem uma faceta objetiva e uma subjetiva. Sob o ângulo objetivo, o princípio exige que as prestações previdenciárias abranjam o maior número possível de situações ensejadoras de necessidades sociais, dentro

¹⁸⁰ LEAL, Bruno Bianco; PORTELA, Felipe Mêmolo. *Previdência em Crise: Diagnóstico e Análise Econômica do Direito Previdenciário*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. Pág. 40.

¹⁸¹ Art. 194. (...) Parágrafo único. Compete ao poder público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: I - universalidade da cobertura e do atendimento; II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; IV - irredutibilidade do valor dos benefícios; V - equidade na forma de participação no custeio; VI - diversidade da base de financiamento; VII - caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com a participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados.

da capacidade econômico-financeira do Estado¹⁸². Sob o ângulo subjetivo, o princípio exige que se possibilite a todos os integrantes da sociedade brasileira a possibilidade de filiarem-se ao sistema previdenciário, observados os requisitos legais¹⁸³.

No âmbito previdenciário, no entanto, a universalidade é mitigada, já que a Previdência Social possui caráter eminentemente contributivo, ou seja, não prescinde da participação econômica do segurado (via contribuições sociais)¹⁸⁴.

O artigo 201 também determina que haja uniformidade e equivalência de prestações, devendo-se conferir tratamento uniforme e trabalhadores urbanos e rurais, ou seja, devem existir idênticos benefícios e serviços (uniformidade) para os mesmos eventos cobertos pelo sistema (equivalência)¹⁸⁵.

O inciso III estabelece a seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços. A seletividade atua na fixação das prestações, ou seja, dos benefícios e serviços a serem mantidos pela seguridade social. Cabe ao legislador, diante da capacidade econômica do Estado, oferecer as prestações sociais de maior relevância¹⁸⁶.

A distributividade, por sua vez, determina que as prestações sejam dirigidas, prioritariamente, a quem mais delas necessitar¹⁸⁷. Tal princípio justifica, por exemplo, que os beneficiários que recebem prestação de valor mínimo recebam antes dos que recebem prestações no valor do teto¹⁸⁸.

O princípio da irredutibilidade dos benefícios é norma de caráter evidentemente programático, a orientar o legislador e a administração pública a atuarem, dentro dos limites possíveis¹⁸⁹, no sentido de garantir a manutenção do valor real dos benefícios. De acordo com o entendimento da maior parte da doutrina e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, impede que haja redução nominal no valor dos benefícios do sistema de seguridade social. Deste modo, admite-se que haja redução do valor real, decorrente, por exemplo, da inflação, que diminui o poder de compra do beneficiário.

¹⁸² HORVARTH JR., Miguel. *Direito Previdenciário*. 8ª Ed. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2010. Pág. 90/91.

¹⁸³ HORVARTH JR., Miguel. *Direito Previdenciário*. Pág. 91.

¹⁸⁴ ROCHA, Daniel Machado da. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. Pág. 35.

¹⁸⁵ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. *Manual de Direito Previdenciário*. 11ª Ed. Florianópolis: Conceito Editora. Pág. 102.

¹⁸⁶ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. Pág. 57.

¹⁸⁷ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. Pág. 57.

¹⁸⁸ ROCHA, Daniel Machado da. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. Pág. 35.

¹⁸⁹ TAVARES, Marcelo Leonardo. *Previdência e Assistência Social...* Págs. 242.

O referido princípio, no entanto, possui uma expressão própria quando aplicado à previdência social, por força do §4º do artigo 201 do texto constitucional, que assegura o “reajustamento dos benefícios para preservá-los, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei”. O princípio em questão exige que o legislador atue no sentido de manter permanentemente o poder aquisitivo dos benefícios, garantido seu poder de compra¹⁹⁰. Wagner Balera vai além, afirmando que a melhoria do padrão de vida da população é um objetivo anexo do princípio da irredutibilidade, nada obstando que, em caso de incremento das receitas da Seguridade Social, haja reajustamento dos benefícios¹⁹¹.

O princípio da equidade na forma de participação no custeio é um desdobramento do princípio da igualdade, ou seja, a contribuição de cada um deve ser exigida de acordo com a sua capacidade contributiva. Tal princípio justifica, por exemplo, que as empresas contribuam mais que os trabalhadores e que haja alíquotas diferenciadas para o trabalhador de acordo com a sua remuneração¹⁹².

Em última análise, a equidade no custeio é expressão do princípio da solidariedade, a justificar o tratamento desigual e até mesmo autorizar, em casos excepcionais (miserabilidade), a dispensa de contribuição¹⁹³.

O princípio da diversidade da base de financiamento exige que a base de financiamento da seguridade social seja a mais ampla possível, de forma a evitar que oscilações econômicas setoriais comprometam a receita da seguridade social¹⁹⁴. Entende-se que o princípio exige que o esquema de custeio da seguridade social se adeque à evolução da atividade econômica, impedindo que as contribuições incidam exclusivamente sobre a folha de salários, o que provocaria redução da produtividade e desemprego¹⁹⁵.

Por fim, o caráter democrático e descentralizado da administração. A gestão administrativa da seguridade social é quadripartite, abrangendo governo, aposentados, trabalhadores e empregadores. Ou seja, toda a sociedade é chamada a participar da gestão do sistema de seguridade e, por consequência, também do sistema de previdência social. Tal princípio expressaria um direito fundamental à participação e organização no

¹⁹⁰ TAVARES, Marcelo Leonardo. *Previdência e Assistência Social...* Págs. 243.

¹⁹¹ BALERA, Wagner. *Noções Preliminares de Direito Previdenciário*. 2ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. Pág. 116.

¹⁹² MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 31ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011. Pág. 58.

¹⁹³ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. Pág. 61.

¹⁹⁴ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. Pág. 61

¹⁹⁵ BALERA, Wagner. *Noções Preliminares de Direito Previdenciário*. Pág. 123.

procedimento, possibilitando à sociedade influenciar o processo de formação da vontade estatal¹⁹⁶.

2.1.1.3. O regime constitucional da previdência social brasileira

A Constituição brasileira não se limita a reconhecer a fundamentalidade do direito à previdência social, sendo bastante minuciosa ao descrever o panorama normativo-constitucional dos sistemas previdenciários. A título de exemplo, pode-se mencionar o regime de previdência dos servidores públicos estatutários civis, o qual é exaustivamente regulado pelo artigo 40 da Carta e seus vinte e um parágrafos.

Este excesso de constitucionalização da previdência social faz com que as modificações relevantes nos regimes previdenciários dependam, quase sempre, de emenda constitucional. Se, por um lado, tal exigência demanda maior consenso em torno das propostas, também impede que os sistemas sejam reformados de forma definitiva e eficaz. Fazem-se as reformas que são possíveis e não as que são verdadeiramente necessárias.

A previdência social brasileira se divide em três espécies de regimes: os regimes próprios, aos quais estão vinculados, em regra, servidores públicos civis estatutários e militares; o regime geral, destinado à população em geral; e o regime complementar, autônomo em relação aos outros dois regimes, destinado a, com o perdão da redundância, complementar a proteção por eles oferecida.

O regime geral, mais importante para os fins desta dissertação, está regulado no artigo 201. Embora não seja tão minucioso quanto o artigo 40, o artigo 201 também avança para questões que normalmente deveriam ser tratadas pela legislação infraconstitucional, fixando, por exemplo, condições para concessão de aposentadoria.

Cumprir analisar, em poucas palavras, as partes do artigo 201 mais relevantes para a presente dissertação.

Determina a Constituição que a previdência seja “*organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que*

¹⁹⁶ ROCHA, Daniel Machado da. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. Pág. 40/41.

*preservem o equilíbrio financeiro e atuarial*¹⁹⁷. Estabelece, ainda, a cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; a proteção à maternidade, especialmente à gestante; a proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; o salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes¹⁹⁸.

De acordo com o §2º, nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo. Tal vinculação encontra crítica em parte da doutrina, que afirma se tratar de uma política de subsídio público aos benefícios previdenciários, a impactar o equilíbrio do sistema, e exigir transferência de recursos por parte do Tesouro¹⁹⁹.

O § 3º do art. 201 da CRFB/88 determina que todos os salários de contribuição considerados para o cálculo de benefício sejam atualizados, na forma da lei. Esta relação entre salário de contribuição e salário de benefício é um instrumento de garantia do equilíbrio econômico-atuarial do sistema, estabelecendo uma proporcionalidade entre o valor pago e recebido²⁰⁰. Também se pode afirmar que é um mecanismo de proteção do beneficiário contra a inflação, fenômeno que, por muitas décadas, foi crônico no Brasil, e ainda o era quando da edição da atual Constituição.

A respeito do §4ª, reporta-se ao item anterior.

2.1.2. Na Constituição portuguesa

Primeiramente, cumpre anotar que, diferentemente do que acontece no Brasil, a segurança social portuguesa não abrange o sistema de saúde, o qual é disciplinado de forma autônoma no artigo 64º da CRP.

O direito à segurança social está previsto no artigo 63º da Constituição portuguesa²⁰¹, em sua parte I, que trata dos direitos e deveres fundamentais. Ao contrário

¹⁹⁷ Art. 201, *caput*, CRFB/88.

¹⁹⁸ Incisos do artigo 201, CRFB/88.

¹⁹⁹ LEAL, Bruno Bianco; PORTELA, Felipe Mêmolo. *Previdência em Crise...* Pág. 56.

²⁰⁰ LEAL, Bruno Bianco; PORTELA, Felipe Mêmolo. *Previdência em Crise...* Pág. 55.

²⁰¹ Artigo 63.º - (Segurança social e solidariedade): 1. Todos têm direito à segurança social. 2. Incumbe ao Estado organizar, coordenar e subsidiar um sistema de segurança social unificado e descentralizado, com a participação das associações sindicais, de outras organizações representativas dos trabalhadores e de associações representativas dos demais beneficiários. 3. O sistema de segurança social protege os cidadãos na doença, velhice, invalidez, viuvez e orfandade, bem como no desemprego e em todas as outras situações de

da Constituição brasileira, a qual estabelece um desenho constitucional bastante minucioso, especialmente dos regimes previdenciários, a Constituição portuguesa é omissa quanto às pensões e prestações do sistema de segurança social, ficando esta matéria sujeita à livre disposição do legislador²⁰², razão pela qual a maior parte das modificações podem se realizar por meio da atuação legislativa regular. Anote-se que a liberdade de conformação inclui a possibilidade de *reformatio in pejus*²⁰³, a qual, no entanto, é menor no âmbito dos sistemas previdenciais tendo em vista que, embora não haja um vínculo direto entre as contribuições e o valor das pensões, o acesso às pensões pressupõe o pagamento das respectivas cotizações (princípio contributivo)²⁰⁴.

Identificam-se cinco requisitos constitucionais para o sistema de segurança social: a) deve constituir um sistema universal; b) deve ser um sistema geral ou integral; c) deve constituir um sistema unificado, formal e organicamente; d) deve ser um sistema descentralizado; e) deve ser um sistema participado²⁰⁵.

Ao afirmar que todos têm direito à segurança social, a Constituição consagra o princípio da universalidade. Pode-se entender o princípio de diversas formas. Por exemplo, como uma não opção do constituinte por limitar a proteção social aos nacionais portugueses, estendendo-se o direito a estrangeiros e apátridas, sem prejuízo, é certo, de alguma conexão territorial, ou no caso dos nacionais, da verificação da residência em Portugal²⁰⁶. A interpretação mais comum, no entanto, afirma que todas as pessoas devem ser incluídas, independentemente de sua situação profissional (afastando-se, assim, do modelo bismarckiano), bem como afastar a ideia de que a segurança social se limita aos

falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho. 4. Todo o tempo de trabalho contribui, nos termos da lei, para o cálculo das pensões de velhice e invalidez, independentemente do sector de actividade em que tiver sido prestado. 5. O Estado apoia e fiscaliza, nos termos da lei, a actividade e o funcionamento das instituições particulares de solidariedade social e de outras de reconhecido interesse público sem carácter lucrativo, com vista à prossecução de objectivos de solidariedade social consignados, nomeadamente, neste artigo, na alínea b) do n.º 2 do artigo 67.º, no artigo 69.º, na alínea e) do n.º 1 do artigo 70.º e nos artigos 71.º e 72.º

²⁰² CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada* – Vol. I. 4ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. Pág. 819.

²⁰³ MEDEIROS, Rui; MIRANDA, Jorge. *Constituição Portuguesa Anotada* – Vol. I. 2ª Ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017. Pág. 928.

²⁰⁴ MEDEIROS, Rui; MIRANDA, Jorge. *Constituição Portuguesa Anotada...* Pág. 934.

²⁰⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa...* Pág. 816.

²⁰⁶ LOUREIRO, João Carlos. “Constituição da Segurança Social: Sujeitos, Prestações e Princípios”. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. 84, 2008. Pág. 201.

mais necessitados²⁰⁷. Isto não significa, no entanto, que o acesso às prestações seja garantido a todas as pessoas²⁰⁸, podendo-se falar em uma universalidade na necessidade.

O princípio da generalidade ou integralidade decorre do número 3 do artigo 63º. Elencam-se alguns riscos sociais a serem cobertos pela segurança social, como doença, velhice, invalidez, viuvez, orfandade e desemprego. Há, ainda, uma cláusula geral, a prover a proteção contra “*todas as outras situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho*”. Para Maria Inês Martins, o princípio em causa demanda que o sistema de segurança social ofereça cobertura para quantos riscos sociais for possível²⁰⁹. João Carlos Loureiro, em formulação menos ambiciosa, afirma se tratar de uma abertura constitucional à proteção em face de novos riscos, sem significar que qualquer causa de diminuição de meios esteja coberta²¹⁰. Fato é que a eleição dos riscos sociais a serem cobertos está limitada, no máximo, pelos fatores financeiros e materiais e, no mínimo, pelo direito a uma sobrevivência minimamente condigna²¹¹.

O princípio da unidade do sistema de segurança social consta do número 2 do artigo 63º, significando que todos os mecanismos de segurança social devem estar integrados em um único sistema²¹², o que impediria a construção de outros sistemas privativos e substitutivos do regime geral, o que implicaria na inconstitucionalidade, por exemplo, da Caixa Geral de Aposentações, restrito a funcionários e agente do Estado²¹³;

O princípio da descentralização significa a autonomia, inclusive financeira, da segurança social em relação à administração central²¹⁴, mas também a necessária desconcentração territorial de modo a atender melhor a todos os beneficiários²¹⁵. Já a atribuição de uma natureza participativa à segurança social tem por objetivo permitir que os interessados influam sobre a definição e concretização das políticas públicas de segurança social.

²⁰⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa...* Pág. 816.

²⁰⁸ MEDEIROS, Rui; MIRANDA, Jorge. *Constituição Portuguesa Anotada...* Pág. 931.

²⁰⁹ MARTINS, Maria Inês de Oliveira. “Do Direito à Segurança Social”. Pág. 190.

²¹⁰ MARTINS, Maria Inês de Oliveira. “Do Direito à Segurança Social”. Pág. 191.

²¹¹ MEDEIROS, Rui; MIRANDA, Jorge. *Constituição Portuguesa Anotada...* Pág. 936.

²¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa...* Pág. 816.

²¹³ MARTINS, Maria Inês de Oliveira. “Do Direito à Segurança Social”. Pág. 190/191.

²¹⁴ MARTINS, Maria Inês de Oliveira. “Do Direito à Segurança Social”. Pág. 191.

²¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa...* Pág. 816/817.

Há, ainda, que afirme a existência de um princípio do primado da responsabilidade pública, que “*funda um dever do Estado de garantir o cumprimento das obrigações contributivas, em face do interesse público em causa*”²¹⁶.

Uma das poucas regras constitucionais acerca da conformação do sistema português de segurança social consta do número 4 do artigo 63º, o qual determina que todo tempo de trabalho seja considerado para o cálculo dos benefícios, ou direito ao aproveitamento total do tempo de serviço prestado pelo trabalhador. Trata-se, em verdade, de contagem de tempos de serviço juridicamente relevantes para a segurança social²¹⁷. Segundo Rui Medeiros, o direito em questão possui densificação suficiente para ser considerado como tendo estrutura análoga a dos direitos, liberdades e garantias²¹⁸.

Por fim, há que se mencionar o número 5, o qual prevê a possibilidade de atuação de entes privados no campo da segurança social, através da instituição de mecanismos de prestações complementares, de modo que se pode afirmar a inexistência de monopólio estatal em matéria de proteção social²¹⁹.

Ao permitir a atuação privada na segurança social, reconhece-se a existência, tal qual no direito brasileiro, de um pilar complementar, de modo que se pode afirmar que o regime português se assenta no tradicional modelo de três pilares: dois públicos e mandatários, sendo um assistencial e um previdenciário; e um terceiro privado, de caráter voluntário, baseado nas contribuições individuais²²⁰.

2.2. A sustentabilidade como vetor das reformas previdenciárias

2.2.1. O princípio constitucional da sustentabilidade

A questão da sustentabilidade é, sem dúvidas, um dos principais temas do direito constitucional contemporâneo. Segundo Peter Häberle, a sustentabilidade deve ser

²¹⁶ LOUREIRO, João Carlos. “Constituição da Segurança Social...”. Pág. 211.

²¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa...* Pág. 819.

²¹⁸ MEDEIROS, Rui; MIRANDA, Jorge. *Constituição Portuguesa Anotada...* Pág. 930.

²¹⁹ LOUREIRO, João Carlos. “Constituição da Segurança Social...”. Pág. 215/216.

²²⁰ Art. 23 da Lei de Bases da Segurança Social: “*O sistema de segurança social abrange o sistema de proteção social de cidadania, o sistema previdencial e o sistema complementar*”.

considerada um elemento estrutural típico do Estado Constitucional²²¹, um dos princípios estruturantes do direito constitucional.

A doutrina faz distinção entre a denominada sustentabilidade em sentido restrito ou ecológico e a sustentabilidade em sentido amplo. Em sentido restrito, a sustentabilidade “aponta para a proteção/manutenção a longo prazo de recursos através do planeamento, economização e obrigações de condutas e de resultados”²²². Entendida em sentido amplo, a sustentabilidade possui três diferentes dimensões (ou pilares, na dicção de Canotilho): uma sustentabilidade econômico-financeira, uma sustentabilidade social²²³ e a sustentabilidade ambiental, identificada com a sustentabilidade em sentido ecológico.

No âmbito das finanças públicas, a ideia motora da sustentabilidade é que o governo deve observar, ao mesmo tempo, limitações orçamentárias de caráter intertemporal e limitações de caráter estático (estas referentes ao calendário orçamentário). Para garantir a solvabilidade, é preciso que os superávits futuros excedam os déficits futuros em valor suficiente para cobrir a diferença entre a dívida inicial e a dívida terminal. Em um mundo ideal, o valor da dívida deve corresponder a zero, devendo a política fiscal futura garantir que o estoque da dívida seja pago²²⁴.

2.2.2. A sustentabilidade da segurança social

O quadro de crise do Estado Social, ao qual se fez referência na introdução, reduziu a capacidade de investimento dos Estados e trouxe a questão dos gastos públicos para o centro do debate constitucional. Segundo especialistas, saúde e segurança social correspondem a 40% de toda a despesa pública entre os países de economia desenvolvida²²⁵, de modo que qualquer discussão em torno da sustentabilidade das contas públicas passa por uma reflexão sobre os sistemas de segurança social.

O panorama acima indicado aponta para a necessidade de reformas dos sistemas de segurança social que, ao mesmo tempo que garantam a viabilidade das políticas previdenciárias, não afetem a capacidade dos regimes de dar resposta efetiva aos antigos e

²²¹ HÄBERLE, Peter. *apud* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional”. *Tékne*, Vol. VIII, nº 13, 2010. Pág. 8.

²²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “O Princípio da sustentabilidade...”. Pág. 9.

²²³ LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado Social?* Pág. 261.

²²⁴ GRECH, Aaron George. *The Social Sustainability of Pensions in Europe*. Pág. 87.

²²⁵ HARPER, Sarah. “The Challenges of Twenty-First Century Demography”. Pág. 23.

novos riscos sociais. Se, por um lado, é preciso reduzir as despesas dos Estados de modo a garantir a saúde das contas públicas e a capacidade de financiamento externo, por outro não se deve descurar do cidadão em situação de risco social, o qual deve ser eficazmente protegido. É uma tarefa hercúlea promover o difícil equilíbrio entre a sustentabilidade financeira e a adequação dos benefícios e serviços oferecidos pela previdência social.

Sob o ponto de vista da segurança social, a sustentabilidade se refere, cumulativamente, à exigência de recursos econômico-financeiros e “*a sua defensibilidade em termos de impacto no tecido social*”²²⁶. “*A sustentabilidade econômica, é sempre importante recordar, não é um fim em si mesmo, senão um meio pelo qual projeta alcançar a proteção da vida humana e o bem-estar e a justiça sociais*”²²⁷.

