

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL, MINISTRO DIAS TOFFOLI**

INCONSTITUCIONALIDADE DO
ART. 35, I, "a" DA EC N. 103/2019

Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA (estatuto social em anexo – doc. 1), associação civil sem fins lucrativos, inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 00.536.110/0001-72, representativa dos interesses e direitos dos magistrados da Justiça do Trabalho, neste representada por sua Presidente, Dra. Noemia Aparecida Garcia Porto, com sede no SHS, Quadra 06, Bloco E, Conjunto A, salas 602 a 608, Ed. Business Center Park Brasil 21, Brasília/DF, CEP: 70.316-0000, com endereço eletrônico: www.anamatra.org.br (termo de posse em anexo – doc. 2), vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência, por seus procuradores ao final subscritos (instrumento de mandato em anexo – doc. 3), com fundamento no art. 102, I, "a" c/c art. 103, IX, ambos da Constituição da República, e nos artigos 3º e seguintes da Lei Federal nº. 9.868/1999, propor a presente

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ADI
(COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR)

tendo por objeto a inconstitucionalidade do art. 35, I, "a" da Emenda Constitucional nº 103/2019 – Reforma da Previdência, que revogou o § 21 do art. 40 da Constituição Federal (incluído por força da Emenda Constitucional nº 47/2005), conforme razões a seguir alinhavadas.

I. DO ATO NORMATIVO IMPUGNADO

01. A Emenda Constitucional nº 103 de 12 de novembro de 2019, oriunda da PEC 06/2019, promoveu a denominada “Reforma da Previdência”, operando profundas transformações no sistema de previdência social nacional, tanto para o Regime Geral de Previdência Social (RGPS) quanto em relação ao Regime Próprio dos Servidores Públicos (RPPS).

02. Dentre os dispositivos dessa reforma, o art. 35, I, “a” da EC n. 103/2019, ora impugnado, possui a seguinte redação:

Art. 35. Revogam-se:

I - os seguintes dispositivos da Constituição Federal:

a) o § 21 do art. 40; (Vigência)

03. Assim, o objeto da presente ação se consubstancia na impugnação e demonstração de nulidade por inconstitucionalidade do art. 35, I, “a” da EC n. 103/2019 que revogou o § 21 do art. 40 da CF/88, o qual estabelecia benefício que isentava parte dos proventos de aposentadoria de servidores acometidos por doenças graves e incapacitantes reconhecidas em lei, nos seguintes termos:

Art. 40. O regime próprio de previdência social dos servidores titulares de cargos efetivos terá caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente federativo, de servidores ativos, de aposentados e de pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

...

§ 21. A contribuição prevista no § 18 deste artigo incidirá apenas sobre as parcelas de proventos de aposentadoria e de pensão que superem o dobro do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 desta Constituição, quando o beneficiário, na forma da lei, for portador de doença incapacitante.

04. Em consequência, os portadores de doença incapacitante – dentre eles os magistrados do trabalho que se encontram nesta condição - estariam sujeitos às mesmas regras de contribuição dos demais beneficiários, de modo que a referida

contribuição passou a incidir sobre as parcelas que superassem o teto dos benefícios do RGPS, o que se mostra flagrantemente inconstitucional violando os parâmetros constitucionais indicados na presente petição.

05. Isso porque o dispositivo impugnado torna ineficaz e viola o princípio da isonomia que restava concretizado por meio do § 21 do art. 40 da CF/88, impedindo sua efetividade em relação ao direito fundamental à aposentadoria em condições materialmente equiparadas.

06. Ademais, o ato normativo atacado enseja violação à vedação de retrocesso social, ao direito à aposentadoria/pensão que assegure existência digna aos acometidos por doenças incapacitantes, afrontando, também a razoabilidade e a proporcionalidade, conforme será demonstrado adiante.

II. PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS VIOLADOS

01. Desde já cumpre apontar os parâmetros constitucionais violados pelo art. 35, I, "a" da EC n. 103/2019 ao revogar o § 21, do art. 40 da CF/88:

i) art. 5º, *caput* c/c 6º, *caput* e art. 60, § 4º, IV da CF/88: princípio da isonomia e devido direito à previdência social em condições materialmente equiparadas, enquanto cláusulas pétreas constitucionalmente estabelecidas;

ii) princípio da vedação de retrocesso social no direito à previdência social (art. 201, I) e o direito à devida aposentadoria (Art. 7º, XXIV), em que seja assegurado o benefício consolidado há longo tempo para fins de garantir a cobertura financeira e a subsistência na situação excepcional de portador de doença incapacitante;

iii) princípio da razoabilidade e proporcionalidade, para fins de resguardar o direito que melhor contempla os fins constitucionais e assim priorizar a

dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), na forma de existência digna para os aposentados/pensionistas da magistratura do trabalho acometidos por doença incapacitante. Ou seja, no procedimento de ponderação deve-se prestigiar a norma que melhor atende os objetivos da Constituição (no caso o § 21, do art. 40 da CF/88), em detrimento da inconstitucional norma revogadora (art. 35, I da EC n. 103/2019) que apenas visa uma reforma utilitarista e assentada em critérios exclusivamente fiscais, causando grave dano à ordem constitucional.

02. Nessa linha, com a guinada que levou à constitucionalização do Direito brasileiro, operada sobretudo a partir de meados dos anos de 1990, não se olvida que os princípios constitucionais são considerados normas que atuam como parâmetros importantes para o controle de constitucionalidade.

03. Segundo ensinamentos de Riccardo Guastini, o novo paradigma de constitucionalização do Direito pode ser compreendido como *“o processo e o resultado da transformação do Direito causada pela Constituição”*¹.

04. Esse processo levou a profundas transformações na forma conceber o papel da Constituição e de seus princípios. Nas lições do Min. Luís Roberto Barroso:

(...)

O reconhecimento de normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo (v. supra). Princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios. A definição do conteúdo de cláusulas como dignidade da pessoa humana, razoabilidade, solidariedade e eficiência também transfere para o intérprete uma dose importante de discricionariedade. Como se percebe claramente, a menor densidade jurídica de tais normas impede que delas se extraia, no seu relato abstrato, a solução completa das questões sobre as quais incidem. Também aqui, portanto, impõe-se a atuação do intérprete na definição concreta de seu sentido e alcance.²

¹ GUASTINI, Riccardo. *A Constitucionalização do ordenamento jurídico e a experiência italiana*. p. 271-293.

² BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito*. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador,

05. Nesse diapasão, não restam dúvidas que no atual estágio da arte da jurisdição constitucional, os princípios são normas que atribuem sentido aos dispositivos normativos em seu contexto semântico e, mais do que isso, formam o núcleo estruturante a partir da qual se valida e se legitima a ordem constitucional brasileira como um todo.

III. DA LEGITIMIDADE ATIVA DA ANAMATRA

01. A legitimidade ativa *ad causam* da autora decorre do art. 103, IX, da Constituição Federal, e do art. 2º, IX, da Lei 9.868/99, que autoriza a propositura da ação direta de inconstitucionalidade por “...entidade de classe de âmbito nacional.”

02. Como associação, a ANAMATRA é regida por seu Estatuto, o qual edifica sua arquitetura societária. Seu terreno elementar de construção é formado pela Constituição da República, princípios jurídicos e leis.

03. Em seu arcabouço jurídico estatutário, uma das definições mais relevantes é a finalidade da instituição, a qual está delineada nos art. 2º, 3º e 5º:

Art. 2º A ANAMATRA tem por finalidade:

- I - congregar magistrados do trabalho em torno de interesses comuns;
- II - promover maior aproximação, cooperação e solidariedade entre os associados;
- III - defender e representar os interesses e prerrogativas dos associados perante as autoridades e entidades nacionais e internacionais;
- IV - pugnar pelo crescente prestígio da Justiça do Trabalho.

