

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Mestrado em Direito Constitucional

Da Relativização das Cláusulas Pétreas em Face de
Restrições Econômico-Financeiras do Estado

Mariana Caetano da Silva Souza Schwindt

Brasília- DF
2011

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Mestrado em Direito Constitucional

Da Relativização das Cláusulas Pétreas em Face de
Restrições Econômico-Financeiras do Estado

Mariana Caetano da Silva Souza Schwindt

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP como parte dos requisitos para obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof.Dr. Inocêncio Mártires Coelho.

BRASÍLIA-DF

2011

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Mestrado em Direito Constitucional

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Da Relativização das Cláusulas Pétreas em Face de
Restrições Econômico-Financeiras do Estado

Mariana Caetano da Silva Souza Schwindt

Orientador: Prof.Dr. Inocêncio Mártires Coelho, docente do Instituto
Brasiliense de Direito Público - IDP

Banca Examinadora:

Prof.

Prof.

Prof.

Dedicatória

Aos meus queridos pais, Juarez de Souza e Maria Regina de Souza, pela dedicação e amor incondicionais.

Aos meus irmãos, Carolina Caetano Novo, Tiago Caetano e Elisa Caetano, por estarem sempre ao meu lado nos momentos de incentivo, alegria e frustração.

Ao meu querido esposo, Leonardo Schwindt, por demonstrar todos os dias a importância de ter alguém como testemunha de sua vida.

Ao meu querido orientador, Professor Inocêncio Mártires Coelho, pela grande honra de ter comigo compartilhado seus conhecimentos e dedicado seu tempo na inestimável orientação para a realização desse trabalho.

RESUMO

Esta dissertação tem como objetivo analisar as restrições econômico-financeiras do Estado e suas implicações na efetivação de direitos fundamentais sociais, em especial na efetivação do direito à previdência social. Assim, tratou-se primeiramente em caracterizar, segundo a teoria clássica dos direitos fundamentais, a estrutura constitucional dos direitos sociais, conferindo maior destaque ao direito à previdência social. Após essa análise, passou-se para o estudo do núcleo essencial dos direitos fundamentais e das restrições orçamentárias do Estado, com enfoque na relativização de direitos assegurados por cláusulas pétreas. O estudo da questão previdenciária, desde a adoção do modelo neoliberal até as reformas do sistema previdenciário no texto constitucional, demonstra a importância da efetivação do direito fundamental social de modo que suas premissas realizem os comandos constitucionais. Por fim, realizou-se um estudo hermenêutico das Ações Diretas de Inconstitucionalidade números 3105/DF e 3128/DF com o objetivo de demonstrar que os métodos hermenêuticos são formas de efetivar os direitos fundamentais sociais de maneira mais equânime com o texto constitucional. Concluiu-se, dessa forma, que a relativização de cláusulas pétreas em face de restrições econômico-financeiras do Estado pode ser realizada, desde que não haja desconfiguração dos preceitos constitucionais, porquanto são os pilares de sustentação da própria força normativa da carta política.

Palavras-Chave: Direitos Fundamentais. Restrições Econômico-Financeiras – Direito Fundamental Social à Previdência Social – Relativização das Cláusulas Pétreas.

ABSTRACT

This thesis intends to analyze the States's economic restrictions and their implications on the effectiveness of fundamental social rights, especially on the effectiveness of the social security rights (or retirement/pension rights). Therefore, based on the classic theory of fundamental rights, the structure of constitutional social rights was first characterized, spending more emphasis on the public system for retirement rights. . After these analyses, the study was concentrated on the essential part of the fundamental rights and the economics restrictions of the State, with emphasis on the relativization of entrenchment clauses. The study of public pension, as one of the social security rights, demonstrates the relevance on the effectiveness of fundamental social rights in order to obtain from its commands the constitutional status. Therefore, the hermeneutic analyses of two constitutional lawsuits , ADI-3105 and ADI-3128 was developed to demonstrate ways to materialize the fundamental social rights. In conclusion, the relativization of entrenchment clauses, in face of State economic restrictions, can take place provided that there is no deconfiguration of constitutional provisions/precepts/principles, because they are, after all, the pillars of the normative force of the constitution.

Key – Words: Fundamental Rigths. State's Economics – Financial Restrictions. Social Security Fundamental Rights. Pension rights. Entrenchment Clause Relativization.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 01 – ELEMENTOS DA TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	14
1.1. Considerações Preliminares	14
1.2. Classificação dos Direitos Fundamentais	15
1.2.1. <i>Dever Objetivo ou Dever Subjetivo?</i>	15
1.2.2. <i>Direitos Fundamentais Positivos ou Negativos</i>	18
1.2.3. <i>Direitos Fundamentais como Direitos Subjetivos na visão de Robert Alexy</i>	20
1.3. Direitos Sociais X Direitos Individuais	24
1.3.1. <i>Direitos Sociais</i>	24
1.3.2. <i>Direitos Individuais</i>	26
1.4. Regras e Princípios	27
1.5. Princípio da Proporcionalidade	32
1.5.1. <i>Considerações Iniciais</i>	32
1.5.2. <i>SubPrincípio da Adequação</i>	33
1.5.3. <i>SubPrincípio da Necessidade</i>	33
1.5.4. <i>SubPrincípio da Proporcionalidade em sentido estrito</i>	34
1.6. Considerações Finais	34
CAPÍTULO 02 DO NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DAS RESTRIÇÕES ECONÔMICO-FINANCEIRAS DO ESTADO	36
2.1. Núcleo Essencial dos Direitos Fundamentais	36
2.1.1. <i>Considerações Preliminares</i>	36
2.1.2. <i>Teoria Absoluta</i>	37
2.1.3. <i>Teoria Relativa</i>	38
2.2. Reserva do Financeiramente Possível	40

2.2.1. Considerações Preliminares	40
2.2.2. Natureza Jurídica da Reserva do Possível	43
2.2.3. Reserva do Possível sob a realidade socioeconômica brasileira	44
2.2.4. Análise da escassez de recursos sob o enfoque de uma Constituição dirigente	46
2.2.5. Da Não- Aplicação do Princípio da Reserva do Possível	49
2.2.6 Os Impasses para a Efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais	51
2.7. A preservação do Núcleo Essencial: a doutrina das Cláusulas Pétreas	57
2.8. Considerações Finais.....	61
CAPÍTULO 3 A QUESTÃO PREVIDÊNCIA SOCIAL: ABORDAGEM ECONÔMICA E JURÍDICA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL	63
3.1. Considerações Iniciais	63
3.1.1. Interpretação Econômica neoclássica-Neoliberal do Direito.....	65
3.1.2. Antecedentes do Neoliberalismo: do modelo liberal ao Estado de Bem-Estar Social	69
3.1.3. Traços evolutivos do Modelo Neoliberal no Brasil	72
3.2. A questão previdenciária: Perspectivas do Regime Previdenciário	83
3.2.1. Considerações Preliminares	83
3.2.2. Breve Revisão Histórica.....	85
3.2.3. Reformas Previdenciárias no Brasil: análise das Emendas Constitucionais 20/98, 41/03 e 47/05.....	88
3.2.4. Evolução das reformas 'neoliberais'	94
3.3. Considerações Finais.....	95
CAPÍTULO 04 – ANÁLISE DAS ADIS 3105 E 3128	96
4.1. Considerações Iniciais	96
4.2. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3105/DF	97
4.2.1. Breve resumo fático	97

4.2.2. Análise do voto proferido pela Relatora Ministra Ellen Gracie	99
4.2.3. Voto Ministro Carlos Ayres Britto	101
4.2.4. Voto do Ministro Marco Aurélio	103
4.2.5. Voto do Ministro Celso de Mello	104
4.2.6. Voto do Ministro Joaquim Barbosa	107
4.2.7. Voto do Ministro Eros Grau.....	108
4.2.8. Voto do Ministro Carlos Velloso.....	109
4.2.9. Voto do Ministro Nelson Jobim	110
4. 2.10. Voto do Ministro Sepúlveda Pertence.....	111
4.2.11. Voto do Ministro Gilmar Mendes.....	112
4. 2.12. Voto do Ministro Cezar Peluso.....	114
4.3. Considerações Finais.....	116
CONCLUSÃO.....	118
REFERÊNCIAS.....	122
ANEXO.....	130

INTRODUÇÃO

O novo perfil de envelhecimento humano traz uma nova perspectiva de vida para a sociedade. Até a década de cinquenta, o Estado - na dimensão subjetiva dos direitos fundamentais - apenas defendia o exercício de tais direitos em face da expressão de vontade do titular, ou seja, do indivíduo.

A partir de então mudou-se o foco dos direitos fundamentais para a dimensão objetiva. Por serem tão importantes para a sociedade, eles fazem parte do próprio sistema e, desse modo, são cumpridos ainda que o titular desses direitos não exija o seu cumprimento. O Estado encontra-se obrigado a defender e assegurar tais direitos, os quais independem da vontade do particular.

A posição clássica, na qual a autonomia da vontade estava em pé de igualdade com os interesses do Estado, perde espaço para o dever de proteção estatal, e é nesse embate entre a força do capital, a autonomia da vontade do particular e o interesse público, que nos encontramos atualmente: a intervenção do Estado surge para proteger e resguardar especialmente os direitos fundamentais.

Ocorre que o Estado do Bem-Estar Social entrou em crise e, ao mesmo tempo, as reformas estatais são necessárias para modernizar e melhorar a vida dos cidadãos. Portanto, elas devem ser simétricas à realidade do país e aos anseios populares. E, segundo Konrad Hesse, “o conteúdo concreto e a significação dos direitos fundamentais para um Estado dependem de numerosos fatores extra jurídicos, especialmente das peculiaridades, da cultura e da história dos povos”.¹

Com efeito, observa-se que o mundo capitalista está diante de um problema social que gerará conseqüências alarmantes se as devidas reformas não forem úteis, quiçá justas.

¹ HESSE, Konrad. *Significado de los derechos fundamentales*. Madri: Marcial Pons, 1996, p. 84-85.

O tema é intrigante, pois o equilíbrio entre os interesses do trabalho e do capital, de um lado, e o dever de justiça mediante ação do Estado, de outro, peculiariza a dimensão econômica decisiva em que o direito se materializa.

Com essa situação, fez-se necessário que houvesse reformas estruturais na atuação do Estado. No Brasil, a seqüência de mudanças no âmbito da Previdência Social, primeiramente em 1998, no final do primeiro governo de Fernando Henrique Cardoso, e em 2003, já no primeiro governo do presidente Lula, promoveu mudanças nas regras relativas ao direito à aposentadoria. Essas mudanças acabaram por desencadear uma série de questões que esbarram nos direitos fundamentais, a exemplo do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e, também, da expectativa de direitos, entre outros.

Defrontamos, assim, com a chamada relativização dos direitos fundamentais e, por definição, de cláusulas pétreas, que encontra sua explicação na teoria dos limites aos limites do direito fundamental. Esta teoria preserva o núcleo essencial dos direitos fundamentais, as cláusulas pétreas, situado no caso concreto, ou seja, na ponderação de valores para garantir a existência do direito.

Para a elaboração da presente dissertação, o interesse pelo referido tema adveio da inexistência de pesquisas que explorassem o fato das restrições dos recursos orçamentários do Estado constituírem um obstáculo à efetivação dos direitos fundamentais sociais. Além disso, as várias reformas previdenciárias ocorridas na última década, com o objetivo de concretizar o texto constitucional, demonstram que o sistema previdenciário requer mudanças contextualizadas à situação econômico-financeira do Estado.

A contribuição social e acadêmica dessa dissertação está, por um lado, na expansão e no aprofundamento das discussões sobre o tema. Por outro lado, no significativo papel do Judiciário, em especial o do Supremo Tribunal Federal, e do governo na efetivação de políticas públicas justas e assecuratórias.

Em face do exposto, o problema investigado nesta dissertação diz respeito à possibilidade de relativização de cláusulas pétreas em face de

restrições econômico-financeiras do Estado, em especial ao direito fundamental social à previdência social.

Para tanto, inicialmente foi formulada a seguinte questão: em que medida as restrições econômico-financeiras relativizam as cláusulas pétreas?

Para a resposta ao problema posto, foram formuladas essencialmente as seguintes hipóteses: as atuais reformas do sistema previdenciário solidificadas pelas Emendas à Constituição EC 19/98, EC 41/03, EC 47/05, são mecanismos eficientes de modernização do sistema e, por via de consequência, efetivam direitos sociais; a busca do equilíbrio na relação entre a efetivação de um direito social e as restrições econômico-financeiras do Estado para implementar tal direito é o ponto de partida para solucionar tal problemática; não haverá ameaça ao núcleo essencial quando a obtenção do equilíbrio – mediante a decisão da corte judicial suprema – não desconfigurar preceitos constitucionais fundamentais.

O método adotado consiste em duas técnicas de pesquisa, por meio da pesquisa documental com revisão de literatura e do estudo de caso das decisões nas ações diretas de inconstitucionalidade números 3105 e 3128.

No capítulo primeiro, buscou-se na teoria geral dos direitos fundamentais os elementos necessários para alicerçar a característica da fundamentalidade dos direitos sociais. A Constituição Federal de 1988 conferiu destacada importância aos direitos relativos à prestação estatal e, assim, afirmou que os direitos sociais são direitos subjetivos, igualando-os aos direitos originariamente pertencentes à primeira dimensão.

O segundo capítulo trata especificamente do impasse existente entre as restrições econômico-financeiras - restrição orçamentária - do Estado e a relativização de direitos protegidos por cláusula pétrea. A realidade financeira do Estado deve ser considerada para concretizar os direitos fundamentais sociais, mas não deve ser utilizada como argumento impeditivo de efetividade dos direitos fundamentais sociais. Afinal, a destinação de recursos públicos deve incluir, como ponto essencial, a consequência na efetivação do direito fundamental social na vida do cidadão.

No capítulo três, o sistema previdenciário será estudado sob o enfoque da adoção da política neoliberal no Brasil e suas implicações na efetivação de direitos fundamentais. Direitos, aliás, consolidados em uma Constituição inspirada eminentemente no modelo de Estado do Bem-Estar Social. As reformas previdenciárias, em especial as realizadas mediante as Emendas Constitucionais números 20/98, 41/03 e 47/05, são postas em relevância no tratamento da matéria.

Por fim, os elementos hermenêuticos identificados nos votos proferidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, nas citadas Ações Diretas de Inconstitucionalidade números 3105 e 3128, foram tratados no capítulo quarto.

A relevância deste estudo detalhado do precedente demonstra de maneira eficaz a compreensão dos juristas no caso concreto. Nesta dissertação, o estudo dos elementos hermenêuticos é tido como uma solução justa para os impasses jurídicos que é inerente ao problema.

CAPÍTULO 01 – ELEMENTOS DA TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1. Considerações Preliminares

Os direitos sociais, com o status de direitos fundamentais conferido pela Constituição Federal de 1988, são os que mais trazem a lume a discussão acerca da efetivação de garantias constitucionais. Já são transcorridas mais de duas décadas após o estabelecimento formal da garantia dos direitos sociais na Carta Política e esses ainda não lograram alcançar plenamente os seus efeitos na realidade do país.

Constitui um paradoxo imaginar que, em termos de Constituição dirigente, o Brasil é um país que confere ao Estado a prerrogativa de executar, implementar e definir as políticas sociais, sem a vinculação necessária de efetivar uma norma constitucional fundamental.

A classificação dos direitos sociais ainda merece uma avaliação sistêmica, porquanto dizer que eles são normas programáticas -simplesmente- esvazia seu conteúdo constitucional de efetivação do direito à igualdade. Marcelo Neves critica a classificação dos direitos sociais em normas programáticas, pois não constituem um mínimo de condição para sua efetivação².

Segundo Paulo Bonavides, o Estado social é enfim Estado produtor de igualdade fática. Trata-se de um conceito que deve iluminar sempre toda a hermenêutica constitucional, em se tratando de estabelecer equivalência de direitos. Obriga o Estado, se for o caso, a prestações positivas; a prover meios, se necessário, para concretizar comandos normativos de isonomia.³

A Constituição Federal de 1988, diferentemente das outras Constituições, conferiu especial importância aos direitos fundamentais

² NEVES, Marcelo. *A Constituição Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p.37.

³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 378.

destacando-os logo no início da Carta. É interessante observar que a Constituição de 1988 foi elaborada por meio de uma Assembléia Nacional Constituinte, composta por grupos heterogêneos da sociedade, em que foram garantidos interesses de um Estado com forte ideologia neoliberal e, por outro lado, foi dada uma atenção especial aos direitos sociais, particularmente os direitos relativos à prestação estatal. É o que Canotilho e Moreira chamaram de “Constituição Compreensiva”⁴, ou de acordo com Andreas J. Krell, “é a expressão de uma crença profunda no poder transformador de uma Constituição para superação dos graves problemas econômicos e sociais do país”⁵.

1.2. Classificação dos Direitos Fundamentais

1.2.1. Dever Objetivo ou Dever Subjetivo?

Quando se utiliza o termo direitos sociais, a palavra direitos muitas vezes é vista como referente a tarefa ou responsabilidade do Estado. Segundo Cass Sustein, essa compreensão de direitos restabelece “*rights in terms of a changing and growing social order*”⁶, ou seja, desperta uma função complementar dos direitos sociais na ordem constitucional.

A construção dos direitos sociais como um dever objetivo ou subjetivo decorre dessa concepção de completude dos direitos.⁷

4 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 105.

5 KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 26.

6 SUSTEIN, Cass R. *The second Bill of Rights*. FDR’s unfinished revolution and why we need it more than ever. New York: Basic Books, 2004.

7 Giorgio Lombardi entende que as diferenças entre os diversos tipos de direitos fundamentais são aparentes. Diritti di libertà e diritti sociali. In: *Politica Del diritto*, Bologna. v. 30, n. 1, mar. 1999, p. 13. No mesmo sentido: SEGADO, Francisco. El sistema constitucional español. Madrid: Dykinson, 1992, p. 174.

A análise do direito social como um dever objetivo perpassa pela noção de conteúdo da prestação e pela determinação do dever fundamental do Estado prestar o serviço. De acordo com Cristina Queiroz, “o conteúdo jusfundamental do dever de prestação, na generalidade dos casos, é fixado de um modo incompleto”⁸. Isso gera, em termos práticos, uma formulação de direitos com opções alternativas de prestação para o Estado, o qual “tendo em conta esta indeterminação normativa, decorrente de um sistema jurídico aberto em sede de direitos fundamentais sociais” predispõe recursos para áreas que entende, naquele momento, necessitarem mais do que outras⁹.

No entanto, segundo BockenForde, “os direitos fundamentais sociais, quando com base neles se criam pretensões determinadas (...) defendem constitucionalmente essas pretensões e protegem o cidadão contra sua eliminação”¹⁰. Canotilho, em “Metodologia fuzzy e camaleões normativos na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais”, critica essa indeterminação normativa, pois deságua em um discurso político de direitos fundamentais, ao invés de constituir um discurso jurídico rigoroso para a implementação desses direitos.¹¹

O que os alemães chamam de livre espaço de conformação do legislador (*Ausgestaltungsspielraum*) significa, para os adeptos da corrente subjetivista, uma margem de liberdade na definição da maneira como os direitos sociais serão prestados. Segundo Bobbio, o reconhecimento de um direito fica adstrito a sua efetiva proteção, caso contrário será apenas uma “obrigação moral ou, no máximo, política”.¹²

A doutrina (Luigi Ferrajoli, Daniel Sarmiento, Willis Santiago Guerra Filho) discorre que os direitos fundamentais em sua vertente objetiva têm natureza jurídica de norma, ou seja, possuem normatividade. Esse fato, por si

⁸ QUEIROZ, Cristina M.M. *Direitos Fundamentais Sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra, 2002 p. 79.

⁹ QUEIROZ, op. cit. p. 80.

¹⁰ Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge, *apud* QUEIROZ, op. cit. p. 81.

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Metodologia fuzzy e camaleões normativos na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais, In: Estudos sobre Direitos Fundamentais, *Revista do Instituto Bartolomé de las Casas*, Madrid, n. 6, 1998, p. 101.

¹² BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 78.

só, confere legitimidade e validade aos direitos fundamentais, além de determinar sua máxima proteção.

Por outro lado, em sua vertente subjetivista, os direitos fundamentais não possuem nenhum conteúdo essencial e, por isso, são vistos como um elemento de conexão entre o ordenamento jurídico e as situações por ele previstas. Os valores de cada sociedade são estampados nessa corrente subjetivista, a qual exhibe seu conteúdo com posições que os tornam mais úteis em cada situação posta.

De acordo com Gilmar Mendes,

os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito Democrático.¹³

O professor Flávio Galdino propõe uma análise da corrente subjetivista dos direitos fundamentais em quatro tipos diferentes de aplicações, quais sejam: pretensão – possibilidade de exigir de outrem um determinado comportamento; faculdade – possibilidade de comportar-se de uma maneira sem afetar a esfera jurídica do outro; potestade – possibilidade de intervir na esfera jurídica de outrem (acreditamos que a palavra ‘power’ pode também ser entendida como poder de exigir de outrem) e imunidade – impossibilidade de sofrer intervenção em sua esfera jurídica.¹⁴

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 02.

¹⁴ GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005, p. 137-138.

1.2.2. Direitos Fundamentais Positivos ou Negativos

A compreensão da positividade e negatividade dos direitos fundamentais perpassa pela análise da necessidade ou não de o Estado prestar determinado serviço, ou seja, necessidade de efetivar ou não determinado direito.

Nesta análise, o termo positivo deve ser entendido como direitos que demandam uma ação, uma prestação do Estado, ou seja, um *facere*, com a necessária correlação entre prestação do direito e seu custo de efetivação. Segundo Jorge Miranda, essa classificação é importante, pois possibilita desvendar como assegurar a igualdade material, desviando-se da mera tutela formal.¹⁵

De acordo com Flávio Galdino, a principal diferença entre direitos positivos e negativos é que os primeiros são objeto de colisão por força da escassez de recursos e os segundos são indiferentes a ela.¹⁶

A relevância desta distinção orienta o Estado para alocação dos recursos e, ainda, demonstra que para efetivar direitos o Estado sempre terá algum custo.

A doutrina critica essa divisão, porquanto mascara o fato de que até mesmo os direitos tidos como negativos, como por exemplo o direito à propriedade, demandam uma ação positiva estatal para assegurar, no mínimo, sua liberdade de manifestação. Portanto, também demandam recursos estatais em sua efetivação.

A doutrina, em especial Flávio Galdino, procura estabelecer cinco modelos teóricos para demonstrar a evolução do tema, assim dispostos: modelo teórico da indiferença - a prestação e o custo são indiferentes ao pensamento jurídico, porquanto se um direito pressupõe a existência de uma prestação pública estamos diante de direitos coletivos; modelo teórico do reconhecimento – primeiro momento de reconhecimento dos direitos sociais,

¹⁵ MIRANDA, Jorge. Os direitos fundamentais : sua dimensão individual e social. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n 01, out/dez., 1992. p. 199-200.

¹⁶ *Ibid.*, p. 163.

sem, contudo, conferir qualquer exigibilidade a eles, sendo considerados apenas extensões dos direitos à liberdade; modelo teórico da utopia – propugna a ausência de limites às prestações públicas, uma vez que o custo de efetivar um direito social era desprezado; modelo teórico da verificação da limitação dos recursos – o equilíbrio orçamentário é importante para efetivar direitos, desse modo surge o conceito de reserva do possível que será objeto de estudo ainda neste capítulo; modelo teórico dos custos dos direitos – criado pelos professores Cass Sustein e Stephen Holmes, que adotam a teoria da positividade para todos os direitos fundamentais e provam que todos os direitos para serem implementados dependem de um custo, direto ou indireto, mas sempre existente¹⁷.

Entendemos que neste último modelo a efetivação do direito fundamental é dependente do custo estatal despendido, ou seja, não é apenas uma constatação de que todos os direitos pressupõem uma ação positiva do Estado, mas também que, ainda que não seja possível quantificar o montante, ele existe e é suportado de alguma maneira por todos na sociedade.

A propósito, a relação existente entre o custo de implementação de um direito e seu significado social foi estudada pelos professores Cass Sustein e Stephen Holmes, que partem da premissa de que há uma ligação entre o direito subjetivo e a garantia constitucional para sua efetivação- “rights in the legal sense have teeth (...) rights are powers granted by the political community”.¹⁸

Todavia, esses autores não diferenciam os direitos fundamentais em negativos ou positivos. Apenas dizem que todos os direitos fundamentais são positivos, porquanto de alguma forma o Estado teve um custo relacionado àquela realização ou garantia.

Desse modo, sabendo que todos os direitos fundamentais demandam dispêndios orçamentários, a alocação dos recursos ganha uma sistemática lógica e racional e retira a ingenuidade e a irresponsabilidade de custo zero para implementar um direito, seja qual for a sua natureza.

¹⁷ GALDINO, op. cit. , 2005, p.181-198.

¹⁸ SUSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. *The cost of Rights: why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton and Company, 1999, p. 17.

1.2.3. *Direitos Fundamentais como Direitos Subjetivos na visão de Robert Alexy*

Robert Alexy destaca três tipos de questões relacionadas aos direitos fundamentais na sua versão subjetiva. Neste item, abordaremos o que o autor entende a respeito da incansável discussão de a corrente subjetivista ser aplicada aos direitos fundamentais.

Primeiramente, o autor destaca a questão normativa dos direitos fundamentais. Diz Alexy que o problema normativo de um direito está relacionado à “constatação de saber se uma norma confere ou não um direito subjetivo.”¹⁹ Esta característica auxilia o intérprete a relacionar a validade do sistema jurídico e o que está sendo demandado pelo titular do direito.

A segunda questão é empírica, ou seja, o direito será necessário até que a situação que o criou continue presente ou até que haja alguma refutação à existência deste direito, porquanto a criação do direito ocorreu baseada em fatores teleológicos ou históricos.

A terceira, e mais importante, questão é a análise que o autor faz entre norma e posição do titular do direito em face do objeto pretendido.

Segundo Alexy, um enunciado normativo é uma norma que expressa o direito, como por exemplo, a garantia ao direito de herança²⁰. A posição, por sua vez, é a relação entre o enunciado e a posição do indivíduo perante o direito que se deseja.

O autor defende, assim, os direitos subjetivos em face das posições que eles podem ocupar. Para isso, o direito subjetivo possui três níveis, quais sejam: razões para direitos subjetivos; direitos subjetivos como posições e relações jurídicas e exigibilidade jurídica dos direitos subjetivos²¹.

¹⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 182.

²⁰ *Ibid.*, p. 184.

²¹ *Ibid.*, p. 185.

Os enunciados de proteção - aqueles em que o sujeito demanda uma posição judicial para defesa do direito - e os enunciados sobre direitos - aqueles que apenas expressam o direito garantido -, são fundamentais para a compreensão da exigibilidade dos direitos fundamentais, pois modernamente a tese defendida por Kelsen de que a exigibilidade dos direitos fundamentais está atrelada à capacidade do sujeito perde sentido quando se está diante de enunciados que visam a lhes conferir eficácia pelo simples fato de estarem previstos na Constituição.

Por outro lado, os titulares dos enunciados sobre direitos outorgam normas que de imediato conferem uma utilidade concreta do direito ou a possibilidade de exigir esse direito sem serem turbados. Já os destinatários dos enunciados de proteção necessitam de uma atuação mais concreta do Estado, mas nem por isso são impedidos de alcançar o significado normativo e constitucional que a norma estabelece. Assim, Genaro Carrió leciona que

todo cuanto podemos decir es que hay casos centrales o típicos frente a los cuales nadie vacilaría en aplicar la palabra, y casos claros de exclusión respecto de los cuales nadie dudaría en no usarla. Pero en el medio hay una zona mas o menos extendida de los cuales, cuando se presentan, no sabemos que hacer.²²

1.2.3.1. Sistema de Posições Jurídicas dos Direitos Fundamentais

O sistema de posições jurídicas dos direitos subjetivos é dividido em três partes, que serão detalhadas neste tópico: a primeira diz respeito aos direitos que demandam uma ação positiva ou negativa por parte do Estado; a segunda direitos relacionados à liberdade e, por fim, a terceira, que traduz o sistema de competências, tanto do cidadão quanto do Estado.