A sustentabilidade, no âmbito da segurança social, atua como princípio conformador, estabelecendo um dever de ação, mas também como limite à conformação, cabendo ao legislador prever cláusulas e mecanismos de sustentabilidade²²⁸. Em uma situação limite, em que a própria capacidade de funcionamento do sistema de segurança social estivesse em jogo, o princípio da sustentabilidade autorizaria a redução global das pensões, respeitado o mínimo para uma existência condigna e os demais ditames constitucionais, especialmente o princípio da proporcionalidade²²⁹. No entanto, a ideia de sustentabilidade não pode ser utilizada exclusivamente como razão para promover cortes nos gastos com a segurança social, mas também para promover a adequação do sistema às novas condições socioeconômicas de cada sociedade.

A história ensina que é possível ter economias eficientes e, ao mesmo tempo, regimes de segurança social efetivos. As políticas de proteção social são parceiras no desenvolvimento e crescimento, podendo mesmo ser consideradas um fator produtivo positivo²³⁰. Estabelecer benefícios de segurança social básicos para todos ajuda a transformar o crescimento econômico em desenvolvimento socioeconômico sustentável²³¹.

²²⁶ LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado Social?* Pág. 128.

²²⁷ ROCHA, Daniel Machado da; SAVARIS, José Antônio. *Curso de Direito Previdenciário, Vol. I: Fundamentos de Interpretação e Aplicação do Direito Previdenciário*. Curitiba: Alteridade Editora, 2014. Pág. 124.

²²⁸ LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado Social?* Pág. 128.

²²⁹ LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado Social?* Pág. 128/129.

²³⁰ CICHON, Michael; HAGEMEJER, Krzysztof. “Changing the development policy paradigm: Investing in a Social Security floor for all”. *International Social Security Review*, Vol. 60, 2-3/2007. Pág. 190/191.

²³¹ CICHON, Michael; HAGEMEJER, Krzysztof. “Changing the development policy paradigm...” Pág. 182.

Estudos mostram que pessoas com um mínimo de proteção material estão mais dispostas a correr os riscos de um empreendimento²³².

As despesas com a segurança social devem ser consideradas como meios destinados à satisfação de um objetivo: a redução da pobreza e a substituição dos rendimentos de quem não pode ou deve trabalhar²³³. As transferências sociais são ferramentas-chave na abolição e prevenção da pobreza, e mais eficazes que o mero crescimento econômico. Em momentos de catástrofe, a segurança social funciona como importante elemento de garantia da coesão social²³⁴.

Isto significa que o conceito de sustentabilidade deve ir além do mero aspecto financeiro e considerar que um sistema de segurança social inadequado é fonte de instabilidade. Uma excessiva redução na proteção social pode resultar no desfazimento de reformas já realizadas e pode ter danosas consequências sociais. Para ser sustentável é preciso que haja um equilíbrio financeiro, de um lado, mas também que o sistema seja capaz de responder adequadamente aos riscos sociais, preferencialmente em uma fórmula que permite a adaptabilidade do modelo às modificações sociais que forem ocorrendo ao longo do tempo²³⁵.

Muitos especialistas sustentam que intensificar as políticas de bem-estar social é um mecanismo importante de fortalecimento da economia. A proteção social é essencial não apenas para o cidadão, mas para o próprio funcionamento da economia e da sociedade, na medida em que, por exemplo, garante o poder de consumo do beneficiário, impactando de forma positiva o mercado de trabalho. Há também um papel importantíssimo na manutenção da paz e coesão social²³⁶.

Maria Inês Martins faz relevante crítica quanto ao modo como a questão da sustentabilidade financeira dos sistemas de segurança social em modelo de repartição. Sendo a variável que realmente importa a relação entre o número de pessoas que integram a população ativa e, portanto, financiam o sistema, e número de beneficiários, o debate em torno da sustentabilidade não se deve limitar à reforma dos sistemas de pensões, mas

²³² CICHON, Michael; HAGEMEJER, Krzysztof. "Changing the development policy paradigm..." Pág. 192.

²³³ GRECH, Aaron George. *The Social Sustainability of Pensions in Europe*. Saarbrücken: Scholar's Press, 2015. Pág. 68.

²³⁴ CICHON, Michael; HAGEMEJER, Krzysztof. "Changing the development policy paradigm..." Pág. 175.

²³⁵ GRECH, Aaron George. *The Social Sustainability of Pensions in Europe*. Pág. 90.

²³⁶ SCHERMAN, K. G. *A New Social Security Reform Consensus? The ISSA's Stockholm Initiative*. *International Social Security Review*, Vol. 53, 1/2000. Pág. 67

estender-se às políticas públicas de incentivo ao emprego²³⁷.

Importante anotar que existem alguns consensos estabelecidos entre os especialistas em segurança social a respeito das reformas dos sistemas de proteção social: a) o objetivo básico da proteção social é a redução da pobreza, mas também diluir os riscos entre os cidadãos; b) a proteção social é uma responsabilidade do Estado; c) não há soluções fáceis, já que todas apresentam riscos e precisam considerar interesses divergentes; d) não é possível criar um único projeto que seja adequado para todos os lugares, devendo cada país construir sua própria solução a partir da experiência internacional e de suas próprias particularidades²³⁸.

2.2.3. A sustentabilidade e a questão intergeracional

A ideia de justiça intergeracional está subjacente ao princípio da sustentabilidade²³⁹. A inversão da pirâmide populacional fez com que o número de pessoas que contribuem para os sistemas de segurança social se tornasse próximo ao número daqueles que dependem das prestações e benefícios sociais. Tal fato provocou, por exemplo, o aumento das contribuições sociais, com impacto negativo sobre o custo do trabalho, o que provoca, dentre outras externalidades negativas, a diminuição da oferta de emprego formal. Este quadro é particularmente problemático nos sistemas previdenciários que adotam o regime de repartição simples.

Um segundo problema decorre do fato de os trabalhadores ativos estarem sendo chamados a arcar com o financiamento de um sistema de proteção social do qual provavelmente não poderão se beneficiar. O panorama delineado na introdução demonstra que a tendência é que haja diminuição das coberturas sociais, de modo que pode restar frustrada a expectativa daqueles que, após uma longa vida contributiva, receberão pensões reduzidas ou terão que enfrentar requisitos mais gravosos para acessá-las.

Uma terceira questão diz respeito à constante necessidade de os Estados recorrerem aos mercados como forma de financiarem os déficits públicos, o que aumenta o

²³⁷ MARTINS, Maria Inês de Oliveira. "Do Direito à Segurança Social". Pág. 195.

²³⁸ SCHERMAN, K. G. *A New Social Security Reform Consensus?* Pág. 70.

²³⁹ LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado Social?* Pág. 261.

endividamento público, comprometendo a capacidade das gerações futuras de financiarem e concretizarem seus próprios projetos.

Desta forma, pode-se afirmar que a preocupação com a sustentabilidade deve levar em consideração não apenas o equilíbrio momentâneo das contas públicas e a adequação das prestações, mas também os impactos que os compromissos assumidos no tempo presente terão sobre as gerações futuras.

2.2.4. A sustentabilidade da segurança social no direito brasileiro e português

No âmbito do direito constitucional brasileiro, pode-se afirmar que a sustentabilidade da segurança social encontra fundamento na Emenda Constitucional nº 20/98, que incluiu expressamente no artigo 201 a determinação de observância de critérios que garantam o equilíbrio financeiro e atuarial do RGPS. A mesma emenda introduziu disposição semelhante também no artigo 40, que regula os regimes próprios de previdência social. Trata-se, assim, de princípio organizador de todo o sistema de previdência pública.

A doutrina brasileira sustenta que o desejo do constituinte reformador é que a técnica protetiva detenha “*solvência e liquidez, as fontes de custeio diretamente proporcionalizadas as despesas operacionais, vale dizer, o buscado ponto de consenso e que, concomitantemente, ele seja financeiro e atuarial*”.²⁴⁰

As noções de equilíbrio financeiro e de equilíbrio atuarial não se confundem. Em um sistema de repartição simples, como o brasileiro, o equilíbrio financeiro se verifica quando as contribuições vertidas em um determinado período são suficientes para o pagamento total dos benefícios em manutenção.²⁴¹ Nas palavras de Fábio Zambitte Ibrahim:

“Sucintamente, pode-se entender o equilíbrio financeiro como o saldo zero ou positivo do encontro entre receitas e despesas do sistema. Seria, pois, a manutenção do adequado funcionamento do sistema no momento atual e futuro, com o cumprimento de todas as obrigações pecuniárias, decorrentes de pagamentos de benefícios previdenciários. Para tanto, o

²⁴⁰ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário*. 4ª Ed. São Paulo: Ltr, 2001. Pág. 92.

²⁴¹ ROCHA, Daniel Machado da. *O Direito Fundamental à Previdência Social...* Pág. 157.

administrador do sistema previdenciário deve preocupar-se com a garantia da arrecadação, evitando, de toda forma, flutuações danosas ao equilíbrio das contas”.²⁴²

O equilíbrio atuarial, por sua vez:

“diz respeito à estabilização da massa, isto é, ao controle e prevenção de variações graves no perfil de clientela, como, por exemplo, grandes variações no universo de segurados ou amplas reduções de remuneração, as quais trazem desequilíbrio ou amplas reduções de remuneração, as quais trazem desequilíbrio ao sistema projetado. É um equilíbrio financeiro de longo prazo”.²⁴³

No âmbito do direito constitucional português, a sustentabilidade é mencionada apenas no domínio ambiental, mas a doutrina o considera um princípio multidimensional, o qual deve ser compreendido como princípio constitucional²⁴⁴.

Também se pode extrair a ideia da sustentabilidade como valor do sistema português de segurança social a partir do artigo 4º da Lei de Bases da Segurança Social, o qual estabelece dentre os objetivos prioritários “a melhoria sustentada das condições e dos níveis de protecção social” e a “promoção da eficácia do sistema e a eficiência da sua gestão”. Também merecem destaque o artigo 13º, o qual afirma o princípio da coesão intergeracional (“implica um ajustado equilíbrio e equidade geracionais na assunção das responsabilidades do sistema”, bem como, sob o ângulo da sustentabilidade social, o artigo 19º, que diz respeito ao princípio da eficácia (“consiste na concessão oportuna das prestações legalmente previstas, para uma adequada prevenção e reparação das eventualidades e promoção de condições dignas de vida”).

2.3.Tendências de reforma dos sistemas previdenciários

Desde os anos 1970 vem ocorrendo um consistente movimento de reformas dos sistemas de segurança social ao redor do mundo. Em um primeiro momento, estas reformas se limitaram a aumentar o valor das contribuições ou reduzir suavemente o valor das pensões, com modificação nos índices de indexação. É partir dos anos 1990 que

²⁴² IBRAHIM, Fábio Zambitte. *A Previdência Social no Estado Contemporâneo...* Pág. 171.

²⁴³ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *A Previdência Social no Estado Contemporâneo...* Pág. 171.

²⁴⁴ LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado Social?* Pág. 262.

começam a ocorrer reformas mais radicais, como a diminuição progressiva do valor das rendas, introdução de programas baseados em fundos privados, desenvolvimento de políticas públicas de incentivo à contratação de idosos e criação de regras que adiassem de forma compulsória ou voluntária (através de incentivos) as aposentadorias²⁴⁵.

Nos últimos anos houve uma diminuição no ritmo das reformas entre os países da OCDE e do G-20, mas permanecem as preocupações com a sustentabilidade e a adequação dos sistemas. Espera-se que o percentual das despesas continue crescendo em relação ao PIB, ao mesmo tempo que as recentes reformas devem afetar a adequação da renda, especialmente para trabalhadores pobres e de baixa qualificação²⁴⁶. A grande dificuldade que se impõe na realização das reformas é descobrir de que forma se pode garantir, ao mesmo tempo, a sustentabilidade dos regimes de segurança social, mantendo a adequação dos benefícios e serviços prestados à população protegida.

2.3.1. Modelos de organização da segurança social

Antes de prosseguir, é preciso indicar, brevemente, quais são os modelos mais comuns de organização da segurança social.

Basicamente há dois regimes de financiamento: repartição simples, também chamado *pay-as-you-go*, e capitalização.

No regime de repartição simples existe um fundo comum, para onde vertem todas as contribuições, o qual financia os benefícios e serviços prestados pela rede de segurança social. Este regime tem por pressuposto o pacto intergeracional, ou seja, os ativos, em geral os mais jovens, financiam os benefícios dos inativos, normalmente os mais velhos²⁴⁷.

Este modelo permite a maior diluição dos riscos sociais, sendo especialmente relevante no caso de benefícios não programados, como aqueles decorrentes da incapacidade laborativa ou da pensão por morte. Por outro lado, é mais suscetível às mudanças demográficas e crises econômicas, de modo que estão sempre a exigir alterações que preservem o equilíbrio entre receitas e despesas²⁴⁸.

²⁴⁵ GRECH, Aaron George. *The Social Sustainability of Pensions in Europe*. Saarbrücken: Scholar's Press, 2015. Pág. 62.

²⁴⁶ OECD. *Pensions at a Glance 2017: OECD and G20 Indicators*. Paris: OECD Publishing, 2017. Pág. 16.

²⁴⁷ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *A Previdência Social no Estado Contemporâneo...* Pág. 172.

²⁴⁸ LEAL, Bruno Bianco; PORTELA, Felipe Mêmolo. *Previdência em Crise...* Pág. 37/38.

O sistema de capitalização, ancorado em contas individuais ou coletivas, torna cada geração responsável por si própria. Os recursos arrecadados são destinados a um fundo, a partir do qual serão feitos investimentos com a intenção de obter rendimentos que se incorporarão ao próprio fundo. Ao preencher os requisitos para obter a prestação devida, o segurado terá seu benefício pago de acordo com as contribuições e a rentabilidade obtida. Neste caso, não há pacto intergeracional²⁴⁹.

A previdência fica protegida das mudanças demográficas e menos exposta às crises econômicas, além de não se transferir ônus excessivos para as futuras gerações. No entanto, o rendimento dos fundos demanda grande capacidade de gestão e fica sujeito às suscetibilidades do mercado, de modo que o benefício pode ser insuficiente para o sustento do indivíduo ou, em casos extremos, levar a uma situação de desamparo total²⁵⁰.

Em termos de benefícios, também são dois os regimes: contribuição definida ou benefício definido. Neste último caso, o valor a ser pago é previamente estabelecido, ou existe pelo menos uma metodologia de cálculo pré-fixada, desvinculada do montante total e da rentabilidade do capital²⁵¹. Via de regra este regime de benefício se comunica com os modelos de repartição simples.

No regime de contribuição definida, os benefícios são calculados com base no valor das contribuições individuais e dos rendimentos, podendo haver a separação em contas individuais ou não. Este modelo de benefício normalmente é o utilizado nos sistemas de capitalização²⁵².

2.3.2. Classificação das reformas dos sistemas de segurança social

As reformas dos sistemas de segurança social podem ser classificadas em duas espécies: paradigmática, também chamada sistêmica, ou paramétrica.

A primeira categoria envolve transformações de fundo, estruturais, que atacam os fundamentos do modelo vigente com a intenção de adotar um novo regime. Como exemplo pode-se citar a passagem de um modelo de repartição, em que os inativos são financiados pelos ativos, para um modelo de capitalização individual, em que há contas individuais que

²⁴⁹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *A Previdência Social no Estado Contemporâneo...* Pág. 172.

²⁵⁰ LEAL, Bruno Bianco; PORTELA, Felipe Mêmolo. *Previdência em Crise...* Pág. 38.

²⁵¹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *A Previdência Social no Estado Contemporâneo...* Pág. 181.

²⁵² IBRAHIM, Fábio Zambitte. *A Previdência Social no Estado Contemporâneo...* Pág. 182.

custearão a inatividade daquela pessoa específica.

A segunda categoria implica em mudanças menos ambiciosas, que modificam parâmetros sem maiores transformações na estrutura do sistema. Pode-se mencionar como exemplo a modificação dos requisitos para acesso aos benefícios, a majoração das taxas destinadas ao financiamento do regime e a redução do valor da renda paga aos beneficiários²⁵³. Nestes casos o design geral fica mantido, sendo efetuados apenas ajustes que não comprometem a identidade do modelo utilizado.

2.3.3. Algumas tendências em termos de reformas paradigmáticas

Aaron Grech aponta que as reformas paradigmáticas mais comuns foram aquelas que introduziram o sistema de três pilares ou degraus, ou que adotaram um modelo de benefícios denominado NDC (*notional defined contribution*), um híbrido entre o regime de benefício definido e de contribuição definida²⁵⁴.

O modelo NDC busca emular o modelo de contribuição definida. Organizam-se contas, para onde são destinados os valores das contribuições, aos quais são aplicados uma taxa de retorno. Este valor, no entanto, não decorre do investimento da quantia, sendo estabelecido pelo governo. O regime de financiamento continua a ser de repartição simples, mas o cálculo das prestações levará em conta o valor das contribuições vertidas pelo beneficiário. A grande vantagem do modelo seria a possibilidade de ajustamento da taxa de retorno de acordo com as modificações na expectativa de sobrevivência²⁵⁵.

O modelo de três pilares, propagado pelo Banco Mundial, Organização Internacional do Trabalho e União Europeia, com algumas distinções, consiste em uma organização da segurança social baseada em graus de proteção: um nível elementar, de tendência universalista e vinculado à ideia de mínimos sociais, com caráter redistributivo; um nível intermediário, de caráter mandatório, financiado pelos próprios destinatários da proteção social, podendo ser controlado pelo poder público ou pela iniciativa privada; e um terceiro nível, de caráter complementar e facultativo, destinado aqueles que desejem e

²⁵³ TURNER, John A. *Sustaining Social Security in an Era of Population Aging*. Kalamazoo: W.E. Upjohn Instituto for Employment Research, 2016. Pág. 2.

²⁵⁴ GRECH, Aaron George. *The Social Sustainability of Pensions in Europe*. Pág. 69.

²⁵⁵ WORLD BANK. *Notional accounts: Notional defined contribution plans as a pension reform strategy*. Disponível em <http://siteresources.worldbank.org/INTPENSIONS/Resources/395443-1121194657824/PRPNoteNotionalAccts.pdf>. Acesso em 08/07/2018 às 20:06h.

possam contribuir para obter maior segurança financeira na inatividade²⁵⁶.

Como mencionado anteriormente, Portugal e Brasil adotam o modelo de três pilares, na medida em que as legislações de ambos os países preveem técnicas para garantir mínimos sociais, bem como estabelecem regimes de proteção social mandatórios, além de permitirem a existência de regimes de proteção complementar, geridos pelas iniciativas privadas.

2.3.4. Algumas tendências em termos de reformas paramétricas

Uma das principais fontes de pressão sobre os sistemas de segurança social é o envelhecimento da população, um fenômeno que, embora atinja especialmente os países desenvolvidos, também vem se refletindo na Ásia, América Latina, e mesmo algumas partes do continente asiático. Os especialistas apontam como características da demografia do século XXI a redução do número de nascimentos, a estabilização do número de habitantes do planeta e o envelhecimento da população global²⁵⁷.

Ocorre que a sustentabilidade dos regimes previdenciários exige altas taxas de crescimento dos salários, de natalidade e de participação na força de trabalho, especialmente nos sistemas que utilizam a técnica da repartição simples²⁵⁸. É exatamente o inverso do que vem acontecendo nestas duas primeiras décadas do século XXI, e que tem contribuído para aumentar a pressão sobre as contas dos sistemas de proteção social.

Como resposta a este problema, políticas que limitem ou adiem a aposentadoria vão sendo colocadas em prática. No âmbito europeu, por exemplo, vem ocorrendo o aumento da idade para concessão de aposentadoria, com redução do valor das pensões para aqueles que desejem antecipar a inatividade. Em alguns casos introduziu-se uma vinculação entre a expectativa de vida e a idade mínima, de modo que esta é automaticamente corrigida conforme os dados estatísticos vão sendo atualizados²⁵⁹.

²⁵⁶ RECH, Aaron George. *The Social Sustainability of Pensions in Europe*. Pág. 40.

²⁵⁷ HARPER, Sarah. "The Challenges of Twenty-First Century Demography" in *Challenges of Aging: Pensions, Retirement and Generational Justice*. Cornelius Torp (Ed.) New York: Palgrave MacMillan, 2015. Pág. 17.

²⁵⁸ BAUKNECHT, Jürgen; NAEGELE, Gerhard. "Delaying Retirement in Germany and Europe". in *Challenges of Aging: Pensions, Retirement and Generational Justice*. Cornelius Torp (Ed.) New York: Palgrave MacMillan, 2015. Pág. 181.

²⁵⁹ BAUKNECHT, Jürgen; NAEGELE, Gerhard. "Delaying Retirement in Germany and Europe". Pág. 182/185.

Falando em termos de opção individual, esta espécie de exigência certamente não é boa para todos. Enquanto alguns podem querer permanecer no mercado de trabalho, por diversos motivos como remuneração, laços sociais ou, simplesmente, gosto pessoal, outros podem desejar a inatividade o quanto antes por razões de saúde, pela necessidade de auxiliar familiares ou, simplesmente, para perseguir outros interesses pessoais²⁶⁰.

