

LUIZ CLEMENTE PEREIRA FILHO

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SEGURIDADE SOCIAL

MESTRADO EM DIREITO

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
SÃO PAULO
2006

LUIZ CLEMENTE PEREIRA FILHO

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SEGURIDADE SOCIAL

Dissertação apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito (Direito das Relações Sociais), sob a orientação do professor doutor Wagner Balera.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
SÃO PAULO
2006

Banca Examinadora

Aos meus pais, Luiz e Maria, pelo apoio irrestrito e incondicional, bem como pela eterna preocupação com minha formação moral e intelectual.

À minha irmã Sônia, como uma singela demonstração de amor, e como uma forma de dar boas-vindas e desejar sucesso na carreira recentemente abraçada.

Finalmente, aos meus sobrinhos Victor e Vinicius, em uma inútil tentativa de compensar os incontáveis momentos de nossa alegre convivência sonegados em razão de meus intermináveis estudos.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Wagner Balera, pela confiança, pela atenção, pela paciência e, principalmente, pelos incontáveis ensinamentos transmitidos ao longo do curso, de inestimável contribuição para minha formação para o magistério e para a magistratura.

A Francisco Serrano, por sua amizade paternal, pela confiança e pelo incentivo para que eu abraçasse o desafio de tornar-me mestre em Direito.

A Karoline Rocha, pelo companheirismo e pela tolerância com os quais dividiu comigo os árduos momentos pelos quais passei na aventura de conciliar o trabalho, o mestrado e os estudos para o ingresso na magistratura federal, e sem os quais certamente não teria realizado o que sempre sonhei para minha vida profissional.

A Lycia Braz, de inteligência inquietante e conhecimentos surpreendentes, pelas orientações, pelo apoio, pelo estímulo, pela dedicação e carinho durante a elaboração do presente trabalho.

A André Fontes, Leopoldo Muylaert, e Luiz Claudio Flores da Cunha, pela amizade, pelo apoio, e principalmente pelos exemplos de ética, dedicação e profissionalismo a serem por mim seguidos no exercício da magistratura.

Aos amigos Bruno Morisson, Camila Castanhato, Claudia Stefano, Erika Camossi, Fabio Berbel, Fernanda Garrido, Juliana de La Rocque e Katia Cristine, pela preciosa ajuda nos momentos mais importantes.

Aos integrantes do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, pela concessão de licença para minha integral dedicação à feitura do presente trabalho.

Ao Ministro Gilmar Mendes Ferreira, e a seu assessor Nélcio Antônio Vieira, pela gentileza e pela atenção ao me encaminharem cópia de voto proferido em julgamento cujo acórdão ainda não fora publicado por ocasião do encerramento desta obra.

Finalmente, aos funcionários e estagiários da Vara Federal de Magé e da 3ª Vara Federal de Niterói, bem como aos professores, funcionários e alunos da UNIPLI e todos aqueles que de qualquer forma contribuíram para que este momento chegasse.

“Os indivíduos perecem, mas a sociedade a que pertencem — obra aberta que une na mesma trama os valores dos mortos, dos vivos e dos que estão por vir — segue em frente. O passado condiciona; o presente desafia; o futuro interroga. Existem três formas básicas por meio das quais podemos preencher com pensamento o vácuo interrogante do porvir. A previsão lida com o provável e responde à pergunta: *o que será?* A delimitação do campo do possível lida com o exeqüível e responde à pergunta: *o que pode ser?* E a expressão da vontade lida como desejável responde à pergunta: *o que sonhamos ser?*”

As relações entre esses modos de conceber o futuro não são triviais. De um lado está a lógica: o desejável precisa respeitar a disciplina do provável e do possível. Mas, do outro, está o sonho. Se o sonho desprovido de lógica é frívolo, a lógica desprovida de sonho é deserta. Quando a criação do novo está em jogo, resignar-se ao provável e ao exeqüível é condenar-se ao passado e à repetição. No universo das relações humanas, o futuro responde à força e à ousadia do nosso querer. A capacidade de sonho fecunda o real, reembaralha as cartas do provável e subverte as fronteiras do possível. Os sonhos secretam o futuro.”

(Eduardo Giannetti, *O valor do amanhã*)

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo promover uma releitura dos princípios e regras estruturantes da seguridade social na Carta Republicana de 1988, com o escopo de estabelecer uma interpretação que permita sua aplicação em sua máxima eficácia, por meio do rompimento da tradicional tendência da doutrina pátria de atribuir maior relevo e maior eficácia normativa aos princípios, relegando as regras a um papel secundário.

Inicia-se com a análise histórica da seguridade social, bem como com a análise do delineamento constitucional dessa política social, desse serviço público essencial. Em seguida, fixa-se a premissa de que a seguridade social constitui verdadeiro direito fundamental social, com as inevitáveis consequências exegéticas decorrentes dessa natureza, como as eficácias subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, e, partindo-se de uma diferenciação entre as espécies normativas baseada na Teoria dos Princípios de Humberto Ávila, que rejeita sua hierarquização e funda-se em seu diferente modo de estruturação, apontam-se quais dispositivos constitucionais pertinentes revestem-se das características de regras ou princípios.

A partir daí, passa-se à análise dessas normas, iniciando-se pelas referentes ao custeio, ou seja, pelos princípios do equilíbrio financeiro e atuarial, da equidade na participação no custeio, da diversidade da base de financiamento, para no momento seguinte abordar as relativas aos benefícios, quais sejam, os princípios da universalidade da cobertura e do atendimento, da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais, da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços, bem como da regra da irredutibilidade do valor dos benefícios, terminando por abordar as normas relativas à organização do sistema, mais especificamente os princípios da unicidade e da gestão democrática e descentralizada do sistema, tentando-se revelar suas principais possibilidades interpretativas, inclusive por meio da análise das regras e princípios correlatos.

Nessa tarefa, demonstram-se na produção legislativa e jurisprudencial pátria exemplos do respeito ou não aos seus ditames, em especial por meio da aferição dessa conformidade pela utilização do que o autor supracitado considera uma terceira espécie normativa, os postulados — normas que estruturam a relação entre normas —, em especial o da proporcionalidade, instrumento de verificação da validade de uma relação entre meio e fim, revelando assim uma especial aptidão para controle de adequação das normas relativas à seguridade social, sejam relativas ao custeio — financiamento/proteção —, sejam relativas aos benefícios — prestação/reparação.

ABSTRACT

The present work aims at promoting a review of the foundation principles and rules of the social security in the Republican Letter of 1988, with the objective to establish an interpretation that allows maximum effectiveness on its application, by means of the disruption of the national doctrine's traditional trend to attribute greater importance and normative effectiveness to the principles, relegating the rules to a secondary role.

We begin the work with the historical analysis of the social security, as well as with the analysis of the delineation that the Constitution gives to this social politics, this essential public service. Following, the premise that the social security constitutes a true social basic right is fixed. From the inevitable consequences of the interpretation of this premise, as the subjective and objective effectiveness of the basic rights, and from a differentiation between the kinds of norms based on the Theory of the Principles of Humberto Ávila – that rejects its hierarchical organization and is established in its own different way of application – we point which constitutional devices regarding social security present characteristics of rules or principles.

From this point, we go along the analysis of these norms, beginning from those that relate to the expenditure, that is, from the principles of the “financial and actuarial balance”, of the “fairness on the participation of the expenditure”, of the “diversity of the financing base”. Following, the norms relative to the benefits are approached: the principles “of the universality of the covering and the attendance”, “of the uniformity and equivalence of the benefits and services to the urban and rural populations”, “of the selectivity and distributiveness in the rendering of benefits and services” and “of the irreducibility rule of the value of the benefits”, finishing at approaching the norms relative to the organization of the system, more specifically the principles “of the unicity” and “of the democratic and decentralized management of the system”, trying to disclose its main possibilities of interpretation, also by means of the analysis of the rules and related principles.

In this task, examples of the national legislative and jurisprudential production are presented on respecting or not its orders.