A teoria analítica do direito inicia seu estudo pela parte do direito a algo, ou seja, um direito dirigido contra alguém, o qual pode ser revelado no ato omissivo ou comissivo. Robert Alexy defende a relação triádica entre um titular, um destinatário e um objeto, sendo este objeto “sempre uma ação do

²² CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre Derecho y Lenguage*. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1972, p. 29.

destinatário”.²³ O ato comissivo pode se manifestar tanto na forma negativa - como os direitos de defesa -, quanto na forma positiva - como os direitos a prestações. A seguir, serão abordados os dois aspectos, mas o enfoque maior será dado ao direito à prestação.

Os direitos de defesa são subdivididos em três categorias: direitos em que o Estado não pode impedir a ação do titular; direitos em que o Estado não pode afetar as características inerentes àquele direito e direitos em que o Estado não pode mudar o titular de sua posição jurídica, porquanto “a existência de uma posição jurídica significa que uma norma correspondente é válida.”²⁴

Os direitos a prestações, por outro lado, são divididos em dois campos: aqueles cuja ação é voltada para uma realidade fática ou normativa. A diferença entre os dois campos reside na irrelevância da forma jurídica que eles terão, ou seja, o importante é a base de argumentação jurídica que eles terão para alcançar a máxima clareza do enunciado.

Segue-se ao segundo tópico do estudo que é o direito à liberdade. Robert Alexy defende ser a liberdade uma característica, uma qualidade atribuída a pessoas, ações ou sociedades.²⁵ A doutrina, em especial Kant e Hegel, define o conceito positivo de liberdade partindo da lei universal para Kant²⁶ e da substância da nossa essência para Hegel²⁷. De acordo com Alexy, a liberdade positiva está vinculada à pluralidade de alternativas a serem escolhidas e a liberdade negativa está relacionada à unicidade da ação²⁸. Caso o Estado proteja a liberdade do sujeito ligando-a ao direito à prestação, é possível, conforme Alexy, efetivar o “real gozo daquilo que é facultativo”.²⁹

O terceiro tópico estudado é a relação entre competência e permissão do direito fundamental, ou seja, a premissa adotada é a possível alteração da posição jurídica do titular do direito em virtude de normas de competência ou

²³ ALEXY, op. cit., p. 194.

²⁴ ALEXY, op. cit., p. 201.

²⁵ ALEXY, op. cit., p. 219.

²⁶ KANT, Immanuel. *Metaphysik der Sitten*. p. 213 -214. *apud*, ALEXY, op. cit., p. 221.

²⁷ HEGEL, Georg W. F. *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte*. Frankfurt: Suhrkamp, 1970, p. 57 *apud* ALEXY, op. cit., p. 221.

²⁸ ALEXY, op. cit., 2006, p. 222.

²⁹ ALEXY, op.cit., p. 235.

de criação de normas individuais ou gerais que conferem validade à ação. Para Robert Alexy, as regras jurídicas são as normas de competência, as quais possuem a capacidade de alterar a posição jurídica do titular do direito.

A relação das normas de competência com a estipulação de direitos fundamentais vincula e obriga o legislador na proteção desses direitos. Desse modo, o ordenamento jurídico pode ampliar as garantias de efetivação dos direitos fundamentais por meio de ações do indivíduo.

As normas de competência, segundo Alexy, são divididas em normas positivas – normas de competência dos indivíduos- e normas negativas – normas de competência dos Estados e seus órgãos.³⁰ Esta divisão será importante para avaliar e interpretar os direitos fundamentais dispostos em regras ou em princípios, que será objeto de estudo no próximo item.

Por fim, cumpre destacar a Teoria dos Status de Jellinek, que se faz relevante neste estudo, pois fundamenta a classificação dos direitos fundamentais e possibilita a utilização do direito subjetivo, em especial com relação ao status positivo. A relação do status é entre o sujeito de direitos e o Estado, não possuindo relevância o terceiro que possa aparecer.

Jellinek estruturou quatro posições, ou status: o status passivo, o negativo, o positivo e o ativo. No status passivo, o indivíduo encontra-se em “sujeição ao Estado no âmbito da esfera de obrigações individuais.”³¹, ou segundo Otto Bachof, o status passivo é a “essência de todos os deveres potenciais das pessoas civis perante o Estado.”³² Neste, o indivíduo deve prestações ao Estado.³³

No status ativo, por sua vez, a capacidade de ação do titular do direito é ampliada de tal forma que sua competência é facultativa. O sujeito exercita os direitos de participação política no Estado.³⁴

³⁰ ALEXY, op. cit., p. 247.

³¹ Georg Jellinek. System der subjektiven öffentlichen. p. 118 *apud* ALEXY, op. cit., p. 256.

³² OTTO BACHOF, Hans J. Wolff. Verwaltungsrecht, p. I, 32, IV *apud* ALEXY, op. cit., p.257.

³³ GALDINO, op. cit., p. 78.

³⁴ GALDINO, op. cit., p. 79.

Encontrando-se no status negativo, o grau de liberdade do indivíduo está plenamente garantido, pois a premissa a ser buscada é a “esfera individual de liberdade”³⁵, ou seja, as ações dos indivíduos são livres em relação ao Estado.

A outra face do status negativo é o status positivo. Esta posição garante ao indivíduo pretensões positivas. “O fato de o indivíduo ter esse tipo de pretensão em face do Estado significa que ele tem direito a algo (...) e que tem uma competência em relação ao seu cumprimento”.³⁶

1.3. Direitos Sociais X Direitos Individuais

1.3.1. *Direitos Sociais*

Os direitos que os indivíduos possuem em face do Estado fazem parte do conceito e da estrutura dos direitos sociais constitucionalmente garantidos. Com efeito, interpretar os direitos sociais perpassa pela analogia da disponibilização de recursos no âmbito privado, ou seja, se o sujeito possuísse meios financeiros poderia exigir a prestação do serviço do particular.

Esses direitos são estruturados como direitos a prestações em sentido estrito por estarem expressamente garantidos na Constituição.³⁷ Por outro lado, os direitos sociais que decorrem de interpretação dos direitos de liberdade e igualdade são conceituados como direitos fundamentais a prestações.

Os direitos sociais podem apresentar-se como normas de caráter subjetivo, item abordado anteriormente, podem ser vinculantes ou não – vinculantes (enunciados programáticos) ou podem, simplesmente, obrigar o Estado – objetivamente- a cumprir as prestações sociais. Se as normas sociais definirem direitos baseados em regras ou princípios, estaremos diante de normas garantidoras dos direitos sociais pelo mínimo existencial do titular da

³⁵ ALEXY, op.cit., p. 258.

³⁶ ALEXY, op.cit., p. 264.

³⁷ ALEXY, op.cit., p. 499.

prestação. Nos dizeres de Jorge Miranda, “Os direitos sociais são direitos de libertação da necessidade e, ao mesmo tempo, direitos de promoção”.³⁸

Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello, os direitos sociais são divididos em três espécies normativas, quais sejam: as concessivas de poderes jurídicos que podem ser exercitados de imediato; as que atribuem o direito de fruir benefícios, cuja aquisição se faz mediante prestação alheia; e as normas que apontam as finalidades para serem atingidas pelo governo.³⁹

As teses defensivas dos direitos sociais previstos expressamente na Constituição estão amparadas na liberdade, quase zero, que o titular do direito possui quando dependente do Estado na prestação do serviço. Conforme Alexy, a inquietação jurídica deve estar lastreada na demonstração da necessidade desta liberdade ser garantida pelos direitos fundamentais.⁴⁰ O autor constrói, assim, dois argumentos que tornam sua premissa verdadeira: a importância da liberdade, porquanto “a razão de ser dos direitos fundamentais é exatamente a de que aquilo que é importante para o indivíduo (...) deve ser juridicamente garantido”⁴¹ e a carga valorativa expressiva de que se revestem os direitos sociais.

Segundo Cristina Queiroz, os direitos fundamentais sociais, como direitos a prestações, devem ser interpretados como princípios ordenadores do sistema na sua vertente objetiva, ou seja, devem ultrapassar o tradicional caráter de “direito de defesa” em prol de uma compreensão constitucional, na qual os entenda como uma ordem concreta de valores.⁴²

A doutrina contemporânea, em especial Robert Reich e Sandel, propugna por uma proteção extensiva aos direitos sociais do mesmo modo da que é concedida ao direito à propriedade, por exemplo.⁴³

³⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 105. Tomo VI.

³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 56.

⁴⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 505.

⁴¹ *Ibid.*, p. 506.

⁴² QUEIROZ, Cristina M.M. *Direitos Fundamentais: teoria geral*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 227.

⁴³ Robert Reich. *The revolt of anxious class*. Democratic Leadership Council. Washington DC, Nov 22, 1994. Sandel. *Democracy's Discontent*. America in Search of

Por fim, os argumentos contrários aos direitos sociais são divididos em formais e substanciais. O primeiro “aponta para um dilema: se os direitos sociais forem vinculantes, eles deslocam a política social da competência parlamentar para a competência do tribunal constitucional”⁴⁴ e se não forem vinculantes violam cláusulas pétreas.⁴⁵ O argumento substancial é baseado na garantia do direito à liberdade, ou seja, a negação do direito social ocorre por incompatibilidade com as normas constitucionais materiais que garantem o direito à liberdade.

1.3.2. Direitos Individuais

A concepção de direito subjetivo como “poder da vontade”, segundo Savigny, e como “interesses juridicamente protegidos”, segundo Ihering, restou atrelada à categoria dos direitos individuais, pois estes, por serem institucionalizados, compreendiam tanto um bem individual como um bem coletivo. Desse modo, os direitos individuais surgem contra o Estado e sua função é respeitar as liberdades individuais e criar condições para o seu exercício.

Portanto, a característica dos direitos individuais não é a abstenção do Estado, mas a garantia de uma esfera de liberdade por meio de ações e omissões advindas do ente público. Registre-se que esse raciocínio será importante no próximo capítulo quando tratarmos da temática da reserva do possível.

a public Philosophie, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1996, p. 330 *apud* QUEIROZ, op. cit., p. 227.

⁴⁴ ALEXY, op. cit., p. 507.

⁴⁵ Isto de fato é perceptível atualmente no Brasil nos casos como o direito de greve dos servidores públicos (Mandado de Injunção 690, 710) e o direito a aposentadoria especial (Mandado de Injunção 721).

1.4. Regras e Princípios

Neste subtítulo, abordaremos a necessária diferença entre regras e princípios com o objetivo de subsidiar mais adiante a análise dos problemas propostos nesta dissertação. O critério que orienta a identificação de regras ou princípios é necessário para estabelecer a noção de eficácia jurídica dos direitos fundamentais.

As normas de direito fundamental estruturam-se sob a forma de regras ou princípios e suas diferenciações se complementam quando analisamos os institutos sob a ótica da interpretação dos direitos fundamentais e do problema da restringibilidade desses direitos.

A definição de princípio é detalhada nas palavras do professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2004) como

mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a única que lhe dá sentido harmônico.

O constitucionalismo moderno prega a superação do pensamento jurídico- formal para conferir aos princípios e às regras uma postura mais atuante na solução e efetivação dos direitos fundamentais.

De acordo com José Afonso da Silva, “todo princípio inserido numa Constituição rígida adquire dimensão jurídica, mesmo aqueles de caráter mais acentuadamente ideológico – programático”.⁴⁶

Segundo Ana Paula de Barcellos, a característica das regras está associada a sua eficácia positiva ou simétrica, ou seja, à possibilidade que oferecem de exigir, diante do judiciário, exatamente o efeito definido e

⁴⁶ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7.ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 80.

delimitado.⁴⁷ Porém, Robert Alexy não faz essa divisão entre regras e princípios - os chama de norma, porquanto ambos “dizem o que deve ser”.⁴⁸

Na mesma orientação, Humberto Ávila afirma que um dispositivo legal pode gerar variadas normas (...) e o resultado da interpretação dessas normas pode configurar tanto uma regra quanto um princípio, que são espécies de norma.⁴⁹

No mesmo sentido, Agustín Gordillo afirma que os princípios de direito público inseridos na Constituição são normas jurídicas.⁵⁰

Importa destacar, nesse início, as três linhas de pensamento que a divisão entre regras e princípios gera na doutrina. A primeira corrente aponta para a inexistência dessa divisão, pois a diversidade existente não leva à solução de problemas, mas apenas ao fracasso, ou seja, dizer que uma norma possui alto grau de generalidade pode ser desmistificado ao não aplicá-la imediatamente.

A segunda corrente diferencia regras de princípios apenas no que tange ao caráter geral da regra e ao caráter específico do princípio. Por fim, a terceira corrente diferencia regras de princípios e suas diferenças não estão apenas relacionadas à generalidade, mas também no caráter qualitativo dos institutos.

A teoria moderna dos direitos fundamentais conferiu normatividade aos princípios e pode-se afirmar que eles buscam ser verdadeiros “mandamentos de otimização”⁵¹, ou seja, “cláusulas que determinam, em abstrato, a busca da maior eficácia possível”⁵². Um direito fundamental, por exemplo, pode ser satisfeito, ou melhor, efetivado, por um princípio que norteia todo o ordenamento jurídico, como o princípio da dignidade da pessoa humana.

⁴⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 77.

⁴⁸ ALEXY, op. cit. , p. 87.

⁴⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 20003, p. 22.

⁵⁰ GORDILLO, Agustín. *Introducción al Derecho Administrativo*. 2.ed. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1966, p. 176 – 177.

⁵¹ ALEXY, op. cit. , p. 91.

⁵² SCHAFFER, Jairo. *Classificação dos Direitos Fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário - uma proposta de compreensão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 61.

O processo hermenêutico de concretização da eficácia jurídica do princípio ocorre em três modalidades diversas: a eficácia interpretativa do princípio, a vedação do retrocesso e a eficácia negativa das normas. Segundo Barcellos, “a eficácia interpretativa tem aplicação bastante ampla no caso dos princípios, exatamente em decorrência da indeterminação de seus efeitos e da multiplicidade de situações às quais ele poderá aplicar-se ou em relação às quais deverá funcionar como vetor interpretativo”⁵³, ou seja, a eficácia interpretativa do princípio é a forma que determina a realização da Constituição

A vedação do retrocesso surgiu num contexto de eficácia das normas constitucionais por meio da ação do legislador infraconstitucional. Com o intuito de frear as ações do legislador, esta modalidade busca retirar qualquer possibilidade de esvaziamento do direito fundamental, porquanto é com a edição de leis infraconstitucionais que o fim constitucional será realizado.

A eficácia negativa, por sua vez, impede que sejam editadas normas com o fulcro de criar uma barreira entre o princípio e seu modo de realização, porquanto a disseminação da idéia de que os princípios são normas ocasionou a percepção de que os princípios poderiam ser negados, pois possuíam normatividade zero.⁵⁴

De acordo com Canotilho, a complexa distinção entre regras e princípios decorre muitas das vezes em razão

do fato de não se esclarecerem duas questões fundamentais: saber qual a função dos princípios, ou seja, se têm uma função retórica – argumentativa ou são normas de conduta e saber se entre princípios e regras existe um denominador comum, pertencendo à mesma família e havendo apenas uma diferença de grau, ou se pelo contrário, os princípios e as regras são susceptíveis de uma diferenciação qualitativa.⁵⁵

A tese de Dworkin talvez seja a que melhor absorve a normatividade dos princípios, especialmente para resolver os casos difíceis. Assim,

⁵³ BARCELLOS, op. cit. , p.80.

⁵⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 93.

⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1034-1035.

um ponto fundamental da teoria é a recusa à tese positivista de que, quando não se identifica no ordenamento uma regra adequada para solucionar um caso, ou quando a norma aplicável é indeterminada, o juiz deve decidir discricionariamente.⁵⁶

Para esse autor, tanto as regras quanto os princípios possuem função normativa.⁵⁷ No entanto, suas diferenças estão atreladas ao ponto estrutural e lógico que eles apresentam no momento de aplicação. Desse modo, as regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada e os princípios são aplicáveis por uma exigência da justiça, da equidade ou de alguma dimensão da moralidade.

58

As regras produzem efeitos determinados, ao passo que os princípios possuem um maior grau de indeterminação, ou seja, possuem vários meios para atingir seus objetivos. O princípio é limite e conteúdo que estabelece uma direção, um sentido valorativo. Este possui conteúdo integral.

Essa indeterminação dos princípios, no entanto, teria um limite estabelecido pelo seu núcleo duro.⁵⁹ Segundo Daniel Sarmento, a estrutura aberta e flexível dos princípios torna impossível, na maioria das vezes, “estabelecer a fronteira dos seus âmbitos normativos com seus congêneres”.⁶⁰

Assim, surge a técnica da ponderação dos princípios que visa conferir maior dimensão jurídica e maior segurança jurídica quando o intérprete se encontra diante da colisão de princípios igualmente importantes para o Ordenamento Jurídico. Essa técnica se destacou no começo do século XX, simbolizando o fim da jurisprudência dos conceitos e o começo da fase da jurisprudência dos valores. Conforme Karl Larenz, “a ponderação de bens em cada caso é um método de complementação do direito, que visa a solucionar a colisão de normas”.⁶¹

⁵⁶ PEREIRA, op. cit. , p. 100.

⁵⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Cambridge: Harvard University , 1978, p. 31

⁵⁸ Ibid., p. 24.

⁵⁹ BARCELLOS, op. cit. , p. 51-57.

⁶⁰ SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 39.

⁶¹ LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlin: Springer Verlag, 1983, p. 397 *apud* TORRES, op. cit. p. 423.

A propósito da ponderação dos princípios, Gilmar Ferreira Mendes leciona que “no juízo de ponderação, indispensável entre os valores em conflito, contempla a Corte as circunstâncias peculiares de cada caso”⁶², e continua, “princípios e ponderação são dois lados do mesmo fenômeno”.⁶³

Interessante observar que os direitos fundamentais sociais, expressamente garantidos na Constituição de 1988, são evidenciados como princípios e, desse modo, podem ser ponderados conforme a situação fática. De acordo com Böckenförde,

as normas de princípio correspondem a mandatos de otimização que podem ser cumpridos em diferente medida. A medida do respectivo cumprimento depende não só de possibilidades fáticas, mas também jurídicas. São necessariamente susceptíveis de ponderação.⁶⁴

Todavia, os critérios de ponderação são criticados pela doutrina, em especial por Ana Carolina Olsen e Martin Borowski, que apontam a fragilidade gerada nas normas de direitos fundamentais; a possibilidade de existirem no ordenamento jurídico soluções diversas para o mesmo caso e a amplitude da discricionariedade do julgador ao aplicar a ponderação dos princípios colidentes quando o magistrado escolhe quais princípios serão aplicados na situação fática.

A teoria constitucional moderna, no entanto, dispõe do uso da proporcionalidade para solucionar os casos de colisão de princípios. Esse tema será objeto do próximo item que será de grande valia para o capítulo seguinte quando tratarmos do problema da reserva do financeiramente possível.

⁶² MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 336.

⁶³ *Ibid.*, p. 336.

⁶⁴ BÖCKENFÖRDE, Ernst – Wolfgang. Grundrechte als Grundstatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik *apud* Queiroz, op. cit. , p. 125.

1.5. Princípio da Proporcionalidade

1.5.1. Considerações Iniciais

A análise do princípio da proporcionalidade será importante para o estudo das restrições econômico - financeiras do Estado e do confronto entre essa impossibilidade e a efetivação dos direitos sociais.

O instituto surge na Inglaterra, em 1948, com o caso célebre que originou a “fórmula Wednesbury”⁶⁵, a qual possibilita a intervenção da corte em situações de irrazoabilidade do resultado.

Embora o princípio da proporcionalidade seja amplamente aceito na doutrina e na jurisprudência, cumpre destacar que a Constituição Federal de 1988 não previu expressamente o princípio da proporcionalidade. Certamente por uma opção política.

De acordo com Robert Alexy, a eficácia normativa dos princípios confere o uso do princípio da proporcionalidade para realizar o chamado “mandado de otimização”⁶⁶ dos direitos fundamentais.

Todavia, a doutrina apresenta-se dividida quando o assunto é a similaridade dos termos proporcionalidade e razoabilidade. Conforme Luís Roberto Barroso, os termos podem ser empregados como sinônimos, pois “é conveniente ressaltar que a doutrina e a jurisprudência, (...), costumam fazer referência, igualmente, ao princípio da proporcionalidade, conceito que em linhas gerais mantém uma relação de fungibilidade com o princípio da razoabilidade”.⁶⁷ Por outro lado, Luís Virgílio Afonso da Silva defende a distinção dos termos, porquanto

⁶⁵ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: *Revistas dos Tribunais*, São Paulo: RT, v. 798, abr., 2002, p. 29.

⁶⁶ Expressão explicada na página 15 deste estudo.

⁶⁷ BARROSO, Luis Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 23, abr./jun. 1998, p. 69. No mesmo sentido: BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o Controle de constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

a regra da proporcionalidade do controle das leis restritivas de direitos fundamentais (...) na forma desenvolvida pela jurisprudência alemã tem uma estrutura racionalmente definida, com subelementos – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – independentes que são aplicados em uma ordem pré – definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia da mera exigência da razoabilidade⁶⁸

Com o objetivo de, ao final deste tópico, nos posicionarmos diante da divergência acima descrita, passaremos para a análise dos três subelementos que o professor Luís Virgílio Afonso da Silva aponta.

1.5.2. SubPrincípio da Adequação

O princípio da adequação diz respeito à realização constitucional de um direito de acordo com as possibilidades fáticas do caso. O Estado deve empregar os meios necessários e adequados para concretizar as normas constitucionais.

De acordo com Wilson Steinmetz, o princípio da adequação procura “investigar se a medida é apta, útil, idônea, apropriada para atingir o fim perseguido”.⁶⁹

1.5.3. SubPrincípio da Necessidade

Conforme leciona Robert Alexy, o princípio da necessidade procura avaliar o caso por meio de uma relação meio – fim⁷⁰, ou seja, impõe a busca pela inexistência do meio menos gravoso para concretizar os direitos

⁶⁸ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: *Revistas dos Tribunais*, v. 798, abr., 2002, p. 30.

⁶⁹ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 149.

⁷⁰ ALEXY, op. cit. , p. 591.

fundamentais.⁷¹ Segundo Cristina Queiroz, deve-se ficar atento para escolher o “mais benigno face ao direito fundamental afetado”.⁷²

1.5.4. SubPrincípio da Proporcionalidade em sentido estrito

Este último subprincípio pressupõe a efetivação da regra de sopesamento, lecionada por Robert Alexy, o qual defende seu uso como limite à atividade estatal de forma racional.⁷³ Interessante observar que Alexy demonstra a relação entre o grau de não-satisfação de um princípio com a importância de satisfação do outro princípio - paradigma do sopesamento.

De acordo com Gilmar Mendes, a proporcionalidade em sentido estrito possui o papel de entrosar a “justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão”.⁷⁴

Assim, este subprincípio será aplicado quando a adequação e a necessidade da medida já tiverem sido objeto de análise. Esse desdobramento do princípio da proporcionalidade traduz a complementaridade e subsidiariedade dos três subprincípios, porquanto só haverá proporcionalidade se a medida alcançar as três vertentes do princípio.

1.6. Considerações Finais

A teoria geral dos direitos fundamentais auxilia na busca da efetivação dos direitos fundamentais sociais, porquanto confere ao jurista a dimensão de sua relevância quando confrontado com elementos extrajurídicos.

O objetivo principal deste capítulo foi demonstrar que o direito social é um direito fundamental – de acordo com a teoria geral dos direitos

⁷¹ No mesmo sentido: MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 50 “o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa”.

⁷² QUEIROZ, op. cit. , p. 167.

⁷³ ALEXY, op. cit. , p. 599.

⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 94.

fundamentais - e, desse modo, necessita da mesma atenção despendida com os direitos originariamente pertencentes à primeira dimensão.

A constatação de que o direito social é um direito subjetivo demonstra a sintonia entre a doutrina clássica do direito constitucional e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que será destacado em momento oportuno. Além disso, observa-se que a noção de custo para os direitos sociais, que exigem prestação positiva do Estado, evoluiu da simples omissão do Estado para a devida equiparação com os direitos individuais que também despendem recursos, ainda que indiretos.

A relevância doutrinária e prática do uso dos princípios como forma de consolidar a efetivação dos direitos fundamentais sociais é um ponto de destaque neste capítulo, o qual será de grande uso para corroborar as hipóteses levantadas para o problema desta dissertação. Assim, dizer simplesmente que os direitos sociais fazem parte da classificação das normas programáticas não basta para justificar a posição confortável do intérprete e do legislador. Deve-se observar que a eficácia interpretativa dos princípios, em especial o princípio da proporcionalidade, revela um meio moderno de atuação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

CAPÍTULO 02 DO NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DAS RESTRIÇÕES ECONÔMICO-FINANCEIRAS DO ESTADO

O Estado - enquanto ente da sociedade que tem como fim a busca do bem – comum – necessita de meios para desempenhar de forma equânime e eficiente as suas funções.

Neste capítulo, será abordado o impasse existente entre a restrição orçamentária do Estado e a ofensa à irredutibilidade de direitos contidos, especialmente os direitos assegurados por cláusula pétrea, uma vez que os recursos financeiros do Estado são escassos e a carga tributária e o nível de endividamento encontram-se no limite máximo aceitável pela sociedade.

2.1. Núcleo Essencial dos Direitos Fundamentais

2.1.1. Considerações Preliminares

A noção de núcleo essencial surgiu como mecanismo de amparo aos direitos fundamentais, com o objetivo de não esvaziar seu conteúdo jurídico aos dissabores do legislador infraconstitucional. Segundo Richard Thomas, “os direitos fundamentais submetidos a uma reserva legal poderiam ter a sua eficácia completamente esvaziada pela ação legislativa” ⁷⁵. A tese surgiu na Alemanha, num período em que não se falava em controle de constitucionalidade das leis, que acabou sendo inserida na Lei Fundamental de

⁷⁵ Richard Thomas. Grundrechte und Polizeigewalt, in Heinrich Triepel (Org.). Festgabe zur Feier des funfzigjährigen Bestehens Oberverwaltungsgerichts, 1925, p. 183 – 223 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 315.

Bonn, assim disposta: “Em nenhum caso pode ser um direito fundamental atingido em seu conteúdo essencial”.⁷⁶

Em vários países do mundo a iniciativa alemã foi incentivadora para incluir em suas Constituições a previsão da tutela do núcleo essencial dos direitos fundamentais, como a Constituição Portuguesa, a Constituição Suíça, a Constituição Espanhola, entre outras.

De acordo com Gilmar Mendes, apesar de a Constituição Brasileira de 1988 não prever expressamente a garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais, é possível inferir do sistema que “a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais deriva da supremacia da Constituição e do significado dos direitos fundamentais na estrutura constitucional dos países dotados de Constituições rígidas”.⁷⁷

A doutrina e a jurisprudência se dividem quanto à proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais se caracterizarem de maneira absoluta ou relativa. Essas duas correntes serão analisadas em separado nos próximos subtítulos.