Em termos institucionais, o aumento da idade para aposentação contribui tanto para a sustentabilidade financeira dos sistemas previdenciários quanto para, a depender das regras em vigor, da adequação do valor das pensões. A medida, de um lado, aumenta a arrecadação por força da extensão da carreira contributiva e, de outro, diminui as despesas pela redução do período de pagamento do benefício²⁶¹. Por outro lado, pode ser difícil para os mais velhos permanecer no mercado de trabalho, o que pode fazer com que a fixação de idade mínima para aposentação se torne uma iniquidade. Há preconceito contra pessoas de idade avançada, tidas como menos produtivas e incapazes de se adaptar às novas realidades e desafios²⁶².

Outro mecanismo que vem sendo bastante utilizado é a aposentadoria flexível, a qual consiste na possibilidade de se obter uma aposentadoria (integral ou parcial), enquanto o indivíduo permanece no mercado de trabalho, normalmente com redução da jornada ou simplesmente aguardando a decisão de se afastar da atividade laboral²⁶³. Enquanto técnica para adiar a inatividade, normalmente consiste no pagamento de uma pensão reduzida durante determinado período ou na possibilidade de contabilizar contribuições vertidas após a aposentadoria para atualização do valor do benefício.

A segunda medida consiste na redução do valor dos benefícios ou na redução do prazo para recebimento das prestações.

Como exemplo de redução de prazo, pode-se citar a recente alteração no regime da pensão por morte em favor do cônjuge/companheiro no Brasil, que acabou com a regra da vitaliciedade do benefício. Introduziu-se períodos variáveis para gozo da pensão com

²⁶⁰ OECD. *Pensions at a Glance 2017: OECD and G20 Indicators*. Pág. 42.

²⁶¹ OECD. *Pensions at a Glance 2017: OECD and G20 Indicators*. Pág. 21.

²⁶² OECD. *Pensions at a Glance 2017: OECD and G20 Indicators*. Pág. 43.

²⁶³ OECD. *Pensions at a Glance 2017: OECD and G20 Indicators*. Pág. 12.

base no tempo de contribuição do falecido, na duração do casamento ou união estável e na idade do dependente²⁶⁴.

A redução do valor das pensões pode ser feita de maneiras diversas. No caso de benefícios já em manutenção, de duas formas: primeira, com a efetiva diminuição do valor da renda mensal destinada ao beneficiário; segunda, por meio da utilização de um índice de correção da renda menos favorável, até inferior à inflação. Durante a carreira contributiva, por meio da aplicação de uma menor taxa de rendimento, no caso dos regimes de contribuição definida, ou por uma regra legal de correção e atualização monetária que imponha índices menos favoráveis, nos demais casos²⁶⁵.

Por fim, uma terceira técnica consiste no aumento das condicionalidades, de modo a dificultar o acesso às prestações sociais. Pode-se, por exemplo, aumentar o período carencial ou ampliar os períodos depois do qual se pode requisitar um segundo seguro-desemprego. Limitar a concessão de determinadas prestações aos beneficiários em situações de maior vulnerabilidade social também tem sido uma política bastante utilizada.

2.3.5. O atual projeto brasileiro de reforma da previdência

No final do ano de 2016, o governo federal apresentou uma proposta de emenda constitucional com o objetivo de alterar diversos dispositivos da constituição brasileira, afirmando a necessidade de aumentar a sustentabilidade do sistema de seguridade social. A proposta foi, posteriormente, alterada de modo a alcançar algum consenso entre os parlamentares que permitisse, ao menos, que a matéria fosse discutida em plenário. É este segundo texto que será objeto de breve análise: a PEC nº 287-A/2016.

²⁶⁴ Art. 77. (...) § 2º O direito à percepção de cada cota individual cessará: (...) V - para cônjuge ou companheiro: a) se inválido ou com deficiência, pela cessação da invalidez ou pelo afastamento da deficiência, respeitados os períodos mínimos decorrentes da aplicação das alíneas “b” e “c”; b) em 4 (quatro) meses, se o óbito ocorrer sem que o segurado tenha vertido 18 (dezoito) contribuições mensais ou se o casamento ou a união estável tiverem sido iniciados em menos de 2 (dois) anos antes do óbito do segurado; c) transcorridos os seguintes períodos, estabelecidos de acordo com a idade do beneficiário na data de óbito do segurado, se o óbito ocorrer depois de vertidas 18 (dezoito) contribuições mensais e pelo menos 2 (dois) anos após o início do casamento ou da união estável: 1) 3 (três) anos, com menos de 21 (vinte e um) anos de idade; 2) 6 (seis) anos, entre 21 (vinte e um) e 26 (vinte e seis) anos de idade; 3) 10 (dez) anos, entre 27 (vinte e sete) e 29 (vinte e nove) anos de idade; 4) 15 (quinze) anos, entre 30 (trinta) e 40 (quarenta) anos de idade; 5) 20 (vinte) anos, entre 41 (quarenta e um) e 43 (quarenta e três) anos de idade; 6) vitalícia, com 44 (quarenta e quatro) ou mais anos de idade.

²⁶⁵ BARR, Nicholas. “Credit crisis and pensions: international scope”. *The Future of Multi-Pillar Pensions*. Edited by Lans Bovenberg, Caspen van Ewijk, Ed Westerhout. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. Pág. 98.

Como justificativa para a necessidade das alterações, aponta-se o acelerado processo de envelhecimento da população, decorrente da redução da taxa de fecundidade e do aumento da expectativa de sobrevivência, a qual, aos 65 anos de idade, aumentou de 12 para 18,4 anos entre 1980 e 2015²⁶⁶. Os indicadores demográficos apontam para uma redução expressiva da população ativa nos próximos quarenta anos, somado a um aumento de quase 270% no número de pessoas com mais de 65 anos²⁶⁷.

Além da questão demográfica, são apontadas como razões para reforma distorções e inconsistências que devem ser enfrentadas: regras para concessão e financiamento dos benefícios rurais; readequação dos benefícios assistenciais; a persistência de regimes específicos para algumas categorias; e a disparidade das regras que regem o RGPS e o RPPS²⁶⁸.

As principais propostas em discussão no presente momento são: a) a fixação de uma idade mínima para aposentadoria, tanto no regime geral quanto nos regimes próprios de previdência social; b) a convergência das regras previdenciárias entre os setores público e privado; c) alteração das regras de aposentadorias especiais (que permitem a jubilação com menor idade e tempo de contribuição para determinadas categorias); d) promover a igualdade de requisitos para homens e mulheres; e) alterar regras da previdência rural, da pensão por morte e do benefício assistencial de prestação continuada.

Dentre as principais propostas, certamente o estabelecimento da idade mínima enfrenta maior resistência entre opinião pública e a oposição.

Segundo a exposição de motivos da PEC, a ausência de um limite etário mínimo faz com que o Brasil tenha uma idade média de jubilação bastante inferior à média internacional, fenômeno agravado se consideradas apenas a aposentadoria por tempo de contribuição²⁶⁹. Dentre outras questões, a ausência de idade mínima como requisito para concessão de aposentadoria transforma o benefício previdenciário em complemento de renda para um indivíduo que ainda possui capacidade produtiva²⁷⁰, o que viola a própria justificativa para existência do benefício.

²⁶⁶ BRASIL. Proposta de Emenda Constitucional nº 287-A/2016. Texto disponível em https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=25C5BF7E0DC358197F5DF5A1921B5A0B.proposicoesWebExterno1?codteor=1521447&filename=Avulso+-PEC+287/2016. Pág. 15.

²⁶⁷ BRASIL. Proposta de Emenda Constitucional nº 287-A/2016. Pág. 16.

²⁶⁸ BRASIL. Proposta de Emenda Constitucional nº 287-A/2016. Pág. 17.

²⁶⁹ BRASIL. Proposta de Emenda Constitucional nº 287-A/2016. Pág. 19/20.

²⁷⁰ LEAL, Bruno Bianco; PORTELA, Felipe Mêmolo. *Previdência em Crise...* Pág. 64.

Para melhor compreensão, cumpre anotar que o regime geral de previdência brasileiro oferece duas espécies de aposentadorias: por idade, concedida àqueles que completarem o requisito etário e a carência; por tempo de contribuição, concedida a quem completar os requisitos, com o perdão da redundância, tempo de contribuição e carência. É que esta segunda modalidade de aposentadoria não prevê um requisito etário, o que vem permitindo a indivíduos que começaram a carreira contributiva muito cedo a aposentação prematura.

Exemplifique-se. O direito brasileiro admite a averbação como tempo de contribuição de períodos laborados na agricultura em regime de economia familiar²⁷¹. A jurisprudência nacional considera possível de anotação os períodos de trabalho exercidos a partir dos 12 anos de idade²⁷². Sendo assim, é possível imaginar que um homem que tenha trabalhado ininterruptamente a partir dos 12 anos de idade consiga obter aposentadoria integral aos 47 anos. Sendo mulher, a aposentadoria poderá ser obtida aos 42 anos.

Existem ainda outras hipóteses que autorizam a contabilização de tempo ficto de contribuição, como o tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. Neste caso há um acréscimo de 40% no tempo de contribuição, caso os requisitos para concessão de aposentadoria especial não tenham sido alcançados.

Este quadro, aliado ao envelhecimento populacional, pressiona a sustentabilidade do sistema, já que as aposentadorias são pagas por períodos cada vez mais longos. Some-se a este problema a questão da redução da população ativa, o problema da informalização e

²⁷¹ Art. 12. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas: (...) VII – como segurado especial: a pessoa física residente no imóvel rural ou em aglomerado urbano ou rural próximo a ele que, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros a título de mútua colaboração(...). § 1º Entende-se como regime de economia familiar a atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e ao desenvolvimento socioeconômico do núcleo familiar e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados permanentes.

²⁷² PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. RECONHECIMENTO DO TRABALHO RURAL DO MENOR DE 14 ANOS. CABIMENTO. DESNECESSIDADE DE CONTRIBUIÇÕES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. É assente na Terceira Seção desta Corte de Justiça o entendimento de que, comprovada a atividade rural do trabalhador menor de 14 (catorze) anos, em regime de economia familiar, esse tempo deve ser computado para fins previdenciários. 2. Não é exigível o recolhimento das contribuições previdenciárias relativas ao tempo de serviço prestado pelo segurado como trabalhador rural, em período anterior à vigência da Lei 8.213/91, para fins de aposentadoria urbana pelo Regime Geral da Previdência Social – RGPS. 3. Recurso especial conhecido pela alínea a e, nessa extensão, provido para reconhecer o tempo de serviço rural prestado dos 12 (doze) aos 14 (catorze) anos. (RESP 200300219513, ARNALDO ESTEVES LIMA - QUINTA TURMA, DJ DATA:18/09/2006 PG:00350. DTPB:.)

“pejotização²⁷³” do trabalho e a crise econômica que vem assolando o país desde 2014. Tem-se uma bomba-relógio montada, prestes a explodir.

2.4. Alguns limites constitucionais às reformas previdenciárias

O grau de conformação do direito à segurança varia de acordo com o desenho constitucional de cada Estado. Como visto anteriormente, o direito brasileiro possui balizas mais estreitas, limitando a atuação do legislador e do constituinte derivado de maneira mais significativa que o direito português.

No entanto, qualquer seja o grau de liberdade que se atribua ao legislador ordinário, a atuação legislativa estará limitada a normas e princípios constitucionais aplicáveis²⁷⁴. Neste tópica busca-se identificar alguns limites que impõem ao legislador, seja ordinário, seja o constituinte derivado, no momento de promover alterações nos sistemas de segurança social.

2.4.1. Princípio da solidariedade

O princípio da solidariedade constitui a pedra angular na construção dos sistemas de segurança social, não sendo possível a instituição de políticas públicas de proteção social que não sejam fundadas na solidariedade geral²⁷⁵. Mas qual é o sentido que carrega a palavra? De que forma ela justifica e conforma a existência de um direito à segurança social?

A palavra solidariedade possui múltiplas acepções, mas sempre traz em si a ideia de um vínculo de responsabilidade e reciprocidade. Kurt Bayertz, no ensaio *Four Uses of “Solidarity”*, indica quatro possíveis usos para a palavra. No primeiro uso, a solidariedade aparece como um vínculo que une todos os seres humanos em uma grande comunidade

²⁷³ “A pejotização consiste na contratação, pelo empregador, de empregados sob a forma de pessoa jurídica para uma suposta prestação de serviços, no intuito de falsear a relação de emprego que de fato acontece e, dessa forma, livrar-se dos encargos trabalhistas devidos na relação empregatícia”. CHAGAS, Carulina de Freitas. “Pejotização e fraude aos direitos trabalhistas”. *Revista Fórum Trabalhista*. Belo Horizonte, ano 4, n. 19, out./dez. 2015. Pág. 27.

²⁷⁴ MEDEIROS, Rui; MIRANDA, Jorge. *Constituição Portuguesa Anotada...* Pág. 929.

²⁷⁵ ROCHA, Daniel Machado da; SAVARIS, José Antônio. *Curso de Direito Previdenciário...* Pág. 124.

moral²⁷⁶. Em sua segunda fórmula, a solidariedade é entendida como a coesão em uma comunidade estreita e mais limitada, incluindo as obrigações resultantes. Trata-se do cimento que mantém a sociedade unida^{277/278}. A terceira acepção de solidariedade é encontrada na formação de grupos com o propósito de lutar por interesses comuns, como é o caso dos sindicatos. Trata-se de uma solidariedade cuja característica própria é a existência de um oponente²⁷⁹. O quarto significado de solidariedade se refere à justificativa para a redistribuição de recursos, feita pelo Estado, em benefício de pessoas ou grupos materialmente necessitados. Funciona como instrumento de legitimação do Estado Social. Neste caso a solidariedade não fica no mero plano das ideias, mas é juridicamente institucionalizada²⁸⁰. É este último prisma que mais interesse à presente dissertação.

A ideia de solidariedade já se fazia presente na gênese dos primeiros sistemas de previdência social, de caráter mutualista, em que sobressaía o vínculo de grupo²⁸¹, normalmente de caráter profissional/corporativo. Com Bismarck surge um sistema institucional de solidariedade, impositivo, o qual contribuiu para o nascimento de um sentimento de pertença social, decorrente da distribuição dos riscos por todos os participantes do sistema²⁸². A introdução de um seguro obrigatório representou uma quebra com a tradição liberal²⁸³.

O significado que se atribui à solidariedade depende da orientação política ou filosófica²⁸⁴, podendo se apresentar de diversas maneiras: ter um caráter autoritário ou democrático, funcionalizado ou efetivamente voltado ao desenvolvimento da pessoa. Pode ter expressão comunitária, familiar, societária etc., mas, enquanto valor constitucional, seu

²⁷⁶ BAYERTZ, Kurt. “Four uses of Solidarity”. *Solidarity*. Kurt Bayertz (Ed.) Munster: Kluwer Academic Publishers, 1999. Pág. 5

²⁷⁷ BAYERTZ, Kurt. “Four uses of Solidarity. Pág. 9.

²⁷⁸ Neste ponto, Bayertz faz a distinção entre comunidade e sociedade. A comunidade representa um grupo menor, similar à família, unido por um vínculo substancial. A sociedade é um grupo maior, baseada no anonimato, em que os seres humanos estão conectados por laços externos e formais, especialmente contratos. Vide BAYERTZ, Kurt. “Four uses of Solidarity. Pág. 11.

²⁷⁹ BAYERTZ, Kurt. “Four uses of Solidarity. 20/21.

²⁸⁰ BAYERTZ, Kurt. “Four uses of Solidarity Pág. 21/22.

²⁸¹ ROCHA, Daniel Machado da. *O Direito Fundamental à Previdência Social...* Pág. 131.

²⁸² ROCHA, Daniel Machado da. *O Direito Fundamental à Previdência Social...* Pág. 132.

²⁸³ DEKEN, Johan J. de; PONDS, Eduard; RIEL, Bart Van. “Social Solidarity”. Pág. 143.

²⁸⁴ DEKEN, Johan J. de; PONDS, Eduard; RIEL, Bart Van. “Social Solidarity”. *The Oxford Handbook of Pensions and Retirement*. Gordon L. Clark, Alicia H. Munnell, J. Michael Orszag (Eds). Oxford: Oxford University Press, 2006. Pág. 142.

objetivo deve ser o indivíduo e seu pleno desenvolvimento²⁸⁵. O sentimento de solidariedade resulta da constatação de que somos interdependentes e de que devemos, tanto quanto possível, permitir a todos os gozos do benefício de uma vida em sociedade²⁸⁶.

Deve-se fazer distinção entre a dita solidariedade de grupo, a qual limita a ação solidária a um determinado conjunto de pessoas unido por um liame profissional ou comunitário, por exemplo; e a solidariedade social, a qual se estende para todo o corpo social²⁸⁷. A primeira deles está amparada na ideia de fraternidade, em vínculos de proximidade. A segunda funda-se em preceitos normativos, impondo ajuda a terceiros sem que haja expectativa de contraprestação. No âmbito de uma sociedade de riscos, a solidariedade de grupo perde espaço para a solidariedade social²⁸⁸.

Pode-se afirmar que a solidariedade constitui um valor moral, mas a sua juridicidade pressupõe a existência de algum fundamento normativo²⁸⁹. Há quem afirme que emprestar caráter compulsório à solidariedade seria uma contradição, ao que se responde afirmando o papel do direito de patrocinador do “*florescimento da solidariedade latente*” e ao fato de a própria noção de Estado, mesmo em sua vertente mínima, fundar-se em uma concepção solidarista de sociedade²⁹⁰.

Mas em que consiste a solidariedade? Tome-se emprestado o conceito apresentado pelo festejado previdenciarista brasileiro, Wladimir Novaes Martinez:

Solidariedade quer dizer cooperação da maioria em favor da minoria, em certos casos, da totalidade em direção à individualidade. Dinâmica a sociedade, subsiste constante alteração dessas parcelas e, assim, num dado momento, todos contribuem e, noutro, muitos se beneficiam da participação da coletividade. Nessa ideia simples, cada um também se apropria de seu aporte. Financeiramente, o valor não utilizado por uns é canalizado para outros²⁹¹.

²⁸⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. Pág. 36/37.

²⁸⁶ ROCHA, Daniel Machado da. *O Direito Fundamental à Previdência Social...* Pág. 130.

²⁸⁷ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *A Previdência Social no Estado Contemporâneo...* Pág. 21.

²⁸⁸ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *A Previdência Social no Estado Contemporâneo...* Pág. 22.

²⁸⁹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *A Previdência Social no Estado Contemporâneo...* Pág. 19.

²⁹⁰ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *A Previdência Social no Estado Contemporâneo...* Pág. 16.

²⁹¹ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário*. 4ª Edição. São Paulo: LTr Editora, 2011. Pág. 121.

A solidariedade social pode ser definida como a vontade de distribuir os riscos coletivamente e aceitar as implicações distribucionais resultantes²⁹². A essencialidade do princípio da solidariedade o coloca como princípio-base da segurança social, acima do que denominam princípios básicos e técnicos²⁹³. A responsabilidade coletiva “*é a chave do financiamento da seguridade social*”²⁹⁴. Há quem entenda mesmo que não se pode falar em previdência social quando não estiver presente um elemento mínimo de solidariedade, como é o caso dos regimes de capitalização pura²⁹⁵. Neste caso haveria mera poupança individual, sem distribuição dos riscos sociais entre todo o grupo.

A sociedade contemporânea, em que o trabalho já não é tão estável e, no mais das vezes, precário, demanda a construção de uma nova concepção de solidariedade, fundada não mais na divisão do trabalho, mas na divisão dos riscos sociais, os quais, via de regra, são inadministráveis²⁹⁶. Propõe-se um modelo para além da tradicional relação de emprego, que garanta uma cobertura suficiente a todos os indivíduos, independentemente de sua posição no mercado de trabalho. Trata-se de um processo de desmercantilização da pessoa humana, pois o melhor critério para aferir um sistema de proteção social ainda é sua autonomia frente às forças do mercado²⁹⁷.

Para além de constituir direitos, a solidariedade deve ser vista também como um dever. Na lição de Leal e Portela²⁹⁸:

Portanto, o princípio da solidariedade não se limita a reconhecer direitos dos indivíduos perante o Estado e a sociedade. Ao contrário, reconhece a necessidade de compartilhamento dos riscos e auxílio mútuo entre todos os integrantes do sistema, com maior participação daqueles que podem contribuir mais. É um dever de cada um garantir condições mínimas para os demais, na medida das possibilidades individuais, ainda que alguns tenham que contribuir mais do que outros. O princípio da solidariedade busca igualdade, mas exige sacrifícios diferentes para atingí-la.

²⁹² DEKEN, Johan J. de; PONDS, Eduard; RIEL, Bart Van. “Social Solidarity”. Pág. 144.

²⁹³ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário*. Pág. 121.

²⁹⁴ ROCHA, Daniel Machado da; SAVARIS, José Antônio. *Curso de Direito Previdenciário*. Pág. 124.