Especially the legislative and jurisprudential production is evaluated as regards to what Humberto Ávila considers a third normative species, the postulates – norms that structuralize the relation between norms –, in special the postulate of the proportionality, instrument of verification of the validity of a relation between means and end, that reveals a special suitability for control of adequacy of the norms relative to the social security, either regarding the expenditure – financing/protection –, or the benefits – rendering/repairing.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. A SEGURIDADE SOCIAL	16
1.1. Considerações gerais	16
1.2. A Seguridade Social na Constituição Republicana de 1988	27
1.2.1. Conceito e natureza jurídica	27
1.2.2. Instrumentos de atuação	37
1.2.3. Princípios Constitucionais da Seguridade Social	45
2. PRINCÍPIOS E REGRAS	50
2.1. Considerações Gerais	50
2.2. As espécies normativas: princípios e regras	55
2.2.1. Critério da natureza do comportamento prescrito	56
2.2.2. Critério da natureza da justificação exigida	59
2.2.3. Critério da medida de contribuição para a decisão	68
2.3. Uma terceira espécie: os postulados normativos	70
2.3.1. Postulados inespecíficos	72
2.3.2. Postulados específicos	81
2.3.2.1. A igualdade	81
2.3.2.2. A razoabilidade	82
2.3.2.3. Proporcionalidade	89
3. PRINCÍPIOS RELATIVOS AO FINANCIAMENTO	94
3.1. Equilíbrio financeiro e atuarial	95
3.2. Equidade na forma de participação no custeio	104
3.3. Diversidade da base de financiamento	111
4. PRINCÍPIOS RELATIVOS AOS BENEFÍCIOS	119
4.1. Universalidade da cobertura e do atendimento	119
4.2. Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais	127
4.3. Seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços	133
4.4. Irredutibilidade do valor dos benefícios	148
5. PRINCÍPIOS RELATIVOS À ORGANIZAÇÃO	158
5.1. Princípio da Unicidade	158
5.2. Princípio da Gestão Democrática e Descentralizada	165
CONCLUSÕES	178
BIBLIOGRAFIA	199

INTRODUÇÃO

A redemocratização do Brasil, operada por nossa Constituição Republicana de 1988, teve por consequência não somente um verdadeiro renascimento do Direito Constitucional pátrio, mas também a reconstrução de quase toda a dogmática jurídica nacional. Com o renascimento da força normativa da Constituição e de sua supremacia perante o ordenamento jurídico, aliada ao caráter analítico de nosso Texto Magno, repleto de princípios, mostrou-se necessária uma completa releitura do mesmo pela “lente” das normas constitucionais, em um processo que restou denominado “filtragem constitucional”.

E não foi somente isso. A Carta Máxima determinou a edição de inúmeros diplomas infraconstitucionais com os objetivos de concretizar os valores nelas insculpidos, de garantir os direitos individuais nela afirmados e de promover os direitos sociais por ela elevados ao *status* de direitos fundamentais, ou seja, de tornar realidade os motivos pelos quais recebeu a mesma o apelido de “Constituição Cidadã”.

Desde então rios de tinta correm para tentar delinear os limites interpretativos e aplicativos da *Lex Maxima*, mostrando-se a doutrina pátria

preocupada em buscar sua máxima efetividade, especialmente no tocante aos direitos e garantias fundamentais, que garantirão a consecução do fim máximo de qualquer república democrática, de qualquer estado social de direito: *o bem-estar e a justiça sociais*.

Ponto central na discussão acerca da efetividade da constituição refere-se à eficácia de suas normas, regras e princípios, cujo estudo se aprofundou com a introdução do pós-positivismo na dogmática jurídica nacional. Esse modo de ver o direito reintroduziu a moral, o valor, no discurso jurídico, elevando os princípios a uma categoria de especial importância, o quê, no entanto, não restou imune a críticas, tendo em vista que as possibilidades interpretativas dos mesmos, decorrentes de seu alto grau de abstração, e a ausência de critérios objetivos que os distingam das regras redundam em grandes perplexidades, muitas vezes beirando-se o arbítrio.

E é na concretização dos direitos sociais fundamentais que avultam os questionamentos acerca das possibilidades, da efetividade das normas constitucionais, pois, além de serem os instrumentos precípuos de promoção da finalidade máxima supracitada, para sua realização não bastam meras decisões legislativas, porquanto se mostra necessária a existência de pressupostos fáticos materiais, resultando-se assim em uma tensão entre o politicamente buscado, o juridicamente determinado, e o economicamente possível.

Foram as perplexidades trazidas por esse contexto que redundaram na realização do presente trabalho, que tem como objetivo realizar uma releitura dos princípios constitucionais da seguridade social, identificando-os e extremando-os das regras atinentes à matéria e delimitando seus limites operativos, para propor sua aplicação e concretização com o máximo de eficácia.

Para tanto, iniciaremos pela análise histórica da formação da seguridade social, certos de que o direito, como fenômeno humano, não pode ser adequadamente compreendido sem que seja levada em conta as transformações sociais que o determinaram ou foram por ele determinadas. O aperfeiçoamento, ou não, dos institutos jurídicos observados ao longo dos tempos constitui dado imprescindível para a compreensão de suas linhas atuais.

Depois disso, passaremos a conceituá-la em face do arcabouço normativo da Constituição Republicana de 1988, bem como buscaremos definir sua natureza jurídica, objetiva e subjetiva, investigando especialmente sua fundamentalidade formal e material no Texto Magno, por constituir aspecto que influirá decisivamente na eficácia normativa de seus preceitos. Terminaremos a análise introdutória descrevendo os instrumentos escolhidos pelo constituinte para a promoção da seguridade social, e elencando seus princípios, que serão objeto de análise da presente dissertação.

Antes de nos debruçarmos especificamente sobre cada princípio da seguridade social, e abalizados em autorizada doutrina, estabeleceremos as premissas teóricas com as quais levaremos a cabo a tarefa de diferenciar as espécies normativas, abordando e explicitando os critérios objetivos a serem utilizados, e sempre demonstrando por meio de exemplos, retirados ou não da jurisprudência pátria, a pertinência das observações.

Nesse momento defenderemos o abandono do mito da supremacia dos princípios, de sua suposta prevalência sobre as regras, da muitas vezes defendida hierarquização das espécies normativas, demonstrando que ambos são espécies normativas de mesma dignidade, mas possuidores de diferentes técnicas de interpretação e aplicação, que determinam sua aplicação harmoniosa, *com preferência*, ao contrário do que ordinariamente se prega, em favor da aplicação das regras no caso de conflito entre os mesmos, salvo nos casos em que a aplicabilidade das mesmas seja afastada por razões superiores de justificação.

Defenderemos que esse mito, esse procedimento de sempre considerar como princípio alguma norma que consideramos relevante ou essencial para o sistema, com o intuito de dar-lhe uma especial dignidade, queda por enfraquecer sua eficácia, diminuindo a intensidade de controle de sua observância.

Traremos à lume a existência de uma terceira espécie normativa, na verdade um tipo de super-norma, posto que não possui aplicabilidade imediata, limitando-se a reger o relacionamento das demais espécies normativas umas com as outras, e entre si mesmas. Os postulados normativos, em especial os da igualdade, da razoabilidade e da proporcionalidade, são de grande valia para o exercício do controle da aplicabilidade das regras e princípios constitucionais a serem estudados.

A partir daí nos voltaremos à detida análise dos princípios constitucionais da seguridade social na Constituição Republicana de 1988, tendo como partida os relacionados no parágrafo único de seu artigo 194, mas não nos limitando a eles, pois abordaremos os que entendemos implícitos ao sistema, bem como os que, a despeito de encontrarem-se explicitados em dispositivos relacionados somente a um de seus instrumentos de atuação, na verdade espraiam sua força normativa sobre todo o sistema de seguridade social.

Nesse processo, demonstraremos que muitas normas tratadas pela doutrina e pela jurisprudência como princípios, na verdade, constituem verdadeiras regras, cuja inobservância pode ser mais efetivamente aferida por parte do Poder Judiciário, demonstrando também o dissenso que muitas vezes ocorre a respeito dessa natureza, decorrente da ausência de critérios objetivos para sua distinção.

Começaremos pela análise dos princípios relativos ao custeio da seguridade social, passando posteriormente à análise dos princípios relativos aos benefícios e terminando por abordar os princípios atinentes à organização e à gestão do sistema de seguridade social, tentando ressaltar não somente os aspectos considerados essenciais para a compreensão dos mesmos, mas também temas que por sua atualidade ou relevância demandam uma análise aprofundada com base nas propostas teóricas aqui levantadas, tudo isso, obviamente, sem ter a pretensão de abordar todas as matizes que podem ser vislumbradas em tão rico e pouco estudado tema.

1. A SEGURIDADE SOCIAL

1.1. Considerações gerais

A seguridade social é o instrumental jurídico concebido pela humanidade para assegurar uma subsistência digna a seus integrantes que não tenham condições de fazê-lo por seus próprios meios.

Na feliz conceituação do memorável Celso Barroso Leite:

“Em última análise a seguridade social deve ser entendida e conceituada como o conjunto das medidas com as quais o Estado, agente da sociedade, procura atender à necessidade que o ser humano tem de segurança na adversidade, de tranquilidade quanto ao dia de amanhã”¹.

Sua criação deu-se pela constatação de que as fórmulas de proteção concebidas ao longo da História, isoladamente, não davam conta dessa missão. Como noticia o imortal Paul Durand², a poupança individual e a poupança coletiva — nesta incluídos o mutualismo e o seguro privado — não se mostraram aptas a proteger todas as necessidades das quais padece o ser humano ao longo de sua vida.

¹ Conceito de Seguridade Social. *Curso de Direito Previdenciário: Homenagem a Moacyr Velloso Cardoso de Almeida*, p. 17.

² *La Política Contemporánea de Seguridad Social*, p. 72-83.

