

01/03/2023

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.051 DISTRITO FEDERAL

VOTO:

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):

1. O presente voto está dividido em três partes. A *primeira* delas se ocupará de expor o contexto social, jurídico e econômico em que foi editada a nova Reforma da Previdência (Emenda Constitucional nº 103/2019). A *segunda* parte cuidará de dois vetores interpretativos que, a meu sentir, devem orientar a solução do caso: (i) a autocontenção judicial no controle de constitucionalidade de emendas à Constituição e (ii) a adequada consideração das capacidades institucionais e dos efeitos sistêmicos na tomada de decisões envolvendo a Previdência Social. A *terceira* e última parte apreciará as questões preliminares e de mérito alegadas nesta ação direta.

Parte I

O CONTEXTO DA NOVA REFORMA DA PREVIDÊNCIA (EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 103/2019)

I. ALGUNS DADOS SOCIAIS, JURÍDICOS E ECONÔMICOS RELEVANTES

2. A compreensão do contexto em que foi aprovada a recente Reforma da Previdência (Emenda Constitucional nº 103/2019) perpassa pela análise de alguns *dados sociais, jurídicos e econômicos* relevantes. Para os fins aqui propostos, os *dados sociais* se referem às mudanças demográficas verificadas no Brasil nos últimos anos¹. Os *dados jurídicos*, a

1 Gabriel Mendes Borges, Marden Barbosa de Campos e Luciano Gonçalves de Castro e Silva, Transição da estrutura etária no Brasil: oportunidades e desafios para a sociedade nas próximas décadas, In: Leila Regina Ervatti, Gabriel Mendes Borges e Antonio de Ponte Jardim (orgs.), *Mudança demográfica no Brasil no início do século XXI: subsídios para as projeções da população*, 2015, p. 139: “O processo de transição demográfica ou transição vital é uma das principais transformações pelas quais vem passando a sociedade moderna. Ele caracteriza-se pela passagem de um regime com altas taxas de mortalidade e

ADI 7051 / DF

seu turno, dizem respeito a um regime normativo favorecido que vigorou por muito tempo no país, principalmente para os servidores públicos. Os *dados econômicos*, por fim, expressam a relação entre receitas e despesas da Previdência Social, a proporção desses gastos em relação ao Produto Interno Bruto – PIB e no orçamento público e os impactos macroeconômicos do déficit previdenciário.

3. Vejamos, primeiramente, os *dados sociais*. A população brasileira está vivendo mais. Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, a *expectativa de vida ao nascer*, em 2018, alcançou 76,3 anos. Em 1940, era de apenas 45,5 anos. Um incremento, portanto, de mais de 30 anos nesse período². Em paralelo, os idosos também estão vivendo mais no Brasil. O tempo médio de vida para uma pessoa com certa idade – a chamada *expectativa de sobrevivida* – costuma ser mais elevado do que para quem acabou de nascer. Isso se deve às taxas de mortalidade infantil no país, que ainda são aterradoras. Alguém que hoje conte com 60 anos de idade deve viver até os 82,6 anos³. E, de acordo com projeções da Organização das Nações Unidas – ONU, em 2100, o brasileiro que chegar aos 60 anos viverá, em média, até os 90. A essa altura, o Brasil será o 10º país do mundo em maior proporção de idosos, que representarão 39% do total da população⁴. É a chamada *inversão da*

fecundidade/natalidade para outro regime, em que ambas as taxas situam-se em níveis relativamente mais baixos”.

2 EM 2018, expectativa de vida era de 76,3 anos. Agência de Notícias IBGE, 28.11.2019. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/26104-em-2018-expectativa-de-vida-era-de-76-3-anos>. Acesso em: 23.03.2020.

3 EXPECTATIVA de vida dos brasileiros aumenta para 76,3 anos em 2018. Agência de Notícias IBGE, 28.11.2019. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/26103-expectativa-de-vida-dos-brasileiros-aumenta-para-76-3-anos-em-2018>. Acesso em: 23.03.2020.

4 United Nations – Department of Economic and Social Affairs, *World Population Prospects 2019* (Standard projections, Population data), 2019. Disponível em: <https://population.un.org/wpp/Download/Standard/Population/>. Acesso em: 23.03.2020. V. tb. ENTENDA a reforma da Previdência em 10 infográficos. Insuper,

ADI 7051 / DF

*pirâmide etária*⁵. Sem dúvida, esses são números a celebrar. Colocam, todavia, novos desafios, estando um deles na Previdência Social. Viver mais significa receber benefícios por um período maior, o que demanda ainda mais recursos financeiros.

4. Além disso, ao longo dos anos, as famílias brasileiras vêm encolhendo. As mulheres vêm decidindo ter menos filhos. Em 1940, a média de filhos por mulher era de 6,16. Em 2016, essa taxa caiu para 1,69⁶. E, desde 2005, já era inferior à taxa de reposição da população, que é de 2,1. Dito de forma mais simples: se o cenário se mantiver assim, a população no Brasil parará de crescer em 2048⁷. A expressiva queda na taxa de fecundidade impacta diretamente a Previdência Social. Como é intuitivo, quando essa taxa se reduz, a população em idade ativa também diminui. No Brasil, a Previdência Social segue o regime de financiamento

14.02.2019. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/conhecimento/conjuntura-economica/reforma-previdencia-brasil-em-graficos/>. Acesso em: 23.03.2020. Cf., ainda, BRASIL é o 4º país em que expectativa de sobrevida aos 60 anos mais cresce. Folha de S. Paulo, 23.03.2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/03/brasil-e-4o-pais-em-que-expectativa-de-sobrevida-aos-60-anos-mais-cresce.shtml>. Acesso em: 23.03.2020.

