



OPINIÃO JURÍDICA

SUMÁRIO: I. PRELIMINARES; II. A MERCANTILIZAÇÃO DO FUTURO; III. EMENDISMO EXACERBADO; III.a. As complexidades no manuseio da Constituição; III.b. As intoleráveis interferências em um dos Poderes; IV. A DESCONSTITUCIONALIZAÇÃO É FRAUDE CONSTITUCIONAL; V. UMA JURISDIÇÃO MANIETADA VIOLA A SEPARAÇÃO DE PODERES E ATENTA CONTRA A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO; VI. DESDÉM COM O PACTO FEDERATIVO: a unicidade gestora no sistema federativo.

SÍNTESE GERAL:

- i) A Constituição há de ser um todo coerente e harmônico. Qualquer proposta que ignore esse pressuposto é uma tentativa de desestabilização do nosso regime constitucional. Uma constante e injustificada alteração do Texto Maior solapa as bases de seu arranjo normativo intrínseco, de sua austeridade normativa, de sua sustentabilidade social original, desfigurando-a. Bem por isso é vedada até mesmo a mera tramitação de Proposta de Emenda Constitucional tendente a abolir as chamadas cláusulas de eternidade, como os direitos fundamentais, a separação de Poderes e o desenho federativo.
- ii) Não quero, aqui, estabelecer uma polêmica entre ideologias diversas, mas apenas sublinhar um movimento que, no Brasil, para ser legítimo, demandaria uma mudança da própria Constituição, e não uma mera mudança na Constituição vigente. O critério desta análise, é, portanto, a Constituição.
- iii) O sistema de capitalização é o grande diferencial a ser debatido. Com ele, de um lado, promove-se a transferência de todo o risco social para o indivíduo isolado e, de outro, promove-se a transferência para o sistema financeiro de benefícios econômicos inerentes ao regime das aposentadorias e demais prestações pecuniárias da previdência. A mudança para o sistema de capitalização é o reforço de um modelo de Estado cada vez mais ausente e distante da Constituição de 1988, que não se ocupa de políticas econômicas relacionadas ao crescimento do mercado de trabalho e ao desenvolvimento nacional. Ignora-se, ainda, a estrutura que amparou as escolhas constitucionais, como se fosse possível realizar mudanças dessa magnitude sem atingir outros setores sensíveis da Constituição. A passagem para a capitalização jamais poderá ser realizada, legitimamente, sob a Constituição de 1988.
- iv) Já vivenciamos, no Brasil, um longo período de reformas na previdência social. Em nenhum momento, porém, a radicalidade ínsita à atual Proposta havia se manifestado. Posso afirmar que os magistrados foram os mais afetados até o momento, porque deixaram definitivamente no passado o antigo regime especial, regulado principalmente por sua Lei Orgânica, para ingressarem em um *novo regime previdenciário*. Sobre essa migração ainda pairam relevantes impasses. Isso porque a previdência tem importante e insuperável papel na construção da Magistratura técnica, e não pode ser tratada como algo menor, deslocado do todo no qual se insere inexoravelmente.
- v) A miniaturização constitucional, com a retirada de uma rubrica previdenciária da Constituição, a chamada “desconstitucionalização” de regras previdenciárias, é, por si só, um decréscimo de garantia institucional e individual, algo inaceitável em termos constitucionais (art. 60, §4º, da B); a mudança em dois atos, nos termos em que desenvolvo, representa uma forma de fraude à Constituição.
- vi) Se fosse permitido ao constituinte reformador (que é apenas o Legislativo ordinário em quórum qualificadíssimo) retirar da pauta do Poder Judiciário certos assuntos, o que o impediria de, mais adiante, impedir decisões que supostamente prejudiquem os políticos em exercício democrático de seus cargos? A aplicação dessa ideia para outros setores, portanto, pode checar rapidamente à novas propostas, a incorporarem nacos de impunidade. O assunto sequer merece discussão.
- vii) A busca pela *unicidade* da gestão previdenciária, de maneira a englobar também o regime previdenciário dos magistrados, é inconstitucional, vai de encontro à separação de poderes, comprometendo decisivamente a autonomia do Poder Judiciário, a ponto de poder impactar na imparcialidade que se exige do juiz, submetendo-o ao constante risco de um decréscimo legislativo de seus proventos de aposentadoria.



OPINIÃO JURÍDICA

Em muito me honram as seguintes entidades e seus mui ilustres representantes: a ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS – AMB, por seu Presidente Jayme Martins de Oliveira Neto; a ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL – AJUFE, por seu Presidente Fernando Marcelo Mendes; a ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO – ANAMATRA, por seu Presidente Guilherme Guimarães Feliciano; a ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO – CONAMP, por seu Presidente Victor Hugo Palmeiro de Azevedo Neto; a ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA – ANPR, por seu Presidente José Robalinho Cavalcanti; a ASSOCIAÇÃO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR – ANMPM, por seu Presidente Antônio Pereira Duarte; a ASSOCIAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS – AMPDFT, por seu Presidente Elísio Teixeira Lima Neto; a ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DO TRABALHO – ANPT, por seu Presidente Ângelo Fabiano Farias da Costa a ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS – AMAGIS/DF, por seu Presidente Fábio Francisco Esteves, com consulta endereçada à Proposta de Emenda Constitucional da Previdência, a PEC nº 06, de 2019.

A Consulta, neste importante e destacado momento da sociedade brasileira, permite-me lançar e reforçar o sentido e alcance de nossa Constituição cidadã de 1988 – CB/88, resgatar algumas preocupações que deveriam estar definitivamente superadas e sepultadas no passado, e apontar outras, cuja polêmica parece iniciar-se, agora, em caráter exacerbado. O intuito é o de realizar, neste momento, um estudo mais objetivo, sobre a constitucionalidade de alguns aspectos centrais da referida PEC.

I. PRELIMINARES

Em momentos de acentuada crise, com nítido impacto social e forte pressão por mudanças o maior desafio é não sucumbir à tentação



de revolucionar o sistema por meio do desrespeito às regras básicas, quer dizer, com afronta à Constituição. A esse tipo de ruptura não está autorizado nenhum Governo, em nenhum momento.

Assim, ainda que se concorde firmemente com a *imprescindibilidade e urgência* de uma mudança substancial nas contas públicas e no orçamento, ainda que um amplo ajuste deva ocorrer, prioritariamente, no microssistema previdenciário, nem por isso se poderá aceitar ou encampar, automaticamente, toda e qualquer solução, por mais engenhosa e atraente que possa ser ou por mais amplo que possa ser seu apoio, político, econômico ou mesmo popular.

A proposta de reforma da Previdência, PEC n. 6, de 2019, está lançada como prioritária pelo Governo. Todos sabemos, portanto, que não se trata de apenas mais uma PEC, ao lado de tantas outras que se diluem nos meandros do Congresso Nacional, que tramitam no tempo político próprio dessa instituição quase bicentenária, cujo perfil certamente não é – e nem deve ser – o da radicalidade.