Historicamente, a garantia do ser humano contra eventuais contingências, em primeiro lugar, estava a seu cargo e de sua família, contando, às vezes, com a ajuda da comunidade em que vivia. Posteriormente, passou a organizar-se em grupos, na maioria das vezes corporativos, formando as conhecidas mútuas, desaguando finalmente na criação do seguro privado.

Parece-nos evidente a constatação de que o caráter facultativo da poupança, individual ou coletiva, constitui a principal causa de sua ineficácia para a proteção social dos indivíduos, pois, mormente em sociedades com baixo nível de desenvolvimento econômico, e principalmente nas camadas mais desfavorecidas da população, entre elas, na dos trabalhadores a prática da poupança mostra-se extremamente difícil.

As técnicas de proteção mencionadas ainda padeciam de um grave defeito: a pouca dispersão do risco. Mesmo no seguro privado, cuja técnica do resseguro reduz essa dificuldade, muitas vezes o universo de pessoas que contribuem para a formação das reservas técnicas não se mostra suficiente para arcar com os ônus suportados.

Fundada nos ideais de igualdade e solidariedade, a seguridade social consubstancia um dos principais meios pelos quais o Estado busca se desincumbir da tarefa de proporcionar o bem-estar e a justiça sociais. Considerando sua essência comum, o homem desenvolveu mecanismo pelo

qual uma determinada coletividade garante a seus integrantes um nível mínimo de segurança, ou seja, a certeza de que serão amparados pelo Poder Público para a satisfação de suas necessidades básicas.

Sua existência justifica-se pelo fato de que essas necessidades individuais, quando não satisfeitas, acabam por repercutir em toda a sociedade, tornando-se, assim, necessidades sociais. A veracidade dessa afirmação é facilmente constatável em nosso País, onde a ausência do Estado contribui decisivamente para a existência de um grande número de pessoas vivendo abaixo da linha da pobreza, parecendo-nos claro também como a falta da satisfação dessas necessidades básicas reflete-se nos índices alarmantes de violência.

Dessa forma, o legislador deve escolher as necessidades a serem satisfeitas por meio desse instrumento, o modo pelo qual elas serão satisfeitas, bem como os sujeitos que serão por ele beneficiados. Dado relevante extraído desse conceito, a exemplo de outros fenômenos sociais, é sua transitoriedade, pois as necessidades dos seres humanos ao longo da História experimentam grandes variações, fazendo com que o objeto da proteção encontre-se em constante processo de redefinição.

A Seguridade Social tem como origem remota a assistência pública: o *Act for the Relief of the Poor*, promulgado na Inglaterra em 1601, é considerado a primeira norma acerca da seguridade social no mundo, e, como

noticia o ilustre Prof. Wagner Balera³, protegia os pobres que se encontravam nas situações de enfermidade, invalidez e desemprego.

A seguridade social no Brasil tem seu referencial histórico na Constituição Imperial de 1824, que rezava em seu art. 179, inciso 31: “A Constituição também garante os socorros públicos”.

O passo seguinte na construção do que hoje se conhece por seguridade social deu-se com o surgimento da previdência social. Em 1883 foi promulgada na Alemanha a Lei do Seguro Doença, que, com o objetivo de conter o movimento operário tedesco, estabeleceu proteção às vicissitudes decorrentes dos intensos processos de industrialização e urbanização da época. Suas características mais marcantes, e que superavam as fragilidades do seguro privado, são: a *compulsoriedade*, a *atribuição da responsabilidade pelo recolhimento das contribuições ao empregador* e a *dispersão nacional dos riscos*⁴.

No Brasil, a Lei Elói Chaves (Decreto Legislativo nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923) determinou a criação de caixas de aposentadoria e pensões para os empregados ferroviários — protegendo-os contra os riscos doença, velhice, invalidez e morte — e é considerada o marco inicial do seguro social.

³ Introdução à Seguridade Social. *Introdução ao Direito Previdenciário*, p. 28.

⁴ Paul Durand, *La Política Contemporanea de Seguridad Social*, p. 109-111.

A partir dessa lei o seguro social foi sendo expandido por categorias profissionais, com a criação dos conhecidos “IAPs” — Institutos de Aposentadorias e Pensões. Essa técnica de proteção, no entanto, acabou por demonstrar dois inconvenientes, quais sejam, a desigualdade entre os planos de custeio e benefícios dos institutos e a baixa dispersão de risco, pois, de acordo com a capacidade econômica da categoria profissional, às vezes combinada com sua má gestão, poderia haver prejuízo à higidez financeira de determinado instituto, causando perigo aos seus filiados.

Essa situação foi corrigida por dois diplomas: a Lei nº 3.807, de 26.08.1960, Lei Orgânica da Previdência Social — LOPS —, que unificou a legislação previdenciária de todos os institutos então existentes, e o Decreto-Lei nº 72, de 21.11.1966, que criou o Instituto Nacional de Previdência Social — INPS —, extinguindo os IAPs e unificando-os em um único instituto, gerido pelo Estado. Segundo Miguel Horvath Júnior⁵, ficaram de fora dessa unificação o IPASE (Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado — Decreto-Lei nº 288, de 23.02.1938), o IAFESP (Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Ferroviários e Servidores Públicos — art. 76 da LOPS), e o SASSE (Serviço de Assistência e Seguro Social dos Economiários — Lei nº 3.149, de 21.05.1957).

Para Wagner Balera, a previdência social é, “antes de tudo, uma técnica de proteção que depende da articulação entre Poder Público e os demais

⁵ *Direito Previdenciário*, p. 22.

atores sociais. Estabelece diversas formas de seguro, para o qual ordinariamente contribuem os trabalhadores, o patronato e o Estado e mediante o qual se intenta reduzir ao mínimo os riscos sociais, notadamente os mais graves: doença, velhice, invalidez e acidentes no trabalho”⁶.

Do seguro privado, o seguro social extrai o conceito de risco, que é o evento futuro, incerto e involuntário que causa um dano e, por conseguinte, uma necessidade ao indivíduo, sendo que, no caso do risco social, esse dano afeta não só a ele, mas a toda a sociedade à qual pertence.

Nada obstante, o desenvolvimento do seguro social operou uma flexibilização do conceito de risco, tendo em vista atualmente proteger eventos cuja ocorrência depende da vontade do indivíduo, como a maternidade, passando a adotar o conceito de contingência social, que, para Miguel Horvath Júnior, “vem a ser o evento susceptível de produzir uma redução ou supressão de atividade do beneficiário ou de impor cargas econômicas suplementares”⁷. Em perfeita síntese sobre o fenômeno, afirma Alfredo J. Ruprecht que

“La seguridad social se basó em sus comienzos em el concepto de riesgo, pero fue evolucionando hasta llegar al de contingencias. La separación de las prestaciones familiares del concepto de salario ha sido una consecuencia de dicha evolución. Riesgo es todo acontecimiento futuro e incierto que no depende de la voluntad de las personas. Por tanto, los seguros privados amparaban aquellos riesgos producidos con posteridad a la celebración del contrato y en la que era ajena la voluntad del asegurado. El seguro social, en cambio, cubre sólo los

⁶ Introdução à Seguridade Social. *Introdução ao Direito Previdenciário*, p. 31.

⁷ *Salário Maternidade*, p. 29-30.

acontecimientos preexistentes, como una enfermedad desconocida en el momento de la afiliación, sino también las circunstancias que son producto de la voluntad del afiliado, como el matrimonio, nacimiento y adopción de hijos, etcétera”⁸.

A previdência social tem como objetivo precípua manter, na medida do possível, o poder aquisitivo do segurado e de seus dependentes ou garantir-lhes um rendimento mínimo, na eventualidade de sua capacidade laborativa encontrar-se afetada por alguma contingência social. Em suma: ela atua para reparar uma perda de poder aquisitivo, decorrente de uma perda, total ou parcial, da capacidade laborativa, ou de um aumento das despesas para com a família.

A despeito de suas limitações, em especial sua restrição ao universo dos trabalhadores, e apesar de inúmeras modificações de menor ou maior grau, esse modelo criado por Bismark ainda hoje é utilizado pelos países que adotaram a previdência social.

Diante dessa constatação, pode-se afirmar que, nesse processo de evolução histórica, a fase da previdência social não se encontra superada, convivendo hoje com o que se convencionou chamar de Seguridade Social.

A fase da seguridade social teve início com a Constituição de Weimar em 1919, a partir da qual se abandona o ideário liberal até então vigente, dando-se *status* constitucional à disciplina da ordem social, superando-se,

⁸ *Asignaciones familiares*, p. 18.

assim, o Estado mínimo, até se chegar ao Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*).

A origem da denominação até hoje consagrada — seguridade social — advém do *Social Security Act*, legislação introduzida nos Estados Unidos da América por Franklin Roosevelt em 1935, em resposta à grave crise que assolou essa nação nos anos anteriores.