5 Gabriel Mendes Borges, Marden Barbosa de Campos e Luciano Gonçalves de Castro e Silva, Transição da estrutura etária no Brasil: oportunidades e desafios para a sociedade nas próximas décadas, In: Leila Regina Ervatti, Gabriel Mendes Borges e Antonio de Ponte Jardim (orgs.), *Mudança demográfica no Brasil no início do século XXI: subsídios para as projeções da população*, 2015, p. 142: “(...) o Brasil insere-se no grupo de países que experimentou uma transição demográfica acelerada, principalmente devido à queda acentuada dos níveis de fecundidade. Isso vem provocando mudanças significativas na estrutura etária da população. O formato triangular da pirâmide populacional, com uma base larga, vem dando lugar a uma pirâmide etária típica de uma população envelhecida, com a redução da participação relativa de crianças e jovens e o aumento proporcional de adultos e idosos”.

6 Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, *Séries históricas e estatísticas*. Disponível em: <https://serieestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?no=10&op=0&vcodigo=POP264&t=taxa-fecundidade-total>. Acesso em: 23.03.2020.

7 Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, *População – Projeção da população do Brasil e das unidades da federação*. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/index.html>. Acesso em: 30.06.2022.

ADI 7051 / DF

de repartição simples, em que os mais jovens arcam com os benefícios dos mais idosos. O descompasso entre as contribuições dos mais novos, que decrescem, e os gastos com as aposentadorias, que só sobem, é uma das maiores causas de desequilíbrio⁸.

5. Ao lado desses fatores gerais para o grave déficit na Previdência Social, é possível listar razões mais específicas em relação aos regimes próprios de previdência social, que serão chamadas aqui de *dados jurídicos*: (i) requisitos pouco rigorosos para a aposentadoria, exigindo-se, até a Emenda Constitucional nº 20/1998, apenas tempo de serviço mínimo para a aposentadoria voluntária, sem a necessidade de conjugá-lo com a idade avançada⁹; (ii) critérios generosos de cálculo e revisão de proventos de aposentadoria e pensão (integralidade e paridade com servidores ativos), que só foram revogados pela Emenda Constitucional nº 41/2003; (iii) aposentadorias especiais para diversas categorias, com requisitos ainda mais brandos para a passagem à inatividade; e (iv) a ausência, até a Emenda Constitucional nº 3/1993, no âmbito da União, e até a Emenda nº 20/1998, nos Estados e Municípios, de obrigatoriedade de contribuir para a aposentadoria, que era tida como um prêmio ao servidor depois de trabalhar por determinado período para o ente público. Esse rol se amplia, ainda, se forem incluídas práticas ilícitas, como desvios de recursos públicos, concessão de benefícios sem

8 Vejam-se os dados do regime próprio dos servidores civis da União: no Poder Executivo federal, em 1995, existiam 630.763 servidores ativos para 510.605 inativos e pensionistas. Ou seja: para cada aposentado/pensionista, havia 1,24 servidores em atividade. Em 2016, a quantidade de inativos e pensionistas já havia superado a de servidores ativos. Existiam 632.485 servidores ativos para 633.390 aposentados e pensionistas, isto é, o equivalente a 0,99 servidor ativo para cada inativo/pensionista. Cf. Ministério da Economia, *Boletim Estatístico de Pessoal e Informações Organizacionais* nº 249, v. 21, jan. 2017, p. 65-7. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/gestao-publica/arquivos-e-publicacoes/BEP>. Acesso em: 24.03.2020.

9 Esta razão não é específica dos regimes próprios, porque, no regime geral, a aposentadoria por tempo de contribuição, independentemente da idade do trabalhador, manteve-se vigente até 12.11.2019 (CF/1988, art. 201, § 7º, I).

ADI 7051 / DF

fonte de custeio, dentre outras¹⁰.

6. Esse conjunto de elementos sociais e jurídicos formam um cenário preocupante, que pode ser dimensionado pelos *dados econômicos*. O déficit da Previdência Social no Brasil é incontestável. Tanto o regime geral de previdência social (RGPS), relativo aos trabalhadores da iniciativa privada, quanto os regimes próprios (RPPS), dos servidores públicos efetivos, vêm enfrentando sérias dificuldades para manter ou restabelecer o equilíbrio financeiro e atuarial. De acordo com o Ministério da Economia, no final de 2019, o regime geral apresentou déficit de R\$ 213,3 bilhões, os regimes dos servidores públicos civis da União, de R\$ 53 bilhões, e o dos militares, de R\$ 47 bilhões¹¹. Para fins de comparação, no final de 2004, após duas reformas abrangentes feitas pelas EC nº 20/1998 e 41/2003, esses números eram de R\$ 28,5 bilhões, no RGPS, e de R\$ 32,4 bilhões, nos regimes dos servidores públicos civis e militares da União¹². Como se vê, a piora foi significativa. As Emendas Constitucionais nº 20/1998 e 41/2003 se mostraram insuficientes para reverter esse quadro. A existência de inúmeras regras de transição, com uma disciplina mais favorável para servidores que ingressaram no serviço público até 2003, diluiu de forma excessiva no tempo os efeitos das mudanças na Constituição.

10 Luís Roberto Barroso, Constitucionalidade e legitimidade da Reforma da Previdência (ascensão e queda de um regime de erros e privilégios), *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado nº 20*, dez./jan./fev. 2009/2010, p. 8-10.

11 Tesouro Nacional, *Relatório Resumido da Execução Orçamentária do Governo Federal e outros Demonstrativos*, dez. 2019, p. 38. Disponível em: <https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/relatorio-resumido-da-execucao-orcamentaria-rreo/2019/12>. Acesso em: 24.03.2020. Em maio de 2022, pouco mais de dois anos após a promulgação da EC 103/2019, o déficit do RGPS já havia caído para R\$ 149,8 bilhões, o do RPPS da União para R\$ 19,2 bilhões e o dos militares para R\$ 18 bilhões. Disponível em: <https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/relatorio-resumido-da-execucao-orcamentaria-rreo/2022/5>. Acesso em: 30.06.2022.