Ademais, também não se trata de uma PEC pontual ou de curto espectro material. Estamos diante de uma proposta de mudança altamente impactante para um tema muito sensível, desde a redemocratização, que é a reconstrução das relações sociais brasileiras, para não falar do significado mais intuitivo desse tema, que é a escolha de um modelo de futuro para o Brasil. Esses aspectos costumam escapar aos analistas mais ocupados com aspectos técnicos da Proposta. Por isso entendo que a PEC, como desenhada, não pode ser reduzida a uma mera questão previdenciária e, neste círculo temático restrito, ser novamente reduzida a uma mera questão de escolha entre uma opção saudável e outra (a atual) que seria destrutiva e maléfica. Apresentar o tema



dessa forma envolve já adotar um pressuposto enviesado¹, uma postura de intransigência, que é inadmissível na Democracia, na medida em que solapa desde a origem qualquer legitimidade de um discurso diferente, atentando contra o núcleo de qualquer Democracia, que é a discussão ampla e o respeito ao pluralismo de ideias².

Reforço, uma vez mais, que este estudo não se propõe a apresentar uma análise minuciosa de todos dispositivos encartados na PEC n. 06/16³. O objetivo, aqui, é elencar as inconstitucionalidades mais “destacadas” dessa Proposta, de maneira a contribuir para uma importante reflexão acerca do marco constitucional civilizatório que devemos ter como pressuposto em qualquer discussão desse porte. Também não pretendo defender determinadas soluções ou alternativas dentre as várias possíveis. Em nossa Democracia, a construção destes caminhos deve estar dirigida ao diálogo entre os Poderes e destes com a sociedade civil, com a sociedade organizada e com as demais instituições públicas e privadas envolvidas, e certamente requer uma análise extremamente ampla, a englobar múltiplos fatores e dimensões da realidade, além de diversas alternativas que já circularam em governos anteriores.

Destaco, ainda nestas preliminares, duas ideias que têm povoado alguns discursos reformistas mais inflamados, bem como as falas de alguns atores políticos e sociais que as apoiam. Chamo a atenção para essas específicas ideias porque é preciso ter cuidado redobrado para não incorporar inconscientemente a radicalidade que lhes é inerente. As ideias contra as quais

¹ Aproprio-me, aqui, do sentido adotado em: HERMAN, Edward, CHOMSKY, Noam. *A manipulação do público: política e poder econômico no uso da mídia*. São Paulo: Futura, 2003.

² Sobre o tema, cf. HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Madrid: Tecnos, 2013.

³ Mas tomo isto também como preocupação, de maneira a não criar espantalhos pela falta de compreensão geral da PEC. A visão completa é imprescindível para levar adiante uma análise técnica e correta. Apenas não farei uma segmentação elucidativa item por item dos artigos da PEC e daqueles por ela referidos, alterados, eliminados ou acrescentados.



devemos nos resguardar são: i) a impossibilidade de alternativas, no sentido de que a atual (e também antiga) crise nos conduz à inevitabilidade do caminho adotado (falo, aqui, especialmente, da capitalização), de maneira que contra o inevitável seria tolice opor ou ter de seguir algum punhado de regras jurídicas obsoletas, como as constitucionais e, ii) a insistência em atribuir a pecha de privilégios a alguns direitos constitucionais e determinados setores, aí incluído o funcionalismo público.

A primeira ideia viola a supremacia constitucional (parágrafo único do art. 1º da CB) e os limites constitucionais aos poderes constituídos (art. 2º, art. 37, art. 78, *caput* e art. 64, §4º, todos da CB). A segunda ideia intenta construir um discurso que, em seu âmago, é, novamente, de ataque à Constituição, ao desenho institucional de funcionamento do Estado e aos direitos consagrados. Retornarei a este tema mais adiante.

Em sua participação recente no Congresso Nacional o Ministro da Economia bem sublinhou a importância de o debate político balizar-se pela moldura de nossa Constituição; assim, dentre outros aspectos ressaltou o necessário respeito à chamada “solidariedade” inerente ao sistema previdenciário, (art. 3º, inc. I, art. 40, *caput* e art. 201, *caput* da CB)⁴. Deixou ali a mensagem, que considero extremamente oportuna e precisa, de que não pode haver reforma ou solução fora da Constituição. Contrapôs-se, pois, a alguns discursos mais agressivos, que protagonizam uma luta imaginária com a Constituição de 1988, propositadamente alocada, de maneira novelística, como o centro de todos os males e problemas que acometem o país. Essas cruzadas

⁴ Certamente há discordâncias sobre o ponto em que se rompe definitivamente com a solidariedade, mas quando se invoca a Constituição e o respeito à solidariedade emerge um consenso, nesse discurso, sobre o marco conceitual aceitável e legítimo para essa batalha, quer dizer, para as discordâncias.



precarizam o diálogo racional e impedem o necessário avanço, com o qual a grande maioria está, *prima facie*, de acordo⁵.

Acerca da atenção redobrada que uma sociedade há de emprestar a esses contextos, de crise, urgência e inevitabilidade, já anotei, em texto publicado em 2011, na Revista do Tribunal Superior Eleitoral:

“A Constituição, como diploma normativo superior, fruto de um pacto social em dado momento histórico da sociedade, contém um equilíbrio muito delicado, que impõe, acima de tudo, o respeito no Estado Constitucional de Direito. Sua constante e injustificada alteração vai solapando-lhe as bases de seu arranjo normativo intrínseco, de sua austeridade normativa, de sua sustentabilidade social original, desfigurando-a.

“Esse endereçamento inconsequente cobra um alto preço do estágio avançado (ou a avançar e consolidar) de nosso Estado Constitucional e Social de Direito, por ensejar o constante debate sobre a superação de um legítimo texto constitucional, banalizando e fragilizando a Constituição e os direitos humanos fundamentais. Como bem observou Carpizo (2008, p. 124), há uma preocupação legítima de que possam ocorrer retrocessos na democracia da América Latina [...].

“A democracia cobra atenção constante por parte de seus legítimos interessados. Estejamos atentos aos motivos e finalidades pretendidos por reformistas e por reformas normativas.”. (Justiça e Administração eleitorais na federação brasileira, *in*: Revista de Estudos Eleitorais, v. 6, n. 2, maio/ago 2011, p. 27).

Tenho reiteradamente insistido em um ponto que haveria de ser amplamente consensual, independentemente das ideologias ou interesses envolvidos: é uma contradição insuperável tentar transformar a Constituição em um espaço de anomia, no qual caberiam todas as ideias, soluções e figurinos que a imaginação humana fosse capaz de elucubrar. Isso significa a própria negativa da essência do fenômeno constitucional. Não é preciso, aqui, invocar este ou aquele dispositivo constitucional violado, pois

⁵ Apesar de pesquisa divulgada pelo instituto Datafolha, em 10 de abril de 2019, indicar que 51% são contra a reforma da Previdência, refiro-me, no texto, à ideia geral de mudanças para melhoria e aprimoramento do sistema, e não à PEC 6/19, que é o meu objeto de análise neste estudo, em alguns de seus tópicos.



estamos diante de uma violação maciça do significado de Estado limitado, sob pena de retornarmos ao arbítrio das vontades individuais, de há tanto tempo superado pelo Governo das Leis. Também não se pode aceitar um tal ponto de partida, quer dizer, uma liberdade ampla, geral e irrestrita, para as discussões previdenciárias, sob a Constituição de 1988. Retomarei esta linha de pensamento adiante, porque ela é essencial e se conecta diretamente com as chamadas cláusulas pétreas ou de eternidade.

O Norte aqui, quer dizer, o critério que nos deve mover nesta e em qualquer outra análise de proposições normativas, é sempre a Constituição, o marco civilizatório que encampa e as suas amarras ou salvaguardas (direitos fundamentais, garantias processuais, instrumentais e institucionais) que propiciaram ao Brasil alcançar o atual patamar normativo avançado do qual devemos nos orgulhar.