A Inglaterra voltou a fornecer grande contribuição à evolução dos direitos sociais, em especial da seguridade social, por meio dos estudos elaborados por uma comissão interministerial chefiada por Sir Willian Beveridge a pedido do Governo britânico. Lord Beveridge, como ficou conhecido, apresentou dois estudos: um em 1942 — o *Social Insurance and Allied Services*, conhecido como “Plano Beveridge” —, que consistiu na análise dos instrumentos de proteção e das necessidades então existentes e na apresentação de propostas para o aperfeiçoamento do sistema; e outro em 1944 — *Full Employment in a Free Society* —, que, no entanto, não teve a mesma relevância e projeção do primeiro.

É de Beveridge o mérito da diferenciação entre o seguro social e a assistência social, bem como da conclusão de que somente a conjugação desses dois sistemas pode enfrentar adequadamente todas as situações de necessidade com as quais o ser humano defronta-se, pois o primeiro, por limitar seu âmbito de proteção às pessoas que exercem atividade remunerada,

deixa desamparadas uma enorme gama de sujeitos que, voluntariamente ou não, não se encontram nessa situação.

A internacionalização da seguridade social deu-se em 1944 com a Declaração de Filadélfia, que, dando nova dimensão à OIT (Organização Internacional do Trabalho), estabeleceu diretrizes de unificação e expansão da proteção social. No entanto, foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, em seu artigo XXV⁹, que consagrou mundialmente o direito à segurança social como um direito inerente ao ser humano.

Essa dimensão transnacional consolidou-se com a aprovação da Convenção nº 102 da OIT na 35ª Conferência Internacional do Trabalho, em 1952, que ficou conhecida como a “Norma Mínima” da seguridade social. Esse texto consistiu no estabelecimento de um padrão mínimo de seguridade, um nível de proteção social mínima, que os países signatários deveriam ter para que fossem considerados como possuidores de um verdadeiro sistema de seguridade social. Infelizmente, por dificuldades econômicas na implantação dos benefícios mínimos estabelecidos, o nível de adesão a essa convenção não foi expressivo, cabendo ressaltar que o Brasil até hoje não a firmou.

⁹ “Artigo 25

§ 1º. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

§ 2º. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora de matrimônio, gozarão da mesma proteção social.”

Por outro lado, obviamente, com o passar dos anos, esses padrões mínimos já foram superados pelas legislações de diversos países, fato previsível, diante dos avanços tecnológicos, produtivos, culturais, e sociais — nesses dois últimos aspectos, cabe ressaltar a própria evolução do conceito, da amplitude e da eficácia dos direitos humanos verificada nos últimos 50 anos —, que fizeram com que aquela proteção, então considerada mínima, atualmente seja considerada insatisfatória. Eis aí a manifestação da mencionada transitoriedade do conceito de seguridade social.

Ainda no plano internacional merecem ser mencionadas a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, firmada em Bogotá no ano de 1948¹⁰, e a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969¹¹, mais conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, e seu Protocolo Adicional em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹² — Protocolo de

¹⁰ “Artigo 11. Toda pessoa tem direito a que sua saúde seja resguardada por medidas sanitárias e sociais relativas à alimentação, roupas, habitação e cuidados médicos correspondentes ao nível permitido pelos recursos públicos e os da coletividade.

(...)

Artigo 16

Toda pessoa tem direito à previdência social, de modo a ficar protegida contra as conseqüências do desemprego, da velhice e da incapacidade que, provenientes de qualquer causa alheia à sua vontade, a impossibilitem física ou mentalmente de obter meios de subsistência.”

¹¹ “Artigo 26. Desenvolvimento progressivo.

Os Estados Membros comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.”

¹² “Artigo 9º. Direito à previdência social

§ 1º. Toda pessoa tem direito à previdência social que a proteja das conseqüências da velhice e da incapacitação que a impossibilite, física ou mentalmente, de obter os meios de vida digna e decorosa. No caso de morte do beneficiário, as prestações da previdência social beneficiarão seus dependentes.

§ 2º. Quando se tratar de pessoas em atividade, o direito à previdência social abrangerá pelo menos o atendimento médico e o subsídio ou pensão em caso de acidentes de trabalho ou de doença profissional e, quando se tratar da mulher, licença remunerada para a gestante, antes e depois do parto.

Artigo 10º. Direito à saúde

§ 1º. Toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social.(...)”

San Salvador —, que reconheceram a todos os seres humanos o direito à seguridade social, em especial à saúde, à assistência e à previdência social.

Na seguridade social abandona-se o modelo do seguro social clássico, que pressupõe a existência de uma relação jurídica anterior à contingência protegida, de natureza sinalagmática (contribuição-proteção), para adotar-se o modelo do seguro social progressivo, que, para operar, satisfaz-se somente com a concretização da contingência prevista na legislação como merecedora de reparação, tudo isso independentemente de contribuição.

Dessa forma, o risco deixa de ser essencial para a atuação do Estado, passando a ser somente accidental: passa-se do conceito de risco-possibilidade (proteção anterior ao evento) para o conceito de risco-causa (proteção anterior ou posterior ao evento).

A título de conclusão, merece ser citada a percuciente síntese elaborada pela notável Heloisa Hernandez Derzi:

“De tudo o que examinamos até este ponto, verifica-se que o conceito de Seguridade Social não pode ser extraído da simples conjugação do antigo modelo do Seguro Social com a Assistência Social. A obrigatoriedade de intercalar métodos *preventivos* de proteção aos métodos *compensatórios* e *reparadores* conduz à idéia de *integração* entre os sistemas de Seguridade Social. Existem vários sistemas voltados para um fim comum, que devem agir de modo integrado (...) Partindo dessa premissa, a elaboração de uma teoria jurídica da Seguridade Social terá de observar primeiramente o caráter finalístico da Seguridade Social: sua função é a de garantir a *libertação das necessidades da pessoa humana*.”¹³ (grifos no original)

¹³ *Os beneficiários da pensão por morte*, p. 28.

1.2. A Seguridade Social na Constituição Republicana de 1988

1.2.1. Conceito e natureza jurídica

A Carta Magna de 1988, reconhecidamente analítica, tratou minudentemente da seguridade social no Capítulo II de seu Título VIII — Da Ordem Social —, oferecendo, em seu artigo 194, o seguinte conceito, *in verbis*:

“Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência.”

Constata-se pela leitura do dispositivo que, na verdade, não se trata de um conceito, mas da enunciação dos meios pelos quais a seguridade social alcançará seus objetivos. Mais uma vez recorremos às lições do eminente Mestre Celso Barroso Leite:

“Não se trata, repito, de conceituação, e a própria definição (‘conjunto integrado de ações’) a rigor mais descreve do que define. Essas considerações, porém, são puramente teóricas. Na prática, a Constituição foi objetiva e deixou claro que no Brasil a seguridade é o todo formado pelas três partes que o seu art. 194 enumera.”¹⁴

¹⁴ Op. cit. p. 29.

Dessa forma, verifica-se que o constituinte determinou a estruturação de um verdadeiro *serviço público* — eis a natureza jurídica da seguridade social em seu aspecto objetivo — com o escopo de concretizar os valores fundamentais de nossa República e da Ordem Social que por ela deve ser promovida, submetendo-se ao regime jurídico de direito público, e orientando-se pelos princípios reitores da função administrativa constantes da cabeça do art. 37 da CRFB¹⁵.

A natureza de serviço público da seguridade social é reconhecida inclusive pela doutrina administrativista pátria. Um de seus maiores expoentes, Diogo Figueiredo Moreira Neto¹⁶, assim conceitua o serviço público:

“Com efeito, os homens, a sociedade, desenvolvem, além de *necessidades individuais*, que comportam ser atendidas pelos próprios indivíduos, no âmbito e sob o regime privados, algumas *necessidades coletivas*, que só podem ser plenamente satisfeitas se forem asseguradas e assumidas pelo Poder Público e sob um regime que lhes garanta prestação *adequada*, com as características e nas condições tidas, em lei, como satisfatórias. Essa aproximação leva à atualíssima *noção funcional de serviço público*, que pode ser enunciada de modo muito simples, desenvolvendo a linha inaugurada por René Champus, como *a atividade administrativa, assegurada ou assumida pelo Estado, que se dirige para à satisfação de interesses coletivos secundários, de fruição individual, e considerados, por lei, como de interesse público*.” (grifos no original)

E conclui o jurista fluminense:

“Assim, no Brasil, os *serviços públicos*, bem como as respectivas

¹⁵ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”

¹⁶ *Curso de Direito Administrativo*, p. 415-416.

competências para prestá-los, estão todos expressos como *funções administrativas*, na Constituição de 1988, seja *explicitamente*, como nos arts. 21, 25, 30 e dispositivos extravagantes dos arts. 194, 196, 200, 201, 203, 205, 208, 211 e 223, seja *implicitamente*, como os que sejam deles derivados e, ainda, todos os demais, que necessitem ser prestados em regime de exploração de atividade econômica.” (grifos no original)

A respeito da ínsita natureza de serviço público da seguridade social, vale citar, na doutrina alienígena, a lição de Jean Jacques Dupeyroux:

“Desse modo, à medida que a seguridade social se torna um serviço público, no qual se expressa uma solidariedade não profissional e sim nacional e à medida que o Estado se incumbe da organização dessa solidariedade e aparece como devedor das prestações concedidas, aos atingidos pelos riscos, a idéia da seguridade social como garantia de renda declina a favor do conceito de uma seguridade social como a garantia de um mínimo vital.”¹⁷

Quanto ao viés subjetivo da natureza jurídica da seguridade social, a nossa Lei Maior já denuncia em seu art. 6º:

“Art. 6º São direitos sociais a educação, a *saúde*, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a *previdência social*, a proteção à maternidade e à infância, a *assistência aos desamparados*, na forma desta Constituição.” (grifos nossos)

Diante disso constata-se que a saúde, a assistência e a previdência são direitos subjetivos públicos, direitos sociais — eis sua natureza jurídica —, direitos fundamentais de segunda dimensão, ou seja, direitos que conferem ao indivíduo o poder de exigir uma prestação do Estado, mas que estão sujeitos a requisitos específicos.

