

# **A PENSÃO POR MORTE PÓS EMENDA CONSTITUCIONAL 103/2019: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.**

*Francisco Maia Rodrigues*<sup>1</sup>

*Sávio Augusto Souza*<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente trabalho se propõe a discutir as transformações advindas da Emenda Constitucional 103/2019, popularmente conhecida como reforma da previdência, especificamente quanto à colisão das mudanças levadas a efeito pela norma, frente aos princípios constitucionais da Proibição do Retrocesso Social e da Reserva do Possível. O objetivo da pesquisa é identificar se as transformações normativas estariam evitadas de inconstitucionalidades, ante seu conflito com os princípios supramencionados, tendo como escopo de análise a teoria da Ponderação dos Princípios do pesquisador jurídico alemão Robert Alexy. A metodologia utilizada é de caráter exploratório e descritivo sustentada exclusivamente na pesquisa bibliográfica da ciência, norma e jurisprudência sobre o tema em comento. Após as análises, foram observadas significativas mudanças nas condições, requisitos e beneficiários da Pensão por Morte, o que levou à constatação da ocorrência de inconstitucionalidades na elaboração da norma ante a afronta aos princípios constitucionais já mencionados.

**Palavras-chave:** Previdência Social; Pensão por Morte; Teoria da Ponderação dos Princípios; Emenda Constitucional 103/2019.

## **INTRODUÇÃO**

O advento da Seguridade Social representou uma importante conquista da sociedade, ao cumprir o propósito de preservar o sustento do trabalhador e de sua família, minimizando os riscos sociais. O benefício da Pensão por Morte, consolidado pela Constituição Federal de 1988, configura-se como um de seus benefícios de maior importância, contemplando os entes familiares na hipótese de falecimento do segurado.

A fim de efetivar os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição da República, protegendo e contemplando os beneficiários da Previdência Social, o Estado precisa assegurar fontes de custeio para manter o equilíbrio de receitas. Conseqüentemente, a alteração na legislação previdenciária se mostra um procedimento imperativo para se alcançar tal fim.

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pelo UNIPTAN / E-mail: cotrip@gmail.com

<sup>2</sup> Graduando em Direito pelo UNIPTAN / E-mail: savioaugustosouza@gmail.com

Em virtude da proeminência atual deste tema na seara política e jurídica, este artigo visa fomentar o debate sobre as modificações ocorridas na legislação acerca do Benefício de Pensão por Morte, buscando evidenciar possíveis inconsistências legislativas oriundas da EC 103/2019 que foi permeada por um cenário de intensa mobilização política e social, e ainda, cujos efeitos normativos incidiram nos fundos de previdência pública de estados e municípios.

Para promover o debate proposto, a presente pesquisa utiliza-se da Teoria da Ponderação dos Princípios, formulada por Robert Alexy. Por meio de tal amparo teórico, serão analisadas os impactos da Reforma e seus efeitos sobre os Princípios da Proibição do Retrocesso Social e do Princípio da Reserva do Possível.

No que tange o método utilizado, trata-se de uma pesquisa descritiva, adotando um caráter essencialmente bibliográfico e exploratório. Busca-se averiguar a legislação estabelecida com a recente reforma previdenciária e traçar um paralelo desta com princípios constitucionais. Para atingir os fins propostos, realiza-se uma análise crítica da correlação supracitada, sob amparo de uma extensa pesquisa documental sobre o tema. Quanto ao procedimento técnico adotado para a construção deste artigo, optou-se pela pesquisa bibliográfica, por meio da utilização de livros, artigos científicos, dispositivos da lei, entre outras fontes.

A plataforma conceitual que dá sustentação teórica a esta pesquisa se dedica a abordar uma revisão de literatura sobre os conceitos de Previdência Social e do Benefício de Pensão por Morte e temas correlatos, à luz das considerações de renomados juristas e pesquisadores brasileiros, dentre eles, Castro e Lazzari, Pierdoná e Derzi, Aldaíza Sposati e Fábio Vinicius Maia, Guilhem e Briancini, Marcos Orione, Mauri Antônio da Silva, Diemanuel Soares, Sarlet e Figueiredo, Silva e Vita e do alemão Robert Alexy.

Em suma, o estudo desenvolvido nesta pesquisa possibilitou aferir que o texto da EC 103/2019, não encontra supedâneo no Princípio da Reserva do Possível, sob uma pseudo justificativa de situação deficitária da previdência, uma vez que após sua efetivação não será sanado tal déficit, e ainda restará violada a observância do Princípio do não Retrocesso Social.

## **1 BREVE PANORAMA NORMATIVO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL BRASILEIRA**

Para subsidiar as considerações que serão formuladas na presente pesquisa, imperioso se faz, traçar um breve panorama normativo acerca do instituto da Previdência Social no ordenamento jurídico brasileiro. Em que pese os múltiplos dispositivos que antecederam a estrutura normativa atualmente firmada, este estudo se limitará a traçar o histórico do mecanismo a partir do advento da Constituição Federal de 1988, onde encontra-se inserida toda dogmática normativa, teórica, principiológica e jurisprudencial que pauta a presente análise.

Isso posto, ao analisar a Constituição, vislumbra-se já em seus primeiros artigos, a característica garantista e humanista expressada pelo constituinte, que no art. 6º da Constituição da República, elenca como direito social de todo cidadão brasileiro, entre outros tantos, a Previdência Social. Merece destaque, que o conceito é mencionado outras 54 vezes nos diversos trechos da letra constitucional, estabelecendo garantias, competências, vedações e outras tantas reverberações normativas para serem cumpridas pelo Estado Brasileiro e seus entes federados.