Exatamente por isso a Constituição estabelece que é vedada até mesmo a mera tramitação de Proposta de Emenda Constitucional tendente a abolir as referidas cláusulas de eternidade (art. 60, §4º, da CB), como é o caso dos direitos fundamentais, da separação de Poderes e do desenho federativo, todos eles violentados pela PEC nº 6/19, como terei a oportunidade de demonstrar adiante. Estes temas ali figuram como fora da agenda do Legislador (e do Executivo, por maior razão) para proteger a todos, e não como uma fórmula arcaica de engessamento social.

Portanto, é imprescindível, em uma verificação de constitucionalidade, averiguar a compatibilidade entre propostas de mudança e a parcela inquebrantável da Constituição. Não se trata - e insisto nesse ponto - de julgar uma PEC pelo seu mérito, grau de inovação, conveniência ou beleza



estrutural, e sim pela sua compatibilidade com nosso Pacto Fundamental naquilo que podemos considerar o núcleo duro deste Pacto.

Assim, a conclusão a que chego da Proposta apresentada pelo Governo Federal – antecipando o estudo que se segue – é a necessidade de reparos imediatos, filtrando seus excessos e desajustes para alinhá-la ao nosso Estado Constitucional, de maneira a reforçar a supremacia da Constituição e a subordinação de todos ao que vai nela preceituado como inalterável.

Essa tarefa, quer dizer, a análise da constitucionalidade de um texto que pretende mudar a própria Constituição, é função primordial (inaugural) que compete ao Congresso Nacional, a cada uma de suas Casas e, especialmente, às respectivas comissões encarregadas desse alto mister.

Na Câmara dos Deputados, espaço técnico-político onde atualmente se encontra a Proposta, a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania deve avaliar a “admissibilidade de proposta de emenda à Constituição” (alínea b do inc. IV do art. 32, do RICD). E a Proposta será avaliada por essa Comissão para enfrentar “o exame dos aspectos de constitucionalidade, legalidade, juridicidade, regimentalidade e de técnica legislativa, e, juntamente com as comissões técnicas, para pronunciar-se sobre o seu mérito, quando for o caso” (art. 53, inc. III, do RICD, cf. redação adaptada à Resolução n. 20, de 2004).

Como registrei em outra oportunidade, sobre se o Projeto “é oportuno, bom ou virtuoso não deverá pronunciar-se”⁶, respeitando as atribuições das demais comissões temáticas e mesmo do Plenário. Trata-se de

⁶ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 1049.



análise de caráter estritamente técnico⁷, mas de alta relevância para a sociedade, porque implica em preservar o cerne duro da Constituição.

Caso a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania adote parecer favorável à PEC sem os ajustes ou ressalvas de constitucionalidade, estará certamente infringindo o art. 60, §4º, da CB.

Expurgados os vícios de inconstitucionalidade por violação ao art. 60, §4º, da CB, teremos então uma regular tramitação de qualquer Proposta de Emenda, pelo Congresso Nacional, a fim de ser discutida, aprimorada e, eventualmente, ser aprovada. Esse *iter* confere a qualquer mudança ou inovação normativa a necessária certificação de legitimidade mínima que se impõe, às propostas, em uma Democracia avançada.

II. A MERCANTILIZAÇÃO DO FUTURO

É certo que a inclusão dos direitos previdenciários no rol das cláusulas pétreas é fonte de grande celeuma, e não pretendo retomar esse assunto e a longa discussão que com ele se arrasta.

Faço essa reserva porque considero estarmos diante de uma discussão calcada em pressuposto muito diverso, aqui, daquela que ocorreu em mudanças (e discussões) constitucionais passadas. É certo que sobre essas ocorrências passadas é possível encontrar alguns posicionamentos mais flexíveis, tanto do Supremo Tribunal Federal⁸, acerca de direito adquirido e de proteção da segurança, como também da literatura especializada e até mesmo

⁷ Atuação realizada por uma Casa política, mas que nem por isso deve deixar de ser técnica. Pelo contrário, adotado um viés político na avaliação de qualquer proposta, tem-se a deturpação imediata dessa alta função comissional e a nulidade do resultado assim obtido.

⁸ Cf. STF, ADI 3128/DF, rel. Min. Ellen Gracie, rel. para o acórdão, Min. Cezar Peluso, j. 18/08/2004.



de outros tribunais pelo Mundo⁹, que foram confrontados com fortes medidas de austeridade ou restrições em momentos de crise econômica recente.

O caso da PEC 16/19, como dizia, é totalmente diferente e, nessa medida, não cabe invocar a jurisprudência permissiva do STF. É que não se trata de retomar uma discussão sobre decréscimo de contrapartida ou distensão temporal para iniciar o exercício de direitos, dentro de um mesmo sistema, como ocorreu nas reformas passadas das Previdência. Estamos, agora, diante de uma proposta de mudança muito mais profunda, a substituir os próprios pilares do sistema previdenciário adotado em 1988. Seria isso possível? Essa é uma discussão inédita. Essa percepção nos obriga a compreender que a pergunta correta (ou a análise de constitucionalidade) a ser feita é totalmente diversa daquela que se fez em momentos anteriores de mudança.

O que importa saber, agora, é da compatibilidade constitucional nesse alijar as pessoas (em geral, e não apenas o funcionalismo público) de um modelo concebido inicialmente como o mais adequado e justo à sociedade brasileira (art. 3º c.c. art. 170 e art. 201, *caput*, todos da CB), e que está integrado a diversas outras normas constitucionais, como os direitos fundamentais, os direitos trabalhistas (art. 6º), o *mercado* interno como patrimônio nacional e não como patrimônio exclusivamente privado (art. 219, da CB) e com a separação de poderes (art. 2º c.c. art. 93, incs. V e VI, art. 95 e art. 96, todos da CB). A reviravolta em relação às engrenagens engendradas em 1988 coloca a mutação pretendida em uma posição nunca antes proposta oficialmente.

⁹ A exemplo de certos pronunciamentos do Tribunal Constitucional português. Cf., a propósito do tema daquela que ficou chamada como jurisprudência de crise: Acórdão 396/2011; Acórdão 353/2012; Acórdão 187/2013 e Acórdão 413/2014. No Brasil temos uma discussão sobre o consequencialismo jurídico.



Ademais, e ainda nessa linha, é também preciso compreender o contexto do qual emerge essa Proposta. Estamos vivenciando um momento que é, nitidamente, de ataque ao chamado Estado do Bem-Estar social. O mais surpreendente, porém, é a acusação de que o modelo social desse Estado seria a origem da crise e miséria social, que é ele o culpado e o maior responsável pelo dismantelamento dos empregos, pelos altos índices de desocupação da mão-de-obra e pela ausência de uma perspectiva mínima de futuro adequado para a sociedade. Sob essa bandeira, que é infundada, desconexa, incoerente e, em certos momentos, raivosa, promoveram-se, no Brasil e em outras partes do Mundo, *v.g.*, reformas trabalhistas que tornaram o respectivo mercado menos regulado, a exemplo do que já havia sido feito, pioneiramente, pelos EUA, com o mercado financeiro (e que nos conduziu à crise econômica mundial de 2008, cujos efeitos prolongam-se até os dias de hoje)¹⁰.