²⁹⁵ “Importa ressaltar que os países que, em face de mudanças nos seus regimes previdenciários, adotaram o sistema de capitalização de recursos – mediante contas individualizadas em nome de cada segurado – abandonaram, a nosso ver, a noção de ‘previdência social’, já que esta só se observa quando a sociedade, como um todo, presta solidariedade a cada um dos indivíduos que dela necessitem, por meio do sistema de repartição ou fundo único. A partir do momento em que cada trabalhador faça cotizações para si próprio, e não para um fundo mútuo, desaparece a noção de solidariedade social”. CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. *Manual de Direito Previdenciário*. Pág. 50.

²⁹⁶ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *A Previdência Social no Estado Contemporâneo...* Pág. 14/15.

²⁹⁷ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *A Previdência Social no Estado Contemporâneo...* Pág. 4.

²⁹⁸ LEAL, Bruno Bianco; PORTELA, Felipe Mêmolo. *Previdência em Crise...* Pág. 60.

Pode-se extrair a existência de um programa e princípio constitucional da solidariedade no âmbito tanto do direito constitucional português²⁹⁹, quanto do brasileiro. A Constituição portuguesa, em seu artigo 1º, afirma que Portugal é uma república soberana, fundada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade justa, livre e *solidária*. No âmbito infraconstitucional, a lei de bases gerais do sistema de segurança social português menciona o princípio da solidariedade em seu artigo 8º, afirmando que este “*consiste na responsabilidade coletiva das pessoas entre si na realização das finalidades do sistema e envolve o concurso do Estado no seu financiamento*”. Ainda de acordo com o mesmo artigo, o princípio concretiza-se nos planos nacional, laboral e intergeracional³⁰⁰.

A Constituição brasileira, à semelhança da portuguesa, elege a mesma ideia de construção de uma sociedade justa, livre e *solidária* como um dos objetivos fundamentais da República.

E de que modo o princípio da solidariedade se constitui em limite para as reformas previdenciárias?

Entende-se por inconstitucional qualquer proposta que exclua ou limite, de maneira extrema, o componente de solidariedade dentro do sistema de segurança social. Neste sentido, por exemplo, não seria possível a adoção de um regime previdenciário baseado em um modelo de capitalização pura com contas individuais. Tal modelo equivale, grosso modo, a um esforço de previdência unicamente individual e privado, o que não se coaduna como o modelo de Estado previsto na Constituição portuguesa e brasileira.

É certo que poderá haver limitação da solidariedade, mas a pura exclusão do componente solidário não deve ser admitida. Neste caso seria possível, por exemplo, a introdução de um sistema de financiamento híbrido, com um modelo de capitalização para o caso dos benefícios programados, como a aposentadoria, e com um modelo de repartição para o caso de benefícios não-programados, em que a ausência do elemento de solidariedade pode implicar em uma negativa de proteção social, como é o caso das incapacidades, da morte e do desemprego.

²⁹⁹ LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado Social?* Pág. 196.

³⁰⁰ Art. 8.º, n.º 2 - O princípio da solidariedade concretiza-se: a) No plano nacional, através da transferência de recursos entre os cidadãos, de forma a permitir a todos uma efectiva igualdade de oportunidades e a garantia de rendimentos sociais mínimos para os mais desfavorecidos; b) No plano laboral, através do funcionamento de mecanismos redistributivos no âmbito da protecção de base profissional; e c) No plano intergeracional, através da combinação de métodos de financiamento em regime de repartição e de capitalização.

2.4.2. Princípio da Igualdade

A igualdade é um dos princípios estruturantes do regime geral dos direitos fundamentais³⁰¹. Da afirmação de que todos são iguais perante a lei, resulta a necessidade de observada a igualdade na aplicação e também na criação do direito³⁰². Em termos de criação, o princípio da igualdade se revela em uma igualdade na própria lei (igualdade formal), significando que para indivíduos de mesmas características, em igual situação, obtenham-se as mesmas posições ou resultados; mas também se revela em uma exigência de igualdade material através da lei, em que os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais, desigualmente³⁰³.

Ou seja, o princípio da igualdade tem uma dimensão essencialmente negativa, mas também um conteúdo positivo³⁰⁴. Na dimensão negativa, consiste em uma vedação de privilégios e discriminações³⁰⁵. Em uma dimensão positiva, atua como princípio de justiça social, podendo atuar como mecanismo de compensação de desigualdade de oportunidades³⁰⁶. A questão da igualdade justa se reconduz à proibição do arbítrio. Haverá violação do princípio da igualdade quando a desigualdade de tratamento não tiver um fundamento sério, legítimo e razoável³⁰⁷.

O princípio da igualdade suscita algumas questões bastante relevantes em matéria de segurança social.

Em princípio, pode-se afirmar que o princípio não impede que se estabeleçam requisitos diferenciados para acesso aos benefícios, desde que tal diferenciação seja justificável à luz dos princípios que orientam o sistema de segurança social³⁰⁸. A título de exemplo: pode-se limitar o acesso à determinada prestação aos indivíduos em condições de pobreza, como já acontece no Brasil com o auxílio-reclusão.

³⁰¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional...* Pág. 426.

³⁰² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional...* Pág. 426.

³⁰³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional...* Pág. 427/428.

³⁰⁴ BOTELHO, Catarina Santos. *Direitos Sociais em Tempos de Crise...* Pág. 469/470.

³⁰⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional...* Pág. 238.

³⁰⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional...* Pág. 430.

³⁰⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional...* Pág. 430.

³⁰⁸ LOUREIRO, João Carlos. "Constituição da Segurança Social". Pág. 223.

Em tempos de discussão quanto à necessidade ou não de uma reforma previdenciária no Brasil, questiona-se, por exemplo, a necessidade de igualar os requisitos entre homens e mulheres para fins de concessão de aposentadoria. Afirma-se que resta justificada a possibilidade de mulheres se aposentarem mais cedo do que os homens, em razão, por exemplo, do fenômeno da dupla jornada, dos maiores índices de informalidade do trabalho feminino, do elevado número de famílias monoparentais chefiadas por mulheres e do fato de estas, em regra, serem pior remuneradas e ter menos acesso a cargos de chefia. Trata-se aqui da ideia de discriminação positiva, uma das manifestações do princípio da igualdade no âmbito do direito à segurança social³⁰⁹.

Sustenta-se que o fim da diferenciação também seria constitucional. Nos últimos anos assiste-se a uma melhora no quadro desenhado acima e diversas políticas de promoção da igualdade de gênero no ambiente laboral vem sendo colocadas em prática com algum sucesso. A dupla jornada continua existindo, mas os homens estão se tornando mais cientes de seu papel de corresponsáveis pela administração do lar.

Não se admitiria, no entanto, o estabelecimento de regras mais favoráveis aos homens, sob o hipotético argumento de que a expectativa de sobrevivência das mulheres é superior à dos homens. Neste caso a diferenciação promoveria uma evidente situação de injustiça, favorecendo um grupo que já possui uma melhor proteção social em razão da configuração da realidade.

2.4.3. A questão do direito adquirido e a proteção da confiança

Outra matéria bastante sensível quando se fala em reforma previdenciária diz respeito à proteção da confiança e aos direitos adquiridos. Isto porque a Constituição brasileira, em seu artigo 5º, estabelece uma cláusula de proteção do direito adquirido cujo impacto sobre as discussões em torno da reforma previdenciária é bastante significativo³¹⁰.

A intangibilidade dos direitos adquiridos tem direta relação com os conceitos de segurança jurídica e proteção da confiança. Bem se diga, a doutrina constitucional aponta o

³⁰⁹ MEDEIROS, Rui; MIRANDA, Jorge. *Constituição Portuguesa Anotada...* Pág. 929.

³¹⁰ Art. 5º. (...) XXXVI - "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada."

princípio da proteção da confiança como uma expressão subjetiva da segurança jurídica, formulada esta, por Canotilho, do seguinte modo:

... o indivíduo têm do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixado pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico³¹¹.

Anote-se que o princípio da proteção da confiança não encontra expressão direta no texto constitucional português, mas obteve reconhecimento jurisprudencial a partir da ideia de estado democrático de direito³¹². No âmbito infraconstitucional, o artigo 20º da Lei de Bases da Segurança Social estabelece um princípio da tutela dos direitos adquiridos e dos direitos em formação.

A doutrina constitucional e previdenciária brasileira, de modo geral, afirma que, cumpridos os pressupostos para a concessão de um benefício, há direito adquirido à prestação³¹³. Sendo assim, o indivíduo teria direito ao recebimento da prestação na exata forma em que estabelecida pela legislação vigente no momento da satisfação dos requisitos. Não seria possível alterar a situação do segurado, como reduzir o valor da renda ou introduzir um novo requisito. A única exceção admitida seria a redução de fato feita por via tributária³¹⁴.

Neste sentido parece também se orientar a literatura jurídica e jurisprudência portuguesas, pelo menos no que se refere ao período anterior à crise (sobre a qual falar-se-á no próximo capítulo)³¹⁵.

Contrario sensu, enquanto não preenchidos os requisitos para obtenção da prestação social, haverá mera expectativa de direito, ou direitos em formação, expressão mais utilizada em Portugal³¹⁶. Não existindo direito adquirido a regime jurídico, e considerando o carácter institucional do regime brasileiro de previdência, eventual alteração

³¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional...* Pág. 430.

³¹² BOTELHO, Catarina Santos. *Direitos Sociais em Tempos de Crise...* Pág. 450.

³¹³ LEAL, Bruno Bianco; PORTELA, Felipe Mêmolo. *Previdência em Crise...* Pág. 193.

³¹⁴ LEAL, Bruno Bianco; PORTELA, Felipe Mêmolo. *Previdência em Crise...* Pág. 195.

³¹⁵ Conforme notícia: LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado Social?* Pág. 272.

³¹⁶ LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado Social?* Pág. 275.

das regras antes da aquisição do direito terá repercussão sobre o patrimônio jurídico do segurado, que deverá comprovar os requisitos de acordo com a novel legislação.

A aplicação irrestrita, no entanto, do entendimento acima, implicaria em verdadeiras iniquidades em casos de modificações mais profundas das regras previdenciárias. Pense-se, por exemplo, em um indivíduo às vésperas de obter uma aposentadoria, que se vê obrigado a trabalhar mais cinco ou dez anos por força da implantação da idade mínima para aposentação, a qual já se fez referência.

Neste caso, estamos diante de uma expectativa legítima frustrada. O princípio da proteção da confiança exige que, diante de alterações substanciais da normatização dos serviços e benefícios previdenciários, sejam previstas normas de transição que possam conciliar o interesse público com os interesses legítimos do segurado da previdência social³¹⁷.

2.4.4. A vedação do retrocesso e a segurança social

O instituto da vedação do retrocesso foi minimamente abordado anteriormente, mas dada sua relevância no âmbito da segurança social, cumpre retomá-lo sob este ângulo específico.

Como já mencionado, a crise do Estado fiscal vem provocando a diminuição dos recursos destinados à proteção dos direitos previdenciários. Governos, na ânsia de manter os orçamentos públicos em ordem, promovem reformas previdenciárias que reduzem a proteção social. Via de regras essas reformas são judicialmente combatidas por meio da afirmação da existência de um princípio da vedação do retrocesso, o qual impediria qualquer modificação nos sistemas previdenciários que não no sentido da ampliação dos serviços ou no aumento do valor das pensões.

Entende-se que a aplicação do princípio da vedação do retrocesso em matéria de reformas da segurança social deve ser rejeitada.

Conforme viu-se anteriormente, o princípio da sustentabilidade (ou do equilíbrio econômico-financeiro, no caso brasileiro), exige que sejam promovidas constantes atualizações nos sistemas de segurança social no sentido de manter a saúde financeira dos

³¹⁷ LEAL, Bruno Bianco; PORTELA, Felipe Mêmolo. *Previdência em Crise...* Pág. 199.

regimes. Para além disso, novos riscos sociais vão surgindo, justificando a introdução de novas técnicas de proteção, e outros vão desaparecendo ou se tornando menos relevantes, de modo que a exclusão de determinada cobertura não deve ser descartada.

Anote-se, ainda, o alto poder de conformação legislativa da matéria e a questão da reserva do possível, sobre o que se escreve no primeiro capítulo, a exigir que, dentro de um orçamento limitado, sejam tomadas as melhores decisões no sentido de distribuir os recursos. Tal tarefa incumbe aos órgãos legislativos, representantes da sociedade com a atribuição de exercer a atividade de alocar os recursos disponíveis, de acordo com os critérios de necessidade e relevância, entre os diversos interesses juridicamente protegidos.

Um outro motivo para rejeitar a ideia de vedação do retrocesso diz respeito à dificuldade de se avaliar, exceto em casos extremamente caricatos, se efetivamente ocorrerá um retrocesso em termos de proteção social. Pense-se, a título de exemplo, na majoração da idade mínima para aposentadoria. Muito embora, sob uma ótica individual, possa-se afirmar que houve uma efetiva diminuição da proteção previdenciária, sob um olhar coletivo tal medida poderá ter impacto positivo, permitindo, por exemplo, a diminuição do valor das contribuições sociais.

2.4.5. Conteúdo mínimo do direito à segurança social

Parece haver um relativo consenso entre aqueles que reconhecem a fundamentalidade do direito à segurança social, mas atribuem uma grande liberdade de conformação ao legislador, que eventuais alterações no sistema de segurança social deverão respeitar o conteúdo mínimo deste direito.

Definir qual é esse é um objetivo hercúleo. Dizer quais serviços e benefícios devem ser considerados como núcleo da proteção social dependerá muito do contexto histórico, econômico e social de uma determinada comunidade. Para além disso, as preferências ideológicas certamente influenciarão as opções feitas por cada indivíduo, sendo difícil obter um consenso em torno da matéria.

Não parece correto, no entanto, identificar o conteúdo mínimo do direito à segurança social com a ideia de mínimo para uma existência condigna (ou mínimo existencial).

Como dito acima, os sistemas previdenciários devem ser assentar em três pilares: um de base assistencial, destinado a formar uma colchão contra a pobreza, o qual deve ser preferencialmente financiado por impostos e possuir caráter universal (dentro da ideia de universalidade na necessidade); um de base previdenciária, em geral vinculado ao trabalho e financiado pelas contribuições sociais recolhidas por prestadores e tomadores de serviço, o qual tem por objetivo substituir a renda do trabalho que não pode ou deve ser realizado por força da concretização de um risco social; um pilar complementar, onde é liberada a atuação da iniciativa privada, destinado à complementar os benefícios concedidos no sistema público.

O primeiro destes pilares é o que mais se aproxima da ideia de mínimo existencial, configurando, portanto, um direito fundamental que independeria da constitucionalidade formal de um direito à segurança social. A partir do momento em que os textos constitucionais português e brasileiro reconhecem um direito à segurança social que propõe a cobertura de diversos riscos sociais, para além do combate à pobreza e da satisfação de necessidades básicas, deve-se rejeitar a ideia de que o *design* mínimo da segurança social se confunda com o conceito de mínimo para uma existência condigna.

As realidades das sociedades portuguesa e brasileira também devem ser consideradas. O desenho mínimo em um e outro país dependerá de variáveis próprias. Mas a não identificação do mínimo existencial com o mínimo social é aplicável em ambos os países, tendo em vista que, embora não possa ser propriamente considerados países ricos, já alcançaram um determinado grau de desenvolvimento humano que não justificaria juridicamente uma redução tão significativa da proteção social.

Para além da assistência social, entende-se que o núcleo duro da proteção previdenciária deve ser formado por proteção contra as necessidades sociais em relação as quais não é possível ou é muito difícil se precaver, que seria os casos da incapacidade e da idade avançada. A doença e a invalidez, por se tratarem de fatos contra os quais, via de regra, não é possível se proteger, devem ser cobertos pelo regime previdenciário público.

A proteção contra a morte e a reclusão, no nosso entender, só é essencial quando os dependentes do segurado falecido ou recluso não puderem buscar o sustento pelo seu próprio trabalho. Sendo assim, a pensão por morte e o auxílio-reclusão, em suas configurações mínimas, seriam concedidos apenas aos dependentes menores ou incapazes de exercer capacidade laborativa.

A proteção contra a idade avançada também constitui o núcleo duro do sistema previdenciário. Após certa idade o exercício do trabalho se torna pesado e o acesso ao mercado de trabalho fica mais difícil. Entende-se que tempo de contribuição não constitui risco ou necessidade social, razão pela qual seria legítima emenda constitucional que viesse a somar ao tempo de contribuição um requisito etário mínimo para concessão da aposentadoria, como vem sendo proposto pelo atual governo brasileiro.

A cobertura da maternidade por meio da previdência social constitui mera opção legislativa. Poderia o legislador optar por tratar a questão de outras maneiras, especialmente na seara trabalhista, reduzindo a carga horária da mãe, transferindo ao empregador a responsabilidade pelo pagamento dos salários ou incentivando as empresas a criar espaços que permitam à mãe levar o bebê ao trabalho. O legislador deverá realizar um juízo de conveniência e oportunidade no sentido de dar a maior efetividade possível à proteção da maternidade.

O mesmo raciocínio se aplica ao desemprego. A proteção do desemprego involuntário pode ser feita fora do âmbito da previdência social, por meio de normas trabalhistas que dificultem a despedida ou incrementem a proteção realizada por outros meios que não previdenciários.

Além das prestações mínimas acima indicadas, integra o núcleo mínimo da proteção previdenciária, no caso brasileiro, ante previsão constitucional expressa, a garantia de um benefício de valor mínimo e de reajuste periódicos que lhe assegurem o poder de compra. Isto não significa dizer que todos os benefícios concedidos devem sê-lo de forma integral, mas que deve ser garantido um padrão que, embora não necessariamente vá permitir ao indivíduo a manutenção do padrão de vida que tinha antes da ocorrência do sinistro social, permita ao menos que sua dignidade seja resguardada.

3. AS JURISPRUDÊNCIAS BRASILEIRA, PORTUGUESA E EUROPEIA SOBRE AS REFORMAS PREVIDENCIÁRIAS

3.1. O STF e as reformas previdenciárias do final dos anos 90 e início dos anos 2000

O Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição brasileira, tem sido constantemente chamado a se pronunciar a respeito da constitucionalidade das reformas e minirreformas previdenciárias que vêm ocorrendo no Brasil desde o final dos anos 1990. Sucessivas modificações das leis previdenciárias têm ocorrido ao longo dos últimos tempos, e considerando o alto grau de constitucionalização do direito previdenciário brasileiro, a última palavra acerca da validade das alterações legislativas e constitucionais vem sendo dada pelo STF.

Vejam-se alguns julgados paradigmáticos.

3.1.1. A (in)constitucionalidade da inclusão do requisito baixa renda para concessão de auxílio-reclusão e salário-família

Na esteira da Emenda Constitucional nº 20/98, o artigo 201 da CRFB/88 foi alterado para limitar a concessão do salário-família e do auxílio-reclusão aos dependentes dos segurados de baixa renda. A nova redação gerou grande controvérsia na doutrina e na jurisprudência em relação a duas questões: se o requisito “baixa renda” se aplica aos dependentes ou segurados e se a limitação do alcance do benefício era constitucional.

Regulamentando a questão, o artigo 116 do Decreto nº 3.048/99 estabeleceu que o auxílio-reclusão seria devido aos dependentes do segurado recolhido à prisão que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, aposentadoria ou abono de permanência em serviço, desde que o seu último salário-de-contribuição seja inferior ou igual a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais)³¹⁸.

A inconstitucionalidade deste dispositivo passou a ser suscitada pelos dependentes que tinham seus requerimentos de benefícios indeferidos. Sustentava-se que o critério da

³¹⁸ Valor este corrigido anualmente.

renda, estabelecido no novel art. 201, deveria se referir aos dependentes, e não aos segurados. A questão chegou ao Tribunal via recurso extraordinário, ou seja, em sede de controle concreto de constitucionalidade, tendo sido definitivamente julgada no ano de 2009, onze anos após a alteração do artigo 201.

Entendeu o STF que a simples leitura do dispositivo (auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda) permite concluir que a renda a ser auferida é a do segurado³¹⁹. Buscou-se limitar o universo dos beneficiários, baseando-se em um critério de seletividade a partir da necessidade³²⁰. Não poderia ser de outra forma, já que vincular o critério da renda aos dependentes implicaria na concessão imediata do benefício aos dependentes menores e incapazes, ainda que o segurado recluso fosse financeiramente abastado.

3.1.2. A (in)constitucionalidade do fator previdenciário

A proposta original da reforma previdenciária ocorrida em 1998 previa o estabelecimento de requisitos cumulativos para a concessão de aposentadoria: tempo de contribuição e idade mínima. A ideia era que houvesse uma regra uniforme, que se aplicasse tanto para os regimes próprios quanto para o regime geral de previdência social. Ao cabo, a pressão popular se impôs e a exigência de cumprimento cumulativo dos dois requisitos ficou limitada aos participantes dos regimes próprios, de modo que, para o trabalhador não vinculado ao serviço público (grosso modo), permaneceu-se permitindo a aposentadoria apenas pelo implemento do tempo mínimo de contribuição.

Por conta disto, a Lei nº 9.876/99 introduziu o denominado “fator previdenciário”³²¹, um multiplicador aplicável de forma obrigatória às aposentadorias por

³¹⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. *Recurso Extraordinário nº 486.413-4/SP*. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=591437>. Pág. 1105.