Adiante, Pierdoná e Derzi (2019), destacam que em seu art. 194, a constituição federal elenca um conjunto integrado chamado Seguridade Social, instituto composto pelo tripé: Saúde, Assistência Social e Previdência Social. Merece destaque que quanto a saúde, não há a necessidade de contribuição, sendo dever do Estado garanti-la a todos. Já na assistência social, ainda que não haja a necessidade da contribuição, é imperioso o preenchimento do requisito da vulnerabilidade. Nessa toada, reverberam as pesquisadoras:

Para ter acesso às prestações previdenciárias, a previdência exige contribuições diretas dos trabalhadores (segurados), nos termos dos arts. 40 e 201, ambos da Constituição. Com isso, a previdência social brasileira tem natureza profissional/contributiva. (PIERDONÁ; DERZI, 2019, p.196)

Adiante, sobre o financiamento da Seguridade Social, a pesquisadora Aldaíza Sposati em sua obra: Descaminhos da seguridade social e desproteção social no Brasil (2018), destaca:

A CF-88 criou o Orçamento da Seguridade Social (Art. 195), cujo Plano de Custeio foi formado com recursos procedentes dos orçamentos da União, dos Estados, do DF e dos Municípios, mais as contribuições sociais (dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, sobre o faturamento e o lucro; dos trabalhadores, sobre a receita de concursos de prognósticos). Todavia, essa relação federativa e solidária não se consolidou; o tripé, para além de pés descalços, sem cabeça, tem seus bolsos esgarçados. (Sposati, 2018, p.2320).

Em apertada síntese, das considerações formuladas por Pierdoná e Derzi (2019), extrai-se o seguinte conceito de previdência social:

A previdência social, objeto do presente trabalho, destina-se aos trabalhadores e seus dependentes e tem por objetivo garantir recursos nas situações em que eles não podem ser obtidos pelo exercício de atividade laboral, em razão de incapacidade real ou presumida (PIERDONÁ; DERZI, 2019, p.196)

Ou seja, constitui-se de mecanismo destinado a proteger o trabalhador e seus dependentes em situações e nos termos estabelecidos na legislação constitucional e infraconstitucional. As pesquisadoras elencam ainda, que os beneficiários desse sistema protetivo recebem uma contraprestação em razão das contribuições previdenciárias recolhidas, sendo estas últimas, pré-requisito indispensável para a obtenção da cobertura previdenciária. Resta portanto, firmada a característica contributiva e compulsória da Previdência Social.

Por fim, as autoras revelaram que o sistema previdenciário é composto por dois regimes, previstos na CF/88, sendo o primeiro destinado aos servidores públicos e previsto no art. 40 da Constituição, qual seja, o Regime Próprio dos Servidores Públicos. Lado outro, o art. 201 do referido texto, institui o Regime Geral de Previdência Social, destinado aos demais trabalhadores. Cumpre destacar, que o ente que não possuir regime próprio de previdência, poderá integrar-se ao RGPS. A seguridade social brasileira, no que tange às competências da União, são geridas através da autarquia do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.

## **2 O BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE**

Destinado à proteção da família, a Pensão por Morte é um benefício direcionado aos dependentes do segurado, após o óbito do mesmo. Conforme apontam Castro e Lazzari (2020), configura-se como uma prestação de pagamento contínuo, com a finalidade de substituir a remuneração do falecido. Trata-se de benefício que prescinde do direito adquirido de aposentadoria e encontra-se previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 201, V. Seu ordenamento normativo é amparado também pela lei 8.213/1991, pelo Decreto nº 3.048/1999 e pela Instrução Normativa nº 77/2015 do INSS.

A concessão da pensão por morte se dá na forma de renda mensal, respeitada uma ordem legal de habilitação (MAIA, 2020). Cumpre destacar que a pensão por morte pode ter origem acidentária, caso o óbito seja proveniente de acidente de trabalho ou doença ocupacional, ou origem comum, quando se trata de causas de natureza diversa. Tal distinção importa para definir a competência jurisdicional, impactando na concessão, revisão e outras repercussões acerca deste benefício (CASTRO, LAZZARI, 2020).

Os autores em comento salientam que o princípio do *Tempus Regit Actum*<sup>3</sup> prevalece na concessão da Pensão por Morte, devendo se aplicar a regra na data do falecimento, seja por morte real ou presumida. Posicionamento este consolidado pelo Supremo Tribunal Federal quanto aos benefícios previdenciários:

Os benefícios previdenciários devem regular-se pela lei vigente ao tempo em que preenchidos os requisitos necessários à sua concessão. Incidência, nesse domínio, da regra '*tempus regit actum*', que indica o estatuto de regência ordinariamente aplicável em matéria de instituição e/ou de majoração de benefícios de caráter previdenciário. Precedentes (AI 625.446-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 19.9.2008).

Acerca dos requisitos para sua concessão, os pesquisadores supra, elencam que muitos aspectos da Pensão por Morte se transformaram ao longo da evolução legislativa brasileira, especialmente após a recente Lei 13.135/2015 e a Emenda Constitucional 103/2019. Atualmente, os requisitos que garantem o benefício, segundo Castro e Lazzari (2020), são: a qualidade de segurado; morte real ou presumida do segurado; existência de dependentes passíveis de habilitação perante o INSS; por fim, caso o óbito tenha ocorrido após 15 de janeiro de 2015, é imprescindível a comprovação pelo cônjuge/companheiro(a) de que o falecimento se deu após dois anos de união estável ou casamento, além da confirmação de pelo menos 18 contribuições mensais. Na hipótese de não cumprimento deste último requisito, o benefício só será válido por quatro meses para o companheiro(a)/cônjuge.

