

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

DEIVISON RESENDE MONTEIRO

PREVIDÊNCIA SOCIAL E EFETIVIDADE DA  
CONSTITUIÇÃO: UMA PROPOSTA COMPREENSIVA  
DA NORMA CONSTITUCIONAL PARA ALÉM DO  
ARGUMENTO ECONÔMICO

POUSO ALEGRE – MG

2014

DEIVISON RESENDE MONTEIRO

PREVIDÊNCIA SOCIAL E EFETIVIDADE DA  
CONSTITUIÇÃO: UMA PROPOSTA COMPREENSIVA  
DA NORMA CONSTITUCIONAL PARA ALÉM DO  
ARGUMENTO ECONÔMICO

Dissertação apresentada como exigência parcial  
para obtenção de título de Mestre em Direito ao  
Programa de Pós-Graduação em Direito da  
Faculdade de Direito do Sul de Minas.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Henrique Lopes  
Figueiredo.

FDSM - MG

2014

## FICHA CATALOGRÁFICA

M775p Monteiro, Deivison Resende

Previdência social e efetividade da constituição: uma proposta abrangente da norma constitucional para além do argumento econômico/ Deivison Resende Monteiro. Pouso Alegre-MG: FDSM, 2014.  
103f.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Henrique Lopes Figueiredo.  
Dissertação – Faculdade de Direito do Sul de Minas, Mestrado em Direito.

1.Direito Constitucional. 2. Direitos fundamentais-sociais. 3. Direito Previdenciário. I. Figueiredo, Eduardo Henrique Lopes. II. Faculdade de Direito do Sul de Minas. Mestrado em Direito. III. Previdência social e efetividade da constituição: uma proposta abrangente da norma constitucional para além do argumento econômico.

CDU D-340

DEIVISON RESENDE MONTEIRO

PREVIDÊNCIA SOCIAL E CONSTITUIÇÃO: UMA PROPOSTA COMPREENSIVA  
DA NORMA CONSTITUCIONAL PARA ALÉM DO ARGUMENTO ECONÔMICO

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

Data da aprovação \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

Banca Examinadora

---

Prof. Dr. Eduardo Henrique Lopes Figueiredo  
Orientador  
Faculdade de Direito do Sul de Minas

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup> Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches  
UNINOVE

---

Prof. Dr. Elias Kallás Filho  
Faculdade de Direito do Sul de Minas

Pouso Alegre – MG  
2014

À memória de Paulo Vitor Monteiro, meu pai, e, à vida de Maria Aparecida Resende Monteiro, minha mãe. Àquele pelo exemplo reconhecido de sabedoria e humildade, a esta pela incansável dedicação, preocupação e orações. À Sofia, minha filha, razão de minha vida. À minha amada Denise pelo companheirismo, paciência e compreensão. Aos meus amados enteados Frederico, Fabiana e Fernanda.

# AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Eduardo Henrique Lopes Figueiredo orientador deste esforço que, ao longo desta fase de aprendizado, sempre preocupado com minha formação, desprendido de qualquer vaidade, deu exemplo de guia e mestre a ser seguido.

Ao Prof. Dr. Elias Kallás Filho, incentivador de primeira hora, pelas lições preciosas acerca do direito constitucional e suas relações econômicas, bem assim pelo compromisso e dedicação na coordenação do programa de mestrado da Faculdade de Direito do Sul de Minas.

Ao Prof. Dr. Rafael Lazzaroto Simioni pela contribuição valiosa e impagável de nos abrir olhos e mentes ante as barreiras interpretativas do discurso em direito.

Ao Prof. Me. Paulo Henrique Resende Monteiro e sua esposa Prof<sup>a</sup>. Me. Josemare Andrade Pires, pelo estímulo, apoio e importantes sugestões que explicitamente ou não integram este modesto estudo.

Aos professores do programa de mestrado da Faculdade de Direito do Sul de Minas pelo compromisso sempre renovado com nossa formação acadêmica.

Aos meus queridos colegas de mestrado, verdadeiros amigos que elevaram o nível de nosso aprendizado e abrilhantaram as nossas lições durante esta fase de crescimento.

Aos dedicados colaboradores da secretaria do programa de pós-graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas, por nos proporcionar meios de alcançar este objetivo.

## RESUMO

MONTEIRO, Deivison Resende. Previdência social e constituição: uma proposta compreensiva da norma constitucional para além do argumento econômico. 2014. 103f. **Dissertação** (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre MG, 2014.

Este trabalho está inserido no grande tema Constitucionalismo e Democracia, especificamente naquilo que se aplica à efetividade de direitos fundamentais-sociais. Seu objeto de estudo envolve análise do direito fundamental-social à previdência pública e sua relação com aplicabilidade da norma constitucional, o que implica lançar a Constituição da República na realidade de poder e da vida prática das relações essenciais havidas entre sociedade, economia e Estado. Partindo desta idéia pretende investigar, por meio da pesquisa bibliográfica, o alcance do texto constitucional na efetiva realização dos direitos sociais nele contidos, tendo, sobretudo, olhar voltado aos desafios da atual conjuntura socioeconômica global que irradia discurso da supremacia da eficácia econômica, aparentando influenciar agentes do Estado na tomada de decisão, desencadeando restrições às garantias fundamentais de dignidade humana. A pretensão é colocar em debate a atuação do poder estatal, atualizando o discurso em busca de uma constituição normativa, que, concretamente se dinamize na realidade social.

Palavras-chave: Previdência Social. Constituição. Direitos Fundamentais. Direitos Sociais. Efetividade. Normatividade. Argumento Econômico.

## **ABSTRACT**

MONTEIRO, Deivison Resende. *Social Security and Constitution: a comprehensive proposal of the constitutional rule beyond economic argument*. 2014. 103f. Paper (Law Masters) – Sul de Minas Law School. Post Graduation Program, Pouso Alegre, MG, 2014.

*This paper is inserted in the great Constitutionalism and Democracy theme, specifically in the effectiveness of basic-social rights. Its purpose of study involves the analysis of basic-social law to public pension and its relation with the applicability of constitutional rule, which implies presenting the Republic Constitution in the power reality and life practice of the essential relationship between society, economy and State. Starting with this idea, it intends to investigate the range of the constitutional text in the effective achievement of social rights, especially an eye on the challenges of current global social-economic conjuncture that spread the speech about the supremacy of economic efficacy that seems to influence State's agents when making decisions, triggering restrictions to basic guarantee of human dignity. The intention is putting under debate the presence of the State power, updating the speech, seeking a normative constitution that really stimulates itself in the social reality.*

*Key words: Social Security. Constitution. Basic-social Rights. Normativeness. Effectiveness. Economic argument.*

# SUMÁRIO

<b>Introdução</b> .....	10
<b>I – Constitucionalismo Social e Direitos Prestacionais: Formação da Constituição Social e sua Materialização na Seguridade Social Brasileira</b>	
1.1. Contrastes entre Estado Liberal e Estado Social .....	19
1.2. A “questão social” e sua imanência nas relações econômicas capitalistas: a dimensão do Estado e o conteúdo dos direitos sociais .....	25
1.3. Constitucionalismo social: Trabalho, livre iniciativa e proteção aos trabalhadores .....	28
<b>II – Os Direitos Sociais na Constituição de 1988: Proposta Compreensiva das Relações entre Direitos Fundamentais e Direitos Sociais</b>	
2.1. O “capitalismo-social” como “opção” constitucional brasileira: leitura dos limites da Constituição .....	31
2.2. Os limites das intervenções estatais: mediação e enfrentamento da “questão social” .....	34
2.3. Direitos fundamentais-sociais da seguridade social: a recorrência da análise histórica e a especificidade da dimensão previdenciária .....	38
2.4. Política e direito social no Brasil após 1988: Reajustes neoliberais e precarização da proteção social: A prevalência do econômico sobre o direito? .....	46
2.5. Direitos fundamentais-sociais nos limites das relações sociais: reformas da previdência e fundamentos jurídicos para a transição .....	50
2.6. O dilema da efetividade das normas de direitos sociais como dimensão da efetividade constitucional .....	54
2.6.1 A efetividade em Karl Loewenstein .....	55
2.6.2 A efetividade em J. J. Gomes Canotilho .....	57
2.6.3 A efetividade em José Afonso da Silva .....	60
2.6.4 A efetividade em Luis Roberto Barroso .....	63
<b>III – Direitos Sociais e sua Efetivação no Brasil Contemporâneo</b>	
3.1. A correlação: direitos fundamentais-sociais e custeio .....	66
3.2. O discurso de eficácia econômica para a limitação de direitos .....	72
3.3. A questão da precarização e da restrição de direitos .....	79
3.4. Os desafios para a realização de uma constituição normativa: A imagem de Karl Loewenstein como metáfora face à insinceridade constitucional.....	87
<b>Conclusão</b> .....	92
<b>Referências</b> .....	98

## INTRODUÇÃO

O atual modelo político-jurídico do Estado brasileiro, aonde vontade popular encontra limites na norma, ao mesmo tempo em que norma aparece como vetor de viabilização dos direitos do povo, carrega consigo, dentre outros tão relevantes quanto, os desafios impostos de equilibrar desenvolvimento econômico e garantias fundamentais como forma de proteção de classes sociais vulneráveis.

Enfrentar os limites dessa árdua tarefa na busca de possível equilíbrio parece ser desafio da Constituição, cabendo a ela preservar determinados temas, o que poderia ser denominado de *núcleo duro* da Constituição.

No centro desse núcleo destacam-se os direitos fundamentais-sociais, que em meio às turbulências econômicas mundiais vividas atualmente parecem, ainda, buscar melhor afirmação na realidade prática no contexto das relações sócio políticas, sobretudo, frente ao argumento de que avanços sociais devem estar condicionados ao desenvolvimento econômico dos Estados.

O argumento parece sugerir, de certa forma, a pretensão de submeter direito à realidade econômica. Evidencia, ainda, discussão recorrentemente presente na história da humanidade nos últimos séculos – o eterno enfrentamento entre políticas de capital e políticas de cunho social.

Se por um lado é compreensível e justificável que desenvolvimento econômico de um país é fundamental para que se alcancem melhores condições de vida para sua população, de outro é importante reconhecer a relevância de garantias sociais para aqueles que ainda não se beneficiaram dos avanços econômicos.

Políticas de saúde, educação, habitação, trabalho, assistência, previdência social dentre outras, ao longo da construção do atual modelo de Estado brasileiro, embora longe de significarem ícone de eficiência, foram fundamentais para que o Brasil pudesse superar fases de grandes dificuldades econômicas de sua recente história e mostraram-se importantes mecanismos de viabilidade de garantias vitais para nosso povo.

Essas prestações civilizatórias constituem substância da ação estatal em interação com o modo capitalista de produção. Os destinatários não representam o

Estado em si mesmo,<sup>1</sup> mas podem sofrer limitações a depender da eficiência ou ineficiência das políticas econômicas adotadas pelos governos.

A temática reservada ao estudo de uma teorização do Estado enfoca dinâmica do poder considerando a Constituição da República em duas de suas mais importantes funções: (i) promoção do desenvolvimento econômico da nação, e, (ii) garantia de ordem social como forma de promoção de existência digna, sobretudo, no que se refere às políticas envolvidas da previdência social, que é um dos pilares da seguridade social no Brasil.

É a partir desta proposta que se vislumbra a relevância da investigação acerca de como é que o texto normativo constitucional se coloca na realidade da vida prática no modelo de Estado adotado pelo Brasil. Neste aspecto admitir-se-á normatividade constitucional como problema para *ler e compreender* seguridade social e seus limites. Noutras palavras, os direitos sociais clamam por realização; a Constituição os estruturam e as dinâmicas “políticas” os precarizam. Eis as fronteiras entre economia, política e Constituição que se pretende destacar neste estudo.

A questão assim refletida apresenta-se da seguinte maneira: a efetividade do direito fundamental-social, em sua vertente previdenciária, no Brasil contemporâneo está, além de garantida, viabilizada pelas premissas contidas no texto constitucional ou, a Constituição brasileira representa carta política nominal – que não consegue adaptar suas normas à efetiva dinâmica da realidade sócio-político-econômica na qual vivem os brasileiros, pois, muito embora, tenha por finalidade estabelecer diretrizes para que os agentes do Estado atuem, como viabilizar suas garantias, se seus comandos não são observados? Pode ser considerado um cinismo como *lente* para compreender a Constituição?

Esta pesquisa envolverá análise do direito fundamental-social à previdência pública e sua relação com a norma constitucional, o que implica lançar a Constituição da República na realidade do poder político e na vida prática das relações essenciais, compreendidas sociedade, economia e direitos sociais como expressão de Estado Social.

Trata-se então de reconstrução teórica que lança o texto ao tema clássico da efetividade das normas jurídicas, porém não para confiná-lo aos limites da

---

<sup>1</sup> MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia**. 6. ed. ver. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 67.

realização da substância normativa<sup>2</sup> à questão da aplicação da norma, orientação que poderia resultar em interesse diverso, ou melhor, da natureza das normas de um sistema jurídico. Sob este aspecto, a questão aponta para o pensamento de uma fonte clássica – Hans Kelsen – e o problema da normatividade. Para Kelsen a norma atua como esquema de interpretação. Ela será elaborada através de um ato jurídico que, igualmente, adquire significado através de outra norma<sup>3</sup>. E, aqui a crítica de Friedrich Müller se justifica:

Na sua transformação radical do direito à imagem da lógica formal, Kelsen levou ao ápice da abstração a separação e contraposição de norma e realidade, ser e dever ser e desse dever ser um nenhum ser, essa separação de fundamento e condição de vigência do direito mostra que Kelsen se interessa no tratamento de problemas jurídicos mais pelo conceito de ciência do que pelo conceito de direito.<sup>4</sup>

Diferentemente, a questão normativa posta neste estudo é premissa para ler o horizonte constitucional brasileiro, sua substância e, mais detidamente, a investigação do alcance do texto constitucional para a materialização e realização dos direitos sociais nele contidos, tendo, sobretudo, olhar voltado aos desafios do atual cenário econômico global, o qual irradia discurso de eficácia econômica, influenciando agentes do Estado na tomada de decisão.

A fim de delimitar o tema, não serão concentrados esforços no que tange ao debate da eficácia ou não das políticas públicas adotadas pelos governos, isto porque, tal reflexão poderia contaminar a pesquisa com elementos de estratégia política de uma ou outra ideologia, distorcendo o foco da pesquisa, que se concentra no estudo da teoria do direito e também do Estado. Sob este aspecto, o Estado Social existe e está alicerçado constitucionalmente, reforçado por emendas constitucionais, sendo as políticas públicas assim tidas como transitórias ou expressão de governos, os quais, na forma republicana também são passageiros.

Insista-se, no entanto, que orientações político-ideológicas não foram banidas da pesquisa e esta nem mesmo poderá ‘purificar-se’ em um espaço na leitura o qual se debruça até mesmo em fontes jurisprudenciais. Debater a hipótese de que, no tocante às relações do direito previdenciário, atuação do poder político se reflete e é

---

<sup>2</sup> Sentido contido no capítulo I da Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, mais especificamente a partir do item: “A norma como esquema de interpretação”.

<sup>3</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito**. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. – 7. ed. rev. – São Paulo. Revista dos Tribunais. 2011. p. 71.

<sup>4</sup> MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Sousa. 2. ed. rev. – São Paulo. Revista dos Tribunais. 2009. p. 24.

refletida nos posicionamentos dos tribunais pátrios, é ter na devida conta que seguridade social coexiste com momentos políticos conjunturais de variados matizes, sejam eles econômicos, orçamentários, de austeridade de gastos, de retração ou expansão de atividades laborais. Restringir ou inviabilizar a efetivação dos direitos sociais denota apenas muito ingenuamente imagem de uma Constituição insincera que não se realiza no plano normativo. A Constituição (in)sincera que é convidada para o diálogo é a Constituição que se sincroniza ou não com a substância da realidade social.

Ao se construir o objeto deste estudo, buscou-se encontrar elementos viabilizadores que são expressão de experiências político constitucionais. A Constituição brasileira de 1988 instituiu limites para intervenção do Estado como mediador da questão social, ante sua imanência nas relações econômicas. As intervenções são compreendidas como formas de minimização da marginalização social e os respectivos direitos sua terminologia específica.

A hipótese deslocou-se para a classificação das constituições propostas por Karl Loewenstein<sup>5</sup>, e a partir dela para outras importantes classificações. Como já destacado, classificação e dimensão normativas sob o prisma da efetividade foram eleitos como ponto de partida da reflexão teórica quanto ao sentido da efetividade dos direitos fundamentais-sociais, propondo-se que a fecundidade inserida no problema da efetividade provocará o leitor a admitir que apenas há Constituição e Estado sociais de direitos se houver relações sociais substancializadas pelos mecanismos corretivos da marginalização.

A partir daí, a idéia é verificar se a hipótese construída e resgatada no teórico alemão permite romper com a desconexão entre realidade normativa e realidade fática, traduzida no relevo de conjunturas econômicas, de trabalho e populacionais, todas elas incidentes na realidade constitucional e, também, na captura do alcance compreensivo de uma estrutura de seguridade, existente para amparar a vida real dos cidadãos brasileiros face aos estigmas da sociedade e do trabalho.

Em meio essa reflexão – análise da aplicabilidade das normas constitucionais e efetividade dos direitos fundamentais-sociais – ciência jurídica e ciência política se

---

<sup>5</sup> Filósofo e político alemão que dedicou grande parte de seus estudos a pesquisas e investigações sobre a tipologia de diferentes constituições, propondo uma teoria inovadora acerca de uma classificação ontológica das constituições, o que gerou grande impacto no estudo do constitucionalismo no século XX.

confluem na indagação de Karl Loewenstein. Para este estudo os sentidos dos textos constitucionais se alteram face às tensões da normatividade, do nominalismo ou tão só da dimensão semântica dos seus significados.

Compreendidas naquilo que dizem respeito à efetividade dos direitos fundamentais-sociais, o critério ontológico utilizado pelo autor alemão poderá ser articulado inicialmente, enquanto ferramenta para ler direitos sociais no contexto jurídico e político no qual o Estado não se divorcia do econômico, antes se dinamiza junto a ele.

Esta é a lente pela qual se procurou revisar leituras acerca da efetividade dos direitos em Joaquim José Gomes Canotilho, José Afonso da Silva e Luís Roberto Barroso. O intuito será o de trazer à questão a seguridade social brasileira como objeto a ser estudado não apenas e tão só enquanto fonte prestacional, mas também enquanto fonte normativa tensionada no contexto da política e da economia, isso diante dos limites de uma opção constitucional.

O ponto de partida da reflexão teórica se ancora no fato de que a maioria das doutrinas tradicionais tem como critério de análise para classificação das constituições postulados contidos no próprio texto constitucional, o que, para o propósito aqui perseguido, se mostra insatisfatório.

Karl Loewenstein, ao sustentar que critérios tradicionais não esgotam a questão, apresenta elemento diferente do tradicional a partir do qual é possível esboçar outra forma de se classificar normas fundamentais. Trata-se de um critério ontológico – existencial.

Para o autor, este critério classificatório adéqua-se à sensível mudança havida quanto ao papel das Constituições escritas na realidade sociopolítica contemporânea, rompendo com o tradicionalismo na medida em que propõe uma comparação da norma constitucional com realidade, a norma fundamental e sua aplicação.

Assim, divide as constituições em normativas – onde normas efetivamente dominam o processo político e limitam o poder do Estado; nominais – que não conseguem adaptar suas normas à efetiva dinâmica do processo político e, muito embora tenha finalidade de restringir os limites da atuação dos agentes do Estado, seus comandos não são observados; ou, constituições meramente semânticas cujas normas não passam de formalização da situação do poder político existente, servindo a propósito que visa à estabilização das forças realmente dominadoras de

uma comunidade e, portanto, sem compromisso com a efetividade dos direitos de dignidade<sup>6</sup>.

Este estudo parte da imagem criada por Loewenstein para propor observação da tensa convivência entre direito e pressupostos econômicos presente na realidade do Brasil contemporâneo, relacionados à efetividade dos direitos fundamentais-sociais, especificamente aqueles contidos em subitem do universo da seguridade social brasileira: a previdência social.

O que se pretende não é simplesmente rotular a Constituição brasileira a partir da proposta de Loewenstein, mas, sim colher suas impressões de forma que seja possível aclarar um olhar crítico que procure indagar a coexistência presente no texto constitucional entre ordem econômica e ordem social, e sua apresentação frente à realidade social<sup>7</sup>, política e econômica da comunidade nacional, levando-se em conta o modelo de Estado adotado pelo Brasil, suas origens e seus pressupostos base.

Também não se quer aqui, “demonizar” pressupostos econômicos inevitavelmente presentes nas relações sócio-políticas de um país plural e globalizado como o nosso. Antes, pelo contrário, o que se pretende é um enfoque da norma constitucional que permita ao cientista do direito uma compreensão que não seja escrava de um discurso de austeridade econômica, cujo fundamento (acumulação de riquezas) conflita com sustentação, efetividade e ampliação dos direitos fundamentais.

Para tanto, é necessário enxergar o texto constitucional para além do enfoque revolucionário dado pelo autor português Joaquim José Gomes Canotilho, quanto à Constituição dirigente<sup>8</sup>. Uma vez compreendido o conteúdo da norma constitucional programática, importante compreender também sua força para moldar a realidade<sup>9</sup>. Isto exige superação do conceito de efetividade enquanto aptidão e possibilidade. Aptidão não é garantia de realização; não é concretude. É algo mais!

---

<sup>6</sup> LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. 2ª ed., Trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona: Ediciones Ariel, 1972, p. 216-221.

<sup>7</sup> Acerca da atualidade do pensamento de Karl Loewenstein naquilo que se aplica a tentativa de explicar, realisticamente, o papel da constituição na dinâmica política, contrapondo-se ao positivismo tradicional do direito público ler: BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: para uma crítica do Constitucionalismo**. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

<sup>8</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. Prefácio, p. XIX.

<sup>9</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo, Malheiros, 2001. p. 63.

O olhar necessário para o objetivo deste estudo tem que estar em sintonia com a possibilidade de construção de uma constituição normativa, pós diretiva, que superou 'a revolução' da mudança e agora necessita enfrentar novos desafios, onde efetividade esteja relacionada com concretização. Algo que se aproxime das reflexões de Luis Roberto Barroso, quanto à afirmativa de que

A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social.<sup>10</sup>

Trata-se de proposta que tem como cerne o dilema da efetividade das normas constitucionais sociais e, que exigirá daqueles que se interessarem pelo tema, um repensar da constitucionalização dos direitos previdenciários no Brasil, no período que sucede a Constituição da República de 1988, a partir dos desafios para a construção de uma constituição normativa.

Assim, a pesquisa se sustenta pela importância do aprofundamento em estudos teóricos capazes de oferecer aos estudiosos do direito, dentre eles alunos, advogados, gestores públicos, legisladores e, principalmente julgadores, mecanismos metodológicos a fundamentar uma compreensão da Constituição da República, pelo prisma da efetividade de direitos fundamentais sociais, de maneira que a norma realize-se na vida real da nação, sendo capaz de proporcionar ao seu aplicador uma visão ampliada para compreender também outras exigências sociais frente a medidas econômicas de ajuste.

Na busca pela compreensão da questão posta, o percurso traçado persegue objetivos específicos voltados, primeiramente para observação do contraste entre o modelo de Estado Liberal e o modelo de Estado Social e a influência dessas diferenças na proposta de constitucionalismo social vista no Brasil atual.

Será necessário observar as bases do discurso teórico que fundamenta a intervenção do poder estatal na economia em favor da ordem social, em busca de evidenciar possível racionalidade argumentativa que justifique a sustentação dos direitos previdenciários, mesmo em tempos de retração econômica. Isto porque, parece fundamental compreender o conteúdo dos direitos sociais e suas relações

---

<sup>10</sup>Barroso, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 82/83.

com o capitalismo, sobretudo no contexto do modelo de política social adotado pelo Brasil após 1988 – o “capitalismo social”.

Se buscar demonstrar a tensão entre direito e relações econômicas capitalistas, próprias da contemporaneidade, pode destacar a atuação do Estado, compreenda-se que efetivar direitos fundamentais não é efetivar a Constituição. A Constituição se insere em horizonte normativo, mas também se insere em horizonte fático, que por meio da descrição de realidades singulares possibilita tornar reais relações jurídicas previdenciárias.

O dilema da efetividade das normas constitucionais de direitos sociais, frente aos problemas da atualidade é o desafio de ‘constituir’ um Estado social, absorvendo nos aspectos da normatividade, do nominalismo ou da dimensão semântica, isso a partir dos conceitos de Loewenstein, a possibilidade de se admitir a existência desta ou daquela fronteira estatal para além dos limites dogmáticos.

Como a pesquisa encontra delimitação temporal na contemporaneidade brasileira, necessário se fez observar reflexões sobre efetividade das normas a partir dos estudos de Joaquim José Gomes Canotilho, José Afonso da Silva e Luis Roberto Barroso. Esses importantes autores se desconectaram da proposta compreensiva do problema da efetividade o qual se restringe à teoria da norma. As relações com os direitos sociais no cenário sócio-político e cultural na atualidade estão na imagem lançada por Loewenstein como metáfora diante da possível insinceridade constitucional.

Metodologicamente foi na pesquisa bibliográfica que o projeto se concentrou. A crítica reside na inversão de planos investigativos diversos: assim sendo, se economia e política foram etapas que não se paralisaram no argumento, elas são as instâncias nas quais se formam hipóteses que se colocam no universo de questões recorrentes para todo aquele que deseja enfrentar os problemas de um sistema de seguridade social. As relações socioeconômicas capitalistas têm suas bases em um Estado de bem-estar social e isso enseja a necessidade de verificação da sua instabilidade. No cenário brasileiro, mesmo que veladamente, em grande parte as decisões judiciais em matérias previdenciárias representam empecilhos para a efetividade de direitos fundamentais-sociais. Seu dimensionamento condiciona – é possível afirmar – a realização desses direitos à sustentabilidade financeira do sistema previdenciário.

Seria possível verificar, então, analisando a atuação estatal, por meio da jurisprudência de direito previdenciário dos tribunais brasileiros, que existem evidências de uma insinceridade constitucional, na medida em que a proposta contida em seu texto não se realiza no exercício prático da tutela jurisdicional, em razão da imbricação de argumentos econômicos consequencialistas que impedem a efetivação dos direitos previdenciários?

Por outro lado, a argumentação teórica constatada nas decisões judiciais em matéria previdenciária sintoniza-se com a proposta constitucional brasileira, no que toca à garantia de políticas públicas de proteção social, cuja finalidade se resume no cuidado adequado de uma crescente população de trabalhadores idosos merecedores de investimentos necessários a lhes garantir qualidade de vida digna?

Assim, este esforço procura articular o conteúdo oriundo das reflexões contidas nas hipóteses apresentadas, a fim de que, o estudo da aplicabilidade das normas constitucionais e sua relação com efetividade dos direitos sociais, a partir do marco teórico proposto, desvelem possibilidade de compreensão dos direitos sociais em contexto jurídico e político onde a atuação do Estado não se divorcia do econômico.

Deixe-se claro, entretanto, que não está no objetivo do texto o esgotamento da exploração das questões postas, mas tão somente a instalação de pequena clareira com o propósito de ali nos determos um pouco. Reunir, analisar e interpretar informações, a partir de um ponto de vista que, almeja-se, seja capaz de despertar a curiosidade daqueles que se interessem pela temática, contribuindo, assim, para o estudo da ciência jurídica. Diálogo em dia, se retoma a caminhada.

# **I – Constitucionalismo Social e Direitos Prestacionais: Formação da Constituição Social e Limites para sua Materialização na Estrutura da Seguridade Social Brasileira**

## **1.1 Contrastes entre Estado Liberal e Estado Social**

A crença na auto-suficiência do indivíduo – individualismo – aliada ao excesso da concentração do poder político e econômico nas mãos do soberano, provavelmente foram os fatores mais relevantes para o rompimento com o modelo absolutista-medieval de Estado e para inauguração de nova fase histórica que se convencionou intitular modernidade.

O sentimento individualista-burguês amplamente disseminado entre as classes economicamente emergentes do final do século XVIII exigia abstenção do Estado no trato de determinados temas, com ênfase para economia, propriedade privada individual, livre mercado e acumulação de capital, como reação ao Estado absolutista-feudal.