³²⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. *Recurso Extraordinário nº 486.413-4/SP*. Pág. 1107/1108.

³²¹ Art. 29. O salário-de-benefício consiste: [\(Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99\)](#)

I - para os benefícios de que tratam as alíneas *b* e *c* do inciso I do art. 18, na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo, multiplicada pelo fator previdenciário; [\(Incluído pela Lei nº 9.876, de 26.11.99\)](#)

II - para os benefícios de que tratam as alíneas *a*, *d*, *e* e *h* do inciso I do art. 18, na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo. [\(Incluído pela Lei nº 9.876, de 26.11.99\)](#)

(...)

tempo de contribuição, e de forma facultativa às aposentadorias por idade. O valor é obtido a partir da seguinte fórmula:

$$f = \frac{Tc \times a}{Es} \times \left[1 + \frac{(Id + Tc \times a)}{100} \right]$$

Onde: f = fator previdenciário; Es = expectativa de sobrevida no momento da aposentadoria; Tc = tempo de contribuição até o momento da aposentadoria; Id = idade no momento da aposentadoria; a = alíquota de contribuição correspondente a 0,31.

O fator é, então, multiplicado pela média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo, obtendo-se o valor do salário-de-benefício (SB). A renda mensal inicial da aposentadoria corresponde a um percentual deste valor, a depender do tempo de contribuição do postulante.

A ideia do fator previdenciário é desestimular as aposentadorias precoces. Pessoas mais jovens e com carreiras contributivas menores seriam penalizadas por um fator previdenciário bastante inferior a 1, premiando aqueles que adiassem a jubilação com uma renda maior. A inclusão da expectativa de sobrevida na fórmula permite a correção periódica do fator, sem necessidade de novas discussões legislativas. Consta da exposição de motivos do então projeto de lei:

O fator previdenciário proposto é um elemento extremamente importante do ponto de vista de dotar o sistema de Previdência Social de maior

§ 7º O fator previdenciário será calculado considerando-se a idade, a expectativa de sobrevida e o tempo de contribuição do segurado ao se aposentar, segundo a fórmula constante do [Anexo desta Lei. \(Incluído pela Lei nº 9.876, de 26.11.99\)](#)

§ 8º Para efeito do disposto no § 7º, a expectativa de sobrevida do segurado na idade da aposentadoria será obtida a partir da tábua completa de mortalidade construída pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, considerando-se a média nacional única para ambos os sexos. [\(Incluído pela Lei nº 9.876, de 26.11.99\)](#)

§ 9º Para efeito da aplicação do fator previdenciário, ao tempo de contribuição do segurado serão adicionados: [\(Incluído pela Lei nº 9.876, de 26.11.99\)](#)

I - cinco anos, quando se tratar de mulher; [\(Incluído pela Lei nº 9.876, de 26.11.99\)](#)

II - cinco anos, quando se tratar de professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio; [\(Incluído pela Lei nº 9.876, de 26.11.99\)](#)

III - dez anos, quando se tratar de professora que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio. [\(Incluído pela Lei nº 9.876, de 26.11.99\)](#)

flexibilidade e capacidade de adaptação às transformações da sociedade no futuro, fazendo com que ele possa cumprir suas funções de suma importância também no longo prazo. Isso porque a evolução demográfica impacta sobremaneira nas perspectivas de equilíbrio atuarial e financeiro de qualquer regime previdenciário. Ao internalizar esta variável exógena à Previdência, por meio da inclusão da expectativa de sobrevida no momento da aposentadoria na fórmula de cálculo do salário-de-benefício, gera-se um mecanismo de ajuste automático do sistema a transformações demográficas futuras.

Bastante criticada por especialistas e altamente impopular³²², o fator previdenciário teve sua constitucionalidade questionada por meio da ADI nº 2.111-7/DF. Os proponentes alegavam, em síntese, que a inclusão do fator na fórmula de cálculo da renda das aposentadorias equivaleria à inclusão de requisito adicional para concessão de aposentadoria, em violação do disposto no art. 201, parágrafos 1º e 7º, CRFB/88^{323/324}, dentre outras supostas inconstitucionalidades. A demanda ainda não foi definitivamente julgada pelo STF, mas o pedido de medida cautelar foi analisado pelo plenário e indeferido.

Primeiramente o relator faz distinção entre requisitos para obtenção de benefícios e a forma de apuração do montante a ser pago ao beneficiário³²⁵. O fato de o texto constitucional, em sua atual redação, não estabelecer a forma de cálculo dos benefícios, faz com que a introdução do fator previdenciário não caracterize inconstitucionalidade, estando o legislador a agir nos limites de sua competência. Além disso, os critérios adotados pela Lei buscariam a preservação do equilíbrio econômico-financeiro, uma exigência constante do *caput* do art. 201 da CRFB/88³²⁶.

³²² Um panorama das críticas ao fator previdenciário para além das questões de constitucionalidade pode ser encontrado em: MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário*. Pág. 813/818.

³²³ Art. 201. (...)

§ 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005](#))

(...)

§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições: ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998](#))

³²⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.111-7/DF*. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347438>. Pág. 710.

³²⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.111-7/DF* Pág. 726.

³²⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.111-7/DF* Pág. 727.

A este respeito, em sede de debates, manifestou-se o Ministro Nelson Jobim:

Em relação a essa questão do fator atuarial, convenci-me de que a fórmula (...) é exatamente o critério para a busca de um mínimo equilíbrio atuarial não ortodoxo, pois não corresponde ao valor da capitalização da contribuição, mas ao cálculo que leva em conta o tempo de contribuição, o percentual, a idade do trabalhador no tempo da aposentadoria e, por último, o cálculo relativo à expectativa de vida do cidadão³²⁷.

O Ministro Sepúlveda Pertence, também em sede de debates, consignou que a questão está sujeita à liberdade de conformação e discricionariedade técnica do legislador ordinário. Mencionou, ainda, que não poderia se pronunciar acerca da alegação de retrocesso em relação à legislação anterior pois não teria como avaliar se a nova fórmula de cálculo seria melhor ou pior para o conjunto dos possíveis beneficiários da previdência social³²⁸.

3.1.3. A (in)constitucionalidade da contribuição social dos inativos dos regimes próprios de previdência social

Uma das decisões mais polêmicas tomadas pelo Supremo Tribunal Federal em matéria previdenciária foi a declaração de inconstitucionalidade parcial do artigo 4º da Emenda Constitucional nº 41/2003, a qual instituiu uma contribuição de custeio dos regimes próprios de previdência social, a ser paga por servidores inativos e pensionistas³²⁹.

Não era a primeira vez que o governo tentava instituir a contribuição em referência. A Lei nº 9.783/99, em um contexto de forte aumento da carga tributária por via de contribuições sociais, já instituíra este tipo de cobrança. À época, em sede de medida

³²⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.111-7/DF* Pág. 753/754.

³²⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.111-7/DF*. Pág. 771.

³²⁹ Art. 4º Os servidores inativos e os pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em gozo de benefícios na data de publicação desta Emenda, bem como os alcançados pelo disposto no seu art. 3º, contribuirão para o custeio do regime de que trata o [art. 40 da Constituição Federal](#) com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos. Parágrafo único. A contribuição previdenciária a que se refere o *caput* incidirá apenas sobre a parcela dos proventos e das pensões que supere: I - cinquenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o [art. 201 da Constituição Federal](#), para os servidores inativos e os pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; II - sessenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o [art. 201 da Constituição Federal](#), para os servidores inativos e os pensionistas da União.

cautelar, o STF declarou a inconstitucionalidade da medida em razão de o texto então vigente do artigo 40 da Constituição não mencionar os inativos e pensionistas^{330/331}. Posteriormente a ação direta declaratória de inconstitucionalidade que questionava a medida foi extinta pela perda superveniente de objeto decorrente da revogação da lei em questão.

Posteriormente a Emenda Constitucional nº 41/2003 alterou a redação do *caput* do artigo 40³³², para atribuir caráter solidário aos regimes próprios de previdência social, bem como para incluir, expressamente, que o financiamento se faz por meio de contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas. Foi incluído o §18, estabelecendo contribuição sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas pelo regime que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos. O artigo 4º da Emenda estabeleceu uma regra aplicável apenas aos servidores e pensionistas que já se encontrassem em gozo de benefícios previdenciários. Como era previsível, a constitucionalidade da medida voltou a ser questionada perante o Supremo Tribunal Federal.

³³⁰ Art. 40, *caput*, CRFB/88 (redação anterior) - Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

³³¹ (...) A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NÃO ADMITE A INSTITUIÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL SOBRE INATIVOS E PENSIONISTAS DA UNIÃO. - A Lei nº 9.783/99, ao dispor sobre a contribuição de seguridade social relativamente a pensionistas e a servidores inativos da União, regulou, indevidamente, matéria não autorizada pelo texto da Carta Política, eis que, não obstante as substanciais modificações introduzidas pela EC nº 20/98 no regime de previdência dos servidores públicos, o Congresso Nacional absteve-se, conscientemente, no contexto da reforma do modelo previdenciário, de fixar a necessária matriz constitucional, cuja instituição se revelava indispensável para legitimar, em bases válidas, a criação e a incidência dessa exação tributária sobre o valor das aposentadorias e das pensões. O regime de previdência de caráter contributivo, a que se refere o art. 40, *caput*, da Constituição, na redação dada pela EC nº 20/98, foi instituído, unicamente, em relação "Aos servidores titulares de cargos efetivos...", inexistindo, desse modo, qualquer possibilidade jurídico-constitucional de se atribuir, a inativos e a pensionistas da União, a condição de contribuintes da exação prevista na Lei nº 9.783/99. Interpretação do art. 40, §§ 8º e 12, c/c o art. 195, II, da Constituição, todos com a redação que lhes deu a EC nº 20/98. (...)

(ADI 2010 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 30/09/1999, DJ 12-04-2002 PP-00051 EMENT VOL-02064-01 PP-00086)

³³² Art. 40, *caput*, CRFB/88 (redação atual) – Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

A associação que propôs a ação declaratória de inconstitucionalidade fundamentou sua irresignação na proteção constitucional ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, afirmando que aqueles que já haviam preenchidos os requisitos para obtenção de prestação previdenciária teriam direito de não pagar a nova contribuição. Sustentavam que apenas com a edição da emenda nº 41 foi atribuído caráter solidário aos regimes próprios, alteração esta que não se aplicaria a quem cumpriu os requisitos sob a vigência do texto anterior³³³.

A ação discutia outras questões, mas neste ponto específico, o qual mais interessa para os fins do presente trabalho, o pedido restou julgado improcedente, pelo placar de sete a quatro, vencida a relatora.

A divergência foi aberta pelo Ministro Joaquim Barbosa. Em seu voto, o ministro questionou a forma tradicional como a questão do direito adquirido vinha sendo tratada no Brasil, afirmando que a excessiva proteção que era oferecida poderia se constituir em instrumento de manutenção de privilégios. A este respeito cumpre transcrever trecho do voto:

A tese da exacerbação do direito de querido protegido por cláusulas pétreas, no presente caso, é também absolutamente desarrazoada e antijurídica. Em primeiro lugar, porque não faz sentido sustentar, em um estado de direito democrático social, que alguém possa adquirir o direito de não pagar tributos. Essa tese corrói os próprios base da organização político-social à luz da qual o Estado moderno serviu nos últimos séculos. Por outro lado, trata-se de uma concepção não razoável porque não faz sentido querer isentar de contribuição previdenciária solidária os milhares de pessoas que se aproveitaram de um sistema iníquo de privilégios, de normas frouxas e excessivamente generosas que permitiram a jubilação precoce de pessoas no ápice de sua capacidade produtiva, muitas delas mal entradas nos 40 anos de vida.

Constato, por outro lado, que a tese sustentada na ação direta omite o fato de que o princípio dos direitos adquiridos, do mesmo modo que outros princípios constitucionais, admite ponderação ou confrontação com outros valores igualmente protegidos pela nossa Constituição³³⁴.

³³³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.105-8/DF* Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363310>. Pág. 127.

³³⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.105-8/DF* Pág. 168.

O ministro afirmou ser a solidariedade uma das bases principiológicas do Estado de bem-estar social, devendo esta prevalecer em face de um suposto direito adquirido de não pagar contribuições previdenciárias.

Mas o voto que efetivamente conduziu o plenário ao resultado final foi elaborado pelo Ministro César Peluso. Em sua decisão, o ministro afirmou a natureza tributária das contribuições previdenciárias, de modo que não é possível opor a garantia do direito adquirido como fundamento para se furtar ao pagamento da exação. A cobrança, certamente, deve estar de acordo com os parâmetros constitucionais e a legislação tributária vigente, mas o direito adquirido não pode funcionar como razão para obtenção de uma imunidade tributária³³⁵. O ministro sublinha, ainda, o caráter institucional, e não contratual, do regime previdenciário, afastando a ideia de sinalagma e reforçando o caráter tributário da contribuição³³⁶. Já concluindo, afirmou o ministro:

Este tratamento tributário diferenciado encontra a justificação no conjunto de elementos político normativos representados pelo caráter contributivo do sistema, pela obrigatoriedade de que de metralhar financeiro, pelo imperativo de solidariedade social, pela distribuição equitativa dos encargos do custeio e pela diversidade da base de financiamento.³³⁷

No entanto, segundo o ministro, a Emenda Constituição nº 41/2003 violou o princípio da igualdade ao fazer duas equivocadas distinções: a) entre servidores da União, de um lado, e servidores estaduais e municipais de outro; b) entre aqueles servidores e pensionistas já em gozo de benefícios quando da edição da emenda, ao qual se aplicava o artigo 4º da Emenda, e os servidores que viessem a se aposentar no futuro, a quem se aplica o § 18 do artigo 40 da CRFB/88³³⁸.

Em relação aos servidores dos diversos entes federativos, entendeu o ministro que se configurava a mesma situação jurídica, de modo que o tratamento discriminatório

³³⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.105-8/DF* Pág. 201/208.

³³⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.105-8/DF* Pág. 227.

³³⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.105-8/DF*. Pág. 234/235.

³³⁸ Art. 40 (...) § 18. Incidirá contribuição sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas pelo regime de que trata este artigo que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.

restava evidente³³⁹. Invocou-se, ainda, a previsão contida no artigo 195, inciso II, da CRFB/88, o qual impede a incidência de contribuição previdenciária sobre aposentadorias e pensões concedidas pelo regime geral de previdência social. Esta imunidade seria aplicável, por extensão, aos participantes dos regimes próprios, até o valor limite para o pagamento de benefícios no âmbito do regime geral, tendo em vista o caráter público de ambos os regimes e o princípio da isonomia³⁴⁰.

Quando à distinção entre servidores e pensionistas atuais e futuros, entendeu o ministro que a utilização de um critério temporal para justificar a distinção de tratamento não era razoável, não atendendo ao conceito de capacidade contributiva³⁴¹.

Sendo as distinções acima indicadas de natureza arbitrária, declarou a inconstitucionalidade das expressões “cinquenta por cento” e “sessenta por cento”, de modo que, em termos práticos, restou aplicável o § 18 do artigo 40 para todos os membros dos regimes próprios, independentemente da situação atual e do ente federativo ao qual vinculados.

3.1.4. Síntese

Pode-se afirmar com convicção que o STF tem exercido uma forte autocontenção e respeitado a opção do legislador constituinte e ordinário no sentido da redução da proteção previdenciária. De um modo geral afastam-se argumentos como o princípio da vedação do retrocesso e celebram-se valores como a solidariedade, a sustentabilidade intergeracional e o equilíbrio econômico e financeiro.

3.2. O Tribunal Constitucional e as medidas de redução da proteção social adotadas em contexto de crise econômico-financeira

A crise financeira de 2008 afetou sobremaneira a economia global, exigindo de diversos países a adoção de drásticas medidas de contenção das despesas públicas.

³³⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.105-8/DF* Pág. 237.

³⁴⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.105-8/DF*. 242.

³⁴¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.105-8/DF* Pág. 247.

Considerando que as políticas públicas de proteção social constituem parte expressiva das despesas da maior parte dos países ocidentais, a adoção de medidas de restrição orçamentária inevitavelmente impactaria a concretização dos direitos relacionados à segurança social.

Em Portugal a crise foi sentida de forma particularmente, o que exigiu drásticas medidas de contenção de gastos. O Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica, celebrado no ano de 2011 entre a República Portuguesa e o Banco Central Europeu, a União Europeia e o Fundo Monetário Internacional, estabeleceu uma série de medidas as quais deveriam ser adotadas pelo governo português de modo a permitir que o país recebesse ajuda financeira³⁴². O país passava por uma aguda crise financeira e o suporte internacional era imprescindível para evitar a moratória.

O Tribunal Constitucional, como era inevitável, foi chamado a se pronunciar a respeito das medidas de contenção de despesas adotadas, especialmente sobre aquelas que atingiram indivíduos que possuíam maior vínculo com o Estado, como servidores públicos e beneficiários do sistema público de segurança social.

Neste tópico busca-se analisar dois julgados do Tribunal Constitucional português que analisaram a constitucionalidade das medidas de redução da proteção social no contexto da crise. As decisões se deram já no que a doutrina classifica como segundo período da jurisprudência da crise, quando a sensibilidade aos argumentos da crise já não é tão grande, e o Tribunal parece mais preocupado em reafirmar a supremacia da Constituição³⁴³.

3.2.1. Acórdão nº 187/2013 – A possibilidade de redução do valor do montante das pensões

O primeiro acórdão escolhido para análise foi o de nº 187/2013. Interessa aqui, particularmente, a questão da suspensão do pagamento do subsídio de férias ou equivalente

³⁴² Versão do documento em português: http://www.portugal.gov.pt/media/371372/mou_pt_20110517.pdf

³⁴³ MEDEIROS, Rui. *A Constituição Portuguesa num Contexto Global*. Pág. 67/68.

para reformados e aposentados, prevista no artigo 77º da Lei do Orçamento do Estado para 2013³⁴⁴.

Os arguentes da inconstitucionalidade suscitavam, dentre outras questões: a violação ao princípio da isonomia, sob o ângulo da igual distribuição dos encargos; frustração de expectativas legítimas com ofensa ao princípio da proteção da confiança; desconsideração do princípio da capacidade contributiva; excessiva onerosidade, pondo em causa o princípio da proibição do excesso³⁴⁵.

Na fundamentação da decisão, o Tribunal ressaltou seu entendimento consolidado de que a tutela de posições jurídicas concretas dos pensionistas deve ser cautelosa. As regras de acesso aos benefícios e de apuração do valor da renda podem ser modificadas, observadas certas condições, quando o interesse público assim o exigir. O Tribunal entendeu, também, que nestes casos havia direitos já constituídos pelos pensionistas, mas que tal fato, por si só, não justifica entendimento diverso³⁴⁶.

No caso concreto, a garantia de sustentabilidade econômico-financeira do Estado é um interesse público relevante, devendo-se concluir “*que o reconhecimento do direito à pensão e a tutela específica de que ele goza não afastam, à partida, a possibilidade de redução do montante concreto da pensão. O que está constitucionalmente garantido é o direito à pensão, não o direito a um certo montante, a título de pensão*”³⁴⁷.

Rejeitou o TC, também, a ideia de que houve violação ao direito à pensão enquanto manifestação do direito à propriedade. Levou-se em consideração, primeiramente, que é duvidosa a aplicação do artigo 62º à matéria, considerando que a segurança social goza de um estatuto constitucional próprio (artigo 63º). Além disso, baseado o sistema português

³⁴⁴ Art. 77º. Suspensão do pagamento do subsídio de férias ou equivalentes de aposentados e reformados
1 - Durante a vigência do PAEF, como medida excecional de estabilidade orçamental, é suspenso o pagamento de 90 % do subsídio de férias ou quaisquer prestações correspondentes ao 14.º mês, pagas pela CGA, I. P., pelo Centro Nacional de Pensões e, diretamente ou por intermédio de fundos de pensões, por quaisquer entidades públicas, independentemente da respetiva natureza e grau de independência ou autonomia, nomeadamente as suportadas por institutos públicos, entidades reguladoras, de supervisão ou controlo, e empresas públicas, de âmbito nacional, regional ou municipal, aos aposentados, reformados, pré-aposentados ou equiparados cuja pensão mensal seja superior a (euro) 1100. (...) 4 - Os aposentados cuja pensão mensal seja igual ou superior a (euro) 600 e não exceda o valor de (euro) 1100 ficam sujeitos a uma redução no subsídio ou prestações previstos no n.º 1, auferindo o montante calculado nos seguintes termos: subsídio/prestações = 1188 - 0,98 x pensão mensal.

³⁴⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Acórdão 187/2013*. Versão para impressão. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130187.html>. Pág. 70.

³⁴⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Acórdão 187/2013*. Pág. 72.

³⁴⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Acórdão 187/2013*. Pág. 72/73.

em um modelo de repartição simples, não há uma relação causal entre o valor das pensões e o montante das contribuições³⁴⁸.