¹⁷ *O Direito à Seguridade Social*, p. 27.

A natureza de direito subjetivo público de que se reveste a seguridade social inclusive é reconhecida em outros ordenamentos jurídicos, como podemos atestar nas lições de Mattia Persiani:

“Tutto ciò ed il fatto che il soggetto passivo di questo diritto sia lo Stato, o altro ente pubblico, fa ritenere esatta, sotto il duplice profilo qui richiamato, la configurazione del diritto alle prestazioni previdenziali come un diritto soggettivo pubblico.”¹⁸

Para além disso, temos que a fundamentalidade de uma situação jurídica pode ser *formal*, quando decorre de enunciação expressa no texto constitucional, ou *material*, quando decorrente das opções políticas basilares do Estado. Consideramos a seguridade social como um direito fundamental por ambos os aspectos.

A seguridade social, relacionada entre os Direitos e Garantias Fundamentais de nossa Constituição, assim, constitui-se inequivocamente em um *direito fundamental*, corolário direto do *princípio da dignidade da pessoa humana*, um dos fundamentos de nossa República¹⁹ e epicentro axiológico de nosso ordenamento jurídico, e que determina a promoção de uma sociedade antropocêntrica, ou seja, na qual o ser humano é a razão de existir do próprio Estado.

O próprio constituinte originário esboçou o conteúdo desse princípio em sua obra, concretizando-o, sendo evidente que os direitos e as garantias

¹⁸ *Diritto Della Previdenza Sociale*, p. 104.

¹⁹ Art. 1º, inciso III, da CRFB/1988.

fundamentais são expressão de seu significado. Ana Paula de Barcellos, expoente da nova safra de constitucionalistas pátrios, em profundo estudo sobre o tema²⁰, assim discorre sobre o princípio da dignidade da pessoa humana:

“Como já se registrou, também fazem parte desse conteúdo mínimo da dignidade os chamados direitos da liberdade, *e.g.*, liberdade de expressão, liberdade religiosa, liberdade de locomoção, direito de propriedade, etc., embora o tema não vá ser tratado aqui especificamente. Não por desprestígio, faça-se a ressalva, mas apenas porque a normatividade desses direitos já se encontra definitivamente consolidada nos textos constitucionais, existindo inclusive todo um instrumental processual específico para a sua tutela. Mais importante a essa altura é saber que outros direitos — correspondentes a outros efeitos pretendidos pelo princípio — estão contidos no conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana.”

Ao final de sua análise, conclui a brilhante autora:

“Na linha do que se identificou no exame sistemático da própria Carta de 1988, o *mínimo existencial* que ora se concebe é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça. Repita-se, ainda uma vez, que esses quatro pontos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva e, *a fortiori*, o *status* de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário.” (grifos no original)

Ousamos discordar parcialmente da ilustre monografista para afirmar que melhor andaria se incluísse nesse rol a previdência social, aglutinando-a aos demais direitos sociais, e afirmando, como aqui afirmamos, que o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial, constitui-se da educação fundamental, da *seguridade social*, e do acesso à Justiça.

²⁰ *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*, p. 258.

Essa afirmação decorre do fato de que a seguridade social revela-se como um sistema, no qual os órgãos possuem funções próprias, mas interdependentes, sendo certo que para a consecução de seu fim necessita da atuação harmônica de todos eles. Nas lições do insigne mestre Wagner Balera²¹:

“No ambiente de justiça social, no qual estará garantida vida digna ao ser humano, o Sistema atua como o organismo que identifica as necessidades de proteção das pessoas e, mediante atuação sistêmica e coordenada de seus programas, trata de lhes dar resposta.”

Essa interdependência é facilmente aferível ao constatarmos que a *previdência social* contribui eficazmente para a prevenção de contingências que afetariam a saúde pública quando, por exemplo, garante aos idosos, aos inválidos e aos temporariamente incapacitados uma renda mínima, ou a manutenção de seu poder aquisitivo, propiciando a continuidade de uma alimentação adequada e a aquisição de medicamentos. Da mesma forma, ao garantir um rendimento mínimo, ou a manutenção da renda percebida na atividade aos segurados, e a de seus dependes no caso de falecimento ou reclusão dos mesmos, evita que um grande universo de pessoas seja obrigado a buscar socorro na assistência social.

Evidencia-se também essa interdependência quando damos conta que a eficiente atuação da *saúde*, mormente no seu viés preventivo, alivia os ônus suportados pela previdência e pode evitar a proliferação de doenças que

²¹ *Sistema de Seguridade Social*, p. 17.

venham a incapacitar os indivíduos temporariamente para o seu trabalho habitual — como ocorre nos surtos de dengue dos verões cariocas —, evitando também, dessa forma, as despesas com a concessão de benefícios de auxílio-doença (art. 59 da Lei nº 8.213/91). Do mesmo modo, as campanhas preventivas que mantêm erradicada a poliomielite em nosso País diminuem os gastos da assistência social com a concessão do benefício de amparo assistencial aos inválidos (art. 20 da Lei nº 8.742/93).

Finalmente, a assistência social, ao garantir um rendimento mínimo para idosos e deficientes não beneficiados pela previdência social, ao promover programas de distribuição de renda como Bolsa Família, Bolsa Escola, Vale-Leite, restaurantes populares etc., propicia condições mínimas de existência, diminuindo os gastos da saúde, ao prevenir a desnutrição e doenças decorrentes.

Valendo-nos mais uma vez das precisas palavras do emérito jurista:

“O bem-estar, que se traduz na promoção da pessoa humana, é a força motriz do sistema, apta a justificar o seu existir e a impulsionar seus movimentos sincrônicos. Sem esse motor propulsor, o sistema reduzir-se-ia a simples agregado do organismo estatal.”²²

²² Idem, p. 18.

A fundamentalidade do direito à previdência social, formal e material, esta última decorrente do *status* de núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana, também é reconhecida por Daniel Machado Horta²³:

“É justamente nos momentos nos quais os cidadãos, inseridos na sociedade por força de sua capacidade de trabalho (substancial maioria da população), têm a sua força laboral afetada, ou mesmo negado o acesso ao trabalho, como é cada vez mais comum por força do modelo econômico excludente, que a previdência social evidencia seu papel nuclear para a manutenção do ser humano dentro de um nível existencial minimamente adequada.”

E sendo reconhecida sua *fundamentalidade*, como já foi por todos os instrumentos internacionais anteriormente citados²⁴, não se pode negar aos direitos relativos à seguridade social a *vis* que lhes reconhece o emérito José Carlos Vieira de Andrade:

“a) *imposição legislativa concreta* das medidas *necessárias* para tornar exeqüíveis os preceitos constitucionais — incluindo, por vezes, a garantia pública da existência de um sistema de prestações de bens e serviços —, cujo o incumprimento dará lugar a uma inconstitucionalidade por *omissão* (art. 283.º);

b) *padrão jurídico de controlo judicial de normas*, com *conteúdo mínimo imperativo*, susceptível de fundar uma inconstitucionalidade por acção, e *factor de interpretação normativa*, levando a preferir, entre várias interpretações possíveis das normas legais, a solução mais favorável ao direito fundamental;

c) *fundamento constitucional de restrição ou de limitação* de outros direitos fundamentais, em regra, de direitos, liberdades, e garantias, designadamente quando a Constituição estabeleça *deveres especiais de protecção*;

d) *força irradiante*, conferindo uma certa *capacidade de resistência*, variável em intensidade, dos *direitos derivados* a prestações, enquanto direitos decorrentes de leis conformadoras, às

²³ *O Direito Fundamental à Previdência Social*, p. 111.