---

<sup>3</sup> Tempo Rege o Ato - princípio jurídico no qual determina que as relações jurídicas devem ser analisadas sob a lei vigente na época em que ocorreram os fatos.

Para Maia (2020), observa-se, portanto, que a regra geral estabelece que a Pensão por Morte prescinde de carência<sup>4</sup>, bastando apenas a qualidade de segurado. Todavia, ainda que não tenha a qualidade de segurado, há a possibilidade da concessão do benefício:

[...] se o segurado houver consubstanciado os requisitos para alguma aposentadoria do RGPS (Súmula 416, Superior Tribunal de Justiça); se reconhecida a incapacidade permanente e temporária do segurado no período de graça, por meio da perícia médica realizada pelo INSS. (MAIA, 2020, p.193)

A exceção supracitada se aplica em decorrência do direito adquirido à aposentadoria, preservando a qualidade em decorrência do disposto no artigo 15, I, da Lei do Regime Geral de Previdência Social (RGPS). Castro e Lazzari (2020, p.1187) complementam que: “a lei transfere ao dependente do segurado esse direito adquirido, já que, se assim não fosse, perderia o direito à pensão, tão somente pela inércia do segurado”.

Perpassadas as breves considerações acerca da Pensão por Morte, faz-se necessário apontar as principais alterações legislativas deste benefício, desde a concepção da Constituição de 1988, até os dias atuais.

### **3 HISTÓRICO DE ALTERAÇÕES NORMATIVAS NA PENSÃO POR MORTE APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988**

A pensão por morte tem sua regulamentação encartada na Lei 8.213/91, especificamente do artigo 74 ao 79 da referida lei. Desde o advento da Constituição de 1988 e instituição da citada lei reguladora, o benefício em comento já passou por modificações legislativas, que serão aqui brevemente abordadas.

Segundo Castro e Lazzari (2020), o valor do benefício da pensão por morte inicialmente fixado pela lei 8.213/91 era de oitenta por cento do valor que o segurado recebia como aposentadoria, ou ainda do valor de aposentadoria a que ele faria jus se estivesse em gozo da aposentadoria quando de seu óbito. Em apertada síntese sobre as três alterações quanto a esse ponto, realizadas na primeira década posterior a CF/88, leciona o autor:

---

<sup>4</sup> Período de Carência é o número mínimo de meses/competências pagos ao INSS para que o cidadão, ou em alguns casos o seu dependente, possa ter direito de receber um benefício. (Fonte: Inss.gov.br)

Posteriormente, o mencionado art. 75 foi alterado pela Lei n. 9.032, de 28.4.1995, elevando a renda mensal para cem por cento do salário de benefício. Por fim, a MP n. 1.523-9, de 27.6.1997, reeditada até a conversão na Lei n. 9.528, de 10.12.1997, determinou a atual redação do art. 75, verbis:

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. (CASTRO, LAZZARI, 2020, p.860).

Para Guilhem e Briancini (2016, p.520), muitas foram as discussões judiciais acerca de tais modificações, chegando-se ao entendimento de que não seria aplicada a lei mais benéfica, mas sim aquela vigente à data do óbito, o que a luz das pesquisadoras em comento, reverbera uma preocupação com a sustentabilidade financeira do mecanismo mantenedor do benefício, ao passo que lecionam as autoras: “Note-se que não havia mais embasamento para que a lei nova retroagisse, deixando a Previdência Social de se importar com a norma mais benéfica aos dependentes do segurado e passando a preservar o equilíbrio financeiro do sistema” .

Adiante, foi editada em 2014 a medida provisória n° 664 que ocasionou alterações relevantes na concessão do benefício em testilha, vale destacar em especial, o estabelecimento da necessidade de 24 meses de carência e o valor do benefício de 50% mais o acréscimo de cotas de 10% por dependentes. Todavia, as autoras supra, destacam que a referida medida perdeu seus efeitos, quando da sanção da lei 13.135/2015 (GUILHEN, BRIANCINI, 2016).

Sobre a lei 13.135/2015 as autoras lecionam que a norma alterou os prazos para a percepção do benefício por cônjuges e companheiros, passando a ter parâmetros de idade/ faixa etária, tempo comprovado mínimo da união, não vitaliciedade do benefício em todas as hipóteses, entre outros. Também aduzem as pesquisadoras, que tais mudanças culminaram na diminuição gradativa do pagamento dos benefícios e no gasto da Previdência com tais segurados e beneficiários (GUILHEM, BRIANCINI, 2016).

No que tange a alteração encampada pela legislação supra, cabe na presente análise, apresentar as considerações teóricas do magistrado e pesquisador brasileiro, Marcos Orione (2017), que em sua obra: A inconstitucionalidade das alterações na pensão por morte (decorrentes das modificações promovidas pela Lei 13.135/15 no art. 77 da Lei 8.213/91), propõe uma reflexão acurada e positivista, em que afirma que as alterações oriundas do dispositivo em comento, não resistiriam a uma análise que tenha por supedâneo o texto

constitucional, ensejando portanto na configuração da inconstitucionalidade das respectivas modificações, corrente da qual o presente trabalho também faz coro, todavia em relação à EC103/2019 (ORIONE, 2016, p.10).