As teorias iluministas mostraram-se verdadeiras técnicas de limitação da autoridade, na medida em que a idéia central era a separação do poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário. Era preciso que os poderes tivessem funções bem definidas e controles recíprocos. Isto tornou possível a articulação política da classe burguesa para a ruptura com o absolutismo e a inauguração de um modelo de Estado onde direitos individuais (daquela seleta classe) fossem garantidos por meio da intervenção mínima do poder estatal, em atuação omissiva/absenteísta. Era a resistência do direito individual burguês ao intervencionismo do Estado.

O sentimento individualista possessivo da sociedade liberal européia da época resume-se em algumas proposições, de acordo com Macpherson<sup>11</sup>:

- (i) O que confere aos seres o atributo de humanos é a liberdade de dependência da vontade alheia.
- (ii) A liberdade da dependência alheia significa liberdade de quaisquer relações com outros, menos as relações em que os indivíduos entram voluntariamente visando a seu próprio proveito.
- (iii) O indivíduo é essencialmente o proprietário de sua própria pessoa e de suas próprias capacidades, pelas quais ele não deve nada à sociedade.

---

<sup>11</sup>MACPHERSON, C. B. **Teoria política do individualismo possessivo de Hobbes até Locke**. Trad. Nelson Dantas. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979. p. 275-276.

- (iv) Se bem que o indivíduo não possa alienar a totalidade de sua propriedade de sua própria pessoa, ele pode alienar sua capacidade de trabalho.
- (v) A sociedade humana consiste de uma série de relações de mercado.

As colocações neste tocante são relevantes para que se possam compreender algumas características dessa fase histórica que se relacionam com temas contemporâneos objetos deste estudo, a exemplo das características que marcaram o Estado liberal, sobretudo nos campos da política, sociologia, economia e direito.

Do ponto de vista político, o Estado liberal tinha por característica o abstencionismo, ou seja, ausência de regulação por parte do poder estatal no trabalho e na economia. A presença do Estado podia ser percebida tão somente naquilo que era tangente à proteção da propriedade privada.

Tal postura política propiciou o surgimento daquilo que então se denominou direitos e garantias individuais, bem como direitos políticos, os quais eram direcionados apenas à classe burguesa, o que revelava, pelo prisma da sociologia, sentimento individualista exageradamente presente no elitismo próprio da burguesia.

A economia vivia a época do liberalismo máximo onde auto-regulação, regras do livre mercado e supervalorização da propriedade privada individual viabilizavam acumulação de capital de poderosa minoria burguesa, o que representaria anos mais tarde o mais brutal processo de acumulação econômico já visto, evidenciado, por exemplo, no caso da Grã-Bretanha de então<sup>12</sup>.

Nessa primeira fase do Estado liberal, no campo do direito a ênfase voltou-se para os direitos fundamentais conexos à concepção individualista, própria da época, gerando uma igualdade meramente formal. A premissa sustentada relacionava-se com o uso da lei como forma de limitação da atuação do Estado. Os direitos individuais estavam garantidos pela não intervenção do aparato estatal, sobretudo, na vida econômica e na propriedade privada de uma pequena classe de ricos.

Naquele contexto, Constituições políticas – marcadas pela natureza enunciativa e declaratória – refletiam o Constitucionalismo como produto da

---

<sup>12</sup>“Houve um momento na história do mundo em que a Grã-Bretanha podia ser descrita como a sua única oficina mecânica, seu único importador e exportador em grande escala, seu único transportador, seu único país imperialista e quase seu único investidor estrangeiro; e, por esse motivo, sua única potência naval e o único país que possuía uma verdadeira política mundial.”HOBBSAWM, Eric J. **Da revolução industrial inglesa ao imperialismo**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 79.

ascensão hegemônica de parcelas da sociedade sobre a estrutura de dominação absolutista do Estado<sup>13</sup>.

A tensão histórica entre capital e trabalho aflorou-se nesta fase do liberalismo, desvelando a premissa do *mínimo absoluto*, como retrata Hobsbawm:

A concepção tradicional, que ainda sobrevivia deformada, em todas as classes da sociedade rural e nas relações internas dos grupos da classe trabalhadora, era a de que um homem tinha o direito de ganhar a vida e que, se incapaz disso, o direito de ser mantido vivo por uma comunidade. A concepção dos economistas liberais de classe média era a de que os homens tinham a obrigação de aceitar os empregos que o mercado oferecesse, qualquer que fosse o lugar ou a remuneração, e que, através da poupança e do seguro, individual ou coletivo, o homem racional se protegia contra os infortúnios, a velhice ou a doença. Admitia-se que não se podia permitir que o resíduo de indigentes viesse a morrer de fome, mas a estes não se deveria dar mais que o *mínimo absoluto* – desde que fosse menos que o salário mais baixo oferecido no mercado – e nas condições mais desestimulantes.<sup>14</sup>

Ao que parece, o mínimo absoluto aproximava-se mais de espécie de caridade do que de alguma forma de direito social, o que representou um dos fatores que pode ter iniciado a ruptura com o modelo de Estado liberal, na medida em que exigiu da classe oprimida – aqueles que já não se contentavam mais apenas com o direito às migalhas que caíam da mesa dos ricos<sup>15</sup> - organização e representatividade.

Fato é que, mesmo em detrimento dos direitos de uma maioria pobre, a prosperidade econômica européia da época propiciou o que se pode classificar de segunda fase do liberalismo, alavancada pelo crescimento do poder aquisitivo de outro grupo de pessoas além dos aristocratas tradicionais. Eram comerciantes, profissionais liberais, prestadores de serviços dentre outros que se enriqueciam com a boa fase econômica e almejavam os mesmos *status* e direitos da aristocracia.

Aliado a outros fatores políticos e culturais vividos naquele momento histórico, sobretudo na Europa, o surgimento dessa nova classe de agentes sociais

<sup>13</sup>WOLKMER, Antonio Carlos. **Antecedentes históricos dos direitos sociais no Brasil**. In. **Direitos sociais em debate** / Cláudia Toledo (organização). Rio de Janeiro :Elsevier, 2013. p. 190.

<sup>14</sup>HOBBSAWM, Eric J. **Da revolução industrial inglesa ao imperialismo**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 1

<sup>15</sup> HOBBSAWM, Eric J. **A era das revoluções, 1789-1848**. 25 ed. rev.1ª reimp. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p.321.

desencadearia mais adiante uma série de acontecimentos que já apontava para período de transição do Estado liberal para o modelo de Estado social.<sup>16</sup>

O voto igualitário masculino que surge na segunda metade do século XIX foi conquista importante para o novo grupo emergente e que trouxe reflexo significativo para o campo da política e do direito. Isto porque, na medida em que afastou o requisito econômico para que se exercesse o direito de votar e ser votado viabilizou significativa mudança na composição dos parlamentos.

A partir de então a atividade legislativa passou a conviver com grau de representatividade maior, capaz de abranger outros interesses, inclusive os das classes de trabalhadores. Esse importante fato apresentou ao parlamento dicotomias bem marcantes daquele período da história, tais como: capital *versus* trabalho; Religião *versus* Estado; Campo *versus* Cidade; Centro (grandes cidades) *versus* Periferia (interior – pequenas cidades), desencadeando uma fase de transição do modelo liberal para o modelo de Estado Social.

O conjunto de fatores sociais, políticos e econômicos vividos no final do século XIX e início do século XX representam parte de complexo processo histórico de transição para um modelo de Estado que hoje se conhece por Estado social, cujas premissas transcenderam as bases do pensamento liberal, na medida em que a sociedade passou a reclamar intervenção do Estado, sobretudo para garantir igualdade social real.

Antônio Manuel Hespanha faz uma leitura de Karl Marx (1818-1883) enquanto crítico do modelo de sociedade até então vivido, sintetizando o potencial do pensamento mais radical no momento histórico de início de transição do liberalismo para o socialismo:

Como se sabe, Marx empreendeu aquilo a que chamou um estudo científico das sociedades humanas do qual conclui que o processo histórico era explicável pela dinâmica gerada pela oposição de grupos sociais (classes) cuja existência conflitual era explicada pelo facto de o controlo da produção dos bens materiais estar desigualmente repartido entre os homens. Do facto de uns possuírem esse controlo e outros estarem dele privados decorreriam uma dinâmica social (luta de classes) na qual a classe dominante tentava manter e perpetuar a sua posição hegemônica, contra os esforços da classe dominada para se emancipar. Nesta luta 'total', todos os meios, desde o poder econômico até à ideologia, eram utilizados. Pelo que, em última instância, todas as manifestações da história do homem se explicariam por esta tensão fundamental

---

<sup>16</sup> Sobre constitucionalismo e conquista do voto igualitário masculino ler MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Estado plurinacional e direito internacional**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 35-40.

gerada pela forma de organizar socialmente a produção (modo de produção). A luta de classes só teria fim com uma repartição igualitária do controlo da produção, garantida por uma apropriação colectiva dos meios de produção (socialismo). Com isto se atingiria uma sociedade sem classes de onde estaria excluído o domínio de uns homens sobre os outros.<sup>17</sup>

É possível perceber que o pensamento marxista clássico carrega consigo proposta política revolucionária para aquele momento, centrada na crítica da sociedade capitalista e no objetivo da sua substituição por uma sociedade socialista<sup>18</sup>, que aliado aos fatores sociais, políticos e económicos vividos naquele momento histórico, pode ser considerado como propulsor da transição do modelo liberal-capitalista para o modelo social, o que se confirmou futuramente, entretanto, sem o extremo radicalismo marxista.

O ideário desse novo modelo de Estado que se desenvolvia lentamente nos anos seguintes, mostra-se mais acentuado a partir da Primeira Guerra Mundial, materializando-se pioneiramente na Constituição Mexicana de 1917 e, sobretudo no exemplo mais concreto e representativo na República de Weimar (1919-1933), cuja proposta constitucional reformista significava duas idéias básicas:

a passagem gradual para o socialismo, isto é, para uma economia controlada pelas instituições públicas e orientada para a distribuição social do excedente económico; e a afirmação do Estado (em contraste com o socialismo de inspiração marxista) não só como instrumento dessa passagem mas como garantidor permanente da ordem jurídico-política que dela emergisse.<sup>19</sup>

A concepção de Estado social nos moldes como o que se formava, exigia um poder executivo dotado de instrumentos jurídicos, económicos e sociais intervencionistas que possibilitassem mediação de conflitos oriundos dos novos interesses públicos, que agora eram mais amplos do que anteriormente.

O poder legislativo precisava representar o fiscal da administração pública e da atuação estatal na economia. E, ao poder judiciário caberia o papel de aplicador do direito material de modo construtivo e teleológico – interpretação abrangente.

---

<sup>17</sup>HESAPANHA, António Manuel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia**. Lisboa: Europa-América, 1997. p. 219.

<sup>18</sup>Et. seq.

<sup>19</sup> ARAÚJO, Cicero. In BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e estado de exceção permanente**. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004. Apresentação.

Politicamente o Estado social passava a se organizar a partir de pacto social no qual o Estado se comprometia com políticas de bem-estar, objetivando atender demandas sociais.

A sociedade passava a reconhecer a figura das associações sindicais e patronais. A economia era marcada pela interação com o sistema capitalista de produção e pelo intervencionismo do Estado. E, do ponto de vista do direito iniciava-se o longo processo de reconhecimento dos direitos econômicos, coletivos, sociais e culturais que hoje nos mostram tão comuns.

É importante perceber que nos momentos inaugurais de formação deste novo modelo de Estado a maioria das constituições eram constituições de origens liberais. Mas, mesmo assim os primeiros esboços de direitos sociais e econômicos começavam a brotar a partir de leis infra-constitucionais, principalmente, direitos trabalhistas e previdenciários.

Na mesma medida, as constituições começavam a admitir direitos econômicos, representados pela intervenção do Estado na regulação da economia com finalidade de coibir abusos econômicos que significassem mais concentração econômica e, por outro lado, garantissem a sobrevivência da classe trabalhadora.

Ocorre que o nascimento de um novo modelo de Estado, essencialmente voltado para questões sociais e preocupado exclusivamente com a promoção da dignidade humana, ainda estava longe da realidade daquela época.

A formação do Estado Social trouxe em suas bases elementos que, em verdade, garantiram alargamento do capitalismo em troca de algumas concessões sociais.

Neste ponto, entretanto, vale destacar a leitura de Reinaldo Pereira e Silva:

O Estado intervencionista não é uma concessão do capital, mas a única forma de a sociedade capitalista preservar-se, necessariamente mediante empenho na promoção da diminuição das desigualdades socioeconômicas. A ampliação das funções do Estado, tornando-o tutor e suporte da economia, agora sob conotação pública, presta-se a objetivos contraditórios: a defesa da acumulação do capital, em conformidade com os propósitos da classe burguesa, e a proteção dos interesses dos trabalhadores.<sup>20</sup>

Assim, a “questão social” que surge a partir do acirramento das contradições sociais proporcionadas pelo liberalismo, carrega consigo uma faceta de defesa do

---

<sup>20</sup> PEREIRA E SILVA, Reinaldo. **O mercado de trabalho humano**. São Paulo: LTr, 1998, p. 45 *apud* STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 24.

capital contra as próprias insurreições operárias<sup>21</sup>, representando fundamento de modelo de Estado (Providência ou Social) politicamente inventado nas sociedades capitalistas para compatibilizar as promessas da Modernidade com o desenvolvimento capitalista.<sup>22</sup>

Mais do que simplesmente resultado das lutas populares a gênese do Estado Social é fruto, muito mais de imposições e resistências, concessões e favores no jogo estratégico de “conciliação-compromisso” das velhas elites oligárquicas,<sup>23</sup> tendo o próprio Estado papel de intermediador.

O Estado que outrora deveria ser mantido afastado das relações econômicas, agora passa a ser reivindicado a solucionar demandas sociais para garantir a sobrevivência dos setores produtivos, revelando uma dimensão do poder estatal na origem do conteúdo dos direitos sociais, como se verá a seguir.

## 1.2. A “questão social” e sua imanência nas relações econômicas capitalistas: a dimensão do Estado e o conteúdo dos direitos sociais

Compreendidas, ao menos sucintamente, as principais dicotomias havidas entre o modelo de estado liberal-abstencionista e o social-intervencionista vistas no tópico anterior, torna-se fundamental ao propósito aqui perseguido entender melhor a imbricação da denominada “questão social” afluída a partir da ruptura, ou, melhor dizendo da transformação dos modelos de Estado aqui evidenciada nas relações econômicas capitalistas a fim de aclarar a dimensão do Estado na formação do conteúdo dos direitos fundamentais, especialmente, os fundamentais-sociais.

Com olhar mais detido nas nuances desta transição é possível constatar que o discurso justificador da intervenção do Estado a fim de promover direitos fundamentais-sociais, paralelamente, abriu caminho para a “re-invenção” do capitalismo e, conseqüentemente, ao desenvolvimento econômico.

Tal afirmação se justifica, uma vez que

Vinculado à expansão do capitalismo encontra-se o desenvolvimento da tecnologia e dos equipamentos de produção, com novos equipamentos de saúde, lazer, transporte, comunicação. As políticas

---

<sup>21</sup> Op. cit.

<sup>22</sup> Op. Cit.

<sup>23</sup> cf. WOLKMER, Antonio Carlos. **Antecedentes históricos dos direitos sociais no Brasil.** In. **Direitos sociais em debate** / Cláudia Toledo (organização). Rio de Janeiro :Elsevier, 2013. p. 199.

sociais também passaram a significar implantação de áreas de lazer e esporte, escolas, praças, creches, espaços culturais (...).

Num primeiro momento, estes equipamentos se introduziram nas localidades em nome do 'desenvolvimento da comunidade', sob a ideologia da colaboração e harmonia de todos. A mudança de hábitos e transferência de novos equipamentos à população era importante para integrá-la numa sociedade de consumo e adaptá-la a novas formas de produção.

Como o homem deveria tornar-se mais hábil e mais produtivo diante da tecnologia, apareceu o discurso do investimento no homem, para justificar sua capacitação e sua participação nesse processo."<sup>24</sup>

Nas palavras de Fábio Luiz dos Passos "a minimização dos anseios do proletariado por meio da concessão de direitos sociais foi a estratégia adotada pela classe política para combater os idéias comunistas"<sup>25</sup>.

O que se pretende evidenciar aqui é que, ao longo da construção do modelo político-econômico-cultural que se conhece hoje, existe um laço visceral que condiciona desenvolvimento dos direitos sociais à expansão econômica, estando isto, inevitavelmente inserido na compreensão da realidade em que se vive hoje, inclusive embutida nas nuances das decisões judiciais, quando se trata de matéria previdenciária.

Não que isso seja diabólico, porém, o que não se pode deixar de compreender é que tal condicionamento exclui outras formas de se ver o Direito, sobretudo, quando este não se acomoda às limitações da economia.

Qualidade de vida – base do direito fundamental à dignidade humana – elemento constitutivo da questão social abordada aqui, estará, assim, inevitavelmente enlaçada no discurso que justifica a intervenção do Estado pela atuação de seus agentes no que tangem aos direitos sociais.

Um ponto convergente nas diversas descrições dos Sistemas de Proteção Social, ou Estado-providência, é o reconhecimento de que a evolução e a extensão da Seguridade Social estão diretamente relacionadas com o desenvolvimento econômico, uma vez que a pretensão de alcançar cada vez mais as novas camadas da população, bem como, ampliar o espectro de proteção, incluindo novos Riscos Sociais, tendo por base uma concepção dinâmica de condição de necessidade, esta sempre condicionada à disponibilidade orçamentária do Estado, e por consequência, à evolução do PIB e dos salários, aos aspectos fiscais, níveis de emprego e de produtividade do trabalho.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> FALEIROS, Vicente de Paula. **O que é política social**. São Paulo: Brasiliense, 2006, p. 16.

<sup>25</sup> PASSOS, Fábio Luiz dos. **Previdência social e sociedade pós-industrial**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 61.

<sup>26</sup> PASSOS, Fábio Luiz dos. **Previdência social e sociedade pós-industrial**. Curitiba: Juruá, 2013, 73.

Assim, ao se lançar olhar mais agudo sobre as razões desse discurso – intervenção estatal para realização dos direitos sociais – é possível perceber argumento econômico que vincula concessão ou alargamento dos direitos sociais ao êxito do capitalismo.

No Estado do Bem-Estar social, a maior ou menor restrição ao acesso a bens e serviços sociais está articulada ao desenvolvimento do capitalismo e de suas contradições. Nesse contexto, o Estado deve manter os mecanismos do mercado de trabalho e as relações capitalistas de produção ao mesmo tempo que regula as atividades do mercado e da produção e atende à prestação de serviços e benefícios como direito da cidadania. Essa regulação estatal não é, pois, fruto de uma evolução do humanismo, mas das próprias contradições e conflitos de uma sociedade que produz incessantes riscos para a vida das pessoas e o esgotamento da força de trabalho.<sup>27</sup>

O crescimento econômico é apresentado como solução em si mesmo<sup>28</sup> e, instrumento capaz de viabilizar o avanço dos direitos fundamentais sociais, esgotando o debate, na medida em que os agentes estatais sejam eles legisladores, executivos ou julgadores absorvem tais premissas, mesmo que involuntariamente, dada a construção histórica e cultural aqui esboçada, que está impregnada na nossa compreensão da realidade.

O conteúdo dos direitos fundamentais, sobretudo sociais está intimamente ligado à intervenção do Estado para superar desigualdades que o próprio Estado gera no processo de sustentação do capitalismo.

Especificamente quanto aos direitos fundamentais-sociais voltados para a previdência social, nas palavras de José Ricardo Caetano Costa, “esta reflexão ultrapassa a ingenuidade ou o romantismo dos autores que creditam o nascimento da Previdência Social a uma [...] *preocupação do homem com o bem-estar do seu semelhante*’ (GONÇALVES, 1993), ou de o Estado visar, como fim último, o bem comum da sociedade (COIMBRA, 1991) ou de ter nascido de uma articulação entre ‘poupança e caridade’ (RUSSOMANO, 1979)”.<sup>29</sup>

As políticas públicas de seguridade social não foram isoladas do contexto histórico e social. Muito pelo contrário, elas sempre expressaram historicamente o modo de produção de uma

<sup>27</sup> Op. Cit. p. 26

<sup>28</sup> Op. Cit. p.18

<sup>29</sup> COSTA, José Ricardo Caetano. **Previdência: os direitos sociais previdenciários no cenário neoliberal.** Curitiba: Juruá, 2010, p.26.

determinada época. Por isso afirma-se que '[...] as intervenções do Estado, mesmo onde tenham sido obtidas contra interesses *dominantes*, estão no interesse da manutenção de um equilíbrio do sistema que não possa mais ser assegurado através do mercado-livre' (HABERMAS, 1984, p. 174), muito embora o pensamento neoliberal venha, justamente, rever a posição do Estado (...).<sup>30</sup>

É possível afirmar que a intervenção estatal quanto ao asseguramento das políticas de previdência social está dissociada de objetivo unicamente humanístico, fato que se verifica também no caso do Brasil.

Ao considerar-se as origens da Previdência Social brasileira, em se tratando do nascimento e desenvolvimento das políticas públicas de previdência social, ver-se-á que as primeiras categorias de trabalhadores que passaram a ter direitos à proteção contra os riscos laborais foram a dos ferroviários e as dos marítimos. Ora, a Lei Eloy Chaves (*nome este atribuído em alusão ao relator do projeto de lei que se transformou no Decreto Legislativo 4.682, de 23.01.1923, Deputado Eloy de Miranda Chaves*) protegeu justamente as categorias mais organizadas e imprescindíveis, naquele momento histórico do país, para o desenvolvimento econômico à época buscado. Além disso, tal como Bismarck na Alemanha, o Deputado Eloy de Miranda Chaves tinha, especialmente na categoria dos ferroviários, o seu reduto eleitoral.<sup>31</sup>

Ao considerarmos que o verdadeiro conteúdo das normas constituintes dos direitos sociais – dignidade humana – exalta igualdade material, em detrimento da igualdade formal, colocando-a como condição estruturante para a efetividade dos direitos fundamentais, vê-se, pelo desfecho histórico destacado até aqui (como no exemplo brasileiro acima transcrito), que acaba por revelar dimensão do Estado em sentido diametralmente oposto.

Assim, a imanência da “questão social” nas relações econômicas capitalistas, ou seja, sua indissociável existência no interior dos pressupostos econômicos da contemporaneidade é fruto da necessidade premente que o Estado tem de integrar os carentes no sistema de consumo e equipamentos, ou ao menos oferecer essa perspectiva, a fim de sustentar as bases da economia.

Para a consecução desse equilíbrio, foi preciso mecanismo normativo capaz de melhor viabilizar a presença do Estado, não como interventor autoritário, mas, sim como figura conciliadora que aponta melhores rumos. Surge assim a concepção de Constitucionalismo social.

---

<sup>30</sup> Op. Cit., p. 25.

<sup>31</sup> Et. seq.

### 1.3. Constitucionalismo social: trabalho, livre iniciativa e proteção aos trabalhadores

Além das relações políticas e culturais que permearam o período histórico de formação do Estado social, especialmente, relações sociais e econômicas inauguravam fase de convivência mais estreita, exigindo que textos normativos incorporassem o dilema da “ordem econômica e social”.

Em meio ao processo de construção desse novo paradigma é importante realçar a formatação que algumas Constituições tomaram no sentido de que precisavam representar ao mesmo tempo postura dirigista e conciliatória de conflitos (que eram muitos). Talvez por isso as Constituições foram marcadas por propostas mais genéricas e abstratas, significando mais um compromisso com os anseios da sociedade do que, comprometimento com a real efetivação de direitos.

As necessárias e emergenciais condições socioeconômicas de fins do século XIX e início do século XX propiciaram, no contexto de inúmeros sistemas ocidentais, o patamar real para o surgimento também de Constituições ideológicas, marcadas por outra proposta político-jurídica e que, em certo grau de abstração, costumam ser inseridas num contexto maior, denominado Constitucionalismo Social. Esse corpo de idéias jurídicas reflete, por conseguinte, a transição política e a fixação de uma ordem econômico-social, que, em algumas sociedades contemporâneas, se tipificaram a partir da segunda metade do século XIX, e, em outras, somente no decorrer das primeiras décadas deste século. Dentre os principais fatores do Constitucionalismo Social pode-se, genericamente, constatar uma certa racionalização dos poderes viabilizados por Constituições, que reproduzem uma forma singular de conciliação e compromisso entre forças sociais irrompidas.<sup>32</sup>

Nesta fase as Constituições eram tipificadoras de ordem direcionada às transformações sociais e econômicas, que evidenciavam dinâmica de compromisso mediador e de dirigismo estatal, caracterizam-se pelo traço de conciliação e de compromisso, em outro horizonte político de interações entre Estado e segmentos societários emergentes.<sup>33</sup>

Este traço está visceralmente intrincado na genética da Constituição Social Mexicana de 1917, que representa o primeiro pacto político moderno a fixar declaração ideológica de direitos sociais e econômicos, como consequência do processo revolucionário, bem como na Declaração Russa dos Direitos do Povo

<sup>32</sup>Et. seq.

<sup>33</sup>WOLKMER, Antonio Carlos. **Antecedentes históricos dos direitos sociais no Brasil**. In. **Direitos sociais em debate** / Cláudia Toledo (organização). Rio de Janeiro :Elsevier, 2013. p. 190.

Trabalhador e Explorado de 1918, na Lei Fundamental da República de Weimar de 1919, no Tratado de Versalhes (que estabelece as bases da Organização Internacional do Trabalho) e, finalmente, na Constituição Espanhola de 1931,<sup>34</sup> o que se refletiu no projeto Constitucional brasileiro de 1934, deixando traços até os dias atuais.

O ponto de destaque desta parte do trabalho reside em demonstrar que no contexto de formação do modelo de Estado social marcado pelo alargamento da “questão social”<sup>35</sup>, o Constitucionalismo viabilizou composição, ou melhor, socialização de interesses originariamente antagônicos (*Capital versus Trabalho*), proporcionando o surgimento de princípios políticos, normas sociais e regras para o equacionamento de conflitos sociais amplos, significando verdadeiro instrumento de negociação, à exemplo da Constituição Alemã que

Buscou definir um projeto alternativo social-democrático que satisfizesse os diversos segmentos sociais, presos, de um lado, às concepções da clássica democracia burguês-individualista, e, de outro, ao crescente fluir de princípios e proposições socialistas.<sup>36</sup>

Os modelos constitucionais adotados a partir da idéia central de administrar conflitos sociais ofereceram campo fértil para o desenvolvimento dos direitos sociais, na medida em que estes se incluem entre os direitos cuja dimensão constitucional enseja recurso à história política de lutas e de opressões, além de outros importantes acontecimentos de ruptura política ou mesmo institucional<sup>37</sup>.

Os direitos sociais são insistentemente conectados à experiência político republicana alemã entre os anos de 1919-1933. Para tanto, a experiência político-jurídica da Constituição de Weimar é lembrada, tão só simplesmente invocada como período do pós-guerra, no qual políticas de conteúdo social obtiveram previsão constitucional. Deixadas de lado questões políticas e as ricas reflexões sobre o Estado e o direito, passa a ter relevo desde então, juntamente com a experiência européia, a experiência constitucional do México, em 1917. Essa Constituição é lembrada, de igual modo,

---

<sup>34</sup> Loc. cit.

<sup>35</sup> O crescimento de reivindicações das massas urbanas trabalhadoras, associadas, em determinado momento, às representações socialistas e anarco-sindicalistas; à contribuição da Igreja Católica na afirmação de uma doutrina de justiça social; e, de outra parte, aos novos rumos do desenvolvimento do capitalismo industrial e financeiro; aos efeitos da Grande Guerra de 1914-1918 e ao decisivo impacto ideológico da Revolução Russa de 1917.

<sup>36</sup> Loc. cit.

<sup>37</sup> FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; JUBILUT, Líliliana Lyra. **Horizontes para a epistemologia dos direitos social**. In. **Direitos sociais em debate** / Cláudia Toledo (organização). Rio de Janeiro :Elsevier, 2013. p. 240.

recorrentemente, como texto político no qual direitos sociais foram tratados juridicamente.<sup>38</sup>

Por certo, um modelo de Estado cujas características e propósitos estão expressos em Constituição que assume papel de instrumento de permuta e negociação de interesses, não consegue se furtar da crítica.