12 Tesouro Nacional, *Relatório Resumido da Execução Orçamentária do Governo Federal e outros Demonstrativos*, dez. 2004, p. 32. Disponível em: https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/relatorio-resumido-da-execucao-orcamentaria-rreo/2004/12?ano_selecionado=2004. Acesso em: 24.03.2020.

ADI 7051 / DF

7. Em 2017, os dispêndios com benefícios previdenciários apenas na União consumiram 10% do PIB¹³. Para traçar um paralelo, em 2015, a média de gasto com aposentadorias e pensões nos países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE foi de 8%¹⁴. O Brasil, que ainda tem uma população considerada jovem, gasta quase a mesma proporção do PIB que países como Alemanha e Japão, cujo número de idosos é significativamente superior¹⁵. Nos anos de 2016 e 2017, nações como o México e o Chile, com patamar etário mais próximo ao da população brasileira, despenderam 2,6% e 2,8% do PIB, respectivamente.

8. Ademais, os gastos previdenciários constituem uma fatia expressiva do orçamento da União. Em 2018, representaram 31,91% do total das despesas liquidadas. De outra parte, os desembolsos com saúde e educação foram de 5,05% e 3,91%, respectivamente¹⁶. Não obstante a relevância do direito à previdência social, a desproporção é muito acentuada. É preciso reconhecer que algo está errado nessa distribuição dos recursos públicos. Outra constatação fundamental é a de que o crescimento das *despesas obrigatórias* – que decorrem de obrigações constitucionais ou legais, como é o caso dos gastos com a Previdência Social – comprime, cada vez mais, o espaço das *despesas discricionárias*,

13 DÉFICIT da seguridade social alcança 4,4% do PIB em 2017, Ministério da Economia, 08.03.2018. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/noticias/deficit-da-seguridade-social-alcanca-4-4-do-pib-em-2017>. Acesso em: 24.03.2020.

14 Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, *Pension spending*. Disponível em: <https://data.oecd.org/socialexp/pension-spending.htm>. Acesso em: 24.03.2020.

15 Tesouro Nacional, *Aspectos fiscais da seguridade social no Brasil*, nov. 2017, p. 10. Disponível em: <https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/aspectos-fiscais-da-seguridade-social-no-brasil/2017/26>. Acesso em: 24.03.2020.

16 Tesouro Nacional, *Relatório Resumido da Execução Orçamentária do Governo Federal e outros Demonstrativos*, dez. 2019, p. 50-2. Disponível em: <https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/relatorio-resumido-da-execucao-orcamentaria-rreo/2019/12>. Acesso em: 24.03.2020.

ADI 7051 / DF

isto é, aquelas que o Poder Executivo tem algum grau de liberdade decisória quanto a fazer ou não fazer. De acordo com o Ministério da Economia, entre 2010 e 2020, o valor das despesas discricionárias caiu quase 60%¹⁷. A conclusão é que tem sobrado muito pouco para novos investimentos em obras, serviços e políticas públicas.

9. Uma última observação deve ser feita ainda neste tópico. Reformas na Previdência Social voltadas a combater o déficit produzem *impactos macroeconômicos positivos* que não podem ser ignorados¹⁸. Um efeito atribuído ao aumento da idade mínima para a aposentadoria, por exemplo, é o de que o trabalhador, ao ter a vida laboral prolongada, tende a fazer menos poupança e a consumir mais¹⁹. Isso incentiva as empresas a incrementarem a sua capacidade produtiva, o que aquece a economia e gera mais empregos. Por outro lado, o aumento desenfreado do déficit na Previdência Social afeta a capacidade de investimento público, compromete a credibilidade do Governo e faz subir a taxa básica de juros. Juros altos são uma barreira para o crescimento da atividade econômica, por restringirem o crédito e desestimularem o consumo e a produção. Se a economia sofre retração ou fica estagnada, menos impostos são arrecadados, o que agrava a situação fiscal do Estado²⁰. Em estudo

17 Ministério da Economia, *Muito além da Previdência: a economia nos primeiros nove meses de governo*, out. 2019, p. 4. Disponível em: http://www.economia.gov.br/central-de-conteudos/publicacoes/notas-informativas/2019/191017_nota-9-meses-de-governo-spe.pdf. Acesso em: 24.03.2020.

18 Carolin Nerlich e Joachim Schroth, The economic impact of population ageing and pension reforms, *ECB Economic Bulletin* nº 2:85-109, 2018, p. 101 e ss. Disponível em: https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/ebart201802_02.en.pdf. Acesso em: 25.03.2020.

19 Philippe Karam, Dirk Muir, Joana Pereira e Anita Tuladhar, Macroeconomic effects of public pension reforms, *IMF Working Papers* nº 10/297, dez. 2010, p. 14-6. Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2010/wp10297.pdf>. Acesso em: 25.03.2020.

20 Ministério da Economia, *Nota Informativa - Efeito da reforma da previdência no crescimento do PIB*, fev. 2019. Disponível em: [7](http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/conjuntura-economica/estudos-economicos/2019/nova-</p></div><div data-bbox=)

ADI 7051 / DF

realizado por economistas do Fundo Monetário Internacional – abrangendo Estados Unidos, União Europeia, Japão e países emergentes da Ásia –, constatou-se que o aumento de dois anos na idade mínima para a aposentadoria teria o potencial de elevar o PIB em quase 1%, em curto a médio prazo, e em 4,5%, em longo prazo²¹.

10. Esse é o pano de fundo da nova Reforma da Previdência realizada pela Emenda Constitucional nº 103/2019. É importante, a partir de agora, desenvolver alguns vetores interpretativos que devem conduzir o julgamento desta ação. É o que passo a fazer na segunda parte deste voto.