No que respeito à proteção da confiança, o TC afirma que os pensionistas são titulares de uma posição jurídica especialmente tutelada, decorrente da existência de um direito constituído, decorrente do pagamento de contribuições efetuados ao longo de toda a carreira contributiva. Para além disso, a cessação da vida ativa diminui a capacidade de adaptação às novas circunstâncias, de modo que o pensionista precisa de maior estabilidade. A confiança na manutenção do valor do benefício é legítima, especialmente porque o sistema português é um sistema de benefício definido³⁴⁹.

Diante disto, passa o tribunal a formular um juízo de proporcionalidade em sentido estrito, entendendo que, diante da excepcionalidade do interesse público envolvido, a suspensão não constitui uma ofensa desproporcional à tutela da confiança³⁵⁰.

No entanto, sob o aspecto da igualdade proporcional, entendeu o TC que os pensionistas foram mais penalizados que outros setores da sociedade quando tomado em consideração o conjunto das medidas impostas, sem que houvesse qualquer razão que justificasse o tratamento diferenciado, especialmente se considerada a inexistência de vinculação dos pensionistas ao interesse público³⁵¹.

Tendo isto em causa, declarou o TC a inconstitucionalidade do artigo 77 da Lei do Orçamento do Estado de 2013.

Do acórdão em questão fica evidente que a proteção do valor do benefício não é absoluta. Muito embora a suspensão do pagamento dos subsídios de férias tenha sido declarada inconstitucional, os fundamentos tornam evidente que a renda das pensões pode ser minorada quando houver razões de interesse público que a justifiquem.

Pensando em um contexto de reformas previdenciárias, as razões de sustentabilidade económico-financeira parecem, em um primeiro juízo, suficientes para validar modificações nas regras de cálculos dos benefícios, e mesmo para diminuir o valor das pensões já instituídas.

Anote-se, no entanto, que os fundamentos utilizados pelo TC não podem ser transplantados de forma automática para o direito brasileiro, haja vista o disposto nos §§ 2ª

³⁴⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Acórdão 187/2013*. Pág. 74.

³⁴⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Acórdão 187/2013*. Pág. 75.

³⁵⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Acórdão 187/2013*. Pág. 76.

³⁵¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Acórdão 187/2013*. Pág. 77.

e 4º do artigo 201 da CRFB/88, os quais estabelecem, respectivamente, um valor mínimo para os benefícios que substituam o salário de contribuição ou rendimentos do trabalho e uma regra de preservação do valor real dos benefícios.

3.2.2. Acórdão nº 862/13 – a solidariedade e unidade do sistema de segurança social como limites à adoção de políticas restritivas

O segundo acórdão a ser estudado foi o de nº 862/2013. Trata-se de pedido de fiscalização preventiva de constitucionalidade de normas que determinaram cortes no valor das pensões atribuídas pela CGA³⁵², proposta inserida no contexto da convergência de pensões entre o sistema geral de segurança social e da proteção dos funcionários da administração pública.

Após traçar um histórico das medidas adotadas para alcançar o objetivo da convergência, o TC passa a analisar se as medidas adotadas se inserem no plano da fiscalidade ou da parafiscalidade. O Tribunal vem afirmar que o sentido normativo das alíneas questionadas é “*impor uma redução no valor da pensão aproximando-a da ‘taxa de substituição’ existente no regime geral para um tempo completo de serviço*”, de modo que as normas questionadas se inserem no domínio do direito à segurança social, o que, por si só, não retira a natureza fiscal das medidas³⁵³.

³⁵² Decreto nº 187/XII – Artigo 7º - Norma transitória e de adaptação

1 – As pensões atribuídas pela CGA, até à data da entrada em vigor da presente lei, são alteradas, com efeitos a partir de 1 de janeiro de 2014, nos seguintes termos: a) As pensões de aposentação, de reforma e de invalidez de valor mensal ilíquido superior a € 600,00, fixadas de acordo com as fórmulas de cálculo sucessivamente em vigor do Estatuto da Aposentação, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 498/72, de 9 de dezembro, bem como as fixadas de harmonia com regimes especiais previstos em estatutos próprios ou noutras disposições legais ou convencionais, têm o valor ilíquido em 31 de dezembro de 2013 reduzido em 10%; b) As pensões de aposentação, de reforma e de invalidez de valor mensal ilíquido superior a € 600,00, fixadas com base nas fórmulas de cálculo sucessivamente em vigor do artigo 5.º da Lei n.º 60/2005, de 29 de dezembro, alterada pelas Leis n.ºs 52/2007, de 31 de agosto, 11/2008, de 20 de fevereiro, e 66-B/2012, de 31 de dezembro, têm o valor ilíquido do P1 recalculado por substituição da remuneração (R), inicialmente considerada, pela percentagem de 80% aplicada à mesma remuneração ilíquida de quota para aposentação e pensão de sobrevivência; c) As pensões de sobrevivência de valor global mensal ilíquido superior a € 600,00, fixadas de acordo com o Estatuto das Pensões de Sobrevivência, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 142/73, de 31 de março, têm o valor global ilíquido em 31 de dezembro de 2013 reduzido em 10%; 11 d) As pensões de sobrevivência de valor global mensal ilíquido superior a € 600,00, fixadas simultaneamente de acordo com o Estatuto das Pensões de Sobrevivência, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 142/73, de 31 de março, e com as regras do regime geral de segurança social, são recalculadas por aplicação do disposto na alínea b) ao valor ilíquido do P1 da pensão de aposentação, reforma ou de invalidez que têm por referência.

³⁵³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Acórdão 862/2013*. Versão para impressão. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130862.html>. Pág. 10.

Para o Tribunal, a figura em questão não pode ser considerada imposto, haja vista que os valores descontados não se destinam ao financiamento das atividades gerais do Estado. No entanto, a redução das pensões ainda pode ser inserida em um contexto de parafiscalidade, podendo ser considerada uma contribuição para a segurança social. Ainda neste contexto, a medida deve ser tida como inserida no regime geral da segurança social, de modo que não se aplicariam os princípios jurídico-constitucionais da tributação³⁵⁴.

A respeito da possibilidade de exigir um esforço contributivo por parte dos atuais beneficiários, cumpre transcrever trecho paradigmático do acórdão:

...sendo o sistema previdencial um sistema de repartição, em que as pensões são suportadas pelas contribuições dos trabalhadores no ativo e respetivos empregadores (denominado pay-as-you-go), no caso das contribuições serem insuficientes para pagar as pensões, os princípios da solidariedade e da justiça intergeracional (...) também pode justificar o esforço contributivo dos atuais beneficiários. A desproporção que o sistema de repartição pode gerar entre contribuições e prestações poderia constituir fundamento para que os atuais pensionistas colaborassem, através da diminuição do montante das pensões, no reequilíbrio do sistema³⁵⁵.

O Tribunal entendeu que a lógica da medida é igualar ou aproximar a taxa de substituição das pensões que são atribuídas pela Segurança Social, intenção que se inscreve nos princípios conformadores da segurança social, de modo que não houve violação ao princípio da igualdade ou aos princípios da constituição fiscal³⁵⁶.

A seguir, o TC analisa a constitucionalidade das medidas sob o ângulo do direito à segurança social. Tendo em vista a grande abertura de conformação deste direito no ordenamento jurídico português:

o legislador não está proibido de alterar a forma como materializa o direito à pensão, podendo alterar ou até mesmo reduzir o seu montante, tendo em consideração a evolução das circunstâncias económicas e sociais, estando embora proibido de eliminar o instituto ‘pensão de reforma, aposentação, invalidez e sobrevivência’, ou, ainda, seu conteúdo essencial³⁵⁷.

³⁵⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Acórdão 862/2013*. Pág. 12.

³⁵⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Acórdão 862/2013*. Pág. 12.

³⁵⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Acórdão 862/2013*. Pág. 14.

³⁵⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Acórdão 862/2013*. Pág. 17.

Isto não significa que princípios outros possam se interpor como limites à atuação restritiva do legislador, tais como mínimo social, dignidade da pessoa humana, mínimo social e proteção da confiança³⁵⁸.

Adotando como norma parâmetro o princípio da proteção da confiança, o TC registra que se existe, de um lado, um interesse particular na estabilidade da ordem jurídica e das situações jurídicas constituídas, de outro há um interesse público a justificar a transformação da ordem jurídica de modo a se adaptar à nova realidade social³⁵⁹.

No caso em tela, valores como a sustentabilidade do sistema público de pensões, igualdade proporcional, solidariedade entre gerações, a convergência do regime de pensões da CGA com o regime geral de segurança social, são consonantes com os princípios que devem reger eventual reforma estrutural do sistema, em conformidade com o disposto no artigo 63º, CRP³⁶⁰.

Prosseguindo, o TC busca identificar as expectativas dos destinatários das medidas de redução das pensões. Neste ponto, tal como no acórdão comentado anterior, o Tribunal afirma a existência de uma posição jurídica especialmente tutelada, um direito em razão das circunstâncias a que já se fez referência³⁶¹.

O TC passa a traçar um histórico das alterações que foram feitas ao regime de pensões da CGA, demonstrando que tem havido um sucessivo agravamento das condições para os subscritores e beneficiários deste sistema previdencial, mas sempre com respeito ao princípio da salvaguarda dos direitos adquiridos e em formação³⁶². Tendo isto em vista, afirma:

E perante a sucessiva legislação que aumentou a idade de reforma, o período contributivo e as regras de cálculo de pensão, com salvaguarda de direitos, enquanto subscritores e futuros beneficiários, os atuais pensionistas também puderam fazer planos de vida tendo em conta a perspectiva de continuidade de um determinado regime que julgavam mais favorável. É razoável aceitar que a confiança na manutenção de um determinado regime legal pode ter sido determinante na opção irreversível que fizeram pela aposentação numa determinada data. (...) De igual modo, não custa admitir que as expectativas fundadas em comportamentos positivados do Estado, no sentido da continuidade da forma de cálculo da pensão vigente à data da aposentação, tenha sido determinante na não opção de investimento em sistemas de proteção

³⁵⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Acórdão 862/2013*. Pág. 17/18.

³⁵⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Acórdão 862/2013*. Pág. 17/18.

³⁶⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Acórdão 862/2013*. Pág. 20/22.

³⁶¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Acórdão 862/2013*. Pág. 23/24.

³⁶² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Acórdão 862/2013*. Pág. 25.

complementar, precisamente porque julgaram legitimamente que os rendimentos que aufeririam seriam suficientes para sustentar o nível de vida pretendido e as obrigações económicas e financeiras entretanto assumidas³⁶³.

Conclui, portanto, afirmando a violação de expectativas legítimas.

O TC passa a avaliar se o interesse público subjacente justifica a diminuição do valor das pensões, concluindo negativamente.

Primeiramente, porque o sistema de pensões da CGA foi fechado a novas inscrições em 2006, de modo que o ônus da insustentabilidade financeira não pode ser imputado exclusivamente aos beneficiários, devendo ser assumido por toda a coletividade, como custo associado à política de convergência das pensões. Em segundo porque tanto os pensionistas da CGA quanto os do sistema geral de segurança social são pensionistas do Estado, tendo seus direitos à pensão igual consistência jurídica. Sendo assim, as soluções a serem adotadas para combater a insustentabilidade do sistema deve ter em vista o sistema público globalmente considerado³⁶⁴.

Para além disso, entendeu o TC que as normas em questão não correspondem a *“uma medida estrutural de convergência de pensões nem tem qualquer efeito de reposição da justiça intergeracional ou de equidade dentro do sistema público de segurança social”*³⁶⁵. Para o TC, para salvaguardar a justiça do sistema devem-se promover soluções em termos do sistema público global, invocando, para tanto, os princípios da solidariedade e da unidade do sistema³⁶⁶.

Por fim, afirma o Tribunal que, ainda que as medidas de redução fossem tidas por constitucionais, o princípio da proporcionalidade imporia que a sua adoção de forma gradual e diferida, tendo em consideração o princípio da proteção da confiança e a valoração da condição de pensionista³⁶⁷.

Tendo isto em conta, decidiu o Tribunal por declarar a inconstitucionalidade dos cortes no valor das pensões atribuídas pela CGA.

A decisão em questão, no entanto, não passou imune às críticas da doutrina constitucional portuguesa.

³⁶³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Acórdão* 862/2013. Pág. 26.

³⁶⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Acórdão* 862/2013. Pág. 28.

³⁶⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Acórdão* 862/2013. Pág. 31.

³⁶⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Acórdão* 862/2013. Pág. 32.

³⁶⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Acórdão* 862/2013. Pág. 34.

Maria Benedita Urbano, por exemplo, faz as seguintes observações: a) de todos os julgados relativos à legislação da crise, esta decisão é aquela que mais suscita dúvidas sobre ter o TC ultrapassado a fronteira entre o espaço de conformação jurídica do legislador e a atividade jurisdicional do tribunal, condenando a estratégia do legislador em nome de um vago conceito de reforma estrutural; b) o TC teria dado especial atenção aos pensionistas da CGA, em detrimento do restantes pensionistas e portugueses em geral; c) o TC teria sido infeliz na delimitação do objeto de controle, que critica a medida ora por ser conjuntural, ou era por ser estrutural; d) finalmente, porque a submissão da legislação que promoveu os cortes aos testes da proporcionalidade, proteção da confiança e igualdade não dissipam plenamente as dúvidas acerca da inconstitucionalidade da medida³⁶⁸.

Também se aponta que a decisão foi inesperada, superando uma extensão tradição jurisprudencial de apenas confinar a tutela da confiança a casos extremos, tendo o Tribunal absolutizado a proteção da confiança, tratando o princípio em questão como se regra fosse³⁶⁹.

Por fim, critica-se o *decisum* em questão por se aproximar demais de um dirigismo constitucional³⁷⁰.

Loureiro, no entanto, ressalva que o acórdão em questão abriu a porta para corte permanentes nos montantes das pensões, respeitada, no entanto, a construção formulada pelo TC (em um contexto de reforma estrutural, global, gradual e visando garantir a sustentabilidade do sistema) o que, em que pese as críticas anteriores da doutrina, consiste em um avanço, já que, até pouco tempo antes, vigia a concepção de possibilidade apenas de cortes transitórios, ou mesmo de uma intangibilidade do valor das pensões³⁷¹.

³⁶⁸ URBANO, Maria Benedita. “A Jurisprudência da Crise no Divã. Diagnóstico: Bipolaridade?” *In O Tribunal Constitucional e a Crise. Ensaios Críticos*. RIBEIRO, Gonçalo de Almeida; COUTINHO, Luís Pereira (Org.) Coimbra: Almedina, 2014. Pág. 31/39.

³⁶⁹ ALEXANDRINO, José de Melo. “Jurisprudência da Crise. Das Questões Prévias às Perplexidades”. *In O Tribunal Constitucional e a Crise. Ensaios Críticos*. RIBEIRO, Gonçalo de Almeida; COUTINHO, Luís Pereira (Org.) Coimbra: Almedina, 2014. Pág. 65.

³⁷⁰ PINTO, Paulo Mota. “A Proteção da Confiança na ‘Jurisprudência da Crise’”. *In O Tribunal Constitucional e a Crise. Ensaios Críticos*. RIBEIRO, Gonçalo de Almeida; COUTINHO, Luís Pereira (Org.) Coimbra: Almedina, 2014. Pág. 159.

³⁷¹ LOUREIRO, João Carlos. “Cortes, Pensões e Jurisprudência em Tempos de Crise: entre o Transitório e o Permanente”. *In O Tribunal Constitucional e a Crise. Ensaios Críticos*. RIBEIRO, Gonçalo de Almeida; COUTINHO, Luís Pereira (Org.) Coimbra: Almedina, 2014. Pág. 159.

3.3. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e as medidas de restrição de direitos em matéria de segurança social

3.3.1. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a Carta Social Europeia

Antes de abordar a forma como o TEDH lida com as políticas de restrição de direitos relacionados à segurança social, cumpre falar, brevemente, sobre como a segurança social se vinculado com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH).

Os principais documentos do Conselho da Europa em matéria de direitos humanos são a CEDH, que busca tutelar aqueles direitos ditos de primeira geração, ou as chamadas liberdades e garantias; e a Carta Social Europeia³⁷², que pretende garantir os direitos econômicos, sociais e culturais. Foi necessário elaborar dois documentos diversos porque não havia, em torno dos direitos sociais, o mesmo nível de consenso alcançado para as liberdades e garantias. Prova disso é que, enquanto todos os países que integram o Conselho da Europa ratificaram a CEDH, a ponto de se considerar a ratificação deste documento como requisito para integrar o Conselho, apenas poucos países ratificaram a Carta.

No presente trabalho deixa-se de abordar o papel da Carta tendo em vista sua limitada eficácia. As decisões proferidas pelo Comitê de Direitos Sociais do Conselho da Europa têm natureza declaratória³⁷³, não sendo executáveis, embora devam ser respeitadas. O sistema não prevê a aplicação de sanções imediatas em caso de descumprimento³⁷⁴.

3.3.2. O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e o direito à segurança social

Muito embora o TEDH não admita que seja possível extrair da CEDH um direito subjetivo à segurança social, vem sendo convocado em diversas oportunidades a verificar a

³⁷² Existem, em verdade, duas Cartas Sociais Europeias: a primitiva, datada de 1961, e a revisada, de 1996. O direito à segurança social encontra abrigo em ambos os documentos. A segunda possui maior alcance que a original e espera-se que, conforme vá sendo ratificada, venha a substituir definitivamente a Carta primitiva.

³⁷³ COUNCIL OF EUROPE. *Collective Complaints Brochure*. Council of Europe, s.d. Pág. 6.

³⁷⁴ KATROUGALOS, George. "Social security in the 'case law' of the Social Rights Committee." *In Research Handbook on European Social Security Law*, PENNING, Frans; VONK, Gijsbert. Cheltenham; Northampton: Edward Elgar Publishing, 2015. Pág. 85.

compatibilidade de reformas previdenciárias com dispositivos da CEDH.

Para a doutrina especializada a jurisprudência do TEDH aponta claramente para a existência de um profundo vínculo entre os direitos previstos na Convenção e os direitos de segurança social, de modo que os direitos ditos civis e políticos atuam no sentido de garantir e também fortalecer o direito à segurança social³⁷⁵.

Aponta-se a existência de uma proteção legal mínima a partir dos artigos 3º, 6º e 8º da CEDH, bem como do artigo 1º do Protocolo nº 1³⁷⁶. O primeiro dispositivo busca garantir o direito à existência humana e dignidade. O artigo 6º se refere ao julgamento justo, enquanto o artigo 8 define alguns *standards* para proteção da vida familiar. Por fim, o artigo 1º do Protocolo, o qual protege o direito de propriedade³⁷⁷.

O artigo 6º da CEDH afirma o direito a um processo equitativo. O TEDH já teve a oportunidade de se debruçar sobre a questão em diversas oportunidades³⁷⁸, tendo consolidado o entendimento no sentido de ser o artigo em questão aplicável aos litígios envolvendo prestações de segurança social³⁷⁹. Neste sentido pode-se falar na existência de uma dimensão processual do direito à segurança social.

Quanto aos demais dispositivos da CEDH mencionados, ofertam eles uma proteção de caráter substancial ao direito à segurança social, projetando seus efeitos para a própria relação entre o Estado-prestador e o cidadão que se beneficia da prestação.

Tome-se o artigo 3º da CEDH, que proíbe a tortura e os tratamentos tidos por desumanos ou degradantes. O TEDH entendeu, quando do julgamento do caso “Larioshina vs Rússia”, que “uma reclamação quanto ao valor completamente insuficiente de uma

³⁷⁵ EICHENHOFER, E. (2015). “Social Security as a human right: an european perspective”. Pág. 27.

³⁷⁶ Diversos outros dispositivos da CEDH, no entanto, são invocados para sustentar pretensões relacionadas ao direito à segurança social. Para uma visão desenvolvida do assunto, vide: SLINGENBERG, Lieneke. “Social Security as a human right: an european perspective.” *In Research Handbook on European Social Security Law*, PENNING, Frans; VONK, Gijsbert. Cheltenham; Northampton: Edward Elgar Publishing, 2015.

³⁷⁷ MIKKOLA, Matti. “The Development of European Social Security Standards.” *In Research Handbook on European Social Security Law*, PENNING, Frans; VONK, Gijsbert. Cheltenham; Northampton: Edward Elgar Publishing, 2015. Pág. 150.

³⁷⁸ Para uma lista de casos, vide GÓMEZ HEREDERO, Ana. *La Seguridad Social como Derecho Humano*. Strasbourg: Conselho da Europa, 2007. Pág. 13/22.

³⁷⁹ GÓMEZ HEREDERO, Ana. *La Seguridad Social como Derecho Humano*. Pág. 11

pensão ou outros benefícios sociais pode, em princípio, suscitar uma questão sob o Artigo 3º da Convenção, o qual proíbe o tratamento desumano ou degradante” (tradução livre)³⁸⁰.

O artigo 8º trata do respeito pela vida privada e familiar. A doutrina afirma que tem havido uma proliferação dos direitos protegidos por este dispositivo, especialmente na área da segurança social e da saúde³⁸¹. Exemplo de aplicação do dispositivo pelo TEDH pode ser visto no caso *Roche vs United Kingdom*, em que a Corte entendeu que a demora no fornecimento de toda a informação relevante e pertinente violou o direito do reclamante, que buscava uma pensão militar, ao não o permitir avaliar os riscos a que esteve exposto durante testes com gases conduzidos pelas forças armadas britânicas³⁸².