Uma delas é a de que o Estado social não rompe com os princípios capitalistas<sup>39</sup>, representando, em verdade, modernização do liberalismo antecedente, carregando grandes vícios daquele modelo de Estado. O intento de novo modelo de organização de Estado não foi capaz de combater ou mesmo minimizar a acumulação de poder pelas classes mais abastadas.

Outra crítica diz respeito à tendência ao gigantismo e ao paternalismo excessivo fazendo com que o Estado, cada vez mais intervencionista, atuasse, nos mais diversos meios de relações sociais e econômicas sem, contudo oferecer contrapartida necessária e esperada – a efetivação de direitos.

Entretanto, mesmo diante das críticas o que não se pode negar é que o novo modelo constitucional gerado e nascido a partir das negociações de interesses historicamente antagônicos – o Constitucionalismo Social – abriu caminho a novos olhares para as relações de trabalho, a livre iniciativa e a proteção dos trabalhadores, fato este que significou grande avanço para o início da sedimentação dos direitos sociais.

## **II – Os Direitos Sociais na Constituição de 1988: Proposta Compreensiva das Relações entre Direitos Fundamentais e Direitos Sociais**

### **2.1. O “capitalismo-social” como “opção” constitucional brasileira: leitura dos limites da Constituição**

---

<sup>38</sup> Et. seq.

<sup>39</sup> O capitalismo caracterizado pela apropriação privada dos meios de produção e pela distribuição do produto social por meio dos mecanismos de mercado. HESPANHA, António Manuel. **Panorama histórico da cultura jurídica européia**. Lisboa: Europa-América, 1997. p. 219.

Thomas Skidmore faz relato que será aqui aproveitado para que se possa ter em mente o clima vivido no Brasil no momento histórico em que as políticas sociais encontraram ambiente favorável para ensaio inicial:

Infelizmente, o período de 1930 e 1945 tem sido pouco estudado pelos historiadores. Mesmo o esboço factual do período de após-guerra é difícil de delinear. Não tentei escrever uma história definitiva da política brasileira entre 1930 e 1964. O leitor não deve, portanto, esperar um relato completo dos principais problemas e realizações de cada governo durante esse período. O que escrevi é antes uma interpretação daquilo que considero como sendo os fatores mais importantes na determinação das tendências da política brasileira desde a revolução de 1930. Certos temas são colocados com ênfase: o contexto institucional mutável da política (expansão do eleitorado, o fortalecimento do governo central), a fraqueza eleitoral do constitucionalismo liberal, a notável sobrevivência dos políticos “de dentro”, a inexperiência e a divisão das esquerdas, e o crescente envolvimento político dos militares. Através de toda análise, dei muita atenção à pressão sentida pelos políticos para encontrar uma estratégia satisfatória de desenvolvimento econômico e para lidar com a cíclica crise financeira. Nenhum estudo da moderna política brasileira pode se dar ao luxo de ignorar a maneira pela qual as pressões econômicas restringiram as opções das chamadas elites. Essas pressões constituíram igualmente um convite ao estatismo. Aceitando esse desafio, a história da liderança política no Brasil, desde 1930 é um registro tanto de sucessos quanto de fracassos. Se bem que o estilo e as instituições políticas possam mudar, o desafio fundamental permanece: como pode o Brasil reconciliar o seu ideal democrático com as tensões sociais resultantes do hiato entre a rápida modificação social do seu passado recente e as enormes tarefas do desenvolvimento que ainda faltam ser cumpridas?<sup>40</sup>

A questão posta por Skidmore será desenvolvida mais adiante, pois, em verdade se coloca no centro desta investigação, sobretudo ao se analisar a capacidade de materialização de direitos fundamentais sociais que a Constituição brasileira efetivamente possui. No entanto, o que se quer destacar desse trecho do relato do autor é o movimento de transformação que o Brasil absorvia por meio da influência européia, quanto à consolidação da transição do liberalismo para o Estado social.

A terceira Constituição brasileira foi a de 1934 e representou o texto que expressou a primeira Constituição social do Brasil. A exemplo das outras experiências mundiais, como o México (1917) e a Lei Fundamental da República de Weimar (1919), a Constituição brasileira de 1934 reflete, não ruptura com o

---

<sup>40</sup>SKIDMORE, Thomas E. **Brasil: de Getúlio Vargas a Castelo Branco, 1930-1964**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

capitalismo, mas, sim a transformação do capitalismo em “capitalismo-social”, pois, é possível afirmar que o nosso Constitucionalismo social, no embalo do movimento social, mantém a economia de mercado capitalista, só que agora regulamentada pelo Estado que começa demonstrar preocupações sociais, como visto no capítulo I.

Nas palavras de José Luiz Quadros de Magalhães<sup>41</sup> o constitucionalismo do início do século XX traz um modelo híbrido, na medida em que sofre influências do movimento socialista (conquista de direitos sociais como os direitos trabalhistas e previdenciários inicialmente, e, mais tarde saúde, moradia, educação, dignidade, dentre outros), mantém conquistas do Constitucionalismo liberal (direitos individuais – agora ampliados para um número maior de pessoas – vida, liberdade, propriedade, segurança individual, privacidade dentre outros) e, ainda, incorpora inclusive os chamados direitos políticos (votar, ser votado, plebiscito, *referendum*) representando assim significativa ampliação do catálogo de direitos fundamentais.

Nesse contexto, além de ampliar o rol de direitos fundamentais, vale dizer que os direitos de dignidade – direitos sociais – foram alçados ao patamar da norma fundamental, colocando-se no mesmo nível dos direitos individuais como vida e liberdade, passando a compor o grupo de direitos fundamentais à condição humana.

Outro traço marcante e tão importante quanto à constitucionalização dos direitos sociais, dessa nova configuração de Constituição é a constitucionalização do quarto grupo de direitos fundamentais<sup>42</sup> – chamados direitos econômicos, uma vez que a partir do Constitucionalismo social o Estado se caracteriza por um Estado intervencionista que regula a economia para coibir abusos econômicos, visando a garantir justiça econômica.

A partir de então, os direitos econômicos que no Constitucionalismo liberal se resumiam em livre concorrência e livre iniciativa, agora são ampliados por outros direitos que marcam a presença do Estado no domínio econômico. Agora o Estado passa a regular a atividade econômica e a exercê-la juntamente com setores da iniciativa privada.

Esta característica que busca correlação entre desenvolvimento econômico e avanço social revela opção constitucional marcante de países orientados para o

---

<sup>41</sup> MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *O Estado Social*. Vídeo-aula disponível em <http://www.youtube.com/watch?v=Ha0uBNOgTRI&feature=gupl&context=G22d05f4AUAAAAAAAAAAAA>. Acesso em 20.4.2013.

<sup>42</sup> Os grupos de direitos fundamentais que se coloca aqui estão assim divididos: 1º Grupo – Direitos Individuais; 2º Grupo – Direitos Políticos; 3º Grupo – Direitos Sociais; 4º Grupo – Direitos Econômicos.

modelo de Estado providência, dentre eles o Brasil. Opção esta que aqui se identifica como “capitalismo social”, que vê nas bases da economia, meios de se alcançar desenvolvimento social e existência digna.<sup>43</sup>

Pautada pela opção do capitalismo social, a Constituição passa a destinar boa parte de seu texto ao assunto denominado *ordem econômica*, caracterizando modelo de Estado que coloca a questão social no mesmo nível das garantias individuais, vendo na economia instrumento de viabilização desse equilíbrio, por meio do estabelecimento de políticas públicas de geração de emprego e renda, produção de riqueza, promoção de bem-estar econômico, gerando os direitos socioeconômicos.

## 2.2. Os limites das intervenções estatais: mediação e enfrentamento da “questão social”.

O ideário do Estado social – Estado de bem-estar social – quando lido apenas historicamente, sem que se relacione com a realidade vivida pode ofuscar o entendimento de aspecto totalmente condicionante de seu êxito: a inevitável imbricação das premissas capitalistas no Estado social.

No Estado do bem-estar social, maior ou menor restrição ao acesso a bens e serviços sociais está articulada ao desenvolvimento do capitalismo e de suas contradições<sup>44</sup>, exigindo do Estado significativo poder regulatório, na medida em que deve, simultaneamente, manter mecanismos do mercado de trabalho, fomentar relações capitalistas de produção e garantir direitos sociais.

De acordo com Vicente de Paula Faleiros<sup>45</sup>, isto não é fruto da evolução do humanismo, mas das próprias contradições e conflitos de uma sociedade que produz incessantes riscos para a vida das pessoas e esgotamento da força do trabalho. Eis o motivo que pelo qual no Estado social não há ruptura com o modelo anterior (liberalismo), mas sim transformação.

Historicamente, o mercado agravou de tal forma as desigualdades inerentes ao capitalismo, concentrando a produção, a renda e o consumo nas mãos de poucos, que o próprio sistema capitalista foi

<sup>43</sup> Na Constituição Federal do Brasil tal opção aparece refletida no conteúdo do *caput* art. 170: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)”

<sup>44</sup>FALEIROS, Vicente de Paula. **O que é política social**. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 2006. p.26

<sup>45</sup>Loc. cit.

constantemente sacudido por graves crises econômicas e sociais que puseram em risco não só as pessoas e a força de trabalho, como também o próprio capitalismo.

Certas regulações do Estado para controle da economia e do mercado de trabalho foram, então, elaboradas pelos liberais progressistas ou não-ortodoxos, para manter o processo global de acumulação da riqueza capitalista e fazer frente às crises econômicas e ameaças sociais. Busca-se assegurar taxas de lucro dos capitalistas, que historicamente tendem a baixar pela forte disputa entre eles e pelo confronto do capital com o trabalho.<sup>46</sup>

Para fins deste esforço acredita-se ser importante considerar e compreender que políticas sociais desse novo modelo social de organização do Estado têm a ver, ou ao menos deveriam ter, com o conceito de produtivismo, ou seja, servem (ou deveriam servir) para aumentar a capacidade produtiva dos indivíduos e não conceituadas de acordo com a visão neoliberal, meramente como “custos” ou meras transferências de renda "*daqueles que produzem para aqueles que não produzem*".

Este aumento da capacidade produtiva dos indivíduos é o que, se acredita aqui, justifique a intervenção do Estado em atividades tais como controle do crédito, da moeda, da poupança, dos juros e da mão-de-obra que, no Estado de direito (liberal/capitalista) se acomodariam por sí só, longe da regulação estatal.

Logicamente, aumento da capacidade produtiva dos indivíduos de uma comunidade, sem deixá-los à *mercê* do livre mercado, envolve aumento dos gastos públicos voltados à políticas públicas e sociais mantenedoras e/ou geradoras de emprego e renda<sup>47</sup>, evitado desemprego, bem como programas sociais de transferência de renda<sup>48</sup> que, além de garantir um mínimo existencial estimulam a demanda, o consumo e a produção.

---

<sup>46</sup> Et. seq.

<sup>47</sup> Exemplificativamente: a redução ou isenção da cobrança de determinados impostos para certos seguimentos da indústria, como o IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados) em âmbito nacional para a indústria automobilística, ou ainda, a isenção do ICMS (Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços) da indústria de mineração em Minas Gerais.

<sup>48</sup> No Brasil o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS) desenvolveu um sistema de transferência de renda – o chamado “Brasil sem Miséria – composto por cinco tipos de benefícios sociais: Benefício Básico (no valor de R\$ 70, concedidos apenas a famílias extremamente pobres, com renda per capita igual ou inferior a R\$ 70); Benefício Variável (no valor de R\$ 32, concedidos pela existência na família de crianças de zero a 15 anos, gestantes e/ou nutrizes – limitado a cinco benefícios por família); Benefício Variável Vinculado ao Adolescente (BVJ) (no valor de R\$ 38, concedidos pela existência na família de jovens entre 16 e 17 anos – limitado a dois jovens por família); Benefício Variável de Caráter Extraordinário (BVCE) (com valor calculado caso a caso, e concedido para famílias migradas de Programas Remanescentes ao PBF); e Benefício para Superação da Extrema Pobreza na Primeira Infância (BSP) (com valor correspondente ao necessário para que a todas as famílias beneficiárias do PBF – com crianças entre zero e seis anos – superem os R\$ 70,00 de renda mensal por pessoa). Outro programa de transferência de renda existente no Brasil é o Programa de Aquisição de Alimentos - PAA, criado pelo art. 19 da Lei nº 10.696, de 02 de

Certa faceta dessa intervenção ou “regulação capitalista” foi economicamente justificada pelo economista inglês John Maynard Keynes (1883-1946), em sua *Teoria geral do emprego*<sup>49</sup> que, juntamente com um grupo de intelectuais de seu tempo, chamado “Grupo de Boomsbury”, se baseava na assertiva intelectual subjacente da necessidade de manter o curso ou a própria existência de um mundo civilizado, com, e apesar do capitalismo<sup>50</sup>.

Segundo Vicente de Paula Faleiros, para Keynes é preciso estratégia estatal de sustentação do pleno emprego, dos fatores de produção e da mão-de-obra para que a demanda ou a procura de bens e serviços seja mantida<sup>51</sup>.

Manter a demanda significa, pois, a capacidade de comprar bens e serviços no mercado, com salários suficientes advindos do emprego. Para tanto, Keynes não hesitou em propor o aumento de gastos públicos, com o fim de dar trabalho aos desempregados e auxílios para estimular a demanda. Keynes, contrariando o *laissez-faire*, ou liberdade individual total na economia, propunha na “Agenda do Estado”, ou seja, na política governamental, os serviços tecnicamente sociais que, de acordo com ele, “estão fora do âmbito individual e ninguém adota se o Estado não o faz”.<sup>52</sup>

Essa estratégia de intervenção do poder estatal por meio do aumento dos gastos públicos para manutenção da demanda de produção, ainda segundo Faleiros, consolidou-se na Inglaterra durante a Segunda Guerra Mundial e organizou o sistema de “segurança social” inglês, estendeu seus reflexos nos seguros sociais para desemprego e velhice nos Estados Unidos durante a crise (1935), significando também a base justificadora do sistema assistencial francês.<sup>53</sup>

---

julho de 2003, no âmbito do Programa Fome Zero, que possui duas finalidades básicas: promover o acesso à alimentação e incentivar a agricultura familiar. Para o alcance desses dois objetivos, o Programa compra alimentos produzidos pela agricultura familiar, com dispensa de licitação, e os destina às pessoas em situação de insegurança alimentar e nutricional e àquelas atendidas pela rede socioassistencial, pelos equipamentos públicos de segurança alimentar e nutricional e pela rede pública e filantrópica de ensino. O PAA também contribui para a constituição de estoques públicos de alimentos produzidos por agricultores familiares e para a formação de estoques pelas organizações da agricultura familiar. Além disso, o Programa promove o abastecimento alimentar por meio de compras governamentais de alimentos; fortalece circuitos locais e regionais e redes de comercialização; valoriza a biodiversidade e a produção orgânica e agroecológica de alimentos; estimula o cooperativismo e o associativismo. Disponível em <http://www.mds.gov.br/segurancaalimentar/aquisicao-e-comercializacao-da-agricultura-familiar>.

Acesso em 23.4.2013.

<sup>49</sup> KEYNES, John M. **A teoria geral do emprego, do juro e da moeda**. São Paulo : Atlas, 1982. p. 101.

<sup>50</sup> GENNARI, Adilson Marques. OLIVEIRA, Roberson de. **História do pensamento econômico**. São Paulo : Saraiva, 2009. p. 243.

<sup>51</sup> FALEIROS, Vicente de Paula. **O que é política social**. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 2006. p.26-27.

<sup>52</sup> Loc. cit.

<sup>53</sup> FALEIROS, Vicente de Paula. Op. cit. p. 27.

O modelo desenvolvido pelo Brasil, ao longo das constituições existentes após a de 1934 parece refletir também as bases do pensamento de Keynes, no que tange à relação entre *ordem econômica* e *ordem social*, sendo possível detectar traços da escola Keynesiana até hoje.

No entanto, a partir da Constituição de 1988, o que se pode perceber é considerável ampliação do poder intervencionista do Estado, aliada à criação de número elevado de políticas sociais de grande relevância, que ampliam compromissos sociais do Estado e estabelece grandes desafios para a materialização de direitos sociais.

A partir de seu viés social a constituição brasileira estabelece núcleo essencial aos seus objetivos, que passa então a demandar proteção pela norma fundamental, por meio de seus agentes, com mesma veemência dos direitos individuais tidos como de primeira dimensão.

A proteção desse núcleo essencial de direitos, parte da concepção de necessidade extrema de se estabelecer reduto inexpugnável, protegido de qualquer espécie de restrição<sup>54</sup>, mesmo em face do próprio Estado, como forma de reconhecimento de que a Constituição nasce como instrumento de lutas pela realização de direitos voltados para existência digna dos destinatários das prestações estatais.

Este núcleo essencial, cujo conteúdo abarca direitos fundamentais-sociais é o que coloca limites à intervenção estatal. Assim, direitos fundamentais-sociais, compreendidos a partir da opção constitucional brasileira, representam mínimo intangível, intransponível por parte do Estado, objeto precioso e merecedor do comando protetivo mais eficaz possível.

Neste contexto, o próprio Estado encontra limites para qualquer ação ou pronunciamento cuja tendência seja restringir (limitar) garantias pertinentes aos direitos fundamentais-sociais. Essas limitações impostas pela Norma Cume ao próprio Estado devem ser entendidas como comandos dirigidos aos agentes estatais, inclusive quanto aos discursos de aplicação – na formação das decisões judiciais.

---

<sup>54</sup> SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. 1.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. P. 111

Ingo Wolfgang Sarlet<sup>55</sup> destaca a necessidade de se impor tal limite, fixando restrições à atividade limitadora no âmbito dos direitos fundamentais, justamente com o objetivo de coibir eventual abuso que pudesse levar ao esvaziamento do conteúdo essencial da norma fundamental ou até mesmo à sua supressão.

Assim, na interpretação autêntica (tomando por empréstimo conceito de Kelsen) dos direitos fundamentais-sociais, necessário se faz que o agente estatal tenha olhar dirigido para o núcleo essencial que estes direitos representam no contexto constitucional, sobretudo, a fim de que sua atuação não se traduza em retrocesso ou estagnação social.

Vale dizer que, na mediação e enfrentamento da “questão social” a afirmação de que a Constituição possui um núcleo essencial, por si só, não basta. Necessário ir além, caminhar no sentido de compreender a idéia de que o direito existe para realizar um valor e que os direitos fundamentais exigem preservação e concretude.

### 2.3. Direitos fundamentais-sociais da seguridade social: a recorrência da análise histórica e a especificidade da dimensão previdenciária.

A preocupação instintiva do homem com seu próprio futuro remontam a primitivos hábitos humanos, como por exemplo, o provisionamento de alimentos para dias de escassez. Desde há muito o homem constatou a necessidade de se organizar previamente evitando assim situações vindouras que ameaçassem sua existência. Talvez seja esta a célula mais incipiente da construção de um agir previdenciário.

Em dado momento histórico o homem também constatou que a preservação de sua espécie estaria vinculada à ajuda mútua entre indivíduos de uma mesma comunidade que pudessem se solidarizar e assim, garantir subsistência para aqueles que não mais contassem com vigor físico garantidor da sobrevivência individual. E, talvez daí tenha nascido os primeiros esboços de uma previdência comum – social – bem rudimentar.

No entanto, os primeiros sinais de organizações formais de pessoas com objetivo claro de garantir meios de subsistência àqueles em dificuldades pessoais

---

<sup>55</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6ª edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007. p. 123.

foram registrados, segundo Marcelo Leonardo Tavares<sup>56</sup>, citando Celso Barroso Leite e Luiz Paranhos Velloso, quando da criação de associações mutualistas que abrigavam membros de categorias profissionais que se beneficiavam reciprocamente.

Já a presença do Estado na instituição dos primeiros passos para a institucionalização de políticas assistencialistas e previdenciárias, pode ser verificada na Inglaterra em 1601, com a edição da Lei dos Pobres (*Poor Relief Act*), que, em verdade, expressava muito mais caráter de caridade do que propriamente intervenção do Estado em favor dos desafortunados.

Aliás, a Igreja Católica teve participação significativa neste processo embrionário com a edição da *Rerum Novarum*, ainda no século XVIII, em que o Papa Leão XIII exortou governantes a proporcionarem auxílio àqueles indivíduos que passassem por dificuldades no sustento seu e de seus familiares, denotando assim, os primeiros traços de criação de leis sociais.

A partir desse momento histórico é possível perceber sinais da presença do Estado ainda timidamente, no começo e, posteriormente de maneira mais ostensiva, estabelecendo interferência na ordem econômica na busca de equilíbrio nas relações sociais, sobretudo naquelas voltadas para a instituição de sistemas organizados de proteção contra riscos sociais.<sup>57</sup>

A postura estatal reflete conseqüências das revoluções burguesas do século XIII que provocaram profundos problemas na produção e reprodução da força de trabalho, sobretudo na Inglaterra em primeiro momento e, posteriormente espalhando-se pela Europa Ocidental, Estados Unidos e Japão, deixando suas marcas ao longo dos séculos XIX e XX.

Aumento assombroso da criminalidade, desemprego, precariedade das condições de vida, epidemias, dentre outros fatores, enfim toda gama de dramas sociais próprios da lógica liberal prestigiava o individualismo dos melhores e aniquilava formas comunitárias de vida, o que justificou, grosso modo, a intervenção do Estado.

---

<sup>56</sup> TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário – Regime Geral de Previdência Social e Regimes Próprios de Previdência Social**, 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.36.

<sup>57</sup> ROCHA, D. M. da; BALTAZAR JÚNIOR, J. P. **Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 29

Nas palavras de Pierre Laroque<sup>58</sup>, o sentimento de insegurança se tornou sobremodo consciente quando se desenvolveu nas populações trabalhadoras dos centros industriais, isto é, nas populações que não dispõem de nenhuma reserva, nem material nem social, e para as quais a ameaça do futuro é uma ameaça da ausência completa de rendas, de meios de subsistência, se o trabalhador perde o seu trabalho por motivo qualquer. Para esse trabalhador, a insegurança é total e a ameaça permanente. Eis porque o problema da seguridade social, se não nasceu da Revolução Industrial, tornou-se a final consciente em consequência desta.

O século XX, sem sombra de dúvidas foi cenário em que ocorreu grande desenrolar do processo de consolidação das políticas sociais. Isto porque, os efeitos dos dois grandes confrontos de proporções mundiais, ocorridos em 1914/1918 e 1939/1945, fizeram com que o mundo enfrentasse extremos dilemas sociopolíticos.

Segundo Liliana L. Jubilut:

Com a catástrofe humanitária da 2ª Guerra Mundial, percebeu-se que tal situação não era adequada, pois, muitas vezes, eram os próprios Estados os violadores dos direitos humanos ou, ainda, havia casos em que os Estados não conseguiam efetivar a proteção. Era, assim, necessário que existisse um sistema complementar de proteção da pessoa humana, que foi criado com o que atualmente se denomina Direito Internacional de Proteção da Pessoa Humana<sup>59</sup>.

A constituição da Organização das Nações Unidas (ONU) exerceu papel fundamental para o debate que se apresentava. Na Assembléia Geral, realizada em dezembro de 1948, o órgão internacional aprova a “Declaração Universal dos Direitos do Homem”, que, em meio a gigantesco universo de ideologias políticas conseguiu consolidar grande avanço no que tangem às políticas sociais: estabeleceu coexistência entre duas categorias de direitos, que até então se sobrepunham uma em detrimento da outra, alternadamente ao longo da histórica. A proposta da Declaração Universal dos Direitos do Homem pressupõe cooriginalidade dos “direitos civis e políticos” de um lado – Liberdade, e de outro, os “direitos econômicos e sociais”, traduzidos nas premissas de igualdade real.

Em verdade, foi a partir da Declaração Universal – fruto bom das conseqüências nefastas da 2ª Grande Guerra – que houve claro processo de internacionalização dos direitos humanos, resultando naquilo que se conhece

<sup>58</sup> LAROQUE, Pierre, “A Seguridade Social e os Seguros Sociais”, in *Industriários*, nº 32, 1953.

<sup>59</sup> JUBILUT, Liliana Lyra. MONACO, Gustavo Ferras de Campos. ROSA, Daniel Polydoro (coord.). **Direito internacional público**. São Paulo. Lex Editora, 2010. p. 88.

atualmente como *International Bill of Rights* (Carta Internacional de Direitos Humanos). Esse catálogo de direitos universais voltados para dignidade humana tem por código básico<sup>60</sup>, além da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, além de outros instrumentos de proteção regionais oriundos dos sistemas europeu, americano e africano.

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela Organização das Nações Unidas, direciona atenção internacional aos Estados. Suas diretrizes são no sentido de imprimir aplicabilidade progressiva às ações afirmativas dos Estados, votadas para os direitos do trabalho, educação, cultura, saúde física e mental, nível de vida suficiente e seguridade social.

Ao menos do ponto de vista formal, tornou-se possível então exigir-se garantias sociais, como decorrência dos direitos econômicos e sociais, tal qual se poderia exigir garantias de liberdade. Houve elevação dos direitos sociais ao mesmo patamar dos direitos civis, o que significou importante conquista histórica para a consolidação dos direitos sociais.

Em suma, e ainda segundo Marcelo Leonardo Tavares<sup>61</sup>, pode-se distinguir pelo menos três períodos do seguro social ao longo da história, a saber: *i)* fase inicial – do final do séc. XIX a 1918, sendo caracterizado pela criação dos regimes securitários em vários países europeus; *ii)* fase intermediária – 1919 a 1945, onde se verificou a expansão geográfica do seguro social pelo mundo, com sua instituição em diversos países da América Latina, Ásia e Oceania; *iii)* fase contemporânea – 1946 até os dias atuais, período marcado pela universalização do acesso às prestações de previdência e pela ampliação qualitativa dos benefícios.

No Brasil, surgimento e consolidação do direito à seguridade social se deram a passos lentos e, sobretudo, inspirados no modelo lusitano.

Alexandre Bahia faz uma constatação histórica ao afirmar que:

por mais de trezentos anos o Brasil foi sendo moldado a partir do comando de uma Metrópole. Sem embargo, antes de sua Independência, a Colônia já possuía órgãos administrativos, legislativos e judiciários – consolidados em maior ou menor medida

<sup>60</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2013. p. 863

<sup>61</sup> TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário – Regime Geral de Previdência Social e Regimes Próprios de Previdência Social**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.38.

(dependendo da região). O rompimento com Portugal não fez tabula rasa desse passado colonial, sobretudo tendo em mira a singular fase de transição representada pela transferência da Coroa para o País, trazendo consigo um grande aumento da complexidade de nossas instituições.<sup>62</sup>

Certamente por isso, o Brasil tenha experimentado inicialmente regras de previdência social, intimamente ligadas às premissas do Império Português. Aliás, a herança portuguesa esteve presente ao longo de todo o século XIX no Brasil.

As insinuações mais embrionárias sobre regras de proteção social são registradas no Brasil em 1821, por Decreto expedido pelo ainda Príncipe Regente, Dom Pedro de Alcântara, datado de 1º de outubro daquele ano, que tratava da concessão de aposentadoria a professores que completassem 30 anos de serviços<sup>63</sup>.

A presença do tema nos textos constitucionais é verificada em 1824, a exemplo do que estabelecia o art. 179, inciso XXXI, ao mencionar de forma programática a garantia dos “socorros públicos”.

Pela sua relevância histórica vale destacar que desde 1835 já existia o Montepio Geral da Economia dos Servidores do Estado (MONGERAL) que marcou a história como a primeira entidade de previdência privada no Brasil.

Também o art. 79 do Código Comercial, de 1850 assegurava espécie de benefício social previdenciário ao garantir por três meses percepção de salários do preposto acidentado<sup>64</sup>.

O marco inicial da previdência social, em termos de legislação nacional, foi, no entanto, a publicação da denominada Lei Eloy Chaves, que na verdade tratava-se de Decreto Legislativo, de número 4.682, de 24.1.1923<sup>65</sup>, que criou a Caixa de Aposentadoria e Pensões nas empresas de estrada de ferro, cujo custeio era compartilhado mediante contribuições dos trabalhadores, das empresas do ramo e do Estado.