²⁴ *Supra*, p. 24-25.

mudanças normativas que impliquem uma diminuição do grau de realização dos direitos”²⁵. (grifos no original)

Também não fugiu à arguta percepção de Marcelo Leonardo Tavares²⁶, ao analisar a doutrina sobre o tema em sua primorosa obra, a natureza de *preceito fundamental*, de direito individual fundamental, que reveste as prestações da seguridade social, o que lhes assegura a qualidade de intangibilidade, por força do art. 60, § 4º, IV, da CRFB/88²⁷, e de proteção por meio de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 102, § 1º, da CRFB/88²⁸). Assim se manifesta o notável jurista fluminense:

“O conceito de preceito fundamental parece não poder ser afastado dos princípios dispositivos de organização do Estado e de proteção dos direitos fundamentais. Estão incluídos aqueles que correspondem aos fundamentos da República, seus objetivos e princípios que regem as relações internacionais estabelecidas pelo Brasil (Título I), bem como os direitos fundamentais, incluindo os direitos prestacionais do mínimo social.”

No entanto, o magistrado federal faz pertinentes temperamentos a essa conclusão, afirmando, especificamente no que tange à previdência social:

“Com base em tudo o que foi exposto, podemos destacar os seguintes aspectos que tornam dotadas de fundamentalidade as prestações sociais do Regime Geral: 1) a solidariedade com os trabalhadores mais desprotegidos socialmente; 2) a proteção dos riscos sociais de morte, da idade avançada, da incapacidade, da maternidade e do desemprego involuntário; 3) a participação do Estado no custeio; 4) a universalidade; 5) a uniformidade; 6) a

²⁵ *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 379.

²⁶ *Previdência e Assistência Social: Legitimação Constitucional Brasileira*, p. 182.

²⁷ “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§ 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

(...)

IV - os direitos e garantias individuais.”

²⁸ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

§ 1º. A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.”

existência de um patamar mínimo de pagamento dos benefícios garantidores dos riscos elencados no item 2, com a manutenção do poder aquisitivo.

Esses parecem ser os requisitos mínimos para a configuração da previdência como direito fundamental e os principais alicerces sobre os quais deve ser estruturado. Para além deles, a garantia depende da disponibilidade orçamentária do Estado, da reserva do possível.”²⁹

Sobre o conceito da *reserva do possível*, vetor interpretativo das normas programáticas, que, por excelência, determinam, estatuem a obrigatoriedade de promoção dos direitos sociais, merece citação a elucidativa lição do festejado constitucionalista lusitano Jorge Miranda:

“Quer as normas programáticas, quer as normas preceptivas não exequíveis por si mesmas caracterizam-se pela relevância específica do tempo, por uma conexa autolimitação e pela necessidade de *concretização*, e não só de *regulamentação* legislativa. Separam-se, no entanto, por as normas preceptivas não exequíveis por si mesmas postularem apenas a intervenção do legislador, actualizando-as ou tornando-as efectivas, e as normas programáticas exigirem mais do que isso, exigirem não só a lei como providências administrativas e operações materiais. As normas não exequíveis por si mesmas preceptivas dependem apenas de factores jurídicos e de decisões políticas; as normas programáticas dependem ainda (e sobretudo) de factores económicos e sociais.”³⁰ (grifos no original)

São esses, portanto, os pontos intangíveis do modelo de proteção social estruturado pelo constituinte de 1988, por serem aqueles sem os quais o mínimo existencial não se encontraria garantido.

²⁹ Idem, p. 237.

³⁰ *Manual de Direito Constitucional*, p. 251.

1.2.2. Instrumentos de atuação

Para o eminente Prof. Wagner Balera, “a seguridade social brasileira terá duas vias de acesso aos problemas sociais: a via *previdenciária* (seguro social) e a via *assistencial* (composta por dois instrumentos de atuação: o sistema de saúde e o sistema de assistência social)”³¹ (grifos no original).

Iniciaremos nossa análise pela assistência pública, que, nas palavras de Jose Manuel Almansa Pastor, constitui

“una parcela de la Administración pública integrada por mecanismos protectores de necesidades sociales dirigidos a garantizar al ciudadano por el Estado y entidades públicas, com carácter graciable, los medios suficientes para atender sus necesidades vitales.”³²

O primeiro dos mecanismos definidos pela Carta da República para a proteção social é a *saúde*, que encontra suas linhas mestras nos seguintes artigos:

“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde,

³¹ Introdução à Seguridade Social. *Introdução ao Direito Previdenciário*, p. 43.

³² *Derecho de La Seguridad Social*, p. 37.

cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
 II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
 III - participação da comunidade.
 § 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.”

Esses mandamentos constitucionais receberam a devida integração legislativa por meio das Leis nº 8.080/90 — Lei Orgânica da Saúde — e 9.656/98 —, que disciplina os planos privados de saúde —, e por suas modificações posteriores.

A *assistência social*, por seu turno, será prestada àqueles que dela necessitarem, independentemente de contribuição, e tem seu delineamento básico nos artigos 203 e 204 da Constituição Republicana de 1988, *in verbis*:

“Art. 203. (...)

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
 II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;
 III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;
 IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;
 V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;
II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.”

Diversas são as leis que instituem programas assistenciais, em todos os níveis da federação, valendo citar, em nível federal, por sua relevância, a Lei Orgânica da Assistência Social (Lei nº 8.742/93), a legislação que promove a integração das pessoas portadoras de necessidades especiais (Lei nº 7.853/89) e o Programa Comunidade Solidária (Lei nº 9.649/99).

Finalmente, a previdência social atua por meio de três regimes: o regime próprio, o regime geral e o regime complementar.

Os *regimes próprios* abarcam os servidores públicos civis ocupantes de cargos efetivos, os exercentes de mandatos eletivos e os militares, da União, estados, Distrito Federal e municípios, encontrando-se seus regimes jurídicos alicerçados, quanto aos dois primeiros no artigos 40 e quanto ao terceiro no art. 142, ambos da CRFB.

Os primeiros, que ingressaram no serviço público até o advento da Emenda Constitucional nº 41/2003, possuem as garantias da integralidade e da paridade, ou seja, aposentam-se ou deixam pensão por morte com o valor

de sua última remuneração, e têm seus proventos reajustados pelos mesmos índices e nas mesmas datas dos servidores em atividade.

Aos que se filiaram a partir de 01 de janeiro de 2004, aplicam-se os critérios do RGPS (art. 40, § 3º, da CRFB), ou seja, seus proventos serão fixados por meio de cálculo que leve em consideração as contribuições vertidas durante a carreira devidamente atualizadas, e seus proventos serão limitados não só ao “teto” constitucional — limite máximo de contribuição e de remuneração —, desde que criado o regime complementar previsto no art. 40, § 15, da CRFB, mas, também, ao valor da última remuneração que receberam na atividade, devendo ser reajustados nas mesmas datas e pelos mesmos índices e dos benefícios do Regime Geral. Essas alterações encontram-se regulamentadas pela Lei nº 10.887, de 18.06.2004.

O Regime Geral (RGPS), nos termos do art. 201 da Carta da República, tem caráter contributivo e obrigatoriedade de filiação, devendo observar critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, protegendo, nos termos da lei, os seguintes riscos, *in verbis*:

“I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;
II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;
III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;
IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;
V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.”

O Regime Geral de Previdência Social foi organizado por meio da Lei nº 8.212/91 (Plano de Custeio) e da Lei nº 8.213/91 (Plano de Benefícios), que vêm sendo constantemente modificadas desde sua edição, seja por iniciativa do legislador ordinário, como no caso da Lei nº 9.032/95, seja pela observância do mesmo aos comandos do constituinte reformador (e.g., Emenda Constitucional nº 20/98). Atualmente, essas leis encontram-se regulamentadas pelo Decreto nº 3.048/99.

Estão abrangidos pelo regime geral os exercentes de atividade laborativa que não se encontrem incluídos nos regimes próprios, ou seja, os trabalhadores regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), os profissionais liberais, os empregados domésticos, entre outros. Os servidores públicos civis exercentes de cargos em comissão, ou seja, de livre provimento e exoneração, estão expressamente excluídos dos regimes próprios e submetidos ao RGPS, e os exercentes de mandato eletivo somente estarão a ele submetidos quando não forem contemplados pelo seu regime próprio (Lei nº 9.506/97).

Tanto o regime próprio dos servidores públicos civis quanto o regime geral têm como características principais a *compulsoriedade da filiação* e a *adoção do regime de repartição no custeio*, ou seja, os segurados contribuem obrigatoriamente para a formação de um fundo comum, que arca com o pagamento dos benefícios em manutenção, não havendo uma relação de equivalência entre as contribuições vertidas e os benefícios recebidos, mas

somente a garantia da manutenção do poder aquisitivo destes últimos. Tem-se aqui a idéia do “pacto de gerações”, ou seja, a geração que hoje se encontra na atividade custeia os benefícios dos inativos na expectativa de vir a ter seus benefícios custeados pelas gerações vindouras. Cabe ressaltar que o regime próprio dos exercentes de mandatos eletivos tem caráter facultativo, e o dos militares não possui caráter contributivo, ressalvadas as contribuições para pensões militares (Lei nº 3.765, de 04.05.1960, e alterações posteriores).