Parte II

OS VETORES INTERPRETATIVOS APLICÁVEIS AO CASO

I. DEVER DE AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA EC Nº 103/2019

I.1. Aprovação por quórum qualificado e necessidade de ofensa a cláusula pétrea

11. No presente caso, busca-se a declaração de inconstitucionalidade de dispositivo da Emenda Constitucional nº 103/2019, que realizou uma nova reforma na Previdência Social, alterando aspectos essenciais dos regimes próprios e do regime geral. As questões abrangidas pela reforma são divisivas, de difícil obtenção de consenso. Fazem aflorar a tensão entre, de um lado, a proteção de direitos sociais – sobretudo o direito à previdência social – e, de outro, postulados de equilíbrio e responsabilidade fiscal. A atuação diligente e justificada de corporações, em defesa do *status quo*, traz um elemento de pressão a mais

previdencia/ni-reforma-da-previdencia.pdf/view. Acesso em: 25.03.2020.

21 Philippe Karam, Dirk Muir, Joana Pereira e Anita Tuladhar, Macroeconomic effects of public pension reforms, *IMF Working Papers nº 10/297*, dez. 2010, p. 14. Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2010/wp10297.pdf>. Acesso em: 25.03.2020.

ADI 7051 / DF

sobre o processo político, com o qual os parlamentares precisam lidar. O atingimento de um quórum qualificado de aprovação, nesse ambiente, não é tarefa simples. Por isso, considero que o *primeiro* vetor interpretativo a ser aplicado aqui é o da *autocontenção judicial*, que deve pautar o controle sobre a atuação do poder reformador.

12. Conforme já assinalei em estudo doutrinário²², nesse âmbito, não sendo evidente a inconstitucionalidade da emenda, deve o órgão competente abster-se de declará-la. Além disso, havendo alguma interpretação possível que permita afirmar a compatibilidade da norma com a Constituição, em meio a outras que carreavam para ela um juízo de invalidade, deve o intérprete optar pela interpretação legitimadora, mantendo o preceito em vigor. A cautela e deferência próprias da jurisdição constitucional acentuam-se aqui pelo fato de se tratar de uma emenda à Constituição, cuja aprovação tem o batismo da maioria de três quintos de cada Casa do Congresso Nacional. A declaração de inconstitucionalidade de uma emenda é possível, mas não fará parte da rotina da vida.

13. O art. 60, § 4º, da Constituição, contém limitação material expressa ao poder constituinte derivado. Nos seus termos, não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais. A locução *tendente a abolir* deve ser interpretada com equilíbrio. Por um lado, ela deve servir para que se impeça a erosão do conteúdo substantivo das cláusulas protegidas. De outra parte, não deve prestar-se a ser uma inútil muralha contra o vento da história, petrificando determinado *status quo*. A Constituição não pode abdicar da salvaguarda de sua própria identidade, assim como da preservação e promoção de valores e direitos fundamentais. Mas não deve ter a pretensão de suprimir a deliberação majoritária legítima dos órgãos de representação popular, juridicizando

22 Luís Roberto Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 2020, p. 177-178.

ADI 7051 / DF

além da conta o espaço próprio da política. O juiz constitucional não deve ser prisioneiro do passado, mas militante do presente e passageiro do futuro.

14. Há duas razões relevantes e complementares pelas quais a interpretação das cláusulas pétreas deve ser feita sem alargamento do seu sentido e alcance: a) para não sufocar o espaço de conformação reservado à deliberação democrática, exacerbando a atuação contramajoritária do Judiciário; e b) para não engessar o texto constitucional, o que obrigaria à convocação repetida e desestabilizadora do poder constituinte originário²³. A observação panorâmica das cláusulas pétreas abrigadas nas Constituições dos países democráticos revela que, em geral, elas veiculam princípios fundamentais e, menos frequentemente, regras que representem concretizações diretas desses princípios. Não é meramente casual que seja assim. Princípios, como se sabe, caracterizam-se pela relativa indeterminação de seu conteúdo. Trazem em si, porém, um núcleo de sentido, em cujo âmbito funcionam como regras, prescrevendo objetivamente determinadas condutas. Para além desse núcleo, existe um espaço de conformação, cujo preenchimento é atribuído prioritariamente aos órgãos de deliberação democrática, por força do princípio democrático. Aí não caberia mais ao Judiciário impor sua visão do que seria a concretização ideal de determinado princípio.

15. O vetor interpretativo proposto neste tópico é amplamente adotado por esta Corte. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes

23 Sobre o tema, v. o *obiter dictum* do Ministro Sepúlveda Pertence, no MS 23.047 (DJU 14.11.2003): “Convém não olvidar que, no ponto, a interpretação radical e expansiva das normas de intangibilidade da Constituição, antes de assegurar a estabilidade institucional, é a que arrisca legitimar rupturas revolucionárias ou dar pretexto fácil à tentação dos golpes de Estado”. V. tb. Gilmar Ferreira Mendes, Plebiscito – EC 2/92, *Revista Trimestral de Direito Público* nº 7:105, 1994, p. 118: “Não só a formulação ampla dessas cláusulas, mas também a possibilidade de que por meio de uma interpretação compreensiva diferentes disposições constitucionais possam (ou devam) ser imantadas com a garantia da imutabilidade têm levado doutrina e jurisprudência a advertir contra o perigo de um congelamento do sistema constitucional, que, ao invés de contribuir para a continuidade da ordem constitucional, acabaria por antecipar sua ruptura”.

ADI 7051 / DF

precedentes: ADI 2.024, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 27.10.1999; ADI 3.128, Red. p/o acórdão Min. Cezar Peluso, j. em 18.08.2004; ADI 5.296 MC, Rel. Min. Rosa Weber, j. em 18.05.2016; MS 32.262-MC, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. em 20.08.2013; e MS 34.448-MC, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. em 10.10.2016.

16. Portanto, em se tratando de controle de constitucionalidade de emenda à Constituição, adoto uma postura de deferência às escolhas políticas realizadas pelos Poderes Executivo e Legislativo, o que, por certo, não impedirá a declaração de inconstitucionalidade se realmente estiver presente contrariedade com a CF/1988.