Havia previsão de concessão de aposentadorias aos trabalhadores e pensões aos seus dependentes. O modelo trazido pela mencionada lei incentivou a criação

<sup>62</sup> BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 86.

<sup>63</sup> OLIVEIRA, Antonio Carlos de. **Direito do Trabalho e previdência social: estudos**,. São Paulo: LTr, 1996, p. 91.

<sup>64</sup> CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. **Curso elementar de direito previdenciário: conforme a legislação em vigor até abril/2005**. São Paulo: LTr, 2005, p.38.

<sup>65</sup> CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. **Regime próprio de previdência social dos servidores públicos**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 40.

de várias outras caixas de aposentadorias em empresas de diversos ramos da atividade econômica, sem que houvesse qualquer regulação ou controle, o que deu azo a sem número de fraudes e causou em 1930 a primeira crise do, então precoce sistema previdenciário brasileiro, exigindo por parte do Estado, por meio do governo do presidente Getúlio Vargas, que se determinasse a suspensão da concessão de qualquer aposentadoria, o que perdurou por seis meses.

O quadro de crise fez com que houvesse modificações importantes no sistema previdenciário: a partir de então não seria mais as empresas que organizariam a estrutura previdenciária e, sim, as categorias profissionais, a exemplo do Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Marítimos, dos Comerciários, dos Bancários, dos Empregados em Transportes de Cargas, dentre outros.

O fenômeno pugnava pela normatização estatal, o que se deu, em termos constitucionais pela primeira vez em 1934, onde a Constituição estabelecia em seu art. 121, § 1º, alínea “h”, a forma tripartite de custeio da estrutura previdenciária.

Foi a partir de então que se verificou ao longo da história, a presença do Estado, por meio das disposições constitucionais com finalidade de regular um fenômeno social natural, perpetrado pela necessidade humana de se solidarizar, para enfrentar momentos de dificuldades e garantir sua sobrevivência.

A expressão “previdência social” constou pela primeira vez em textos constitucionais na Constituição de 1946, elencando como riscos sociais: doença, velhice, invalidez e morte. Verifica-se, assim, neste momento da história brasileira a centelha que desvela os primeiros traços de Estado social cujo mote apontava para a necessidade de proteção estatal visando à cobertura de certas contingências sociais.

Com a Constituição da República de 1988 ficou bastante clara a opção nacional pelo modelo de Estado Social, no que se referem às políticas de proteção sociais. Já não era mais concebível postura sempre omissiva por parte do Estado frente às liberdades individuais preconizadas pelo modelo liberal.

Naquele momento fez-se fundamental a orientação Constitucional voltada para a atuação positiva do Estado com finalidade originária de prestar serviços ao povo e viabilizar direitos fundamentais.

O art. 194 constante no texto da Carta Republicana estabelece que “a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade destinadas a assegurar os direitos relativos à

saúde, à previdência e a assistência social.” Tratam-se, então, de medidas positivas a serem adotadas pelo Estado para a proteção do indivíduo sempre que este estiver em situação de risco social.

A seguridade social coloca-se, nesta medida como mecanismo de implementação da igualdade material, que vai além da idéia de igualdade formal reduzidamente estampada no texto da lei (todos são iguais perante a lei).

O reconhecimento da situação de dependência do indivíduo em relação ao Estado aparece como elemento justificador para as políticas de proteção social, como vislumbra Paulo Bonavides<sup>66</sup>:

O Estado Social no Brasil aí está para produzir as condições e pressupostos reais e fáticos indispensáveis ao exercício dos direitos fundamentais. Não há para tanto outro caminho senão reconhecer o estado atual de dependência do indivíduo em relação às prestações do Estado e fazer com que este último cumpra com a tarefa igualitária e distributivista, sem a qual não haverá democracia nem liberdade.

Assim, a finalidade precípua da seguridade pública é a busca pela justiça social e o bem-estar do indivíduo, o que se almeja alcançar pelo atendimento de suas necessidades básicas, e, assim, pela importância de sua finalidade, justifica-se a presença do tema inserido no rol de direitos fundamentais, no Capítulo II do Título II da Constituição da República de 1988, abrangendo saúde, previdência social e assistência aos vulneráveis sociais.

Nesta esteira, é possível identificar então que a proposta de seguridade social, elevada à categoria de direito fundamental não apenas visa a assegurar ao indivíduo fruição de seus direitos, mediante limitação do Estado para que não o impeça, mas também, e, tão importante quanto, exige por parte do poder estatal prestações positivas para concretização de tais direitos.

A inclusão de direitos sociais, como seguridade social no conglomerado dos direitos fundamentais é característica bem evidente das constituições do século XX, cuja inspiração está intimamente ligada à dimensão social do homem, como já exposto, exigindo do Estado ações afirmativas que procurem garantir condições materiais de vida para os cidadãos.

---

<sup>66</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 343.

Neste norte, direitos sociais são direitos a prestações do Estado. Isto supera a idéia de direitos individuais, cuja lógica exigia do poder estatal tão somente sua abstenção em respeito às liberdades individuais.

Assim, a constitucionalização do direito social à seguridade coloca o tema no bojo de uma constituição dirigente, que propõe programa de ação governamental para realização de políticas públicas voltadas para proteção dos cidadãos em risco social e, também para garantia de benefícios que o ajudem a alcançar melhores condições materiais de sobrevivência. Eis a proposta constitucional.

O compromisso constitucional brasileiro no que se refere aos valores que orientam a ordem social do nosso Estado aparece estampado no texto da Carta da República de 1988 a partir do art. 193. Essa ordem constitucional social compreende o conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Tal orientação constitucional permite a compreensão de que são três as bases da intitulada ordem social: *i)* saúde; *ii)* previdência social; *iii)* assistência social. Os objetivos do sistema de seguridade social estão estabelecidos no art. 194, *caput* da CR/88 e comprometem-se com: I – universalidade da cobertura e do atendimento; II – uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; III – seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; IV – irredutibilidade do valor dos benefícios; V – equidade na forma de participação no custeio; VI – diversidade da base de financiamento; VII – caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados (CF/88, art. 194, incisos e parágrafos).

Especificamente, são objetivos da previdência social: *a)* cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; *b)* proteção à maternidade, especialmente à gestante; *c)* proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; *d)* pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes.<sup>67</sup>

---

<sup>67</sup> BRASIL. Constituição (1988). 48 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. art. 201. p. 140.

Os objetivos da previdência social – instituto jurídico que compõe a estrutura da seguridade social ao lado da saúde e da assistência social – diferencia-se pela organização sob a forma de regime geral (aplicável a todos os trabalhadores), seu caráter contributivo, com filiação obrigatória. Devendo, para tanto, observar critérios que preservem equilíbrio financeiro e atuarial.

Difere, portanto, da assistência social que envolve políticas públicas e ações governamentais garantidoras de condições mínimas de vida, a quem dela necessitar, independentemente de contribuição. Na forma do art. 203, da CF/88, comprometem-se, especialmente com objetivos voltados para a proteção da família, da maternidade, da criança e do adolescente e dos idosos, além da promoção da reintegração ao mercado de trabalho e a garantia de um salário mínimo por pessoa idosa ou deficiente cuja família não tenha condições de subsistência.

Já a Saúde inserida no contexto da ordem social reúne conjunto de ações e serviços públicos, organizados em sistema único (regionalizado e hierarquizado) cujos objetivos voltam-se para a garantia de vida saudável aos cidadãos. Na forma do art. 196 da CR/88 é direito de todos e dever do Estado (União, estados e municípios) independentemente de contribuição para o sistema de seguridade social.

Com relação à especificidade dos direitos previdenciários veja que o legislador originário elencou pormenorizadamente, no texto constitucional, todos os benefícios e requisitos mínimos para sua fruição, forma de cálculo dentre outras peculiaridades, destacando assim, a importância destes direitos para Estado brasileiro.

#### 2.4. Política e direito social no Brasil após 1988: Reajustes neoliberais e precarização da proteção social: A prevalência do econômico sobre o direito?

A clareza da diretriz constitucional encontra desafio à sua altura.

É inevitável notar, no estudo do tema relacionado ao Constitucionalismo Social no Brasil, que o Estado Providência brasileiro, mesmo diante do catálogo compromissório evidente no corpo da norma fundamental, apresentou crise antes mesmo de que suas bases tivessem sido implantado de fato.

A almejada universalização dos benefícios sociais enquanto compromisso constitucional com as garantias fundamentais-sociais encontra barreiras nas

limitações orçamentárias e na política econômica que a partir da década de 1990 iniciou o processo de estabilização macroeconômica e combate a inflação.

As políticas sociais no Brasil, a exemplo de inúmeros outros países, em momentos de ajustes econômicos são aquelas que mais sofrem estagnação e, até mesmo restrições, sujeitando-se ao contínuo ciclo de recessão e crescimento, próprios do capitalismo. Inúmeros são os exemplos ao longo da história capazes de demonstrar a turbulenta relação entre crises econômicas e direitos sociais.

A grave crise mundial de 1930, fruto da combinação de superprodução e subconsumo levou a maioria dos países capitalistas a uma das mais profundas recessões econômicas da era moderna.

Naquela época, o Brasil do governo Vargas queimou e jogou no mar milhões de sacas de café, pois cafeicultores impunham a manutenção de seu preço e de seus lucros. Sobravam automóveis e alimentos e o povo não podia comprá-los.<sup>68</sup>

Perceba-se, repisando os acontecimentos nos últimos trinta anos que, a economia norte-americana, ícone do capitalismo mundial, a partir da década de 1980 enfrentou graves crises, a exemplo da crise do sistema bancário, além da quebra da bolsa de valores em outubro de 1987, uma crise imobiliária no final do século XX e, a sua reprise recentemente em 2008,<sup>69</sup> que balançou a economia mundial.

Contudo, o sistema parece superar as tormentas e seguir em frente, demonstrando sua robusta capacidade de se reinventar a qualquer custo.

Ao longo de sua existência, o sistema capitalista – mediante a adoção de mecanismos econômicos, políticos e ideológicos – tem demonstrado uma notável capacidade de interceptar e anular, mesmo que transitoriamente, os efeitos deletérios de suas crises. O fenômeno das crises, em suas mais variadas manifestações – superprodução, subconsumo, especulação, destruição de forças produtivas –, continua sendo um elemento constitutivo da dinâmica capitalista. A cada dia, as crises sociais e o sofrimento que infligem a grandes massas populares se apresentam mais graves e mais agudas. Mas isso não quer dizer que essas crises, de maneira mecânica, colocam em xeque a dinâmica capitalista. Dramaticamente, porém, tais crises sociais podem até mesmo – e muitas vezes o fazem –, aniquilar as conquistas dos trabalhadores e reassentar as bases para aprofundar ainda mais a exploração do capital sobre o trabalho, mesmo que ao custo de enorme destruição social. Revestido de um potencial extraordinário para mover-se e transformar-se, graças ao rápido e intenso desenvolvimento de

---

<sup>68</sup> FALEIROS, Vicente de Paula. **O que é política social**. São Paulo: Brasiliense, 2006, p. 74.

<sup>69</sup> SALVADOR, Evilásio. **Fundo público e seguridade social no Brasil**. São Paulo: Cortez, 2010, p. 612.

forças produtivas que é a sua marca, o capitalismo tem se reordenado estrategicamente no sentido de manter e ampliar seus padrões de acumulação e dominação.<sup>70</sup>

A manutenção da ordem econômica capitalista, por meio da garantia dos padrões de produção e acumulação de riquezas tem preço alto e vem camuflada, num primeiro momento, por meio de mecanismos de flexibilização de garantias sociais, como negociações coletivas de trabalho, com redução do pagamento de horas-extras, redução da recomposição das perdas salariais, dentre outros.

Já em um segundo momento começam surgir argumentos que sustentam medidas mais restritivas aos direitos sociais, como: reformas tributárias, financeiras, previdenciárias, além de outras que são perpetuadas por meio de emendas constitucionais capazes de agredir o conteúdo essencial da norma fundamental.

Aliás, neste tocante, a Constituição brasileira atual parece representar algo perfeitamente amoldável à realidade econômica, sem muita preocupação com a essência garantidora dos direitos fundamentais, na medida em que propostas de emendas constitucionais flagrantemente restritivas são apreciadas pelo poder legislativo nacional, a exemplo das decisões judiciais em matéria de seguridade social, sempre sob os fortes argumentos econômicos e, na maioria das vezes, fomentadas pelas diretrizes subliminarmente estabelecidas pelo Fundo Monetário Internacional.<sup>71</sup>

As estratégias de manutenção do capitalismo, de cunho neoliberal, em períodos de crises, carregam consigo proposta de estagnação, diminuição e até extinção de determinadas conquistas sociais de proteção do trabalhador pelo Estado.

A “solução” neoliberal inclui a transferência das proteções sociais do âmbito do Estado para o mercado, deixando trabalhadores e assistidos sociais mais vulneráveis e relegados à própria sorte.

---

<sup>70</sup> CARLETTO, Adriana Estela Custódio Carletto. **No limiar da incerteza: as relações e condições de trabalho dos assistentes sociais no Espírito Santo**. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, 2008, p.31.

<sup>71</sup> Sobre a influência das diretrizes do Fundo Monetário Internacional, sobretudo quanto à reforma do judiciário pós Constituição de 1988, desvelando uma crise hermenêutica na aplicação da norma constitucional, veja: ROSA, Alexandre Moraes da. **O Juiz Veste Prada?: o sentido da deriva hermenêutica no pós CR/88**. In **Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial** / Jacinto Miranda Coutinho, Roberto Fragale, Ronaldo Lobão organizadores. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 25-31

A financeirização da riqueza implica em pressão sobre a política social, especialmente as instituições da seguridade social, pois aí está o nicho dos produtos financeiros. Com isso, as propostas neoliberais incluem a transferência da proteção social do âmbito do Estado para o mercado, a liberalização financeira passa pela privatização dos benefícios da seguridade social.

É no mercado que deve ser comprado o benefício de aposentadoria, o seguro de saúde, que são setores dominantes nos investidores institucionais. Ou seja, benefícios da seguridade social são transformados em mais um “produto” financeiro, alimentando a especulação financeira, tornando as aposentadorias de milhares de trabalhadores refém das crises financeiras internacionais.<sup>72</sup>

Os reajustes neoliberais, cujos discursos ganham força em momentos de crises econômicas, reduzem nossa capacidade de planejar novos avanços sociais e, em verdade, representam muito mais uma maneira de remediar a pobreza do que de promover desenvolvimento humano. Reflete limitação do direito pela economia, trazendo conseqüências negativas para a efetivação dos direitos fundamentais-sociais, sobretudo, no campo da seguridade social.

No Brasil, medidas de ajustes econômicos a partir da década de 1990, estiveram amparadas em premissas neoliberais voltadas para estabilização dos gastos públicos como forma de inserir o país na economia mundial, mesmo em conflito com as diretrizes da então recente Constituição Federal de 1988.

Pode-se verificar que na década de 1980, não houve uma descontinuidade no crescimento da proteção social: foi expandido o gasto público e adotados critérios universalistas para definição de direitos. Esse incremento na incorporação de novas clientelas ao sistema de proteção social foi formalizado na Constituição de 1988.

Com a instituição da estabilização proposta pelo Plano Real, em 1994, pode-se dizer que o conjunto de instrumentos e políticas econômicas de que é dotado o Estado, sofreu uma centralização organizada com o objetivo de estabilizar os gastos públicos, com efeitos importantes sobre a inserção da economia no mercado global. Esse é um ponto muito importante para explicar a dinâmica da proteção social a partir de meados da década de 1990 no Brasil. Tentativas de planos anteriores esbarraram nesses impasses de ordem política interna, além de inconsistência técnica na confecção dos próprios planos e da falta de condições internacionais que viabilizassem o seu sucesso.

No novo cenário, a formulação sobre a provisão social estará diretamente associada à mudança do modelo de desenvolvimento integrado à globalização da economia. Essas mudanças trariam a significativa diminuição do grau de liberdade das políticas orientadas

---

<sup>72</sup>SALVADOR, Evilásio. **Fundo público e seguridade social no Brasil**. São Paulo: Cortez, 2010, p. 612

para dentro (modelo desenvolvimentista), e um maior esforço na busca de legitimação externa para garantir investimentos e créditos. Para que essa política fosse atraente para os agentes externos, tornou-se necessário iniciativas políticas de austeridade fiscal sobre setor público não financeiro, exclusivamente assegurado por superávit primário do conjunto do setor público. Com isso, o país obteve entre 1994 e 2002, um expressivo êxito na estabilização dos gastos públicos para efeito de legitimação da economia brasileira no contexto da globalização financeira.<sup>73</sup>

O principal argumento é de que a inserção do país na economia globalizada é o caminho adequado para superação da crise e, tal inserção exige desaceleração dos avanços sociais custeados pelo Estado e, uma espécie de acomodação desses avanços (direitos sociais) pelo mercado.

O que não se pode olvidar é o fato de que o argumento unicamente econômico que pretere proteção social do trabalhador deixa de considerar o mais relevante papel do direito social – pleno desenvolvimento das pessoas – permitindo-lhes efetiva atuação no regime democrático e possibilidade de mudar suas próprias realidades. Em suma, cidadania plena demanda, para sua realização, direitos sociais.<sup>74</sup>

## 2.5. Direitos fundamentais-sociais nos limites do planejamento social: reformas da previdência e fundamentos jurídicos para a transição

Ao tratar-se de direitos sociais é bom que se tenha sempre em mente que, tais direitos derivam dos direitos fundamentais denominados de segunda geração, os quais surgiram no mundo jurídico como forma de reação aos direitos de cunho negativo, ou seja, que exigiam abstenção do Estado, como se viu no capítulo I. Tal reação passou a exigir do Estado prestações positivas para com o cidadão no que tangem à proteção do trabalhador, saúde, assistência social e previdência.

Os direitos fundamentais contidos na Constituição brasileira de 1988 representam essa segunda dimensão, que encontra relação direta com a concepção

---

<sup>73</sup> COSTA, Nilson do Rosário. **Política social e ajuste macroeconômico**. Cad. Saúde Pública vol.18. Rio de Janeiro. 2002. p. 09.

<sup>74</sup> IBRAHI, Fábio Zambite. **A previdência social no estado contemporâneo: fundamentos, financiamento e regulação**. Impetus. Rio de Janeiro. 2011. p. 110/111.

internacional de Direitos Humanos, na medida em que são classificados como universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados.<sup>75</sup>

Nas palavras de Ana Paula Fernandes, direitos fundamentais são reconhecidos universalmente, como direitos mínimos necessários, para que um indivíduo possa se desenvolver em sociedade<sup>76</sup>, e, embora sejam comumente tratados como sinônimos (direitos fundamentais e direitos humanos) diferenciam-se.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet o que os diferencia é sua amplitude:

Em que pese sejam ambos os termos ('direitos humano' e 'direitos fundamentais') utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram a validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).<sup>77</sup>

No que tange à seguridade social, temos que a Carta da República brasileira de 1988 inspirou-se na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, com claro propósito de proteger o cidadão dos riscos sociais. Este foi o propósito constitucional original.

Não obstante a legítima inspiração constitucional e, muito embora o texto normativo contemple uma gama de direitos sociais (que nos dá falsa impressão de que tais direitos são concretos e efetivos), o Brasil convive com o problema da aplicabilidade das normas, onde, pelo menos dois fatores contribuem para certo "cinismo" constitucional.

O primeiro fator diz respeito à letargia do Estado, sobretudo, dos poderes legislativo e executivo, quanto à capacidade de regulamentar e criar mecanismos adequados para viabilizar a concretude dos direitos fundamentais reconhecidos pela norma constitucional. Em sentido diametralmente oposto às premissas constitucionais, o que se testemunha por parte desses poderes, desde a década de

<sup>75</sup> GREGORI, M.S. Artigo XXV. In BALERA, W. **Comentários à Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Conceito, 2011. p. 157.

<sup>76</sup> FERNANDES, Ana Paula. Previdência Social no Brasil: do liberalismo ao Estado Social – desafios atuais. In BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm (coord.). **Previdência social nos 90 anos da lei Eloy Chaves**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 103.

<sup>77</sup> SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 35.

1990 são medidas restritivas à ampliação dos direitos sociais, especialmente, dos direitos previdenciários com edição de reformas previdenciárias<sup>78</sup> que significaram verdadeira agressão aos direitos sociais.

O segundo fator pode ser atribuído ao evidente desleixo por parte do ordenamento jurídico brasileiro, traduzido nas decisões dos tribunais superiores pátrios, quanto ao debate dos grandes temas envolvendo seguridade social e, especialmente, previdência pública. A maior parte das decisões judiciais em matéria previdenciária inclina-se a argumentos políticos e econômicos, em flagrante desrespeito aos direitos fundamentais, desvelando ingenuidade e despreparo dos julgadores no enfrentamento de questões como as limitações orçamentárias e o mito do *déficit* previdenciário<sup>79</sup>.

Quanto às reformas previdenciárias, faz-se necessária a compreensão de que tal discussão ganha maior envergadura após o período de estabilização inflacionária desencadeada pelo Plano Real (1994). A partir de então, e até hoje, o discurso de que a Constituição de 1988 teria sido generosa demais, prometendo mais do que poderia cumprir, sendo necessária a contenção dos gastos públicos, parece representar algo insuperável e, justificador das medidas restritivas.

A busca pelo equilíbrio atuarial do sistema previdenciária desencadeou três grandes reformas previdenciárias que impactaram significativa e negativamente os avanços sociais positivados com a promulgação da Constituição cidadã.

O primeiro estágio das reformas previdenciárias ocorreu com a alteração jurídica no texto constitucional introduzida pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, cujas medidas afetaram tanto trabalhadores vinculados ao Regime Geral de Previdência Social, quanto servidores públicos vinculados aos Regimes Próprios de Previdência Social.<sup>80</sup>

---

<sup>78</sup>As reformas previdenciárias a que se faz menção foram expressas, principalmente, pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998; a Lei nº 9.876, de 26 de novembro de 1999; Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003; Emenda Constitucional nº 47, de 05 de julho de 2005.

<sup>79</sup> Acerca da existência ou não do *déficit* do sistema previdenciário nacional, leia: LEMES, Emerson Costa. Existe déficit na previdência social brasileira? In FOLMANN, Melissa (coord.). **Previdência: entre o direito social e a repercussão econômica no século XXI**. 1. ed., 2ª reimp. Curitiba: Juruá, 2011. p. 117-129.

<sup>80</sup>Importante compreender que no Brasil, existem três espécies de regimes previdenciários. O Regime Geral de Previdência Social (RGPS) que é administrado pela autarquia federal INSS (Instituto Nacional do Seguro Social) e cobre fundamentalmente os trabalhadores da iniciativa privada. Os Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS), destinado aos servidores públicos, cuja administração cabe a cada ente federativo que optou por ter seu próprio regime previdenciário independente dos demais, sendo que os princípios básicos são definidos pela Constituição Federal.

As medidas restritivas deram-se pela elevação do teto de contribuição, pela retirada da Constituição da fórmula de cálculo do benefício e pela extinção gradual das aposentadorias proporcionais, no âmbito do RGPS. Para a previdência dos servidores públicos estabeleceu-se limites etários para aposentadoria de 60 anos para homens e de 55 anos para mulheres, com um conjunto de carências de tempo no serviço público e várias regras de transição com claro propósito de submeter o trabalhador ao aumento da carga laborativa, estendendo assim, o período de contribuição.

Em seguida, um segundo estágio das reformas trouxe a Lei nº 9.876, de 26 de dezembro de 1999, que afetou diretamente trabalhadores da iniciativa privada, vinculados ao RGPS com a criação do fator previdenciário, que diminuiu valor do benefício à medida que os beneficiários se aposentam mais novos e com menor tempo de contribuição. O cálculo do benefício passa considerar todos os salários de contribuição de julho de 1994 até a data da aposentadoria, e não mais as últimas 36 contribuições, que em regra, garantiria o valor da aposentadoria mais próximo da remuneração que o trabalhador percebesse em atividade.

A terceira e mais recente fase de reformas previdenciárias foi estabelecida pela Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, e posteriormente, pela Emenda Constitucional nº 47, de 05 de julho de 2005. Delas sobreveio mais uma elevação do teto de contribuição para servidores vinculados ao RGPS.

Já para servidores públicos instituiu-se a contribuição previdenciária para inativos e pensionistas; redução da taxa de reposição das pensões por morte (que significou perda direta entre o valor do salário percebido pelo servidor em atividade e o valor a ser percebido pelos dependentes após o falecimento do trabalhador); perda do direito à integralidade dos vencimentos, ou seja, o servidor público perdeu o direito de aposentar-se com base na última remuneração, sendo submetido ao cálculo da média aritmética do seu histórico de contribuições; além de outras alterações como a mudança gradual da indexação de salários para a de preços.

Note-se que as reformas previdenciárias em nada contribuíram para o verdadeiro propósito da seguridade social, garantida constitucionalmente. Ora, na proposta constitucional dignidade humana é garantia que se pretende por meio do seguro público. Para tanto, os propósitos de um regime previdenciário deve estar

minimamente embasado, em primeiro lugar, na reposição de renda para pessoas ou famílias que perderam ou reduziram a capacidade de geração do próprio sustento, em virtude de idade avançada, invalidez, ou falecimento de membro familiar que exercesse influência em sua provisão. O segundo propósito é o combate à pobreza por meio da transferência de renda aos membros mais necessitados da sociedade.<sup>81</sup>

A onda reformista não serviu a nenhum desses propósitos, pois, seu verdadeiro fundamento não possui relação alguma com a proposta constitucional da garantia de direitos fundamentais-sociais. Pelo contrário, alinha-se a preceitos neoliberais cujos propósitos colocam ênfase na maximização da produção e acúmulo de riqueza, para posteriormente cogitar propiciar garantia de direitos sociais. Sob essa premissa o direito fundamental, intimamente ligado à vida humana e a dignidade a ela inerente, estarão sempre condicionadas à austeridade econômica e, portanto, sujeito às restrições em momentos de crise.

Neste contexto, a norma constitucional esvazia-se no que tange à sua concretude e direitos fundamentais-sociais, como o direito aos benefícios previdenciários alinhados à sua natureza garantidora de dignidade, apenas decora, enfeita, adorna um texto normativo insincero, com empecilhos quase insuperáveis à sua real efetivação.

## 2.6. O dilema da efetividade das normas de direitos sociais como dimensão da efetividade constitucional

Ultrapassar os limites da igualdade formal, característica destacada do Estado Liberal em busca da igualdade material, finalidade do Estado Social. Aproximar o quanto seja possível o *dever ser normativo* e o *ser* da realidade social. Este é o centro da discussão acerca da efetividade das normas de direitos sociais.

O robusto conteúdo social contido nos textos normativos tidos como sociais, a exemplo da Constituição de 1934 e, mais fortemente na Constituição da República de 1988 contribuiu para o avanço das políticas sociais, assumindo papel fundamental para apontar os rumos da República Democrática e estabelecer compromissos com o desenvolvimento humano com vistas à dignidade.

---

<sup>81</sup>ROCHA, Roberto de Rezende. CAETANO, Marcelo Abi-Ramia. **O sistema previdenciário brasileiro: uma avaliação de desempenho comparada.** In Textos para discussão nº1331. Ipea. Brasília, 2008. p. 11.

No entanto, passados oitenta anos dos compromissos normativos sociais assumidos, o Brasil ainda se depara com barreiras que limitam a concretude do conteúdo constitucional. E a busca pela força normativa da constituição ainda é luta longe do fim.

No afã de superar mazelas da desigualdade material a nação brasileira, no pós Constituição de 1988 direciona suas agruras, angústias e esperanças ao poder judiciário que, impelido a manifestar-se depara-se com questão que aqui se debate: existem recursos suficientes para garantir efetividade aos direitos sociais?

Refletir sobre o tema, a partir do pensamento dos autores trazidos neste estudo, acredita-se ser exercício imprescindível à compreensão de teoria acerca da efetividade das normas de direitos sociais e busca por alternativas que sejam capazes de promover coexistência entre direito e economia.

#### 2.6.1 A efetividade em Loewenstein

Tal qual o terno adequado, necessário e que veste bem. Esta é a expressão<sup>82</sup> utilizada por Karl Loewenstein para descrever a imagem das constituições normativas.