Parágrafo único. A Associação promoverá a realização de atividades sociais, recreativas, esportivas e culturais, incentivando o estudo do Direito e, em especial, o Direito Material e Processual do Trabalho, bem como todos os ramos científicos afins.

Art. 3º A ANAMATRA poderá agir como representante ou substituta, administrativa, judicial ou extrajudicialmente, na defesa dos interesses, prerrogativas e direitos dos magistrados associados, de forma coletiva ou individual.

...

Art. 5º A ANAMATRA deverá atuar na defesa dos interesses da sociedade, em especial pela valorização do trabalho humano, pelo respeito à cidadania e pela implementação da justiça social, pugnando pela preservação da moralidade pública, da dignidade da pessoa humana, da independência dos Poderes e dos princípios democráticos.

04. Ademais, a ANAMATRA tem na sua estrutura administrativa uma diretoria específica para cuidar dos interesses dos magistrados aposentados, conforme dispõe seu Estatuto:

Art. 34. Compete ao Diretor de Aposentados:

I – promover a integração dos associados aposentados, estreitando o contato com os demais associados;

II - representar os interesses específicos dos associados aposentados perante a entidade;

III – coordenar eventos específicos para os associados aposentados, em conjunto com o diretor de eventos e convênios.

05. Entre as finalidades da ANAMATRA, destacamos o objetivo de atuar em defesa dos interesses da sociedade, em especial pela valorização do trabalho humano, pelo respeito à cidadania e pela implementação da justiça social, pugnando pela preservação da moralidade pública e, principalmente da dignidade da pessoa humana, da independência dos Poderes e dos princípios democráticos.

06. Nessa perspectiva, a Egrégia Corte já afirmou que as associações de magistrados podem realizar não apenas a defesa da classe, como igualmente a defesa dos interesses difusos relacionados ao regular funcionamento do Poder Judiciário, como se observa pela seguinte ementa (STF, Pleno, ADI 1303, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ. 01.09.00):

EMENTA: MEDIDA LIMINAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DE SANTA CATARINA: § 2º DO ART. 45: REDAÇÃO ALTERADA PELA RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA Nº 062/95-TRT/SC: PROMOÇÃO POR ANTIGÜIDADE: JUIZ MAIS ANTIGO; VOTO SECRETO. PRELIMINAR: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS - AMB; LEGITIMIDADE ATIVA; PERTINÊNCIA TEMÁTICA. DESPACHO CAUTELAR, PROFERIDO NO INÍCIO DAS FÉRIAS FORENSES, AD REFERENDUM DO PLENÁRIO (art. 21, IV e V do RISTF). **1. Preliminar: esta Corte já sedimentou, em sede de controle normativo abstrato, o entendimento da pertinência temática relativamente à legitimidade da Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB, admitindo que sua atividade associativa nacional busca realizar o**

propósito de aperfeiçoar e defender o funcionamento do Poder Judiciário, não se limitando a matérias de interesse corporativo (ADI nº 1.127-8). 2.

Mérito do pedido cautelar: a) competência do tribunal para obstar a promoção do Juiz mais antigo: a única alteração foi referente ao quorum: "2/3 (dois terços) dos seus Membros", em lugar de "2/3 (dois terços) de seus Juízes vitalícios": nesta parte, a alteração não afronta texto constitucional; b) a Resolução Administrativa que alterou a redação do § 2º do art. 45 do Regimento Interno do TRT/SC manteve o critério da escolha pelo voto secreto; se é certo que a Constituição Federal, em seu art. 93, inciso II, letra "d", faculta a recusa do Juiz mais antigo para a promoção, impondo o quorum de dois terços, também não é menos certo que, em se tratando de um dos tipos de decisão administrativa, venha ela desacompanhada da respectiva motivação, a teor do enunciado do mesmo art. 93, em seu inciso X; c) ao Juiz preterido há de ser assegurado o seu direito constitucional de conhecer as razões da preterição; o que não pode é o Juiz ser recusado sem saber qual o motivo; esse direito é um dogma constitucional que se incorpora ao direito do preterido; d) o texto do § 2º do art. 45 do Regimento Interno do TRT/SC, com a redação dada pela Resolução Administrativa nº 062/95, não está integralmente contaminado pelo vício de inconstitucionalidade, mas, tendo em vista a plausibilidade jurídica do pedido, dele há de excluir-se a palavra "secreto". 3. Referendado, em parte, o despacho cautelar, para suspender, até a decisão final da ação, a vigência da palavra "secreto".

(ADI 1303 MC, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 14/12/1995, DJ 01-09-2000 PP-00104 EMENT VOL-02002-07 PP-01570) (Destacamos)

07. Ademais, a ANAMATRA já teve sua legitimação acolhida para o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade em diversos acórdãos, dentre eles:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL FINANCEIRO. FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE NORMAS ORÇAMENTÁRIAS. ANEXO DE LEI ORÇAMENTÁRIA ANUAL (LOA – LEI 13.255/2016). CONTROLE FORMAL E MATERIAL. POSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA FIXADA A PARTIR DO JULGAMENTO DA ADI 4.048/DF. PROCESSO LEGISLATIVO. **LEGITIMIDADE ATIVA DA ENTIDADE POSTULANTE, DIANTE DA HOMOGENEIDADE DE SEUS MEMBROS, A REPRESENTATIVIDADE NACIONAL E A PERTINÊNCIA TEMÁTICA ENTRE A IMPUGNAÇÃO E OS FINS INSTITUCIONAIS DA ASSOCIAÇÃO REQUERENTE (Anamatra).** ALEGAÇÃO DE OFENSA À CLÁUSULA PÉTREA DA SEPARAÇÃO DE PODERES (CRFB/1988, ART. 2º C/C ART. 60, § 4º). AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO PAUTADA EM DOIS FUNDAMENTOS: A) O CASO É DE TÍPICA ATUAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO; E B) ATENDIMENTO AO DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO, COM RESPEITO À INICIATIVA DE PROPOSTA ORÇAMENTÁRIA, DESEMPENHADA EM CONSONÂNCIA COM A AUTONOMIA

ADMINISTRATIVA E FINANCEIRA DA JUSTIÇA DO TRABALHO (CRFB/1988, ART. 99). LEGÍTIMO CONTROLE ORÇAMENTÁRIO PELO PODER LEGISLATIVO. AUSÊNCIA DO ABUSO DO PODER DE EMENDA. INOCORRÊNCIA DE DESVIO DE FINALIDADE OU DE DESPROPORCIONALIDADE. CONFIGURAÇÃO DE CENÁRIO DE CRISE ECONÔMICA E FISCAL. CORTES ORÇAMENTÁRIOS EM DIVERSOS PODERES E POLÍTICAS PÚBLICAS. AUSÊNCIA, NO CASO SUB EXAMINE, DE CAPACIDADE INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO PARA PROMOVER, EM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO, A COORDENAÇÃO DA LEI ORÇAMENTÁRIA COM O PLANO PLURIANUAL (PPA) E AS RESPECTIVAS LEIS DE DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS (LDO'S). O RELATÓRIO DA COMISSÃO MISTA DE PLANOS, ORÇAMENTOS PÚBLICOS E FISCALIZAÇÃO (CMO) DO CONGRESSO NACIONAL NÃO VINCULA, POR SI SÓ, A APRECIÇÃO DAS CASAS LEGISLATIVAS DO PARLAMENTO FEDERAL. POSTURA DE DEFERÊNCIA JUDICIAL EM RELAÇÃO AO MÉRITO DA DELIBERAÇÃO PARLAMENTAR. APELO AO LEGISLADOR QUANTO A EVENTUAL ABERTURA DE CRÉDITOS SUPLEMENTARES OU ESPECIAIS DURANTE A EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA DO EXERCÍCIO (CRFB/1988, ART. 99, § 5º). PEDIDO DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI) CONHECIDO E, NO MÉRITO, JULGADO IMPROCEDENTE.