Por fim, o artigo 1º do Protocolo nº 1, que protege o direito de propriedade. O TEDH vem entendendo que as prestações de segurança social podem ser consideradas como “possessões” ou “bens”, para fins de aplicação do dispositivo em questão, de modo que o Estado-parte não pode interferir na fruição dos benefícios sociais a menos que estejam presentes os requisitos ali estabelecidos³⁸³.

3.3.2.1. *A legitimidade das medidas de austeridade adotadas por Portugal no contexto da crise à luz do artigo 1º do Protocolo nº 1 da CEDH*

Como mencionado, o TEDH já teve a oportunidade de se pronunciar a respeito de algumas matérias envolvendo direitos sociais, oferecendo a estes, quando em contato com direitos previstos na CEDH, a sua tutela. No que se refere à segurança social, há diversos julgados da Corte envolvendo a aplicação de dispositivos da Convenção, tais como o direito a um julgamento justo (art. 6º), o direito à vida (art. 2º), a proibição da tortura (art. 3º) e a proibição de discriminação (art. 14º)³⁸⁴. Para os fins deste trabalho, todavia, importa

³⁸⁰ “... a complaint about a wholly insufficient amount of pension and the other social benefits may, in principle, raise an issue under Article 3 of the Convention which prohibits inhuman or degrading treatment” EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Larioshina v. Russia*, nº 56869/00, 2002.

³⁸¹ GERARDS, Janneke H. “Fundamental Rights and Other Interests: Should it really make a difference?” In *Conflicts between Fundamental Rights*. BREMS, Eva. Antwerp; Oxford; Portland: Intersentia, 2008. Pág. 662.

³⁸² GÓMEZ HEREDERO, Ana. *La Seguridad Social como Derecho Humano*. Pág. 47/48.

³⁸³ TSETOURA, Anna. “Property Protection as a Limit to Deteriorating Social Security Protection.” *European Journal of Social Security*, Volume 15, 2013. Pág. 58.

³⁸⁴ Para uma lista de julgados em que artigos da Convenção foram invocados para proteção de direitos relacionados à segurança social, vide GÓMEZ HEREDERO, Ana. *La Seguridad Social como Derecho Humano*.

analisar a proteção oferecida por meio da aplicação do art. 1º do P-1 (proteção da propriedade), considerando que a maior parte dos casos envolvendo benefícios sociais que chegam ao TEDH invoca a proteção do referido dispositivo³⁸⁵, a seguir transcrito:

Artigo 1º

Proteção da propriedade

Qualquer pessoa singular ou colectiva tem direito ao respeito dos seus bens. Ninguém pode ser privado do que é sua propriedade a não ser por utilidade pública e nas condições previstas pela lei e pelos princípios gerais do direito internacional. As condições precedentes entendem-se sem prejuízo do direito que os Estados possuem de pôr em vigor as leis que julguem necessárias para a regulamentação do uso dos bens, de acordo com o interesse geral, ou para assegurar o pagamento de impostos ou outras contribuições ou de multas.

A primeira sentença do enunciado estabelece um princípio geral de não interferência na propriedade. Ao indivíduo é garantida a fruição pacífica (*peaceful enjoyment*) de seus bens. A intenção da norma é garantir um direito oponível ao Estado, pelo qual este se abstém de interferir indevidamente na esfera patrimonial do indivíduo. Admite-se, contanto, que em determinadas situações surja uma obrigação estatal de garantir a propriedade perante agressões injustas de privados³⁸⁶.

Para fins de aplicação do art. 1º do P-1, é necessário que o bem possua uma expressão econômico-patrimonial. Considerando que muitos direitos e interesses, para além da propriedade, possuem esta expressão pecuniária, verifica-se a multidão de possibilidades de invocação do dispositivo convencional. Inclui-se no âmbito de proteção da disposição tanto os bens de natureza material, quanto os bens ditos imateriais. A noção também abarca direitos atuais e futuros, restritos estes aos casos em que existe uma expectativa legítima de aquisição da propriedade³⁸⁷.

A segunda parte do dispositivo limita a interferência na propriedade aos casos em que presente um interesse público. Para verificar se a privação do bem atende a este requisito, a Corte examina: (a) se um objetivo de interesse público está sendo perseguido;

³⁸⁵ COUSINS, Mel. *The European Convention on Human Rights and Social Security Law*. Antwerpen: Intersentia, 2008. Pág. 17.

³⁸⁶ DIJK, Peter Van *et al. Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. Antwerpen: Intersentia, 2006. Pág. 864/865.

³⁸⁷ BARRETO, Ireneu Cabral. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem anotada*. 3a Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. Pág. 348/349.

(b) se a medida é proporcional em relação ao fim desejado; (c) se a restrição é legal ou amparada em princípios do direito internacional³⁸⁸.

Em relação ao primeiro teste, o TEDH atribui aos Estados contratantes grande margem de apreciação na definição do interesse público buscado, intervindo apenas naquelas situações em que se verifica a total ausência de fundamento razoável³⁸⁹. Destaque-se a presença de um importante dever de fundamentação para o Estado.

O teste de proporcionalidade visa aferir se houve a justa ponderação entre os interesses coletivos e as exigências de proteção dos direitos individuais. Exige-se, também, que a privação da propriedade seja compensada. Em caráter excepcional admite-se que a indenização não corresponda ao valor de mercado, desde que o interesse público envolvido assim o exija³⁹⁰.

Por fim, a aferição de legalidade da medida restritiva. Neste caso o TEDH não se pronuncia acerca da correta aplicação do direito doméstico, geralmente fazendo referência ao entendimento do tribunal nacional. Não funciona, assim, como mais uma instância decisória. Também se exige que haja suficientes garantias procedimentais para garantir que as arbitrariedades sejam controladas³⁹¹.

A terceira e última parte do art. 1º do P-1 autoriza os Estados a impor limites ao uso da propriedade em acordo com o interesse público ou para assegurar pagamento de impostos, contribuições ou multas. Aqui, novamente, gozam os Estados de uma extensa margem de apreciação na definição dos limites e interesses a serem perseguidos.

Traçado um breve retrato da proteção da propriedade oferecida pela CEDH, cumpre verificar como o TEDH se posicionou acerca da convencionalidade das medidas de redução das pensões adotadas em Portugal por força da grave crise financeira.

De acordo com a primeira parte do art. 1º do P-1, toda pessoa tem o direito ao respeito dos seus bens. Cumpre perquirir, portanto, se um benefício social pode se enquadrar na categoria “bens” para fins de aplicação do disposto no enunciado.

A proteção da segurança social por meio do direito à propriedade é uma construção do Tribunal Constitucional alemão. Entendeu esta Corte que o artigo 14 da Constituição alemã, que protege o direito de propriedade, também se aplica a elementos

³⁸⁸ DIJK, Peter Van *et al.* *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. Pág. 878/879.

³⁸⁹ DIJK, Peter Van *et al.* *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. Pág. 879/880.

³⁹⁰ DIJK, Peter Van *et al.* *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. Pág. 883.

³⁹¹ DIJK, Peter Van *et al.* *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. Pág. 885.

imateriais, como benefícios sociais. Desta forma, embora o sistema não seja imutável, quaisquer restrições deverão se fundar no interesse público, serem adequadas e necessárias, e não poderão impor excessivos encargos sobre os envolvidos. As medidas deverão passar por um teste de proporcionalidade e o princípio da proteção da confiança exige que as reformas prevejam normas de transição, de modo a atenuar o impacto sobre as expectativas dos indivíduos.³⁹² A construção do tribunal alemão parece ter influenciado o tribunal europeu.

Em 1974 decidiu o TEDH que a obrigação de pagar contribuição para um regime de segurança social poderia criar, sob determinadas circunstâncias, um direito de propriedade sobre a cota dos fundos constituídos³⁹³. Os sistemas nos quais havia cotas individuais identificáveis permitiam a criação de um direito de propriedade, sendo os benefícios dele decorrentes considerados “bens” para fins de aplicação da Convenção³⁹⁴. Excluía-se, desde logo, regimes de repartição simples (pay-as-you-go), em que as contribuições vertidas pelo segurado não são acumuladas para o pagamento da própria pensão. Não sendo possível falar em cota identificável, não haveria direito à proteção de direitos de propriedade nos termos do art. 1º do P-1³⁹⁵.

Posteriormente, o TEDH passou a considerar irrelevante a natureza do regime legal de acesso aos benefícios sociais, desde que o benefício tivesse natureza contributiva (ainda que indireta). Uma primeira manifestação deste entendimento foi o caso *Gayguzus vs Austria*³⁹⁶. O reclamante, cidadão turco, após mais de dez anos de atividade laborativa, requereu a concessão de um benefício, o qual lhe foi negado por não possuir a nacionalidade austríaca. Apesar de se tratar de um benefício previsto em um regime de repartição simples, a queixa restou admitida com base no art. 14 e do art. 1º do P-1 da CEDH. E isto em uma mudança de orientação, já que, até então, entendia-se que neste tipo de regime o segurado não possui uma cota identificável do fundo de pensão, de modo que não se podia invocar a proteção do art. 1º do P-1.

Decidiu a Corte que o direito à assistência emergencial (benefício pretendido pelo

³⁹² PENNINGGS, Frans. “The Potential Consequences of the Gayguzus Judgment.” *European Journal of Social Security*, 1999. Pág. 195.

³⁹³ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Müller v. Austria*, nº 5849/72, 1974.

³⁹⁴ LEIJTEN, Ingrid. “From Stec to Valkov: Possessions and Margins in the Social Security Case Lae of the European Court of Human Rights” *Human Rights Law Review*, n. 13:2, 2013. Pág. 317.

³⁹⁵ PENNINGGS, Frans. “The Potential Consequences of the Gayguzus Judgment.” *European Journal of Social Security*, Vol. 1/2, 1999. Pág. 183.

³⁹⁶ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Gayguzus v. Austria*, nº 17371/90, 1996.

reclamante) era um direito pecuniário para os fins de aplicação do art. 1º do P-1 da CEDH, ressaltando que o dispositivo é aplicável sem que seja necessário recorrer exclusivamente ao vínculo entre o pagamento de contribuições e o direito à ajuda³⁹⁷. No caso em tela havia uma ligação indireta entre as contribuições e o recebimento do benefício pretendido, já que a assistência emergencial só poderia ser concedida àqueles que tenham esgotado o direito a um benefício de desemprego³⁹⁸.

Por fim, quando do julgamento do caso *Stec vs. United Kingdom*³⁹⁹, estendeu-se a proteção oferecida pelo art. 1º do P-1 da CEDH também para aqueles casos em que o acesso ao benefício independe da natureza contributiva do regime. A questão envolvia o pagamento do “Reduced Earnings Allowance”, um benefício de natureza não contributiva concedido a pessoas com capacidade laborativa reduzida.

Para o Tribunal, a interpretação do art. 1º do P-1 deveria levar em conta a forma como estão organizados os sistemas de bem-estar nos diversos Estados europeus. São diversas as prestações de segurança social concebidas, em uma série de regimes diferentes. Alguns envolvem contribuição para um fundo, outros dependem de um registro de contribuição, e outros ainda são financiados com base nas receitas gerais do Estado. Tendo disto isto, o TEDH afirmou a artificialidade de se conceber como um direito de propriedade apenas os benefícios concedidos em regimes contributivos. Além disso, muitos interessados financiaram os sistemas de segurança social por meio do pagamento de impostos⁴⁰⁰.

O julgado prossegue afirmando que muito indivíduos são dependentes, durante parte ou toda a vida, dos benefícios sociais. Muitos sistemas nacionais preveem que, preenchidos os requisitos de exigibilidade, seja efetuado o pagamento dos benefícios. Tendo o indivíduo uma norma de direito interno garantindo determinada prestação social, deve-se aplicar o art. 1º do P-1⁴⁰¹.

O *decisum* estabelece alguns princípios relevantes a respeito da matéria. Primeiramente, o art. 1º do P-1 não cria o direito de adquirir a propriedade. Segundo, os Estados contratantes possuem plena liberdade para decidir se desejam estabelecer ou não

³⁹⁷ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Gayguzus v. Austria*. §41.

³⁹⁸ PENNINGS, Frans. “The Potential Consequences of the Gayguzus Judgment.” Pág. 185.

³⁹⁹ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Stec and others v. The United Kingdom*, nº 65731/01 and 65900/01, 2005.

⁴⁰⁰ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Stec and others v. The United Kingdom*. §50.

⁴⁰¹ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Stec and others v. The United Kingdom*. §51.

um programa de Segurança Social, podendo escolher o regime, espécies e valor dos benefícios. Terceiro, havendo legislação que determine o pagamento de um determinado benefício, com exigência ou não de pagamento de contribuições pretéritas, deve-se considerar a existência de um direito pecuniário em favor de quem preencha os requisitos para a sua fruição, permitindo-se a invocação do art. 1º do P-1. Por fim, não se pode extrair do dispositivo o direito a um benefício de segurança social de nenhum tipo⁴⁰².

Por consequência do entendimento construído, pode-se afirmar que benefícios concedidos em uma base puramente discricionária não estão protegidos pelo direito de propriedade⁴⁰³.

Cumpre registrar ainda duas relevantes decisões do TEDH em relação à verificação da existência de um interesse abrangido pelo art. 1º do P-1. No caso *Bladh vs. Sweden*⁴⁰⁴ discutia-se o direito a uma prestação em razão da situação de desemprego. Um dos requisitos para concessão do benefício era a participação do requerente em um programa de qualificação. Enquanto o queixoso participava do treinamento em questão, sobreveio modificação legislativa alterando os requisitos da concessão da prestação. O Tribunal decidiu que, neste caso, o reclamante não possuía uma legítima expectativa de fruir de um direito de propriedade, haja vista não ter chegado a implementar os requisitos sob a égide da lei anterior.

Em recentes casos envolvendo Portugal colocados perante o TEDH, este entendeu que havia um interesse pecuniário abrangido pelo art. 1º do P-1. No caso *Da Conceição Mateus v. Portugal*, o interesse consistia no fato de os reclamantes estarem legalmente habilitados a receber os subsídios de férias e Natal. No caso *Silva Carvalho Rico v. Portugal*, o interesse decorria da fixação legal do valor da pensão.

Aplicou-se, assim, o entendimento consolidado no Tribunal, segundo o qual, havendo a lei estabelecido requisitos para a concessão de uma determinada prestação social, e preenchendo o indivíduo tais requisitos, presente está um direito de natureza pecuniária, protegido pela CEDH nos termos do art. 1º do P-1.

Ainda segundo o TEDH, tanto o não pagamento dos subsídios de férias e Natal quanto a cobrança da CES constituíam interferências no direito de fruição pacífica dos

⁴⁰² EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Stec and others v. The United Kingdom*. §§54 e 55.

⁴⁰³ COUSINS, Mel. *The European Convention on Human Rights and Social Security Law*. Pág. 22.

⁴⁰⁴ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Bladh vs. Sweden*, nº 46125/06, 2009.

bens e, por esta razão, precisariam ser devidamente justificadas.

As medidas de redução ou extinção de benefícios sociais não são comumente colocadas em questão perante o TEDH sob este aspecto. Um caso recente em que a legalidade foi posta em causa diz respeito à suspensão do pagamento de uma pensão por invalidez, com base em opinião emitida por ministro de Estado, não publicada no veículo de comunicação oficial⁴⁰⁵. O reclamante, residente no Kosovo, teve seu benefício cessado em razão de ter o ministro de Estado declarado que a partir da data em que o território passasse a controle internacional, cessaria o funcionamento do sistema de previdência sérvio naquela região. O TEDH entendeu que, não satisfeito o requisito da legalidade, sequer era necessário verificar se presente o interesse público a justificar a cessação da pensão.

Nos casos envolvendo Portugal, ao contrário, o TEDH entendeu que a redução do valor das pensões estava autorizada pela legislação nacional. Os julgados fazem ampla referência às decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional português em sede de fiscalização de constitucionalidade, sublinhando o TEDH que as medidas foram autorizadas pelo TC.

O caso *Da Silva Carvalho Rico v. Portugal* não desperta maiores dificuldades, já que a CES foi introduzida pela Lei do Orçamento do Estado e não foi declarada inconstitucional.

A determinação de não pagamento dos subsídios de férias e Natal, objeto do caso *Da Conceição Mateus v. Portugal*, foi considerada inconstitucional por violar o princípio da igualdade proporcional. O TEDH, no entanto, não atribuiu nenhum efeito à decisão do TC. Considerou que a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade com base no disposto no artigo 282, nº 4, CRP era suficiente para considerar os cortes como compatíveis com as disposições de direito doméstico.

A presença de um interesse público relevante também não costuma criar maiores dificuldades quando da apreciação da legitimidade das medidas de redução ou suspensão de benefícios sociais.

Nos casos envolvendo Portugal, o TEDH atestou a presença de um interesse público a justificar a interferência no direito de fruição pacífica dos bens. A crise

⁴⁰⁵ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Grudic v. Serbia*, nº 31.925/08, 2012.

econômica e seus efeitos sobre o orçamento do Estado foram destacados. O Tribunal pôs em relevo a necessidade de redução imediata dos gastos públicos, com fim de garantir a liquidez em curto prazo, de modo a permitir a recuperação da economia portuguesa a médio prazo⁴⁰⁶. Fez referência, ainda, à margem de apreciação, a qual seria especialmente ampla em se tratando de matéria envolvendo definição de prioridades para alocação de recursos limitados do Estado⁴⁰⁷.

Da análise da jurisprudência anterior do TEDH, todavia, não se pode afirmar que a crise foi o fator decisivo para se considerar a convencionalidade da redução das pensões.

Como mencionado, a margem de apreciação deixada aos Estados contratantes é bastante ampla, especialmente quando se trata de regimes de segurança social. Quaisquer alterações realizadas dependem de estudos acurados e produzem impactos gigantescos sobre os orçamentos estatais, especialmente na Europa, onde os regimes costumam ser bastante generosos. A crise financeira aqui funciona como um extensor da margem de apreciação, já que a urgência das medidas a serem adotadas acentua o caráter político das decisões a serem tomadas.

Lembra Palmstorfer que o entendimento no sentido da possibilidade de ajuste nos regimes de segurança social é mais velho que a crise⁴⁰⁸. Pode-se concluir, portanto, e com razoável grau de certeza, que ainda se as medidas tivessem sido adotadas em um contexto não tão gravoso quanto aquele em que Portugal se encontrava, as reduções teriam sido admitidas pelo Tribunal.

O último teste formulado pelo TEDH é o de proporcionalidade, pelo qual a Corte verifica se o direito a um benefício do regime de segurança social foi infringido de modo a atingir a essência do direito. Em ambos os casos aqui analisados entendeu o Tribunal que as medidas passavam pelo teste.

Primeiramente há que se avaliar, no caso concreto, o impacto econômico da medida sobre o interessado. É o que se depreende do decidido no caso *Ásmundsson vs.*

⁴⁰⁶ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Da Conceição Mateus v. Portugal*, nº 13341/14, §§ 25 e 26, 2013; EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Santos Januário v. Portugal*, nº 57725/12, §§ 39 e 40, 2013.

⁴⁰⁷ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Da Conceição Mateus v. Portugal*, §§ 22 e 23; EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Santos Januário v. Portugal*, §§ 37 e 38.

⁴⁰⁸ PALMSTORFER, Rainer. "Austerity measures on trial: on the compatibility of austerity measures with the European Convention of Human Rights." *E-Pública Revista Electrónica de Direito Público*, Vol. 1, n. 3 (2014). Disponível em http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?pid=S2183-184X2014000300008&script=sci_abstract&tlng=en. Pág. 131.

Iceland⁴⁰⁹. Nesta queixa discutia-se a cessação de um benefício por incapacidade de longo prazo em razão de alterações na legislação. Embora a condição física pessoal do queixoso tenha permanecido a mesma (parcialmente incapacidade para atividade laborativa), ficou privado de cerca de trinta por cento de sua renda. Entendeu a Corte que a supressão do benefício implicava em um ônus excessivo a ser suportado pelo reclamante.

Mencionando o precedente fixado no caso acima relatado, o TEDH considerou que a repercussão econômica da CES e do não pagamento dos subsídios de férias e Natal sobre a renda anual dos reclamantes era relativamente pequena e, portanto, não violava o núcleo do direito de propriedade. Em ambos os casos também se sublinhou o caráter extraordinário e temporário das medidas. O Tribunal cita julgamentos anteriores nos quais foi declarada a convencionalidade de medidas semelhantes, porém definitivas. No caso *Silva Carvalho Rico vs. Portugal*, o TEDH ainda tomou em consideração o fato de ter o TC afirmando que não havia alternativas disponíveis para que os objetivos de redução do déficit fossem atendidos. Em *Da Conceição Mateus vs. Portugal*, o Tribunal enfatizou a excepcionalidade da situação decorrente da grave crise econômica.