Adiante, ao abordar a reforma trazida pela MPV 676/15, posteriormente convertida na sanção da Lei 13.183/15, Mauri Antonio da Silva (2016) ressalta a aprovação da nova regra de progressividade da fórmula 85/95, da qual mulheres e homens atingindo respectivamente a pontuação estabelecida, poderiam se aposentar com proventos integrais, sem o decréscimo de 45% na hipótese de optarem pela aplicação do fator previdenciário (SILVA, 2016, p.11).

Por fim, antes da EC 103/19, no ano de 2019 foi editada a MP 871/19 posteriormente convertida na Lei 13.846/19, sagrando-se a última alteração antes da verdadeira reforma entabulada pela Emenda Constitucional objeto do presente estudo. Este último dispositivo, elencou exclusivamente hipóteses normativas em que será possível a cessação e responsabilização do beneficiário, nos casos de fraude ou crimes contra o segurado instituidor, norteando assim o trabalho de pente fino a ser realizado pelos peritos no INSS no âmbito da política fomentada pelo governo federal (BRASIL, 2019).

### **3.1 Alterações Legislativas advindas da Emenda Constitucional 103/2019**

Dentro da pauta de reformas do governo, a Previdência Social passou por significativas mudanças após a publicação da Emenda Constitucional 103, passando a vigorar a partir do dia 13 de novembro de 2019. No que concerne à Pensão por Morte, as regras sobre o recebimento e acúmulo do benefício foram as mais alteradas pela “Nova Previdência”.

Conforme expõe o texto da nova Emenda, por meio do artigo 23, os beneficiários da Pensão por Morte passam a receber valores distintos após a reforma - o pagamento corresponde a 50% do valor da aposentadoria, somado por mais 10%, para cada dependente que houver. Deste modo, caso exista um dependente, o valor devido do benefício será de 60%; para dois dependentes, 70%; para três dependentes, 80%; para quatro dependentes, 90%; para cinco ou mais dependentes, 100%. Para os dependentes portadores de deficiência grave ou inválidos, o pagamento sempre será de 100% do valor da aposentadoria, respeitado o teto. (BRASIL, 2019).

A Emenda Constitucional 103 ainda estabeleceu pagamentos diferenciados para cônjuges ou companheiros de agentes penitenciários ou policiais que falecerem por motivo decorrente da natureza de seu trabalho. Neste caso, recebem o benefício em valor integral. Quanto aos servidores públicos da União, da quantia que exceder o estipulado no teto, é devido 50% e mais 10% por dependente. (BRASIL, 2019).

Castro e Lazzari (2020) pontuam outra mudança acerca do cálculo de pagamento, advindo da Reforma Previdenciária. De acordo com os autores, a causa do óbito pode ser determinante para o cálculo da renda da pensão:

Se o óbito for decorrente de acidente do trabalho, de doença profissional e de doença do trabalho, a aposentadoria que serve de base será equivalente a 100% do salário de benefício. Na hipótese de o óbito decorrer de causa diversa, a aposentadoria que servirá de base terá um coeficiente de 60% do salário de benefício, com acréscimo de dois pontos percentuais para cada ano de contribuição que exceder o tempo de 20 anos de contribuição, no caso dos homens, e dos 15 anos, no caso das mulheres. (CASTRO, LAZZARI, 2020, p.1185-1186)

Segundo os autores, a acumulação de benefícios foi outro ponto amplamente modificado no texto da Nova Previdência. Conforme expõe a redação da Emenda Constitucional 103, só se admite a acumulação da Pensão por Morte conforme o exposto no artigo 24, § 1º, incisos I, II e III (BRASIL, 2019). Como regra geral, aduz o texto constitucional que é vedada a acumulação de mais de uma Pensão por Morte derivada de cônjuge/companheiro que pertença ao mesmo regime de previdência social, ressalvadas as hipóteses supracitadas e as pensões de mesmo instituidor, nos termos do artigo 37 da Constituição Federal.

No tocante aos limites de pagamento, o § 2º, da EC 103 estabelece que em casos permitidos de acúmulo da pensão, o benefício de maior quantia continua a ser pago integralmente e os demais são pagos incidindo um determinado percentual. Tal percentual varia conforme o valor do benefício (BRASIL, 2019).

Se o benefício extra, fruto do acúmulo, for menor que um salário mínimo, o valor também é integral (100%). Caso esteja entre um e dois salários mínimos, recebe-se 60% do valor do benefício; entre dois e três salários mínimos, 40%; entre três e quatro salários mínimos, corresponde a 20%; por fim, para os que ultrapassam quatro salários mínimos, recebe-se apenas 10% do benefício.

Outra significativa alteração no instituto da Pensão por Morte, decorrente da Emenda 103, trata da questão dos equiparados a filho. Conforme disposto nas regras transitórias do mencionado texto, em seu artigo 23, § 6º: “Equiparam-se a filho, para fins de recebimento da pensão por morte, exclusivamente o enteado e o menor tutelado, desde que comprovada a dependência econômica” (BRASIL, 2019).

Observa-se a partir da leitura do texto normativo em comento, que o legislador excluiu o menor sob guarda deste rol, demonstrando uma dissonância frente ao texto constitucional. Por meio das mudanças legislativas anteriormente expostas, notam-se transformações no acesso e na qualidade dos benefícios da Previdência Social.

## **4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

A fim de debater sobre tais repercussões acima mencionadas, serão apresentadas as percepções teóricas acerca de alguns princípios constitucionais imprescindíveis para o prosseguimento do debate proposto.