...

14) **A interpretação pluralista da Constituição implica uma interpretação que legitime a entidade postulante quando presentes a homogeneidade entre seus membros, a representatividade nacional e a pertinência temática, aspectos que se verificam, em conjunto, no caso sub examine, de modo a tornar apta a Anamatra a veicular o pleito de fiscalização abstrata de norma que limita o orçamento da justiça laboral.** 15) Pedido de ação direta de inconstitucionalidade conhecido e, no mérito, julgado improcedente.

(ADI 5468, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 30/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-169 DIVULG 01-08-2017 PUBLIC 02-08-2017)

(Destacamos)

08. A partir desses precedentes, não há como negar a legitimidade da autora para propor a presente ação direta de inconstitucionalidade, ainda mais em hipótese na qual é clara a pertinência temática entre o objeto da ação e os fins sociais da Associação. Isso porque o dispositivo impugnado, ao tratar os desiguais de forma igual, fere princípio fundamental esculpido na Constituição da República gerando prejuízo direto a seus associados em condição de aposentados/pensionistas oriundos da magistratura trabalhista acometidos de doenças incapacitantes.

09. Em consequência, os magistrados do trabalho e os pensionistas portadores de doença incapacitante estão sujeitos às mesmas regras de contribuição

dos demais beneficiários do regime próprio, de modo que a referida contribuição passou a incidir sobre as parcelas que superassem o teto dos benefícios do RGPS, fato que afeta negativamente todos os magistrados do trabalho nessa condição.

10. Em especial no que importa à defesa dos direitos e interesses de seus associados em face da Reforma da Previdência perpetrada pela EC 103/2019, a ANAMATRA figura como autora junto com outras entidades (Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – Conamp, Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho – ANPT e Associação Nacional dos Procuradores da República - ANPR) na ADI 6.255-DF, a qual já foi admitida e ora tramita sob o rito do art. 12 da Lei n. 9868/99.

11. Contudo, a presente ação trata de questão diversa, não abordada na ADI 6.255-DF e que merece a mais alta consideração e apreciação dessa Eg. Suprema Corte.

IV. CABIMENTO DA PRESENTE AÇÃO: LIMITES MATERIAIS EXPLÍCITOS DO PODER DE REFORMA DA CONSTITUIÇÃO

01. O poder constituinte derivado ou reformador possui limites materiais e formais que, violados, dão ensejo ao controle de constitucionalidade de emendas constitucionais. Nessa linha é o entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 58/2009. ALTERAÇÃO NA COMPOSIÇÃO DOS LIMITES MÁXIMOS DAS CÂMARAS MUNICIPAIS. INC. IV DO ART. 29 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RETROAÇÃO DE EFEITOS À ELEIÇÃO DE 2008 (ART. 3º, INC. I). POSSE DE NOVOS VEREADORES: IMPOSSIBILIDADE. ALTERAÇÃO DO RESULTADO DE PROCESSO ELEITORAL ENCERRADO: INCONSTITUCIONALIDADE. CONTRARIEDADE AO ART. 16 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. **Cabimento de ação direta de inconstitucionalidade para questionar norma de Emenda Constitucional. Precedentes.** 2. Norma que determina a retroação dos efeitos de regras constitucionais de composição das Câmaras Municipais

em pleito ocorrido e encerrado: afronta à garantia do exercício da cidadania popular (arts. 1º, parágrafo único e 14 da Constituição) e a segurança jurídica. 3. Os eleitos foram diplomados pela Justiça Eleitoral até 18.12.2009 e tomaram posse em 2009. Posse de suplentes para legislatura em curso, em relação a eleição finda e acabada, descumpra o princípio democrático da soberania popular. 4. Impossibilidade de compatibilizar a posse do suplente: não eleito pelo sufrágio secreto e universal. Voto: instrumento da democracia construída pelo cidadão; impossibilidade de afronta a essa liberdade de manifestação. 5. A aplicação da regra questionada significaria vereadores com mandatos diferentes: afronta ao processo político juridicamente perfeito. 6. Na Constituição da República não há referência a suplente de vereador. Suplente de Deputado ou de Senador: convocação apenas para substituição definitiva; inviável criação de mandato por aumento da representação. 7. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

(ADI 4307, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 11/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-192 DIVULG 30-09-2013 PUBLIC 01-10-2013)

(Destacamos)

02. Conforme apontado, a presente ação objetiva a inconstitucionalidade do art. 35, I, "a" da EC n. 103/2019 – Reforma da Previdência, em face da revogação do § 21 do art. 40 da CF/88.

03. Por força dessa revogação, extinguiu-se a regra que estipulava que, nos casos em que o beneficiário for portador de doença incapacitante, a contribuição prevista no § 21, do art. 40 da CF/88 apenas incidiria sobre as parcelas de proventos de aposentadoria e de pensão que superassem o dobro do limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social – RGPS.

04. Em consequência, **os portadores de doença incapacitante estariam sujeitos às mesmas regras de contribuição dos demais beneficiários do regime próprio**, de modo que a referida contribuição passou a incidir sobre as parcelas que superassem o teto dos benefícios do RGPS.

05. Violou-se, assim, o princípio da isonomia, da dignidade da pessoa humana, a vedação de retrocesso social e o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, o quais fazem parte do conjunto principiológico que constitui as cláusulas pétreas.

06. Por sua vez, o artigo 60, § 4º da CF deixa claro que as cláusulas pétreas ensejam os limites materiais ao poder de reforma. Dentre eles, importa o inciso IV, que trata dos direitos e garantias individuais.

07. Nesse particular, é preciso considerar que os direitos e garantias individuais não se esgotam naqueles expressos na Constituição, mas englobam todo o complexo principiológico que sustenta *a ratio constitucional* e a arquitetura do Estado de Direito desenhada constitucionalmente, o que se confirma em face do disposto § 2º do artigo 5º da Constituição.

08. Sobre esse prisma tem-se que (i) as possibilidades de controle de constitucionalidade em face de emendas constitucionais são muito restritas, limitando-se à demonstração de violação dos limites materiais e formais estipulados pelo constituinte originário, e em, especial, aos direitos e garantias individuais enquanto cláusulas pétreas, conforme se afigura no vertente caso; (ii) é possível levar ao Poder Judiciário o enfrentamento da questão a partir de parâmetros constitucionais assentados em fundamentos principiológicos, especialmente quando a reforma previdenciária contraria cláusula pétrea e enseja:

- a) **violação ao princípio da isonomia**, tendo em vista que, revogou-se norma que determinava o tratamento isonômico em face das características do caso concreto (tratar iguais como iguais e desiguais como desiguais).
- b) **descumprimento da proibição de retrocesso social**, que se constitui em proteção do núcleo essencial dos direitos sociais já realizados e efetivados através de medidas legislativas, vedando quaisquer medidas tendentes a anular, revogar ou aniquilar esse núcleo essencial;
- c) **afronta à razoabilidade e proporcionalidade e à dignidade da pessoa humana**, em razão do caráter alimentar do direito à previdência, o que justifica o tratamento privilegiado aos portadores de doenças

incapacitantes, os quais não possuem condições de auferir outras rendas.

09. Desta feita, permitir a mencionada revogação implicaria em retrocesso social e significaria deturpar a proposta constituinte originária em seus mais basilares pilares, o que engloba o conteúdo de cláusula pétrea.

10. Ademais, com a violação desses princípios, atingiu-se de maneira frontal **o direito fundamental ao devido gozo dos benefícios da previdência social aos magistrados trabalhistas aposentados e/ou pensionistas que sofrem de doença incapacitante.**

11. Todos eles se conectam ao direito à previdência social que, em razão dessa conexão, devem ser concebidos em um **duplo aspecto**: enquanto direito fundamental **individual** e enquanto direito fundamental **social**, conforme disposto no artigo 6º e artigo 7º, XXIV, da CF/88.