2.1.2. *Teoria Absoluta*

De acordo com essa teoria, os direitos fundamentais possuem um núcleo imutável a qualquer ingerência do legislador, ou seja, não existe qualquer intervenção estatal. Nesse espaço, o legislador não pode regular nenhum direito, sendo absoluto em sua forma e conteúdo. É um modo de restringir a atividade do legislador.⁷⁸

⁷⁶ MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 960.

⁷⁷ MENDES, op. cit. , p. 41.

⁷⁸ No mesmo sentido ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 305.

Segundo Robert Alexy, a intangibilidade do núcleo essencial dos direitos fundamentais é insuscetível de qualquer atividade restritiva, ainda que a medida restritiva seja aprovada pelo critério do princípio da proporcionalidade.⁷⁹

Essa teoria absoluta dos direitos fundamentais possui a mesma noção da teoria do “tudo ou nada” referente à disciplina das regras, em que o núcleo essencial dos direitos fundamentais já se encontra estabelecido em uma ação anterior à limitação da atividade legislativa.

2.1.3. Teoria Relativa

Segundo essa teoria, o núcleo essencial dos direitos fundamentais deve ser constatado para cada caso analisado, não sendo possível definir de imediato um núcleo imutável com caráter generalizado.

Conforme leciona Juan Carlos Gavara de Cara, “o conteúdo essencial não é uma medida pré-estabelecida e fixa, uma vez que não se trata de um elemento autônomo ou parte dos direitos fundamentais”.⁸⁰ No mesmo sentido, Gilmar Mendes conceitua que

os sectários da chamada teoria relativa entendem que o núcleo essencial há de ser definido para cada caso, tendo em vista o objetivo perseguido pela norma de caráter restritivo. O núcleo essencial seria aferido mediante a utilização de um processo de ponderação entre meios e fins, com base no princípio da proporcionalidade.⁸¹

⁷⁹ ALEXY, op. cit. , p. 288.

⁸⁰ CARA, Juan Carlos Gavara de. *Derechos Fundamentales y Desarrollo legislativo*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1994, p. 331 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 317.

⁸¹ MENDES, *ibid.* p. 317.

Apesar de ambas as teorias pretenderem assegurar a efetividade e a imutabilidade do núcleo essencial dos direitos fundamentais, suas fragilidades existem. A tentativa de engessamento da teoria absoluta por vezes pode levar ao próprio enfraquecimento de seu significado jurídico, ou seja, “pode converter-se numa fórmula vazia dada a dificuldade ou até mesmo a impossibilidade de se demonstrar ou caracterizar a existência desse mínimo existencial”.⁸²

Canotilho admite que um direito fundamental possa ser sacrificado tendo em vista o peso de outro direito fundamental, porquanto nesses casos o próprio legislador balanceou os dois pesos e as duas medidas.⁸³

A adoção da teoria relativa, por sua vez, estende a flexibilidade do núcleo essencial dos direitos fundamentais levando a possíveis distorções no sistema. Konrad Hesse propõe a adoção do princípio da proporcionalidade como saída lógica e justa contra a limitação do núcleo essencial dos direitos fundamentais, tendo como foco principal a interpretação da proporcionalidade não apenas no sentido econômico da medida, mas principalmente com o direito afetado pela medida.⁸⁴

Para o desenvolvimento deste trabalho, a adoção da teoria relativa do núcleo essencial dos direitos fundamentais apresenta-se como instrumento de efetivação dos direitos sociais.

Com efeito, o sistema constitucional baseado em princípios destaca a atuação do legislador e fortalece a criação de uma corte constitucional preocupada com a realização da Carta Magna.

⁸² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit., p. 317.

⁸³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1140.

⁸⁴ HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts*. Heidelberg, 1988, p. 149. *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit. , p. 318.

2.2. Reserva do Financeiramente Possível

2.2.1. Considerações Preliminares

A dependência de recursos econômicos para efetivação dos direitos fundamentais sociais evoca a aplicação do princípio da reserva do financeiramente possível, segundo o qual os direitos fundamentais, especialmente os de cunho prestacional, não são efetivados em razão da impossibilidade financeira do Estado em prestá-los. Conforme Cristina Queiroz, essa qualificação dos direitos fundamentais sociais “se traduz no reconhecimento de que a inexistência de recursos econômicos força os poderes públicos a fazer menos do que aquilo que em princípio se encontravam obrigados a fazer”.⁸⁵

A reserva do financeiramente possível é apontada como um dos principais entraves à efetivação dos direitos prestacionais, em especial os direitos sociais. As questões econômicas e políticas devem ser levadas em consideração com o objetivo de analisar as possibilidades financeiras do Estado e as implementações em matéria de política social. Desse modo, o interprete é obrigado a verificar os dados da realidade econômico - financeira do Estado para efetivar a norma constitucional.⁸⁶

De acordo com Sérgio Fernando Moro, a reserva do possível deve ser vista como um dado econômico da realidade, ou seja, como uma reserva de

⁸⁵ QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos Fundamentais Sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 99.

⁸⁶ No mesmo sentido Gustavo Amaral, pois segundo o autor a teoria da reserva do possível não leva em conta a escassez dos recursos econômico – financeiros. *Interpretação dos Direitos Fundamentais e o conflito entre poderes*. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 99-120.

consistência.⁸⁷ Assim, as questões relacionadas à política orçamentária do Estado devem ser consideradas para a efetivação dos direitos fundamentais tanto os de natureza prestacional quanto os de natureza individual. Esse ponto foi abordado no primeiro capítulo desta dissertação que se baseou na tese de Cass Sustein e Stephen Holmes.⁸⁸

No entanto, não se pode desconsiderar que o argumento da reserva do possível está atrelado à concretização dos direitos sociais, porquanto demandam uma ação mais enérgica do Estado. Neste sentido Ingo Wolfgang Sarlet entende que

não há como negar que todos os direitos fundamentais podem implicar um custo, de tal sorte que esta circunstância não poderia ser limitada aos direitos sociais de cunho prestacional. Apesar disso (...) o corretamente apontado fator custo de todos os direitos fundamentais, nunca constituiu um elemento impeditivo da efetivação pela via jurisdicional. É justamente neste sentido que deve ser tomada a referida neutralidade econômico – financeira dos direitos de defesa, visto que sua eficácia jurídica (...) depende da possibilidade de implementação jurisdicional não tem sido colocada na dependência de sua possível relevância econômica.⁸⁹

A doutrina, em especial Flávio Galdino, parte do pressuposto da condição orçamentária para a realização e efetivação dos direitos sociais, pois a condição financeira antes de tudo é vista como um fator interno de eficácia dos direitos prestacionais. Assim, conclui o autor que

⁸⁷ MORO, Sérgio Fernando. *Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 100.

⁸⁸ Assim entende do mesmo modo Vicente de Paulo Barreto: “esse argumento (reserva do possível) ignora em que medida o custo é consubstancial a todos direitos fundamentais. A escassez de recursos como argumento para a não observância dos direitos sociais acaba afetando, precisamente em virtude da integridade dos direitos humanos, tanto os direitos civis e políticos, quanto os direitos sociais”. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 121.

⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 299-300.

na medida em que o Estado é indispensável ao reconhecimento e efetivação dos direitos, e considerando que o Estado somente funciona em razão da contingência de recursos econômicos – financeiros captados junto aos indivíduos singularmente considerados, chega-se a conclusão de que os direitos só existem onde há fluxo orçamentário que o permita.⁹⁰

Por outro lado, a reserva do possível pode ser vista como um elemento externo à eficácia dos direitos sociais. Essa teoria preconiza que os direitos fundamentais sociais possuem sua eficácia máxima, mas podem ser restringidos caso não haja disponibilidade financeira para sua concretização.

Considerar o custo de efetivação de um direito como elemento central (interno ou externo) da implementação de um direito fundamental social possibilita maior discricionariedade ao administrador e justifica a ausência de prestação estatal no desenvolvimento de um serviço constitucionalmente garantido. Desse modo, dizer que não há recursos financeiros para realização de um direito fundamental significa dizer que não há direitos garantidos.

A construção da teoria da reserva do possível surge na Alemanha com o célebre caso *Numerus Clausus*, em 1972, no qual foi discutido o limite de admissão de estudantes do curso de Medicina nas Universidades de Hamburgo e da Baviera⁹¹. Conforme Cristina Queiroz, “na expressão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, a reserva do possível corresponde aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade”.⁹²

No caso paradigmático, foi decidido que como o Estado não possui meios para garantir a todos os cidadãos o direito de cursar medicina, ao menos teria que conceder o acesso igualitário ao ensino superior.

⁹⁰ GALDINO, Flávio. O custo dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 188.

⁹¹ Na obra de Leonardo Martins, o autor assim defende: “Mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a reserva do possível”. Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 663.

⁹² QUEIROZ, op. cit. , p. 100.

Assim, nota-se que a tese da reserva do possível no direito constitucional brasileiro ganhou novos contornos, porquanto percebe-se que no direito alemão a doutrina da reserva do possível é direcionada ao Estado quando o cidadão exige certa prestação de serviço dentro dos limites de razoabilidade e, ao contrário, no direito brasileiro ela é vista como limite à efetivação do direito em termos orçamentários.

Segundo Canotilho, a reserva do possível é um limite aos recursos econômico – financeiros do Estado, pois “o nível de realização (dos direitos sociais, econômicos e culturais) estaria sempre condicionado pelo volume de recursos suscetível de ser mobilizado para esse efeito”.⁹³

É oportuna a crítica de Andreas J. Krell em relação à tentativa de desfundamentalizar os direitos sociais, pois “os integrantes do sistema jurídico alemão não desenvolveram seus posicionamentos para com os direitos sociais num Estado de permanente crise social e milhões de cidadãos socialmente excluídos”.⁹⁴ E finaliza afirmando que “a discussão europeia sobre os limites do Estado Social e a redução de suas prestações (...) não pode ser transferida para o Brasil, onde o Estado Providência nunca foi implantado”.⁹⁵

2.2.2. *Natureza Jurídica da Reserva do Possível*

A doutrina não é unânime em definir a natureza jurídica da reserva do possível, sendo possível encontrar autores que defendem a natureza principiológica, outros que defendem a natureza elementar integrante dos direitos fundamentais, e aqueles que entendem estar configurada uma causa excludente da ilicitude do Estado.

⁹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 131.

⁹⁴ KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 108.

⁹⁵ *Ibid.* p. 54.

Assim, de acordo com Wálber Araújo Carneiro, “a impossibilidade de cumprir determinado programa não constituirá um ilícito praticado pelo Estado. A escassez de recursos servirá como uma excludente para a efetivação da medida”.⁹⁶

Conforme Cristina Queiroz, a natureza da reserva do possível encontra-se baseada em três vertentes dos direitos fundamentais, as quais transparecem a dependência desses direitos aos recursos disponíveis, ou seja, reconhecem que a inexistência de recursos econômicos confere margem ao poder público em não fazer algo que constitucionalmente está obrigado a realizar. Nas palavras da citada autora:

os direitos fundamentais sociais concretizam um objecto social pelo que fortalecem a força integrativa da Constituição; os direitos fundamentais sociais concretizam-se em expectativas não realizáveis e como tarefas constitucionais os direitos fundamentais sociais não se apresentam como “direitos a”, antes como deveres objectivos do Estado, não podendo deles derivar nenhuma pretensão subjectiva.⁹⁷

2.2.3. Reserva do Possível sob a realidade socioeconômica brasileira

A problemática da denominada escassez relativa dos recursos deve ser analisada sob a ótica dos princípios constitucionais da eficiência e da moralidade administrativa com a finalidade de efetivar os direitos fundamentais sociais de forma responsável. A força dirigente da Constituição, a qual impõe metas a serem seguidas pelos poderes constituídos implantarem as políticas públicas, será abordada no próximo item.

A participação popular, como por exemplo pela tentativa do e-gov, é a maneira mais democrática e disseminadora da gestão orçamentária do governo

⁹⁶ CARNEIRO, Wálber Araújo. Escassez, Eficácia e Direitos Sociais. In: *Revista do programa de Pós – Graduação em Direito da UFBA*. Salvador: Faculdade de Direito, jan. / dez. 2004, p. 383.

⁹⁷ QUEIROZ, op. cit. , p. 99.

pela fiscalização da população, maior interessada nesse processo de escolha. Insere, assim, o indivíduo como sujeito constitucional com característica de povo organizado. Desse modo, a escolha dos destinos das reservas financeiras deve ser racional e sempre ter como foco as prioridades indicadas pela norma constitucional. Assim, é salutar dizer que “taking rights seriously means taking scarcity seriously”.⁹⁸

Em relação à escassez dos recursos, é necessário diferenciá-la em dois momentos, porquanto se estivermos diante de um completo esvaziamento de recursos não será possível exigir a realização da norma constitucional sob o ponto de vista econômico. Assim, o Poder Judiciário não poderá coercitivamente impor a efetivação do direito social. Porém, nesses casos o poder público terá o ônus da prova, ou seja, deverá demonstrar que não dispõe de meios financeiros para cumprir o dever constitucional.

Ao contrário, no caso da escassez relativa há recursos disponíveis, mas esses podem ser utilizados alternativamente em outras áreas. Ressalte-se que nesta dissertação não se busca valorar a certeza ou o engano do destino dessas verbas, mas apenas examinar se a existência de recursos justifica ou não a alegação do princípio da reserva do possível. Desse modo, a reserva do possível segue à risca a fundamentação que a originou, ou seja, a alegação do princípio deve ser pautada pela proporcionalidade e razoabilidade da prestação do serviço.

O parâmetro constitucional do destino da verba pública auxilia o intérprete na objeção ou não ao princípio da reserva do possível quando se está diante da escassez relativa. Desse modo, se no orçamento do Estado não foram destinados recursos para serviços considerados prioritários pela Constituição, o princípio da reserva do possível pode ter sido rejeitado.

Pode-se concluir que a reserva do possível não é um princípio que restringe absolutamente os direitos fundamentais, mas proporciona, pelo

⁹⁸ SUSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton and Co., 1999, p. 94.

princípio da razoabilidade e da proporcionalidade – sobretudo mediante o sobrepasamento dos subprincípios da adequação e da necessidade -, a destinação equânime dos recursos públicos para as atividades essenciais dos destinatários dos direitos fundamentais sociais.

2.2.4. Análise da escassez de recursos sob o enfoque de uma Constituição dirigente

A Constituição dirigente estabelece, por meio das normas constitucionais, diretrizes ao poder público e ao particular. Canotilho defendeu o dirigismo constitucional, partindo do pressuposto vinculante que a norma constitucional desempenhava na ação do poder público e do particular. No entanto, essa posição do autor foi aprimorada afirmando que a Constituição dirigente estaria morta:

(...) dir-se-ia que a Constituição dirigente estaria morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias. Também suportará impulsos tanáticos qualquer texto constitucional dirigente introvertidamente vergado sobre si próprio (...).⁹⁹

A solução viável encontrada por Canotilho está na chamada “associação aberta de estados nacionais abertos”¹⁰⁰, porquanto a Constituição seria capaz de provocar mudanças mais significativas para o direito e para a sociedade caso as influências das comunidades internacionais tivessem mais espaço.

⁹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p. xxix.

¹⁰⁰ CANOTILHO, op. cit. , p. xi – xii.

Assim, a Constituição dirigente não seria mais aquela que impõe a execução das políticas públicas pelo Estado, apenas possui o condão de estabelecer objetivos e metas para a construção dessas políticas. Pode-se dizer que a Constituição dirigente para Canotilho deixou ao Estado o desprendimento em cumprir as medidas exigidas pela Constituição¹⁰¹. Ao afirmar que a Constituição não poderia estabelecer o cumprimento de políticas públicas, fica clara a opção em se limitar “às exigências constitucionais mínimas, ou seja, o complexo de direitos e liberdades definidoras das cidadanias, pessoal, política e econômica, intocáveis pelas maiorias parlamentares”.¹⁰²

As considerações apontadas por Lenio Streck, a propósito, apontam que no Brasil ainda é importante a existência de uma Constituição dirigente, pois a estabilidade social que a Constituição dirigente propõe ataca três pontos fundamentais que são constantemente violados: a) segurança e liberdade; b) desigualdade política; e c) fatos derivados da pobreza.¹⁰³

Lenio Streck propôs a formulação da teoria da Constituição dirigente sob o enfoque socioeconômico brasileiro e desenvolveu a teoria da Constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia.¹⁰⁴ Essa teoria parte do pressuposto que o país não consegue implementar as promessas de modernidade, ou seja, aplicável ao caso brasileiro.¹⁰⁵ Segundo o autor,

sem a garantia da possibilidade do resgate desses direitos, através de mecanismos de justiça constitucional, como proteger o cidadão, o grupo, a sociedade, das maiorias eventuais que teimam em descumprir o texto constitucional? (...) a Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia, ainda assume

¹⁰¹ Ressalte-se que à época, Portugal estava sendo integrado à União Europeia, fato que contribuiu para essa nova concepção de Constituição.

¹⁰² CANOTILHO, op. cit. , p. xxi

¹⁰³ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 131 – 132.

¹⁰⁴ No mesmo sentido: Ingo Sarlet (A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 380) e Gilberto Bercovici (A problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. In: Revista da Informação Legislativa, n. 142, Brasília, abr./jun. 1999, p. 35.) que defendem a importância da Constituição dirigente em países como o Brasil que não possuem a noção de Constituição como fonte de direção da atuação dos poderes políticos.

¹⁰⁵ Ibid. p. 122.

relevância como um contraponto a essa tempestade globalizante/neoliberal.¹⁰⁶

Desse modo, a força dirigente da Constituição é importante para formulação e execução de políticas públicas. Sendo o Brasil um país com graves desigualdades sociais, a essência da Constituição dirigente apresenta-se como possível saída da crise de efetivação de direitos fundamentais sociais vivenciada pelo país. A doutrina¹⁰⁷, em especial Ingo Sarlet e Clèmerson Mèrlin Clève, defende a Constituição dirigente, pois a Constituição de 1988 expressa o Estado Democrático e Social do Direito, além de reconhecer o caráter vinculante das normas definidoras de direitos fundamentais, principalmente para os direitos fundamentais sociais.¹⁰⁸

De forma precisa, Gustavo Zagrebelsky afirma que com a prevalência do princípio do Estado de Direito Clássico – caracterizado pela conquista de direitos civis, representatividade eleitoral, legalidade e da separação de poderes – em relação ao Estado de Direito Constitucional, o conteúdo dos direitos fundamentais ganhou maior destaque e, desse modo, as ações estatais devem ser pautadas de acordo com as matérias previstas na Constituição.¹⁰⁹

Assim, pode-se constatar que a Constituição de 1988, apesar de prever expressamente a existência dos direitos fundamentais sociais, não fez menção de como seria essa prestação. A discricionariedade legislativa e administrativa ocupa espaço nessa indefinição, mas não desnatura a necessidade de o legislador e o administrador agirem de acordo com o conteúdo

¹⁰⁶ STRECK, op. cit., p. 143.

¹⁰⁷ Em sentido contrário, Dirley da Cunha Júnior afirma que “relativamente à Constituição brasileira, destaca-se a necessidade de uma renovada compreensão do princípio da separação, pressionada pelo fim marcadamente dirigente da nossa Fundamental Law, que configura um Estado do Bem – Estar Social, que trouxe significativas transformações sociais, onde os direitos fundamentais, sobretudo os sociais, são considerados os pilares ético-jurídico-políticos da organização do Estado”, Controle judicial das omissões do Poder Público, p. 329

¹⁰⁸ SARLET Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 380; CLÈVE, Clèmerson Mèrlin. O Controle da Constitucionalidade e a Efetividade dos Direitos Fundamentais. *apud* SAMPAIO, José Adercio Leite (coord.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 388.

¹⁰⁹ ZAGREBESKY, Gustavo. *El Derecho Ductil: Ley, Derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 3.ed. Madrid: Trotta, 1999, p. 21 -34.

constitucionalmente previsto para a efetivação do direito social. Aliás, nem mesmo o Judiciário, haja vista a inserção do mandado de injunção no texto constitucional entre as ações de natureza constitucional.

2.2.5. Da Não- Aplicação do Princípio da Reserva do Possível

O status constitucional dos direitos fundamentais sociais autoriza um estudo das hipóteses de não aplicação do princípio da reserva do possível, porquanto, no Brasil, grande parte dos direitos prestacionais ainda não foi concretizada pelo legislador infraconstitucional.

Segundo Ingo Sarlet, cabe ao Estado provar a inexistência de recursos financeiros para concretizar os direitos sociais, bem como demonstrar que os recursos estão sendo aplicados com eficiência, sem haver desperdício.¹¹⁰

Não obstante seja do Poder Executivo a função de implementar as políticas públicas para concretização dos direitos de prestação, o poder público pode se omitir em prestá-las por motivo de negligência, uso alternativo ou desvio de recursos, ou falta de meios financeiros. Desse modo, cumpre diferenciar a alegação da existência de direitos sociais intimamente ligados ao mínimo existencial da pessoa humana, dos direitos - igualmente importantes - que não possuem, pelo menos num primeiro instante, significativa parcela de influência sobre a dignidade da pessoa humana.

No primeiro caso, o princípio da reserva do possível não será invocado pelo Poder Executivo, pois o mínimo garantido constitucionalmente deve ser assegurado sob qualquer forma.¹¹¹ De acordo com Robert Alexy, a efetivação

¹¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 375.

¹¹¹ No mesmo sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 362; KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 51; e CORDEIRO, Fábio de Oliveira. *Controle Jurisdicional das políticas públicas como meio de realização dos direitos sociais*. Dissertação de mestrado UFBA, 2009, p. 201 e SS.

do mínimo do direito social não é capaz de abalar os bens ou princípios em conflito, sejam esses quais forem.¹¹²

O Supremo Tribunal Federal possui entendimento nesse sentido, considerando inconstitucionais os casos em que o mínimo existencial apresenta chances de mácula desnecessária pela invocação do princípio da reserva do possível.¹¹³ Assim, cumpre destacar o entendimento de Emerson Garcia, que defende a alegação do princípio da reserva do possível diante de escassez absoluta de recursos para garantia do mínimo existencial, pois

restando incontroverso o descompasso entre a lei orçamentária e os valores que integram a dignidade da pessoa humana, entendemos deva esta prevalecer, com o conseqüente afastamento do princípio da legalidade da despesa pública. Não é demais lembrar que, ao consagrar direitos, o texto constitucional implicitamente impôs dever de que sejam alocados recursos necessários a sua efetivação.¹¹⁴

A doutrina, em especial Sérgio Arenhart, destaca a possibilidade da alegação do princípio da reserva do possível pelo Estado, o qual o oporia aos direitos fundamentais sociais que não afetam o mínimo existencial da pessoa humana. Segundo o autor, pela adoção do princípio da proporcionalidade é possível compor a relação entre as opções vinculantes do constituinte para o legislador infraconstitucional e os interesses igualmente fundamentais.¹¹⁵

Na presente dissertação defende-se que o princípio da reserva do possível não pode ser alegado quando o legislador estiver diante de direitos sociais desprotegidos. Os dados constantes no relatório do CEPAL (Panorama Social da América Latina) de 2006 demonstram que o Brasil é o país que mais investe na efetivação dos direitos sociais (U\$ 917,00 por pessoa)¹¹⁶, porém é o país que apresenta um dos menores índices sociais quando comparado com

¹¹² ALEXY, op. cit., p. 495.

¹¹³ ADPF n. 45

¹¹⁴ GARCIA, Emerson. O direito à educação e suas perspectivas de efetividade. In: _____. *A Efetividade dos Direitos Sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004, p. 190 - 191.

¹¹⁵ ARENHART, Sérgio. *As Ações Coletivas e o Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário*. Disponível em: <www.Jus2.uol.com.br/doutrina>. Acesso em: 15 de julho de 2010.

¹¹⁶ O cálculo inclui gastos com educação, saúde, seguridade social, habitação, saneamento básico e trabalho.

outros países, como por exemplo Chile e Argentina, que não possuem o mesmo volume de gastos sociais, mas apresentam melhores índices sociais.¹¹⁷ Assim, o relatório da Cepal é conclusivo quando afirma que “os indicadores sociais brasileiros mostram que, inclusive com um nível inegavelmente alto de gasto social, que tenderia a aproximar o Brasil dos países mais desenvolvidos, se convive, no entanto, com situações de pobreza inaceitáveis”¹¹⁸

Por outro lado, a reserva do possível deve ser reconhecida quando os recursos orçamentários forem satisfatoriamente e razoavelmente destinados a dar eficácia aos direitos fundamentais, pois sendo assim não há que se falar em outros meios financeiros capazes de assegurar a concretização dos direitos sociais. Ou seja, reconhece-se a restrição orçamentária do Estado sem perder de vista a concretização dos direitos fundamentais.

2.2.6 Os Impasses para a Efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais

Apesar de o modelo neoliberal adotado no Brasil, pós Constituição de 1988, influenciar as decisões políticas para concretizar os direitos fundamentais sociais, neste título os impasses a essa efetivação ficarão restritos ao que a doutrina aponta como os três principais obstáculos: a) conteúdo aberto e indeterminado dos direitos fundamentais sociais; b) a reserva do financeiramente possível; e c) a falta de legitimidade democrática dos juízes para formulação de políticas públicas. No próximo capítulo, o modelo neoliberal será especificamente analisado para verificarmos suas características e sua relação com os propósitos da Constituição de 1988.

¹¹⁷ CEPAL, *Panorama Social da América Latina*, 2006. Nações Unidas. Disponível em: <www.eclac.org>. Acesso em maio 2010.

¹¹⁸ NERI, Marcelo Cortes et al. *Gasto Público en Servicios Sociales Básicos en América Latina y Caribe*. Santiago. CEPAL, p. 07. Disponível em: <www.eclac.org/publicaciones>. Acesso em: maio 2010.

2.2.6.1. O Conteúdo Aberto e Indeterminado dos Direitos Fundamentais Sociais

A natureza aberta e indeterminada dos direitos fundamentais sociais, por muito tempo, os caracterizou como normas programáticas em que a discricionariedade do poder público – Executivo e Legislativo – reforçava ou não a necessidade de efetivação do direito social.

Com efeito, questiona Norberto Bobbio,

o campo dos direitos dos homens aparece, certamente, como aquele onde é maior a defasagem entre a posição da norma e sua efetiva aplicação. Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o 'programa' é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado de direito?¹¹⁹

A classificação das normas constitucionais que emanam direitos sociais, como normas programáticas, surge no contexto da classificação das normas constitucionais de eficácia limitada, proposta por José Afonso da Silva.¹²⁰ Desse modo, sendo as normas constitucionais de eficácia limitada carecedoras do provimento legislativo para sua concretização, as normas programáticas são aquelas que estabelecem programas a serem implementados pelo Estado.

Com o objetivo de conferir maior efetividade aos direitos fundamentais sociais, José Afonso da Silva propôs a tese da eficácia limitada negativa, qual seja a que confere legitimidade ao Poder Judiciário para concretizar o direito social toda vez que o poder público contrarie expressamente os ditames constitucionais.¹²¹ Sabe-se que, atualmente, a evolução da jurisdição constitucional é tão marcante que ao Poder Judiciário é possível concretizar os

¹¹⁹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 8.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 77 – 78.

¹²⁰ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

¹²¹ SILVA, op. cit.

direitos sociais toda vez que o poder público for omissivo na prestação do serviço.