O dilema da efetividade das normas constitucionais é retratado pelo autor alemão por meio da classificação das constituições que propõe. Para ele constituição não funciona por si só e, muito menos, pelo fato de que tenha sido adotada pelo povo. A constituição normativa, pela reflexão de Loewenstein é aquela que detentores do poder e, também, seus destinatários desejam fazer dela na prática<sup>83</sup>.

Karl Loewenstein, ao sustentar que critérios tradicionais não esgotam a questão da classificação das normas fundamentais, apresenta elemento diferente do tradicional a partir do qual é possível esboçar outra forma de classificá-las. Trata-se de critério ontológico – existencial.

Para o autor, este critério classificatório adéqua-se à sensível mudança havida quanto ao papel das Constituições escritas na realidade sociopolítica contemporânea, rompendo com o tradicionalismo na medida em que propõe

---

<sup>82</sup> LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2ª ed., Trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona: Ediciones Ariel, 1972, p. 216-221.

<sup>83</sup> Op. cit.

comparação da norma constitucional com realidade: a norma fundamental e sua aplicação.

A classificação ontológica de Loewenstein propõe três espécies de constituições quando relacionadas ao processo de poder e a realidade prática de vida da comunidade.

Podem ser classificadas como constituições nominais<sup>84</sup> aquelas que, embora juridicamente válidas, a dinâmica do processo político não está de acordo com suas regras. Neste caso a constituição não tem realidade existencial. Significa dizer que fatores sociais, políticos e econômicos existentes, como por exemplo, ausência de educação ampla, ou educação política, ou outro fator, operem naquele momento contra a sintonia entre regras institucionais e exigências do processo de poder. Existem assim, fatores que impedem integração plena das normas constitucionais e dinâmica da vida política daquele Estado.

De acordo com o autor alemão, trata-se de exemplo em que a decisão política que levou à promulgação desse tipo de constituição, ainda não estava suficientemente amadurecida<sup>85</sup>. Mas, estaria diretamente relacionada com a esperança de se estabelecer compromissos para o futuro.

Outra espécie de constituição é classificada pelo autor como constituições semânticas. Nessa estirpe enquadram-se aquelas constituições que, muito embora totalmente implementadas, sua realidade existencial serve tão somente para formalizar a situação de poder político daqueles que detêm de fato o aparelho coercitivo do Estado. São elaboradas com finalidade de legitimar práticas autoritárias de poder, usurpando do povo seu Poder Constituinte. No Brasil, podem ser vistas como exemplos de constituições semânticas as de 1937, 1967 e 1969, cujas características denotavam intenção de estabilizar e eternizar a intervenção dos dominadores de fato no poder político nacional.

Essa idéia conflita diretamente com a concepção original de norma fundamental, vez que, sua tarefa é, sobretudo, limitar a concentração de poder, abrindo oportunidade para a correlação de forças sociais da comunidade dentro do quadro constitucional.

A constituição normativa, terceira espécie classificatória imaginada por Loewenstein traduz idéia de constituição viva, efetiva, concreta, real. Algo que

---

<sup>84</sup> Et. seq.

<sup>85</sup> ibidem.

transcende a questão da validade em sentido legal. Para ser real e efetiva a constituição deve ser fielmente observada por todos interessados. Para o autor, somente será possível falar em constituição normativa onde suas normas dominem o processo político em verdadeira simbiose entre comunidade e constituição<sup>86</sup>.

Para ele constituições totalmente articuladas no âmbito de um Estado recentemente liberto da autocracia ou de tutela colonial tradicional, sem que haja educação política e amadurecimento anterior dificilmente se enraíza imediatamente. É quase um milagre que se concretizem. Isto porque, em sua opinião, para que a constituição seja viva, necessário se faz que seja vivida pelos destinatários e pelos detentores do poder em ambiente sociopolítico interno propício para tanto.

É a partir dessa reflexão que se propõe a concepção de que apenas há constituição e Estado sociais de direitos se houver relações sociais substancializadas por mecanismos corretivos de marginalização, onde agentes do Estado – executores, legisladores e julgadores – observem e vivam as normas constitucionais.<sup>87</sup>

## 2.6.2 A efetividade em J. J. Gomes Canotilho

A questão voltada para efetividade da norma fundamental relaciona-se com as reflexões de Joaquim José Gomes Canotilho acerca da teoria da constituição. Segundo Eros Roberto Grau<sup>88</sup>, o autor português em seu livro – *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, diz que o título de seu livro aponta já para o núcleo essencial do debate, qual seja: “o que deve (e pode) uma Constituição ordenar aos órgãos legiferantes e o que (como e quando deve) fazer o legislador

---

<sup>86</sup> Et. seq.

<sup>87</sup> Assim como Loewenstein, as reflexões de Konrad Hesse destacam que não é possível compreender a constituição separadamente da realidade, sendo necessária a integração entre constituição e sociedade. *A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniências, se prevalecer a vontade de concretizar essa ordem.* HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 59.

<sup>88</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988: Interpretação crítica**. São Paulo. Malheiros. 13ª ed. 2008. p. 354.

para cumprir, de forma regular, adequada e oportuna, as imposições constitucionais”.<sup>89</sup>

Ao enfrentar questão da força dirigente e caráter determinante das leis fundamentais, frente ao conteúdo programático das constituições Canotilho indaga:

Deve uma Constituição conceber-se como ‘estatuto organizatório’, como simples ‘instrumento de governo’, definidor de competências e regulador de processos, ou, pelo contrário, deve aspirar a transformar-se num plano normativo-material global que determina tarefas, estabelece programas e define fins? Uma Constituição é uma lei do Estado e só do Estado ou é um ‘estatuto jurídico do político’ um ‘plano global normativo’ do Estado e da sociedade?<sup>90</sup>

O autor propõe na sequência do estudo sua impressão sobre o significado de Constituição dirigente afirmando que:

É entendida como o bloco de normas constitucionais em que se definem fins e tarefas do Estado, se estabelecem directivas e estatuem imposições. A Constituição dirigente aproxima-se, pois, da noção de Constituição programática.<sup>91</sup>

Ainda segundo Eros R. Grau<sup>92</sup> compreender aquilo que Canotilho estabelece acerca da constituição dirigente, exige rememorar as teses propostas pelo autor português na parte final de seu livro<sup>93</sup>. Duas delas contribuem diretamente para este estudo:

5.10 A delimitação da intensidade vinculativa das normas constitucionais impositivas implica a distinção entre imposições constitucionais e *normas programáticas* (essencialmente normas determinadoras dos fins do Estado e normas enunciadoras de tarefas estaduais). *As imposições constitucionais são permanentes mas concretas; as normas determinadoras de tarefas ou definidoras de fins são imposições permanentes mas abstratas.*<sup>94</sup>

7.2 Os direitos fundamentais a prestações não devem confundir-se com as *normas programáticas* e com as *imposições constitucionais*.<sup>95</sup>

As reflexões de Canotilho acerca do caráter dirigente das constituições permitem afirmar que existe diferença marcante entre normas constitucionais que,

<sup>89</sup> CANOTILHO. Joaquim José Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Reimp. Coimbra. Coimbra editora. 2001. p. 11.

<sup>90</sup> Et. seq.

<sup>91</sup> Op. cit. p. 224.

<sup>92</sup> GRAU. Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação crítica**. São Paulo. Malheiros. 13ª ed. 2008. p. 355.

<sup>93</sup> Op. cit. parte IV, p. 473 e ss.

<sup>94</sup> Op. cit. p. 481.

<sup>95</sup> Op. cit. p. 483.

determinam os fins do Estado e normas constitucionais que orientam (enunciam) compromissos estatais<sup>96</sup>. De todo modo, nem esta, nem aquela devem ser confundidas com concretude de direitos fundamentais. Isto porque, efetividade, concretude de direitos estão relacionados à força transformadora da constituição, que, segundo o autor, não se opera por si só<sup>97</sup>.

Acerca da questão da efetividade da constituição dirigente, a leitura de Canotilho realizada por Eros Grau, lembra que norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade (rememorando Konrad Hesse) concluindo que:

é certo que ela contém textos normativos que, transformados em normas por força da sua interpretação/aplicação – essa transformação apenas se dá na medida em que os fatos, a realidade, sejam tomados como objeto da atividade de interpretação aplicação pelo intérprete – produzem conseqüências jurídico-normativas. Vale dizer: textos normativos dotados de eficácia normativa vinculante, como salientam Vezio Crizafulli, José Afonso da Silva, Paulo Bonavides e tantos outros – entre os quais o próprio Canotilho.<sup>98</sup>

Do pensamento de Canotilho aquilo que se quer extrair para este estudo é, em linhas gerais, a idéia de que a Constituição ou o direito como um sistema diferenciado não poderia por si só, operar transformações sociais que dependem de aspectos que transcendem o seu poder regulatório<sup>99</sup>. Existem ações para concretização de direitos fundamentais que não dependem tão somente do poder normativo da lei fundamental.

A interpretação que se faz da mudança no pensamento de Canotilho está no reconhecimento da importância democrática que a Constituição deve proporcionar. Não pode ele querer estabelecer *per si*, transformações sociais tão bruscas sem o devido apoio da sociedade civil. Isso não quer dizer, de forma alguma, que se pode abandonar de vez algum caráter dirigente da Constituição, mas

<sup>96</sup> Eros R. Grau observa: *Os fundamentos e os fins definidos em seus (Constituição do Brasil) arts. 1º e 3º são os fundamentos e os fins da sociedade brasileira – para compreendê-lo completamente será necessário o rompimento do equívoco de contrapor-se Estado e sociedade, aquele um momento deste. Outra questão, diversa dessa, é a relativa à sua eficácia jurídica e social e à sua efetividade.* GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação crítica.** São Paulo. Malheiros. 13ª ed. 2008. p. 259.

<sup>97</sup> Causando grande debate no mundo acadêmico J.J.Gomes Canotilho afirma que “em jeito de conclusão, dir-se-ia que a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, por si só, operar transformações emancipatórias”. Op. cit. prefácio de 2ª ed. XXIX-XXX.

<sup>98</sup> Op. cit. p. 359.

<sup>99</sup> MORAIS, Fausto Santos de. **A teoria constitucional e a morte do caráter dirigente e compromissório: pressupostos para uma teoria da Constituição brasileira.** Conteúdo Jurídico, Brasília - DF: 14 out. 2011. Disponível em [www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.33599&seo=1](http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.33599&seo=1). Acesso em: 03 abr. 2014.

apenas reconhecer que existem tarefas que demandam muito mais do que aquilo que o Direito pode oferecer.<sup>100</sup>

O pensamento de Canotilho empresta conteúdo à discussão da efetividade das normas constitucionais, quanto aos direitos fundamentais, sobretudo ao se compreender a situação do Brasil enquanto país de modernidade tardia, ou seja, que ainda não conseguiu concretizar as promessas da modernidade, estabelecendo padrão digno de vida a sua população.<sup>101</sup>

Assim, enquanto Constituição Dirigente, a Constituição do Brasil cumpre seu papel, na medida em que estabelece limitações ao exercício arbitrário do poder, libertando-se do caráter semântico imaginado por Loewenstein. Ao mesmo tempo, estabelece instrumentos para concretização dos direitos básicos à população por meio de normas prescritivas, que pela jurisdição constitucional, buscam alcançar força normativa da Constituição.

A jurisdição é então meio de efetivação da norma constitucional. A força normativa da Constituição encontra realidade na decisão comprometida com o valor maior da humanidade, com mudança social.<sup>102</sup>

Ao enfrentar questão tocante à reserva do possível, Canotilho estabelece que a busca pela efetividade da norma fundamental não pode estar juridicamente vinculada à limitação dos recursos públicos, pois, se assim o fosse estar-se-ia diante de verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais.

Afirma Canotilho que:

rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) para traduzir a idéia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir a dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob 'reserva dos cofres cheios' equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica.<sup>103</sup>

A reflexão de Canotilho permite afirmação no sentido de que o que vincula o direito social é o jurídico e não o econômico.

<sup>100</sup> Et. seq.

<sup>101</sup> Op. cit.

<sup>102</sup> SAVARIS, Rafaela Cassetari. A (in)efetividade da universalização nas decisões judiciais. In FOLMANN, Melissa. BERWANGER, Jane Lúcia Wilhelm. (coord.) **Previdência & Argumento Econômico. Repercussão nas decisões judiciais**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 233.

<sup>103</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra. Almedina, 2003. p. 481 *apud* CALCIOLARI, Ricardo Pires. **O orçamento da seguridade social e a efetividade dos direitos sociais**. 1ª ed. 2ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. p. 169.

Direitos sociais não são direitos que comportam somente as garantias do Estado, tais quais os direitos de primeira dimensão (vida e liberdade). Isto porque, direitos sociais – de segunda dimensão – como trabalho, educação, assistência e previdência social ostentam predominantemente característica prestacional positiva<sup>104</sup> por parte do Estado. Trata-se de um direito necessariamente dependente de prestações, não podendo o respectivo titular, a partir da norma constitucional, retirar um direito subjetivo *self executing*<sup>105</sup>. O Estado deve agir positivamente em favor de sua efetivação, além de garanti-los.

### 2.6.3 A efetividade em José Afonso da Silva

A concepção do valor universal da dignidade humana e os pressupostos do Estado Democrático de Direito são ponto de partida para o debate em torno dos estudos de José Afonso da Silva. Seus esforços confluem, a partir desses elementos, para idéia de que normas constitucionais devem ser interpretadas sempre de maneira ampla e com máxima eficácia.

Essencialmente, suas reflexões partem do fundamento de que normas constitucionais não deixam margem à atuação da vontade de seus agentes. São inderrogáveis e irrenunciáveis.<sup>106</sup>

Contra-pondo-se à teoria egológica do direito de Carlos Cossio<sup>107</sup>, José Afonso da Silva afirma que muito embora o sentido do termo positividade não possa ser desvinculado da expressão vigência e eficácia, esses termos têm conotações próprias e não se confundem numa sinonímia jurídica.<sup>108</sup>

Para o autor, embora Kelsen dê nítida prevalência à vigência do que à eficácia ao sustentar sua teoria pura do direito, seu normativismo distingue com precisão vigência de eficácia, assim:

O normativismo distingue, com precisão, a vigência da eficácia. A lição de Kelsen é bastante clara a esse respeito. A vigência da norma, para ele, pertence à ordem do dever-ser, e não à ordem do ser. *Vigência* significa a existência específica da norma; *eficácia* é o

<sup>104</sup> CALCIOLARI, Ricardo Pires. **O orçamento da seguridade social e a efetividade dos direitos sociais**. 1ª ed. 2ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. p. 39.

<sup>105</sup> Op. cit.

<sup>106</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros editores. 1998. p. 71.

<sup>107</sup> Teoria que segundo José Afonso da Silva, tomar por sinônimos: positividade, vigência, eficácia, observância, facticidade e efetividade do direito. Op. cit. p. 63.

<sup>108</sup> Op. cit. 64

fato de que a norma é efetivamente aplicada e seguida; a circunstância de que uma conduta humana conforme à norma se verifica na ordem dos fatos. 'Dizer que uma norma vale (é vigente) traduz algo diferente do que se diz quando se afirma que ela é efetivamente aplicada e respeitada, se que entre vigência e eficácia possa existir uma certa conexão'. Kelsen dá nítida prevalência à vigência, desde que entende que esta pertence à ordem do dever-ser, isto é, da norma como objeto do Direito, enquanto a eficácia pertence à ordem do ser, dos fatos; mas acha que um mínimo de eficácia é condição de vigência da norma. Uma norma jurídica, no entanto, entra em vigor antes de tornar-se eficaz, isto é, ante de ser seguida e aplicada.<sup>109</sup>

Diferentemente do enfoque dado por Kelsen, José Afonso lança luzes à efetividade na medida em que estabelece ser ela o elemento que vincula preceito lógico, escrito, à realidade. Para ele, a lei é tanto mais eficaz quanto mais se projeta no meio social em que deve atuar, quanto mais seus termos abstratos se enriquecem de conteúdo social, do direito cultural, mais eficaz ela é. Sem um mínimo de eficácia, a lei não passará de mera construção teórica.<sup>110</sup>

A partir disso, José Afonso da Silva parte então para outra dimensão da questão, qual seja: a diferença existente entre efetividade da norma e eficácia social da norma. Para ele determinada norma pode ser reconhecida como efetiva, ou seja, detentora de eficácia jurídica (possibilidade de realizar o direito), no entanto, pode não possuir eficácia social (aplicabilidade, exigibilidade, autoexecutoriedade).

O alcance dos objetivos da norma constitui a efetividade. Esta é, portanto, a medida da extensão em que o objetivo é alcançado, relacionando-se ao produto final. Por isso é que, tratando-se de normas jurídicas, se fala em eficácia social em relação à efetividade, porque o produto final objetivado pela norma se consubstancia no controle social que ela pretende, enquanto a eficácia jurídica é apenas a possibilidade de que isso venha a acontecer.<sup>111</sup>

Para este estudo interessa a questão da eficácia social da norma abordada por José Afonso da Silva, pois, tratando-se de direitos fundamentais (sociais) norma detentora de eficácia jurídica (apenas capacidade) relaciona-se com compromissos assumidos pelo Estado a fim de perseguir objetivos da vida digna<sup>112</sup>. Entretanto,

<sup>109</sup> Et. seq.

<sup>110</sup> SILVA, José Afonso da. **Princípios do processo de formação das leis no direito constitucional**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1964. p. 236.

<sup>111</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros editores. 1998. p. 66.

<sup>112</sup> Sentido que assume, de acordo com a classificação do próprio autor, as normas constitucionais sócios-ideológicas, ou seja, aquelas que consubstanciam os elementos ideológicos, de compromisso, de natureza econômica e social, das constituições contemporâneas. Op. cit. p. 183.

norma jurídica detentora de eficácia social (que se realiza no plano social) é aquela capaz de transformar a realidade. E, no contexto dos direitos sociais está é (deve ser) dimensão imperativa da norma.

A constatação de José Afonso da Silva é a de que não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos. Entretanto, o que é perfeitamente admissível é que determinadas normas constitucionais não se revestem de eficácia social, na medida em que não se manifestam plenamente da maneira pretendida pelo constituinte. A não ser quando se emite uma ordem executória, previamente estabelecida ou por meio de provocação (requerimento).<sup>113</sup>

Pode-se afirmar que, para o autor o tema transcende mera discussão lógico-formal, pois, aplicabilidade da norma constitucional relaciona-se com condições especificamente estabelecidas em seu texto, de modo a propiciar método interpretativo que favoreça maior eficácia aos preceitos constitucionais,<sup>114</sup> sobretudo, aos direitos fundamentais.

Pela ótica do autor os preâmbulos das constituições e, especialmente o preâmbulo da Constituição do Brasil de 1988<sup>115</sup>, contemplam princípios que condicionam sua aplicabilidade, o que ele chama de normas de aplicabilidade da constituição. Assim, possuem reconhecido valor jurídico que orientam a interpretação e aplicação das normas. Têm, pois, eficácia interpretativa e integrativa.<sup>116</sup> É, assim, comando expresso aos seus agentes no sentido de que, na dúvida o texto constitucional deve guardar sintonia com a possibilidade de dar máxima eficácia os direitos fundamentais.

#### 2.6.4 A efetividade em Luis Roberto Barroso

---

<sup>113</sup> Op. cit. p. 82

<sup>114</sup> GEBRAN Neto, João Pedro. **A Aplicação Imediata dos Direitos e Garantias Individuais: a busca de uma exegese emancipatória**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002. p. 125.

<sup>115</sup> “Nós, representantes do Povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social, e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”.

<sup>116</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros editores. 1998. p. 204.

Em estudo sobre o histórico de desenvolvimento das constituições brasileiras Luis Roberto Barroso afirma, acerca da questão da efetividade das normas constitucionais que, até 1988:

A falta de efetividade das sucessivas Constituições brasileiras decorreu do não reconhecimento de força normativa aos seus textos e da falta de vontade política de dar-lhes aplicabilidade direta e imediata. Prevaleceu entre nós a tradição europeia da primeira metade do século, que via a Lei Fundamental como mera ordenação de programas de ação, convocações ao legislador ordinário e aos poderes públicos em geral. Daí porque as Cartas brasileiras sempre se deixaram inflacionar por promessas de atuação e pretensos direitos que jamais se consumaram na prática. Uma história marcada pela insinceridade e pela frustração.<sup>117</sup>

A partir do texto constitucional de 1988, para o autor, o povo brasileiro passou a conviver com a novidade, ainda que tardia, de tornar-se protagonista na construção dos propósitos constitucionais, ladeado pela velha aristocracia e burguesia emergente de então, fato este que propiciava a busca pela força normativa da norma e, rompia com antecedente histórico brasileiro marcado pela ilegitimidade de elite que nunca teve projeto de desenvolvimento para o país. A nova carta constitucional quebrava também a tradição de desrespeito à legalidade constitucional evidenciada ao longo da história do Brasil desde a dissolução por D. Pedro I da primeira Assembléia Constituinte e, assim, recorrentemente com Floriano Peixoto no golpe do Estado Novo, como golpe militar, com o impedimento de Pedro Aleixo, com os Atos Institucionais. Período marcado pela intolerância, imaturidade e insensibilidade social que derrota a Constituição<sup>118</sup>.

Significando verdadeiro marco zero no recomeço de uma nova era constitucional no Brasil, a Constituição de 1988 trouxe inovadora proposta: a interpretação constitucional. A partir de então normas constitucionais alcançaram *status* de normas jurídicas imperativas, aptas a tutelarem direta e imediatamente as situações nelas contempladas. Trata-se da proposta mais concreta de efetividade constitucional (rito de passagem para o início de maturidade institucional brasileira)<sup>119</sup>, até então vista pelo Brasil.

---

<sup>117</sup> BARROSO, Luis Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro.** Revista da EMERJ, v. 6, n.23, 2003. Disponível em: [www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista23/revista23\\_25.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf). Acesso em 12.01.2014

<sup>118</sup> Op. cit. 26

<sup>119</sup> Et. seq.

As cláusulas constitucionais de agora, em razão de seu caráter aberto e conteúdo principiológico exigem interpretação para além das amarrações dos métodos clássicos de interpretação<sup>120</sup>. Efetividade da norma constitucional reside agora na capacidade de ver o caso concreto a partir da lente constitucional, buscando em sua estrutura principiológica a melhor adequação ao problema a ser enfrentado.<sup>121</sup>

Este verdadeiro avanço na interpretação constitucional, na visão do autor se deu em razão de três mudanças exitosas propiciadas pelo constituinte de 1988, quanto ao paradigma na teoria e na prática do direito constitucional brasileiro: normatividade; cientificidade; judicialidade.

Para realizar este objetivo, o movimento pela efetividade moveu, com sucesso, três mudanças de paradigma na teoria e na prática do direito constitucional no país. No plano jurídico, atribuiu normatividade plena à Constituição, que passou a ter aplicabilidade direta e imediata, tornando-se fonte de direitos e obrigações. Do ponto de vista científico ou dogmático, reconheceu ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, estremando-o do discurso puramente político ou sociológico. E, por fim, sob o aspecto institucional, contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, dando-lhe um papel mais destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais.<sup>122</sup>

Este movimento pela efetividade constitucional, impulsionado pelo que o autor denomina de positivismo constitucional, fez com que Constituição deixasse de ser mera miragem. A preocupação com o efetivo cumprimento da norma constitucional passou a integrar naturalmente, na visão do autor, a vivência jurídica brasileira no pós-1988.<sup>123</sup> Trata-se de compromisso com sua realização.

O interprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não auto-aplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador.<sup>124</sup>

<sup>120</sup> O autor classifica como métodos clássicos de interpretação o método de subsunção que se resume no processo silogístico de submeter o fato à norma, onde a sentença é uma conclusão lógica desse rito. Ainda por método clássico o autor destaca o uso tradicional da hermenêutica gramatical, histórica, sistemática e teleológica.

<sup>121</sup> Op. cit. 28.

<sup>122</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2006. p. 295-296.

<sup>123</sup> Et. seq.

<sup>124</sup> BARROSO, Luis Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. Revista da EMERJ, v. 6, n.23, 2003. Disponível em:

Na compreensão do autor, efetividade significa, assim, realização do direito, desempenho concreto de sua função social, materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais.<sup>125</sup> Está além do conceito de eficácia jurídica, ou seja, da aptidão formal de produzir algum resultado<sup>126</sup>. Efetividade das normas resulta do seu cumprimento espontâneo. O fato real de ela ser aplicada e observada. Simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social<sup>127</sup>.

### III – Direitos Sociais e sua Efetivação no Brasil Contemporâneo

#### 3.1. A correlação: direitos fundamentais-sociais e custeio

O processo de tomada de decisão para construção de políticas públicas sociais exige do poder estatal enfrentamento de inúmeras questões que, dada à sua imbricação econômica, deve ser sopesado de modo a viabilizar ações afirmativas que possibilitem real efetividade de direitos sociais aos cidadãos.

Especificamente, políticas públicas voltadas para seguridade social desempenham papel de destaque dentre o rol de garantias fundamentais constantes da proposta constitucional brasileira. O método de criação e manutenção dessas políticas aflora ainda mais a necessidade de se pensar o Direito como sistema autônomo que possa transcender arrochos financeiros e a alta volatilidade do cenário econômico mundial, de modo a proteger o cidadão das recorrentes ineficiências na gestão pública.

É inegável a tensão existente entre formalismo da letra da lei e legitimidade social da decisão jurídica. Necessário, então, que exista algo a intermediar essas duas forças, possibilitando coexistência que viabilize propósitos de uma política de proteção social ao cidadão nos momentos em que isto seja imprescindível à sua sobrevivência.

---

[www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista23/revista23\\_25.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf). Acesso em 12.01.2014. p. 32-33.

<sup>125</sup> Op. cit. p. 82-83

<sup>126</sup> Et. seq.

<sup>127</sup> Op. cit. p. 290.

Para alguns é a argumentação que propicia tal mediação, como expõe Rafael Simioni:

A argumentação jurídica possibilita um certo equilíbrio entre a correção na aplicação do direito e a legitimidade social da decisão. A argumentação abre a decisão jurídica para outros valores transpositivos da sociedade. Ela permite introduzir na decisão valores de justificação que estão além dos textos legais. Oportuniza uma sensibilidade da decisão a outros valores sociais importantes. A argumentação possibilita inclusive ultrapassar a referência aos textos legais do passado – a lei deve ser sempre anterior ao fato – para encontrar justificativas também no futuro das prováveis conseqüências da decisão.<sup>128</sup>

Dentre os valores sociais que a decisão jurídica deve enxergar, interessa-nos, neste estudo, aquele que toca a relação entre princípios constitucionais voltados para os direitos fundamentais e concretude desse comando constitucional na realidade de vida do cidadão<sup>129</sup>.

Para tanto, faz-se essencial olhar mais apurado acerca da correlação entre os direitos e seu custeio.

É possível afirmar que o modelo de seguridade social<sup>130</sup> existente atualmente no Brasil teve suas origens intimamente atreladas à busca de um *Estado de bem estar*, assim, sua existência se justifica para produzir condições reais e fáticas indispensáveis ao exercício dos direitos fundamentais nela contidos.

Não há para tanto, outro caminho senão reconhecer o estado de dependência do indivíduo em relação às prestações do Estado e fazer com que este último

---

<sup>128</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **O que a decisão jurídica observa? Contribuições da teoria dos sistemas de NiklasLuhmann às teorias pós-positivistas da decisão jurídica.** In *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea / organizador Germano Schwartz*. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2012. p. 85.

<sup>129</sup> Das concepções teóricas classificadas como pós-positivistas, a corrente substancialista, com ênfase no pensamento de Ronald Dworkin, por exemplo, pode orientar a argumentação de modo a mediar a irritação entre correção formal da norma e legitimidade da decisão jurídica. O substancialismo de Dworkin pode ser emprestado como lente pela qual pode ser possível aferir o grau de comprometimento que existe ou não existe entre Constituição (seus princípios) e realidade prática, no âmbito da seguridade social, facilitando a compreensão da imagem proposta por Loewenstein acerca da constituição normativa.