O problema que pretendo ressaltar, aqui, está justamente em ignorar os inevitáveis vínculos entre as relações trabalhistas em geral e o sistema previdenciário (que compõem o Estado social). O dismantelamento de um funciona como combustível para implodir o outro. É que o sistema previdenciário opera com um modelo de financiamento contributivo cuja base e cujo pressuposto são as saudáveis relações na vida laboral (salvo, evidentemente, o modelo de capitalização). O envelhecimento de grande parte da população brasileira, em suas projeções para o futuro é algo que necessita ser equacionado. Mas o que molestou profundamente esse equilíbrio fino construído constitucionalmente foi a reforma trabalhista somada com a

¹⁰ Para uma crítica aos economistas e a falta de atenção a certos sinais que conduziram à crise, cf. GLABRAITH, James K. *The end of normal*. New York: Simon & Schuster, 2014, pp. 65 e ss.



falta de políticas econômicas de proteção do chamado mercado de trabalho¹¹. Em análise extremamente precisa, Antón Losada posiciona-se, nesse mesmo sentido, ao advertir que: “Se o emprego é seguro, estável e de qualidade, o sistema previdenciário tem ingressos suficientes para repartir e não sofre.”¹².

Se a economia é forte ou se há, ao menos, políticas econômicas devidamente planejadas e implementadas, que sinalizam uma consciência estatal, um caminho de retomada do desenvolvimento nacional, resulta, inevitavelmente, uma tutela também do mercado de trabalho. Ao contrário, se sucumbimos ao simplório discurso da escassez geral, lugar comum nos dias de hoje, e ao da impossibilidade de crescimento e desenvolvimento sem cortes, reduções e constrictões imediatas, o resultado costuma ser, invariavelmente, a paralisia econômica, com ataque aos dois principais inimigos imaginários: as regras de proteção do mercado de trabalho e as regras previdenciárias. O Brasil, lamentavelmente, trilha um roteiro bem conhecido, perigoso e inconsequente para com o futuro socioeconômico do país, ao eleger esses supostos inimigos.

Insisto nesse ponto, que me parece crucial para bem situar a PEC 6/19. Estivemos processando nos últimos tempos o abandono do tradicional centro de gravidade laboral, calcado no trabalho qualitativo e seguro, com as respectivas formalidades e do qual surgem as bases adequadas para o financiamento público da previdência. E caminhamos para um outro cenário, bem diverso, de relações trabalhistas supostamente entre autônomos e iguais. Essa mudança não foi apenas normativa, pois também ganhou impulso pela

¹¹ Certamente podem haver outras causas, como políticas populistas, envelhecimento acentuado da população, elevação da expectativa de vida e processos inflacionários. Refiro-me, porém, às causas mais evidenciadas em ações estatais recentes.

¹² *Piratas de lo público*. 3. ed. Barcelona: Deusto, 2014, p. 266.



completa falta (ou falha grave, em alguns raros casos¹³) de políticas econômicas capazes de incentivar e promover a imprescindível expansão de postos de trabalhos e da economia como um todo. Assim, foram, deliberadamente, retiradas as bases de sustentação do modelo de financiamento contributivo intergeracional, o que está, ainda hoje, a representar um ataque direto à solidariedade constitucionalmente imposta e ao futuro da sociedade.

Outro resultado foi, certamente, o revigoramento do discurso da escassez, já que parte da engrenagem constitucional foi desfeita e, com ela, esgotou-se o delicado equilíbrio que existia inicialmente. Independentemente dos caminhos para a superação desse estado de coisas, quero apenas sublinhar, neste momento, que o assunto não pode ser tratado como algo inesperado ou inevitável.

Como se percebe, o Brasil parece tentar inverter a fórmula, amplamente reconhecida economicamente, e até certo ponto intuitiva, de ampliar os postos de trabalho (e até reforçar a segurança das relações trabalhistas) e/ou o mercado consumidor e sua capacidade de demanda, como meio de estimular a economia. Medidas constritivas do mercado de trabalho são revigoradas e as relações vão se degradando até um ponto (que é o atual) em que cortes, reduções e políticas regressivas ainda maiores são elaboradas e implementadas. Parece assumir uma posição secundária, cronologicamente falando, a elaboração de efetivas políticas econômicas de retomada. Ou seja, na crise, ao invés de debelá-la, seja pelo lado da demanda, do consumo ou de qualquer outra perspectiva assumida como apropriada, quer-se realizar mais redução socioeconômica, mais cortes, menos direitos, menos serviços públicos, levantando salvaguardas ainda existentes, para o cidadão, para sua família e

¹³ Como a política de isenções para grandes indústrias, sem contrapartidas concretas.



para seu futuro, a patamares irrisórios e, em alguns serviços, até o nível de sua aniquilação em termos de presença do Estado.

Disso resulta, para ser sintético, que, de um lado, **promove-se a transferência de todo o risco social para o indivíduo isolado** e, de outro, **um benefício que é único e direcionado exclusivamente para o sistema financeiro**. O retrocesso não poderia ser mais evidente. Vejamos esses dois pontos, sem perder a perspectiva do cenário fático que descrevi anteriormente.

Carlo Bordoni, em reflexão datada de 2014, trata amplamente sobre essa que é uma das mais surpreendentes mudanças em andamento na atualidade, tendo como pano de fundo os pretensos períodos de crise (que passaram a ser permanentes e não cíclicos, um capitalismo que não é nunca mais de prosperidade para todos). O pressuposto parece ser muito apropriado para as economias periféricas e para o Brasil, dentre elas, em especial. As últimas décadas têm sido marcadas pela crise econômica e pelas medidas frustradas em termos de avanço socioeconômico.

Há, na linha desse pensador, um movimento forte pela ausência do Estado, sob o slogan do empreendedorismo individual. É o que vimos operar nas referidas reformas trabalhistas e que outros poderiam apresentar como sendo “apenas” a ampla liberdade com responsabilidade pessoal. Mais do que relembrar uma longa polêmica social, tenho por certo que esse modelo presta-se a abandonar determinados padrões de segurança que, no caso brasileiro, estão incorporados definitivamente em nossa Constituição (art. 1º, incs. II, III e IV, art. 3º, incs. I, II e III, art. 5º, *caput* e inc. XXXVI, art. 7º, inc. XXIV e art. 170, inc. VII e VIII). Nas suas palavras:



“A diferença do liberalismo clássico, que contemplava um modelo puramente de mercado, deixado à iniciativa privada e à livre competição sem nenhuma intervenção do Estado (‘mais mercado, menos Estado’), o neoliberalismo se instala no próprio Estado. Wendy Brown argumenta que o liberalismo, em contraste com o liberalismo clássico, tende a empoderar cidadãos para transformá-los em empreendedores; por conseguinte, em estabelecer uma ética sem precedentes de cálculo econômico’, a qual se aplica a atividades em favor do público que antes o governo garantia.”¹⁴.

Em uma das análises que considero das mais acuradas sobre o que estamos a vivenciar nos dias atuais, Carlo Bordoni arremata:

“A prática do neoliberalismo submete as funções sociais do Estado ao **cálculo econômico**: uma prática não usual, que introduziu critérios de viabilidade nos serviços públicos, como se eles fossem empresas privadas, para ordenar os campos de educação, saúde, seguridade social [...] **sob uma perspectiva econômica**.

“Consequentemente, o neoliberalismo retira a responsabilidade do Estado, fazendo-o renunciar às suas prerrogativas e avançar na direção e sua gradual **privatização**.

“[...] A crise do Estado se deve à presença desses dois elementos: incapacidade de tomar decisões concretas no âmbito econômico e, portanto, a incapacidade de prover serviços sociais adequados.”¹⁵.