O *regime complementar* encontra-se previsto no art. 202 da CRFB, do qual se extraem suas características principais: a *facultatividade*, a *contratualidade* e a adoção do regime de *capitalização no custeio*, ou seja, os participantes dos planos de proteção contribuem para um fundo individual, e os benefícios concedidos guardam relação direta com as contribuições vertidas. Como se infere da própria denominação, tem como objetivo primordial complementar a renda do indivíduo que na atividade recebia valor superior ao “teto” do RGPS.

A previdência complementar encontra-se regulamentada pelas Leis Complementares nº 108 e nº 109, ambas de 2001, que se referem, respectivamente, à previdência complementar fechada e à previdência complementar aberta. A distinção entre elas consiste em que a primeira destina-se exclusivamente a participantes que possuam o mesmo empregador, ou que tenham uma relação jurídica-base comum — como a mesma relação estatutária e a mesma categoria profissional, classista ou setorial —, e deverão

ser instituídas como sociedades civis sem fins lucrativos³³, enquanto a segunda encontra-se disponível à participação de qualquer interessado, sendo necessária sua constituição na forma de sociedade anônima.

Os planos de proteção possuem duas modalidades principais: a de *contribuição definida*, na qual “o participante não sabe qual será seu benefício à época de sua aposentadoria (plano de acumulação de capital, onde o benefício será diretamente proporcional ao que foi acumulado e capitalizado ao longo do tempo)”³⁴, e a de *benefício definido*, na qual “já se sabem de antemão os valores dos futuros benefícios de aposentadoria no momento da contribuição”³⁵. Nesta última, o participante fixa o valor que pretende receber quando implementado o risco protegido, sendo certo que o valor da contribuição variará de acordo com o desempenho do gestor dos recursos, pois deverá aumentar ou diminuir para adequar-se à previsão inicialmente feita.

O mencionado artigo 202, cuja redação foi dada pela Emenda Constitucional nº 20/98, ainda ostenta a expressão “regime de previdência privada de caráter complementar”, que na verdade deveria ter sido substituído, por ocasião da Emenda Constitucional nº 41/2003, pela expressão “regime de previdência complementar”, para guardar harmonia com o disposto no parágrafo 15 do art. 40 da CRFB, com redação dada pela última,

³³ Eliane Romeiro Costa, *Previdência Complementar na Seguridade Social*, p. 82-83.

³⁴ Arthur Bragança de Vasconcellos Weintraub, *Previdência Privada*, p. 115.

³⁵ *Ibidem*, mesma página.

que prevê a possibilidade da criação de uma entidade pública de previdência complementar para os servidores públicos exercentes de cargos efetivos que entraram no serviço público após a sua publicação, sendo certo que os servidores admitidos anteriormente também poderão optar por esse regime.

Constata-se que, na verdade, estamos diante de dois grandes regimes: o de *previdência básica*, garantidor da proteção mínima — revelando um limite máximo de proteção que a sociedade, por força do princípio da solidariedade, encontra-se disposta a garantir —, e que engloba os regimes próprios e o regime geral, e o de *previdência complementar*, que abrange aqueles que têm condição e desejam contratar uma garantia mais ampla.

São dignos de nota, ainda, os chamados *regimes específicos*³⁶, aos quais estão submetidos determinados indivíduos que recebem, na verdade, um prêmio ou uma indenização — tendo por isso, muitas vezes, nítido caráter assistencial — por estarem envolvidos em determinados fatos históricos, ou mesmo uma forma privilegiada de cálculo da qual se beneficiam determinadas categorias profissionais em razão de prestígio que gozavam em determinado momento histórico-político, como ocorre com os *anistiados políticos* (Lei n° 10.559/2002), com os ex-combatentes da 2ª Guerra Mundial (Lei n° 8.059/90), com os ferroviários (Lei n° 8.186/91), com os aeronautas (Decreto-Lei n° 158/67³⁷), com os jornalistas profissionais (Lei n° 3.529/59, revogada

³⁶ Marcelo Leonardo Tavares, *Direito Previdenciário*, p. 248 a 299.

³⁷ Não recepcionado pelo parágrafo primeiro do art. 201 da CRFB, com a redação a partir da EC n.º 20/98:

pela Lei nº 9.528/97), com os atletas de futebol (Lei nº 5.939/73, revogada pela Lei nº 9.528/97), com os portadores de Síndrome da Talidomida (Lei nº 7.070/82), (Lei nº 7.986/89) e com as vítimas de tratamento de hemodiálise de Caruaru (Lei nº 9.422/96).

Nota-se, diante disso, que o constituinte de 1988 delineou claramente as diferenças no acesso aos instrumentos de atuação da Seguridade Social: a saúde será prestada a todos que solicitarem, a assistência àqueles que necessitarem, e a previdência somente àqueles que contribuírem.

Por todo o exposto, chega-se facilmente à conclusão de que o Estado brasileiro não alcançou ainda a fase da seguridade social plena, mantendo ainda um sistema misto, aliando a técnica do seguro social, que deixa ao desamparo aqueles que não exercem atividade laborativa, à da assistência social, que tenta garantir o mínimo existencial àqueles que estão excluídos da proteção previdenciária.

1.2.3. Princípios Constitucionais da Seguridade Social

O parágrafo único do artigo 194 da Constituição Republicana de 1988 relaciona, em seus incisos, os “objetivos” da Seguridade Social Brasileira, os

“§ 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob

quais a doutrina nacional, quase à unanimidade, considera como os Princípios da Seguridade Social, com algumas nuances diferentes na nomenclatura. Eis a redação do dispositivo:

“Art. 194. (...)

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos 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, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.”

Quanto às demais normas constitucionais da seguridade social, não existe consenso a respeito de sua natureza de regra ou princípio, variando conforme o ponto de vista do intérprete.

De acordo com Luis Roberto Barroso³⁸, levando em conta o critério da abrangência, que parte da premissa de que nem todos os princípios possuem o mesmo raio de atuação ou aplicabilidade, podemos classificar os princípios da seguridade social como “princípios *setoriais* ou *especiais*, que são aqueles que presidem um específico conjunto de normas afetas a determinado tema,

condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar.”

³⁸ *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 150-151.

capítulo ou título da Constituição. Eles se irradiam limitadamente, mas no seu âmbito de aplicação são supremos”.

Gizamos tal classificação por entendermos que esses princípios, como mencionado pelo renomado constitucionalista fluminense, presidem a aplicação e são supremos no que tange ao *tema* do qual tratam, qual seja, a seguridade social, seja pública ou privada, básica ou complementar, e geral ou própria, respeitadas as regras e os princípios específicos.

Fazemos isso com o intuito de sustentar que esses princípios devem ser observados, por exemplo, pelos regimes próprios de previdência, como, aliás, já foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal ao considerar materialmente inconstitucional³⁹ regra contida em constituição estadual que incluía entre os dependentes dos servidores públicos beneficiário que não estava abrangido pelo conceito de dependência delineado pelo art. 201, V, da CRFB⁴⁰.

Considerando que o precedente mencionado data do ano de 1996, entendemos que nos dias de hoje a irradiação da força normativa dos princípios e regras relativos à seguridade social aos regimes próprios mostra-se muito mais evidente, e até inquestionável, em virtude das reformas

³⁹ ADIN nº 240-6/RJ, Rel. Min. Octavio Gallotti, j. 26.09.1996, DJ 13.10.2000.

⁴⁰ “Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

(...)

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º”.

empreendidas pelas Emendas Constitucionais nºs 20 e 41, que aproximaram em muito o regime jurídico dos servidores públicos ao RGPS, podendo ser citados, v.g., o fim das garantias da integralidade e da paridade e a extensão da metodologia de cálculo e do teto do valor dos benefícios.

Ultrapassada essa questão, temos que ressaltar, acerca da eficácia dos princípios constitucionais da seguridade social, a lição de Marcelo Leonardo Tavares:

“Os objetivos da seguridade social são veiculados mediante princípios que espriam seus efeitos pelas três áreas de concentração da seguridade, informando condutas estatais, normativas e administrativas, de previdência, assistência e saúde. Os princípios da seguridade não estão aptos à produção imediata de efeitos. Sua natureza institutiva (carecem de concretização mediante criação de instituições previstas em lei) gera aplicabilidade mediata, indireta, não integral, servindo: 1) como vetor de orientação interpretativa das regras constitucionais e de normas legais e administrativas; 2) de paradigma para verificação de validade material de normas infraconstitucionais editadas antes (recepção) ou depois da Carta (controle de constitucionalidade), e 3) para impedir o retrocesso na proteção do núcleo das prestações sociais sobre a matéria.”⁴¹

Nosso escopo no presente capítulo é empreender uma releitura dos chamados princípios constitucionais da seguridade social, confirmando ou infirmando a natureza principiológica das normas veiculadas pelos respectivos dispositivos — e até mesmo defendendo a existência de princípios não expressos —, com base nas premissas a serem estabelecidas no próximo capítulo, ou seja, com base na Teoria dos Princípios de Humberto Ávila,

⁴¹ *Previdência e Assistência Social: Legitimação Constitucional Brasileira*, p. 188-189.

tarrafa na qual fatalmente iremos de encontro ao que ordinariamente é pregado pela doutrina pátria.