12. Isso significa que em ambos os aspectos **o direito à previdência não apenas é direito fundamental, mas constitui cláusula pétrea** passível de balizar o poder de reforma constitucional.

13. Primeiro porque o tratamento diferenciado que faz parte do devido direito à previdência social é desdobramento da **dignidade da pessoa humana** e possui **caráter alimentar**, ou seja, é necessário para uma vida digna quando o cidadão possui doença incapacitante, se encontra em idade avançada, não tem mais condições de trabalho ou ainda quando já cumpriu os sacrifícios contributivos que lhe asseguram o direito. Neste aspecto incidem os princípios da confiança e da segurança jurídica como requisitos fundantes para a própria manutenção do sistema previdenciário.

14. Segundo porque ainda que se entenda que o direito à previdência social possui índole exclusivamente social e coletiva, há muito a melhor hermenêutica constitucional tem considerado que os direitos fundamentais sociais também

constituem cláusula pétrea na forma disposta no artigo 60, § 4º, IV, especialmente porque eles formam parte indissociável do modelo estrutural de Estado Social e Democrático de Direito concebido pelo constituinte originário.

15. Nessa trilha, o Supremo Tribunal Federal e, na sequência o Superior Tribunal de Justiça, já deixaram clara a fundamentabilidade do direito à previdência social no ordenamento constitucional brasileiro, *verbis*:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE CONCESSÃO DE AUXÍLIO-ACIDENTE. OS PLEITOS PREVIDENCIÁRIOS ENVOLVEM RELAÇÕES DE TRATO SUCESSIVO E ATENDEM NECESSIDADES DE CARÁTER ALIMENTAR, RAZÃO PELA QUAL A PRETENSÃO À OBTENÇÃO DE UM BENEFÍCIO É IMPRESCRITÍVEL. NÃO OCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. RECURSO ESPECIAL DO SEGURADO PROVIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 626.489/SE, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe 23.9.2014, com repercussão geral reconhecida, **firmou entendimento de que o direito fundamental ao benefício previdenciário pode ser exercido a qualquer tempo**, sem que se atribua consequência negativa à inércia do beneficiário, reconhecendo que inexistente prazo decadencial para a concessão inicial de benefício previdenciário. 2. De fato, **o benefício previdenciário constitui direito fundamental da pessoa humana, dada a sua natureza alimentar, vinculada à preservação da vida**. Por essa razão, não é admissível considerar extinto o direito à concessão do benefício pelo seu não exercício em tempo que se julga oportuno. A compreensão axiológica dos Direitos Fundamentais não cabe na estreiteza das regras do processo clássico, demandando largueza intelectual que lhes possa reconhecer a máxima efetividade possível. Portanto, no caso dos autos, afasta-se a prescrição de fundo de direito e aplica-se a quinquenal, exclusivamente em relação às prestações vencidas antes do ajuizamento da ação. 3. Não se pode admitir que o decurso do tempo legitime a violação de um direito fundamental. O reconhecimento da prescrição de fundo de direito à concessão de um benefício de caráter previdenciário excluirá seu beneficiário da proteção social, retirando-lhe o **direito fundamental à previdência social, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana e da garantia constitucional do mínimo existencial**. 4. Recurso Especial do Segurado provido.

(STJ - REsp: 1576543 SP 2015/0327185-8, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 26/02/2019, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe (Destacamos)

16. Assim, além dos parâmetros constitucionais e princípios apresentados, também o devido direito à previdência social deve ser considerado

direito fundamental que faz parte do rol de limites materiais ao poder reformador, seja em seu aspecto individual (caráter alimentar, dignidade da pessoa humana) quanto em seu aspecto social.

17. Uma vez que se trata de violação a cláusulas pétreas (ou bloco pétreo de constitucionalidade), é perfeitamente admissível e cabível o controle de constitucionalidade do art. 35, I, “a” da EC n. 103/2019 – Reforma da Previdência.

V. RAZÕES DE MÉRITO

V.1. REVOGAÇÃO DA REGRA DO § 21 DO ART. 40 DA CF/88 IMPEDE A EFETIVIDADE E A CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA ENQUANTO CLÁUSULA PÉTREA DO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO (art. 5º, caput c/c 6º, caput e art. 60, § 4º, IV da CF/88). EFICÁCIA NEGATIVA PROÍBE INOVAÇÕES LEGISLATIVAS INCONSTITUCIONAIS.

01. Até a Emenda Constitucional nº 103/2019, a Constituição Federal aplicava o benefício da isenção parcial no valor descontado a título de contribuição previdenciária aos inativos portadores de doença incapacitante.

02. Com isso, os proventos de aposentadoria e pensões dos acometidos por doenças incapacitantes, na forma reconhecida em lei, restavam isentos do pagamento de contribuição previdenciária até o limite de duas vezes o valor do maior benefício pago pelo Regime Geral da Previdência.

03. Essa regra, então prevista no § 21 do art. 40 da CF/88, tinha justamente o escopo de concretizar o princípio constitucional da isonomia e da dignidade da pessoa humana na efetivação do direito fundamental à aposentadoria (art. 6º, caput), conferindo **tratamento isonômico** (tratar iguais como iguais e desiguais como desiguais) e **garantindo maior dignidade** ao aposentado/pensionista

que não poderia exercer outra atividade por doença incapacitante e ainda teria maiores gastos com despesas médicas.

04. Nesse contexto, resta evidente que a revogação do § 21 do art. 40 da CF/88 promove clara situação de inconstitucionalidade porque fere a isonomia entre aposentados saudáveis e aposentados acometidos por doenças incapacitantes, pois atribui tratamento idêntico a situações e casos diversos.

05. A correta aplicação do princípio da isonomia, consagrado no *caput* do art. 5º da CF/88 (cláusula pétrea), impõe que igualdade perante a lei seja aplicável para casos idênticos, sendo que situações semelhantes mas não idênticas tenham **um tratamento jurídico isonômico, colocando-os formal e materialmente em mesmo patamar de igualdade.**

06. Isso significa que, de acordo com o princípio da isonomia, situações iguais devem receber igual tratamento, enquanto situações desiguais ensejam soluções desiguais, equiparando isonomicamente os cidadãos aposentados.

07. Nesse sentido é o entendimento do Egrégio Supremo Tribunal:

O princípio da isonomia, que se reveste de autoaplicabilidade, não é – enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica – suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. **Esse princípio – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do poder público –** deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (*RDA 55/114*), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei; e (b) o da igualdade perante a lei. **A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica.** A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade. **[MI 58, rel. p/ o ac. min. Celso de Mello, j. 14-12-1990, P, DJ de 19-4-1991.]**
(Destacamos)

08. No caso concreto, é justamente a revogação § 21 do art. 40 da CF/88 pelo art. 35, I, “a” da EC. 103/2019 que QUEBRA SITUAÇÃO DE ISONOMIA CONCRETIZADA PELA REGRA CONSTITUCIONAL REVOGADA E ESTABELECE DIFERENÇAS NOS TRATAMENTO ENTRE APOSENTADOS PORTADORES DE DOENÇAS INCAPACITANTE E OS QUE NÃO POSSUEM DOENÇA INCAPACITANTE.

09. Além de incorrer em retrocesso social, não há base fática idêntica para que seja aplicada solução idêntica. Pelo contrário, a diferença na base fática é que justifica o tratamento diferenciado dado pelo revogado § 21 do art. 40 da CF/88.

10. Logo, o art. 35, I, “a” da EC. 103/2019 viola a isonomia entre os cidadãos em condições diferentes que necessitam de tratamentos diferenciados para alcançar a efetiva isonomia material, direito fundamental e cláusula pétrea reitores do sistema constitucional brasileiro (art. 5º, caput c/c art. 60, § 4º, IV da CF/88).