Insisto que não quero, aqui, retomar ou me posicionar em uma conhecida (e não muito profícua) polêmica entre ideologias diversas que lamentavelmente se tornaram extremadas, mas apenas sublinhar a ocorrência de um movimento concreto que, no Brasil, para ser legítimo, demandaria uma mudança da própria Constituição, e não uma mera mudança na Constituição vigente, por força das cláusulas pétreas esgarçadas que acabo de enumerar. Haveria de se fazer, pois, um debate muito mais amplo, profundo e socialmente legitimador, com a clareza da ruptura com o Pacto fundante.

¹⁴ Obra em co-autoria co Zygmunt Bauman: *Estado de crise*. Rio de Janeiro: Zahar, 2016, p. 27-8.

¹⁵ *Op. cit.*, p. 28, original não grifado.



A atual Constituição desautoriza um cálculo meramente econômico para fins de impor uma mudança com o porte desta que vai encartada na PEC nº 6/19. Esse tipo cálculo conduz à negação dos vínculos mais básicos que sempre existiram entre cidadão e Estado, e que estão impostos pela Constituição brasileira (art. 1º, incs. II, III e IV, art. 3º, incs. I, II e III, art. 5º, *caput* e inc. XXXVI, art. 34, inc. X, art. 40, art. 170, inc. VII e VIII, art. 203 e art. 201). Mais recentemente tem-se também admitido a chamada vedação do retrocesso social, ínsita à dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CB) e ao Estado social brasileiro (art. 6º e art. 7º, inc. XXIV, da CB).

A mudança para o sistema de capitalização é exatamente o reforço e o complemento desse Estado cada vez mais ausente e distante da Constituição de 1988, com o indivíduo sendo o único responsável pelo seu bem-estar e dos demais sob sua responsabilidade, e, finalmente, com a transferência para o mercado privado financeiro das situações que, apresentando o necessário atrativo do retorno econômico, encontravam-se, anteriormente, sob a responsabilidade do Estado.

A capitalização como caminho mágico de retomada para o país, em realidade, apenas reforça tendências recentes. Insere-se no amplo movimento de estímulo e ampliação estatal da atividade financeira de poucas instituições privadas autorizadas a operarem, em sistema altamente concentrado, extremamente opaco e sem qualquer controle social. Antón Losada trata desse ponto com maestria, ao reforçar uma característica muito própria dos benefícios previdenciários: “diferentemente da saúde pública ou da educação, convertem-se com relativa facilidade em um bem privado e em um



complexo produto financeiro.”¹⁶, representando, para os bancos, em suas palavras, “um ativo financeiro barato”¹⁷.

A capitalização, portanto, tem pressupostos e funcionamento significativamente diversos (diria até mesmo opostos) do sistema público de repartição e solidariedade adotado, incorporado e integrado na Constituição de 1988, como cláusula pétrea, nos termos exatos anteriormente apresentados.

A transformação de aposentadorias em ativos financeiros é medida de evidente privatização ampla e irrestrita do modelo. A passagem de empresas estatais para o setor privado, por meio de fenômenos como os de desestatização, privatização etc., não é necessariamente inconstitucional. Mas, no caso presente, o Estado social é abalado estruturalmente pela radicalidade inerente à capitalização como modelo substituto para a previdência social. O também transmitir a “supervisão”, uma atividade já típica de um Estado mínimo, para o setor privado, como se faz na PEC em relação aos bancos, evidencia a agressividade e o tom desacertado dessa Proposta. Sua adoção, mesmo que apenas para as novas gerações, rompe definitivamente com esses pilares constitucionais, como assentei acima.

A troca pretendida, de um modelo de solidariedade, para outro, de individualidade, viola o nível de proteção à dignidade alcançado em 1988 (art. 1º, inc. III c.c. art. 23, inc. X e art. 60, §4º, inc. IV, da CB).

¹⁶ *Op. cit.*, p. 295. Essa característica, no Brasil, está, ademais, reconhecida constitucionalmente, pelo art. 202, ao abordar a possibilidade de um regime complementar de previdência privada.

¹⁷ *Id.*, *ibid.*: “[...] para las entidades financieras, nuestros planes de pensiones son fondos de inversión depositados por clientes que no tienen control alguno sobre sus decisiones y como tales los gestionan en las Bolsas.”



No julgamento da ADI 240-6/RJ ficou assentado, no adendo ao voto proferido pelo Min. Octávio Gallotti, Relator, que a solidariedade constitui elemento intrínseco a todos os sistemas, superando até mesmo a autonomia dos estados-membros. Trata-se, efetivamente, de elemento impositivo do desenho federativo brasileiro.

Relembro, aqui, ainda, o disposto no referido art. 23, que determina competir aos Poderes Públicos de todos os níveis federativos “X – combater as causas da pobreza [...] promovendo a integração [...]”. Trata-se de determinação que institui deveres genéricos aos Poderes Públicos, a partir do art. 3º, que impõe o objetivo de “erradicar a pobreza [...] e reduzir as desigualdades”. Ora, como bem sabemos, a Seguridade Social estruturada na Constituição realiza exatamente esses desideratos e deveres, quando realizada pelo Estado. Por todos que já trataram do assunto, reforço esse pressuposto com as lições pontuais de Gnazzo:

“[...] um dos argumentos mais estendidos para defender a existência de uma rede de seguridade social é seu efeito para reduzir a pobreza e melhorar a distribuição da riqueza”¹⁸.

Essa troca também envolve a passagem de um modelo de supervisão e coordenação pública para outro de supervisão privada¹⁹, o que viola o próprio Estado mínimo, que não está autorizado a desincumbir-se de suas funções básicas e intransferíveis, delegando-as a entidades privadas (art. 201 e art. 230, *caput*, da CB).

¹⁸ *Principios fundamentales de finanzas publicas*. Montevideo: s/ed, 1997, p. 425, tradução livre. O autor anota as divergências que existem, muitas das quais decorrem de específicas regras de cada sistema, pelo que é necessário, sempre, ter atenção redobrada, não sendo suficiente apenas estabelecer um sistema de fundo único e repartição.

¹⁹ O assunto veio retratado no art. 115, a ser acrescido ao ADCT, que em seu inc. III tem os seguintes termos: “III - gestão das reservas por entidades de previdência públicas e privadas, habilitadas por órgão regulador [...]”, sem maiores preocupações ou especificações.



É absolutamente inapropriado pensar-se no modelo de previdência social como um problema isolado, desvinculado das demais opções constitucionais, podendo ser enfrentado de maneira apartada como se a Constituição fosse apenas um conjunto não sistêmico²⁰ de normas, como se fosse possível ignorar não apenas conexões internas, mas sobretudo a estrutura constitucional em si mesma, que se formou em bloco e não em capítulos independentes. Uma opção em um âmbito social, afetou (na constituinte) e afeta (na atualidade) a outra, sobretudo, como visto, no assunto aqui tratado. E algumas opções estão vedadas, justamente por desfigurarem totalmente a Constituição em seu núcleo imutável que venho indicado, em seus diversos artigos, neste estudo.

Assim, a passagem, supostamente inevitável, para um novo universo previdenciário financeirizado, abandona as bases que se assentaram em nosso Pacto Fundamental. Não é possível realizá-la, nesta Quadra constitucional, sem ofender diretamente a solidariedade (art. 3º, in. I, da CB), os deveres mínimos e indelegáveis do Estado (art. 23, inc. X e art. 230, *caput*), os valores sociais do trabalho e do mercado interno (art. 170, *caput* e art. 219, da CB), e, de maneira geral, o bloco de normas que erige o Brasil em um Estado Social e Democrático de Direito, já amplamente referido aqui. Todas essas cláusulas são normas reforçadas pela imutabilidade típica de nosso constitucionalismo (art. 60, §4º, da CB).