I.2. A capacidade institucional do Judiciário e o risco de efeitos sistêmicos de decisões judiciais no âmbito da Previdência Social

17. Vejamos, então, o *segundo* vetor interpretativo aqui proposto. Como se sabe, cabe aos três Poderes interpretar a Constituição e pautar sua atuação com base nela. Em caso de divergência, a palavra final é do Judiciário. Essa primazia não significa, porém, que toda e qualquer matéria deva ser decidida em um tribunal. Por isso, considero que devem ser levados em conta, no julgamento desta ação – assim como de todas as outras contra a reforma –, os limites à ingerência judicial impostos pela *capacidade institucional* do Poder Judiciário e pelos *efeitos sistêmicos* de suas decisões²⁴, especificamente, no presente caso, das tomadas no âmbito da Previdência Social. Capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais

24 V. Cass Sunstein e Adrian Vermeulle, Interpretations and institutions, *Public Law and Legal Theory Working Paper n° 28*, 2002, p. 2: “Ao chamarmos atenção para as capacidades institucionais e para os efeitos sistêmicos, estamos sugerindo a necessidade de um tipo de virada institucional no estudo das questões de interpretação jurídicas”. Sobre o tema, v. tb. Adrian Vermeulle, Foreword: system effects and the Constitution, *Harvard Law Review n° 123*, 2009.

ADI 7051 / DF

qualificado, por falta de informação ou de conhecimento específico. Também o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejáveis podem recomendar uma posição de cautela e de deferência por parte do Judiciário. O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça²⁵, sem condições, muitas vezes, de avaliar o impacto de suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público²⁶.

18. A instituição de medidas para o alcance do equilíbrio financeiro e atuarial na Previdência Social (art. 40, *caput*, CF/1988) pressupõe o domínio de questões técnicas sofisticadas, que não se inserem na tarefa ordinária do Poder Judiciário²⁷. Ademais, qualquer intervenção nesse campo pode produzir consequências desastrosas, dado o grande número de pessoas afetadas. Em questões previdenciárias, há que se construir um concerto harmônico de regras que leve em conta a

25 Daniel Sarmento, Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento e Gustavo Binenbojm (coords.), *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*, 2008, p. 317.

26 No caso de políticas de saúde, por exemplo, o Poder Judiciário não tem como avaliar se determinado medicamento é efetivamente necessário para se promover a saúde e a vida. Mesmo que instruído por laudos técnicos, seu ponto de vista nunca seria capaz de rivalizar com o da Administração Pública. O juiz é um ator social que observa apenas os casos concretos, a micro-justiça, ao invés da macro-justiça, cujo gerenciamento é mais afeto à Administração Pública. Cf. Luís Roberto Barroso, Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: *Temas de direito constitucional*, t. IV, 2009.

27 O *equilíbrio financeiro* significa a correspondência imediata entre as receitas e despesas, que resulte em saldo zero ou positivo no respectivo exercício. O *equilíbrio atuarial*, a seu turno, consiste numa situação de estabilização do sistema em longo prazo, que depende de múltiplos fatores de influência sobre o valor das contribuições arrecadadas e o *quantum* das prestações a serem salgadas, tais como a expectativa de sobrevivência e as taxas de natalidade da população (Fabio Zambitte Ibrahim, *Curso de direito previdenciário*, 2016, p. 42). A Emenda Constitucional nº 103/2019 trouxe a seguinte definição: “Art. 9º, § 1º. O equilíbrio financeiro e atuarial do regime próprio de previdência social deverá ser comprovado por meio de garantia de equivalência, a valor presente, entre o fluxo das receitas estimadas e das despesas projetadas, apuradas atuarialmente, que, juntamente com os bens, direitos e ativos vinculados, comparados às obrigações assumidas, evidenciem a solvência e a liquidez do plano de benefícios”.

ADI 7051 / DF

imprescindível *proteção social* dos indivíduos e a *sustentabilidade* de todo o sistema. Esses dois bens jurídicos, ao contrário do que alguns poderiam pensar, não são colidentes. A viabilidade financeira do regime previdenciário é condição indispensável à continuidade do pagamento dos benefícios. Nessa ordem de ideias, o arranjo normativo desenhado pelo Poder Executivo e chancelado pelo Congresso Nacional, em linha de princípio, pretende colocar esses dois valores em situação de equilíbrio. No exame de apenas alguns dos elementos integrantes de um conjunto maior, que se pretende harmônico, deve-se ter o cuidado de não desestabilizar um dos pilares fundamentais à higidez de toda a estrutura.

19. Quando não estiverem em jogo os direitos fundamentais ou os procedimentos democráticos, juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador, abstendo-se de sobrepor-lhes sua própria valoração política. Os membros do Judiciário não devem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida –, supondo-se *experts* em todas as matérias. Por fim, o fato de a última palavra acerca da interpretação da Constituição ser do Judiciário não o transforma no único – nem no principal – foro de debate e de reconhecimento da vontade constitucional a cada tempo. A jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social, os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que o poder emana do povo, não dos juízes.

20. A consideração das capacidades institucionais e dos efeitos sistêmicos no exercício da jurisdição constitucional não é estranha a esta Corte. Confirmam-se, nessa linha, os seguintes julgados: ADI 5.468, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 30.06.2016; e RE 1.083.955-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 28.05.2019. Como se vê, esse segundo parâmetro interpretativo reforça a necessidade de um comportamento judicial autocontido no exame da constitucionalidade da Emenda nº 103/2019.

ADI 7051 / DF

21. Definidos esses vetores, passa-se, então, à análise das impugnações específicas formuladas na ação direta de inconstitucionalidade.

Parte III

A ANÁLISE DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

I. QUESTÃO PRELIMINAR: LEGITIMIDADE ATIVA

22. A Presidência da República, o Senado Federal, a Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República alegam que a ora requerente, a Confederação Nacional dos Trabalhadores Assalariados e Assalariadas Rurais – CONTAR, não teria legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade, seja por não representar toda a categoria dos trabalhadores rurais, seja por ausência de pertinência temática.