11. Em outras palavras, a retirada da regra prevista no **§ 21 do art. 40 da CF/88 pela Reforma da Previdência promoveu a ausência de efetividade do princípio da isonomia previsto no art. 5º, caput c/c art. 60, § 4º, IV da CF/88 (caráter pétreo), impedindo sua concretização.**

12. Ora, conforme já abalizado por nossa melhor doutrina, princípios constitucionais se concretizam por meio de regras, sejam regras constitucionais, legais ou mesmo regras de decisão, no caso princípios autoaplicáveis que não tenham concretização legislativa (decisão judicial ou administrativa),

13. Conforme ensinamentos de Marco Marrafon:

...o gênero ‘*norma jurídica*’ é tratado como um ente e, conseqüentemente, também as distinções entre princípios e regras são pensadas traçadas na perspectiva ôntica. Contudo, na perspectiva aqui adotada, a noção de norma só se perfaz após o processo hermenêutico-compreensivo, na forma de um projeto normativo-existencial de características fundamentais e doadora de sentido (normas-princípio) ou inferenciais e concretas (normas-regra), num processo de significação recíproca (...).

Ainda assim, do ponto de vista ôntico, admite-se a utilidade da

abrangente noção de sistema constitucional adotada por CANOTILHO:

(1) é um **sistema jurídico** porque é um sistema dinâmico de normas; (2) é um **sistema aberto** porque tem uma **estrutura dialógica** (Caliess), traduzida na disponibilidade e <<capacidade de aprendizagem>> das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da <<verdade>> e da <<justiça>>; (3) é um **sistema normativo**, porque a estruturação das diferentes expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de **normas**; (4) é um **sistema de regras e princípios**, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de **princípios** como sob a forma de **regras**.

Com efeito, o professor de Coimbra explica que, se, por um lado, um sistema constituído apenas por regras exigiria uma *“disciplina exaustiva e completa – legalismo – do mundo e da vida”*, com limitada racionalidade prática, engessado (porque não deixa espaço livre para seu desenvolvimento e complementação) e fechado para a captação de novos conflitos, valores e interesses concordantes provenientes de uma sociedade plural e aberta, por outro, um sistema composto exclusivamente por princípios também não é satisfatório uma vez que *“a indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflituantes, a dependência dos ‘possível fáctico e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema”*, situação também diagnosticada por CANARIS, que acentuava a necessidade de unidades normativas mais específicas que atuassem como instrumentos para a concretização dos princípios gerais³.

14. Uma vez que princípios e regras se complementam e atribuem sentidos um ao outro de maneira recíproca, não restam dúvidas que a revogação da regra contida no **§ 21 DO ART. 40 DA CF/88 acarreta a ausência de efetividade e impede completamente a concretização do princípio da isonomia (art. 5º, caput) entre aposentados/pensionistas saudáveis e aposentados/pensionistas portadores de doença incapacitante.**

15. Mais ainda: as normas constitucionais, mesmo quando não plenamente efetivas, possuem ao menos a denominada **eficácia jurídica negativa, o**

³ MARRAFON, Marco Aurélio. *Hermenêutica, sistema constitucional e aplicação do Direito*. 2 ed. rev. at. Florianópolis: Emis, 2018, p. 130-131.

que significa dizer que elas proíbem inovações legislativas ou mesmo reformas constitucionais que violem o núcleo pétreo da Constituição.

16. Esse argumento, por si, já seria suficiente para declarar a nulidade por inconstitucionalidade do art. 35, I, “a” da EC. 103/2019.

17. Assim, com o intuito de evitar uma situação de anomia e de retirada de direitos legítimos para os que o detém, a Suprema Corte **deve prestigiar as diversas técnicas de controle de constitucionalidade a fim de assegurar ao aposentado/pensionista com doença grave/incapacitante tratamento diferenciado de modo a amenizar a vulnerabilidade e assim promover a efetiva isonomia de direitos, os quais foram injustamente prejudicados.**

18. Para tanto, se faz necessária a declaração de nulidade com redução de texto do art. 35, I, “a” da EC. 103/2019 que exclui o benefício da isenção parcial no valor descontado a título de contribuição previdenciária dos inativos portadores de doença incapacitante.

V.2. REVOGAÇÃO DA REGRA DO § 21 DO ART. 40 DA CF/88 PROMOVE RETROCESSO SOCIAL, PRÁTICA VEDADA ATÉ MESMO PARA O CONSTITUINTE DERIVADO. INOVAÇÃO LEGISLATIVA QUE IMPLICA EM NEGATIVA DE EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO E VIOLAÇÃO DE CLÁUSULAS PÉTREAS. VIOLAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PREVIDÊNCIA SOCIAL (ART. 201, I) E À APOSENTADORIA DIGNA (ART. 7º, XXIV) NA SITUAÇÃO EXCEPCIONAL DE DOENÇA INCAPACITANTE.

01. A regra isonômica do § 21 do art. 40 da CF/88 que instituiu a equiparação de aposentadorias vigorava há mais de uma década (inserido pela Emenda Constitucional nº 47, em 2005).

02. **Revogá-la importa em desconsiderar a eficácia das normas constitucionais, pois estas minimamente precisam produzir eficácia negativa.** Ou seja, as normas constitucionais impõem limites à produção legislativa a fim de impedir a produção de normas contrárias a elas, o que inclui emendas constitucionais. O que se nota, no entanto, é que o art. 35, I, “a” da EC n. 103/2019 produz efeitos contrários à realização da Constituição, promovendo retrocesso social ao impedir a concretização da isonomia constitucional e impossibilitando a maior eficácia possível do princípio da dignidade da pessoa humana.

03. Apesar disso, de acordo com as regras de transição implementadas no ato das disposições constitucionais transitórias (ADCT) a revogação desse dispositivo constitucional tem a seguinte previsão de vigência: *“para os regimes próprios de previdência social dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (...) na data de publicação de lei de iniciativa privativa do respectivo Poder Executivo que as referende integralmente”*, conforme art. 36 da EC nº 103, de 12/11/2019.

04. Assim, para os servidores da União, vinculados a regime próprio de previdência, a revogação entrou em vigor com a data da publicação da reforma, em novembro/2019.

05. Ora, é evidente o retrocesso social na revogação desse benefício que possuía *status* constitucional, ou seja, regra inserida na lei maior do país, cujas disposições não admitem mitigações e nem afronta a direitos insertos no “núcleo intangível” de direitos basilares constitucionalmente protegidos.

06. Tal prática é contudo, vedada pelo direito constitucional contemporâneo, tendo em vista que o constituinte derivado promoveu verdadeira negativa de efetividade da Constituição.

07. Nesse sentido, Ingo W. Sarlet explica que a vedação de retrocesso social é mecanismo de proteção dos direitos fundamentais e se revela como garantia constitucional imprescindível para evitar violações à Constituição:

Em termos de proteção dos direitos sociais, ou seja, no que diz com as garantias dos direitos sociais contra ingerências por parte de atores públicos e privados, importa salientar que tanto a doutrina quanto a jurisprudência, ainda que muito paulatinamente, também a vêm reconhecendo a vigência, **como garantia constitucional implícita, do princípio da vedação de retrocesso social, a coibir medidas de cunho retrocessivo por parte do legislador, que, pela revogação ou alteração da legislação infraconstitucional (apenas para citar uma forma de intervenção nos direitos sociais), venha a desconstituir ou afetar gravemente o grau de concretização já atribuído a determinado direito fundamental (e social), o que equivaleria a uma violação à própria CF.**

(...)

trata-se de um **instrumento de proteção contra atos que, sob uma aparente legalidade, colidem com o âmbito de proteção já efetivado dos direitos fundamentais**, e dos direitos sociais em especial, motivo por que **poderão ser sempre impugnados judicialmente, por inconstitucionalidade**⁴.