²⁰ Essa concepção é vastamente aceita na Doutrina. Cf.: BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*, 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 174, GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución*. Madrid: Katz editores, 2015; TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito constitucional*. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 192.



III. EMENDISMO EXACERBADO

III.a. As complexidades no manuseio da Constituição

O tema previdenciário, considerado de maneira geral, encontra-se imerso em um cenário de alta complexidade normativa, dado o conhecido contexto de modificações substanciais ocorrido na vigência da Constituição de 1988, por sucessivas emendas constitucionais que ensejaram a chamada ampla e geral *Reforma Previdenciária*. Como sabemos, a primeira foi a EC n. 03/93²¹, seguida pela EC n. 20/98, EC n. 41/03, EC n. 47/05, EC n. 70/12 e, mais recentemente, a EC n. 88/15.

Seria desnecessário relembrar, neste ponto do estudo, que a Constituição há de ser um todo coerente e harmônico. Mas gostaria de retomar esse tema que mencionei no item anterior para assentar mais profundamente as suas bases. A mudança de um único artigo pode gerar impacto em diversos setores constitucionais, ainda que estes outros setores permaneçam formalmente intocados. Por isso a dificuldade em aceitar-se o fenômeno que ficou conhecido, de maneira depreciativa, como emendismo constitucional²², considerado uma forma de retalhar a Constituição, desfigurando-a, como se estivéssemos apenas a retocá-la para o bem de todos. A preocupação está bem assentada na obra “A sala de máquinas da Constituição”, de Gargarella, em lição de todo aproveitável aqui: “Frente a tais reformas, sustentamos que não se poderiam ler as mesmas como se afetasse a seções autônomas da Constituição”²³.

²¹ A EC 3/93 alterou, dentre outras matérias, o §6º do art. 40 da CB, que dispunha sobre aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais quanto ao custeio. Posteriormente foi integralmente revogado pela EC 20/98.

²² Fruto não de uma Constituição inadequada, mas sim de um Congresso Nacional que se mostrou, no passado recente, suscetível às pressões das mais diversas origens.

²³ *Op. cit.*, p. 309.



As alterações previdenciárias que se sucederam ao longo da vigência da Constituição de 1988 não foram motivadas por um casuísmo partidário, mas pelas discussões que se iniciaram a partir de 1991. Redundaram no esforço político de reformular o sistema previdenciário, considerando, em um primeiro momento, a necessidade de propiciar a sua sobrevivência diante da reconhecida “escassez de recursos públicos e a consequente insuficiências dos mesmos para fazer frente face ao custo dos benefícios previdenciários”²⁴ e, em um segundo momento, tiveram por pressuposto a maior eficiência e otimização operacional necessária diante da crescente variação demográfica da população brasileira.

Vislumbrou-se como central nesse processo de mutação a *unificação* do regime jurídico previdenciário dos servidores públicos, e uma clara tendência política de aproximação das regras do RPPS às do RGPS. Tendência esta que, ao invés de concretizar-se por uma única decisão constituinte reformadora, estendeu-se por sucessivas emendas constitucionais que desmantelaram o sistema previdenciário, tornando seu regime demasiadamente complexo e suscetível a intermináveis discussões jurídicas, sobretudo atinentes a sua constitucionalidade.

Por isso, qualquer análise de um novo macroprojeto de Reforma da Previdência não pode deixar de enfrentar o tema das camadas sucessivas de complexidade²⁵, com avaliação crítica das diversas implicações em outros tantos setores constitucionais, como o do funcionalismo, do papel do Estado, etc., bem como não se pode desconsiderar os questionamentos que serão levados, nos anos sucessivos, ao Poder Judiciário.

²⁴ MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, *Reflexões e desafios*, p. 42.

²⁵ Mesmo na mudança radical do sistema previdenciário em si, permanecem e se avolumam as dificuldades, seja em virtude das regras transitórias, seja em virtude das exceções, seja pela judicialização.



Ademais, o processo do emendismo e o da judicialização impedem a estabilização mínima das regras previdenciárias e, por consequência, impedem a proteção da confiança legítima do cidadão (art. 5º, *caput*, da CB) e segurado-contribuinte do sistema (art. 201, da CB). É o estado de completa incerteza ou, para usar as palavras mais chocantes, mas não menos verdadeiras, de Zygmunt Bauman, é a sensação “de ignorância (nenhuma ideia do que vai acontecer) e de impotência (nenhum meio de evitar que aconteça)”. A surpresa está em o Estado ser o promotor principal desse cenário perverso, ao mesmo tempo em que se torna, com ele, paradoxalmente, vítima de si mesmo (ao reduzir-se e, com isso, perder parcela volumosa de um poder do qual pode vir a necessitar). Avoluma-se, assim, o fantasma da indignação geral, que está aí, como diz o autor, e que “nos indicaram uma maneira de descarregá-la, ainda que temporariamente: ir para as ruas e ocupá-las”²⁶.

Do ponto de vista jurídico-histórico, um rápido vislumbre dessas alterações previdenciárias que se sucederam em anos anteriores permite reconhecer um amplo campo de incertezas jurídicas em torno da proteção da confiança e de direitos previdenciários, diante do regramento transitório e definitivo que foi se acumulando, sucessivamente, muitas vezes de maneira espúria e atabalhoada.

Em meio a esse longo período de reformas, pode-se afirmar, com correção, que os magistrados foram dos mais afetados, porque deixaram definitivamente no passado o antigo regime especial, regulado principalmente por sua Lei Orgânica, para ingressarem em um *novo regime previdenciário*. Sobre essa migração ainda pairam relevantes impasses e até mesmo duvidosa constitucionalidade, especialmente em relação a certos tópicos

²⁶ *Estado de crise*, pp. 36-7.



de maior conexão com as cláusulas constitucionais da independência e da separação dos poderes. Mas não se pode, certamente, falar em privilégios.

Os fundamentos que levaram aos questionamentos das reformas anteriores retornarão, com maior intensidade, na eventual aprovação desta nova Proposta.

Um ponto em particular chama também a atenção. É a violação sistemática, na PEC, à separação de poderes, seja a orgânica, seja a territorial. No que toca à Magistratura constitucional, a previdência se transforma em um meio sub-reptício de quebrar sua independência.

III.b. As intoleráveis interferências em um dos Poderes

Uma das regras constitucionais mais comezinhas, aqui, é a que veda aplicar um regime gravoso às situações prestacionais sociais em curso ou já consolidadas, por força do mandamento constitucional que preserva o ato jurídico perfeito e o direito adquirido e, mais amplamente, a proteção da segurança jurídica e vedação do retrocesso, já mencionadas anteriormente.

Mas o assunto comporta uma especificação, pois a mudança em regras previdenciárias dirigidas à Magistratura deve respeitar um outro microsistema constitucional próprio. A mudança que vai lançada agora na PEC n. 06/19 é uma proposta que está em franca rota de colisão com a vitaliciedade e a irredutibilidade de remuneração (e com suas conexões constitucionalmente consolidadas).

Sendo garantias da sociedade, dirigidas à Magistratura, justamente a irredutibilidade e a vitaliciedade, gerar-se-ia uma inconsistência e uma invalidade insuperável um novo regramento que permitisse ao magistrado



auferir determinado montante ao longo de sua vida funcional para, no momento de aposentar-se, perceber valores a menor. Há violação da separação de poderes, da independência que se exige para uma Magistratura e, ainda, da irredutibilidade consagrada na Constituição de 1988.