### **4.1 Princípio do Não Retrocesso Social**

A luz das formulações teóricas entabuladas pelo pesquisador brasileiro Diemaneu de Araujo Soares, em sua obra: *Direitos Sociais e o Princípio do não Retrocesso Social* (2010), afere-se que tal princípio com vasta produção teórica e normativa em Portugal e Alemanha, encontra também no ordenamento constitucional brasileiro e nas considerações teóricas do Brasil, amparo e sustentação. Nesse sentido, temos que tal princípio encontra-se insculpido implicitamente na Constituição e com arrimo em outros princípios, a saber:

[...] também se fundamenta nos princípios da dignidade humana; do Estado Democrático e Social de Direito; da segurança jurídica; da proteção da confiança, razão pela qual não admite a fórmula do “tudo ou nada”, sustentada por Dworkin, mas do “mais ou menos”, devendo ser protegido ao menos o núcleo essencial legislativo dos direitos fundamentais sociais, para a hipótese de medidas estatais restritivas dos mesmos, de tal sorte que, ainda que o legislador disponha de uma indispensável autonomia legislativa, contudo, fica interdito a vedação legislativa absoluta, aniquilatória, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade por omissão. (SOARES, 2010, p.90).

De tal modo, afirma o autor que com fulcro no direito brasileiro, o princípio da proibição do retrocesso social, se origina dos direitos e garantias fundamentais, com arrimo no artigo 5º, § 1º da Constituição Federal que trata da aplicação imediata de tais direitos, e ainda, no princípio da segurança na ordem jurídica, do princípio da dignidade da pessoa humana, ambos também expressos na letra constitucional, e por fim, da garantia irretocável do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada e do princípio da reserva da prestação jurisdicional, ambos entabulados no artigo 5º, incisos XXXV e XXXVI da CF/88 ( SOARES, 2010, p. 98).

Por fim, corroborando as considerações tecidas pelos pesquisadores em comento, pode-se compreender, em apertada síntese que o cerne conceitual desse princípio é vedar que o legislador possa indiscriminadamente revogar, suprimir ou extirpar a norma constitucional ou infraconstitucional que tenha por objeto a tutela de direitos fundamentais ou sociais.

#### **4.2 Princípio da Reserva do Possível**

Originado na década de 1970 na Alemanha, a partir de decisões do Tribunal Constitucional Federal, a “Reserva do Possível” traz a noção de que a efetividade dos direitos sociais está condicionada às capacidades financeiras do Estado. Há, portanto, um limite na prestação material que o Estado pode proporcionar, atrelado a uma questão de razoabilidade. (SARLET; FIGUEIREDO, 2007).

Conforme apontam Sarlet e Figueiredo (2007, p. 19), a corte alemã firmou jurisprudência “no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade”. No entendimento dos autores mencionados, não caberia impor ao Estado o cumprimento da assistência social a um indivíduo que não faça jus ao referido benefício. Silva e Vita complementam a definição do referido Princípio:

A ideia central de tal princípio é a destinação de todo o possível para atender os direitos fundamentais do indivíduo, até o seu esgotamento, no entanto, com o intuito de evitar que se coloque em risco o orçamento público. Não se trata, portanto, de negativa do Estado em cumprir os direitos, ou negar direitos aos cidadãos, mas, sim, de limitar o que não há condições de atender. (SILVA; VITA, 2014, p. 14)

Ao discorrer sobre os direitos sociais fundamentais e a reserva do possível, Alexy (2006) compreende que deve-se atribuir pesos para cada um destes fatores e colocá-los “na balança”, ou seja, sob ponderação. Para o autor, o Princípio da Reserva do Possível pode ser infundado quando o comprometimento do Direito Social apresentar um risco maior para a sociedade em relação ao déficit na política financeira.

O autor supracitado argumenta que o Estado deve propiciar um padrão mínimo de segurança material, decorrente da criação de direitos fundamentais. Reforça também sobre a prevalência dos direitos sociais mais básicos em circunstâncias de conflito de interesses. Ao assegurar um mínimo de garantias sociais, o autor acredita que será mínimo o eventual corte ou restrição de referidos direitos, evitando assim um exercício mais rigoroso na ponderação dos princípios conflitantes.

## **5 TEORIA DA PONDERAÇÃO DOS PRINCÍPIOS**

Em sua principal obra sobre os Direitos Fundamentais, Alexy (2006) compreende os princípios como “mandados de otimização”, se configurando como normas de vasto alcance para se realizar na maior esfera de atuação possível, levando-se em consideração as possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios podem ser satisfeitos em diversos graus e podem ser definidos como um alicerce do nosso ordenamento jurídico, representando também um ponto de partida para a criação dos dispositivos da lei, ou seja, deve haver uma consonância das normas com as linhas diretivas ditadas pelos princípios (CÂMARA, SANTOS, 2019).

Ao abordar as singularidades dos princípios, Alexy (2006) destaca as hipóteses de colisão destes e como se desdobra a solução do confronto. Para o cientista jurídico, quando há o embate entre dois princípios, um deles precisa ceder. Todavia, não se trata de apontar o princípio inviabilizado como inválido ou de inserir uma cláusula de exceção no mesmo. O autor explica:

[...] o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência (ALEXY, 2006, p.93).

Depreende-se do texto de Alexy, portanto, que em circunstâncias de conflito de princípios, é o peso que determinará a precedência de um, sobre o outro. Cumpre destacar que, embora a ponderação formulada por Alexy se restrinja às análises judiciais, atentando-se ao nível de controle da corte suprema sobre o legislador, a aplicação de sua teoria permite compreender os valores codificados nos aparatos normativos.

Segundo Trevisan (2015), Alexy propõe que os direitos fundamentais sociais sejam caracterizados como direitos em sentido estrito. Todavia, o autor destaca que para saber quais desses direitos sociais devem ser efetivamente garantidos, deve-se tanto na análise judicial quanto normativa, realizar-se o que Alexy define como Ponderação de Princípios.