<sup>130</sup> Esse sistema de seguridade social garante serviços e benefícios do Estado ao cidadão, desde seu nascimento até sua morte, a partir de contribuições especificadas em lei. É chamado por uns *WelfareState* ou Estado de *Bem-Estar* e, por outros, *Estado de Providência* ou *Estado Assistencial*, pelo qual o Estado garante ao cidadão a oportunidade de acesso gratuito a certos serviços e a prestação de benefícios mínimos para todos. FALEIROS, Vicente de Paula. **O que é política social.** São Paulo, 2006. p. 20.

cumpra com a tarefa igualitária e distributivista, sem a qual não haverá democracia nem liberdade.<sup>131</sup>

Inseridas neste cenário políticas públicas de seguridade devem, ou deveriam ter por finalidade a busca pela justiça social e o bem-estar do indivíduo, o que na prática significa proporcionar ao cidadão vida com dignidade, a fim de que ele possa assegurar-se do direito à saúde, à assistência e à previdência social e, com isto integrar-se ao processo democrático e assumir o papel de protagonista em sua própria realidade.

Foi por isso que direitos sociais foram elevados à categoria de direito fundamental, o que exige por parte do poder estatal prestações positivas para sua concretização.

A inclusão de direitos sociais, como seguridade social no conglomerado dos direitos fundamentais é característica bem evidente das constituições do século XX, cuja inspiração está ligada à dimensão social do homem – o socialismo – exigindo do Estado ações afirmativas que procurem garantir condições materiais de vida para os cidadãos.

Direitos sociais são direitos a prestações do Estado. Isto supera a idéia de direitos individuais preconizado pelo modelo do Estado Liberal, cuja lógica exigia do poder estatal tão somente sua abstenção em respeito às liberdades individuais.

Assim, a constitucionalização do direito social à seguridade coloca o tema no bojo de uma constituição que deve ser mais do que dirigista e, não apenas referenciais de intenções<sup>132</sup>, deve ser sim, efetiva, concreta, normativa.

Essa norma constitucional voltada para seu conteúdo ontológico – existencial – que a aproxima da realidade prática do cidadão propõe muito mais que programa de ação governamental para realização de políticas públicas voltadas para proteção dos cidadãos em risco social e, também para garantia de benefícios que o ajudem a alcançar melhores condições materiais de sobrevivência. Ela propõe efetividade e concretude. É um comando claro disto para seus agentes. Eis a proposta constitucional. Este é o discurso que deve permear a decisão jurídica ao se tratar de direitos fundamentais-sociais.

---

<sup>131</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 343.

<sup>132</sup>A expressão é de Eduardo Henrique Lopes Figueiredo e Liliana Lyra Jubilut. FIGUEIREDO, Eduardo H.L.; JUBILUT, Liliana Lyra. Horizontes para a epistemologia dos direitos sociais. *In. Direitos sociais em debate*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 245-246.

Neste ponto é importante criar um parêntese para que se possa compreender melhor o que, neste estudo, classifica-se como decisão jurídica. Para o propósito deste estudo o conceito de decisão jurídica vai além da concepção de decisão judicial. Neste sentido, a decisão jurídica da qual se trata aqui é gênero que engloba espécies de decisões como decisão judicial, decisão política, decisão legislativa, decisão administrativa e outras formas de decisão.

Entendido isto, é possível perceber que, muito embora no Brasil a decisão jurídica (política e legislativa) que se orientou pela busca de um Estado Providência tenha sido o esboço inicial da construção das políticas de seguridade, o que se nota é que em dado momento houve a percepção de que existem limitações econômicas que impedem a satisfação por completo das múltiplas demandas geradas por uma sociedade significativamente marcada por grandes necessidades sociais.

Obviamente, limitações econômicas aplicam-se a todas as searas de políticas públicas, uma vez que as necessidades são infinitas e os recursos escassos. No entanto, ao tratar-se de direitos fundamentais-sociais e, mais especificamente, direitos previdenciários, necessário se faz enxergar algo além na correlação existente entre tais direitos e seu custeio.

Imprescindível perceber que os imperativos constitucionais sociais não podem sujeitar-se, unicamente, à mera argumentação da escassez de recursos públicos. É fundamental demonstrar, ao menos por meio de estudos de impactos orçamentários, a inviabilidade financeira quando da negativa de algum direito previdenciário.

É claro, e não podemos deixar de frisar, que ninguém é obrigado ao impossível. A máxima já consagrada no clássico brocardo latino *ad impossibilia nemo tenetur* (ninguém pode ser obrigado a fazer o impossível) a nosso ver, para além de princípio, é imperativo fático excludente de qualquer obrigação. Todavia, não basta a mera argumentação; é preciso comprovação dessa impossibilidade fática, como bem asseverou Celso de Mello<sup>133</sup>. Do contrário, correremos o

<sup>133</sup>A citação de Ricardo Pires Calciolari faz menção à decisão do Ministro Celso de Mello sobre a constitucionalidade do veto presidencial na LDO para o ano de 2004 (Lei 10.707, de 30.07.2003). No caso em tela, o veto presidencial parcial acarretaria a supressão do § 2º do art. 55 (posteriormente reenumerado para art. 59), que tratava da aplicação mínima em ações e serviços públicos de saúde para fins da Emenda Constitucional nº 29, de 13.09.2000. Ocorre que, após o veto, a Presidência da República encaminhou ao Congresso projeto de lei que foi convertido na Lei 10.777, de 24.11.2003, que acrescentou o § 3º no art. 59 da referida LDO, mantendo a mesma redação anterior. Nesse caso concreto houve a propositura de Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental para questionar o veto presidencial, mas, antes de ser julgada, sobreveio a alteração da LDO pela Lei 10.777, retomando a dicção original. A consequência lógica seria um julgamento improcedente sem análise do mérito em virtude da perda do objeto da ação, desnecessárias delongas ou análises mais pormenorizadas. Contudo, o Ministro Celso de Mello prolatou longa decisão monocrática na qual analisa a temática. CALCIOLARI, Ricardo Pires. **O orçamento da seguridade social e a efetividade dos direitos sociais**. 1ª ed. 2ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. p. 171.

risco de ver perecer não só os direitos sociais, mas também os individuais, já que estes últimos requerem também prestações públicas para sua efetividade.<sup>134</sup>

O argumento da reserva do possível distorcido para o argumento da “reserva do financeiramente possível”<sup>135</sup> reduz o universo de debate em torno dos direitos sociais, ou melhor, na prática, encerra a questão.

É importante ponderar que o direito tem papel de protagonista no planejamento estatal no que tange a sua intervenção para efetivação dos direitos fundamentais. Aliás, nas palavras de Eros Roberto Grau<sup>136</sup> planejamento apresenta-se como meio, pelo qual os objetivos a serem atingidos são dimensionados e seus meios de consecução elencados.

É certo que o planejamento estatal é retratado em inúmeros atos jurídicos, mas devemos salientar o relevo que pretendemos dar às normas relativas às receitas e despesas públicas. A razão principal desse relevo é que, num país em que a concentração de renda e a miséria são a regra, não há como estabelecer um projeto de intervenção social baseado exclusivamente na indução de condutas pelo mercado. A participação do Estado deve ser mais intensa, principalmente se considerarmos a axiologia constitucional e os objetivos de nossa República.<sup>137</sup>

Na correlação havida entre direitos sociais e seu custeio não só o orçamento público torna-se espaço de luta, mas cada demanda judicial apresenta-se como oportunidade para o debate e para interpretações e decisões jurídicas desapegadas de limitações econômicas infundadas e, que, sobretudo, busquem solução para problemas sociais, assim como para problemas econômicos, priorizando-os na proporção estabelecida pela norma constitucional.

No propósito contido no texto constitucional de 1988, é claro o intento de reverter a regressividade e a exclusão política social brasileira, sofrida ao longo do século XX, onde a assistência social estava limitada a mero sistema local de administração de pobreza com características clientelistas.<sup>138</sup>

---

<sup>134</sup>Et.seq.

<sup>135</sup>Ib idem, p. 166.

<sup>136</sup>GRAU, Eros Roberto. **Planejamento econômico e regra jurídica**. São Paulo: RT, 1978. p. 119.

<sup>137</sup>CALIOLARI, Ricardo Pires. **O orçamento da seguridade social e a efetividade dos direitos sociais**. 1ª ed. 2ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. p. 132.

<sup>138</sup>SAVARIS, Rafaela Cassetari. A (in)efetividade da universalização nas decisões judiciais. *In* FOLMANN, Melissa. BERWANGER, Jane Lúcia Wilhelm. (coord.) **Previdência & Argumento Econômico. Repercussão nas decisões judiciais**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 212.

A Constituição da República de 1988 assegura benefícios sociais no patamar de direito universal de cidadania, tratando a questão do custeio da seguridade social para além do caráter unicamente contributivo. A norma constitucional consagrou a solidariedade como um de seus princípios, como forma de alcançar objetivos universalistas decorrentes do modelo de proteção social proposto por Beveridge.

Nesse sistema, foram assimilados objetivos universalistas inspirados no modelo de proteção social proposto por Lord Willian Beveridge para o II pós-guerra inglês. A proposta contida no Relatório de Beveridge previa que, além de um eixo contributivo previdenciário, o Estado também provesse benefícios mínimos financiados por meio de tributos, para evitar que determinadas parcelas da sociedade, em razão da falta de recursos materiais para contribuir para um seguro social, ficassem sem provisão para suas necessidades em situações de adversidades.

O modelo securatório beveridgiano consagrado pela Constituição brasileira, no *caput* do seu artigo 194, estabelece em suas bases conceito de seguridade social para além da visão bismarkiana<sup>139</sup>, dando à estrutura do seguro público nacional maior amplitude, englobando no conceito de seguridade social, saúde, previdência, assistência social.

Neste contexto, seguridade social tem papel de garantir robusta e complexa estrutura de proteção social, onde saúde e assistência social são custeadas com recursos arrecadados pela previdência social, que representa fonte arrecadadora única do sistema de seguridade brasileiro.

A Constituição Cidadã trouxe em seu texto, a estrutura ideal de Estado Social. Conforme previsão Constitucional a Seguridade Social é um conceito amplo que engloba a Previdência Social, a Assistência Social e a Saúde (art. 194, *caput* da CF/88). Importante não confundir os conceitos e objetivos de cada uma delas. Observe-se também, que somente a Previdência Social é fonte de arrecadação tributária, ou seja, é a única das três que arrecada valores para a Seguridade Social, enquanto a Assistência e a Saúde apenas dispendem tais verbas.

A Seguridade Social tem como principal objetivo a manutenção de um sistema de proteção social. Compete ao Poder Público, nos

<sup>139</sup> A denominação faz referência ao sistema de seguro social implantado na Alemanha nos anos de 1883-1889, por Otto Von Bismarck (chanceler do império alemão de 1871 a 1890), cuja característica abarcava uma concepção *laboralista/mutualista*, ou seja, vinculada ao exercício profissional e ao pertencimento a uma determinada categoria profissional. Voltava-se, assim, exclusivamente para a proteção das classes trabalhadoras, operando através do pagamento prévio de cotizações ou contribuições, feito pelas pessoas protegidas ou em seu nome. SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. A seguridade social como direito fundamental material (ou a seguridade social como parte inerente à constituição). In FOLMANN, Melissa. FERRARO, Suzani Andrade (coords.). **Previdência: entre o direito social e a repercussão econômica no século XXI**. 1ª ed., 2ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011. p. 299.

termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: I – universalidade da cobertura e do atendimento; II – uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; III – seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; IV – irredutibilidade do valor dos benefícios; V – equidade na forma de participação no custeio; VI – diversidade da base de financiamento; VII – caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite (e não tripartite), com participação dos trabalhadores, dos empregados, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados (CF/88, art. 194 incisos e parágrafos).<sup>140</sup>

Com tal responsabilidade – garantir proteção social na sua universalidade –, custeio não pode ser relegado ao segundo plano. Não é isso que se quer fazer compreender aqui.

O que é fundamental compreender é que existe uma relação co-originária entre o direito fundamental à previdência e seu custeio. Para tanto, necessário se faz que se estabeleçam meios para a concretização do direito à previdência em sua plenitude.

Necessário perceber que o comando constitucional instituído pelo legislador constituinte é mais que diretriz, mas sim, decreto claro e formal para o legislador ordinário, para o executor da lei (poder executivo) e seu aplicador (poder judiciário), no sentido de que se produzam meios para garantir efetividade aos direitos sociais.

Neste sentido, é o custo do sistema que deve ser adequado às demandas sociais, não o contrário.

Assim, ao se admitir que direitos sociais estejam escravamente e unicamente condicionados às teses pouco aprofundadas que pregam a prevalência da austeridade econômica, do equilíbrio atuarial e financeiro do sistema securitário público, a precedência de custeio, dentre outras, estar-se-á admitindo o cinismo da constituição que ousou romper com essa lógica.

Torna-se necessário desmistificar o discurso que propala a existência de um “fantasma da quebra da previdência” que tem limitado a consecução efetiva dos direitos sociais no Brasil. Antes, porém, necessário identificar esse discurso, fazendo contraponto para reflexão. É o que se propõe no tópico seguinte.

### 3.2 O discurso de eficácia econômica para a limitação de direitos

<sup>140</sup>FERNANDES, Ana Paula. *Previdência Social no Brasil: do liberalismo ao Estado Social – desafios atuais*. In BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm (coord.). **Previdência social nos 90 anos da lei Eloy Chaves**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 107.

A percepção que temos no Brasil é a de que, em histórico recente o discurso contido nas decisões jurídicas envolvendo questões previdenciárias, demonstra gradualmente influência do clima de suposta<sup>141</sup> crise econômica global, sendo capaz de ferir de morte o sistema previdenciário nacional, fato que visivelmente tem influenciado gestores, legisladores e o juízes previdenciários levando-os, em grande parte dos casos a fundamentarem suas decisões, descomprometidos com a verdade e atreladas a argumentos unicamente consequencialistas, que minimizam a possibilidade de efetivação de direitos fundamentais sociais, frustrando a busca pela constituição verdadeiramente normativa capaz de produzir mudanças sociais.

Condicionadas a tais discursos, a implantação das chamadas reformas previdenciárias no Brasil, a partir de 1998<sup>142</sup> retrata a adoção, por parte do Estado brasileiro, de medidas restritivas embasadas em limitações financeiras e orçamentárias que impressionam o aplicador do direito, de forma a induzi-lo a decidir assombrado pelo fantasma da quebra da previdência. Essa “assombração”, da qual muitos falam, mas, ninguém “viu” concretamente, aponta para suposto desequilíbrio financeiro e orçamentário, colocando o jurisdicionado refém de uma lógica onde o juiz é convencido a submeter o fato à norma (cego silogismo), na mais rasa compreensão de positivismo jurídico. Direito passa a ser limitado pelos “problemas de caixa”.

Inserido nesse universo nefasto, onde direitos fundamentais são contabilizados como custos, agentes do Estado – como magistrados – cujo encargo também contempla parcela de responsabilidade para a concretização dos direitos passam a exercer seu *mister* equilibrando, em uma das mãos, os maiores objetivos de nossa República (redução das desigualdades sociais e regionais, erradicação da pobreza, promoção da dignidade humana, entre outros), e, em outra, a calculadora.

---

<sup>141</sup> Existem estudos que afirmam que a anunciada crise do sistema previdenciário é falsa. Em sua tese de doutorado, *A falsa crise do sistema de Seguridade Social no Brasil*, Denise Gentil, professora do Instituto de Economia da UFRJ, revela que os próprios dados oficiais divulgados no *website* do Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS) evidenciam uma considerável distorção entre o que é divulgado à população e o que realmente pode ser constatado por especialistas em relação ao financiamento previdenciário. Segundo a professora, existem fortes interesses econômicos empenhados em propagar a idéia de que há um déficit crônico na Previdência que, concretamente, não existe. Disponível em: [http://www.adur-rj.org.br/5com/pop-up/falsa\\_crise\\_previdencia.htm](http://www.adur-rj.org.br/5com/pop-up/falsa_crise_previdencia.htm). Data de acesso: 17.01.2013.

<sup>142</sup> Emenda Constitucional nº 20, de 16 de dezembro de 1998; Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003; Emenda Constitucional nº 47, de 05 de julho de 2005.

O aumento das demandas sociais, há anos represadas, imediatamente após a promulgação da Carta Republicana de 1988, que, ao menos formalmente, propiciava ambiente favorável à sua minimização, foram obrigadas a conviver com o discurso da debilitação do Estado.

O sentimento propalado é o de que a Constituição de 1988 teria sido por demais cidadã, agigantando-se, e, por isso, se justificaria uma intervenção nos gastos públicos, na busca pela retomada do desenvolvimento e pelo equilíbrio econômico. Para tanto, era preciso reduzir o tamanho do aparato estatal, diminuindo o âmbito de suas atividades, o que importaria na intitulada “flexibilização” de direitos sociais.

Segundo Marco Aurélio Serau Júnior, a nova era do liberalismo, que pregava um novo tempo de austeridade econômica, a fim de combater as possíveis ineficiências do Estado de Bem-Estar Social (que se tornava maior a cada dia), se propagou pelo mundo nas décadas de 1980 e 1990, durante os governos de Thatcher e Reagan, respectivamente na Inglaterra e nos Estados Unidos.<sup>143</sup>

No âmbito social, particularmente, as alterações legislativas tenderam à chamada “flexibilização” dos direitos sociais como um todo, e dos previdenciários e trabalhistas em particular (congelamentos e reduções salariais; majoração das jornadas laborais; aumento do número e tipo de doenças profissionais, em geral ligadas aos aspectos emocionais; redução do valor das aposentadorias e aumento da idade mínima para jubilação; incentivo à adoção de sistemas complementares e privados de saúde e previdência etc.), o que somamos ao enfraquecimento dos sindicatos (quando não restaram pura e simplesmente cooptados), tendências geralmente atreladas a teorias sistêmicas que propugnam a superioridade do econômico sobre o jurídico (AZEVEDO, 1999, p. 107-118; a respeito da desconstrução do Estado Social no Brasil, a partir das reformas constitucionais: PIOVESAN, 2003, p. 334-335).<sup>144</sup>

Tal discurso irradiador da superioridade do econômico sobre o jurídico ganha força extraordinária em momentos de crise, sobretudo, quando alimentados pelo “poder argumentativo” das agências financeiras internacionais, como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial.

Segundo estudos divulgados pela Associação Nacional de Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil – ANFIP, em 2012, ainda foram graves os efeitos da crise que se iniciou em 2008. Aos inúmeros problemas econômicos causados pelas

---

<sup>143</sup>SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio. **Economia e Seguridade Social. Análise Econômica do Direito – Seguridade Social**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 30.

<sup>144</sup>Et. seq.

políticas de liberalização dos mercados, principalmente os financeiros, somam-se muitas questões sociais, como desemprego crescente – nos países mais afetados pela falta de postos de trabalho, Espanha e Grécia, a taxa chega a 27% -, perda de direitos, subtração de garantias e precarização dos serviços públicos<sup>145</sup>.

A opção desses governos, sob a direção dos organismos multilaterais, é assegurar mais e mais recursos públicos para os credores financeiros. Ao invés de incentivar o crescimento nesses países para a superação da crise, o Banco Central Europeu distribui centenas de bilhões de euros para que os governos endividados possam continuar honrando seus compromissos com a banca privada e, também, entregou mais de um trilhão de euros diretamente aos bancos, reforçando os seus ganhos especulativos.<sup>146</sup>

A busca pela eficiência econômica desenvolvimentista, nos moldes propostos pelo pensamento neoliberal, faz com que se passe a pensar a partir dos meios, sem que se atente para o fato de que eficiência é diferente de efetividade. É a efetividade que nos remete à finalidade.

Esta forma de pensar gera vítimas de um Estado Social imaginário, que, na opinião de Alexandre Morais da Rosa<sup>147</sup>, não chegou a existir e que já está sendo desconstruído, pelo discurso neoliberal, que coloca eficiência como finalidade do jurídico. Neste sistema Direito está a serviço da Economia. Não se trata de um cotejo entre os campos – econômico e jurídico (o que é além de necessário, intransponível) – mas na prevalência do econômico sobre o jurídico.

Aliadas à onda reformista neoliberal e, igualmente influenciadas pelo processo de mundialização da economia, as decisões judiciais em matéria previdenciária seguem o curso traçado pela mesma tônica. Afinal de contas, qual juiz, ao prolatar uma decisão previdenciária, gostaria de abrir precedente que pudesse ser responsável pela quebra da seguridade nacional?

O raciocínio contido na decisão jurídica, que fundamenta a negativa à concessão de direitos previdenciários, contaminada pela sensação de fragilidade do seguro público, parte de um emaranhado de regras que orientam uma estratégia de

<sup>145</sup> Associação Nacional dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil e Fundação ANFIP de Estudos da Seguridade Social. **Análise da Seguridade Social 2012**. Brasília: ANFIP, 2013. p. 11.

<sup>146</sup> Et. seq.

<sup>147</sup> ROSA, Alexandre Morais da. O Juiz Veste Prada?: o sentido da deriva hermenêutica no pós CR/88. In **Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial**. COUTINHO, Jacinto Miranda. FRAGALE, Roberto. LOBÃO, Ronaldo. (orgs.) - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 25-31

governo – uma política pública – que precisa ser sustentada, garantida, conduzida de forma a não falir.

O atual momento histórico vivido no Brasil, a exemplo de inúmeros outros países do mundo, tem sido significativamente marcado pelo clima de crise econômica, cujo reflexo impacta no modo com que os nossos tribunais orientam suas decisões acerca de políticas públicas envolvendo seguridade social.

Existe certo e equivocado consenso geral acerca da fragilidade do sistema previdenciário nacional, alimentado, sobretudo, pelas alarmantes manchetes jornalísticas<sup>148</sup>, que impregnam a informação com meias verdades, dando ao assunto ares caóticos.

Entretanto, necessário se faz desmistificar o tema, inclusive porque, ao agente do Estado cujo papel é realizar o direito torna-se exigível que supere suas certezas embasadas em fontes questionáveis e busque, além disso, a verdade.

Aliás, diferenciação entre verdade e certeza é algo que deveria permear sempre as decisões jurídicas. A verdade é objetiva e determinada pela realidade dos fatos que se fala, já a certeza é *status* subjetivo, dizendo respeito à psicologia daquele que fala, correspondendo ao seu grau de convencimento<sup>149</sup>.

Sobre a questão da verdade e certeza Michele Taruffo afirma:

Não se trata, contudo, somente de impropriedades lingüísticas, sobre as quais não valeria a pena debruçar-se mais longamente. O problema é muito mais sério, derivando do fato de que teorias difundidas sobre como o juiz deveria embasar seu juízo sobre os fatos ancoram-se em noções genéricas de certeza, de qualquer modo embebidas de subjetivismo. (...) O mínimo a pedir é que o juiz evite decidir de modo superficial.<sup>150</sup>

Esse é o norte. Em sintonia com os comandos constitucionais principiológicos que determinam o agir do agente do Estado de maneira a dar ao texto constitucional máxima efetividade, ao juiz cabe libertar-se do consenso geral construído sobre equívocos e falsas verdades, buscando na aplicação de sua decisão, verdade real.

<sup>148</sup> Veja-se, por exemplo, a manchete da Folha de São Paulo, publicada em 02.06.2013: **Déficit da previdência vai crescer 20 vezes até 2015, diz estudo.** <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2013/06/1288180-deficit-da-previdencia-vai-crescer-mais-de-20-vezes-ate-2050-diz-estudo.shtml>. Acesso em 28.01.2014.

<sup>149</sup> TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos.** Trad. Vitor de Paula Ramos. Marcial Pons. São Paulo. 2012. p. 108.

<sup>150</sup> Op. cit. p. 110.

Segundo Fábio Zambitte Ibrahim, amparado em pesquisa realizada pela Fundação ANFIP de Estudos da Seguridade Social<sup>151</sup>, o modelo brasileiro de proteção social, possui atualmente, receita suficiente para fazer frente às suas despesas, sendo equivocada a alegação de déficit previdenciário.

Em 2009, as receitas de contribuições sociais para a seguridade social totalizaram R\$ 392,3 bilhões, enquanto as despesas foram de R\$ 359,7 bilhões. Deste montante, o maior gasto foi em relação aos benefícios previdenciários, que totalizaram R\$ 223,8 bilhões. Mesmo que se avalie somente o subsistema previdenciário da seguridade social brasileira, afastando-se da contabilidade os benefícios verdadeiramente assistenciais aí incluídos e as renúncias fiscais atuais, é certo que o modelo seria, hoje, superavitário.<sup>152</sup>

Alheias às verdades<sup>153</sup> reais sobre o tema, as decisões, em sua grande maioria parecem indicar claramente a intenção de preservação dos sistemas de governo (e não preservação de direitos), sendo possível identificar raciocínio tão somente direcionado às conseqüências econômicas das decisões, prestigiando, maximamente, o efeito da atual conjuntura econômica em detrimento dos direitos fundamentais-sociais.

Contra-pondo-se a isso, a chamada *tese dos direitos* dá conta de que a decisão judicial deve ser orientada por princípios, não por políticas<sup>154</sup>, pois, na medida em que as decisões sejam condicionadas a questões outras que não o Direito, a política deixa de ser argumento para a decisão e passa a ser finalidade da jurisdição, o que limita a efetivação de qualquer espécie de direitos.

Os princípios são deontológicos e “governam” a Constituição, o regime e a ordem jurídica. Não são (os princípios) apenas a lei, mas o Direito em toda sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência. Os princípios medem-se normativamente, e a importância vital que assumem para os ordenamentos jurídicos torna-se cada vez mais evidente, sobretudo se lhes examinarmos a

<sup>151</sup> A base de dados da pesquisa encontra-se disponível em [http://www.anfip.org.br/publicacoes/20130619071325\\_Analise-da-Seguridade-Social-2012\\_19-06-2013\\_Analise-Seguridade-2012-20130613-16h.pdf](http://www.anfip.org.br/publicacoes/20130619071325_Analise-da-Seguridade-Social-2012_19-06-2013_Analise-Seguridade-2012-20130613-16h.pdf). Acesso em 28.01.2014

<sup>152</sup> IBRAHIM, Fábio Zambitte. **A previdência social no estado contemporâneo: fundamentos, financiamento e regulação**. Niterói: Impetus, 2011. p. 169.

<sup>153</sup> Segundo o autor italiano Michele Taruffo, substancialmente, é a realidade que determina a veracidade ou a falsidade das narrativas que a descrevem. Entretanto, verdade é condição de funcionalidade de toda sociedade. A mentira, assim, violaria a própria garantia da liberdade de autodeterminação do indivíduo, pois, nega-lhe o conhecimento da verdade ao realizar escolhas. Para o autor italiano o mesmo vale para o direito, onde a função normativa das regras jurídicas pressupõe a verdade. Caso contrário, as normas jurídicas perderiam sua função de regulamentação de condutas e proteção de bens jurídicos. TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos**. Trad. Vitor de Paula Ramos. Marcial Pons. São Paulo. 2012. Cap. III. Passim.

<sup>154</sup> DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3ª ed. WMF Martins Fontes. São Paulo. 2010. p. 132.

função e a presença no corpo das Constituições contemporâneas, onde aparecem como os pontos de mais alto destaque e prestígio com que fundamentar na Hermenêutica dos tribunais a legitimidade dos preceitos da ordem constitucional.<sup>155</sup>

A proposta da busca pela máxima efetivação dos direitos fundamentais, como objetivo maior do comando constitucional, exige do magistrado previdenciário (aqui especificamente) que, no percurso da prolação da decisão, compreenda a proposta principiológica contida na Constituição.

Esse entendimento é fundamental para a integridade do Direito, pois demonstra que os princípios são base de aplicação da norma e não forma subsidiária, como se viessem apenas para preencher lacunas. Esta integridade faz com que as mudanças e rupturas que se colocam devam, necessariamente, estar vinculadas a uma linha histórica coerente.

Trata-se de compreensão filosófica, ou melhor, hermenêutica-filosófica, como sintetizado nas palavras de Lenio Streck:

A hermenêutica filosófica, com aportes da teoria integrativa de Dworkin, representa, nesse contexto pós-metafísico e pós-positivista, uma blindagem contra interpretações deslegitimadoras e despistadoras do conteúdo que sustenta o domínio normativo dos textos constitucionais. Trata-se de substituir qualquer pretensão solipsista pelas condições histórico-concretas, sempre lembrando, nesse contexto, a questão da tradição, da coerência e da integridade, para bem poder inserir a problemática na superação do esquema sujeito-objeto pela hermenêutica jurídico-filosófica.<sup>156</sup>

A tese da integridade preconizada por Dworkin<sup>157</sup> pode ser relacionada com a imagem esboçada por Loewenstein, na medida em que apresenta alternativa ao convencionalismo de Hart<sup>158</sup> que acredita que o Direito está nas convenções políticas como as leis e os precedentes dentre outros institutos.