Cabe ao operador consciente da Constituição reconhecer essa peculiaridade do regime da Magistratura nacional, que o diferencia não no sentido de estabelecimento de privilégios, mas sim no âmbito de uma disciplina própria, específica, que foi engendrada pela Constituição de 1988 na formatação dos “Poderes”. **A previdência tem importante e insuperável papel na construção da Magistratura técnica**, especialmente para preservar a separação de Poderes e assegurar a necessária independência dos magistrados, colocando-os a salvo do poderio econômico e das eventuais ameaças advindas de outros poderes, que pudessem comprometer a lisura e imparcialidade que devem caracterizar os julgamentos judiciais. Uma interpretação constitucionalmente conforme não poderia desconhecer esse panorama específico, sob pena de se tornar uma leitura manca e, nessa medida, imprópria.

Em síntese, a irredutibilidade de remuneração está diretamente relacionada com a vitaliciedade e, ainda, com a “separação de Poderes”, e o respectivo regime de previdência, não podendo ser ignorado enquanto elemento normativo particular desse específico sistema constitucional. Daí as conclusões aqui alcançadas pela inconstitucionalidade da PEC nesse tópico.



IV. A DESCONSTITUCIONALIZAÇÃO É FRAUDE CONSTITUCIONAL

Ao alterar o art. 40, § 1º, o art. 201, § 4º, e criar o art. 201-A, a PEC n. 6/19 remodela o sistema de Seguridade Social (previdenciária) do Poder Judiciário para remeter seu regramento à Lei Complementar, promovendo uma retirada do tema de seu atual nível hierárquico, que é constitucional.

Não quero, neste momento, reiterar a crítica, acertada, sobre uma dimensão excessivamente ampla da Constituição de 1988, de maneira que, com ela, certamente passamos a ter uma largueza hiperbólica no espectro temático e de detalhamento encontrado em nível constitucional. Também não é desarrazoado supor que temas possam ser desconstitucionalizados, reduzindo ou enxugando essa que é considerada por muitos como uma das maiores constituições do Mundo.

Mas quando são abordadas garantias constitucionais, direitos estabelecidos e regras sobre a separação de poderes, **essa miniaturização constitucional, com a retirada dessa respectiva rubrica é, por si só, um decréscimo de garantia institucional e individual, algo inaceitável no estágio atual, a violar diretamente essas cláusulas permanentes (art. 60, §4º, incs. I e III, da CB)²⁷.**

Mesmo que analisemos estritamente essa mudança de nível, que ocorre efetivamente em alguns temas, é preciso compreender que ela incorpora uma facilitação de nova mudança, no futuro, por quórum bem mais simplificado e suscetível às pressões transitórias, de Governo ou mesmo de

²⁷ A Proposta, a um só tempo, retira direito e garantias institucionais da Constituição e, em outras passagens, promove sua redução. Logo, não é, como já sabemos, apenas uma mudança de nível (desconstitucionalização).



certos grupos de poder. Por qual motivo escancarar algumas salvaguardas básicas ao jogo de poder ou de interesses que é sempre transitório?

O que a PEC faz, nesses casos, é não alterar certas regras ou direitos, agora, mas desconstitucionalizá-las, espelhando a velha Constituição em nova Lei para, em momento seguinte, e com exigências (e salvaguardas) menores, permitir que se proceda a uma radicalização ainda maior na extirpação de direitos, garantias e institutos.

Trata-se de utilizar expediente bem conhecido da Doutrina constitucional, que é a realização de mudanças em dois passos, de maneira a enfrentar uma vez só, e em nível reduzido de embates, a eventual dificuldade para obter o elevado ônus político e evitar o bloqueio político de uma “minoria”²⁸.

Remeter ao legislador ordinário certas prerrogativas de Magistratura significa deslocar seu eixo de sustentação, eis que acaba por subordinar um Poder às vicissitudes de outro, por meio de seu instrumento básico, que é a Lei.

As garantias das Magistratura encontram-se na Constituição e isso não se deve a um capricho ou a um erro da Assembleia Constituinte, mas sim a um modelo civilizatório que não pode sofrer o retrocesso pretendido, seja por ignorância da articulação dessas normas, seja por consciência do enfrentamento e subalternização, seja por qual outro motivo for.

²⁸ Estou considerando, aqui, o “poder de veto” que existe quando o quórum para aprovação parlamentar é extremamente elevado, como o da PEC.



A proibição desse expediente - que é, em grande medida, fraudatório da Constituição - aplica-se tanto na proteção da Magistratura como dos direitos fundamentais em geral, bem como do desenho federativo autônomo.

Por fim, reitero que, no caso da PEC n. 6/19, não se trata apenas de reduzir o nível protetivo, abrindo direitos anteriormente constitucionais à contingência do legislador ordinário. É que, na passagem do nível constitucional para o nível legal, como visto, muitos direitos se perdem.

V. UMA JURISDIÇÃO MANIETADA VIOLA A SEPARAÇÃO DE PODERES E ATENTA CONTRA A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

Retomo, antes de ingressar na proposta específica de manietar o juiz, um pressuposto consensual na literatura e na prática de economias avançadas. Discussões radicais e imbuídas de extremismo levam ao risco de retrocessos inimagináveis. Mostra-se apropriado, pois, rememorar que ao tratar do Poder Judiciário, estamos falando:

“[...]não apenas [de] um organismo direcionado a resolver conflitos de interesses surgidos na sociedade, mas também do ordenador da respeitabilidade dos direitos humanos fundamentais, seu garante último, inclusive contra o próprio Estado-administrador, ou Estado-legislador ou, ainda, Estado-Executivo.

“A construção da cidadania brasileira, portanto, passa pela reconstrução do próprio Poder Judiciário e de toda a cultura jurídica que se forma em seu entorno e em seu interior, já que se trata do



organismo legitimado constitucionalmente para proceder à tutela, quando necessário, dos direitos humanos fundamentais.”²⁹.

A pretensão de alterar o art. 195, § 5º, CB, viola a separação de poderes e funções essenciais e inerentes à Magistratura, ao retirar do campo jurisdicional determinados conteúdos decisórios. Vejamos a proposta, *ipsis litteris*:

“§ 5º Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido por ato administrativo, lei ou decisão judicial, sem a correspondente fonte de custeio total.”.

Se fosse permitido ao constituinte reformador (que é apenas o Legislativo ordinário reunido em quórum qualificadíssimo³⁰) retirar da pauta do Poder Judiciário certos assuntos, o que o impediria de, mais adiante, retirar outros, como, por exemplo, as decisões que agridam, prejudiquem, incomodem ou afetem os políticos em exercício democrático de seus cargos? A aplicação dessa ideia para outros setores, portanto, pode checar rapidamente em novas propostas, a incorporarem nacos de impunidade. Quem fica ao desamparo, nessas circunstâncias, é a sociedade.

Considero, portanto, que a Proposta, na parte final deste dispositivo, estimula o conflito entre poderes e escancara uma porta, de todo inaceitável, para o bloqueio de qualquer outra categoria de decisões judiciais, sempre que forem consideradas, pelo legislador, inconvenientes ou ultrajantes certas categorias de decisões, a outras normas constitucionais, como as orçamentárias, as de dignidade parlamentar etc.