08. Adiante, o citado jurista explica a importância da proibição de retrocesso social com o princípio da segurança jurídica e com os princípios do Estado Social e Democrático de Direito, *verbis*:

A proibição de retrocesso social guarda relação com o **princípio da segurança jurídica** (consagrado, entre outros, no Preâmbulo da CF e no caput dos arts. 5º e 6º) e, assim, com **os princípios do Estado democrático e social de Direito e da proteção da confiança**, na medida em que tutela a proteção da confiança do indivíduo e da sociedade na ordem jurídica, e de modo especial na ordem constitucional, enquanto **resguardo de certa estabilidade e continuidade do Direito, notadamente quanto à preservação do núcleo essencial dos direitos sociais**⁵.

09. Mais ainda, seguindo o magistério de Ingo. W. Sarlet, constata-se que o princípio da proibição de retrocesso social resguarda a máxima efetividade dos direitos e garantias fundamentais e densifica o princípio da dignidade da pessoa humana. Em suas palavras:

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos sociais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; *et. all.* *Comentários à Constituição do Brasil*. 2 edição. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 575.

⁵ Idem.

Ao mesmo tempo, a proibição de medidas retrocessivas reconduz-se ao **princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais** (art. 5º, § 1º, da CF), assim como densifica o **princípio da dignidade da pessoa humana, coibindo a afetação dos níveis de proteção já concretizados das normas de direitos sociais**, sobretudo no que concerne às garantias mínimas de existência digna. **Destaque-se, aliás, que o conjunto de prestações básicas, que densificam o princípio da dignidade da pessoa humana e correspondem ao mínimo existencial, não poderá ser suprimido nem reduzido, mesmo se ressalvados os direitos adquiridos, já que a violação de medidas de concretização do núcleo essencial da dignidade humana é injustificável sob o ponto de vista da ordem jurídica e social.** A necessidade de adaptação dos sistemas de prestações sociais às constantes transformações da realidade não justifica o descompasso entre os níveis de proteção já alcançados às prestações que compõem o mínimo existencial e a legislação reguladora superveniente que os comprometa, então considerada inconstitucional⁶.

10. Por fim, o professor do Rio Grande do Sul deixa claro que os direitos fundamentais sociais, incluindo a previdência social (que possui também o aspecto direito individual devido ao caráter alimentício e aliado à dignidade da pessoa humana), não está disponível *tout court* aos poderes constituídos, integrando os limites materiais ao poder de reforma constitucional:

De qualquer sorte, independentemente do reconhecimento, ou não, de uma proibição de retrocesso social (já que há quem critique a utilização de tal expressão), o fato é que, **na condição de direitos fundamentais, os direitos sociais não se encontram à disposição plena dos poderes constituídos** e, não sendo também direitos absolutos, visto que passíveis de restrição, encontram-se, todavia, submetidos ao regime dos limites aos direitos fundamentais, guardadas as peculiaridades, especialmente no que concerne aos limites da liberdade de conformação legislativa. **Além do mais, os direitos sociais, como direitos fundamentais que são, integram os limites materiais ao poder de reforma constitucional, aspecto que aqui não será desenvolvido, vez que objeto de comentário específico (art. 60, § 4º)**⁷.

11. No mesmo sentido, a jurisprudência do STF tem reconhecido a importância da preservação da vontade constitucional por meio da proibição de retrocesso social:

⁶ Idem.

⁷ Idem.

E M E N T A: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” CONTRA O PODER PÚBLICO - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” - **RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL (...)**.

A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), **objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas.** Precedentes. A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a **verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial**, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. –

(...)

A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso

em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, **obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados.** LEGITIMIDADE JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO PODER PÚBLICO, DAS “ASTREINTES”. - Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC. A “astreinte” - que se reveste de função coercitiva - tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial. Doutrina. Jurisprudência.

(ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125)

(Destacamos)

12. Note-se que na presente ação nem se discute direito prestacional, mas sim a garantia de tratamento isonômico na concretização do direito fundamental à aposentadoria em benefício já concretizado ao longo do tempo que equiparou materialmente os aposentados e pensionistas.

13. Caso análogo se delineou **na ADI 5340**, na qual se discute a inconstitucionalidade da medida provisória que alterou radicalmente **o regime jurídico do direito ao seguro-desemprego**, praticamente revogando e reduzindo o regime de garantias do trabalhador.

14. Na referida ação, chama a atenção o parecer favorável da Procuradoria Geral da República postulando expressamente que seja i) preservada a **isonomia**, ii) obedecida a cláusula de **vedação de retrocesso social** e iii) aplicada a **razoabilidade e proporcionalidade**, conforme se verifica na decisão que determinou a adoção do rito abreviado previsto no artigo 12 da Lei federal 9.868/1999, *verbis*:

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. SEGURIDADE SOCIAL. ARTIGO 1º DA LEI FEDERAL 13.134/2015 (CONVERSÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA 665/2014). ALTERAÇÃO DA

DISCIPLINA DO SEGURO-DESEMPREGO. ELEVAÇÃO DOS PRAZOS DE CARÊNCIA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTIGOS 5º, XXXVI; 7º, II; e 194, VII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. **PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL**. APLICAÇÃO DO RITO DO ARTIGO 12 DA LEI FEDERAL 9.868/1999. Decisão: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Partido Popular Socialista - PPS, tendo por objeto o artigo 1º da Lei federal 13.134/2015, conversão da Medida Provisória 665/2014, que alterou os artigos 3º, 4º, 7º e 9º da Lei federal 7.998/1990, que dispõem sobre o seguro-desemprego. Como parâmetro de controle, o requerente indicou os artigos 5º, XXXVI; 7º, II; e 194, VII, da Constituição Federal.

(...)

As normas constitucionais tidas por violadas dispõem, in verbis: “Art. 5º (...) XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. (...) VI - diversidade da base de financiamento;” O requerente, em síntese, alegou: “(...) com respaldo apenas em razões de ordem utilitarista e orçamentária, o ato normativo impugnado efetuou abrupta e radical alteração no regime jurídico do direito social ao seguro-desemprego, em flagrante redução do patamar de garantias conferidas ao trabalhador pela Constituição de 1988. Destarte, em regime anterior a promulgação da referida Lei, o trabalhador fazia jus ao Seguro Desemprego uma vez cumprido tempo mínimo de 6 (seis) meses de trabalho antes da demissão. Porém, com as alterações ora impugnadas, o período mínimo de trabalho para concessão do benefício foi incrementado para um ano. Trata-se de contexto legal de súbita e imediata restrição dos regimes institucionais de concessão de benefícios sociais diretamente relacionados com o arcabouço de garantias estabelecidos pela Constituição de 1988 para proteger minimamente o trabalhador de eventos aptos a suprimir as condições materiais de uma vida digna. Aliás, essas medidas inconstitucionais surgem em momento tormentoso do cenário brasileiro, cujas fragilidades, especialmente econômicas, engendram movimento de reacionário ajuste fiscal contraditoriamente **focado na supressão de garantias sociais, justamente quando elas são mais necessárias**. Sendo assim, o ato normativo impugnado se insere em pacote de ajuste fiscal preparado pelo Governo Federal - que inclui outros cortes em áreas de sensível caráter social - **e baseado no retrocesso social do patamar arduamente assegurado nas últimas décadas. Por conseguinte, ao desnaturar o direito social ao seguro-desemprego, restringindo arbitrariamente patamar de aplicação consolidado na sociedade brasileira, a Lei federal combatida malferiu o princípio constitucional da proibição do retrocesso social.**

(...)

Outrossim, a Lei federal em tela não se sustenta em face do imperativo constitucional da segurança jurídica que demanda ao menos a adoção de

cláusulas de transição que atenuem os efeitos deletérios da inconstitucional alteração do regime jurídico do seguro-desemprego. **Perceba que o contexto fático do ato normativo impugnado impõe a intervenção deste C. STF para assegurar a manutenção das conquistas sociais positivadas pela Constituição de 1988, em nítida função contra majoritária essencial para que a força normativa dos direitos fundamentais não se esvazie diante de contingências políticas e econômicas.”**

(...)