A doutrina, em especial Eros Grau, critica a classificação de José Afonso da Silva, porquanto a eficácia da norma constitucional estaria subordinada à aprovação de leis pelo legislador infraconstitucional, além de criar uma inversão da hierarquia das normas constitucionais.¹²²

Assim, defende o autor que se o direito fundamental social contém a delimitação material da prestação, a aplicação da norma constitucional é imediata, não sendo necessária atuação do legislador infraconstitucional. A estrutura jurídico – normativa do direito social é importante para essa análise, pois caso a norma constitucional estabeleça apenas os objetivos gerais, a constatação do direito subjetivo do titular do direito pode restar prejudicada; ao contrário, o direito estará perfeitamente delineado.¹²³

Não obstante este trabalho não seguir a corrente contrária à eficácia imediata dos direitos fundamentais sociais, a posição que se opõe à efetividade imediata dos direitos fundamentais sociais encontra seu maior expoente em Vieira de Andrade, o qual afirma que os direitos sociais possuem baixa exeqüibilidade e, desse modo, apenas conferem aos titulares o direito de exigir dos Parlamentares o respeito às diretrizes constitucionais.¹²⁴ No Brasil, destaca-se pela corrente dissonante o autor Ricardo Lobo Torres que defende a existência da eficácia do direito social apenas com a regulação dada pela legislação infraconstitucional, pois “se não houver lei ordinária concessiva,

¹²² GRAU, Eros Roberto. A Constituição Brasileira e as Normas Programáticas. In: *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*. Rio de Janeiro: IBDC/Forense, n. 4, 1985, p. 40.

¹²³ J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira defendem que a diferença entre as normas programáticas e os direitos sociais resta na imediatidade que os direitos sociais possuem. Desse modo, os direitos sociais podem e devem ser exigidos pelo Estado, ao contrário do enunciado das normas programáticas que direcionam um caminho para o Legislador e para o Administrador. In: *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 127 – 128.

¹²⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 388.

inexistirá a obrigatoriedade de o orçamento contemplar as dotações para a despesa, ainda que a Constituição proclame o direito social”.¹²⁵

A respeito dos demais pontos relacionados à eficácia dos direitos fundamentais sociais – classificação como direito subjetivo, como direito negativo ou positivo, relação entre direito social e individual – a análise mais detalhada foi desenvolvida no capítulo 1. Da mesma forma, a análise da reserva do possível foi abordada no início deste capítulo. Cumpre, desse modo, passarmos para o terceiro e último obstáculo da efetivação do direito social.

2.2.6.2. A Falta de Legitimidade Democrática dos Juízes para formulação de Políticas Públicas.

Se, em meados do século XVIII, os juízes possuíam pouco prestígio e sua função estava atrelada exclusivamente aos ditames da lei, desde meados do século XX o sistema constitucional contemporâneo tem ampliado a gama de atuações dos juízes consolidando os preceitos constitucionais.

A estrutura do Estado Democrático de Direito permite a divisão do poder em funções delimitadas e independentes, mas não excludentes. A Constituição de 1988 elegeu como órgão protetor das normas constitucionais o Poder Judiciário, pois o constituinte originário assim determinou em função da própria contextualização de opressão vivenciada pelo regime militar e, ainda, em função da evolução no cenário internacional, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.¹²⁶

Com efeito, ao Poder Judiciário é viável determinar a concretização dos direitos sociais, desde que presentes os requisitos fáticos e jurídicos, diante da

¹²⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *O Orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 136.

¹²⁶ Assim, reza a Declaração, em especial no artigo 8: “todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela Lei.”

omissão dos Poderes Executivo e Legislativo. Todavia, a doutrina e a jurisprudência possuem diferentes posições a respeito da efetividade dos direitos sociais pelo Poder Judiciário, dividindo-as em duas importantes correntes: a procedimentalista e a substancialista.

A corrente procedimentalista possui Jürgen Habermas e John Hart Ely¹²⁷ como seus principais expoentes. De acordo com essa corrente, a noção de democracia fica abalada com a existência do controle de constitucionalidade por uma corte constitucional, porquanto os juízes que a compõem não foram eleitos democraticamente pelo povo.

Segundo os procedimentalistas, cabe ao Poder Legislativo a política de justificação das leis, enquanto ao Poder Judiciário cabe apenas aplicar as leis de acordo com a decisão do primeiro poder. Habermas analisa essa separação por meio da distinção entre o discurso de aplicação e o discurso de justificação do direito, optando pelo fim da interpretação do direito dada pelos juízes, porquanto isso afeta a democracia e o princípio da separação dos poderes.¹²⁸

A função da democracia é programar o Estado com tarefas de interesses da sociedade. Conforme Habermas, o tribunal constitucional para legitimar sua competência democrática deve utilizar os meios disponíveis para o processo de normatização da política deliberativa, ou seja, por meio dos processos de comunicação das arenas públicas, com o objetivo de desmistificar o poder conferido aos juízes sem a, aparente, participação popular.¹²⁹

Desse modo, Habermas critica a concepção material da Constituição, pois esta “não pode ser entendida como uma ordem jurídica global e concreta (...) o tribunal constitucional precisa examinar os conteúdos de normas

¹²⁷ ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* Cambridge: Harvard University Press, 1980; e HABERMANS, Jürgen. *Democracia e Direito: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

¹²⁸ HABERMANS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1

¹²⁹ HABERMANS, op. cit. , p. 330.

controvertidas especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático”.¹³⁰

Portanto, Habermas defende a corrente procedimental de atuação da Corte Constitucional, sendo sua função resguardar o desenvolvimento democrático do direito. Na mesma direção encontra-se John Hart Ely, cuja concepção procedimental da Constituição está para assegurar a lisura do processo legislativo e a efetiva organização dos poderes¹³¹, chamada pelo autor de “representation reinforcing approach”.

Na América Latina, em especial na Argentina, Carlos Santiago Nino defende a corrente procedimentalista sob o enfoque do controle de constitucionalidade exercido pelas Cortes Constitucionais apenas para garantir o exercício da democracia.¹³² Segundo o autor, a importância conferida ao controle de constitucionalidade indica que o legítimo processo democrático não possui aptidão para concretizar os ditames constitucionais.¹³³

Constata-se que a adoção da corrente procedimentalista busca a igualdade de participação dos atores constitucionais no cenário democrático. No entanto, a problemática da efetivação da justiça social resta sem solução.

Em oposição à corrente procedimentalista, surge a corrente substancialista, a qual defende a imposição de diretrizes para o poder público por meio da Constituição. Os seguidores desta corrente afirmam que o direito possui grande influência na definição das políticas públicas e, assim, “é a política que se converte em instrumento de atuação do direito, subordinada aos vínculos a ela impostos pelos princípios constitucionais”.¹³⁴

¹³⁰ HABERMANS, op. cit. , p. 326.

¹³¹ ELY, John Hart. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review* Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 117.

¹³² NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de La Democracia Deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 291 – 292.

¹³³ Ibid. , p. 260 -261.

¹³⁴ FERRAJOLI, Luigi. Jueces y Política. Derechos y Libertades. In: *Revista Del Instituto Bartolomé de las Casas*. Madrid: Universidade Carlos III. ano 4, n. 7, jan. 1999, *apud* STRECK, Lenio Luiz. O papel da Jurisdição Constitucional na Realização dos Direitos Sociais Fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos*

Ressalte-se que a grande diferença entre as duas correntes reside no fato da invocação de outros valores - como justiça, igualdade, paz social - para legitimar a atuação dos juízes na efetivação de políticas públicas, não permanecendo restrita a tese da legitimidade via processo democrático de eleição. Segundo Inocêncio Mártires Coelho, a corrente substancialista se aproxima da corrente “não interpretativista” que possui como posição contrária à corrente interpretativista, em que “as decisões políticas não podem ser substituídas pelas decisões jurídicas da magistratura nacional”.¹³⁵

2.7. A preservação do Núcleo Essencial: a doutrina das Cláusulas

Pétreas

A chamada garantia das cláusulas pétreas está expressamente disposta no artigo 60, parágrafo 4, da Constituição Federal. Todavia, o poder reformador não está apenas limitado por seus incisos.

De acordo com a doutrina¹³⁶, existem outros três limites implícitos impostos ao poder revisor¹³⁷, além dos limites expressos nas cláusulas pétreas, ou seja, “o titular do poder constituinte originário, haja vista que a soberania popular é pressuposto do regime constitucional democrático e, como tal, inderrogável; ao titular do poder reformador, que não pode renunciar à sua competência nem, menos ainda, delegá-la,(...); ao procedimento que disciplina

Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 212 – 213.

¹³⁵ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.

¹³⁶ Nelson de Souza Sampaio, O poder de reforma constitucional, Luís Roberto Barroso, Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, e Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco e Inocêncio Mártires Coelho, Curso de Direito Constitucional.

¹³⁷ A existência de limites implícitos não é pacífica na doutrina, possuindo nomes de destaques contrários à tese: Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Linares Quintana, Tena Ramirez, entre outros. In: BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 166.

o poder de reforma, pois este, como um poder delegado pelo poder constituinte originário, não pode alterar as condições da própria delegação”.¹³⁸

Segundo Manoel Jorge e Silva Neto, além desses limites implícitos destacados pela doutrina, os fundamentos do Estado Democrático Brasileiro, seus objetivos e seus princípios fundamentais fazem parte do rol de limites implícitos ao poder de reforma.¹³⁹

A doutrina¹⁴⁰ elenca, ainda, os limites processuais e os limites circunstanciais impostos ao poder constituinte derivado. O limite processual define os critérios procedimentais para a promulgação de emenda constitucional: legitimidade para a iniciativa da proposta; *quorum* de aprovação e votação em dois turnos em ambas as casas legislativas. O limite circunstancial refere-se à proibição de ser a emenda constitucional proposta durante o estado de defesa, o estado de sítio ou a intervenção federal.

A limitação gerada pelas cláusulas pétreas é objeto de três correntes doutrinárias diversas: os que a consideram inaceitáveis; os que entendem pela relativização de certos preceitos e os que as aceitam de maneira absoluta e irretroatável.

Os defensores da primeira corrente, capitaneada por Karl Loewenstein e Joseph Barthélemy¹⁴¹, afirmam que não existe diferença entre o poder constituinte originário e o poder constituinte derivado, pois ambos estão inseridos num contexto democrático, no qual o povo, num primeiro momento, e os representantes do povo, num segundo momento, definem a necessidade de revisão da Carta Política.

¹³⁸ Ibid. , p. 166-167.

¹³⁹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 22. Interessante observar que a evolução do direito constitucional está caminhando na direção de expandir os limites expressos impostos ao poder de reforma, como o ocorrido com a Constituição Portuguesa de 1976.

¹⁴⁰ Celso Ribeiro Bastos, Michel Temer, José Afonso da Silva, Manoel Jorge e Silva Neto, dentre outros.

¹⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit. , p. 217.

A tese da relativização das cláusulas pétreas propõe a supressão desses limites impostos ao poder constituinte derivado, sendo cabíveis as alterações e modificações necessárias para a aprovação da mudança constitucional¹⁴², restando, desse modo, infrutífera qualquer alegação de ofensa ao núcleo essencial da Constituição. Assim, os limites materiais existiriam apenas para conferir maior segurança jurídica nas relações.¹⁴³

Por fim, a corrente doutrinária que prega o caráter absoluto das cláusulas pétreas, é adotada no Brasil, esbarra no radicalismo, afirmando que o poder constituinte derivado que viola a garantia comete um desvio de poder, porquanto “o poder de revisão criado pela Constituição deve conter-se dentro do parâmetro das opções essenciais feitas pelo constituinte originário”.¹⁴⁴

Com efeito, a garantia das cláusulas pétreas possui maior destaque em constituições que são classificadas como rígidas, nas quais as normas constitucionais somente são alteradas por procedimentos específicos, mais elaborados e, portanto, mais rígidos, do que o estabelecido para o desenvolvimento de leis.¹⁴⁵ Segundo Gilmar Mendes, a cláusula pétrea age como uma barreira necessária entre a “inalterabilidade da Constituição e a sua banalização, pela facilidade de sua reforma”.¹⁴⁶

Ademais, sua existência impõe um prévio controle ao legislador, porquanto suas proposições não poderão ser contrárias a norma constitucional, e institui uma forma de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, o qual estará incumbido de garantir a superioridade normativa das regras e princípios constitucionais.

¹⁴² Carl Schmitt, em *Teoría de la Constitución*, “argumento contra a possibilidade de dupla revisão, que consiste na alteração do procedimento de reforma, ficando, assim, o legislador ordinário livre para promover qualquer alteração constitucional”. *apud* VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 95.

¹⁴³ *Ibid.* p. 218.

¹⁴⁴ *Ibid.* p. 218.

¹⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *op. cit.*, p. 213.

¹⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *op. cit.*, p. 214.

O artigo 60, parágrafo 4, possui uma locução interessante – *tendente a abolir*, a qual é vista ou como forma de proteção dos direitos elencados ou como forma de radicalismo por parte do constituinte originário que impede a livre mobilidade do constituinte derivado.

Segundo Luís Roberto Barroso, a “locução deve ser interpretada com equilíbrio, (...) deve servir para que se impeça a erosão do conteúdo substantivo das cláusulas protegidas (...) e não deve prestar-se a ser uma inútil muralha contra o vento da história”. 147

De acordo com Gilmar Mendes, o alcance dessa expressão está na proteção do núcleo essencial da Constituição – preservação dos princípios e da estrutura sistêmica da Carta – que só pode ser analisado com as especificidades de cada caso. Assim, *tendente a abolir* visa a impossibilidade em “mitigar, reduzir o significado e a eficácia da forma federativa do Estado, do voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais”. 148

No que tange à proteção aos direitos e garantias individuais, a garantia não está limitada apenas aos direitos expressos nos incisos do artigo 5 da Constituição Federal. O Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência consolidada com relação à extensão da proteção das cláusulas pétreas para direitos fundamentais além do artigo 5. 149 Desse modo, os direitos fundamentais sociais encontram-se nesse elenco.

Com efeito, no capítulo 1 desta dissertação foi abordado que a noção de custo zero para qualquer direito - seja individual, seja coletivo - não existe. E, desse modo, excluir os direitos sociais do rol de proteção dos limites impostos ao poder de reforma esvazia os princípios fundamentais da Constituição e um dos objetivos do país – construir uma sociedade livre, justa e

¹⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 169.

¹⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit. , p. 221.

¹⁴⁹ Veja ADI 939/DF.

solidária. Uma hermenêutica contextualizada confere ao intérprete a abrangência do inciso IV, do parágrafo 4, do artigo 60, da Constituição Federal.

Segundo Oscar Vilhena, “os direitos sociais básicos podem ser defendidos como direitos individuais à dignidade humana e à igualdade ou como direitos políticos essenciais à realização da democracia”.¹⁵⁰

2.8. Considerações Finais

A importância em estabelecer parâmetros concretos que auxiliam na busca pela efetivação do direito fundamental social é, atualmente, uma das maiores preocupações dos juristas. Isso porque existe uma realidade financeira que impede a concretização dos direitos fundamentais sociais nos moldes estabelecidos pela Carta Política.

Neste capítulo, buscou-se demonstrar, por meio de uma revisão de literatura ampla, os impasses existentes entre a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais e a evocação do princípio da reserva do financeiramente possível como forma eficaz de garantir os recursos financeiros para consolidação dos direitos fundamentais sociais. Assim, tratando-se de uma escassez relativa, pode-se afirmar que os recursos públicos deverão ter uma destinação igualitária e deverão, num primeiro momento, verificar a influência da efetivação do direito fundamental social na vida digna do cidadão.

A realização de reformas pode, num sentido positivo, contextualizar as previsões de Estado do Bem – Estar Social que a Constituição de 1988 impõe e diminuir as contradições do sistema, no qual o modelo neoliberal predomina. Assim, relativizar cláusulas pétreas se consolida como um meio de efetivação dos direitos fundamentais sociais. Todavia, reformas constitucionais que ameaçam o núcleo imutável da Constituição Federal devem ser vistas sob dois

¹⁵⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 246.

focos: é um modo eficiente de modernização do sistema ou é um meio de esvaziar os direitos fundamentais?

No próximo capítulo, as reformas constitucionais que deram ensejo às emendas constitucionais que transformaram o sistema previdenciário serão analisadas para, ao fim, comprovar ou não uma das hipóteses desta dissertação.

CAPÍTULO 3 A QUESTÃO PREVIDÊNCIA SOCIAL: ABORDAGEM ECONÔMICA E JURÍDICA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

3.1. Considerações Iniciais

A partir do final dos anos 70 – com a chegada de Margareth Thatcher ao poder na Inglaterra – o mundo capitalista ocidental assistiu a uma crescente diminuição da participação do Estado na economia. Esse movimento ganha poderoso reforço com a vitória eleitoral de Ronald Reagan para a Presidência dos Estados Unidos, em 1980. Com efeito, a ideologia neoliberal – caracterizada pelas políticas ditadas pelo tatcherismo na Inglaterra e pelo reagonomics nos Estados Unidos – espalha-se pelo mundo ao longo da década de 80, atinge definitivamente o Muro de Berlin e o que este representava.

A onda neoliberal atinge o Brasil, mormente com a eleição de Fernando Collor para a Presidência da República em fins de 1989. Ao assumir o cargo em março de 1990, ataca o problema inflacionário e deslança, imediatamente, com a adoção de medida provisória, o programa nacional de privatizações, de modo a reduzir a participação do Estado na economia, assim como o seu poder regulatório.

A partir de então, os fundamentos do Estado de Bem-Estar Social no Brasil – assim como alhures – são revistos e afastados, dando lugar ao modelo de Estado neoliberal.

A diminuição do tamanho Estado é conseqüência imediata que se visa com a adoção do modelo Neoliberal para a estrutura econômica de um país. Com efeito, a redução gradativa do papel do Estado na economia e na sociedade, a desestatização, desnacionalização, a abertura dos mercados nacionais ao capital estrangeiro, a diminuição do poder de intervenção e de regulação estatais, a redução da dívida pública, dos déficits fiscais e da carga

tributária, são aspectos importantes na análise do desenvolvimento das políticas públicas e, por conseguinte, no exame da efetivação ou não dos direitos sociais.

Se por um lado o neoliberalismo produz oportunidades, por outro destrói ou, pelo menos limita severamente, a plena autonomia que o Estado possuía para definir programas e destinar verbas públicas para concretizá-los. Segundo Abili Lázaro Castro de Lima, o pensamento político neoliberal possui três diretrizes definidas: acabar com a inflação; privatizar e deixar o mercado regular a sociedade sozinho.¹⁵¹

Com a adoção de políticas neoliberais, o Estado de Bem-Estar Social no Brasil entrou em crise, evidentemente. Com efeito, a redução do déficit fiscal, por exemplo, impõe o freio nas medidas prestacionais (gastos correntes), o que eleva o número de pessoas desprotegidas da ação estatal por meio de políticas públicas compensatórias. Segundo Rogério Gesta Leal, a consequência dessa opção neoliberal é

o questionamento incisivo das políticas públicas provocadas pelo Estado do Bem Estar Social, de natureza intervencionista nas relações econômicas e de mercado, em nome da equalização das diferenças sociais e da inclusão de maiorias marginalizadas pelo modelo econômico vigente, radicalizando ainda mais a influência do liberalismo conservador preocupado com a proteção incondicional da propriedade privada. ¹⁵²

Neste capítulo, são apresentados os traços dos modelos de Estado liberal, de Bem-Estar Social e Neoliberal, bem como a versão americana denominada Law and Economics, que discute a dimensão econômica dos problemas jurídicos. Os elementos contidos nessas correntes de pensamento servirão de base para o desenvolvimento da análise sobre a efetivação do

¹⁵¹ LIMA, Abili Lázaro Castro de. *Globalização Econômica, Política e Direito: análise das mazelas causadas no plano político – jurídico*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2002, p. 159.

¹⁵² LEAL, Rogério Gesta. *Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios*. Brasília: ENFAM, 2010, p. 25.

direito social em um Estado neoliberal, porquanto subjacente ao exame da evolução qualitativa do sistema jurídico encontra-se a contribuição que a ciência econômica pode trazer para a ciência jurídica.¹⁵³

3.1.1. Interpretação Econômica neoclássica-Neoliberal do Direito

Existem duas formas fundamentais para a compreensão da ciência econômica: uma voltada para a ética e outra para a racionalidade. A primeira é capitaneada por Adam Smith, a qual “a economia relaciona-se com a ética de tal sorte que as concepções morais são fatores a serem considerados na análise econômica”.¹⁵⁴ Na segunda forma, corrente adotada no século XX, impera a racionalidade abstrata, a qual propõe formulações matemáticas para demonstrar as relações sociais.

O marco histórico do processo de exclusão social é o século XX, pois conjugado com o desenvolvimento do capitalismo clamou pela análise dos problemas econômicos e sociais mediante as duas óticas da ciência, ainda que a solução demandasse a intervenção do Estado.

Nos Estados Unidos surgiu a escola Law and Economics, tendo seu maior expoente o jurista Jeremy Bentham. O pensamento predominante nessa escola, seguindo a tradição clássica, propõe a intervenção mínima do Estado na regulação social dos direitos. O autor desenvolveu a teoria da análise econômica do direito partindo da premissa de que o indivíduo é uma variável econômica, ou seja, são “maximizadores racionais de seus próprios interesses

¹⁵³ Apenas a título de demonstração dessa contribuição, pesquisa realizada em 2006 levando-se em conta a morosidade da justiça e o percentual do P.B.I revelou que é gasto 0,8% a 1,5% do P.I.B. In: Os riscos da insegurança jurídica: lentidão da justiça e temor de quebra de contratos afastam investidores e prejudicam o país, Correio Brasiliense, edição de 3/01/2006 *apud* LEAL, Rogério Gesta. *Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios*. Brasília: ENFAM, 2010, p. 37.

¹⁵⁴ GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 250.

ou utilidades”.¹⁵⁵ Segundo Roemer, a escola Law and Economics teve sua base teórica no realismo jurídico norte – americano¹⁵⁶, porquanto as variáveis axiológicas são postas em segundo plano para a verificação do “maximizador racional”.

De acordo com essa teoria, o direito é um dos muitos grupos que formam as instituições sociais e, desse modo, o mais importante é descobrir como maximizar a eficiência do direito sob a ótica da alocação social ótima dos recursos econômicos. A compreensão da escassez dos recursos financeiros possibilita transformações sociais por meio do direito, porquanto

La realidad de la escasez no es solo la base para una concepción económica de la sociedad. Si al análisis económico se Le añaden ingredientes éticos e políticos, donde se tenga en cuenta a la persona em su dimensión integral, la escasez es también un punto de partida para justificar el derecho. 157

Assim, existem duas maneiras de efetivar os direitos sociais: maximização das utilidades individuais – chamada regra de Pareto -, e a maximização da riqueza social.

A regra de Pareto correlaciona a distribuição de recursos em comparação com o nível de bem-estar (utilidades ou níveis de preferência) que uma pessoa possui, ou seja, só há eficiência (ótima alocação) se “for impossível aumentar a utilidade de uma pessoa sem reduzir a utilidade de alguma outra pessoa”.¹⁵⁸ Traduzindo para a linguagem jurídica, os direitos sociais devem ser garantidos a todos de maneira equânime, para não gerar desvios no sistema. A sistemática de Pareto visa atingir o máximo de bem estar

¹⁵⁵ GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 240.

¹⁵⁶ ROEMER, Andrés. *Introducción al análisis económico del derecho*. Trad. José Luiz Pérez Hernández. México: FCE, 1994.

¹⁵⁷ PECES- BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Escasez y Solidariedad: una reflexión desde los clásicos. In: _____. *Derechos sociales y positivismo jurídico*: escritos de filosofía política y jurídica. Madrid: Dykinson, 1999, p. 82.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 242- 243.

social, ao propugnar a livre e espontânea geração de um ponto de equilíbrio nas trocas no qual “uma configuração eficiente implica também em um ótimo social, na medida em que, como cada bem está nas mãos daquele que mais o valoriza, a soma das utilidades individuais seria a maior possível”.¹⁵⁹

Segundo Edgar Filho, a sistemática de Pareto afirma que “o direito deve estimular uma mudança no comportamento das pessoas com objetivo de conduzir a sociedade de uma situação ‘A’ para uma situação ‘B’, com o menor gasto de recursos possíveis”.¹⁶⁰

Assim, o direito pode ser um instrumento de correção de desequilíbrios sociais – leia-se correção de ineficiências do sistema – melhorando a posição de “A” sem prejudicar a situação de “B”, mediante decisões judiciais justas e eficazes.

Em suma, o modelo da maximização da riqueza e do bem-estar social propõe analisar o direito como um aspecto da maximização da eficiência da economia de mercado. Isto é, as normas jurídicas devem ser observadas para concretizar sua significativa finalidade que é a máxima eficácia dos direitos.

A corrente contrária à lógica de Pareto está consolidada nos pensamentos de Posner, o qual propõe uma eficiência potencial de Pareto, na medida em que os “ganhadores devem compensar os perdedores” no momento de destinação dos recursos.¹⁶¹ O autor critica, ainda, o sistema tradicional do direito romano-germânico, pois este busca, no processo legislativo, a efetivação de ganhos e rendas, mas enfraquece a eficácia econômica do sistema normativo.

¹⁵⁹ PARETO, Wilfredo. *Manual de Economia Política*. São Paulo: Abril Cultural, 1984, v. 1, p. 80.

¹⁶⁰ FLORES FILHO. Edgar Gaston Jacobs. A nova escola de Chicago e as modalidades de regulação: tendências da Law and economics e aplicações para o direito brasileiro. p. 07. Disponível em: www.repositories.cdlib.org. Acesso em maio 2010.

¹⁶¹ POSNER, Richard. *The problems of Jurisprudence*. Cambridge: Harvard University Press, 1990, p. 389.

Segundo Posner, para maximizar a eficácia dos direitos é necessária uma lógica coordenada entre as instituições sociais, econômicas e legais, desvinculadas do aspecto individual.¹⁶² Com efeito, a eficácia dos direitos não deve estar atrelada a uma situação estática, mas dinâmica das relações sociais e econômicas e, segundo Posner, só assim o juiz conseguirá concretizar direitos.¹⁶³

A doutrina nacional, em especial Fábio Ulhoa Coelho e Marcelo Neves, critica essa abordagem econômica do direito, por sugerir uma superioridade da ciência econômica sobre a ciência jurídica.¹⁶⁴ Além disso, a crítica maior surge, do ponto de vista do direito propriamente dito, quando situa o homem centralizado em seus próprios interesses, “uma visão distorcida da sociedade como uma série de ações individuais conscientes”.¹⁶⁵

A chamada Escola de Chicago defende o pensamento econômico clássico. Por outro lado, a nova escola de Chicago, com o objetivo de difundir um pensamento contrário ao exposto pela primeira, propõe dois teoremas que explicariam a necessidade da intervenção estatal para as regulações sociais. Assim, o Teorema de Coase propõe uma intervenção mínima do Estado, ao contrário do Teorema de Hobbes, que advoga pela forte intervenção do Estado. O Teorema de Coase propõe que a questão dos custos sociais dos direitos seja analisada tendo como parâmetro o maior prejuízo que essa efetivação acarretaria para a sociedade. Por outro lado, o Teorema de Hobbes afirma que o custo da efetivação de um direito deve ser sintetizado de maneira que o titular que irá concretizá-lo o fará da maneira mais significativa possível. Desse

¹⁶² ZYWICKI, Todd J. Posner, Hayek and the Economic Analysis of Law. Disponível em: <www.law.gmu.edu>. Acesso em 06 de mar. 2011.

¹⁶³ ZYWICKI. op. cit. p. 46

¹⁶⁴ NEVES, Marcelo. Justicia y diferencia en una sociedad global compleja. In: *Doxa*, v. 24, 2001, p. 364. COELHO, Fábio Ulhoa. A análise econômica do Direito. In: *Revista do Programa de Pós – Graduação em Direito da PUC – SP*. São Paulo: Max Limonard, v. 02, 1995, p. 155.