23. Rejeito, porém, a questão preliminar. Esta Corte já reconheceu, em mais de uma oportunidade, legitimidade ativa para ações de controle concentrado à Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura – CONTAG, cujas características são muito similares à ora requerente. Nesse sentido, confirmam-se a ADPF 415-MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 31.08.2018; e ADI 1.633, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 17.05.2007.

24. Há, também, pertinência temática entre as finalidades institucionais da CONTAR e o objeto desta ação direta. A norma questionada impacta o benefício de pensão por morte que será deixado por todos os trabalhadores rurais, produzindo efeitos diretos, portanto, nos interesses da categoria representada pela requerente.

25. Superada a preliminar, passo, então, ao mérito da demanda.

ADI 7051 / DF

II. OS CRITÉRIOS DE CÁLCULO DA PENSÃO POR MORTE (ART. 23 DA EC Nº 103/2019)

26. A Emenda Constitucional nº 103/2019 mudou significativamente a sistemática da pensão por morte, sobretudo nos regimes próprios de previdência social (art. 40, § 7º, da CF/1988). A partir da sua promulgação, o valor das pensões será definido por lei de cada ente federativo²⁸. No âmbito da União, todavia, a própria emenda já define os parâmetros de cálculo da pensão por morte (art. 23), que são os mesmos tanto no regime próprio quanto no regime geral de previdência social, e poderão ser alterados por lei²⁹. O benefício corresponderá a 50% do valor da aposentadoria recebida pelo segurado ou servidor ou daquela a que teria direito se fosse aposentado por incapacidade permanente na data do óbito, acrescidos de cotas de 10 pontos percentuais por dependente, até o máximo de 100%.

27. Desde logo, reconheço que a EC nº 103/2019 provocou um *decrécimo relevante* no valor do benefício, que exigirá um planejamento financeiro maior dos segurados com dependentes. Isso não significa, contudo, que tenha violado alguma cláusula pétrea. Não se pode afirmar que o núcleo essencial do direito à previdência social e do princípio da dignidade da pessoa humana ofereça parâmetros precisos para o cálculo da prestação pecuniária. A barreira que, se ultrapassada, certamente levaria à inconstitucionalidade não foi desrespeitada pela reforma: vedou-se que o benefício seja inferior ao salário mínimo quando for a

28 CF/1988, art. 40, § 7º. Observado o disposto no § 2º do art. 201, quando se tratar da única fonte de renda formal auferida pelo dependente, o benefício de pensão por morte será concedido nos termos de lei do respectivo ente federativo, a qual tratará de forma diferenciada a hipótese de morte dos servidores de que trata o § 4º-B decorrente de agressão sofrida no exercício ou em razão da função.

29 EC nº 103/2019, art. 23, § 7º. As regras sobre pensão previstas neste artigo e na legislação vigente na data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional poderão ser alteradas na forma da lei para o Regime Geral de Previdência Social e para o regime próprio de previdência social da União.

ADI 7051 / DF

única fonte de renda formal do dependente³⁰. Para além disso, a fixação de qualquer outro piso pelo Poder Judiciário beiraria a arbitrariedade e careceria de embasamento técnico. A reprimendação do regramento anterior também poderia gerar distorções, tendo em vista a redução imposta aos proventos de aposentadoria no novo modelo.

28. A questão envolve a análise de impactos atuariais na Previdência Social, que refogem à atribuição dos magistrados. A falta de capacidade institucional do Judiciário e o risco de efeitos sistêmicos recomendam uma postura autocontida, que prestigie a solução dada pelo poder reformador. Para resguardar o equilíbrio do sistema, os critérios para a determinação do valor da pensão morte levam em conta as *condições de elegibilidade*, tais como a *idade* do beneficiário e o *tempo de convívio* marital ou de união estável, bem como o *tempo de duração* do benefício. Qualquer interferência judicial no montante da prestação deveria considerar todos esses aspectos, o que se revela praticamente inviável.

29. Ademais, dados de outras nações ajudam a perceber que não há uma irrazoabilidade patente na norma questionada. Em 26 países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, o valor médio das pensões por morte do cônjuge ou companheiro(a) supérstite corresponde a 56% dos proventos de aposentadoria por idade avançada³¹, o que não está distante da nova realidade brasileira. Como visto, a EC nº 103/2019 assegura uma cota

30 CF/1988, art. 40, § 7º Observado o disposto no § 2º do art. 201, quando se tratar da única fonte de renda formal auferida pelo dependente, o benefício de pensão por morte será concedido nos termos de lei do respectivo ente federativo, a qual tratará de forma diferenciada a hipótese de morte dos servidores de que trata o § 4º-B decorrente de agressão sofrida no exercício ou em razão da função.

CF/1988, art. 201, § 2º Nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo.

31 V. Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, Are survivor pensions still needed?, *OECD Pensions Outlook 2018*, 2018. Disponível em: https://doi.org/10.1787/pens_outlook-2018-en. Acesso em: 15.03.2020.

ADI 7051 / DF

familiar de 50%, mais uma cota por dependente de 10%. Diversos dos membros da OCDE, todavia, fixam uma idade mínima mais elevada que a do Brasil³² para que o(a) parceiro(a) sobrevivente faça jus à prestação de forma vitalícia³³. Além disso, 16 deles exigem tempo mínimo de convivência para a concessão do benefício, que varia de 6 meses a 5 anos³⁴. No caso do Brasil, não se impõe período mínimo de constância do casamento e, quanto à união estável, basta que se atenda aos requisitos do art. 1.723 do Código Civil, comprovando-se uma convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituir família.

30. Antes da Emenda Constitucional nº 103/2019, a pensão por morte correspondia a 100% do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou daquela a que teria direito se estivesse aposentado por invalidez na data de seu falecimento (Lei nº 8.213/1991, art. 75³⁵). Esse regramento não se alterou com a reforma. Em verdade, foi estendido ao regime próprio de previdência social (EC nº 103/2019, art. 26, *caput*).