<sup>155</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10 ed. ver. atual. e ampl. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2011. p. 312.

<sup>156</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4ª ed. Saraiva. São Paulo. 2011. p. 589.

<sup>157</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. Martins Fontes. São Paulo. 2007.

<sup>158</sup> O filósofo inglês Herbert Hart é precursor da teoria convencionalista. Segundo esta doutrina, o direito está ligado às convenções sociais, de modo que todo direito está assentado nas decisões políticas anteriores e os juízes devem, portanto, obrigatoriamente segui-las. Contudo, diferente das teorias semânticas, não quer dizer que o juiz não possa superar os paradigmas quando não haja precedente anterior quando for julgar determinado caso. Nessas situações não existe o direito, o direito é criado e aplicado de forma retroativa de acordo com uma decisão discricionária do juiz laçando mão de argumentos extrajurídicos. Como o juiz deve se eximir de decidir de acordo com suas convicções morais e políticas, deverá buscar a regra que teria pensado o legislador entendido como legítimo nas convenções sociais. Um problema, quanto a esta concepção é a dificuldade de

É também alternativa ao pragmatismo defendido por Posner<sup>159</sup>, onde o mais importante no Direito está no poder de evitar más conseqüências para o futuro, exigindo que o direito seja dinâmico, atualizado e o mais próximo possível da realidade.

A relação aqui identificada entre a classificação ontológica realizada por Karl Loewentein, sobretudo, naquilo que toca à idealização da constituição normativa, e, a construção teórica de Ronald Dworkin quanto à efetividade das garantias fundamentais aplicada ao universo das políticas públicas de seguridade social, parece estar lastreada na busca por equilíbrio entre a segurança do convencionalismo (aquilo que a lei estabelece como direito) e a realidade do pragmatismo (aquilo que a economia coloca como limitação), ou melhor, entre o compromisso firmado pela lei e realidade prática.

A superação dos argumentos unicamente econômicos impõe compreensão, a partir da perspectiva de que implementação de direitos fundamentais-sociais afigure-se como condição de possibilidade da validade da própria Constituição, naquilo que ela representa de elo conteudístico que une política e direito.<sup>160</sup>

Parece não restar dúvida de que as teorias materiais da Constituição reforçam a Constituição como norma (força normativa), ao evidenciarem o seu conteúdo compromissório a partir da concepção dos direitos fundamentais-sociais a serem concretizados (...).<sup>161</sup>

Efetividade dos direitos fundamentais, mais especificamente os sociais, está visceralmente conectada àquilo que a Constituição do Brasil tem de mais substancial: os princípios que devem nortear as ações do aparato estatal –

---

sua aplicação na prática, uma vez que nenhum juiz está complementemente alheio à realidade que lhe cerca. Ademais, os juízes adeptos do convencionalismo não tomariam uma decisão que pudesse alterar convenções, porque daí surgiria uma regra diferente, o que limita sua atividade jurisdicional e de interpretação do direito em face das sempre cambiantes estruturas sociais. MAGALHÃES, Breno Baía. **A concepção de direito em Hart e Dworkin: análise do atual estágio da discussão entre os autores e impactos na jurisprudência nacional.** Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

<sup>159</sup> O juiz norte americano Richard Posner é considerado o arauto da teoria econômica do Direito e defensor do pragmatismo que se trata, em sua essência, de uma concepção cética, porque nega que as decisões políticas do passado ofereçam justificativas suficientes e plausíveis ao uso da força coercitiva do Estado em determinado momento. Sua fundamentação, portanto, está na justiça ou em outros valores importantes que serão utilizáveis para o progresso da sociedade. Os juízes, por sua vez, são livres para escolher a regra que vão utilizar no caso em questão. Da mesma forma que o convencionalismo, o pragmatismo falha em trazer o direito a sua melhor luz. MAGALHÃES, Breno Baía. **A concepção de direito em Hart e Dworkin: análise do atual estágio da discussão entre os autores e impactos na jurisprudência nacional.** Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

<sup>160</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** 4ª ed. Saraiva. São Paulo. 2011. p. 81/82.

<sup>161</sup> Et seq.

executivo, legislativo e judiciário. Este é o prisma capaz de possibilitar uma visão em busca da concretude da norma constitucional.

Entretanto, o que se verifica atualmente no Brasil é a desconexão entre decisões judiciais e compromisso com a concretização dos direitos fundamentais-sociais, especialmente, em matéria previdenciária. É o que se trata abaixo com a “questão da precarização e da restrição de direitos”.

### 3.3. A questão da precarização e da restrição de direitos

Trazer questões da vida prática para os estudos teóricos é maneira atrativa de aclarar a relevância de se entender o direito como sistema que deve preservar-se íntegro. Assim, seria interessante analisar questões que têm sido terrenos férteis para debates em torno das limitações de garantias constitucionais em virtude do discurso de eficácia econômica.

O ônus dos benefícios previdenciários tem se tornado cada vez mais penoso para os governos, o que aumenta a preocupação com os impactos econômicos das políticas públicas sociais, a ponto de se constatarem reformas previdenciárias bastante redutoras de direitos.

Fundada no primado do mercado (ensino, previdência e planos de saúde privados, privatizações de empresas públicas, delegações de serviços públicos), a hegemonia neoliberal expressa o discurso ideológico de equilíbrio fiscal e rigoroso controle de gastos públicos, buscando a expansão do espaço de livre exploração econômica pela iniciativa privada e um ambiente institucional propício a assegurar o retorno do capital investido.

Essa hegemonia propicia a emergência de uma atmosfera de austeridade robustecida pelo discurso da crise orçamentária da Previdência Social e, pela via jurídico-constitucional do princípio do equilíbrio financeiro atuarial, eleva o princípio da eficiência econômica a valor fundamental, exigindo reformas legislativas tendentes a assegurar formalmente a sustentabilidade deste sistema de proteção social.<sup>162</sup>

Um exemplo emblemático sobre a questão é o debatido fator previdenciário previsto no § 11, do artigo 32 do Decreto 3.048/99. Criado no ano de 1999, durante o governo do então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, o fator previdenciário é um fator multiplicativo aplicado ao valor dos benefícios

---

<sup>162</sup> SAVARIS, José Antonio. **Uma teoria da decisão judicial da Previdência Social: Contributo para superação da prática utilitarista**. Florianópolis. Conceito Editorial, 2011. p. 121-122.

previdenciários que leva em consideração tempo de contribuição, idade do segurado e sua expectativa de vida. O resultado da multiplicação invariavelmente ocasiona perda no valor dos benefícios previdenciários, quando comparados ao último salário de contribuição do segurado.

A aplicação dos cálculos, associada à revisão anual feita pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) acerca da expectativa de vida dos brasileiros, que, diga-se está em franca ascensão, causa aumento contínuo da idade mínima necessária para a obtenção do valor integral para as aposentadorias, resultando em redução do valor dos benefícios, deixando claro que não há outra justificativa para este mecanismo senão desestimular aposentadorias consideradas precoces.

Aqui o propósito é claro: fazer com que o cidadão trabalhe mais, contribuindo mais para com o sistema previdenciário em busca de um provento de aposentadoria mais próximo das necessidades de vida digna. Assim, trabalhando mais, aposentar-se-á mais perto da data de seu falecimento. Aproveitará, portanto, menos possível os frutos de sua aposentadoria. Entretanto, fortalecerá significativamente os cofres do sistema de previdência.

O que se tenta evidenciar aqui é que o processo de tomada de decisão para as questões envolvendo seguridade social, especialmente a previdenciária é pensada a partir da premissa de sustentabilidade do sistema. É premissa exclusivamente econômica, embasada em cálculos matemáticos que ignoram direitos fundamentais. Neste universo o direito sofre diretamente os impactos de outros sistemas. Percebam que a regra instituidora do fator previdenciário introduziu fórmula para cálculo de aposentadoria que não permite ao segurado conhecer antecipadamente sua situação porque a expectativa de sobrevida do brasileiro, anualmente calculada pelo IBGE é variável. A proposta agride claramente o direito adquirido, sem falar nos de segurança jurídica e segurança social.

Os princípios que norteiam ou, ao menos deveriam nortear, direitos fundamentais ficam em segundo plano e reféns de regras que traduzem objetivos de governo. O direito então parece ter sido transformado em instrumento de realização de projetos de governo, como a manutenção do sistema previdenciário nacional nos moldes atuais.

A Secretaria de Políticas de Previdência Social do Ministério da Previdência Social editou em 2007 a coleção Previdência Social, apresentando no volume 23 o

trabalho de Carmelo Mesa-Lago, com o pretensioso título: *As reformas de previdência na América Latina e seus impactos nos princípios de seguridade social*<sup>163</sup>. O título reflete a dura realidade do pensamento governamental e a flagrante desinformação de seus agentes, na medida em que concebem haver mudanças em princípios de seguridade social a partir de alterações de regras legais.

O direito não pode ser reduzido a isto.

Mas obviamente o direito não pode ser reduzido a uma forma de institucionalização de programas estratégicos dos governos. Das organizações ou da eficiência econômica ou ainda dos padrões de moralidade comunitária. O direito é frágil e precisa ser cuidado em sua autonomia para não se perder nesse *continuum* material com as expectativas de todos os setores e dimensões normativas da sociedade contemporânea. Por isso, se não podemos conceber o direito isolado e fechado em uma autonomia formal no estilo do normativismo kelseniano, completamente alienado das demais expectativas sociais implicadas nos casos práticos, também não podemos simplesmente apostar todas as fichas em uma concepção tão aberta da juridicidade que dilui a sua autonomia na materialidade das exigências sociais, resultando assim em uma desdiferenciação e em uma perda da identidade do direito em relação a outros contextos sociais de produção de sentido normativo.<sup>164</sup>

Os reflexos advindos deste ambiente permeado pela afirmação do econômico podem ser observados, mesmo que subliminarmente, nas razões que fundamentam as decisões judiciais. José Antonio Savaris, ao fazer reflexão em torno da dimensão histórica da atuação judicial no âmbito da aplicação dos direitos previdenciários nota que:

Os fatores políticos, sociais e econômicos têm potencialidade para, a título ilustrativo, conduzir o juiz previdenciário a perceber na norma constitucional que determina a organização da Previdência Social mediante observação de 'critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial' uma necessária busca pela eficiência econômica, um valor a ser sempre considerado na solução de controvérsias de fato ou na interpretação e na realização das normas jurídicas previdenciárias.<sup>165</sup>

<sup>163</sup> MESA-LAGO, Carmelo. **As reformas de previdência na América Latina e seus impactos nos princípios de seguridade social**. Ministério da Previdência Social. Brasília. 2007.

<sup>164</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Decisão jurídica e autonomia do Direito: a legitimidade da decisão para além do constitucionalismo e democracia**. In: **Constitucionalismo e Democracia** / Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia ... [et. aL.]; coordenadores Eduardo Henrique Lopes Figueiredo... [et. al.]. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 141.

<sup>165</sup> SAVARIS, José Antonio. **Uma teoria da decisão judicial da Previdência Social: Contributo para superação da prática utilitarista**. Florianópolis. Conceito Editorial, 2011. p. 147.

Para o autor quando examinadas criticamente as principais decisões do Supremo Tribunal Federal<sup>166</sup> em matéria previdenciária pressupõem a compreensão de que elas são forjadas em um específico momento histórico de desafio econômico e de um suposto desequilíbrio de contas, onde a argumentação jurídica é reduzidamente voltada para os impactos da decisão sobre o orçamento da seguridade social.<sup>167</sup>

Aproveitando o exemplo de Savaris quanto ao tema, tem-se que uma das principais questões previdenciárias já apreciadas pelo Judiciário nos orienta, com todas as luzes, à conexão entre as decisões judiciais e o eventual risco de grave lesão à economia pública.<sup>168</sup>

Trata-se das ações coletivas propostas por associações de aposentados e pensionistas que buscavam ordem judicial provisória de reajuste das prestações previdenciárias, mediante o índice de 147%. O mérito da causa dizia respeito à inteligência do disposto nos artigos 58 e 59 do ADCT, que determinavam a equivalência salarial dos benefícios mantidos pela Previdência Social ao tempo da promulgação da Constituição que até quando da efetiva implementação dos novos Planos de Custeio e de Benefícios da Previdência Social. O Superior Tribunal de Justiça havia deliberado pela manutenção da ordem provisória – execução imediata da sentença, nos termos do artigo 130 da Lei 8.213/91, então em vigor – de reajuste de 147%, decisão que foi suspensa pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento das Suspensões de Segurança 471-9/DF e 472-7/DF, oportunidade em que foi realçada, na ementa do acórdão, ‘a possível desestabilização das finanças da Previdência Social, em detrimento de todos os trabalhadores ativos e inativos, do presente e do futuro’ (j. em 13.04.1992, DJ 04.06.1993)<sup>169</sup>.

A Suprema Corte cedeu aos argumentos puramente econômicos, nem minimamente demonstrados<sup>170</sup>, levantados pela autarquia federal – Instituto

<sup>166</sup> O autor justifica a análise das decisões proferidas pela Suprema Corte ao argumento de que após a constitucionalização do sistema de seguridade social em 1988, as principais decisões em matéria previdenciária são oferecidas por aquele Tribunal e, também pela forte influência dessas decisões sobre os demais órgãos jurisdicionais. Loc. cit.

<sup>167</sup> Et. seq.

<sup>168</sup> Et. seq.

<sup>169</sup> Et. seq.

<sup>170</sup> José Antonio Savaris chama atenção para o fato de que havia fundadas dúvidas sobre a veracidade dos números apresentados pela autarquia previdenciária. Diz que, segundo o professor Aníbal Fernandes, “Na crise dos 147%, durante o governo Collor, dizia-se que não havia dinheiro para pagar a diferença devida aos segurados. Só que no Ministério havia uma contabilidade do dia que dizia: ‘ontem nós tínhamos tanto, aplicamos tanto’, o que demonstrava que havia uma pequena fábula à disposição. A Zélia (ex-ministra Zélia Cardoso de Mello) acabou confessando no Congresso que o FMI exigia um X de reservas. E foram buscá-las no superávit da Previdência. E isso não é segredo nenhum...”. disponível em [HTTP://www.seesp.org.br/imprensa/133aposentadoria.htm](http://www.seesp.org.br/imprensa/133aposentadoria.htm). acesso em 07 jan.2009. Et. Seq.

Nacional de Seguridade Social que, ainda segundo o autor, se resumiram ao seguinte:

Senhor Presidente. Tão violento e impressionante será o impacto na economia pública, caso seja mantida a r. DECISÃO DO STJ, conduzindo irremediavelmente as já combalidas finanças da previdência a desastrosas conseqüências, e por que não dizer, à sua irremediável quebra. [...] Tal impacto por si só é capaz de produzir grave lesão à economia pública. Pela falta de dinheiro capaz de suportar tais pagamentos, vez que não houve contribuição para isto. [...] A lei maior exige a fonte de custeio total, para que seja criado ou majorado o benefício. E tal fonte de custeio não existe. A previdência social, já deficitária, NÃO POSSUI NUMERÁRIO PARA ARCAR COM A MAJORAÇÃO DE 147% DETERMINADA NA SEGURANÇA CONCEDIDA PELO EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (SSss 471-9 e 472-7, p. 6, destaques do original).<sup>171</sup>

O destaque de Savaris quanto ao exemplo reside no fato de que o Supremo Tribunal Federal olvidou argumento quanto conteúdo de direito fundamental social sustentado no caso, que deveria ser parâmetro para a decisão, uma vez que reclamava reparação judicial de lesão sofrida pelos titulares de benefícios previdenciários em razão de ilegalidade operada pela Administração Previdenciária quanto à sistemática de reajustamento determinado pela Constituição da República.<sup>172</sup>

Outro exemplo da racionalidade argumentativa econômica utilizado pela Suprema Corte Nacional que pode ser trazido à análise para este estudo, diz respeito ao julgamento da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) nº 3104/DF em setembro de 2007. A decisão do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de não reconhecer o direito de servidores públicos filiados a Regime Próprio de Previdência Social às regras transitórias estabelecidas pela Emenda Constitucional nº 20/98 e que haviam sido prejudicadas pela edição da Emenda Constitucional nº 41/03.

Naquele caso a fundamentação que sustentava a inconstitucionalidade na norma invocava afronta a valores como segurança jurídica, proteção da confiança do cidadão e boa-fé administrativa.

Segundo Savaris, ainda que a questão tenha sido solucionada na perspectiva da inexistência de direito adquirido a regime jurídico, a ponderação operada pelo Ministro Cesar Peluso, quando de seu voto, voltada às possíveis conseqüências

---

<sup>171</sup> Et. seq.

<sup>172</sup> Et. seq.

econômicas da decisão judicial, expressa linha de pensamento que permeia o raciocínio jurídico deduzido em algumas decisões da Corte Constitucional:

Mas não é só o problema da segurança jurídica, o problema, também, é avaliar o custo da viabilidade econômica de certas prestações estatais [...] [Os problemas de providência e de gerenciamento do sistema] podem aniquilar os sistemas e pôr a perder os próprios direitos reconhecidamente adquiridos. Vossa Excelência imagine uma situação de caos – não diria estar próxima ou longínqua, mas concebo hipoteticamente que ela possa um dia chegar –, em que fosse decretada a falência prática do sistema previdenciário, a ponto que o Estado já não pudesse responder pela aposentadoria daqueles que, há tanto tempo, dependem dela para sobreviver. Como fazemos?<sup>173</sup>

Veja que no caso em análise, o Ministro Cesar Peluso considerou a hipótese e, somente a hipótese (que não sabe estar longe ou perto de se realizar) de insuficiência financeira do sistema de previdência social, em detrimento do conteúdo essencial da norma constitucional – direitos fundamentais sociais, proteção social, segurança jurídica – cuja proteção e realização deveria ser operada pelo ministro enquanto agente estatal.

Os exemplos<sup>174</sup> permitem perceber que parte das decisões jurídicas, sejam elas administrativas, legislativas ou judiciais, envolvendo o tema previdência social, estão escoradas nesse discurso de austeridade, buscando a todo custo o fortalecimento do sistema de seguridade social, partindo de perspectiva econômica sequer fundamentada, que reduzem as despesas previdenciárias por meio de significativas reduções de direitos.

Para o homem comum, parafraseando Paolo Grossi, tudo isso transforma o direito numa realidade hostil, e, em todo caso, numa realidade estranha, que ele sente como enormemente distante de si e de sua vida.<sup>175</sup> Essa distância pode ser caracterizada pela insegurança causada ao cidadão que se vê vulnerável às instabilidades políticas, econômicas, sociais, morais, éticas dentre outras.

Sustentar a autonomia do direito, entretanto não significa fechar os olhos às imbricações inevitáveis das exigências socioeconômicas. Mas, é possível encontrar

<sup>173</sup> O Ministro César Peluso sustentou tal argumento quando de seu voto no julgamento da ADI 3104/DF (p. 176/177), realizado pelo Plenário do STF, em que foi relatora a Min. Carmem Lúcia, j. 26.09.2007, DJ 09.11.2007. Op. cit. p. 162.

<sup>174</sup> Para a verificação de outros exemplos de decisões judiciais no sentido debatido neste trabalho, importante remeter o leitor à compilação feita por Marco Aurélio Serau Júnior: SERAU JUNIOR, Marco Aurélio (Coord.). **Comentários à jurisprudência previdenciária do STF**. Curitiba: Juruá, 2012

<sup>175</sup> GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito**. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro. Forense. 2006. p. 2.

uma fundamentação da autonomia do direito como projeto de realização no mundo prático – para poder ser inclusive oposto a exigências sociais inadequadas do ponto de vista do direito – e ao mesmo tempo conectado às exigências sociais e ao mundo prático da experiência humana – para poder ser expressão de prática jurídica legítima em termos materiais e não só correta do ponto de vista formal.<sup>176</sup>

Essa análise permite sustentar suspeita que suscita nossa dúvida: no Brasil, em se tratando de políticas públicas de seguridade social o fundamento constituinte das garantias fundamentais-sociais, estão perdendo sua força frente discurso de eficácia econômica. Políticas públicas têm expressado objetivos de governo que não refletem necessariamente compromissos com princípios constitucionais, distanciando o propósito constitucional da realidade vivida pela nação. Neste cenário são as políticas públicas que têm servido de fundamento para o direito, condicionando sua efetividade a fatores externos como política e economia.

A autonomia do direito nas questões debatidas neste estudo é realidade ainda a ser exigida. Eis o desafio.

A integridade torna-se um ideal político quando exigimos o mesmo do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos.<sup>177</sup>

A concepção de integridade do direito pode ser caminho a ser seguido para que se possa superar a idéia de que direitos sociais são meras regras políticas<sup>178</sup>, quando na verdade devem significar muito mais. Para tanto será necessário considerar o direito em sua integridade e coerência com princípios de moralidade

---

<sup>176</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Decisão jurídica e autonomia do Direito: a legitimidade da decisão para além do constitucionalismo e democracia.** In: **Constitucionalismo e Democracia** / Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia ... [et. al.]; coordenadores Eduardo Henrique Lopes Figueiredo... [et. al.]. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 143.

<sup>177</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. Martins Fontes. São Paulo. 2007.

<sup>178</sup> PANSIERI, Flávio. **Direitos Fundamentais Sociais como categoria jurídica e sua multifuncionalidade.** In: **Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial** / Jacinto Miranda Coutinho, Roberto Fragale, Ronaldo Lobão organizadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 111. *apud* BALDASSARE, Antonio. **Los derechos sociales.** Tradução Santiago PereaLatorre. Bogotá. Universidade Externado de Colômbia, 2001, p. 33.

política, para ajustar a interpretação do direito àquilo que revela seu melhor valor, sua maior virtude.<sup>179</sup>

A superação desta visão que escraviza o direito exige que se materializem ações efetivas que busquem promoção de objetivos ou metas coletivas, cujo olhar se volte para o bem estar das pessoas, ainda que tais ações reflitam relação custo/benefício economicamente desfavorável. É preciso encontrar o caminho de um pensamento multidimensional que, logicamente, integre e desenvolva objetivos de governo (políticas públicas) e conteúdo dos princípios constitucionais. Um caminho capaz de transpor obstáculos atualmente existentes propiciando amadurecimento de fundamentos argumentativos capazes de aproximar norma constitucional de proposta real de realização de justiça, onde a finalidade das políticas públicas voltadas para seguridade social não seja mero instrumento de eficiência do desempenho fiscal, onde o direito serve à economia e só.

#### 3.4. Os desafios para a realização de uma constituição normativa: A imagem de Karl Loewenstein como metáfora face à insinceridade constitucional

As reflexões realizadas até aqui dão conta de que a Constituição brasileira tem como um de seus objetivos mais importantes a garantia, ao menos, de um mínimo social, pretendendo enfrentamento da pobreza e provimento de condições para atender às contingências sociais, bem como universalização dos direitos sociais inseridas em valor jurídico essencial – a dignidade humana.

Embora sejam inegáveis os avanços sociais conquistados pelo país nas últimas décadas, proporcionados pelo controle razoável das taxas de juros, estabilização da economia, a perceptível valorização do salário mínimo, as políticas de transferências de renda instrumentadas pelos programas sociais governamentais, dentre outros avanços, não é preciso grande esforço científico para constatar que a pretensão constitucional tem encontrado em seus próprios agentes, barreiras quase intransponíveis que impedem a perpetuação de seus objetivos mais relevantes.

A seguridade social almejada, ou melhor, determinada pelo programa constitucional tem foco em três espécies de políticas públicas, quais sejam: políticas

---

<sup>179</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Interpretação e Decisão Jurídica em Ronald Dworkin**. V Seminário da disciplina Teorias da Interpretação e da Decisão Jurídicas, do Programa de Mestrado da FDSM. Pouso Alegre. 2010. p.15.

voltadas para saúde; as que visam à assistência social; as que tratam da previdência. Cada uma delas tem características e fundamentos próprios, entretanto, todas partem de um só pressuposto, como já se destacou neste estudo: a inegável dependência do indivíduo em dado momento de sua vida, em relação ao Estado.

É certo que há uma estrutura de produção capitalista que não absorve a todos. Existe grande quantidade de pessoas que são excedentes de população<sup>180</sup> para o sistema de capital. Essas pessoas, por não conseguirem oportunidades de trabalho se marginalizam do processo produtivo, buscando a sobrevivência em subempregos.

José Antonio Savaris constata que talvez nada seja mais danoso ao projeto humanitário do direito da segurança social do que a colonização do justo e do bem pela surda mecânica dos estatutos econômicos.<sup>181</sup> Na análise econômica do direito o homem orienta-se tão somente por um único e determinante valor: a eficiência econômica. O Direito então estaria a serviço da economia, seria da mesma forma, sistema de distribuição social de recursos regido pelo princípio da maximização da riqueza.<sup>182</sup>

Certamente esta não é a proposta constitucional. A seguridade social preconizada pela Constituição da República busca atender à necessidade humana de segurança, sendo a solidariedade um de seus princípios estruturantes. A reflexão de Patrícia de Mello Sanfelice<sup>183</sup> nos ajuda:

Como é indiscutível, a Seguridade Social resulta de políticas agregadas, desta espécie estatal, qual seja, o *Welfare State*, que buscou equilibrar o contraponto histórico do liberalismo e do comunismo. Assim, nada mais justo e coerente que o princípio da solidariedade ou do solidarismo seja o seu principal pilar de sustentação. É desta forma que se manifesta a instituição da Seguridade Social, desde os seus primórdios, ainda que de forma incipiente, desenvolvendo-se tal ideal, no decurso histórico, de forma mais evidente. Mesmo que não se trate de um verdadeiro Estado de Bem-Estar, mesmo que seja forjada a essência do “Estado Providência”, as políticas sociais apresentam esta natureza, frontalmente contrária ao individualismo agregado ao Estado Liberal, observando-se que a solidariedade, neste sentido, decorre da aceitação da existência de riscos sociais, e da necessidade verificada de o Estado proteger seu elemento subjetivo (qual seja, o povo) contra os mesmos. E a Seguridade Social nada mais é do que

<sup>180</sup> FALEIROS, Vicente de Paula. **O que é política social**. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 2006, p.74.

<sup>181</sup> SAVARIS, José Antonio. **Uma Teoria da Decisão Jurídica da Previdência Social: Contributo para superação da prática utilitarista**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011, p. 105.

<sup>182</sup> Ibidem, p.105.

<sup>183</sup> SANFELICE, Patrícia de Mello. **O princípio da solidariedade** – origem, características e aplicação na seguridade social. In Revista de Direito Social. Número 7, São Paulo, 2002. p. 14.

um resultado imanente ao chamado direito de solidariedade, que traz uma nova ordem de concepções jurídicas, em resposta à decadência das concepções do individualismo jurídico para regular os problemas sociais.

É possível afirmar que o projeto constitucional brasileiro, expresso no texto da Carta Republicana de 1988, vê nas bases da economia o caminho para o desenvolvimento nacional, a possibilitar reestruturação do Estado brasileiro para conduzir transformações sociais necessárias à superação do subdesenvolvimento. É o que se vê no enunciado síntese do art. 170 da CR/88.

Trata-se de projeto programático, diretivo e que incorpora conteúdos de política econômica e também social, que, a partir da nova base interpretativa constitucional passa a ter compromisso com concretude, a partir da ação dos agentes estatais.

Um projeto político desta envergadura deve ser analisado com cautela, sem a intenção de rotulá-lo ou reduzi-lo a uma visão míope, dadas as complexidades de uma sociedade de proporções continentais e multicultural como a brasileira. O novo paradigma constitucional permite a afirmação de que a pretensão das políticas sociais não pode ser analisada isoladamente de modo a blindá-la da dura realidade prática que vivemos. Por outro lado, não deve ser a ordem econômica o sistema a determinar os avanços e garantias sociais conquistados à duras penas pela sociedade ao longo da história.

Assim, não há que se falar em sobreposição de um (Direito) sobre o outro (Economia), nem tão pouco do contrário. Aí está o desafio da norma fundamental neste novo contexto sócio-político-econômico, na promoção da coexistência necessária, vital, fundamental entre sociedade, ordem econômica e direito.