¹⁶⁵ LA TORRE, Massimo. *Nostalgia for the homogeneous community*: Karl Larenz and the national socialist theory of contract. EUI Working Paper, San Domenico, p. 348. apud GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 244.

modo, “a lei pode fazer uma troca de direitos que não são necessários naquele momento para economizar os custos de operação de um direito”.¹⁶⁶

3.1.2. Antecedentes do Neoliberalismo: do modelo liberal ao Estado de Bem-Estar Social

Em 1690, John Locke desenvolveu as premissas básicas do liberalismo político, antecedente do liberalismo econômico, em que o poder divino e a legitimidade do povo formularam os cinco princípios do modelo: recusa do absolutismo; defesa da liberdade; pluralismo; soberania do povo; e governo representativo.¹⁶⁷

No século XVIII, os franceses – ainda que precursores do liberalismo econômico clássico – propunham um protecionismo do mercado de forma exagerada. O Estado, como ente político, editava as leis e criava formas de aprovação e reprovação das práticas mercantis. Esse controle excessivo gerou, fatalmente, uma reação contrária ao protecionismo, à regulação total, ao lema *laissez-faire, laissez-passer*.

Em outra vertente, surge, com a publicação da tese sobre a Riqueza das Nações de Adam Smith, em 1776, o liberalismo econômico que possuía as seguintes premissas: liberdade de empresa; propriedade privada; liberdade de contrato; e liberdade de comércio.¹⁶⁸ Pode-se afirmar que o liberalismo econômico possui a economia de mercado como diretriz principal por razões de igualdade – esta no sentido de distribuição igualitária dos custos para satisfazer as necessidades dos cidadãos - e não por razões de eficiência da prestação

¹⁶⁶ JYOTISHI, Amalendu ; SIVARAMKRISHNA, Sashi. *Hobbes, Coase, and Social Welfare: abstractions of equity and equality in surface water distribution*. Artigo publicado no IWMI em 24 fev. 2005.p. 08. Disponível em:<www.publications.iwmi.org>. Acesso em 06 de março de 2011. Tradução livre.

¹⁶⁷ NAY, Oliver. *História das Idéias Políticas*. Tradução: Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 196 – 197.

¹⁶⁸ GASTALDI, J. Petrelli. *Elementos de Economia Política*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 50.

dos serviços.¹⁶⁹ Segundo J. Gastaldi, com Adam Smith surge o liberalismo “não intervencionista, com a concepção de que as leis econômicas são de ordem natural e providencial, produzindo os seus efeitos mesmo que se pretenda evitá-los”.¹⁷⁰ Teóricos, como David Ricardo e Thomas Malthus - não obstante serem partidários do pensamento liberal econômico -, defendiam, ao contrário de Adam Smith, que as leis naturais da economia nem sempre beneficiavam a sociedade.¹⁷¹

A corrente liberal enxergava no Estado o papel de guardião da segurança, da prestação dos serviços públicos essenciais para a população, e a garantia de cumprimento dos contratos. Interessante constatar que assim que o liberalismo no século XIX começa a transparecer seus pontos fracos e opressores da sociedade, como cargas de trabalho exageradas para mulheres, crianças e idosos, o próprio sistema esboça os regimes de previdência social para esses trabalhadores. Esse pensamento restou intacto até 1929, pois segundo Harold Laski “Locke e sua escola substituíram o príncipe pelo Parlamento, como mais adequado para dar às leis um propósito social.”¹⁷²

De acordo com Ronald Dworkin, essa ênfase na segurança e no crescimento econômico e social deixa uma pergunta, aparentemente sem resposta, sobre o modelo liberal, porquanto trata-se apenas de princípio constitutivo do modelo liberal ou “está atado a alguma forma de utilitarismo que torna a prosperidade geral um benefício em si mesmo?”¹⁷³

Com efeito, o Estado de Bem-Estar Social, oriundo da Grã-Bretanha, propõe um modelo de Estado mais preocupado com o estabelecimento de direitos sociais e com a evolução dos direitos civis e políticos do que,

¹⁶⁹ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio: Liberalismo e Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 294.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 51.

¹⁷¹ David Ricardo, por exemplo, defendia a garantia do mínimo necessário para a subsistência do trabalhador para estimar o valor do trabalho.

¹⁷² LASKI, Harold. *O liberalismo europeu*. Tradução: Álvaro Cabral. São Paulo: Mestre Jou, 1973.

¹⁷³ DWORKIN, op. cit. , p. 275.

efetivamente, numa ação racional do Estado em uma sociedade de livre mercado.¹⁷⁴

Segundo Bobbio, a base fundamental do Estado de Bem-Estar Social é que “independentemente da sua renda, todos os cidadãos, como tais, tem direito de ser protegidos contra situações de longa duração ou de curta duração”.¹⁷⁵

O Estado de Bem-Estar Social surgiu como forma de equilíbrio entre Estado e sociedade oriundas das transformações ocorridas no pós segunda guerra mundial. Desse modo, o Estado Providência possui a função de manter o crescimento econômico com a finalidade de diminuir a desigualdade social e consolidar as demandas da sociedade.

Todavia, segundo Pierre Rosavallon, a partir da década de 80 com o aumento da pobreza e do desemprego, o Estado de Bem-Estar Social perdeu legitimidade na relação do Estado com a sociedade. Para o autor, o Estado Providencia não possuía mais a sustentabilidade de outrora. De fato, o aumento das despesas sociais cresce num ritmo mais acelerado do que as receitas do Estado e, por isso, Rosavallon sugere um nova olhar sobre o Estado de Bem –Estar Social “a partir das formas de sociabilidade que ele induz e não a partir do grau de socialização da demanda”.¹⁷⁶

Constata-se que no âmbito da efetivação dos direitos fundamentais sociais o Estado Providência é o que mais se adéqua aos anseios sociais e à concretização das normas constitucionais.

¹⁷⁴ SANTOS, Leila Borges Dias ; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. Ferdinand Lassalle e o Estado de Bem-Estar Social. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*. Goiânia, v. 33. n.1. jan./jun. 2009, p. 88.

¹⁷⁵ BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. 5 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000, p. 417.

¹⁷⁶ ROSAVALLON, Pierre. *A crise do Estado Providência*. Brasília: Unb, 1997, p. 38.

3.1.3. Traços evolutivos do Modelo Neoliberal no Brasil

A reestruturação da intervenção do Estado na economia teve espaço no Brasil a partir da década de 80, ao mesmo tempo em que o mundo discutia o cabimento ou não desse novo experimento como no Chile, sob a ditadura de Pinochet em 1973, na Inglaterra com Margareth Thatcher, entre 1979-90 e nos Estados Unidos com Ronald Reagan, entre 1981-89.

A partir da década de 90, o Brasil, com a promessa da modernização do Estado, encontrou nos programas de Reforma do Estado a saída para a solução da ineficiência da prestação dos serviços públicos, para uma nova economia nacional, sob a orientação do novo modelo, cuja fonte principal era a velha ideologia liberal. Segundo Juarez de Souza,

o Estado deixaria à iniciativa privada a produção de bens e serviços, bem como a liderança do processo de desenvolvimento econômico e se tornaria, fundamentalmente, regulador das concessões de serviços públicos, mediante a criação de agências reguladoras especializadas, e provedor subsidiário de funções públicas clássicas como educação para os desafortunados, saúde pública, administração da justiça e segurança. 177

Assim, a “mão visível do Estado”¹⁷⁸ começa perder espaço para a intervenção do Estado na economia com o objetivo de regular os mercados e a prestação dos serviços, e coibir os excessos que o liberalismo havia gerado.¹⁷⁹

¹⁷⁷ SOUZA, Juarez de. *Críticas à construção de um Estado Neoliberal no Brasil: 1987 – 2002, 15 anos de profundas mudanças*. In: Congresso Del CLAD – Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (8.: 2003: Panamá). Cidade do Panamá, 29.10.2003. Painel 10: Reformas estruturais: o legado de FHC e os desafios de Lula.

¹⁷⁸ De acordo com o Nobel de Economia Joseph Stiglitz “a mão invisível do mercado, de Adam Smith, é invisível porque não existe”.

¹⁷⁹ Interessante observar que: “o mundo não é governado de forma que os interesses privados e sociais estejam sempre coincidentes. Não é correto afirmar que os princípios da economia são conduzidos de forma que o auto interesse seja sempre operacionalizado em prol do interesse público”. KEYNES. *Essay in Persuasion*. London: Macmillan. 1972, v.9.

No período de 1987 – 1988, o Brasil travava uma guerra com a instabilidade econômica, com as altas taxas de inflação e com uma promessa de desenvolvimento garantido com a adoção do modelo neoliberal para o país. Isto é, em especial com a ideologia proveniente dos Estados Unidos da América, mediante o chamado Consenso de Washington. A exemplo do Chile, com a influência do modelo neoliberal imposto durante a ditadura de Pinochet, e os resultados positivos que as políticas de privatização e as políticas da desregulamentação da economia trouxeram naquele país, assim como nas democracias norte-americana e inglesa, restou necessário, face ao contexto sócio-político em que o país se encontrava, abraçar o neoliberalismo como uma possível saída para o desenvolvimento estável e sustentável do Brasil.

Em meio a toda essa movimentação de mudança ideológica, a Assembléia Nacional Constituinte de 1987/88 elabora uma Carta Política contraditória com o pensamento econômico predominante à época: constitui efetivamente um Estado típico de Bem-Estar Social, porquanto amplia a base tributária, institui a contribuição patronal sobre faturamentos e lucros para a Seguridade Social, com a concepção dos princípios da universalidade e das diversas fontes de financiamento; introduz um rol extenso dos direitos e garantias individuais e sociais e mantém os monopólios estatais nas áreas de petróleo e de comunicação, assim como o poder de intervenção estatal na economia.

Por outro lado, o Estado havia se transformado em um prestador de serviços lentos e insatisfatórios, sem qualquer perspectiva de reversão nos baixos níveis de investimentos produtivos competitivos, sejam os financiados com poupança interna ou externa.

A chamada “ciranda financeira” estava formada, porquanto o Estado dominava a captação de recursos e, mediante a liquidez e rentabilidade que garantia aos títulos públicos, afastava os investidores de aplicações na esfera produtiva privada.

A solução para a superação desse embate surge com as propostas de novas reformas, especialmente com a promessa de abertura dos mercados para maior participação do capital privado nacional e multinacional nas atividades econômicas. Com efeito, as reformas analisadas, a seguir, neste capítulo são aquelas concernentes aos sistemas previdenciários, com o objetivo de se verificar as razões, vantagens e desvantagens das mudanças do sistema, bem como os ganhos e perdas dos entes e agentes envolvidos.

A análise é relevante porquanto no cap. IV será feito o contraponto dos fundamentos econômicos com os fundamentos constitucionais da reforma. Isto é, o confronto das restrições econômico-financeiras do Estado com a rigidez constitucional dos Direitos Fundamentais, enquanto cláusulas (constitucionais) pétreas.

De fato, o misto de Estado Keynesiano com o Estado de Bem-Estar-Social sofre forte abalo em suas estruturas com a denominada primeira crise do petróleo, em 1973: o Presidente Ernesto Geisel (penúltimo do regime militar) assumira a Presidência da República em março de 1974 e iniciara o 'lento, gradual e seguro' processo de distensão política. Assim, diante da grave crise externa (elevados déficits em transações correntes com o resto do mundo), optou pelo endividamento externo, especialmente o do setor público, para não levar o país a recessão econômica e atropelar o referido processo de abertura política.

Na seqüência, com a segunda crise do petróleo em 1979, a taxa de juros internacional aumenta e, por via de conseqüência, o endividamento público brasileiro cresce assustadoramente obrigando o País, na fase seguinte, a gerar superávits comerciais para saldar os juros da dívida externa e a gerar superávits fiscais primários para saldar, também, parte dos juros da dívida pública interna.

No âmbito internacional, não se pode deixar de mencionar dois principais fenômenos que auxiliam na reflexão da construção do modelo neoliberal: a destruição do bloco soviético, simbolizado com a queda do Muro

de Berlin em 1989, e o processo de globalização capitalista de cunho neoliberal. O primeiro aprofunda o capitalismo e a democracia liberal, na medida em que reage ao fracasso deixado pelo socialismo real, e o segundo caracteriza-se pela busca de novos mercados e de novas oportunidades de investimentos com as sobras de capital internacional. De acordo com Eric Hobsbawn, “os perigos da esquerda, que mostravam na URSS ter mais força do que nunca, e a ameaça da direita fascista, formava um terreno que se mostraria fértil à teoria keynesiana de salvação do capitalismo”. 180

Em 1990, o Presidente da República recém-eleito, Fernando Collor de Mello, lançou um plano de estabilização monetária, seguido de um programa de desestatização, de ampla abertura comercial e de um projeto de reconstrução nacional. Pode-se afirmar que a retirada do Estado nestes planos e as reformas previstas para a abertura comercial e financeira ao capital estrangeiro deixam claro que a idéia era o alcance do crescimento econômico liderado pela iniciativa privada. 181

No período 1993-1994, no Governo Itamar Franco, a política de desestatização continuou e suas principais características foram a privatização de mais quinze empresas, conclusão da desestatização do setor siderúrgico e eliminação da discriminação com o capital estrangeiro¹⁸².

O primeiro Governo FHC, no período de 1995-1998, concentra seus esforços, inicialmente, no plano de estabilização econômica, com a implementação do Plano Real, e visa a concretizar a modernização do Estado. Assim, o programa de estabilização econômica se sustenta com dois alicerces fundamentais: influxo de capital estrangeiro confiante na política adotada pelo Governo, mediante a elevação da taxa de juros interna – uma das maiores do mundo- e a venda de estatais, com a retomada da alienação das empresas estatais das áreas de infra-estrutura, comunicação, energia e financeira.

¹⁸⁰ HOBBSAWN, Eric. *A Era dos Extremos: o breve século XX – 1914 - 1991*.

Tradução: Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 100.

¹⁸¹ Entre 1990/1992, foram incluídas 68 empresas no programa de venda das estatais. In: *Histórico das Privatizações e Privatizações Federais*. Disponível em:

<www.bndes.gov.br>. Acesso em maio de 2010.

¹⁸² SOUZA, Id. 2003.

Ressalte-se que um dos objetivos do plano de estabilização econômica e das privatizações era a melhoria da qualidade dos serviços públicos prestados à sociedade brasileira, por meio da incorporação de novas tecnologias, da modernização setorial e do aumento dos investimentos a serem realizados pelos novos controladores. ¹⁸³

Além da estabilização monetária, do avanço nas privatizações, da quebra dos monopólios do petróleo e das comunicações, o primeiro Governo FHC promoveu a chamada Reforma Administrativa, mediante a EC 19/98, de 4 de junho de 1998, e a Reforma da Previdência, com a EC20/98, de 16 de dezembro de 1998.

No segundo mandato do presidente FHC, de 1999-2002, as primeiras medidas concernentes à reforma da previdência são implementadas, com a introdução do fator previdenciário¹⁸⁴ no RGPS, portanto, para o setor privado (Lei nº 9.876, de 26 de novembro de 1999); ainda no setor privado instituiu a fixação de 60/65 anos de idade e 30/35 anos de contribuição para homens e mulheres; para o setor público possibilitou o pedágio¹⁸⁵ de 20 % de tempo de serviço para os servidores ativos que se encontravam na transição dos regimes de previdência. No Regime próprio do servidor público unificou o tempo de contribuição de 30 anos conjugado com mínimo de 48 anos de idade para a mulher e 35 anos de contribuição conjugados com 53 anos de idade para o homem; retirou a contagem do tempo em dobro dos benefícios quinquenais da

¹⁸³ SOUZA, Juarez de. *Críticas à construção de um Estado Neoliberal no Brasil: 1987 – 2002, 15 anos de profundas mudanças*. In: Congresso Del CLAD – Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (8.: 2003: Panamá). Cidade do Panamá, 29.10.2003. Painel 10: Reformas estruturais: o legado de FHC e os desafios de Lula.

¹⁸⁴ Quanto maior o tempo de contribuição, maior serão os valores dos benefícios. O Fator Previdenciário calcula o benefício da aposentadoria por tempo de contribuição tendo em vista dos seguintes fatores: expectativa de sobrevida, idade e o tempo de contribuição do segurado.

¹⁸⁵ Regra de transição para a aposentadoria proporcional, ou seja, é um tempo adicional de contribuição para o segurado ter direito a aposentadoria integral.

licença-prêmio; introduziu a concepção de previdência complementar para os servidores públicos, por meio da constituição de fundos de previdência.¹⁸⁶

Com a eleição do presidente Lula, já no seu primeiro ano de mandato manteve a política econômica adotada pelo governo FHC (controle da inflação, do déficit fiscal e do endividamento público, geração de superávits fiscais primários e política cambial flutuante). Com efeito, consolidou-se essencialmente a linha adotada pelo Governo FHC e, com destaque para os fins dessa tese, instituiu a constitucionalização da contribuição dos inativos e pensionistas à mesma taxa dos ativos, mediante a EC 41/2003.

Ressalte-se, assim, que a Emenda Constitucional n. 41/2003 não foi a primeira a conceber a idéia da relativização do direito adquirido em relação ao direito de aposentadoria. Em 1998, a EC n° 19 dispôs para o artigo 37, XV, da CF, que seria possível a exoneração de servidores efetivos estáveis para atender a limite de gastos com pagamento de pessoal e, ainda, fixou um “teto”, para o vencimento dos agentes públicos. A justificativa, a título de que não estava ferindo um direito fundamental, foi a de que “não existe direito adquirido frente a regime institucional.”¹⁸⁷ Ou, a tese de que a relação do servidor público com o Estado é de ordem estatutária e não contratual, como entende e decide, sobre a matéria, a ministra Ellen Gracie, do STF.

Em março de 2003, o Presidente Lula submeteu ao Congresso Nacional proposta de emenda constitucional (PEC n° 40/2003), acompanhada da respectiva Exposição de Motivos, visando reformar o sistema de previdência social do país, especificamente no âmbito do setor público – o chamado regime próprio de previdência social (RPPS). A PEC resultou na EC. N° 41, de 2003.

A proposta de reforma da previdência (PRP), que derivou de acordo preliminar entre o presidente Lula, o Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social (CDES) e os vinte e sete governadores, compreendia quatro eixos

¹⁸⁶ O Projeto de Lei Complementar 09/99 é o antigo projeto que discute a instituição do regime complementar de previdência para os servidores.

¹⁸⁷ MIRANDA, Henrique Savonitti. *Curso de direito constitucional*. 5.ed. Brasília: Senado Federal, 2007.p. 250.

fundamentais: 1. contribuição “solidária” dos atuais e futuros inativos e pensionistas do RPPS; 2. estabelecimento de teto universal dos proventos e benefícios previdenciários, com teto igual para o regime próprio dos servidores públicos e o regime geral de previdência social, 3. instituição de fundos de pensão, e 4. aumento de 7 anos no quesito idade mínima. 188.

O exame da matéria sugere a subdivisão da PRP em 11 pontos centrais, extensivos aos Estados e Municípios, no que couber:

- a) contribuição de inativos e pensionistas;
- b) redutor das pensões;
- c) aumento linear da idade mínima para a aposentadoria, inclusive para os servidores em transição;
- d) eliminação da integralidade da remuneração no cargo em que se der a aposentadoria, conforme estabelecido pela Assembléia Nacional Constituinte (art. 40, III, ‘a’) e atendidos alguns pressupostos adicionais;
- e) limitação da paridade ativo-inativo somente para os que tiverem ingressado no serviço público até a data de promulgação da Emenda Constitucional originária da referida PEC nº 40, de 2003, e desde que atendidos alguns pressupostos;
- f) limites para a remuneração e proventos de aposentadoria, com subtetos nos Estados e Municípios;
- g) aumento do tempo de serviço público e de exercício no cargo para ter o direito à aposentadoria;
- h) aumento do teto de contribuição para o RGPS e retorno dos custos privados de acidente do trabalho para a previdência;
- i) universalização do teto (RPPS=RGPS);
- j) instituição da previdência complementar no âmbito do RPPS, mediante constituição de fundos de pensão;

¹⁸⁸ SOUZA, Juarez de. Reforma da Previdência: sugestões para aprimoramento no Senado. *Correio Brasiliense*. Brasília, 01 de set. 2003.

k) instituição de bônus de permanência, equivalente ao valor da respectiva contribuição previdenciária, para os servidores que permanecerem em atividade após o preenchimento dos requisitos para suas aposentadorias

Além da imposição de contribuição 'solidária' dos inativos, a reforma não previa uma regra de transição proporcional, eliminava a garantia da integralidade e da paridade plena ativo-inativo.

Embora as questões relativas à transição, à integralidade e à paridade tenham sido amenizadas durante as negociações políticas no Congresso Nacional, manteve-se intacta a proposta de taxação dos inativos, com incidência inclusive sobre aqueles servidores que já se encontravam aposentados, assim como sobre seus pensionistas.

Em essência, os traços principais da proposta acima descrita foram incorporados à Constituição Federal, entre dezembro de 2003 e junho de 2005, mediante as Emendas Constitucionais- EC n°s 41/03 e 47/05.

Na EC 47, de 2005, foi introduzida uma regra de transição, com a qual o servidor que ingressou no serviço público até 16 de dezembro de 1998 (EC 20/98) poderá se aposentar com direito assegurado à paridade plena ativo-inativo e com proventos integrais, desde que atendidos os requisitos de idade mínima combinados simultaneamente com o tempo de contribuição, além do tempo de 25 anos de exercício efetivo no serviço público, 15 anos na carreira e 5 anos no cargo, e a permitida redução de 1 ano na idade mínima para cada ano excedente ao tempo mínimo de contribuição, conforme. art. 3º, II e III, da EC 47/05.

A justificação do governo para tal reforma estava centrada na questão do déficit público, em geral, e no déficit da previdência social, em particular. Assim, a aproximação dos regimes – próprio e privado- foi a principal fundamentação para a reforma constitucional de 2003. Com efeito, o governo buscou no caráter contributivo do sistema previdenciário uma fórmula, na qual o servidor poderá auferir valores superiores ao valor do teto caso opte por um regime de previdência complementar. A justificativa para o déficit previdenciário

resta, na visão do governo, na falta de regulamentação do teto para a aposentadoria e, desse modo, no aumento de gasto com servidores que se encontram na inatividade ao passo que os servidores que estão na ativa permanecem com a mesma remuneração. Fatores como perfil demográfico, aumento do retorno de aposentados para a atividade e gestão do gasto público são elencados como essenciais para a reforma constitucional do sistema previdenciário.

Do mesmo modo, os princípios da igualdade e da equidade social permeiam a fundamentação de que na área privada os trabalhadores possuem um teto e na área pública não há teto para os benefícios previdenciários e os servidores se aposentam com idade muito precoce e com valores muito acima da média nacional. Esquecem-se, todavia, de que os servidores públicos contribuem para o regime próprio com o valor total de sua remuneração e, agora, se aposentarão com um valor bem abaixo daquele descontado em folha para o seu regime de previdência.

Todavia, de acordo com Meiriane Nunes

por trás do déficit da previdência social estão: a política assistencial de transferência de renda da área urbana para rural; política de distribuição de renda por meio de aumentos reais conferidos ao salário-mínimo; políticas de subsídios a determinados setores. Ou seja, o desequilíbrio repousa muito mais na utilização da previdência para efetivação de políticas sociais de cunho eminentemente assistenciais do que nas regras intrínsecas ao seguro social previdenciário. 189

Ademais, deve-se adicionar à natureza do alegado déficit previdenciário no Brasil o relativamente baixo nível de crescimento econômico do País, observado sobretudo a partir da segunda metade dos anos 80 – em comparação com a performance registrada no longo período que se estende do

¹⁸⁹ AMARO, Meiriane Nunes. O processo de reformulação da previdência social brasileira (1995 -2004). In: *Consultoria Legislativa do Senado Federal*, Brasília, fev. 2004, p. 13.

pós 2ª. Guerra mundial até o segundo choque do petróleo e crise da dívida externa, entre 1980-87.

Por outro lado, considere-se o historicamente significativo nível de informalidade nas relações de trabalho, fazendo com que parte substantiva das pessoas economicamente ativas não tenha registro em carteira de trabalho e, conseqüentemente, não contribuam para a previdência social tanto esses trabalhadores quanto seus patrões. Como se sabe, esses trabalhadores, além de não contribuírem para a previdência social, não gozam de outros direitos trabalhistas e sociais, a exemplo de férias regulares, horas extras, etc. Todavia, quando envelhecerem serão amparados pelo Estado, seja pela rubrica 'previdência social' ou 'assistência social', pouco importando a nomenclatura. Do ponto de vista analítico, porém, revela-se claro equívoco – intencional ou não – considerar tais despesas públicas como 'déficits previdenciários', ao invés de 'dívida social', mesmo porque de previdência – em seu sentido atuarial – nada há. Assim como Vargas criou um fundo de poupança pública ao instituir os IAPs (institutos de aposentadorias e pensões); os governos militares criaram mecanismos de poupança compulsória, como o FGTS e o PIS/PASEP; a Assembléia Nacional Constituinte instituiu a Seguridade Social e o FAT, o governo Lula propunha, na verdade, a criação de mega fundos de pensão e, assim, proporcionar folgas para investimentos públicos (especialmente em logística e energia) destinados à retomada do crescimento econômico sustentável e ao resgate da pobreza.

Há divergências metodológicas sobre os cálculos dos custos da previdência social entre os órgãos governamentais e entidades da sociedade civil. O governo inclui, por exemplo, os benefícios pagos a aposentados que nunca contribuíram para o sistema (v.g. Funrural) em seus cálculos, enquanto a associação dos auditores da previdência considera como receitas todos os recursos destinados à seguridade social que, por definição constitucional, engloba as áreas de saúde, previdência e assistência social. Com a reforma prevaleceu o entendimento oficial.

Segundo João Sayad, a dívida pública, que faz parte de uma política monetária, determina a política fiscal do Estado¹⁹⁰. No período entre 1994-2004, o Brasil possuía uma dívida pública correspondente a 55,59% do PIB, com um superávit primário na casa dos 4%. Isso significa um pesado custo financeiro para as finanças públicas, impossibilitando a realização de outras funções próprias de Estado. Nesse sentido, alguns direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal podem ser sacrificados, diminuídos, atingindo até mesmo cláusulas pétreas, como o direito adquirido dos aposentados pré-reforma.

Yoshiaki Nakano, numa visão estritamente econômica, propõe o corte de gastos correntes como uma forma de garantir recursos públicos para futuros investimentos e para um crescimento mais significativo do país¹⁹¹. Obviamente, tal proposta de política econômica fere os aposentados e aposentados, porquanto um dos maiores componentes dos gastos correntes diz respeito aos dispêndios com o sistema previdenciário.

Por outro lado, para Márcio Garcia e Roberto Rigobon, a reforma previdenciária de 2003 surge, nesse contexto de reordenamento das finanças públicas, como uma forma garantidora da sustentabilidade do financiamento da dívida pública¹⁹².

O impasse criado com a reforma previdenciária pública foi muito maior do que perenizar o ajuste nas contas públicas, pois resultou em desvinculação de teorias clássicas do direito constitucional e na agudização de um novo modo de pensar: as restrições financeiras intransponíveis que o Estado apresenta para concretizar direitos fundamentais, especialmente se fundado em base neoliberal .

¹⁹⁰ SAYAD, João. Dívida Pública: quarenta anos de frustrações. In: *Cadernos de altos estudos: a dívida pública brasileira*. Brasília, 2005. p.124-128.

¹⁹¹ NAKANO, Yoshiaki. Intolerância ao endividamento. In: *Cadernos de altos estudos: a dívida pública brasileira*. Brasília, 2005. p.129-130.

¹⁹² RIGOBON, Roberto ; GARCIA, Márcio. Uma abordagem baseada no conceito de risco à análise da sustentabilidade da dívida pública com aplicação a dados brasileiros. In: *Cadernos de altos estudos: a dívida pública brasileira*. Brasília, 2005. p. 161-163.