32 No Brasil, de acordo com o art. 77, § 2º, c, item 6, da Lei nº 8.213/1991, com a redação dada pela Lei nº 13.135/2015, a idade mínima para receber pensão vitalícia, no regime geral de previdência social, é de 44 anos na data do óbito do segurado. Na Finlândia e no Japão, por outro lado, esse patamar etário mínimo foi fixado em 50 e 55 anos, respectivamente. É preciso ter essa idade, na data do óbito do segurado, para fazer jus à pensão vitalícia. Além disso, alguns outros países estabelecem idades ainda mais elevadas, mas permitem que, ao atingir a idade-limite, o sobrevivente passe a receber a pensão vitaliciamente, mesmo que isso se dê após o óbito do instituidor. É o caso da Bélgica, que fixou esse patamar etário em 45 anos – já prevendo um aumento para 50 anos em 2025 –, da França, em que o limite é de 55 ou 60 anos de idade, e da Grécia, onde se exige a idade de 55 anos. V. Organisation of Economic Co-operation and Development – OECD, *Are survivor pensions still needed?*, *OECD Pensions Outlook 2018*, 2018. Disponível em: https://doi.org/10.1787/pens_outlook-2018-en. Acesso em: 15.03.2020.

33 Organisation of Economic Co-operation and Development – OECD, *Are survivor pensions still needed?*, *OECD Pensions Outlook 2018*, 2018. Disponível em: https://doi.org/10.1787/pens_outlook-2018-en. Acesso em: 15.03.2020.

34 Organisation of Economic Co-operation and Development – OECD, *Are survivor pensions still needed?*, *OECD Pensions Outlook 2018*, 2018. Disponível em: https://doi.org/10.1787/pens_outlook-2018-en. Acesso em: 15.03.2020.

35 Art. 75. O valor mensal da pensão por morte será de cem por cento do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou daquela a que teria direito se estivesse aposentado por invalidez na data de seu falecimento, observado o disposto no art. 33 desta lei.

ADI 7051 / DF

31. O inconformismo da requerente advém do fato de o valor dos proventos de aposentadoria, sobretudo os decorrentes de invalidez, ter sofrido redução a partir do novo regime, o que impactará o montante da pensão por morte na hipótese em que o segurado falecer ainda em atividade. Com efeito, antes da emenda, os proventos de aposentadoria por invalidez, no regime geral, equivaliam a 100% do salário-de-benefício³⁶ (que, por sua vez, era igual à média aritmética dos 80% maiores salários-de-contribuição – art. 29, II, da Lei nº 8.213/1991³⁷). Após a reforma, esses proventos passaram a ser calculados da seguinte maneira: a base de cálculo corresponderá à média aritmética de 100% das remunerações que sofreram a incidência de contribuição previdenciária desde julho de 1994 ou desde o início da contribuição, se posterior àquela competência. Sobre essa base, aplicar-se-á o percentual de 60% para quem tiver até 15 anos de contribuição, se mulher, ou 20 anos de contribuição, se homem. A partir daí, a cada ano excedente, serão acrescidos 2 pontos percentuais.

32. Para não deixar o debate apenas em tese, vejamos dois exemplos que ilustram as mudanças feitas pela EC nº 103/2019 no cálculo da pensão por morte. Considere-se, primeiro, um segurado homem que, antes de se aposentar, recebia um salário de R\$ 6.000,00. Aposentou-se sob o regramento vigente antes da EC nº 103/2019, com proventos de R\$ 5.000,00, e possuía dois dependentes. No regime anterior, a pensão por ele deixada corresponderia a valor idêntico ao dos proventos. No regime atual, para dois dependentes, o benefício por morte seria igual a 70% dos proventos, isto é, R\$ 3.500,00. Note-se que isso constitui quase 60% dos ganhos do segurado em atividade.

36 Art. 44. A aposentadoria por invalidez, inclusive a decorrente de acidente do trabalho, consistirá numa renda mensal correspondente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício, observado o disposto na Seção III, especialmente no art. 33 desta Lei.

37 Art. 29. O salário-de-benefício consiste: (...)
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.

ADI 7051 / DF

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

34. Não obstante o decréscimo pareça relevante, é preciso lembrar que o segurado em questão possuía apenas 10 anos de contribuição. Havia uma incoerência no regramento anterior, cujo cálculo da pensão por morte era muito mais favorável aos dependentes do empregado que falecia ainda em atividade do que aos daquele que já estava aposentado voluntariamente. Na maioria das vezes, quem falece ainda ativo possui um tempo de contribuição inferior ao de quem já está inativo. E, de modo geral, menos contribuições vertidas à Previdência Social deveriam implicar um valor menor de benefício, e não igual. Ao fixar os proventos por invalidez em 100% do salário-de-benefício, independentemente do tempo de contribuição, e estabelecer que a pensão por morte seria de 100% desses proventos, o critério de cálculo do regime geral de previdência social não se mostrava sensível ao tempo de contribuição, o que prejudicava a sustentabilidade do sistema. A mudança, portanto, faz todo o sentido em termos de restauração do equilíbrio financeiro e atuarial. E, até mesmo por isso, não há que se falar em ofensa ao princípio da contributividade.

ADI 7051 / DF

35. Também não há, ao contrário do alegado, vulneração à subsistência dos dependentes. Um parâmetro de comparação razoável, nesse tema, é o valor dos *alimentos* fixados entre parentes, cônjuges e companheiros, na forma do art. 1.694 do Código Civil³⁸. É bem verdade que não há limites pecuniários estabelecidos em lei para a pensão alimentícia e as decisões judiciais não são uniformes nessa matéria. Até porque devem atentar às *necessidades* do requerente e às *possibilidades* da pessoa obrigada³⁹, que variam significativamente de família para família. Mas é possível dizer que, em geral, os alimentos giram em torno de 15% a 30% dos rendimentos do devedor⁴⁰. Ou seja: costuma-se considerar que ao menos 70% da renda são consumidos pelo seu próprio titular, para a sua sobrevivência. Não há razão para se pautar por lógica inteiramente distinta na pensão por morte. O fato de o segurado já ter morrido não significa que o benefício previdenciário poderá ser concedido em qualquer patamar, porque o ônus passa a recair sobre toda a sociedade. Nessa hipótese, a “pessoa obrigada” passa a ser o sistema previdenciário como um todo. Assim sendo, a pensão por morte deve tomar por base, além da *necessidade* dos dependentes, a *possibilidade real* do sistema de arcar com esse custo.