Nessa toada, para tal ponderação, Trevisan (2015), aduz que deve-se ter por base alguns fatores, como a liberdade fática, que nas formulações do teórico alemão diz respeito aos direitos fundamentais e mecanismos capazes de emancipar um indivíduo de situações de vulnerabilidade, bem como os princípios formais que permeiam as competências do legislador e também materiais, como a liberdade jurídica e o da separação dos poderes.

O modelo de direitos fundamentais sociais proposto por Alexy é baseado na ponderação. Como tal, o âmbito daquilo que é devido *prima facie* é maior do que o daquilo que é devido definitivamente. Os direitos fundamentais sociais são, na maioria dos casos, direitos *prima facie*. Isso não significa que eles não sejam vinculantes; significa apenas que, para se chegar a um direito definitivo, deve-se passar pela ponderação. (TREVISAN, 2015, p.170)

Alexy (2006) introduz a lei da colisão para então aprofundar sua teoria de ponderação, esta pautada pela máxima da proporcionalidade<sup>5</sup>. Ao contrário das regras (objeto de comparação com os princípios, na obra de Alexy), em que há eliminação de uma pela outra, nos princípios é escolhido um caminho de modo a impedir a total eliminação de direitos fundamentais, realizando, portanto, um exercício de equilíbrio. Cumpre ressaltar que o autor aplica a sua teoria em casos concretos de análises judiciais da corte do tribunal constitucional.

Alexy definiu pesos para a intervenção de um princípio em outro, variando do leve ao grave e apontou um necessário procedimento para a ponderação. Conforme o autor, inicialmente se mensura o nível da insatisfação de um dado princípio, para posteriormente estabelecer a

---

<sup>5</sup> A máxima da proporcionalidade representa uma ponderação. Em um embate de princípios, inicialmente usa-se da adequação do meio, para então avaliar a necessidade do meio e, por fim, a ponderação.

importância da satisfação do princípio conflitante. Por fim, se exerce a ponderação de forma específica - avaliando se a importância da satisfação de um princípio, justifica o “esquecimento” ou negligência do outro.

Apresentadas as contribuições teóricas de Alexy, passa-se para a etapa final do presente trabalho. Será realizada uma análise das alterações legislativas da Emenda Constitucional 103/2019, referente a Pensão por Morte, e, posteriormente, um sopesamento entre os princípios da Vedação do Retrocesso Social e da Reserva do Possível, fundamentados pelos estudos do pesquisador supracitado.

## **6 ANÁLISE DA EC 103/2019 SOB O PRISMA DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

Como pode-se observar, até aqui foram elencadas as particularidades afetas ao surgimento da Previdência Social dentro do campo dos Direitos Sociais, com supedâneo nas disposições constitucionais bem como as evoluções históricas e normativas ocorridas neste campo, com especial enfoque no benefício da Pensão por Morte.

De outro lado, também foram colacionadas as formulações teóricas a respeito dos princípios constitucionais extremamente importantes para compreensão, formulação e proposição das políticas públicas afetas aos direitos sociais. Por fim, também se apresentou a técnica de ponderação entabulada pelo cientista jurídico alemão Alexy, para possibilitar uma equalização e preservação dos direitos conquistados pelos indivíduos dentro de um estado democrático de direito.

Desta feita, com arrimo no que fora exposto, não se pode olvidar que a reforma trazida pela EC 103/2019, teve como um de seus sustentáculos o argumento de sustentabilidade financeira do sistema previdenciário, para que em apertada síntese pudesse haver amparo para a propositura de retirada de direitos e modificações na concessão de benefícios anteriormente conquistados em grau de maior benefício para os indivíduos.

Segundo as pesquisadoras Pierdoná e Derzi (2019), em análise comparativa das receitas e despesas com o Regime Geral de Previdência nos anos de 2015 a 2018, de fato há uma dissonância entre os valores, sendo necessário que venham sendo complementadas as receitas da

Previdência com recursos oriundos da Assistência Social, enfraquecendo assim as políticas públicas fomentadas por esta última. De outro modo, também constata as autoras que ante o quadro exposto, a EC 103/2019 ensejou na supressão e restrição do acesso aos benefícios previdenciários com vistas a alcançar a famigerada sustentabilidade financeira.

Enfim, sinteticamente esses foram os ajustes promovidos pela EC nº 103/2019, os quais permitem afirmar que as regras de concessão e apuração de benefícios, instituídas pela citada emenda, retardarão o acesso ao benefício e terão valores inferiores àqueles concedidos com base no ordenamento vigente anterior a sua promulgação, o que trará como resultado a redução do aumento das despesas, que, conforme verificado no item “3” tem tido acréscimos significativos, tanto em relação aos valores do RGPS como daqueles do RPPS. (PIERDONÁ; DERZI, 2019, p.205).

Assim sendo, as autoras supracitadas afirmam que, em que pese a constatada redução das despesas, as medidas implementadas não serão efetivas na garantia da preservação econômica do sistema previdenciário conforme se aduz da conclusão das pesquisadoras em comento, qual seja: “Assim, os ajustes implementados contribuirão para a redução do aumento das despesas, embora sejam insuficientes para garantir a sustentabilidade da proteção previdenciária” (PIERDONÁ, DERZI, 2019, p.205).