Além disso, aumentou o limite mínimo de idade para os servidores públicos em transição entre as regras vigentes quando ingressaram no serviço público e as impostas pelo novo regime previdenciário -, sendo de 55 anos para as mulheres e de 60 anos para os homens; universalizou o teto de aposentadoria dos servidores públicos, desconsiderando a regra primária de que o servidor público recolhe a contribuição previdenciária com base no valor total de sua remuneração e não pelo teto do RGPS, como acontece com os trabalhadores do setor privado; põe fim aos institutos da integralidade e da paridade conquistados durante a Assembléia Nacional Constituinte; impõe um corte de 30% no valor das pensões acima do teto do RGPS e estimula a abertura do mercado de fundos de pensão para o capital financeiro, nacional ou estrangeiro, com o objetivo de instituir as previdências complementares.

Em face dessas emendas à Constituição houve o devido questionamento sobre a sua constitucionalidade. Com efeito, foram ajuizadas junto ao Supremo Tribunal Federal–STF duas ações diretas de inconstitucionalidade: a ADI nº 3105-DF e a ADI nº 3128- DF.

A decisão do Pretório Excelso sobre as duas ações diretas de inconstitucionalidade, por maioria de votos em 18 de agosto de 2004, serão analisadas detalhadamente no próximo capítulo.

3.2. A questão previdenciária: Perspectivas do Regime Previdenciário

3.2.1. Considerações Preliminares

O sistema previdenciário foi criado com a perspectiva de que na velhice, depois de ter contribuído e trabalhado por um longo período, o Estado resguardasse esse montante para o seu desfrute.

O ciclo de vida do ser humano ajuda a compreender a conjuntura do sistema: aqueles que hoje trabalham sustentam os que já trabalharam para

serem sustentados em alguns anos. Ocorre que atualmente essa estrutura foi quebrada por fatores que podem explicar o problema, mas não mostram soluções: a expectativa de vida foi elevada e a taxa de natalidade caiu. Nos países europeus, a média da taxa de fecundidade está em torno de 1,37 filho por mulher, sendo que o mínimo esperado para repor as perdas naturais de uma população é de 2,1 filhos por mulher. No Brasil, a taxa de fecundidade caiu de 5,8 filhos por mulher em 1970 para 1,8 filho por mulher em 2009, portanto, abaixo do patamar de reposição. Por outro lado, a expectativa de vida aumentou para 73,2 anos no mesmo período.

Considerados num plano mais amplo, conforme debatido nos capítulos anteriores, os direitos relativos à seguridade social são, também e inegavelmente, direitos fundamentais. Apesar de estarem ‘topograficamente’ distanciados na Constituição Federal, i.e., nos artigos 194 e seguintes, são considerados fundamentais pelo conteúdo que encerram, tanto para a democracia como para todos aqueles que deles necessitam ou irão deles necessitar, em face do vetor-mor da ordem constitucional, qual seja, o princípio da dignidade humana.

A Constituição Federal de 1988 priorizou o acesso de diversos grupos e categorias à seguridade social, que compreende o direito de todos (universalidade) à saúde, à aposentadoria e à assistência social, sem, contudo, viabilizar as fontes de custeio específicas em montantes que permitissem alcançar o efetivo acesso à seguridade social, e.g., e ao regime previdenciário, em particular.

Segundo Meiriane Nunes Amaro, a Constituição Federal

ampliou o rol de direitos dos servidores públicos e, na área rural, incrementou os benefícios de meio para um salário mínimo, reduzindo em cinco anos a idade e o tempo de serviço para efeito de aposentadoria e incorporou milhares de trabalhadores que nunca haviam contribuído para o sistema. 193

¹⁹³ AMARO, Meiriane Nunes. O processo de reformulação da previdência social brasileira (1995-2004). In: *Consultoria Legislativa do Senado Federal*, Brasília, fev. 2004, p. 4.

Percebe-se, ademais, que há, pelo menos no mundo Ocidental, uma preocupação latente com as questões atinentes à composição dos regimes previdenciários¹⁹⁴. Não fosse assim os países do Mercosul não estariam articulando acordos internacionais na área previdenciária, nem a França e a Alemanha - países modernos, desenvolvidos e líderes na União Européia - não estariam revendo direitos e expectativas de direitos nessa esfera da vida social.

3.2.2. Breve Revisão Histórica

A previdência social é parte integrante da história do Brasil e, assim, passou por várias mudanças conceituais, estruturais, grau de cobertura e formas de financiamento¹⁹⁵. Com efeito, decreto real de 1821 concedeu aposentadoria aos mestres e professores com 30 anos de serviço. Embora a CF de 1824 fosse omissa na questão da previdência social, normas posteriores regularam os monte-pios relativos a categorias profissionais específicas (marinha, servidores do Estado, ferroviários, empregados dos Correios, entre outros.)

Segundo J. B. Serra e Gurgel, a Lei Eloy Chaves, de 1923, que criou para cada uma das empresas de estrada de ferro uma Caixa de Aposentadoria e Pensões- CAPS, “é considerada o ponto de partida da previdência social Brasileira e da proteção social com a aposentadoria, pensão, assistência médica e auxílio farmacêutico.”¹⁹⁶ As CAPS foram estendidas posteriormente aos portuários e marítimos, aos empregados de serviços telegráficos, radiotelegráficos, de força, luz e bondes, aos demais serviços públicos

¹⁹⁴ Estudo divulgado pelo IPEA demonstra que para o próximo governo haverá nova reforma previdenciária no qual o homem terá que somar 105 anos e a mulher 100 anos de trabalho e idade. Além disso, nessa futura reforma os militares seriam o grande grupo atingido pela reforma. Disponível em: <www.coturnonoturno.blogspot.com>; <www.diariodonordeste.globo.com>. Acesso em 21 de set. 2010; 21 de abr. 2011.

¹⁹⁵GURGEL, J. B. Serra e. *Evolução da previdência social*. Funprev. Fundação ANAPS, 2007.

¹⁹⁶Id. 2007.

concedidos ou explorados pelo poder público. Em 1933, o governo criou um instituto de aposentadoria e pensão dos marítimos- IAPM “instituição de previdência social de âmbito nacional, tendo como base a atividade genérica da empresa, por categoria profissional, iniciando o segundo processo gerencial da previdência social que substituiria progressivamente as caixas pelos institutos” ¹⁹⁷, a exemplo do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos trabalhadores em transportes e cargas- IAPTEC, de 1945.

Somente em 1966, com o Decreto-lei nº 72, foram extintos os seis IAPS e criado o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), autarquia federal em cujo patrimônio foram incorporados os bens dos IAPS.

A Constituição de 1967, em seu artigo 158, inciso XVI, assegurou aos trabalhadores - dentre outros direitos - “previdência social, mediante contribuição da União, do empregador, do empregado, para seguro desemprego, proteção da maternidade, e nos casos de doença, velhice, invalidez e morte.”, bem como a garantia de “aposentadoria para a mulher, aos trinta anos de trabalho, com salário integral.”, conforme inciso XX do citado artigo.

A centralização geral da previdência social, em âmbito federal autárquico, veio acompanhada do cuidado com a fonte tríplice de custeio (trabalhadores, empregadores e Estado), que a rigor, já estava inserida no modelo constitucional brasileiro desde a CF de 1934. ¹⁹⁸. Assim, a parte da União no custeio dos encargos “será atendida mediante dotação orçamentária, ou com o produto de contribuição de previdência arrecadado, com caráter geral, na forma da lei” (artigo 158, §§ 1º e 2º, CF/67). A EC nº01, de 1969, manteve em linhas gerais os direitos relativos à previdência social.

Como doutrina Marcelo Leonardo Tavares,

¹⁹⁷ Idem.

¹⁹⁸ TAVARES, Marcelo Leonardo. Direito Previdenciário. 10. ed.. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2008. p. 6

existem duas formas básicas de organização previdenciária: o sistema de capitalização, consistente na cobrança de contribuição que possibilite o pagamento dos próprios benefícios e das demais despesas de administração, com a formação de um fundo de reserva individualizado ou de capitalização; e o regime de repartição simples, que prevê a fixação anual do valor das contribuições destinadas ao custeio dos benefícios de todos os filiados. 199

As contribuições, nesse regime, são destinadas para todo o sistema e servem para pagar as prestações mantidas para o grupo de filiados.

Ocorre que a contributividade dos servidores públicos, em atividade, para o regime próprio foi introduzida na Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993. Essa Emenda deixou claro que as fontes de custeio do RPPS federais seriam os recursos provenientes da União e da contribuição dos próprios servidores. Assim, pode-se afirmar que, no passado, o regime próprio de previdência do servidor federal compunha apenas mais um item da despesa pública.

Já com a Emenda Constitucional 41, de 2003, explicitou-se o princípio da solidariedade nesse regime contributivo, assim como quem deverá contribuir para o seu financiamento: as entidades públicas, de um lado; e os servidores, ativos e inativos, e pensionistas, de outro. Ou seja, a reforma impôs a contribuição dos inativos e pensionistas como uma das fontes de custeio do regime. Esta contribuição foi objeto de controvérsia na doutrina, tendo, por exemplo, manifestação contrária de Diogo de Figueiredo Moreira Neto; José Afonso da Silva e Celso Antonio Bandeira de Melo, e manifestação a favor de Luis Roberto Barroso.²⁰⁰

¹⁹⁹ TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário*. 10.ed.. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2008. p. 286.

²⁰⁰ Pareceres proferidos na ação direta de inconstitucionalidade número 3105/DF.

3.2.3. Reformas Previdenciárias no Brasil: análise das Emendas Constitucionais 20/98, 41/03 e 47/05.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, os empregados celetistas foram transformados em empregados abrangidos pelo regime jurídico único, o qual previa a existência de regimes próprios de previdência, inclusive nos estados e municípios. Desse modo, os entes assumiram essa responsabilidade com servidores que haviam contribuído para o regime geral de previdência durante todo o período de trabalho e iriam se aposentar pelo regime próprio, com todos os direitos conquistados para o servidor público estatutário. De acordo com Meiriane Nunes,

ao longo do tempo, os encargos com benefícios foram se avolumando e o desequilíbrio dos regimes próprios de previdência, se agravando. Em 2002, a necessidade de financiamento da previdência dos servidores dos estados e dos municípios foi, respectivamente, de R\$ 14,5 e de R\$ 2,4 bilhões (1,1% e 0,2% do PIB).²⁰¹

Durante a Revisão Constitucional de 1993, a proposta conhecida como “Fórmula 95” demonstrava a preocupação que o nosso sistema previdenciário despertava. Essa fórmula conjugava tempo de contribuição e idade, ou seja, um total de 95 anos, como um regime básico para todos os trabalhadores, inclusive para os militares e membros de poder.

A Emenda Constitucional n. 20/98 consolidou alguns aspectos relevantes para o desenvolvimento do regime previdenciário, mas seu grande feito foi estabelecer diretrizes para a próxima grande reforma do sistema previdenciário, com a Emenda Constitucional n. 41/03. Assim, a Emenda Constitucional n. 20/98 deixou de abranger os seguintes pontos: “limite de idade para a aposentadoria por tempo de contribuição dos trabalhadores da

²⁰¹ AMARO, Meiriane Nunes. O processo de reformulação da previdência social brasileira (1995 – 2004). In: *Consultoria Legislativa do Senado Federal*, Brasília, fev. 2004, p. 5.

iniciativa privada; incidência de contribuição previdenciária sobre aposentadorias e pensões no âmbito do setor público (a partir do teto do regime geral) e fim da paridade entre ativos e inativos.”²⁰²

O Brasil fez a opção por vários regimes previdenciários²⁰³, fator que em alguns aspectos dificulta a solução do problema da efetivação do direito social, porquanto a previdência social lida com quatro grandes extremos: aumento da expectativa de vida, redução da taxa de natalidade, aumento relativo da população com 60 anos e mais de idade, considerada ‘idosa’ em nosso ordenamento e variações cíclicas, com tendência declinante, na relação ativo-inativo na sociedade como um todo.

A Emenda Constitucional n. 20/98 viabilizou a promulgação das Leis Complementares n. 108/2001 e 109/2001, criadas para efetivar a previdência complementar. As mudanças para o servidor público foram significativas: idade mínima para a regra geral e para a regra de transição; tempo no serviço público e no cargo em que se dará a aposentadoria – evitando-se situações em que o servidor permanecia no cargo um mês antes da aposentadoria para ter o benefício calculado com base na sua última remuneração -, fim da contagem de tempo fictício e da aposentadoria proporcional.

A reforma patrocinada pela Emenda Constitucional n. 41/03 dá continuidade aos itens estipulados pela reforma anterior, com maior ênfase no setor público, em especial os servidores públicos civis. Os institutos da paridade e da integralidade sofrem profundas alterações, ou seja, o servidor só terá direito à integralidade dos proventos se a aposentadoria se der com 60 anos, no caso dos homens, e 55 anos no caso das mulheres. A paridade entre ativos e inativos deixa de ser um direito.

Ressalte-se que alguns aspectos da Emenda Constitucional n. 41/03 retiram direitos conquistados com a Constituição de 1988, o que de fato parece

²⁰² AMARO, op. cit., p. 9.

²⁰³ O Regime Geral de Previdência Social gerido pelo INSS; Regimes destinados aos servidores públicos e membros de poder (Magistrados, Parlamentares e Ministério Público); Regimes específicos para os servidores dos Estados e Municípios e para os Militares.

uma contradição do sistema e gera, inevitavelmente, uma insegurança jurídica das relações, ainda que estatutárias.

Aqueles servidores que à época da promulgação da Emenda Constitucional n. 41/03 já estavam aposentados mantiveram seus direitos, mas passaram a contribuir com um percentual igual ao dos servidores em atividade, ou seja, com uma alíquota de 11 % sobre o valor dos seus proventos para o regime próprio da previdência social.

Interessante observar que os dados mostram que do ponto de vista financeiro esse efeito arrecadatário é reduzido ²⁰⁴ e, desse modo, pode-se concluir que a efetivação do direito social resta prejudicada por uma discussão desproporcional ao que efetivamente estava sendo idealizado.

Os servidores que ingressarem no serviço público após a mudança constitucional estarão vinculados a um regime previdenciário muito semelhante ao regime geral de previdência social com uma complementação de sua aposentadoria pelo regime de previdência complementar.

No RGPS ainda houve a criação do sistema de inclusão do trabalhador de baixa renda, o qual terá direito ao benefício previdenciário no valor de um salário mínimo, com exceção do benefício da aposentadoria por tempo de contribuição. No setor público, houve a inclusão de um importante freio relacionado ao problema das altas remunerações provenientes de incorporações, gratificações e extensão de vantagens consolidadas em legislações infraconstitucionais que esvaziaram, durante muito tempo, a finalidade constitucional da lógica da remuneração do servidor público ²⁰⁵, cujo objetivo principal é efetivar o direito social ao salário justo com a equação do equilíbrio financeiro para manter a estabilidade das despesas com pessoal.

A interpretação conferida ao artigo 37, inciso XI da Constituição Federal é o alcance do limite do teto remuneratório para todas as acumulações

²⁰⁴ Dados do Ministério da Previdência Social demonstram que entre 2007 a 2009 houve um crescimento de apenas 25% da receita previdenciária, ou seja, são valores que englobam tudo que o governo recebe à título de “assistência social”.

²⁰⁵ Artigo 37, inciso XI da Constituição Federal.

do servidor público, ou seja, as acumulações constitucionalmente previstas terão como limite o valor do subsídio fixado para os ministros do Supremo Tribunal Federal.

Desse modo, constata-se mais uma incongruência no sistema, porquanto o servidor público utilizando de uma garantia constitucionalmente prevista – artigo 37, inciso XVI – tendo contribuído durante todo o período pela remuneração integral dos cargos acumuláveis, terá descontado o excedente ao teto.

Segundo Paulo Modesto,

no novo sistema, é simplificado e enrijecido radicalmente o sistema de fixação ao subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. No cálculo do teto serão consideradas as vantagens pessoais²⁰⁶ e toda e qualquer parcela de remuneração. Além disso, nas hipóteses de acumulação, tanto de proventos quanto de remuneração, as parcelas serão somadas e consideradas como um todo unitário para fins de abatimento.²⁰⁷

Ainda sobre a temática da redução de valores percebidos lícitamente pelo teto constitucional, Carlos Ayres Britto afirma que “há direito adquirido, sim, contra as emendas constitucionais. O que não há é direito adquirido contra a Constituição.”²⁰⁸ O Poder Constituinte reformador “não zera a contabilidade jurídica anterior e daí a compreensão de se tratar de um aparelho decisório que não tem a força de ignorar de todo a Constituição preexistente”.²⁰⁹

Com a finalidade de corrigir essas disparidades entre os diferentes regimes de previdência adotados nos últimos anos, criou-se a chamada regra

²⁰⁶ Impende observar que a jurisprudência entende que as vantagens pessoais não integram o valor estipulado para o teto.

²⁰⁷ MODESTO, Paulo. Teto constitucional de remuneração dos agentes públicos: uma crônica de mutações e emendas constitucionais. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 21.

²⁰⁸ BRITTO, Carlos Ayres ; PONTES FILHO, Valmir. Direito Adquirido contra as Emendas Constitucionais. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 75-76.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 75-76.

de transição, a qual oferece àqueles que estão na atividade opções de aposentadoria. Desse modo, com a Emenda Constitucional n. 20/98 criou-se a opção de aposentadoria para os servidores que tivessem ingressado no serviço público até a data de promulgação da referida emenda (16 de dezembro de 1998), desde que atendessem aos seguintes requisitos, cumulativamente: cinquenta e três anos de idade e trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e quarenta e oito anos de idade e trinta anos de contribuição, se mulher – somados a um tempo de contribuição adicional de 20% sobre o tempo que faltava para o servidor na data de promulgação da referida Emenda - o chamado pedágio; tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos de efetivo exercício no cargo em que irá se aposentar.

A EC 47/03 manteve essa opção, mas introduziu um redutor entre 3,5% e 5%, conforme o caso, nos proventos de inatividade para cada ano antecipado em relação à idade mínima de 60 anos, se homem, e 55 anos, se mulher.

Assim, o servidor que fizesse essa opção teria uma redução de até 35% sobre o valor da aposentadoria, ou seja, o servidor que completasse 53 anos até o dia 16 de dezembro de 1998 poderia se aposentar com a integralidade da remuneração, mas se seu aniversário fosse um dia depois da promulgação da emenda teria o cálculo da aposentadoria com base nas remunerações que serviram de base para a contribuição ao regime, seguido de um corte da sua futura aposentadoria, pelo citado redutor de até 35%, restando-lhe não mais que 75% do valor de sua remuneração na atividade. Isso sem mencionar os servidores que, à época das Emendas, não tinham completado a idade mínima para se aposentar, mas já possuíam tempo de contribuição mais do que suficiente para usufruir o direito de aposentadoria. Todavia, se tiver ingressado no serviço público até 31.12.2003 (data de promulgação da EC 41/03) e fizer a opção de permanecer em atividade até os 60 anos, se homem, e 55 anos, se mulher, poderá se aposentar com a integralidade da remuneração, satisfeitos os demais requisitos: 20 anos de

efetivo exercício no serviço público, 10 anos na carreira e 5 anos no cargo em que se der a aposentadoria (art. 6º da EC 41/03).

Ainda existe a segunda opção para o servidor público – àquele que ingressou antes da promulgação desta emenda e os que ingressaram no serviço após a promulgação da mesma - se aposentar, conforme as regras da Emenda Constitucional n. 41/03. Assim, mantém - se a fórmula 95 anos para homem e 85 anos para mulher, 20 anos de efetivo exercício no serviço público, 10 anos na carreira e 5 anos no cargo em que se dará a aposentadoria. Acrescente-se a redução de 5 anos para o limite de idade e o tempo de contribuição para os professores da educação infantil, do ensino fundamental e médio e que possuíam o regime de dedicação exclusiva.

Especificamente quanto ao setor privado, o Regime Geral de Previdência Social não obteve grandes transformações, com destaque para a abertura do seguro por acidente de trabalho.

Quanto ao regime de previdência social dos militares, a Emenda Constitucional n. 20/98 e a Emenda Constitucional n. 41/03 não alteraram em nenhum ponto as regras do regime previdenciário dos outrora chamados servidores públicos e após a promulgação da Emenda Constitucional n. 20/98 considerados apenas militares - seja no critério etário, seja no critério contributivo ou na imposição de tempo de serviço público-, cujas despesas com pensões e aposentadorias constituem cerca de 36% dos gastos dos inativos e pensionistas do setor público.

A Emenda Constitucional n. 47/05 criou a regra de transição que faltou na Emenda Constitucional n. 41/03, porquanto as duras mudanças que esta reforma ocasionou geraram inseguranças jurídicas. A chamada PEC paralela propôs a retirada do limite do teto do artigo 37, inciso XI, da Constituição Federal, das pensões e vantagens de qualquer natureza não especificadas no texto. Além disso, assegurou o direito à integralidade e à paridade. Uma nova opção de aposentadoria é apresentada para aqueles que ingressaram no serviço público até a promulgação da Emenda: 35 anos de contribuição, se

homem, e 30 anos de contribuição, se mulher; 25 anos de efetivo exercício no serviço público, 15 anos de carreira e 5 anos no cargo em que irá se aposentar; idade mínima reduzida na proporção de um ano para cada ano que exceda o tempo de contribuição.

3.2.4. *Evolução das reformas 'neoliberais'*

EMENDA CONSTITUCIONAL N. 20/98
Imposição de idade mínima para aposentadoria por tempo de contribuição de 60 anos, se homem e 55, se mulher.
Tempo mínimo de 10 anos de serviço público e 5 anos no cargo em que se dará a aposentadoria.
Fim da acumulação de aposentadorias
Restrição a acumulação de aposentadoria e salário

EMENDA CONSTITUCIONAL N. 41/03
Fim da integralidade
Fim da paridade
Tempo mínimo de 5 anos no cargo e 10 anos no serviço público
Criação do abono permanência
Introduziu a contribuição 'solidária' dos inativos em 11% sobre o valor dos proventos da aposentadoria
Pensão integral só até o teto do RGPS. Se ultrapassar o valor, o pensionista só receberá o teto e, no máximo, 70% do montante excedente.
Professores exclusivos do ensino infantil, fundamental e médio possuem redução de 5 anos no tempo de contribuição e na idade.

EMENDA CONSTITUCIONAL N. 47/05
Retirou o limite do teto estabelecido no artigo 37, inciso XI da Constituição Federal
Assegurou o direito à integralidade e à paridade dos proventos
35 anos de contribuição, se homem e 30 anos de contribuição, se mulher
25 anos de efetivo exercício no serviço público, 15 anos na carreira e 5 anos no cargo em que se dará a aposentadoria
Idade mínima reduzida na proporção de um ano para cada ano que exceda o tempo mínimo de contribuição.

3.3. Considerações Finais

Neste capítulo foram desenvolvidas as premissas básicas do sistema previdenciário, descrevendo-se, em seguida, as principais características reformas da previdência social ocorridas no Brasil no período compreendido entre 1998 a 2005.

A análise da reforma da previdência social, com base na teoria dos direitos fundamentais sociais e situada no marco de um Estado neoliberal, demonstra que o objetivo de concretização da norma constitucional fica muito aquém das propostas aprovadas. Seja por limitação financeira do Estado, seja por questão jurídica, seja por questão eminentemente política, o comando constitucional se esvazia em face de uma composição em torno do modelo que – pela sua própria natureza - pouco agrega e muito destrói, do ponto de vista do avanço na materialização de direitos sociais fundamentais.

No capítulo seguinte, será examinado como a Corte Constitucional interpretou o questionamento sobre a constitucionalidade da reforma previdenciária do governo Lula, buscando-se identificar os elementos de hermenêutica contidos nos votos dos Ministros.

CAPÍTULO 04 – ANÁLISE DAS ADIS 3105 E 3128²¹⁰

4.1. Considerações Iniciais

O presente capítulo busca analisar os votos proferidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal nas ADI's 3105 e 3128, cujo objeto foi a declaração de inconstitucionalidade do parágrafo 4, do artigo 40 da Constituição Federal, que obriga a contribuição de inativos e pensionistas para o regime próprio de previdência social.

Em um universo de jurisprudência farta que o Supremo Tribunal Federal disponibiliza, a escolha dessas duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade se deve ao fato da proximidade temporal da decisão, ano de 2004, e da logicidade do desenvolvimento desta dissertação. Além disso, o resultado apertado de seis votos a quatro votos pela constitucionalidade do parágrafo 4, do artigo 40 da Constituição Federal, é intrigante para análise da questão da efetivação do direito social.

Segundo Christine Peter, para a compreensão do direito é imprescindível que o jurista saiba analisar e discutir as decisões proferidas pela Corte Constitucional e, desse modo, “tenha noções acerca da teoria do discurso e argumentação jurídica, pois será tanto mais profunda e proveitosa a análise quanto maior for o grau de entrosamento do jurista com o objeto pesquisado”.²¹¹

Partindo da premissa de que a hermenêutica é a única fuga para a solução justa do caso concreto, propõe-se a verificação da presença ou não de elementos hermenêuticos nas decisões dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

²¹⁰ As ADI's 3105/DF e 3128/DF apenas se diferenciam com relação à parte requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público e Associação Nacional dos Procuradores da República, respectivamente. A ADI 3128/DF foi distribuída por prevenção a Ministra Relatora Ellen Gracie.

²¹¹ SILVA, Christine Oliveira Peter da. Metodologia de estudo de precedentes. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Brasília. ano 1, out. 2007., p. 2.

Neste trabalho será utilizada a metodologia do estudo de casos do direito norte – americano²¹², em que são necessários os seguintes elementos para o desenvolvimento do estudo: a descrição dos fatos; o problema posto diante do caso; referência aos argumentos utilizados para a solução do problema; resultado da controvérsia e as razões existentes para se chegar a essa decisão.²¹³

4.2. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3105/DF

4.2.1. Breve resumo fático

A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público ingressou com a ADI 3105/DF com o objetivo de ser declarada pelo Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade do artigo 4 da Emenda Constitucional n. 41/03, porquanto este estaria violando o inciso XXXVI, do artigo 5, o inciso II, do artigo 150 e o inciso IV, parágrafo 4, do artigo 60, todos da Constituição Federal.

Interessante observar que a legitimidade ativa da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público foi reconhecida no julgamento desta ADI, pois em outro momento – no julgamento da ADI 2874 – a esta Associação foi conferido o caráter de “entidade de classe de âmbito nacional”, segundo o inciso IX, do artigo 103 da Constituição Federal.

O mencionado artigo 4, caput, está assim disposto:

Os servidores inativos e pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em gozo de benefício na data de publicação desta Emenda, bem como os alcançados pelo disposto no seu artigo 3,

²¹² Faz-se necessário esclarecer que a metodologia desenvolvida pelo professor Canotilho não será utilizada para a análise desses precedentes, porquanto requer a escolha de um caso paradigmático, o qual resta impossibilitado em face da originalidade das decisões – ainda que o Supremo Tribunal Federal já tenha se manifestado em outras oportunidades, essa foi a primeira vez que a Corte Constitucional efetivamente decidiu a questão da contribuição dos aposentados e pensionistas- proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade.