O Procurador-Geral da República se manifestou no sentido da procedência do pedido de mérito, em parecer assim ementado, in verbis: “CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E TRABALHO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 13.134/2015. ALTERAÇÕES NA LEI 7.998/1990. PRAZOS MAIS ELEVADOS DE CARÊNCIA PARA CONCESSÃO DE SEGURO-DESEMPREGO NO PRIMEIRO E SEGUNDO REQUERIMENTOS. **OFENSA À ISONOMIA E À RAZOABILIDADE. 1. Constituem discriminação inconstitucional entre trabalhadores sujeitos à mesma situação de vulnerabilidade social, decorrente de desemprego involuntário** (Constituição da República, art. 5º, caput), e violação do art. 201, III, da CR, alterações em critérios de concessão de seguro-desemprego para novos beneficiários que fixem prazos mais elevados de carência para o primeiro e segundo requerimentos do benefício (Lei 7.998/1990, art. 3º, I). 2. A inconstitucionalidade é evidenciada tanto mais pela omissão legislativa na adoção do mecanismo constitucional menos gravoso aos trabalhadores, autorizado pelo art. 239, § 4º, da CR, consistente em contribuição adicional para financiamento do seguro-desemprego das empresas cujo índice de rotatividade da força de trabalho superar o índice médio de rotatividade do setor, na forma estabelecida por lei. 3. Medida **legal excessivamente gravosa a direito fundamental viola a proporcionalidade e a vedação de retrocesso social** (CR, art. 7º, caput; Pacto de São José da Costa Rica, art. 26; Carta da Organização dos Estados Americanos, art. 45, b). 4. Parecer por procedência do pedido.” (doc. 28)

É o relatório. Passo a decidir. A matéria versada na presente ação direta se reveste de grande relevância, apresentando especial significado para a ordem social e a segurança jurídica. Nesse particular, ênfase a conveniência de que decisão venha a ser tomada em caráter definitivo. Ex positis, determino a aplicação do rito abreviado previsto no artigo 12 da Lei federal 9.868/1999. Fica dispensada a notificação das autoridades requeridas e a abertura de vista à Advogada-Geral da União e à Procuradora-Geral da República, posto que as informações e manifestações já foram apresentadas. À Secretaria Judiciária para as devidas providências. Publique-se. Após, retornem conclusos os autos. Brasília, 17 de maio de 2018. Ministro Luiz Fux Relator Documento assinado digitalmente (ADI 5340 MC, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 17/05/2018, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-098 DIVULG 18/05/2018 PUBLIC 21/05/2018)

(Destacamos)

15. Resta claro, assim, que além de violar o princípio constitucional da isonomia, o art. 35, I, “a” da EC n. 103/2019 promove verdadeiro retrocesso social ao dar idêntico tratamento a aposentados em geral e aposentados/pensionistas por doença incapacitante e assim revogar direito que representa conquista social consagrada da vontade constitucional de equiparação material dos cidadãos, direito este já sedimentado e consagrado há mais de 10 anos.

16. Desta feita, também nesse olhar o art. 35, I da EC 103/2019 é inconstitucional um por violar a força normativa do princípio da vedação de retrocesso social no direito à previdência social (art. 201, I) e no direito à aposentadoria digna (Art. 7º, XXIV), considerada aquela em que seja assegurado o benefício consolidado há longo tempo para fins de garantir a cobertura de eventos financeiros em razão da impossibilidade para o trabalho na situação excepcional de doença incapacitante.

V.3. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE - DANO INDIVIDUAL CAUSADO NA REVOGAÇÃO DO § 21 DO ART. 40 É MUITO MAIS GRAVOSO À ORDEM CONSTITUCIONAL DO QUE EVENTUAL DANO EM NÃO AUFERIR A VANTAGEM FINANCEIRA PROPOSTA PELA REFORMA COM O ATO NORMATIVO IMPUGNADO

01. Como visto acima, o art. 35, I, “a” da EC n. 103/2019 alterou os critérios e passou a dar aos aposentados/pensionistas portadores de doença incapacitante o mesmo tratamento dos demais beneficiários do regime próprio, revogando o benefício que lhes era assegurado constitucionalmente.

02. Com a promulgação da reforma, foi tolhida a isenção dos aposentados e pensionistas acometidos de doença incapacitante de pagar a contribuição previdenciária até o limite de duas vezes o valor do maior benefício pago pelo Regime Geral da Previdência, tratando-os da mesma forma que um aposentado/pensionista comum.

03. **Não são necessárias maiores digressões para entender que um aposentado acometido de doença grave incapacitante está em maior vulnerabilidade que um aposentado saudável ou sem doença grave.**

04. O princípio da igualdade pressupõe que as pessoas colocadas em situações diferentes sejam tratadas de forma desigual. Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades, objetivando proporcionar um equilíbrio.

05. Ora, tamanho arbítrio em cima de direitos e garantias fundamentais não é tolerado pela Constituição. Paulo BONAVIDES ensina que o princípio da razoabilidade é essencial à ordem constitucional, atuando como regra fundamental de apoio e proteção dos direitos fundamentais e de caracterização do novo Estado de Direito⁸.

06. Por meio de suas diretrizes, a elaboração legislativa e a interpretação judicial devem promover uma adequação de sentido entre os **motivos, meios e fins das leis** com os **valores fundamentais da ordem jurídica**, em especial com os meios e fins admitidos e preconizados no texto constitucional (dimensão externa)⁹.

07. Na mesma toada, J. J. Gomes CANOTILHO ensina que a proporcionalidade deve ser aferida:

Entre os fins da autorização constitucional para uma emanção de leis restritivas e o exercício do poder discricionário pelo legislador ao realizar esse fim deve existir uma inequívoca conexão material de meios e fins¹⁰.

08. Seus requisitos são i) **adequação** do meio empregado pelo legislador e pelo intérprete ao fim almejado, interna e externa, ii) princípio da **menor ingerência** possível (necessidade ou exigibilidade) e iii) a **proporcionalidade em sentido estrito**, onde se verifica a relação custo-benefício, ou seja, a ponderação entre os danos

⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

⁹ Idem, p. 227.

¹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

causados e os resultados a serem obtidos¹¹.

09. Essa revogação prevista no art. 35, I, “a” da EC n. 103/2019 viola os três requisitos, uma vez que:

(i) não restou demonstrado sua adequação à produção de efeitos pretendidos e aderente aos fins constitucionais, até porque em tese deveriam buscar o equilíbrio das contas públicas, sem que, todavia, fosse demonstrado com precisão a economia desse dispositivo em específico. Pelo contrário, esta classe de aposentados/pensionistas é a minoria e esta revogação nada representará em economia aos cofres públicos, violando cláusulas pétreas relacionadas aos seus direitos previdenciários que levam à garantia alimentar a uma vida digna, ainda mais se tratando de pessoa acometida de doença grave;

(ii) não são necessárias, pois há alternativas constitucionalmente adequadas para promover equilíbrio fiscal sem prejudicar a garantia dos direitos fundamentais individuais e sociais à aposentadoria;

(iii) não sobrevivem ao teste da proporcionalidade em sentido estrito, pois, na ponderação entre bens jurídicos tutelados, ensejam solução mais gravosa à ordem constitucional, em nome questões orçamentárias não comprovadas e nem mesmo necessárias.

10. Objetivamente, o dano individual causado com a perda de direito é muito maior, muito mais gravoso e muito mais importante de ser evitado do que privilegiar eventual ganho financeiro coletivo.

11. Para tratar a questão, importante rememorar o magistério do professor e atualmente ministro desta Corte, Min. Luís Roberto Barroso:

¹¹ Idem.