Ante o exposto, considerando a proposta de Alexy para sopesamento dos princípios, não prospera a tese de que a reforma se ateve ao prisma do princípio da reserva do possível, isso porque, ante a aplicação da técnica em comento, o princípio do não retrocesso social deveria se sobressair, vez que as medidas tomadas pelo estado não serão aptas a manutenção da saúde financeira do sistema previdenciário, eivando de inconstitucionalidade sua manutenção sob tal prisma, ante o retrocesso em sede de direitos adquiridos e o enfraquecimento das políticas públicas de direitos sociais;

Portanto, a longevidade e a redução de postos de trabalho certamente comprometerão a sustentabilidade da previdência social, mesmo com os ajustes feitos pela EC nº 103/2019. O referido fato pode comprometer, ainda mais, a efetividade dos demais direitos de seguridade social. Nesse contexto, talvez apenas ajustes não sejam suficientes, devendo ser analisado se o atual modelo previdenciário brasileiro é adequado ou se ele deve ser reestruturado, para garantir, além de proteção social, os direitos que implementam a justiça social, prevista no art. 193 da Constituição. (PIERDONÁ; DERZI, 2019, p.206).

No tocante ao acesso de direitos e garantias fundamentais, por meio da Previdência Social, outro ponto controverso da EC 103/2019 diz respeito à exclusão do menor sob guarda do

rol de dependentes do segurado. O artigo 23, § 6º, da referida Emenda traz o seguinte enunciado: “Equiparam-se a filho, para fins de recebimento da pensão por morte, exclusivamente o enteado e o menor tutelado, desde que comprovada a dependência econômica” (BRASIL, 2019). No entendimento majoritário dos pesquisadores, trata-se de matéria contrária à norma constitucional:

[...] a vedação introduzida pela EC n. 103/2019 (com status de norma ordinária) é inconstitucional por afrontar o art. 227, caput, da Constituição Federal que determina que “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” (CASTRO; LAZZARI, 2020, p. 322)

Nesta mesma espeque, Schmitz (2020, p.1) complementa sobre tal afronta: “[...] a rigidez imposta pela EC 103/2019 ao excluir o menor sob guarda como dependente previdenciário confere tratamento normativo distinto, de situações semelhantes (menor tutelado), violando o princípio da isonomia e da proteção ao hipossuficiente”.

A condição do menor sob guarda pressupõe uma assistência material, moral e educacional, condicionando o possuidor da guarda a determinadas obrigações e direitos, como se observa pelo ordenamento do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA): “Art. 33: A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais” (BRASIL, 1990).

Verifica-se também que o artigo supra referido está consonante com o texto constitucional, em seu artigo 227. O parágrafo 3º do mesmo dispositivo ainda assegura, de forma explícita, o acesso aos direitos previdenciários do menor sob proteção; “O direito à proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas” (BRASIL, 1988).

Frente ao exposto, por meio de um exercício dedutivo, infere-se que ao violar direitos e garantias fundamentais, assim como o Princípio da Isonomia, tal dispositivo, conseqüentemente, rompe com a esfera de proteção estabelecida pelo Princípio da Vedação do Retrocesso Social.

No que tange a acumulação de benefícios, a redução percentual derivada do acúmulo da aposentadoria e Pensão por Morte (com a incidência de 50%, mais 10% de adicional para cada dependente) representa uma transgressão ao Princípio da Dignidade Humana e da Segurança

Jurídica, assim como da Vedação ao Retrocesso Social, por resultar em uma substancial redução de benefícios adquiridos após a realização de diversas contribuições, por um extenso período à Previdência Social (BADARI, 2019).

Diante dos pontos elencados ao longo deste capítulo, constatou-se que no texto da Emenda Constitucional 103/2019 houve uma afronta às garantias e aos princípios constitucionais, em especial ao Princípio da Proibição do Retrocesso Social. Tal fato é corroborado por diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade<sup>6</sup>, propostas logo após a aprovação da EC, acarretando em novas discussões sobre o tema no STF. Embora pautada pelos valores do Princípio da Reserva do Possível, sustentada por fundamentos de uma arrecadação deficitária, o que pode se extrair do conteúdo da Emenda é um comprometimento na proteção da prestação de sobrevivência (MAIA, 2019). Maia complementa sobre:

[...] diante da crise financeira que abala o país nos últimos anos, é questionável a escolha da economia pelo encurtamento do cobertor social. Afinal, a seguridade social e, particularmente, seu ramo previdenciário, tem sido responsável desde seu advento pela libertação da miséria. Vimos que todas as manifestações a respeito da reforma contemplam sempre análises econômicas, referem-se às prestações enquanto despesas, sem considerar o ganho social produzido - não é estimado sequer o caráter distributivo encarnado pela previdência [...] (MAIA, 2019, p.226).

Portanto, constatada uma significativa redução de direitos no benefício da Pensão por Morte, conclui-se que o legislador, sob justificativa de atuar em uma pauta de reformas necessárias para a manutenção do custeio de benefícios, deixou de observar o objetivo essencial da Previdência - de realizar a justiça social (MAIA, 2019).

Por fim, cumpre destacar que a fundamentação de um sistema deficitário, com o propósito de implantar a Reforma Previdenciária, é questionável também sob a perspectiva econômica e histórica. Nulle e Moreira (2019) apontam que até a década de 1980 a Previdência se mostrou superavitária e que a partir dos anos 1990 uma fatia dos recursos destinados à Seguridade foram direcionados para a Desvinculação de Receitas da União (DRU). Deste modo, segundo os autores, é incabível o discurso de um sistema deficitário crescente, tendo em vista que os recursos destinados à Previdência são desviados para o Governo Federal, sem demonstrar compromisso do Estado com o ressarcimento deste mencionado fundo.