38 CC/2002, art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

39 CC/02, art. 1.694, § 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

40 TJSP, AC 1000668-14.2016.8.26.0512, Rel. Des. César Peixoto, j. em 21.01.2020; TJSP, AC 0019557-65.2017.8.26.0005, Rel. Des. César Peixoto, j. em 19.12.2019; TJRS, AC 70081879413, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. em 30.01.2020; TJRS, AC 70081470742, Rel. Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, j. em 27.06.2019; TJRS, AC 70080334824 RS, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. em 24.04.2019; TJSC, AC 03011602-59.2018.8.24.0007, Rel. Des. Denise Volpato, j. em 29.10.2019; TJRJ, AC 0025853-39.2015.8.19.0209, Rel. Des. Sônia de Fátima Dias, j. em 04.03.2020; TJRJ, AC 0005176-15.2015.8.19.0006, Rel. Des. Patrícia Ribeiro Serra Vieira, j. em 02.03.2017; TJDFT, AI 0717625-10.2018.8.08-0000, Rel. Des. Sandra Reves, j. em 20.03.2019; TJPA, AI 00156471520168140000, Rel. Des. Maria Filomena de Almeida Buarque, j. em 28.03.2018; TJGO, AI 01534759820198090000, Rel. Des. Zacarias Neves Coelho, j. em 31.01.2020.

ADI 7051 / DF

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

37. Também não há afronta a direitos adquiridos, expectativas legítimas ou à segurança jurídica. O art. 3º da EC nº 103/2019⁴¹ dispõe que as novas regras só se aplicam a quem ainda não havia adquirido o direito à pensão nos termos da legislação então vigente. Como se sabe, somente se adquire o direito à pensão no momento do óbito do servidor (RE 603.580, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 20.05.2015). Como consequência, esse é o marco temporal que define as regras aplicáveis ao benefício previdenciário, de modo que a pensão por morte se rege pelas normas em vigor ao tempo da morte de seu instituidor. Não há, assim, ofensa a direitos adquiridos. Ademais, não há violação a legítimas expectativas. Ainda que não haja regra de transição específica para as

41 CF/1988, art. 3º. A concessão de aposentadoria ao servidor público federal vinculado a regime próprio de previdência social e ao segurado do Regime Geral de Previdência Social e de pensão por morte aos respectivos dependentes será assegurada, a qualquer tempo, desde que tenham sido cumpridos os requisitos para obtenção desses benefícios até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, observados os critérios da legislação vigente na data em que foram atendidos os requisitos para a concessão da aposentadoria ou da pensão por morte.

§ 1º Os proventos de aposentadoria devidos ao servidor público a que se refere o **caput** e as pensões por morte devidas aos seus dependentes serão calculados e reajustados de acordo com a legislação em vigor à época em que foram atendidos os requisitos nela estabelecidos para a concessão desses benefícios.

§ 2º Os proventos de aposentadoria devidos ao segurado a que se refere o **caput** e as pensões por morte devidas aos seus dependentes serão apurados de acordo com a legislação em vigor à época em que foram atendidos os requisitos nela estabelecidos para a concessão desses benefícios.

ADI 7051 / DF

pensões, aquelas incidentes sobre a aposentadoria acabam por produzir reflexos no cálculo do benefício por morte. Como já visto, as pensões corresponderão a 50%, mais 10% por dependente, dos *proventos de aposentadoria* do servidor falecido. Dessa forma, se esses proventos tiverem sido fixados com fundamento em norma anterior mais favorável (cujos requisitos já haviam sido cumpridos na data da promulgação da EC nº 103/2019) ou em regra de transição, a pensão por morte terá uma base de cálculo superior, o que atenuará o impacto do novo regramento. Note-se que essa proteção recai justamente sobre os servidores com maior expectativa, por já estarem aposentados ou perto de passar para a inatividade.

38. Não vejo, por fim, ofensa ao princípio da vedação ao retrocesso social. O princípio da vedação ao retrocesso, que ainda desperta controvérsias na doutrina, não pode ser interpretado como uma proibição a qualquer atuação restritiva do legislador em matéria de direitos fundamentais, sob pena de violação ao princípio democrático. Só permitir que se modifique a regulamentação de um direito fundamental para ampliar o seu alcance, cristalizando-se tudo o mais, impõe amarras excessivas ao poder de conformação legislativa e limita exageradamente o espaço de deliberação democrática⁴². E não se pode esquecer que muitas das escolhas feitas na Previdência Social tiveram como pano de fundo um quadro de abundância de recursos, que já não se põe mais. A mudança nas circunstâncias fáticas não pode ser desconsiderada na interpretação constitucional. O Direito tem, sim, a pretensão de conformar a realidade, mas também sofre a influência dos aspectos fáticos que se apresentam diante de cada caso.

39. Por todas essas razões, entendo não haver inconstitucionalidade no art. 23 da Emenda Constitucional nº 103/2019.

CONCLUSÃO

42 Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, 2011, p. 90.

ADI 7051 / DF

40. Diante do exposto, julgo **improcedente** o pedido formulado na ação direta.

41. Proponho a fixação da seguinte tese de julgamento: “*É constitucional o art. 23, caput, da Emenda Constitucional nº 103/2019, que fixa novos critérios de cálculo para a pensão por morte no Regime Geral e nos Regimes Próprios de Previdência Social*”.

É como voto.