Neste cenário, a ponderação de normas, bens ou valores (v. infra) é a técnica a ser utilizada pelo intérprete, por via da qual ele (i) fará concessões recíprocas, procurando preservar o máximo possível de cada em dos interesses em disputa ou, no limite, (ii) procederá à escolha do direito que irá prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional. Conceito-chave na matéria é o princípio instrumental da razoabilidade¹².

12. Ao realizar a ponderação, verifica-se claramente que pode ser atribuído um **dano grave/pesado (H)** à ordem constitucional e ao princípio da isonomia caso a revogação do artigo do § 21 do art. 40 da CF/88 prevaleça, enquanto que à declaração de nulidade do art. 35, I, “a” - EC 103/2019 poderia ser atribuído, no máximo, **um dano leve (L)**, uma vez que na justificativa da reforma não se demonstrou a importância de medida tão anti-isonômica e pode-se presumir que a economia não é significativa.

13. ORA, pelas vias do **princípio da proporcionalidade em sentido estrito**, no cotejamento **entre um dano grave/pesado (H) à ordem constitucional, ao direito fundamental à isonomia e à proibição de retrocesso social e outro dano leve (L)**, cabe ao Judiciário assumir o dano leve e evitar o dano grave, o que significa dizer que deve esta Suprema Corte declarar a nulidade por inconstitucionalidade do art. 35, I, “a” - EC 103/2019 e preservar a validade do art. do § 21 do art. 40 da CF/88, anulando sua revogação *ex tunc*.

14. Esse procedimento é necessário para resguardar o direito que **melhor contempla os fins constitucionais** e assim priorizar a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), na forma de uma existência digna para os aposentados/pensionistas da magistratura do trabalho acometidos por doença incapacitante.

15. Somente dessa maneira se prevalecerá o direito que expressa a

¹² BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e Contitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 14 de março de 2020. p. 11.

máxima vontade constitucional.

16. Isso porque, ao atribuir tratamento jurídico idêntico e não isonômico para quem está em situação fática melhor – considerando que o inativo doente enfrenta maiores sacrifícios comparado ao aposentado saudável – o aposentado/pensionista com doença grave tem a sua dignidade abalada e o seu direito à cobertura financeira para a existência digna vilipendiado.

17. Novamente recorrendo ao magistério do Min. Luís Roberto Barroso, aprende-se que *“a dignidade humana impõe limites e atuações positivas ao Estado, no atendimento das necessidades vitais básicas, expressando-se em diferentes dimensões”*¹³.

18. Daí porque se faz necessário anular a revogação da norma constitucional que garantiu o tratamento materialmente isonômico entre os aposentados, impedindo o retrocesso social.

19. Com efeito, é preciso lembrar que o princípio da vedação ao retrocesso social se ampara em dois nortes: o da dignidade da pessoa humana e também o da segurança jurídica, que são a base do nosso ordenamento e formam o conjunto pétreo do núcleo constitucional de direitos fundamentais que ora se busca preservar.

20. Posto isso, desde já se requer a declaração de inconstitucionalidade do art. 35, I, “a” - EC 103/2019, visto que. o dano individual causado com a perda de direito é muito maior e muito mais gravoso do que o dano gerado pela perda financeira da declaração de inconstitucionalidade do ato normativo ora impugnado.

VI. DA MEDIDA CAUTELAR. RAZÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE DEMONSTRADAS. GRAVE RISCO DE COBRANÇAS INDEVIDAS E DE PREJUÍZOS. REMOTA POSSIBILIDADE DE RESSARCIMENTO A *POSTERIORI*. POSSIBILIDADE

¹³ Ibidem, p. 25.

CONCRETA DE VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À APOSENTADORIA ISONÔMICA E NECESSÁRIA À EXISTÊNCIA DIGNA DOS APOSENTADOS/PENSIONISTAS DA MAGISTRATURA TRABALHISTA ACOMETIDOS DE DOENÇA INCAPACITANTE

01. Da fundamentação deduzida extrai-se a plausibilidade jurídica (*fumus boni iuris*) das teses que demonstram a inconstitucionalidade da norma impugnada.

02. Vale dizer, há plausibilidade na alegação de que o ato normativo atacado está eivado de vícios **intransponíveis** que revelam sua **inconstitucionalidade material, conforme ficou claro de seu cotejo com os parâmetros constitucionais indicados.**

03. Comprovou-se a **manifesta afronta** a cláusulas pétreas enquanto limites do poder de reforma, nos termos do artigo 60, § 4º, IV da Constituição Federal, tais como a **vedação de retrocesso social, a isonomia no direito à aposentadoria, à dignidade da pessoa humana e à razoabilidade e proporcionalidade** necessária à cobertura de recursos financeiros para uma existência digna ao aposentado/pensionista portador de doença incapacitante.

04. De outro lado, a excepcional urgência decorre do grave risco de **prejuízos** decorrentes da possibilidade de cobrança de **contribuições indevidas e inconstitucionais** a serem suportadas pelos aposentados/pensionistas da magistratura trabalhista acometidos de doenças incapacitantes, com prejuízos irreversíveis ou de remota reversibilidade.

05. Daí a situação **excepcionalíssima e a urgência** se revelam na necessidade de garantia imediata do direito fundamental à aposentadoria e à vedação da possibilidade de enriquecimento ilícito do Estado ou mesmo da atuação estatal confiscatória.

06. Desse modo, estando presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, diante da existência de **iminente e sério risco** à segurança jurídica que se espera no Estado de Direito, em especial ao exercício do direito à aposentadoria, somado à certeza quanto a possibilidade de cobranças indevidas e confiscatórias por parte do Estado caso não sejam tomadas providencias imediatas por parte desta Suprema Corte (*periculum in mora*), bem como sendo **manifesto** que houve desrespeito às normas constitucionais, Requer-se a concessão da medida cautelar conforme o rito previsto no art. 10 da Lei n. 9.868/99, para fins de suspender os efeitos do art. 35, I, “a” - EC 103/2019

07. Não sendo esse o entendimento, Requer-se, **em caráter subsidiário**, seja adotado o rito do art. 12 da Lei n. 9.868/99.

VII. DOS PEDIDOS

Diante do exposto, Requer-se:

a) a concessão de medida cautelar, conforme rito previsto no art. 10 da Lei n. 9.868/99, para fins de suspender a eficácia do art. 35, I, “a” da EC 103/2019; ou, subsidiariamente e sucessivamente, seja adotado o rito do art. 12 da Lei 9.868/99;

b) sejam a seguir notificados o Presidente da República Federativa do Brasil, o Presidente da Câmara dos Deputados e o Presidente do Senado Federal para prestarem informações, bem como sejam ouvidos o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, e demais órgãos ou autoridades na forma da Lei 9.868/99;

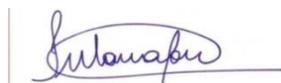
c) seja, ao final, no mérito, **julgada procedente** a presente ação direta de inconstitucionalidade, tornando-se definitiva a medida cautelar concedida e/ou seja declarada a inconstitucionalidade total, com redução de texto, do art. 35, I, “a” - EC 103/2019.

Por fim, requer que **todas as intimações e publicações** referentes ao processo em curso sejam feitas **exclusivamente em nome das advogadas Isabela Marrafon, inscrita na OAB/DF sob o nº. 37.798 e Tatiana Zenni Guimarães, inscrita na OAB/DF sob o nº. 24.751.**

Dá-se a causa o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Nesses Termos, Pede e Espera Deferimento.

Brasília - DF, 18 de março de 2020.



ISABELA MARRAFON
OAB/DF 37.798



TATIANA ZENNI GUIMARÃES
OAB/DF 37.798

ROL DE DOCUMENTOS

1. Estatuto Social;
2. Termo de Posse;
3. Procuração;
4. Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica da ANAMATRA;
5. Emenda Constitucional nº. 103/2019, conforme cópia integral publicada em 13 de novembro de 2019 no DOU – Edição: 220, Seção: 1, Página 1, Órgão: Atos do Congresso Nacional.