²¹³ Landmark Cases of the U.S. Supreme Court. Disponível em: <www.streetlaw.org>. Acesso em 25 de out. 2010.

contribuirão para o custeio do regime de que trata o art. 40 da Constituição Federal com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos

Na peça inicial, alegou a requerente que o artigo 4 impôs uma obrigação tributária àqueles que até a data da publicação da Emenda Constitucional n. 41/03 já se encontravam aposentados ou já possuíam os requisitos necessários à aposentadoria nos termos das regras do regime anterior, ferindo, desse modo, o direito adquirido – direito esse fundamental é assegurado pela Constituição Federal contra qualquer ofensa pela irretroatividade da lei, seja mínima, média ou máxima, e contra proposta de emenda à constituição tendente a abolir esse direito. Além disso, desrespeita preceito básico do regime previdenciário sobre a lei de regência no instante em que os requisitos para a aposentadoria são legalmente preenchidos.²¹⁴

A Procuradoria Geral da Republica (PGR) defendeu a inconstitucionalidade do referido artigo, pois houve afronta à “inalterabilidade do ato jurídico perfeito e do direito adquirido”.²¹⁵ Ademais, a garantia estipulada no parágrafo 4, inciso IV, do artigo 60, as chamadas cláusulas pétreas, impõe um limite negativo – “tendente a abolir”- ao legislador para dispor sobre as matérias elencadas. Além disso, rechaça a tese levantada pela Advocacia Geral da União a respeito da interpretação do inciso XXXVI, do artigo 5, ao afirmar que “a palavra Lei se referiu, na realidade, a qualquer veículo introdutor de normas, ou seja, a quaisquer das espécies legislativas elencadas no artigo 59 da Constituição Federal, dentre elas a emenda constitucional”.²¹⁶

A PGR sustentou que a limitação ao Poder Constituinte derivado estipulado no parágrafo 4, inciso IV, do artigo 60, da Constituição Federal decorre justamente do princípio de que apenas o Poder Constituinte originário

²¹⁴ O Ministro Carlos Veloso afirma que “a aposentadoria se rege, pelo direito positivo vigente no momento em que tinha o servidor condições para exercer o seu direito à inativação, surgindo para o funcionário, naquele instante, o direito ao regime jurídico então vigorante”. In: Reforma da Previdência e contribuição dos inativos – direito adquirido e segurança jurídica. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 69/70. Funcionário Público – Aposentado – Direito Adquirido. Apud Parecer PGR, p. 11/12.

²¹⁵ Parecer PGR, p. 4.

²¹⁶ Parecer PGR, p. 7.

“pode tudo desfazer, e realizar o novo”.²¹⁷ A necessidade de observar o princípio da segurança jurídica na ciência do direito advém de uma lógica estampada pela própria Constituição Federal quando afirma que não será objeto de deliberação a emenda constitucional tendente a abolir os direitos e garantias individuais, e sendo o direito adquirido um direito individual, este não pode ser afrontado por meio do Poder Constituinte derivado.

Em seu parecer pela inconstitucionalidade, a PGR traz ainda a discussão sobre a taxação sem causa dos inativos, ou seja, discute-se se ao impor uma nova contribuição o “legislador deverá também criar um novo benefício que a justifique, sob pena de ter como caracterizada a cobrança de um imposto *sui generis* cujo fato gerador seria a percepção de proventos de aposentadoria, hipótese que já se configura como fato gerador do imposto de renda”.²¹⁸

4.2.2. Análise do voto proferido pela Relatora Ministra Ellen Gracie

A relatora, em preliminar, reconhece a legitimidade ativa da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, nos termos da decisão proferida nas ADI 1303 e ADI 2874.

Seu voto inicia-se pela análise do controle de constitucionalidade conferido às emendas constitucionais que ultrapassem os limites estipulados no parágrafo 4, inciso IV, do artigo 60, da Constituição Federal. Para defender a existência desse controle, a relatora utiliza a doutrina especializada, em especial de Gilmar Ferreira Mendes, a qual afirma que as “cláusulas de garantia traduzem, em verdade, um esforço do constituinte para assegurar a integridade da Constituição, obstando a que eventuais reformas provoquem a destruição, o enfraquecimento ou impliquem profunda mudança de identidade.”

²¹⁹ Busca, também, em Canotilho a percepção de que os limites expressos na Constituição servem como “inalterabilidade do titular do Poder Constituinte

²¹⁷ Parecer PGR, p. 7.

²¹⁸ Parecer PGR, p. 15.

²¹⁹ Voto relatora, p. 136.

derivado- reformador, sob pena de também afrontar a Separação dos Poderes da República”.²²⁰

Após, para uma melhor compreensão, a relatora faz uma síntese da evolução do sistema de aposentadoria do servidor público, na qual parte de uma característica, que será considerada para a declaração de inconstitucionalidade do artigo 4 da EC 41/03, inicialmente como garantia e que possui três marcos relevantes “a Constituição de 1934, que definiu a concessão de benefício integral a quem se tornasse inválido e contasse 30 anos de serviço, ou compulsoriamente aos 68 anos de idade; a criação do IPASE, em 1938, que reconheceu os funcionários públicos como categoria sócio-profissional com direito a tratamento à parte no sistema previdenciário e o estatuto de 1939, que previa a hipótese de aposentadoria por tempo de contribuição”.²²¹ Ademais, informa que as Constituições de 1946, 1967 e 1969 mantiveram uma estrutura de sistema de aposentadoria apenas para os casos de invalidez, idade e voluntária.

A cobrança dos inativos não é matéria inédita a ser decidida pelo Supremo Tribunal Federal. Como bem observa a relatora, “a cobrança de contribuição previdenciária de inativos e pensionistas da União foi tentada por algumas vezes, como na Medida Provisória n. 1415/96 e na Lei n. 9783/99. Ambas tiveram sua eficácia suspensa, por decisões do Supremo Tribunal Federal”.²²² A problemática trazida pelo art. 40 da Constituição Federal, o qual previu a transformação dos servidores celetistas – que contribuía para o RGPS- em estatutários – contribuindo para o INPS - não deixa de ser ressaltada em seu voto. Com essa mudança significativa e estrutural do sistema previdenciário do servidor público, o artigo 17 da Lei n. 8212/91 possibilitou o uso de recursos da seguridade social para custear as aposentadorias e pensões dos servidores da União. A relatora conclui essa parte da evolução do sistema com o caráter contributivo que a Emenda Constitucional n. 20/98 criou. Esse ponto foi objeto de capítulo anterior.

²²⁰ Ibid. , p. 136.

²²¹ Voto relatora, p. 139.

²²² Voto relatora, p. 140.

Passando para a ofensa ao direito adquirido dos aposentados e pensionistas, a relatora destaca que não houve a ofensa propagada aos direitos previdenciários adquiridos, porquanto o próprio artigo 4 da Emenda Constitucional n. 41/03 “analisado em conjunto com os artigos 3 e 7 da mesma emenda, garante aos atuais aposentados e pensionistas a permanência das aposentadorias e pensões, nas condições em que foram deferidas, com previsão de revisão na mesma proporção e na mesma data em que se de aumento de vencimentos para os servidores em atividade.”²²³

No entanto, cabe transcrever a passagem em que a relatora, fundamentando a não- incidência tributária sobre proventos de aposentadorias e pensões, defende que “o equívoco em que incorrem os defensores da alteração introduzida pelo artigo (...) consistente em confundir sistemas diversos, de um lado o sistema estatutário a que se submetem os servidores públicos ao longo de sua vida funcional; de outro, o sistema previdenciário para o qual contribuem quando em atividade e ao qual são agregados, quando ingressam na inatividade” ²²⁴, ou seja, sob o manto do regime jurídico único o servidor enquadra-se na categoria de ativo ou inativo, e sob o manto do regime próprio de previdência, ele é contribuinte ou beneficiário. Ao fim, a relatora afirma que os aposentados e pensionistas, com esse regime de contribuição, fazem uma doação ao Estado, seja pelo princípio da solidariedade, seja pela natureza tributária da contribuição previdenciária, que acaba esvaziando a lógica do sistema previdenciário.

4.2.3. Voto Ministro Carlos Ayres Britto

O princípio da solidariedade está disciplinado no artigo 3, inciso I, da Constituição Federal como um dos objetivos fundamentais. Com essa hipótese inicial, o Ministro Ayres Britto defende a inconstitucionalidade do artigo 4 da Emenda Constitucional n. 41/03, pois ao ser, inicialmente, consagrado “um

²²³ Ibid. , p. 142.

²²⁴ Ibid., p. 146.

regime previdenciário não contributivo para os servidores públicos federais”²²⁵, não poderia uma emenda constitucional instituir uma contribuição baseada numa causa sem correspondência. Desse modo, a compreensão do princípio da solidariedade é definido como “a sociedade e o Estado se emparceiram para desenvolver ações de seguridade social em benefício dos aposentados e pensionistas”.²²⁶

Com a promulgação da Emenda Constitucional n. 03/93, introduziu-se o parágrafo 6 ao artigo 40 da Constituição Federal para cobrar dos servidores públicos a contribuição para seu regime próprio de previdência, juntamente com a parte despendida pelo Tesouro Nacional. O Supremo Tribunal Federal analisou a constitucionalidade dessa contribuição e a tese vencedora na ADI 1141/DF foi pela possibilidade da cobrança “da contribuição previdenciária dos inativos e pensionistas”.²²⁷ O Ministro Ayres Britto, ao longo de seu voto, demonstrará os fundamentos pelos quais discorda dessa interpretação.

A Emenda Constitucional n. 20/98, por sua vez, consolidou o “trinômio contribuição – retribuição – paridade”²²⁸, com características tipicamente securitárias e não com aspectos de relação jurídica tributária. Partindo da premissa de ser o direito à previdência social um direito fundamental subjetivo, o Ministro afirma que a exigência da contribuição de aposentados e pensionistas sob o fundamento do déficit previdenciário não deve ser analisada, pois teoricamente o sistema previdenciário é rentável e a solução do problema é a mudança dos métodos de gestão pública.

Ao fim, a tese levantada pela Advocacia Geral da União a respeito da abrangência do termo “lei” escrita no artigo 5, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não passa despercebida ao Ministro. Este afirma que “as condições de gozo do benefício, já não poderá, por efeito de nenhum ato da ordem legislativa (art. 59), ser compelido a contribuir para o sistema previdenciário; nem por determinação legal, nem por imposição de Emenda Constitucional”.²²⁹ Fundamenta essa argumentação baseado em doutrina de autoria própria, a

²²⁵ Voto Min. Ayres Britto, p. 171.

²²⁶ Ibid. , p. 179.

²²⁷ Ibid. , p. 172.

²²⁸ Ibid. , p. 172.

²²⁹ Ibid. , p. 180.

qual afirma que os limites mais restritos estão direcionados às leis, enquanto que para as emendas constitucionais a única restrição que a Constituição estipulou foram as matérias gravadas com clausula pétrea.²³⁰

4.2.4. Voto do Ministro Marco Aurélio

Com base nos ensinamentos de Rui Barbosa, a respeito da observância da garantia do direito adquirido dos aposentados e pensionistas, o ministro Marco Aurélio defende a inconstitucionalidade do artigo 4 da Emenda Constitucional n. 41/03.

Desse modo, o ministro traz trechos dos debates da Assembléia Nacional Constituinte para fundamentar a ofensa ao direito adquirido daqueles que já se encontravam aposentados, já recebiam pensão ou daqueles que já preenchiam os requisitos para a concessão da aposentadoria, quando o então deputado federal e, depois, presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Nelson Jobim defendia que “na medida em que admitirmos essa retroatividade, na medida em que a suprimirmos teremos a instalação da insegurança, porque ninguém mais terá condição de preestabelecer uma regra de conduta, porque estará sujeito ao dono do poder do momento, alterar o sistema jurídico e vir a mexer, a alterar substancialmente os direitos que se constituíram preteritamente”.²³¹

Com o intuito de explanar seu voto pela inconstitucionalidade do artigo 4 da EC 41/03, o ministro faz uma evolução do sistema previdenciário semelhante à realizada pela relatora e pelo ministro Ayres Britto. Assim, inicia-se a análise pela Constituição de 1988 que elaborou o sistema “não em prejuízo, mas em benefício dos servidores”.²³² A Emenda Constitucional n. 20/98, por sua vez, afastou a premissa de que não há direito adquirido a

²³⁰ Voto Ministro Ayres Britto, p. 181-183.

²³¹ Voto Ministro Marco Aurélio, p. 332.

²³² Ibid. ,p. 333.

regime jurídico. Além disso, “viabilizou-se a adoção de teto quanto a proventos e pensões, relativos aos trabalhadores em geral à previdência social”.²³³

Interessante observar que o Ministro Marco Aurélio traz dados empíricos para fundamentar que com o excesso de tributos pagos por uma família com renda mensal de R\$ 7.500,00 - dos quais 63,9% são gastos em tributos -²³⁴ o artigo 195, inciso II, da Constituição Federal traz uma proteção ao servidor público que “obstaculiza a incidência da contribuição sobre proventos e pensões”.²³⁵

Ademais, ressalta o ministro que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inclusive sumulada (enunciado n. 359), consagra o princípio do *tempus regit actum* ao dispor que a aposentadoria é regida pela lei em vigor na data em que são atendidos os requisitos para sua concessão. Nas palavras do ministro, a contradição que a Emenda Constitucional n. 41/03 gerou aos “aposentados da União que não contribuíram e se aposentaram sem contribuir – se vivos- virão a contribuir. Também aqueles que usufruem a pensão e os detentores da imunidade constitucional – introduzida pela Emenda Constitucional n. 20/98, a qual incentivou a permanência no serviço - que estão na ativa hoje e, portanto, não contribuem, se resolverem se aposentar, virão a contribuir”²³⁶ não efetiva a norma constitucional do artigo 60, a qual está mais voltada para um ônus do que para uma fonte de custeio da previdência social.

4.2.5. Voto do Ministro Celso de Mello

O voto do ministro Celso de Mello foi pela inconstitucionalidade do artigo 4 da Emenda Constitucional n. 41/03.

O ministro inicia sua fundamentação baseado em uma jurisprudência antiga do Supremo Tribunal Federal, já citada anteriormente, a qual afirma que “a lei que regula a aposentadoria e a reforma é a vigente ao tempo em que elas

²³³ Ibid. , p. 334.

²³⁴ Ibid. , p. 338.

²³⁵ Ibid. , p. 339.

²³⁶ Voto Ministro Marco Aurélio, p. 340.

ocorreram (RE 15587/DF)".²³⁷ Em seu voto será realizada uma análise entre a "intangibilidade de situações consolidadas e o acesso ao tratamento isonômico em matéria tributária"²³⁸, em um cenário de reforma constitucional por meio de emenda à Constituição.

Para o ministro o tema em análise ganha relevância, porquanto a reforma realizada por emenda constitucional deve sempre estar apta a alterar o sistema, mas não para mudar a Constituição. De acordo com os ensinamentos de Canotilho, "a revisão constitucional embora se possa traduzir na alteração de muitas disposições da Constituição, conserva um valor integrativo, no sentido de que deve deixar substancialmente idêntico o sistema constitucional".²³⁹

Essa proteção que a Constituição criou serve justamente para manter os elementos de sua identidade histórica como ligação sistêmica aos fundamentos que a instituíram. A ofensa ao direito adquirido compromete o núcleo imutável da Constituição Federal e pode "converter em um instrumento normativo incapaz de manter-se fiel aos compromissos que justificaram a sua soberana formulação por uma Assembléia Constituinte investida de poderes originários".²⁴⁰

Desse modo, Celso de Mello afirma que as "emendas à Constituição podem incidir no vício de inconstitucionalidade, quando desrespeitadas, pelo Congresso Nacional, as limitações jurídicas superiormente estabelecidas no texto da Carta Política".²⁴¹

Assim como os votos anteriores, o Ministro rejeita a tese da obediência ao direito adquirido ser apenas prevista para as leis infraconstitucionais, não alcançando, desse modo, as emendas constitucionais. Nas palavras do Ministro "não apenas os atos legislativos comuns, mas quaisquer outras

²³⁷ Voto Ministro Celso de Mello, p. 363.

²³⁸ Ibid. , p. 365.

²³⁹ Apud Voto Ministro Celso de Mello, p. 375. Fundamentos da Constituição. Coimbra, 1991, p. 289.

²⁴⁰ Voto Ministro Celso de Mello, p. 401.

²⁴¹ Voto Ministro Celso de Mello, p. 379.

espécies normativas devem observar em seu processo de formação a cláusula pertinente ao direito adquirido”.²⁴²

A imposição da contribuição aos aposentados e pensionistas é vista pelo Ministro Celso de Mello como uma afronta ao sistema constitucional e ao sistema previdenciário. Além de descrever a ofensa ao direito adquirido, o Ministro ressalta que o princípio do *tempus regit actum* deve prevalecer diante de qualquer mandamento legal, constitucional e/ ou principiológico, porquanto o servidor já preencheu os requisitos necessários para efetivar seu direito subjetivo.

O Ministro observa que o fenômeno da retroatividade, ainda que na modalidade da retroatividade mínima, não pode lesionar direitos protegidos pelo “círculo indevassável de proteção”²⁴³, direitos adquiridos sob a égide de um sistema que assim os garantia e direitos amparados por cláusula pétrea. Desse modo, a Emenda Constitucional n. 41/03 ofendeu “garantias expressamente consagradas no art. 5, inciso XXXVI, cb. Com o art. 60, p. 4, inciso IV da Constituição ao alterar para reduzir direitos e garantias de aposentados e pensionistas assegurados antes de promulgada”.²⁴⁴

Ademais, a Emenda Constitucional n. 41/03 institui uma contribuição sem a correspondente retribuição, ou seja, sem qualquer novo serviço ou benefício àquele que sem qualquer obrigatoriedade volta a contribuir para o sistema. Assim, segundo decisões proferidas nas ADI 790/DF e ADI 2010/DF, é necessária a existência de uma causa eficiente para equilibrar a legitimação da contribuição com a efetivação de benefícios e serviços.

A proibição do retrocesso também é um fator analisado no voto do Ministro Celso de Mello. Baseado na jurisprudência portuguesa, o Ministro traz a essência dos direitos sociais, os quais traduzem que as “tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no

²⁴² Ibid. , p. 382.

²⁴³ Ibid. , p. 392.

²⁴⁴ Ibid. , p. 394.

sentido de criar instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam-no também a não aboli-los uma vez criados”.²⁴⁵

4.2.6. Voto do Ministro Joaquim Barbosa

O Ministro Joaquim Barbosa votou pela constitucionalidade do artigo 4 da Emenda Constitucional n. 41/03, por entender que a ofensa a cláusula pétrea não existiu. A ponderação à submissão de observância obrigatória das cláusulas pétreas para a promulgação de emenda constitucional é vista “com certa desconfiança”²⁴⁶ pelo Ministro, porquanto nossa sociedade “se singulariza pela desigualdade e pelas iniquidades”.²⁴⁷ Segundo o Ministro Joaquim Barbosa, “a teoria das cláusulas pétreas é uma construção intelectual conservadora, antidemocrática, não razoável, com uma propensão oportunista e utilitarista a fazer abstração de vários outros valores igualmente protegidos pelo nosso sistema”.²⁴⁸ Após essa afirmação, o Ministro descreve cada uma das características apontadas acima para fundamentar a não- obrigatoriedade de observância dos limites de reforma impostos ao Poder Constituinte Derivado para promulgação de emendas à Constituição.

A Teoria das cláusulas pétreas é conservadora porque tem natureza absoluta; é antidemocrática porque não permite aos parlamentares realizar reformas que eles entendem cabíveis para mudanças estruturais no país; é não razoável porque “não faz sentido isentar de contribuição previdenciária solidária os milhares de pessoas que se aproveitaram de um sistema iníquo de privilégios, (...), que permitiram a jubilação precoce de pessoas no ápice da sua capacidade produtiva, muitas delas mal entradas nos quarenta anos de vida”.²⁴⁹

O Ministro afirma tratar-se de tributo²⁵⁰, porém não fundamenta sua posição. Além disso, não traz a fundamentação necessária da superposição do

²⁴⁵ Voto Ministro Celso de Mello, p. 415.

²⁴⁶ Voto Ministro Joaquim Barbosa, p. 164.

²⁴⁷ Ibid. , p. 164.

²⁴⁸ Ibid. , p. 165.

²⁴⁹ Ibid. , p. 167.

²⁵⁰ Ibid. , p. 167.

princípio da solidariedade em face do direito fundamental ao direito adquirido. A tese trazida pela Advocacia Geral da União a respeito do artigo 5, inciso XXXVI, da Constituição Federal é acolhida pelo Ministro, porquanto entende que apenas o legislador infraconstitucional está obrigado a observar o direito adquirido, não sendo a mesma norma dirigida ao constituinte derivado reformador.

4.2.7. Voto do Ministro Eros Grau

O Ministro Eros Grau votou pela constitucionalidade do artigo 4 da Emenda Constitucional n. 41/03 e assim o fez dividindo o voto em duas partes: a interpretação da norma objeto de controle de constitucionalidade e o princípio da igualdade na aplicação e na formulação do direito.

A ofensa ao artigo 5, inciso XXXVI, da Constituição Federal não ocorreu, pois a ofensa atingiu o direito adquirido e não o texto da Constituição.²⁵¹ Assim, por não haver na Constituição Federal vedação à retroatividade da lei, salvo se ofender o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito, o direito adquirido dos aposentados e pensionistas deve ser “ponderado mediante a consideração da natureza do ato que deu origem à situação jurídica de que se trate”.²⁵²

Segundo o Ministro, a primeira hipótese é a relação institucional existente entre os aposentados e pensionistas e o Estado. A partir dessa concepção, o Ministro entende que os autores da ADI desejam ver reconhecida a imutabilidade a um regime jurídico, o que não se aplica e, desse modo, o artigo 4 da Emenda Constitucional n. 41/03 aplica-se sem nenhuma restrição.

A questão da contribuição ‘vazia’, sem causa suficiente, trazida aos autos foi debatida no voto do Ministro Eros Grau. De acordo com o Ministro, a contribuição dos aposentados e pensionistas não se deve apenas ao fato de estarem nessa situação, mas à ocorrência de hipótese de incidência do fato gerador da contribuição. O Estado não está obrigado a prestar o serviço

²⁵¹ Voto Ministro Eros Grau, p. 253.

²⁵² Ibid. , p. 259.

decorrente da instituição de uma contribuição, pois não há relação contratual ou qualquer contrato bilateral oneroso.

O princípio da igualdade não foi ferido, pois “os servidores aposentados antes da vigência da Emenda Constitucional n. 41/03 contribuíram em menor monta; antes da EC 20/98 em nada contribuíram. Busca-se restabelecer a proporção adequada de suas participações no sistema previdenciário”.²⁵³ Interessante observar que os Ministros que defendem a participação dos aposentados e pensionistas para o custeio do sistema previdenciário não enfrentam o princípio da segurança jurídica, o qual resta muito abalado em face de uma alegada contribuição que à época não lhes era exigida.

4.2.8. Voto do Ministro Carlos Velloso

O Ministro Carlos Velloso votou pela constitucionalidade do artigo 4 da Emenda Constitucional n. 41/03, pois o caráter tributário das contribuições previdenciárias autoriza a sua imposição aos aposentados e pensionistas. Segundo o Ministro Velloso, “não há mais polêmica: as contribuições previdenciárias, hoje denominadas contribuições de seguridade social, são espécies tributárias”.²⁵⁴

Após uma análise detalhada do sistema da seguridade social, o Ministro acentua que no artigo 40, parágrafo 6, da Constituição Federal a palavra ‘servidores’ engloba tanto aqueles que estão na ativa quanto os inativos. Desse modo, a interpretação da norma constitucional deve ser extensiva a todos os servidores, porquanto a Constituição não fez qualquer exceção. Baseado no voto proferido pelo Ministro Octavio Gallotti, na ADI 1441 - MC/DF, o Ministro Velloso argumenta que essa interpretação encontrava-se consolidada no Supremo Tribunal Federal.

Em seu voto, o Ministro Velloso argumenta e fundamenta que à época do julgamento da ADI 2010 – MC/DF, em que votou pela inconstitucionalidade da contribuição dos aposentados e pensionistas, a Emenda Constitucional n.

²⁵³ Ibid. , p. 281.

²⁵⁴ Voto Ministro Carlos Velloso, p. 346.

20/98 não autorizava a contribuição dos aposentados e pensionistas. Com a promulgação da Emenda Constitucional n. 41/03 restou constitucionalmente possível a incidência da contribuição.

De acordo com o Ministro Velloso, “não há como deixar de reconhecer a constitucionalidade do referido artigo 4, da EC 41, de 2003, por isso que não há falar em direito adquirido a não ser tributado, a não se submeter a um tributo instituído por lei com observância dos princípios constitucionais tributários. Somente escapam da incidência tributária (...) as pessoas abrangidas por imunidade tributária”.²⁵⁵ Interessante observar que ao mesmo tempo em que se discute a constitucionalidade da contribuição dos aposentados e pensionistas instituída por meio de emenda constitucional e não por lei, no caso da Emenda Constitucional n. 20/98, o Ministro afirma que é constitucional porque é um tributo instituído por lei.

Por fim, o Ministro julga inconstitucional a diferença do percentual estabelecido para os servidores da União, dos estados e dos municípios e propõe que a contribuição incida sobre as parcelas que ultrapassem o limite máximo estipulado para o regime geral de previdência social.

4.2.9. Voto do Ministro Nelson Jobim

O Ministro Nelson Jobim, à época presidente do Supremo Tribunal Federal, votou pela constitucionalidade do artigo 4 da Emenda Constitucional n. 41/03. Sua argumentação parte da decisão proferida na ADI 2010/DF, na qual o Supremo Tribunal Federal afirmou que a Emenda Constitucional n. 20/98 deixou de “fixar a necessária matriz constitucional, cuja instituição se revelava indispensável para legitimar a criação e a incidência”²⁵⁶ da contribuição dos aposentados e pensionistas. Desse modo, a Emenda Constitucional n. 41/03 criou a exação seguindo a orientação do Supremo Tribunal Federal, configurando aspecto constitucional à contribuição dos inativos.

²⁵⁵ Ibid. , p. 358.

²⁵⁶ Voto Ministro Nelson Jobim, p. 439.

O Ministro destaca a importância dos direitos econômico – sociais, “direitos que custam”²⁵⁷, e enfatiza que o regime misto “financeiro de repartição simples e orçamentária, uma vez que temos as contribuições dadas pelos beneficiários futuros, inclusive pelos atuais, que se compensam no déficit do equilíbrio atuarial pelo orçamento público”²⁵⁸, demanda do Estado uma prestação positiva para efetivar o direito social.

4. 2.10. Voto do Ministro Sepúlveda Pertence

O Ministro Sepúlveda Pertence votou pela constitucionalidade do artigo 4 da Emenda Constitucional n. 41/03. Seus argumentos se baseiam em seu voto na ADI – MC 2087, no qual foi reconhecida que a incidência da contribuição aos aposentados e pensionistas não seria possível, porquanto “a Constituição tornara imunes à incidência (...) por força da conjugação já tão referida do art. 40, parágrafo 12, com o art. 195, II, da Lei Fundamental”.²⁵⁹ Ocorre que na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade a requerente alega violação a limitação estabelecida no artigo 60, parágrafo 4, inciso IV, da Constituição Federal, além da violação ao artigo 5, inciso XXXVI. Segundo o Ministro, na presente análise a alegação de ofensa ao direito adquirido não deve prosperar, pois “a natureza tributária da contribuição social para previdência social”²⁶⁰ afasta a dita ofensa.

Ademais, a contribuição só poderia ser afastada se houvesse hipótese de imunidade tributária. O Ministro cita o parecer de Luiz Roberto Barroso e o voto do Ministro Cezar Peluso para fundamentar a imunidade de “determinado tipo de relação jurídica ou determinado bem”²⁶¹ apenas se a própria Constituição fizesse previsão expressa. Outro fator intrigante para o Ministro, citado no parecer de José Afonso da Silva, é não ter a contribuição uma causa suficiente. Isso porque o sistema previdenciário é por sua natureza participante

²⁵⁷ Ibid. , p. 443.