Havia o Tribunal já se manifestado no sentido constituir mais um indício de violação do princípio da proporcionalidade o direcionamento das medidas de austeridade a um grupo específico de pessoas. É o que se depreende do caso *R.Sz vs. Hungary*⁴¹⁰, quando contribuições da ordem de quase cem por cento foram instituídas exclusivamente em face de funcionários do Estado.

No caso português, ao contrário, não vislumbrou o TEDH violação da proporcionalidade no fato de as medidas de austeridade atingirem, fundamentalmente, o setor público, ainda que cortes semelhantes não tenham sido adotados no setor privado.

Do julgamento do caso *Da Conceição Mateus vs. Portugal* consta uma referência sutil do TEDH à decisão de inconstitucionalidade proferida pelo TC⁴¹¹. Em sentido inverso ao decidido pela Corte portuguesa, afirmou o TEDH que o legislador português permaneceu dentro dos limites de sua margem de apreciação e que, ainda que tais cortes tenham se revelado insuficientes, não caberia ao TC indicar quais medidas deveriam ser adotadas para diminuir o déficit orçamentário.

⁴⁰⁹ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Kjartan Ásmundsson v. Iceland*, nº 41838/11, 2005.

⁴¹⁰ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *R.Sz vs. Hungary*, nº 41838/11, ECHR, 2013.

⁴¹¹ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Da Conceição Mateus v. Portugal*. §28.

Por fim, outro elemento que demonstra o diálogo entre as decisões do TC e do TEDH é a referência deste às menções do TC ao princípio da reserva do possível. O Tribunal europeu inclui a ideia de escassez na fundamentação da decisão, apenas ressaltando que tal noção não pode ser utilizado no sentido de tornar os direitos sociais meros símbolos sem efetividade.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, podemos concluir que as reformas previdenciárias são inevitáveis, tendo em vista a necessidade de preservar a sustentabilidade dos próprios regimes de segurança social, sob pena de, em um futuro não muito distante, a própria existência da segurança social enquanto direito ser questionada. Neste sentido devem, sim, ser promovidas reformas, mas que preservem, de um lado, a necessária sustentabilidade econômico-financeira, e, de outro, a sustentabilidade social. A tarefa, certamente, é difícil de ser executada, mas nem por isso deve-se abrir mão de tais objetivos.

São muitos os que advogam a transformação dos regimes de segurança social, hoje ancorados em regimes de repartição, em regimes de capitalização pura, com a supressão do elemento solidário em nome de uma maior responsabilização do indivíduo por suas próprias escolhas. Há também os que defendam a introdução de programas de rendimento mínimo universais e incondicionais, com a abolição de quaisquer outros sistemas de proteção social, limitando-se o Estado a fornecer aquele mínimo indispensável à sobrevivência.

É preciso responder com um sonoro “não” aos defensores destes modelos. A atuação do Estado na área da proteção social não deve ser orientada por uma lógica mercantilista e reducionista. Tal como os demais direitos fundamentais, o Estado deve garantir, da maneira mais ampla e eficiente possível, a proteção dos cidadãos contra os riscos sociais, especialmente em um contexto de crescente instabilidade.

Não se ignora a existência de um componente econômico relevante, tampouco que os indivíduos devem arcar, em alguma medida, com suas próprias escolhas. Mas não é o caso de se ignorar, em primeiríssimo lugar, que na grande maioria dos casos aqueles que são atingidos pelas contingências sociais pouco ou nada poderiam fazer contra elas e, segundo, que a segurança social busca exatamente garantir que o trabalho não seja visto como uma outra mercadoria qualquer, sujeita às oscilações de preço decorrentes da variação da oferta e da procura. Aquele que se vê protegido pelo Estado não estará disposto a vender sua força de trabalho por um salário miserável.

Há, de fato, a necessidade de proteger o sistema daqueles que tentam dele se beneficiar sem que efetivamente tenham contribuído para o bem comum. Também é preciso reconhecer que a transformação etária é uma realidade, especialmente nos países

desenvolvidos, e num futuro próximo também nos países emergentes, para a qual é preciso oferecer alguma resposta. Eventualmente poderá ser necessário aumentar a idade mínima para reforma ou mesmo reduzir moderadamente o valor dos benefícios.

No entanto, a redução excessiva dos montantes recebidos pelos inativos, bem como a crescente dificuldade no acesso aos benefícios, tem potencial para reduzir a legitimidade dos regimes de segurança social, que passam a ser vistos pelos cidadãos como excessivamente onerosos frente às diminutas vantagens auferidas ao longo de uma extenuante carreira contributiva. Pode-se destruir o sentimento de solidariedade que deve existir entre todas as partes envolvidas no financiamento e na concretização dos direitos de segurança social, a saber: Estado, empregadores e trabalhadores.

Deve-se enxergar a segurança social não apenas sob uma perspectiva de satisfação das necessidades de subsistência. Como já se sabe, a pobreza é muito mais do que falta de rendimentos econômicos: tem relação com o exercício de direitos e a concretização de projetos de realização pessoal^{412/413}. A atuação do Estado nesta área deve ir muito além da garantia do denominado mínimo existencial, mas na tentativa de redução das desigualdades, especialmente de oportunidades, cada vez mais presentes na sociedade contemporânea.

É preciso, portanto, pensar mecanismos que obriguem os Estados a preservar sistemas de segurança social, garantindo uma proteção social efetiva e adequada. No entanto, tais mecanismos devem ter pretensão de universalidade, de modo a evitar que as políticas de redução da proteção social, em nome da atração de investimentos, continuem a existir. É necessário construir direitos sociais globais, que se apresentem como alternativa à globalização fundada na privatização, mercantilização e liberalização⁴¹⁴.

⁴¹² WILLIAMS, Lucy. “Para a Emergência de um Direito Internacional da Pobreza.” In WILLIAMS, Lucy (coord). *O Direito Internacional da Pobreza - Um discurso emergente*. Cascais: Sururu, 2006. Pág. 30.

⁴¹³ “Na perspectiva multidimensional, contudo, uma das características que definem a pobreza é a incapacidade das pessoas pobres gozarem os direitos de ‘primeira geração’, exceto se lhes forem garantidos direitos de ‘segunda geração’”. WILLIAMS, Lucy. “Para a Emergência de um Direito Internacional da Pobreza.” Pág. 31.

⁴¹⁴ MEDEIROS, Rui. *A Constituição Portuguesa num Contexto Global*. Pág. 112.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXANDRINO, José de Melo. “Jurisprudência da Crise. Das Questões Prévias às Perplexidades”. In *O Tribunal Constitucional e a Crise. Ensaios Críticos*. RIBEIRO, Gonçalo de Almeida; COUTINHO, Luís Pereira (Org.) Coimbra: Almedina, 2014.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- ALTMAN, Nancy J., e Eric R. KINGSON. *Social Security Works! Why Social Security Isn't Going Broke and How Expanding It Will Help Us All*. New York: New Press, 2015.
- AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5ª Ed. Coimbra: Almedina, 2016.
- ATRIA, Fernando. “Existem direitos sociais?” Trad. Cláudio Ari Mello. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, nº 56, 2005.
- BALERA, Wagner. *Noções Preliminares de Direito Previdenciário*. 2ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- _____. *Sistema de Seguridade Social*. 5ª Ed. São Paulo: Editora LTr, 2009.
- BALL, Laurence, Davide FURCERI, Daniel LEIGH, e Prakash LOUNGANI. *The Distributional Effects of Fiscal Consolidation*. International Monetary Fund, 2013.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARR, Nicholas. “Credit crisis and pensions: international scope”. *The Future of Multi-Pillar Pensions*. Edited by Lans Bovenberg, Caspen van Ewijk, Ed Westerhout. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- BARRETO, Ireneu Cabral. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem anotada*. 3ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- BAUKNECHT, Jürgen; NAEGELE, Gerhard. “Delaying Retirement in Germany and Europe”. in *Challenges of Aging: Pensions, Retirement and Generational Justice*. Cornelius Torp (Ed.) New York: Palgrave MacMillan, 2015.
- BAUMAN, Zygmunt. *Globalização. As Consequências Humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- BAYERTZ, Kurt. “Four uses of Solidarity”. *Solidarity*. Kurt Bayertz (Ed.) Munster: Kluwer Academic Publishers, 1999.
- BEVERIDGE, Sir William. *Social Insurance and Allied Services*. London: H. M. Stationery Office, 1942.
- BLYTH, Mark. *Austeridade - A História de uma Ideia Perigosa*. Trad. Freitas e Silva. Lisboa: Quetzal, 2013.

- BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise: ou visitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BRASIL. Proposta de Emenda Constitucional nº 287-A/2016. Texto disponível em https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=25C5BF7E0DC358197F5DF5A1921B5A0B.proposicoesWebExterno1?codteor=1521447&filename=Avulso+-PEC+287/2016.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Edição. Coimbra: Almedina, 2003.
- _____. “O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional”. *Tékne*, Vol. VIII, nº 13, 2010.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada – Vol. I*. 4ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. *Manual de Direito Previdenciário*. 11ª Ed. Florianópolis: Conceito Editora, 2009.
- CAUPERS, João. “A Agonia do Estado Social”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. Ano VII – 2010.
- CHAGAS, Carulina de Freitas. “Pejotização e fraude aos direitos trabalhistas”. *Revista Fórum Trabalhista*. Belo Horizonte, ano 4, n. 19, out./dez. 2015.
- CICHON, Michael; HAGEMER, Krzysztof. “Changing the development policy paradigm: Investing in a social security floor for all”. *International Social Security Review*. Vol. 60, 2007.
- CLARK, Gordon L.; MUNNELL, Alicia H.; ORSZAG, J. Michael. “Pension and Retirement Income in a Global Environment.” In CLARK, Gordon L.; MUNNELL, Alicia H.; ORSZAG, J. Michael *The Oxford Handbook of Pensions and Retirement Income*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- CONCEIÇÃO, Apelles J. B. *Segurança Social*. 10ª Ed. Coimbra: Almedina, 2017.
- COUNCIL OF EUROPE. *Collective Complaints Brochure*. Council of Europe, s.d.
- COUSINS, Mel. *The European Convention on Human Rights and Social Security Law*. Antwerpen: Intersentia, 2008.
- DEKEN, Johan J. de; PONDS, Eduard; RIEL, Bart Van. “Social Solidarity”. *The Oxford Handbook of Pensions and Retirement*. Gordon L. Clark, Alicia H. Munnell, J. Michael Orszag (Eds). Oxford: Oxford University Press, 2006.
- DIJK, Peter Van *et al.* *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. Antwerpen: Intersentia, 2006.
- EICHENHOFER, E. “Social Security as a human right: an european perspective”. In *Research Handbook on European Social Security Law*, PENNING, Frans; VONK, Gijbert. Cheltenham; Northampton: Edward Elgar Publishing, 2015.

- GERARDS, Janneke H. “Fundamental Rights and Other Interests: Should it really make a difference?” In *Conflicts between Fundamental Rights*. BREMS, Eva. Antwerp; Oxford; Portland: Intersentia, 2008.
- GÓMEZ HEREDERO, Ana. *La Sécurité Sociale - Sa protection sur la scène internationale et son évolution en Europe*. Strasbourg: Conseil de l’Europe, 2008.
- _____. *La Seguridad Social como Derecho Humano*. Strasbourg: Conselho da Europa, 2007.
- GRECH, Aaron George. *The Social Sustainability of Pensions in Europe*. Saarbrücken: Scholar’s Press, 2015.
- HARPER, Sarah. “The Challenges of Twenty-First Century Demography” in *Challenges of Aging: Pensions, Retirement and Generational Justice*. Cornelius Torp (Ed.) New York: Palgrave MacMillan, 2015.
- HENRIQUES, Fátima Vieira. “Direito Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional” in *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York, London: W.W. Norton & Company, 2000.
- HORVARTH JR., Miguel. *Direito Previdenciário*. 8ª Ed. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2010.
- IBRAHIM, Fábio Zambitte. “A Previdência Social como Direito Fundamental”. In *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Org. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- _____. *A Previdência Social no Estado Contemporâneo: Fundamentos, Financiamento e Regulação*. Niterói: Editora Impetus, 2011.
- _____. *Curso de Direito Previdenciário*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.
- INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *Social Security: a New Consensus*. Geneva: International Labour Organization, 2001.
- LIMA, Javert de Souza. “Da Mensagem de Bismarck ao Plano Beveridge.” s.d. <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/604/571>.
- KATROUGALOS, George. “Social security in the 'case law' of the Social Rights Committee.” In *Research Handbook on European Social Security Law*, PENNING, Frans; VONK, Gijbert. Cheltenham; Northampton: Edward Elgar Publishing, 2015.
- KORDA, Maria; PENNING, Frans. “The Legal Character of International Social Security Standards.” *European Journal of Social Security*, Vol. 10, 2008.
- KUHNLE, Stein, e Anne SANDER. “The Emergence of the Western Welfare State.” In CASTLES, Francis G.; LEIBFRIED, Stephan; LEWIS, Jane; OBINGER, Herbert; PIERSON, Christopher (Eds). *The Oxford Handbook of the Welfare State*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

- LEAL, Bruno Bianco; PORTELA, Felipe Mêmolo. *Previdência em Crise. Diagnóstico e Análise Econômica do Direito Previdenciário*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- LEIJTEN, Ingrid. “From Stec to Valkov: Possessions and Margins in the Social Security Case Lae of the European Court of Human Rights” *Human Rights Law Review*, n. 13:2, 2013.
- LEITÃO, André Studart. *Teoria Geral da Filiação Previdenciária. Controvérsias sobre a Filiação Obrigatória e a Filiação Facultativa*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013.
- LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado Social?* Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- _____. “Constituição da Segurança Social: Sujeitos, Prestações e Princípios”. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. 84, 2008.
- _____. “Cortes, Pensões e Jurisprudência em Tempos de Crise: entre o Transitório e o Permanente”. In *O Tribunal Constitucional e a Crise. Ensaios Críticos*. RIBEIRO, Gonçalo de Almeida; COUTINHO, Luís Pereira (Org.) Coimbra: Almedina, 2014. Pág. 159.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário*. 4ª Edição. São Paulo: LTr Editora, 2011.
- _____. *Princípios de Direito Previdenciário*. 4ª Ed. São Paulo: Ltr, 2001.
- MARTINS, Maria Inês de Oliveira. “Do Direito à Segurança Social”. *Boletim de Ciências Económicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume LVI, 2013.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 31ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- MEDEIROS, Rui. *A Constituição Portuguesa num Contexto Global*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.
- MEDEIROS, Rui; MIRANDA, Jorge. *Constituição Portuguesa Anotada – Vol. I*. 2ª Ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017.
- MIKKOLA, Matti. “The Development of European Social Security Standards.” In *Research Handbook on European Social Security Law*, PENNING, Frans; VONK, Gijsbert. Cheltenham; Northampton: Edward Elgar Publishing, 2015.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. Direitos Fundamentais*. 3ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- MORAIS, Carlos Blanco de. “De novo a querela da “unidade dogmática” entre direitos de liberdade e direitos sociais em tempos de ‘exceção financeira’”. *e-Pública: Revista Eletrónica de Direito Público*, 1(3), 2014.
- NEVES, Ilídio das. *Direito da Segurança Social. Princípios Fundamentais numa Análise Prospectiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

- NUBBERGER, Angelika. “Interpretation of Internacional Social Security Standards – Problems and Prospects”. In PENNINGS, Frans. *International Social Security Standards*. Antwerpen - Oxford: Intersentia, 2007.
- NULLMEIER, Frank; KAUFMANN, Franz-Xaver. “Post-War Welfare State Development.” In CLARK, Gordon L.; MUNNELL, Alicia H.; ORSZAG, J. Michael. *The Oxford Handbook of the Welfare State*. Oxford : Oxford University Press, 2010.
- OECD. *Pensions at a Glance 2017: OECD and G20 Indicators*. Paris: OECD Publishing, 2017.
- PALMSTORFER, Rainer. “Austerity measures on trial: on the compatibility of austerity measures with the European Convention of Human Rights.” *E-Pública Revista Electrónica de Direito Público*, Vol. 1, nº 3, 2014. Disponível em http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?pid=S2183184X2014000300008&script=sci_abstract&tlng=en.
- PENNINGS, Frans. “An Overview of Interpretation Issues of International Social Security Standards.” In PENNINGS, Frans. *International Social Security Standards*. Antwerpen - Oxford: Intersentia, 2007.
- _____. “The Potential Consequences of the Gayguzus Judgment.” *European Journal of Social Security*, 1999.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- PINTO, Paulo Mota. “A Proteção da Confiança na ‘Jurisprudência da Crise’”. In *O Tribunal Constitucional e a Crise. Ensaios Críticos*. RIBEIRO, Gonçalo de Almeida; COUTINHO, Luís Pereira (Org.) Coimbra: Almedina, 2014. Pág. 159.
- PULIDO, Carlos Bernal. “Fundamento, Conceito e Estrutura dos Direitos Sociais. Uma Crítica a ‘Existem Direitos Sociais?’ de Fernando Atria”. In *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Org. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- RIEDEL, Eibe. “The Human Right to Social Security: Some Challenges.” In RIEDEL, Eibe. *Social Security as a Human Right. Drafting a General Comment on Article 9 ICESCR - Some Challenges*. Berlin & Heidelberg & New York: Springer, 2007.
- ROCHA, Daniel Machado da. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. 9ª ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- _____. *O Direito Fundamental à Previdência Social na Perspectiva dos Princípios Constitucionais Diretivos do Sistema Previdenciário Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.
- ROCHA, Daniel Machado da; SAVARIS, José Antônio. *Curso de Direito Previdenciário, Vol. I: Fundamentos de Interpretação e Aplicação do Direito Previdenciário*. Curitiba: Alteridade Editora, 2014.

- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SCHERMAN, K. G. A New Social Security Reform Consensus? The ISSA's Stockholm Initiative. 2000 International Social Security Review, Vol. 53, 1/2000.
- SILVA, Suzana Tavares da. *Os Direitos Fundamentais na Arena Global*. 2ª Ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014.
- SLINGENBERG, Lieneke. "Social Security as a human right: an european perspective." *In Research Handbook on European Social Security Law*, PENNING, Frans; VONK, Gijbert. Cheltenham; Northampton: Edward Elgar Publishing, 2015.
- STANDING, Guy. *O Precariado - A Nova Classe Perigosa*. Tradução: BRAGA, Carlos; BRAGA, Ana Maria. Lisboa: Editorial Presença, 2014.
- SWANK, Duane. "Globalization". *In CLARK, Gordon L.; MUNNELL, Alicia H.; ORSZAG, J. Michael. The Oxford Handbook of the Welfare State*. Oxford : Oxford University Press, 2010.
- TAVARES, Marcelo Leonardo. *Previdência e Assistência Social – Legitimação e Fundamentação Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- THANE, Pat. "The History of Retirement". *In CLARK, Gordon L.; MUNNELL, Alicia H.; ORSZAG, J. Michael The Oxford Handbook of Pensions and Retirement Income*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- TSETOURA, Anna. "Property Protection as a Limit to Deteriorating Social Security Protection." *European Journal of Social Security*, Volume 15, 2013.
- TURNER, John A. *Sustaining Social Security in an Era of Population Aging*. Kalamazoo: W. E. Upjohn Institute for Employment Research, 2016.
- TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.
- URBANO, Maria Benedita. "A Jurisprudência da Crise no Divã. Diagnóstico: Bipolaridade?" *In O Tribunal Constitucional e a Crise. Ensaios Críticos*. RIBEIRO, Gonçalo de Almeida; COUTINHO, Luís Pereira (Org.) Coimbra: Almedina, 2014.
- WILLIAMS, Lucy. "Para a Emergência de um Direito Internacional da Pobreza." *In WILLIAMS, Lucy (coord). O Direito Internacional da Pobreza - Um discurso emergente*. Cascais: Sururu, 2006.
- WORLD BANK. *Notional accounts: Notional defined contribution plans as a pension reform strategy*. Disponível em <http://siteresources.worldbank.org/INTPENSIONS/Resources/395443-1121194657824/PRPNoteNotionalAccts.pdf>. Acesso em 08/07/2018 às 20:06h.

JURISPRUDÊNCIA

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. *Recurso Extraordinário nº 486.413-4/SP*. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=591437>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.111-7/DF*. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347438>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.105-8/DF*. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363310>.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Acórdão 187/2013*. Versão para impressão. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130187.html>.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Acórdão 862/2013*. Versão para impressão. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130862.html>.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Larioshina v. Russia*, nº 56869/00, 2002.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Müller v. Austria*, nº 5849/72, 1974.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Gayguzus v. Austria*, nº 17371/90, 1996.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Stec and others v. The United Kingdom*, nº 65731/01 and 65900/01, 2005.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Bladh vs. Sweden*, nº 46125/06, 2009.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Grudic v. Serbia*, nº 31.925/08, 2012.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Kjartan Ásmundsson v. Iceland*, nº 41838/11, 2005.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *R.Sz vs. Hungary*, nº 41838/11, ECHR, 2013.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Da Conceição Mateus v. Portugal*, nº 13341/14, §§ 25 e 26, 2013.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Santos Januário v. Portugal*, nº 57725/12, §§ 39 e 40, 2013.