---

<sup>6</sup> **Fonte:** <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=430198>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da fundamentação teórica e da problematização escolhida para o presente trabalho, bem como da análise bibliográfica, normativa e documental realizada sobre a Emenda Constitucional 103/2019 e por conseguinte de suas implicações sob uma ótica principiológica e constitucional, a pesquisa constatou que, conforme as expectativas iniciais, as mudanças levadas a efeito violaram o princípio do não retrocesso social, não havendo supedâneo tampouco sob a ótica do Princípio da Reserva do Possível.

A pesquisa revelou que, embora a EC103/19 tenha tido como justificativa a manutenção e o equilíbrio financeiro do sistema previdenciário brasileiro, na prática, os números e as estimativas elencadas nos enveredam pela desqualificação dessa tese, revelando que a bem da verdade, as mudanças efetivadas não terão o condão de promover um superávit financeiro. Tal realidade foi constatada com base nas pesquisas sobre a sustentabilidade financeira da seguridade social, colacionadas no presente artigo.

A partir disso, também foi possível perceber que as transformações normativas oriundas da Emenda Constitucional, violaram o princípio da proibição do retrocesso social. Direitos conquistados a duras penas foram retirados e ainda houve o aumento no tempo necessário a contribuição e carência, bem como alterações nas fórmulas de cálculos de benefícios, tudo isso, ensejando prejudicialidade ao segurado. Ademais, é notável a inobservância dos preceitos constitucionais pelos legisladores do Congresso Nacional, ao elaborarem um ordenamento jurídico com tamanha dissonância dos valores solidificados pela Constituição Federal.

O texto da Emenda Constitucional expõe preocupantes novas vulnerabilidades à proteção da família, ao comprometer o instituto da Pensão por Morte. Outrossim, a legislação da Reforma traz outras preocupantes mudanças, como se percebe pelo aumento do requisito da idade mínima para aposentadoria das mulheres, ampliando a disparidade na desigualdade de gênero. Deduz-se, portanto, que ainda que pautada por uma perspectiva econômica de equilíbrio de custeio, pequenas reformas como a da Emenda Constitucional 103/2019 trazem consequências graves

para a família e sociedade, sob uma falsa justificativa de evitar o déficit previdenciário, as custas de direitos dos vulneráveis.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 5ª ed. Alemã - Malheiros, 2006.

BADARI, João. **8 Pontos Inconstitucionais sobre a Reforma da Previdência**. 2019. Disponível em: <https://abladvogados.com/artigos/8-pontos-inconstitucionais-sobre-reforma-da-previdencia/>. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 mai. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 4.657, de 4 de Setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em: 15 de mai. 2020.

BRASIL. Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 28 ago. 2020.

BRASIL. Emenda constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019. **Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm). Acesso em: 15 mai. 2020.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**, 23ª ed. Forense, 2020.

GUILHEM, Marisangela Carminero, BRIANCINI, Valkiria. **As alterações na Legislação do Benefício da Pensão por Morte e Seus Reflexos**. 2016. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=321149853006>. Acesso em: 07 Set. 2020.

MAIA, Fábio Vinícius. **A Proteção da Família no Regime Geral de Previdência Social: uma análise a partir do benefício de pensão por morte**. 2020. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/23090>. Acesso em: 17 Ago. 2020.

NULLE, Andressa Lopes; MOREIRA, Cássio Silva. **A Previdência Social: reforma ou há alternativas?**. 2019. Disponível em: . Acesso em: 03. Out. 2020.

ORIONE, Marcus. **A inconstitucionalidade das alterações na pensão por morte (decorrentes das modificações promovidas pela Lei 13.135/15 no art. 77 da Lei 8.213/91)**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 79, ago. 2017. Disponível em: [https://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao079/Marcus\\_Orione.html](https://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao079/Marcus_Orione.html). Acesso em: 10 Nov. 2020.

PIERDONÁ, Zélia Luiza; DERZI, Heloisa Hernandez. **A EC Nº 103/2019 e a Sustentabilidade da Previdência Social Brasileira**. 2019. Disponível em: <http://publicacoes.udf.edu.br/index.php/mestradodireito/article/view/189>. Acesso em: 08 Abr. 2020.

SANTOS, Adriana de Goés dos; CAMARA, Natacha Bublitz. **A Restrição dos Direitos das mulheres na Aposentadoria por Idade pela Emenda Constitucional N.º 103**. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/admrevista/article/view/4114/371372455>. Acesso em: 09 set. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações**. 2007. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590>. Acesso em: 11 set. 2020.

SCHMITZ, Luna. **Menor sob guarda: dependente previdenciário ou não?**. 2020. Disponível em: <https://previdenciaria.com/blog/menor-sob-guarda-dependente-previdenciario-ou-nao/> Acesso em: 06 Set. 2020.

SILVA, Karina Zanin; VITA, Jonathan Barros. **O Princípio da Reserva do possível e o Direito Fundamental à Saúde**. 2014. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/download/3439/2298/>. Acesso em: 15 set. 2020.

SILVA, Mauri Antônio. **Reforma da Previdência Social no Brasil**. 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufes.br/einps/article/view/12929>. Acesso em: 07 Set. 2020.

SOARES, Dilmanoel de Araújo. **Direitos Sociais e o Princípio da Proibição do Retrocesso Social**. 2010. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/190963>. Acesso em: 14 Abr. 2020.

TREVISAN, Leonardo Simchen. **Os Direitos Fundamentais Sociais na Teoria de Robert Alexy**. 2015. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/54583>. Acesso em: 14 Out. 2020.