²⁵⁸ Ibid. , p. 442. b

²⁵⁹ Voto Ministro Sepúlveda Pertence, p. 423.

²⁶⁰ Ibid. , p. 426.

²⁶¹ Ibid. , p. 427.

do binômio contribuição – retribuição, e os aposentados e pensionistas não estariam sendo beneficiários por nada.

Por fim, destaca a importância das cláusulas pétreas que “subtrai das maiorias os dogmas fundamentais que dão identidade à Carta Magna”.²⁶²

4.2.11. Voto do Ministro Gilmar Mendes

O Ministro Gilmar Mendes votou pela constitucionalidade do artigo 4 da Emenda Constitucional n. 41/03 e dividiu o seu voto em três partes: legal, doutrinária e jurisprudencial.

Assim, iniciou o Ministro pela interpretação do texto constitucional antes da promulgação da Emenda Constitucional n. 41/03. Segundo o Ministro, a Emenda Constitucional n. 20/98 assegurou, no artigo 40 da Constituição Federal, um “regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservassem o equilíbrio financeiro e atuarial”²⁶³, ou seja, as receitas devem se igualar aos gastos e, a existência da relação entre valor que os servidores contribuem e valor que os servidores irão receber à título de aposentadoria e pensão.

De acordo com o Ministro, antes da promulgação da Emenda Constitucional n. 41/03, a interpretação do artigo 40 abrange tanto os servidores que se encontram em atividade quanto os servidores que se encontram na inatividade.

Após, o Ministro faz uma análise do objeto da Emenda Constitucional n. 41/03. Assim, inicialmente, o Ministro Gilmar Mendes afirma que ainda que a contribuição dos aposentados e pensionistas tivesse sido instituída via lei infraconstitucional não haveria óbice algum. A autora alega ofensa às cláusulas pétreas, pois a emenda violou um direito individual, e é sobre esse ponto que o Ministro faz uma interpretação das cláusulas pétreas.

Segundo o Ministro Gilmar Mendes, baseado na doutrina de Jorge Miranda, Karl Loewenstein e Biscaretti de Ruffia, as cláusulas pétreas possuem

²⁶² Ibid. , p. 437.

²⁶³ Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 287.

três “concepções básicas: a dos que as aceitam ou que as tomam mesmo como imprescindíveis e insuperáveis; a daqueles que impugnam a sua legitimidade ou a sua eficácia jurídica; e a daqueles que, admitindo-as, as tomam apenas como relativas, porventura suscetíveis de remoção através de dupla revisão ou de duplo processo de revisão”.²⁶⁴ Adotando qualquer uma das três concepções, importa salientar que “os princípios gravados com cláusula de imutabilidade não poderiam ser alterados sem afetar a identidade e a continuidade da Constituição”.²⁶⁵

O Ministro reconhece que não é obra do acaso a Constituição manter um rol de princípios e direitos fundamentais protegidos dos poderes de revisão, porém enfatiza que o papel da jurisdição constitucional é não “ensejar que uma interpretação ortodoxa ou atípica acabe por colocar a ruptura como alternativa à impossibilidade de um desenvolvimento constitucional legítimo”.²⁶⁶ Assim, o Ministro propõe que se utilize do princípio da proporcionalidade entre as “consistências nas formulações que procuram justificar”²⁶⁷ com as “cláusulas de imutabilidade”.²⁶⁸

A doutrina do direito adquirido é citada no voto do Ministro Gilmar Mendes para a verificação da suposta violação deste com a irredutibilidade dos vencimentos. Assim, baseado nos ensinamentos de Moreira Alves, afirma que a teoria subjetiva do direito adquirido foi adotada pelo Brasil, conforme consta no artigo 6 da Lei de Introdução do Código Civil. Além disso, constatou que não há qualquer impedimento da aplicação da doutrina do direito adquirido “a toda lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva”.²⁶⁹ A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – ERE n.47.931, Súmula 170 - Ihe dá argumentos para defender que proteger o direito adquirido não obsta a “modificação ou supressão de determinado instituto jurídico”²⁷⁰, ou seja, por

²⁶⁴ Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 293.

²⁶⁵ Ibid. , p. 295.

²⁶⁶ Ibid. , p. 298.

²⁶⁷ Ibid. , p. 298.

²⁶⁸ Ibid. , p. 299.

²⁶⁹ Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 303.

²⁷⁰ Ibid. , p. 309.

meio de uma emenda constitucional pode-se transformar uma situação previamente estabelecida sem que esse fato configure ofensa ao direito adquirido.

O princípio da segurança jurídica é invocado no voto do Ministro com a finalidade de estabelecer regras de transição “nos casos de mudança radical de um dado instituto ou estatuto jurídico”²⁷¹, pois o constituinte derivado não está adstrito ao sistema contributivo da previdência social. Desse modo, “a instituição da contribuição de inativos pela via da emenda constitucional, se de um lado confere maior estabilidade e segurança jurídica, por outro impõe uma moldura normativa mais rígida ao sistema previdenciário”.²⁷²

Por fim, o Ministro deixa claro que houve ofensa ao princípio da igualdade ao estipular índices diferenciados entre os servidores federais, estaduais e municipais e declara a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 4 da Emenda Constitucional n. 41/03.

4. 2.12. Voto do Ministro Cezar Peluso

O voto do Ministro Cezar Peluso foi o voto condutor da tese da constitucionalidade do artigo 4 da Emenda Constitucional n. 41/03.

Em seu voto, o Ministro Peluso argumenta e fundamenta os seguintes pontos argüidos pela recorrente: inconstitucionalidade da contribuição dos aposentados e pensionistas em razão da ofensa ao direito adquirido; ao princípio da irredutibilidade dos vencimentos; da bitributação em relação ao imposto de renda e ao princípio da isonomia.

Assenta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em qualificar as contribuições para a seguridade social como espécies tributárias, conquanto reconhece que parte da doutrina “adjudica autonomia conceitual por conta do assento constitucional das finalidades e da destinação do produto da arrecadação”.²⁷³

²⁷¹ Ibid. , p. 312.

²⁷² Ibid. , p. 320.

²⁷³ Voto do Ministro Cezar Peluso, p. 197.

Ao analisar a Emenda Constitucional n. 41/03, o Ministro interpreta que houve de fato uma ampliação das fontes de contribuição para a seguridade social. E, dessa forma, com a natureza tributária que lhe é inerente, não há possibilidade de invocar a proteção do direito adquirido. Além disso, ressalta que não há empecilho constitucional para contribuição dos aposentados e pensionistas, porquanto não há norma que os torne imunes à incidência da contribuição.

Sendo o fato gerador da contribuição dos aposentados e pensionistas a “percepção de proventos de aposentadorias e pensões”²⁷⁴ não há espaço jurídico para alegar imunidade tributária absoluta pelo fato de já estarem aposentados ou recebendo pensão na data da promulgação da emenda, pois a contribuição só será exigível “em relação a fatos geradores anteriores ocorridos após a data da publicação da EC n.41/2003, observados os princípios constitucionais da irretroatividade e da anterioridade”.²⁷⁵

Em relação à irredutibilidade dos proventos, o Ministro busca na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a solução conferida pela Corte Constitucional na ADI 790/DF, na qual ficou decidido que a irredutibilidade da remuneração dos servidores públicos não se estende aos tributos.

A alegação pela requerente da ofensa ao princípio da isonomia é descaracterizada pelo Ministro pelo argumento de que o tratamento tributário diferenciado é necessário pela conjugação dos três elementos essenciais presentes na Emenda Constitucional n. 41/03: respeitar o caráter contributivo do sistema, obrigatoriedade do equilíbrio atuarial e financeiro e pelo princípio da solidariedade social.²⁷⁶ Ademais, o próprio artigo 194, parágrafo único, inciso IV da Constituição Federal prevê a “equidade na forma de participação de custeio”. O Ministro segue o voto da relatora pela inconstitucionalidade com relação aos diferentes percentuais estabelecidos para os servidores federais, estaduais e municipais, pois haveria ofensa à isonomia da contribuição dos servidores.

²⁷⁴ Ibid. , p. 204.

²⁷⁵ Ibid. , p. 208.

²⁷⁶ Ibid. , p. 234.

Por fim, o Ministro adverte que a Corte Constitucional não serve para definir políticas públicas, nem tampouco para substituir os órgãos competentes para legislar.

4.3. Considerações Finais

A análise separada de cada voto permite constatar que alguns Ministros ora utilizam, predominantemente, a doutrina (Celso de Mello e Marco Aurélio) – argumento de autoridade-, ora a jurisprudência da própria Corte (Ellen Gracie, Carlos Velloso, Gilmar Ferreira Mendes). Percebe-se que o método da interpretação autêntica não faz parte da cultura do Tribunal, porquanto posto o problema os magistrados atêm-se ao pedido e não aos motivos ensejadores da promulgação da norma.

O método hermenêutico clássico - no qual o intérprete busca o verdadeiro significado da norma constitucional -, está presente em todos os votos, visto que os Ministros buscaram adequar “a generalidade da norma à singularidade do caso”, seja por meio da doutrina, da jurisprudência ou da utilização de princípios;²⁷⁷ Percebe-se, ademais, um cuidado com o princípio da separação dos poderes, em especial no voto do Ministro Cezar Peluso, em que a linha tênue entre a prerrogativa de efetivação de políticas públicas pelo governo e a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre elas é constantemente observada.

Por fim, cumpre destacar dois votos que trouxeram elementos hermenêuticos originais: o Ministro Celso de Mello utiliza-se, no seu voto, do método da comparação constitucional, ao buscar na jurisprudência portuguesa a importância do princípio da proibição do retrocesso social e a relevância estrutural da efetivação dos direitos sociais. O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, acresce ao seu voto dados empíricos, com a finalidade de destacar que a Constituição Federal visa o benefício do servidor público e não o seu prejuízo.

²⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 101.

CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais sociais possuem uma grande carga prestacional que exige do Estado uma posição mais ativa para sua realização. Dizer que os direitos fundamentais sociais fazem parte de uma categoria programática de normas, indica um conformismo para a não efetivação desses direitos. Com efeito, os direitos sociais erigidos à categoria de direitos fundamentais proporcionam um novo modo de exigir a efetivação desses direitos.

Os direitos fundamentais sociais disciplinados pela categoria de direito subjetivo conferem ao titular desse direito a prerrogativa de exigir do Estado mecanismos de proteção que ultrapassem a confortável omissão estatal.

A teoria da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, bem como a teoria da reserva do financeiramente possível, é meio de proteção tanto do titular do direito fundamental social quanto do Estado, na medida em que visa garantir recursos para a concretização dos direitos fundamentais sociais. A situação de inadimplência estatal com o seu dever pode ser corrigida utilizando-se dessas teorias, porquanto possibilitam que o Estado faça destinações igualitárias (e/ou proporcionais) nos orçamentos para a concretização dos direitos fundamentais sociais. A realidade econômica do País e financeira do Estado deve ser contextualizada com a necessidade latente de efetivação dos direitos fundamentais sociais.

A Constituição Federal de 1988 incorpora o espírito do Estado de Bem-Estar Social inserido, porém, em um sistema econômico neoliberal que, por definição, rechaça a intervenção do Estado em áreas que não são estratégicas. O Estado de Bem-Estar Social figura, no contexto brasileiro, como um “ponto de não retorno”²⁷⁸, ou seja, as demandas sociais são expressões do crescimento de uma sociedade que necessita da efetivação dos direitos fundamentais sociais como forma de constituição de laços com

²⁷⁸ MORAIS, José Luis Bolzan de. *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 40.

o Estado. Desse modo, a relativização das cláusulas pétreas surge como um meio de efetivar os direitos fundamentais sociais, porém o jurista deve manter intocável o núcleo essencial de proteção da Constituição, para não desnaturar os preceitos constitucionais.

Por concepção, tanto o Estado de Bem-Estar Social quanto o Estado Liberal impõem restrições à efetivação dos direitos fundamentais sociais. O direito à previdência social requer, pelas suas características, a implementação de um modelo de Estado de Bem-Estar Social tal qual prevaleceu na Europa Ocidental e nos Estados Unidos da América na maior parte do século XX.

O presente estudo analisou as recentes reformas constitucionais do sistema previdenciário brasileiro, no período compreendido entre 1998 a 2005, para demonstrar o contraponto existente entre a efetivação do direito fundamental social à previdência social e as limitações econômico-financeiras do Estado. O objetivo de concretizar a norma constitucional resta em segundo plano – ou é mitigada pela relativização da cláusula pétrea - quando o Estado demonstra que não possui capacidade financeira para realizar o preceito constitucional.

Assim, esta dissertação sugere um modelo de efetivação do direito fundamental social à previdência social que satisfaz tanto o titular do direito fundamental social quanto o Estado, na medida em que o Estado, sem macular qualquer direito fundamental, concretiza o direito almejado pelo beneficiário mediante ganhos de receita. Assim, com as reformas do RPPS, foram mantidos os direitos adquiridos à aposentadoria, assim como a expectativa de direitos. Porém, foram ampliados os requisitos de tempo de contribuição ao regime e de idade mínima para os ativos, além da instituição de contribuição solidária compulsória aos aposentados. Esta solução é análoga ao disposto no artigo 50 da Lei n. 8.213/1991, que trata do RGPS, pois a cada ano trabalhado a mais, é acrescido um percentual ao valor da futura aposentadoria do trabalhador.

Com efeito, o estudo do precedente – ADI 3105 e ADI 3128 - contribuiu para a análise do confronto da efetivação do direito fundamental

social à previdência social e a restrição financeira do Estado, demonstrando como a Corte Constitucional se depara com esse embate. De fato, o papel da Corte Constitucional na concretização dos direitos fundamentais, no século XXI, ganhou destaque, porquanto sua atuação possui maior exigibilidade social e, de certa forma, maior rapidez. Exigências, aliás, consentâneas com o princípio constitucional da duração razoável do processo, introduzido em nosso ordenamento com a chamada Reforma do Judiciário mediante a EC nº 45, de 2004.

A hermenêutica jurídica ajusta o intérprete para o caminho de uma decisão justa e equilibrada. Assim, a análise das Ações Diretas de Inconstitucionalidade números 3105 e 3128 demonstrou que os métodos hermenêuticos, sob um enfoque imparcial, conduzem a decisão jurídica para uma lógica jurídica, não apenas subjuntiva, mas, também, sistêmica.

Um país continental e extremamente desigual como o Brasil possui uma demanda social muito expressiva. Dizer que os gastos com a previdência social superam a receita, incluindo nesse conceito de gastos todos os recursos que o governo despense com assistência social, num sentido genérico, desmascara o sistema previdenciário e, pontualmente, não auxilia os poderes executivo, legislativo e judiciário na busca por uma melhor equalização dos recursos.

O estudo permite concluir que as reformas constitucionais do sistema previdenciário focaram apenas na questão financeira, sem se preocupar com as conseqüências de uma mudança radical no “sistema previdenciário” individual de cada beneficiário. Assim, num contexto macroeconômico, as reformas de 1998 e 2003 conseguiram reduzir o denominado desequilíbrio previdenciário. Todavia, num contexto jurídico, foram maculadas pela interpretação prevalecente no STF quanto à ‘relativização de direitos adquiridos (contribuição compulsória dos aposentados anteriormente às reformas) e, nesse sentido, pela necessidade de não resguardar direitos fundamentais protegidos por cláusula pétrea. Ou seja, ao efetivar o direito fundamental social à

previdência social o Supremo Tribunal Federal relativizou a concretização das cláusulas pétreas, i.e, daqueles que já se encontravam aposentados.

Os estudos do IPEA indicam uma possível reforma constitucional do sistema previdenciário para os próximos anos, alterando, com toda certeza, os intervalos etários para concessão da aposentadoria. Desse modo, importa ressaltar a necessidade de se criar regras razoáveis de transição, com a finalidade de resguardar os direitos fundamentais dos titulares do direito social à previdência social.

Por fim, uma das motivações de realizar esse estudo foi enfatizar que é possível a relativização de cláusulas pétreas em face de restrições orçamentárias do Estado, desde que o Estado crie regras que protejam os titulares que se encontram em diferentes posições jurídicas, ou seja, em situações de transição diferenciadas. No anexo desta dissertação encontra-se uma possível solução para a questão da efetivação do direito fundamental social a previdência social, por meio de uma regra que faz a combinação do período restante para completar o tempo de serviço multiplicado pelo acréscimo de idade mínima para a aposentadoria.

Concluimos que essas restrições devem ser contextualizadas com os preceitos constitucionais que regulamentam a própria existência do direito fundamental social. Espera-se que esse estudo instigue o aprofundamento das discussões sobre os embates da restrição financeira do Estado e a efetivação do direito fundamental social, em face da dimensão humana que o assunto encerra.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.

AMARO, Meiriane Nunes. O processo de reformulação da previdência social brasileira (1995 -2004). In: *Consultoria Legislativa do Senado Federal*. Brasília, fev. 2004.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2004.

ARENHART, Sérgio. *As Ações Coletivas e o Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário*. Disponível em: <[www. Jus2.uol.com.br/doutrina](http://www.Jus2.uol.com.br/doutrina)>. Acessado em maio 2010.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BALERA, Wagner. Aspectos Gerais da Reforma Previdenciária. In: *Revista de Direito Social*, Porto Alegre: Notadez, out. 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010,

BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 23, abr. /jun. 1998.

BERCOVIVI, Gilberto. A problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. In: *Revista da Informação Legislativa*, Brasília, n. 142, abr. /jun. 1999.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. 5 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

BÖCKENFÖRDE, Ernst – Wolfgang. Grundrechte als Grundstatznormen. Zur gegen wartige Lage der Grundrechtsdogmatik. In.: QUEIROZ, Cristina M. M. *Direito Fundamentais Sociais*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 125.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRITTO, Carlos Ayres ; FILHO, Valmir Pontes. Direito Adquirido contra as Emendas Constitucionais. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*: contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 2001,

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Metodologia fuzzy e camaleões normativos na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais, In.: *Estudos sobre Direitos Fundamentais, Revista do Instituto Bartolomé de las casas*, Madrid, n. 6, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

CARNEIRO, Wálber Araújo. Escassez, Eficácia e Direitos Sociais. In: *Revista do Programa de Pós – Graduação em Direito da UFBA*. Salvador: Faculdade de Direito, jan./ dez. 2004.

CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre Derecho y Lenguage*. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1972.

CEPAL. Panorama Social da América Latina, 2006. *Nações Unidas*. Disponível em: <www.eclac.org>. Acessado em maio 2010

COELHO, Fábio Ulhoa. A análise económica do Direito. In: *Revista do Programa de Pós – Graduação em Direito da PUC – SP*, São Paulo: Max Limonard, v. 2, 1995.

Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefuge, In.: QUEIROZ, Cristina M.M. *Direitos Fundamentais Sociais*: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Cambridge: Harvard University , 1978.

DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*: liberalismo e justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*: a Theory of Judicial Review. Cambridge: Harvard University Press, 1980,

FILHO, Gilberto Gerzoni. Eficiência Política, Consistência Atuarial e Ajuste Fiscal: comentários sobre a Emenda Constitucional n. 41, de 2003. In: *Textos para discussão*. Consultoria Legislativa do Senado Federal. Brasília, mar. 2004.

FLORES FILHO, Edgar Gaston Jacobs. *A nova escola de Chicago e as modalidades de regulação: tendências da Law and economics e aplicações para o direito brasileiro*. Disponível em: <www.repositories.cdlib.org>. Acessado em maio de 2010.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005.

GARCIA, Emerson. O direito à educação e suas perspectivas de efetividade. In.: _____ *A Efetividade dos Direitos Sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004, p.

GASTALDI, J. Petrelli. *Elementos de Economia Política*. São Paulo: Saraiva, 2006.

GORDILLO, Agustín. *Introducción al Derecho Administrativo*. 2.ed. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1966.

GRAU, Eros Roberto. A Constituição Brasileira e as Normas Programáticas. In.: *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, Rio de Janeiro: IBDC/Forense, n. 4, 1985.

GURGEL, J. B. Serra e. *Evolução da previdência social*. Brasília: Funprev. Fundação ANAPS, 2007.

HABERMANS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1

HEGEL, Georg W. F. *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte*. Frankfurt: Suhrkamp, 1970 In.: ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 221. p. 57.

HESSE, Konrad. *Significado de los derechos fundamentales*. Madri: Marcial Pons, 1996.

HOBBSBAWN, Eric. *A Era dos Extremos : o breve século XX – 1914 - 1991*. Tradução: Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

IMA, Abili Lázaro Castro de. *Globalização Econômica, Política e Direito: análise das mazelas causadas no plano político – jurídico*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2002.

JELLINEK, Georg. System der subjektiven öffentlichen. In.: ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 118.

JYOTISHI, Amalendu ; SIVARAMKRISHNA, Sashi. Hobbes, Coase, and Social Welfare: abstractions of equity and equality in surface water distribution. Artigo publicado no IWMI em 24 fev. 2005.p. 08. Disponível em:<www.publications.iwmi.org>. Acesso em 06 de março de 2011.

KANT, Immanuel. Metaphysik der Sitten. In.: ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 213 -214.

KEYNES. Essay in Persuasion. London: Macmillan. 1972, v.9.

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LARENZ, Karl. Methodenlehre der Rechtswissenschaft. Berlin: Springer Verlag, 1983. In.: TORRES, Ricardo Lobo. *O Orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 397.

LASKI, Harold. *O liberalismo europeu*. Tradução: Álvaro Cabral. São Paulo: Mestre Jou, 1973.

LEAL, Rogério Gesta. *Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios*. Brasília: ENFAM, 2010.

LIMA, Abili Lázaro Castro de. *Globalização Econômica, Política e Direito: análise das mazelas causadas no plano político – jurídico*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2002,

LOMBARDI, Giorgio. Diritti de libertà e diritti sociali. In: *Politica Del diritto*, Bologna, v. 30, n. 1, mar. 1999.

MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer Stiftung, 2005,

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Henrique Savonitti. *Curso de direito constitucional*. 5.ed. Brasília: Senado Federal, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 2005. Tomo VI.

MIRANDA, Jorge. Os direitos fundamentais – sua dimensão individual e social. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 1, out./ dez., 1992.

MODESTO, Paulo. Teto constitucional de remuneração dos agentes públicos: uma crônica de mutações e emendas constitucionais. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MORO, Sérgio Fernando. *Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

NAKANO, Yoshiaki. Intolerância ao endividamento. In: *Cadernos de altos estudos*. A dívida pública brasileira. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações/ Plenarium, 2005. (Série Cadernos de Altos Estudos e Avaliação Tecnológica, n. 2).

NAY, Oliver. *História das Idéias Políticas*. Tradução: Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 2007.

NERI, Marcelo Cortes et al. *Gasto Público en Servicios Sociales Básicos en América Latina y Caribe*. Santiago. CEPAL, p. 07. Disponível em: <www.eclac.org/publicacoes>. Acessado em jan. 2011.

NEVES, Marcelo. *A Constituição Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

NEVES, Marcelo. Justicia y diferencia en una sociedad global compleja. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía Del Derecho*. Alicante: Universidad Alicante, v. 24, 2001.

NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de La Democracia Deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997.

OTTO Bachof, Hans J. Wolff. Verwaltungsrecht, p. I, 32, IV. In.: ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.

PARETO, Wilfredo. *Manual de Economia Política*. São Paulo: Abril Cultural, 1984. v. 1

PECES- BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Escasez y Solidariedad: una reflexión desde los clásicos*. In: _____. *Derechos sociales y positivismo jurídico: escritos de filosofía política y jurídica*. Madrid: Dykinson, 1999.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

POSNER, Richard. *The problems of Jurisprudence*. Cambridge: Harvard University Press, 1990.

QUEIROZ, Cristina M. M. *Direito Fundamentais Sociais*. Coimbra: Coimbra, 2006.

QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos Fundamentais Sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra, 2002.

RIGOBON, Roberto ; GARCIA, Márcio. Uma abordagem baseada no conceito de risco à análise da sustentabilidade da dívida pública com aplicação a dados brasileiros. In: *Cadernos de altos estudos. A dívida pública brasileira*. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações/ Plenarium, 2005. (Série Cadernos de Altos Estudos e Avaliação Tecnológica, n. 2).

Robert Reich. *The revolt of anxious class*. Democratic Leadership Concil. Washington DC, Nov 22, 1994. Sandel. *Democracy's Discontent. America in Search of a public Philosophie*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1996, p. 330. In.: QUEIROZ, Cristina M.M. *Direitos Fundamentais: teoria geral*. Coimbra: Coimbra editora, 2002.

ROEMER, Andrés. *Introducción al análisis econômico del derecho*. Trad. José Luiz Pérez Hernández. México: FCE, 1994.

ROSAVALLON, Pierre. *A crise do Estado Providência*. Brasília: Unb, 1997.

SAMPAIO, José Adercio Leite (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTOS, Leila Borges Dias e SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. Ferdinand Lassalle e o Estado de Bem-Estar Social. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*. Goiânia, v. 33. n.1. jan. /jun. 2009, p. 88.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In.: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SAYAD, João. Dívida Pública: quarenta anos de frustrações. In: *Cadernos de altos estudos: a dívida pública brasileira*. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações/ Plenarium, 2005. (Série Cadernos de Altos Estudos e Avaliação Tecnológica, n. 2).

SCHAFER, Jairo. *Classificação dos Direitos Fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário : uma proposta de compreensão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SEGADO, Francisco. *El sistema constitucional español*. Madrid: Dykinson, 1992.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris

SILVA, Christine Oliveira Peter da. Metodologia de estudo de precedentes. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Brasília, ano 1, out. 2007.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: *Revistas dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, abril, 2002.

SOUZA, Juarez de. Críticas à construção de um Estado Neoliberal no Brasil: 1987 – 2002, 15 anos de profundas mudanças. In: Congresso Del CLAD – Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (8.: 2003: Panamá). Cidade do Panamá, 29.10.2003. Painel 10: Reformas estruturais: o legado de FHC e os desafios de Lula.

SOUZA, Juarez de. Reforma da Previdência: sugestões para aprimoramento no Senado. *Correio Brasiliense*. Brasília, 01 de set. 2003.

SOUZA, Juarez de. Reforma da Previdência: avaliação do relatório aprovado na Comissão Especial da Câmara dos Deputados.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SUSTEIN, Cass R. *The second Bill of Rights: FDR's unfinished revolution and why we need it more than ever*. New York: Basic Books, 2004.

SUSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. *The cost of Rights: why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton and Company, 1999.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário*. 10.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2008

TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. *O Orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995,

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999.

ZAGREBESKY, Gustavo. *El Derecho Ductil: Ley, Derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Trotta, 1999.

ZYWICKI, Todd J. Posner, *Hayek and the Economic Analysis of Law*. Disponível em: <www.law.gmu.edu>. Acesso em 06 de mar. 2011.

ANEXO²⁷⁹

Tempo de Serviço dezembro 1998(anos)	Tempo restante + pedágio EC 20	TE=Tempo Total exigido pela EC 20	TC=Tempo Contrib. Dezembro 2003	% Tempo que falta	Acréscimo proporcional de idade mínima: TC/TE em anos (e.7)	Idade mínima sugerida: 53 + f
a)	b)	c)	d)	e)	f)	g)
25	10+2	37	30	18,9	1,3	54,3
20	15+3	38	25	34,2	2,4	55,4
15	20+4	39	20	48,7	3,4	56,4
10	25+5	40	15	62,5	4,4	57,4
5	30+6	41	10	75,6	5,3	58,3
1	34+6,8	41,8	6	85,6	6,0	59,0
0	35+0	35	0	-	-	60,0

²⁷⁹ SOUZA, Juarez de. Reforma da Previdência: avaliação do relatório aprovado na Comissão Especial da Câmara dos Deputados.