²⁹ André Ramos TAVARES. *Manual do Poder Judiciário Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012: p. 38.

³⁰ Quórum que, aliás, no Brasil, foi ligeiramente reduzido de 2/3 para 3/5, em 1988.



É certo que não seria uma total novidade para o Mundo jurídico. Trata-se de retomar a vetusta supremacia do legislador, que prevaleceu, por séculos, no continente Europeu, desde o fim das Monarquias absolutistas e, em alguns países, até muito recentemente na História, sobretudo com o mito da soberania parlamentar. O anacronismo desses mecanismos é inquestionável³¹. Na França revolucionária o tema encontrou seu ápice, servindo de ilustração o art. 12 da Lei de Organização Judiciária, de 16-24 de agosto de 1790, e o *rèfère législatif*, de maneira que, na necessidade de interpretação das leis, diante da dúvida, o juiz fosse obrigado a remeter o problema diretamente ao Corpo Legislativo³².

Agora esse modelo, típico do pré-constitucionalismo, retorna, embora com algum refinamento, pois aparece sob a forma de um legislador-pseudo-constituente, que poderia a qualquer momento vetar determinadas decisões jurisdicionais. A justificativa é, ainda hoje, a mesma de sempre: liberdade de decisão judicial ameaça a supremacia dos objetivos e interesses governamentais. É preciso, pois, controlar o juiz.

Também podemos rememorar, aqui, muito a propósito do mesmo assunto, o regime de exceção que prevaleceu durante o período do governo militar. O momento está devidamente retratado no próprio sítio eletrônico do STF, no qual colho a seguinte passagem elucidativa:

³¹ Cf. GIRONS, A. Saint. *Manuel de Droit Constitutionnel*. 2. Ed. Paris: Larose ed., 1885, p. 295; TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 29-48; Tremps, Pablo Pérez, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 38.

³² O instrumento da cassação, com remessa obrigatória para o Corpo Legislativo e proibição de um tribunal apreciar o tema, será incorporado na Constituição francesa de 1791, em seu art. 21 (cf. TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 39-41). Estamos falando, portanto, de um mecanismo estranho ao constitucionalismo (deve-se considerar que a França, nesse momento, apesar de adotar formalmente uma Constituição, permanece situada conceitualmente na supremacia do legislador, submetendo os preceitos constitucionais à vontade legislativa).



“O Supremo Tribunal Federal (STF) não ficou imune aos efeitos do golpe. Nos primeiros anos da ditadura, até a decretação do AI-5, em 1968, ainda era possível conceder habeas-corpus a presos políticos. Com o AI-5, suspenderam-se os habeas-corpus para os crimes políticos e para os crimes contra a segurança nacional, a ordem econômica e social, e a economia popular.”
(<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=62507> acesso em 9 de abril de 2019)

Mas é realmente no AI-6, de 1º de fevereiro de 1969, que encontraremos a imunização de atos, de maneira a impedir, claramente, a sua apreciação pelo Poder Judiciário:

“Art. 4º - Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos.”.

Os atos institucionais, categoria jurídica que praticamente pairava acima da própria Constituição, ao representar o subjetivismo máximo do regime, impuseram essa derrota ao modelo civilizatório, que clama por um Poder Judiciário técnico e independente, tal como surgiu no final do século XVIII nos EUA. Mas a derrota foi imposta não apenas aos juízes, e sim, sobretudo, à cidadania brasileira.

Todos esses exemplos, que poderiam, lamentavelmente, serem acrescidos de tantos outros, servem apenas para lembrarmos que não existe verdadeira jurisdição-judicial, no sentido de sua plenitude, se a possibilidade de decidir contra o regime ou contra o Governo, ou contra alguma de suas ideias, está proibida. E se não há Poder Judiciário no sentido pleno, com independência para decidir, seja qual for o tamanho da exceção que queiramos criar, não teremos verdadeira Democracia nem Estado Constitucional de Direito.



Não há opções aqui. A retirada do § 5º do ar. 195 da PEC 6/19 é impositiva. O contrário significa assumir um ataque direto e aberto à supremacia da Constituição de 1988 e à independência do Poder Judiciário (art. 2º, da CB), bem como à tutela do Estado Constitucional (art. 102, *caput*). Por certo que nenhum dos poderes constituídos está autorizado ou legitimado a tanto, já que auferem sua própria existência e legitimidade da supremacia constitucional referida.

VI. DESDÉM COM O PACTO FEDERATIVO: a *unicidade gestora no sistema federativo*

Apesar dos diversos problemas da PEC 6/19 relacionados à nossa Federação, vou me concentrar em apenas um deles neste estudo. Insiste-se, na PEC, por meio de acréscimo do §20 do art. 40, na unicidade da gestão previdenciária. A Proposta está assim redigida:

“§ 17. Fica vedada a existência de mais de um regime próprio de previdência social aplicável a servidores públicos titulares de cargo efetivo e de mais de uma entidade gestora desse regime em cada ente federativo, abrangidos todos os poderes [...]”

Por meio desse dispositivo passaria a haver centralização da fonte administrativa da Previdência nas entidades estatais vinculadas aos Executivos Federal e Estadual. O objetivo sempre alegado é o de ter uma unidade que administre e gere o sistema decorrente do regime previdenciário, com redução de custos e aumento de eficiência.



Mas a prática de certos atos, considerados inerentes à concessão de benefícios especificamente para o membro ou servidor do Poder Judiciário, não pode ser retirada da esfera na qual se encontra hoje. Cabe ao respectivo Poder, dentro da almejada independência, realizar a tarefa que se quer transferir a uma entidade menor, atrelada a um dos Poderes. A concessão dos benefícios no âmbito da Magistratura deve seguir seu regime próprio. Já expus essa restrição em estudo anterior, voltado para o caso de São Paulo, mas que bem pode servir de maneira ilustrativa agora.

Isso não significa criar um mecanismo que opera à margem de qualquer controle. É preciso deixar claro que a discussão se encontra reservada ao tema “separação de Poderes” e independência, pois o controle deve permanecer sempre. O art. 33, inciso III, da Constituição do Estado de São Paulo, *v.g.*, no exercício da autonomia federativa legítima, prevê, como era de se esperar, um controle externo do Poder Judiciário, que fica a cargo da Assembleia Legislativa, que o exerce com o apoio do Tribunal de Contas do Estado, a quem é conferido o poder de aferir a legalidade da concessão de aposentadorias, reformas e pensões. Mas o ato da concessão nos estados não pode ser simplesmente transferido para fins de unicidade, por uma Emenda à Constituição federal, sem ferir a autonomia federativa e o regime próprio da Magistratura.

Nos termos em que venho me posicionando há algum tempo, reitero que toda essa busca pela *unicidade* da gestão previdenciária, de maneira a englobar também o regime previdenciário dos magistrados, é absolutamente inconstitucional, vai de encontro à separação de poderes, comprometendo decisivamente a autonomia do Poder Judiciário, além de ferir a forma federativa de Estado, baseada na autonomia.



Quanto ao Poder Judiciário, não podemos esperar que sua autonomia advenha apenas de boas intenções gerais para com juízes, seja da população, seja da classe política, seja de qualquer outra instância.

A fonte dessa necessária autonomia, que torna inconstitucional a PEC 6/19 nesse ponto, é normativa, institucional e está desenhada na Constituição, como cláusula pétrea, somando-se a todas as inconstitucionalidades arroladas e explicitadas neste estudo.

Este é o meu parecer,

São Paulo, *12 de Abril* de 2019

André Ramos Tavares