É desafiadora missão cotidiana que sempre existirá, o que exige do Estado ações de superação das conseqüências negativas oriundas desta eterna irritação entre esses sistemas.

Em síntese, o atual modelo econômico-social deste início de século XXI impõe desenvolvimento desafiador para as estruturas jurídicas pátrias, sejam elas vinculadas às atividades judiciais, legislativas ou executivas, no que tange ao tratamento das políticas públicas voltadas para seguridade social.

O que aproxima a possibilidade de construção de constituição normativa em sintonia com a proposta de Loewenstein, parte da compreensão de que, os limites

da decisão jurídica, sendo esta entendida para além da decisão judicial, mas abrangendo também decisões de governo, devem ser ampliadas a fim de superar argumentos consequencialistas, exclusivamente econômicos que impedem a efetivação do direito, neste caso a proteção social.

A Constituição Federal passa a ser a lente pela qual devem ser lidos os diversos ramos do direito<sup>184</sup>, inclusive o direito previdenciário que não suporta o enclausuramento de seus objetivos à lógica econômica.

A partir da leitura constitucional das políticas públicas sociais, do ponto de vista que destaca o conteúdo essencial da norma fundamental, aplicada previdência social, torna-se possível questionar mecanismos de limitação do direito, a exemplo do implacável fator previdenciário considerado no cálculo das aposentadorias concedidas pelo regime geral de previdência social; a agressão à preservação das regras transitórias do regime próprio dos servidores públicos; a questão das revisões das pensões por morte do Regime Geral de Previdência Social; a obrigatoriedade de contribuições para a seguridade social dos servidores públicos inativos e pensionistas, dentre outros instrumentos restritivos de direitos.

Dadas as complexidades de uma sociedade de proporções continentais e multicultural com a nossa é preciso desconectar nossos conceitos de algumas ligações de natureza, exclusivamente, lingüística-formal para que se possa enxergar que a pretensão das políticas sociais não pode ser analisada isoladamente de modo a blindá-la da dura realidade prática que em se vive no Braisl.

Torna-se, assim, necessário o enfrentamento das questões que limitam a efetividade da constituição, levando-se em conta que a lei não encerra a questão, mas é o começo de um debate que possibilitará a realização da justiça; que existem questões que são indecidíveis e, portanto, permitem (e que exigem) ao operador do direito<sup>185</sup> que chame a si a responsabilidade da decisão e, que simplificar o direito

---

<sup>184</sup>Alexandre Bahia, ao discorrer sobre o processo de constitucionalização dos diversos ramos do Direito, constata que no pós-2ª Guerra, na Europa e, no Brasil depois de 1934, todos os ramos do direito passam a ser lidos a partir da Constituição, o que provoca mudanças profundas na forma como aquele é aplicado. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Fundamentos de Teoria da Constituição: a dinâmica constitucional no Estado Democrático de Direito brasileiro**. In: **Constitucionalismo e Democracia** / Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia ... [et. aL.]; coordenadores Eduardo Henrique Lopes Figueiredo ... [et. AL.]. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

<sup>185</sup>Importante ter em mente que, para a proposta em tela, o conceito de operador do direito vai muito além da idéia que reflete a imagem do responsável pela decisão judicial (o juiz, advogado, promotor, defensor público), mas sim, quer demonstrar a figura do responsável pela decisão jurídica em sua totalidade, inclusive e principalmente, ao que se refere à decisão que envolve a aplicação de políticas públicas, programas sociais, decisões políticas e de governo dentre outras.

não colabora com a possibilidade de justiça, isto porque, a complexidade é inerente a natureza humana.

Assim, a tentativa modernista de padronizar um sistema previdenciário, aplicável a todos, generalizadamente, onde não haja espaço para que se enfrentem as peculiaridades de cada classe, setor ou núcleo, certamente está fadada ao insucesso no que se refere à possibilidade de realização da justiça. E é justamente neste cenário limitador que a prática da realização do direito – a decisão jurídica<sup>186</sup> – deve exercer seu principal papel: perseguir a realização da justiça, a fim de dar máxima efetividade ao texto constitucional, transcendendo a simples correção lógico-formal para enxergar a possibilidade de justiça em cada caso particular.

A sustentação de um sistema de previdência social que parte da idéia de solidariedade e universalidade e, ao mesmo tempo escora-se em conceitos de obrigatoriedade de filiação e contributividade desafia a superação de obstáculos, a primeira vista, intransponíveis. O caminhar para a transposição destes obstáculos propiciará amadurecimento de fundamentos argumentativos capazes de aproximar norma constitucional de proposta real de realização de justiça.

Neste exercício dinâmico e contínuo a proposta desconstrucionista de Jacques Derrida<sup>187</sup> é suspender a crença no direito, ou seja, criar movimento em que haja suspeita quanto à legitimidade da norma para que seja possível questioná-la e, assim enxergar algo além do que o texto meramente escrito. É por meio desta manobra que se pode considerar o fato de que a justiça deve sempre ser critério para diferenciar o direito da mera imposição.

É necessário abrir o diálogo ao invés de fechá-lo, aliás, este é o objetivo do conhecimento, nas palavras de Edgar Morin<sup>188</sup>, que ainda diz mais:

Estou persuadido de que um dos aspectos da crise do nosso século é o estado de barbárie das nossas idéias, o estado de pré-história da mente humana que ainda é dominada por conceitos, por teorias, por

---

<sup>186</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Decisão jurídica e autonomia do Direito: a legitimidade da decisão para além do constitucionalismo e democracia**. In: **Constitucionalismo e Democracia** / Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia ... [et. al.]; coordenadores Eduardo Henrique Lopes Figueiredo... [et. al.]. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 141.

<sup>187</sup> Jacques Derrida (1930-2004) filósofo francês, precursor da tese da desconstrução, para quem o sentido de desconstruir um texto é fazer com que a abordagem de algumas de suas palavras e expressões ponha em xeque as leituras postas do próprio texto, desconjuntando valores estabelecidos, significados unívocos e presença, reconstruindo seu significado por meio dos movimentos paradoxais da própria linguagem. NIGRO, Rachel. **O Direito da Desconstrução**. In: DUQUE-ESTRADA, Paulo Cesar. **Desconstrução e Ética**. Ecos de Jacques Derrida. Rio de Janeiro. Ed. PUC-Rio; São Paulo: Loyola, 2004, p. 94

<sup>188</sup> MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. Rio de Janeiro, Bertand Brasil, 2001. p.191.

doutrinas que ela produziu, do mesmo modo que achamos que os homens primitivos eram dominados por mitos e por magias.<sup>189</sup>

Neste cenário, torna-se essencial postura inquietante e questionadora de modo a contrapor-se retração dos avanços sociais conquistados pelos brasileiros, ao longo de muitos anos e à duras penas. É necessário conter a lógica neoliberal que persiste em empreender esforços na realização de cortes de programas sociais com vistas à redução do déficit fiscal – promoção de eficiência econômica orçamentária<sup>190</sup> em detrimento dos direitos fundamentais. O que se propõe a partir do estudo é analisar a Constituição Federal como texto articulado com a realidade social vivida no Brasil.

## Conclusão

Uma proposta conclusiva de compreensão da norma constitucional brasileira para superação de argumentos econômicos com finalidade de realização dos direitos fundamentais sociais, no âmbito da previdência social é, sabidamente, fadada à incompletude. Isto porque, é fundamental compreender que uma questão pode e deve ser enfrentada a partir de várias respostas diferentes e por meio de inúmeros pontos de vista.

Neste estudo, no entanto, o propósito não foi outro senão o de atualizar o diálogo em torno da relevância da busca pela concretização do direito fundamental-social à previdência pública como forma de promoção de vida digna – objetivo maior das normas fundamentais.

Com este norte, colocar em dia o diálogo exigiu repisar as noções elementares acerca do significado do constitucionalismo social, o processo de formação dessa idéia destacado nos contrastes entre os modelos de Estado liberal e social que dividiram os últimos séculos de nossa história, e a inserção da concepção da questão social consubstanciada em direitos prestacionais a serem assegurados pelo Estado a partir de novo marco compromissório que então surgia – o Estado Providência.

---

<sup>189</sup> Op. cit. p. 193.

<sup>190</sup> SAVARIS, José Antonio. **Uma teoria da decisão judicial da Previdência Social: Contributo para superação da prática utilitarista**. Florianópolis. Conceito Editorial, 2011. p. 128.

A transição dos pressupostos caracterizadores do modelo de Estado liberal para o modelo social, abandonando-se a idéia de um poder estatal abstencionista nas questões sociais e a recepção pelas constituições de então da denominada segunda dimensão de direitos (sócio, econômicos e culturais) ampliou as garantias constitucionais fundamentais estabelecendo nova postura por parte do Estado que passou a ser reivindicado a intervir para promover igualdade real.

Da correlação de forças entre capital e trabalho era preciso que o discurso capitalista cedesse espaço para comportar os anseios das massas proletárias, como meio de estratégia para que o desenvolvimento econômico não se estagnasse. Este fato marcou período de conquistas sociais importantes, significando, por outro lado, grande oportunidade de re-invenção do capitalismo, na medida em que melhorar condições sociais das pessoas significava, conjuntamente, criar novos consumidores, que demandariam mais produtos e serviços fortalecendo, por conseguinte, o capitalismo.

Este período estabeleceu relações intrínsecas entre avanços sociais e capitalismo, desvelando a imanência do poder estatal no conteúdo dos direitos fundamentais-sociais. A suspeita é a de que essa interdependência – capitalismo/avanços sociais – tenha gerado a idéia de que só há espaço para alargamento de direitos sociais quando houver condições econômicas favoráveis, argumento este que aqui se pretendeu colocar sob análise.

As constituições do início do século XX passam a contemplar a concepção daquilo que se denominou capitalismo social, na medida em que representavam hibridismo entre liberalismo e socialismo, mantendo as estruturas garantidoras do capitalismo como economia de mercado, estabelecendo, por outro lado, garantias sócio-econômicas-culturais próprias do *Welfare State*. Esta característica é absorvida pela constituição brasileira, claramente orientada para busca da correlação entre desenvolvimento econômico e avanços sociais, identificando nas bases da economia o vetor de viabilização de existência digna (art. 170 CR/88).

Inspirado na idéia do capitalismo social o Estado então concebe justificativa para intervir na ordem econômica, inclusive aumentando gastos públicos para garantir avanços sociais, fato que amplia consideravelmente os compromissos estatais e evidencia a existência do núcleo essencial da Constituição, onde estão contidos os direitos fundamentais-sociais. Este conteúdo essencial, intangível e inexpugnável inserido na norma fundamental, além de justificar a intervenção do

Estado em seu favor, impõe limites ao próprio Estado que se vê impedido de realizar qualquer ato, por meio de seus agentes, tendente a agredi-lo.

Estabelece-se, no modelo de Estado em que o Brasil se reconhece, a partir de sua opção pelo constitucionalismo social ao menos dois compromissos intransponíveis quanto aos direitos fundamentais-sociais: (i) o dever do Estado de *realizar* os compromissos sociais elevados à categoria de direitos essenciais à dignidade humana; (ii) o dever do Estado de *proteger* o conteúdo essencial – direitos fundamentais – contido na Norma Cume, mesmo em face dos atos de seus próprios agentes.

A partir desta constatação inserida no bojo da norma constitucional, por determinação direta do constituinte originário esses dois comandos – realizar e proteger direitos fundamentais – deixam de ser meros ideais constitucionais para transformarem-se em comandos claros e determinantes aos agentes do Estatal, sejam eles vinculados ao executivo, legislativo e judiciário, no sentido de que não lhes é oferecida alternativa, senão a de concretizar efetivamente tais comandos. Assim, quanto à proteção e realização de direitos fundamentais o agente estatal não tem escolha, é obrigado a fazer.

Tais comandos, que se traduzem na força normativa que o texto constitucional deve assumir, aplicam-se na totalidade à questão da seguridade social, especificamente à previdência social, objeto de estudo neste caso, na medida em que representa ao lado de educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, proteção à maternidade e à infância e à assistência ao desamparados, valor constitucional social essencial à dignidade humana.

Inserida neste valor constitucional, seguridade social compreende, perante a norma fundamental brasileira, ações estatais integradas com a sociedade voltadas para saúde, previdência e assistência social, reconhecendo a dependência humana individual em relação à coletividade organizada.

Especificamente, a previdência se constitui como direito social do trabalhador, organizado na forma de regime geral, aplicável a todos trabalhadores, cuja filiação é obrigatória e a contribuição também. Observando-se o equilíbrio atuarial e financeiro, tem por objetivos a proteção do trabalhador e sua família em face de riscos sociais oriundos de doença, invalidez, idade avançada, morte, maternidade, desemprego involuntário dentre outros – direitos fundamentais sociais por essência.

Representa a fonte de receita que custeia o tripé do seguro público (saúde, assistência e previdência social).

Estando intimamente ligados à capacidade contributiva dos empregadores, que por sua vez, influenciam-se diretamente pela economia de mercado, a previdência social e, conseqüentemente, os direitos fundamentais-sociais por ela amparados, sofrem significativamente os efeitos das decisões jurídicas (políticas e/ou judiciais) embasadas em argumentos consequentialistas que sustentam austeridade econômica e equilíbrio financeiro-atuarial, mesmo em detrimento de garantias constitucionais.

Assustado pelo mito de que o sistema de seguridade social é insustentável, deficitário e ruinoso o agente estatal sofre influências do discurso consequentialista passando a agir de modo a frear avanços sociais e mesmo a restringi-los, absorvendo, mesmo que inconscientemente a premissa de que o econômico se sobrepõe ao direito.

Frutos desse temor são as reformas previdenciárias com caráter evidentemente restritivo de direitos e decisões judiciais que relevam o real valor dos direitos sociais.

Agindo desta maneira, o agente estatal, nas três esferas de atuação (executar, legislar e julgar) afasta-se dos comandos constitucionais que lhe obrigam realizar e proteger preceitos constitucionais voltados para o conteúdo essencial da norma fundamental – direitos de dignidade – denotando espécie de insinceridade constitucional, na medida em que a proposta contida em seu texto não se realiza no exercício prático da tutela jurisdicional, em razão da imbricação de argumentos econômicos que impedem a efetivação de direitos previdenciários.

A norma constitucional então é desafiada pela realidade da vida prática. Economia, sociedade e direitos sociais reclamam a força normativa da Constituição.

Em busca do poder realizador da norma constitucional a imagem da constituição normativa idealizada por Karl Loewenstein proporciona reflexão salutar em benefício da superação dos desafios constitucionais ante a questão posta.

O autor alemão estabelece que a constituição normativa é aquela que detentores do poder e, também, seus destinatários desejam fazer dela na prática, por isso, não funciona por si só. Exige, assim, que todos os interessados observem seu conteúdo para suas normas dominem o processo político simbioticamente com a comunidade.

As reflexões de Loewenstein, no aspecto voltado para a realidade prática da vida, ecoam-se nos estudos do autor português Joaquim José Gomes Canotilho. Para este, constituições devem aspirar a transformar-se num plano normativo-material global absorvendo Estado e sociedade que determina tarefas aos seus agentes. Na visão do autor este plano também não se realiza autonomamente, não é capaz de operar transformações sociais. Constituição, assim, encontra sua força normativa na decisão comprometida com mudança social.

Ao se relacionar o tema com a contribuição de José Afonso da Silva pôde-se perceber que sua construção teórica pela máxima eficácia da norma reforça a idéia de o agente estatal deve assumir compromisso com a concretude dos comandos constitucionais, o que não deixam margem à escolhas destes agentes que não se harmonizam com o propósito da norma fundamental. Também para o autor brasileiro lei, neste caso constituição é tanto mais eficaz quanto mais se projeta no meio social em que deve atuar, o que denominou de eficácia social da norma, espécie de efetividade que em muito contribui para a superação do mero argumento econômico aqui combatido.

Luis Roberto Barroso também oferece contribuição valiosa e harmônica à pretensão deste estudo na medida em que identifica, nas proposições do texto constitucional de 1988, o processo principiológico de interpretação da norma, a partir do qual seu interprete passa a ter compromisso que efetividade. Também para o autor, desempenho concreto da função social da norma constitucional significa materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais.

A partir da leitura dos autores trazidos para este estudo, espera-se ter sido possível identificar o papel que o agente estatal deve assumir frente às questões voltadas ao direito fundamental à previdência pública o que, não lhe permite enxergar a norma fundamental como mero ideal propositivo – referencial de intenções. A norma exige o agir para sua concretude. E, concretude da norma constitucional aplicada ao direito fundamental-social que a previdência representa significa busca por vida digna – meta do Estado e, não escolha.

Assim, ao enfrentar questões previdenciárias, a mera relação custo/benefício pode, o que não se confirma, até significar resultado orçamentário e financeiro negativo, entretanto, não significará resultado social deficitário. O que se ousou demonstrar aqui é que o custeio da seguridade pública deve ser adequado ao conteúdo essencial da constituição – direitos fundamentais – e não o contrário.

No entanto, os exemplos trazidos neste estudo, permitem percepção no sentido de que agentes estatais absorvem a premissa de que existe intransponível limite econômico que impede avanço social e justificam restrições e perdas de direitos já estabelecidos. Reformas previdenciárias a partir de 1998 e decisões judiciais pouco aprofundadas quanto ao tema, marcam absorção, pelos agentes do Estado, do discurso da supremacia do econômico sobre o direito, em desarmônica relação com os comandos constitucionais. Buscam-se equilíbrio financeiro, atuarial, orçamentário e político, olvidando equilíbrio social, em evidente precarização de direitos fundamentais.

O fator previdenciário, as reformas constitucionais restritivas, bem como os posicionamentos reiterados da Suprema Corte brasileira sobre matéria previdenciária refletem os efeitos irradiados pelo discurso de austeridade econômica, subliminarmente emanado da nova ordem econômica mundial e, sustentado pelos organismos internacionais de comércio e crédito.

Inserida neste contexto, grande quantidade de brasileiros que demandam ações afirmativas do Estado para garantir sua sobrevivência aguardam concretude da norma fundamental. Sociedade, economia e direito exigem proximidade da realidade prática de vida.

Enfrentar o desafio pela busca da constituição normativa e a superação do mero argumento econômico exige foco no conteúdo essencial da constituição e seus comandos de concretização. Exige compreensão do verdadeiro significado da força normativa da Constituição. Impõe o exercício concreto de enxergar na norma base, texto que não se dissocia do contexto.

## Referências

ARAÚJO, Cicero. In BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e estado de exceção permanente**. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

Associação Nacional do Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil e Fundação ANFIP de Estudos da Seguridade Social. **Análise da Seguridade Social 2012**. Brasília: ANFIP, 2013.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Fundamentos de Teoria da Constituição: a dinâmica constitucional no Estado Democrático de Direito brasileiro**. In. FIGUEIREDO. Eduardo Henrique Lopes (coord.). **Constitucionalismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

\_\_\_\_\_. **Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2009.

BARROSO, Luís Roberto, **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. Revista da EMERJ, v. 6, n.23, 2003. Disponível em: [www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista23/revista23\\_25.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf). Acesso em 12.01.2014.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: para uma crítica do Constitucionalismo**. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). 48 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

CALCIOLARI, Ricardo Pires. **O orçamento da seguridade social e a efetividade dos direitos sociais**. 1ª ed. 2ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. **Regime próprio de previdência social dos servidores públicos**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra. Almedina, 2003.

CARLETTO, Adriana Estela Custódio Carletto. **No limiar da incerteza: as relações e condições de trabalho dos assistentes sociais no Espírito Santo**. Dissertação

(mestrado) – Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, 2008.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. **Curso elementar de direito previdenciário: conforme a legislação em vigor até abril/2005**. São Paulo: LTr, 2005.

COSTA, José Ricardo Caetano. **Previdência: os direitos sociais previdenciários no cenário neoliberal**. Curitiba: Juruá, 2010.

COSTA, Nilson do Rosário. **Política social e ajuste macroeconômico**. Cad. Saúde Pública vol.18. Rio de Janeiro. 2002.

DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3ª ed. WMF Martins Fontes. São Paulo. 2010.

\_\_\_\_\_. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. Martins Fontes. São Paulo. 2007.

FALEIROS, Vicente de Paula. **O que é política social**. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 2006.

FERNANDES, Ana Paula. Previdência Social no Brasil: do liberalismo ao Estado Social – desafios atuais. *In* BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm (coord.). **Previdência social nos 90 anos da lei Eloy Chaves**. Curitiba, Juruá, 2013.

FERREIRA, Raphael. **Falsa crise da previdência**. Jornal da UFRJ. Disponível em [http://www.adur-rj.org.br/5com/pop-up/falsa\\_crise\\_previdencia.htm](http://www.adur-rj.org.br/5com/pop-up/falsa_crise_previdencia.htm). Data de acesso: 17.01.2013.

FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; JUBILUT, Líliliana Lyra. **Horizontes para a epistemologia dos direitos social**. *In*. TOLEDO, Cláudia (org.) **Direitos sociais em debate**. Rio de Janeiro, Elsevier, 2013.

GEBRAN Neto, João Pedro. **A Aplicação Imediata dos Direitos e Garantias Individuais: a busca de uma exegese emancipatória**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

GENNARI, Adilson Marques. OLIVEIRA, Roberson de. **História do pensamento econômico**. São Paulo : Saraiva, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **Planejamento econômico e regra jurídica**. São Paulo: RT, 1978.

\_\_\_\_\_. **A ordem econômica na constituição de 1988: Interpretação crítica**. São Paulo. Malheiros. 13ª ed. 2008.

GREGORI, M.S. Artigo XXV. *In* BALERA, W. **Comentários à Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Conceito, 2011.

GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito**. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro. Forense. 2006.

HESPAÑA, António Manuel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia**. Lisboa: Europa-América, 1997.

HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

HOBBSBAMM, Eric J. **A era das revoluções, 1789-1848**. 25 ed. rev. 1ª reimp. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

\_\_\_\_\_. **Da revolução industrial inglesa ao imperialismo**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

IBRAHI, Fábio Zambite. **A previdência social no estado contemporâneo: fundamentos, financiamento e regulação**. Impetus. Rio de Janeiro. 2011.

JUBILUT, Liliana Lyra. MONACO, Gustavo Ferras de Campos. ROSA, Daniel Polydoro (coord.). **Direito internacional público**. São Paulo. Lex Editora, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito**. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. – 7. ed. rev. – São Paulo. Revista dos Tribunais. 2011.

KEYNES, John M. **A teoria geral do emprego, do juro e da moeda**. São Paulo : Atlas, 1982.

LAROQUE, Pierre, **A Seguridade Social e os Seguros Sociais, in Industriários**, nº 32, 1953.

LEMES, Emerson Costa. Existe déficit na previdência social brasileira? *In* FOLMANN, Melissa (coord.). **Previdência: entre o direito social e a repercussão econômica no século XXI**. 1. ed., 2ª reimp. Curitiba: Juruá, 2011.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. 2ª ed., Trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona: Ediciones Ariel, 1972.

MACPHERSON, C. B. **Teoria política do individualismo possessivo de Hobbes até Locke**. Trad. Nelson Dantas. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

MAGALHÃES, Breno Baía. **A concepção de direito em Hart e Dworkin: análise do atual estágio da discussão entre os autores e impactos na jurisprudência nacional**. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Estado plurinacional e direito internacional**. Curitiba: Juruá, 2012.

\_\_\_\_\_. **O Estado Social**. Vídeo-aula disponível em <http://www.youtube.com/watch?v=Ha0uBNOgTRI&feature=gupl&context=G22d05f4AUAAAAAAAAAAAA>. Acesso em 20.4.2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2013.

MESA-LAGO, Carmelo. **As reformas de previdência na América Latina e seus impactos nos princípios de seguridade social.** Ministério da Previdência Social. Brasília. 2007.

MORAIS, Fausto Santos de. **A teoria constitucional e a morte do caráter dirigente e compromissório: pressupostos para uma teoria da Constituição brasileira.** Conteúdo Jurídico, Brasília - DF: 14 out. 2011. Disponível em [www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.33599&seo=1](http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.33599&seo=1)>. Acesso em: 03 abr. 2014.

MORIN, Edgar. **Ciência com consciência.** Rio de Janeiro, Bertand Brasil, 2001.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia.** 6. ed. ver. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **Teoria estruturante do direito.** Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Sousa. 2. ed. rev. – São Paulo. Revista dos Tribunais. 2009.

NIGRO, Rachel. **O Direito da Desconstrução.** In: DUQUE-ESTRADA, Paulo Cesar. Desconstrução e Ética. Ecos de Jacques Derrida. Rio de Janeiro. Ed. PUC-Rio; São Paulo: Loyola, 2004.

OLIVEIRA, Antonio Carlos de. **Direito do Trabalho e previdência social: estudos,** São Paulo: LTr, 1996.

PANSIERI, Flávio. **Direitos Fundamentais Sociais como categoria jurídica e sua multifuncionalidade.** In COUTINHO, Jacinto Miranda. (org.). **Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PASSOS, Fábio Luiz dos. **Previdência social e sociedade pós-industrial.** Curitiba: Juruá, 2013.

PEREIRA E SILVA, Reinaldo. **O mercado de trabalho humano.** São Paulo: LTr, 1998.

ROCHA, D. M. da; BALTAZAR JÚNIOR, J. P. **Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social.** 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ROCHA, Roberto de Rezende. CAETANO, Marcelo Abi-Ramia. **O sistema previdenciário brasileiro: uma avaliação de desempenho comparada.** In Textos para discussão nº1331. Ipea. Brasília, 2008.

ROSA, Alexandre Moraes da. **O Juiz Veste Prada?: o sentido da deriva hermenêutica no pós CR/88.** In COUTINHO. Jacinto Miranda. (org.). **Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SALVADOR, Evilásio. **Fundo público e seguridade social no Brasil.** São Paulo: Cortez, 2010.

SANFELICE, Patrícia de Mello. **O princípio da solidariedade** – origem, características e aplicação na seguridade social. In Revista de Direito Social. Número 7, São Paulo, 2002.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6 ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. 1.ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2003.

SAVARIS, José Antonio. **Uma teoria da decisão judicial da Previdência Social: Contributo para superação da prática utilitarista**. Florianópolis. Conceito Editorial, 2011.

SAVARIS, Rafaela Cassetari. **A (in)efetividade da universalização nas decisões judiciais**. In FOLMANN, Melissa. BERWANGER, Jane Lúcia Wilhelm. (coord.) **Previdência & Argumento Econômico. Repercussão nas decisões judiciais**. Curitiba: Juruá, 2012.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **A seguridade social como direito fundamental material (ou a seguridade social como parte inerente à constituição)**. In FOLMANN, Melissa. FERRARO, Suzani Andrade (coords.). **Previdência: entre o direito social e a repercussão econômica no século XXI**. 1ª ed., 2ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

\_\_\_\_\_. **Economia e Seguridade Social. Análise Econômica do Direito – Seguridade Social**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2012.

\_\_\_\_\_. **Comentários à jurisprudência previdenciária do STF**. Curitiba: Juruá, 2012

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros editores. 1998.

\_\_\_\_\_. **Princípios do processo de formação das leis no direito constitucional**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1964.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Decisão jurídica e autonomia do Direito: a legitimidade da decisão para além do constitucionalismo e democracia**. In. FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes. (coord.) **Constitucionalismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e Decisão Jurídica em Ronald Dworkin**. V Seminário da disciplina Teorias da Interpretação e da Decisão Jurídicas, do Programa de Mestrado da FDSM. Pouso Alegre. 2010.

\_\_\_\_\_. **O que a decisão jurídica observa? Contribuições da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann às teorias pós-positivistas da decisão jurídica**. In

SCHWARTZ, Germano. (org.) **Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea**. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2012.

SKIDMORE, Thomas E. **Brasil: de Getúlio Vargas a Castelo Branco, 1930-1964**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10 ed. ver. atual. e ampl. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2011.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4ª ed. Saraiva. São Paulo. 2011.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos**. Trad. Vítor de Paula Ramos. Marcial Pons. São Paulo. 2012.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário – Regime Geral de Previdência Social e Regimes Próprios de Previdência Social**, 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Antecedentes históricos dos direitos sociais no Brasil**. In. TOLEDO. Cláudia. (org.). **Direitos sociais em debate**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.