Não se trata de mero capricho acadêmico, mas de expediente que viabilizará a interpretação das normas constitucionais relativas à seguridade social de modo a dar-lhes uma maior eficácia normativa — como a exigência de um maior grau de justificação para sua não aplicação⁴² —, intrínseca às regras, e que determinará uma maior possibilidade de controle judicial dos direitos sociais fundamentais por eles estatuídos.

⁴² *Infra*, p. 52.

2. PRINCÍPIOS E REGRAS

2.1. Considerações Gerais

Antes de abordarmos especificamente os princípios constitucionais da seguridade social, faremos uma breve revisão dos conceitos da Teoria Geral do Direito acerca das espécies de normas jurídicas, para que possamos definir, por meio da distinção em relação às demais espécies normativas, o núcleo conceitual dos princípios.

Não buscaremos de qualquer forma esgotar a discussão a esse respeito, mas nos utilizaremos dos critérios e conceitos trazidos para a Dogmática Jurídica nacional pelo eminente jurista Humberto Ávila, por meio de valorosa monografia sobre o tema denominada “Teoria dos Princípios”, na qual buscou demonstrar que espécies normativas diversas vinham sendo tratadas indiscriminadamente como princípios, apresentando critérios diferenciadores para evitar tal confusão.

Buscando demonstrar essa confusão conceitual, tomemos o exemplo do art. 195, § 5º, da CRFB, cujo texto afirma:

“Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.”

Para o insigne Mestre Wagner Balera, trata-se de uma regra, por ele apelidada de “Regra da Contrapartida”⁴³, nomenclatura também adotada pelos renomados juristas Miguel Horvath Júnior⁴⁴, Daniel Machado Rocha e José Paulo Machado⁴⁵ em expressa referência ao emérito jurista, e que também adotamos diante da evidente propriedade. Nada obstante, outros doutrinadores de escol como Marcelo Leonardo Tavares⁴⁶ e Uendel Domingues Ugatti⁴⁷ concebem-na como um princípio, ficando evidente assim a falta de consenso acerca do tema.

Essa falta de uniformidade decorre não somente dos vários critérios distintivos criados pela doutrina, mas também — e com maior motivo — da falta de objetividade desses critérios. Tal fenômeno não ocorre unicamente entre nós, como podemos constatar no seguinte trecho da magistral obra de Robert Alexy:

“Numerosos son los criterios propuestos para la distinción entre reglas e principios. El de generalidad es el más frecuentemente utilizado. Según el, los principios son normas de un grado de generalidad relativamente alto, y las reglas normas con un nivel bajo de generalidad. Un ejemplo de una norma con un nivel relativamente alto de generalidad es la norma que dice que cada cual goza de libertad religiosa. En cambio, una norma según la cual todo preso tiene o derecho de convertir a otros presos tiene um grado relativamente bajo de generalidad. Según el criterio de generalidad, se prodría pensar que la primera norma podría ser

⁴³ Op. cit. p. 69.

⁴⁴ *Direito Previdenciário*, p. 73.

⁴⁵ *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*, p. 345.

⁴⁶ *Direito Previdenciário*, p. 8.

⁴⁷ *O Princípio Constitucional da Contrapartida na Seguridade Social*, p. 71.

clasificada como principio y la segunda como regla. Como otros criterios de distinción se discuten la 'determinabilidad de los casos de aplicación', la forma de su génesis — por ejemplo, la distinción entre normas 'creadas' y 'desarrolladas' — el carácter explícito del contenido valorativo, la referencia a la idea del derecho o a una ley jurídica suprema y la importancia para el ordenamiento jurídico. Además, las reglas y los principios son diferenciados según que sean fundamentos de reglas o reglas ellos mismos o según se trate de normas de argumentación o comportamiento.”⁴⁸

Para o autor, no entanto:

“El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las *reglas* son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas e principios es cualitativa u no de grado. Toda norma es bien una regla ou un principio.”⁴⁹ (grifos no original)

Nada obstante, a “Teoria dos Princípios” de Humberto Ávila leva-nos a conclusão diversa da sustentada por Alexy, a despeito de sua decisiva contribuição para o estudo do tema, fornecendo-nos critérios distintivos objetivos, e que serão utilizados para que façamos uma releitura dos princípios constitucionais da seguridade social, demonstrando também a existência de regras que, muitas vezes chamadas de princípios, na verdade estão concretizando princípios subjacentes.

⁴⁸ *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 83-85.

⁴⁹ *Idem*, p. 86-87.

Fixadas essas premissas, cabe assentar em primeiro lugar a distinção entre texto e norma. Com efeito, pode-se afirmar que as normas não se confundem com os textos, ou dispositivos, nem necessariamente correspondem a um conjunto deles: pode haver dispositivo sem norma, e norma sem dispositivo, restando evidente que os textos, ou dispositivos, são o objeto da atividade hermenêutica, sendo as normas a conclusão da mesma.

Em verdade, os dispositivos são os pontos de partida do processo de reconstrução da norma. Os textos legais são editados para serem interpretados, para que deles se extraiam normas, ou seja, para que a partir deles se construam as normas, nada obstante contenham um conteúdo semântico mínimo, que deverá ser respeitado sob pena de desvirtuamento da conclusão⁵⁰. Exemplificando: o conteúdo da palavra “temporária” dependerá da atividade do intérprete, mas não se pode admitir que o mesmo chegue à conclusão de que se trate de algo definitivo.

Sendo assim, fica desde logo claro que a jurisprudência e a Ciência do Direito não descrevem as normas contidas nos textos, mas lhes dão conteúdo, constituem seu significado⁵¹. Se um princípio está ou não contido em um dispositivo, isso dependerá da atividade cognitiva do intérprete.

⁵⁰ Eros Roberto Grau, *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 28.

⁵¹ Idem, p. 22.

São duas as premissas adotadas por Humberto Ávila para construir sua teoria sobre a distinção entre as espécies normativas. A primeira é a de que se trata de uma distinção heurística, ou seja, uma

“distinção que privilegia o valor heurístico, na medida em que funciona como *modelo* ou *hipótese provisória* de trabalho para uma posterior reconstrução de conteúdos normativos, sem, no entanto, assegurar qualquer procedimento estritamente dedutivo de fundamentação ou de decisão a respeito desses conteúdos”⁵². (grifo no original)

A segunda premissa é a de que está se construindo uma “dissociação em alternativas inclusivas”, ou seja:

“O fato de que os dispositivos que servem de ponto de partida para a construção normativa podem germinar tanto uma regra, se o caráter comportamental for privilegiado pelo aplicador em detrimento da finalidade que lhe dá suporte, como também pode proporcionar a fundamentação de um princípio se o aspecto valorativo for *autonomizado* para alcançar também comportamentos inseridos noutros contextos. Um dispositivo cujo significado preliminar determina um comportamento para preservar um valor, caso em que seria enquadrado como uma regra, permite que esse valor seja autonomizado para exigir outros comportamentos, não descritos, necessários à sua realização.”⁵³ (grifos no original)

Aliás, outro não é o motivo da confusão em torno do enquadramento de determinado dispositivo como enunciador de um princípio ou instituidor de uma regra. Como de ambas as espécies normativas podemos inferir o valor que por ela busca-se a realização, a tendência a confundi-las é inevitável, fazendo com que o intérprete tenda a considerar como princípio aquelas normas que lhe pareçam mais importantes, abrangentes ou gerais.

⁵² Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios*, p. 60.

⁵³ *Ibidem*, p. 61-62.

2.2. As espécies normativas: princípios e regras

Ultrapassadas essas considerações, temos que as normas jurídicas dividem-se em três espécies: princípios, regras e postulados. Analisaremos em primeiro lugar as duas primeiras.

Os princípios

“são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária a sua promoção”⁵⁴.

Por seu turno, as regras são

“normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos”⁵⁵.

Dos conceitos ofertados saltam aos olhos os critérios distintivos adotados: o *critério da natureza do comportamento prescrito*, o *critério da natureza da justificação exigida* e o *critério da medida de contribuição para a decisão*.

⁵⁴ Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios*, p. 70.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 70.

2.2.1. Critério da natureza do comportamento prescrito

Pelo *critério da natureza do comportamento prescrito*, tem-se que os princípios são normas imediatamente finalísticas, ou seja, indicam um fim, um objetivo, um estado de coisas a ser promovido pelo aplicador ou pelo intérprete, sem, no entanto, especificar, ou sequer exemplificar, como o aplicador ou o intérprete devem atuar. Em suma, os princípios são normas que determinam condutas, obrigam providências legislativas, administrativas ou jurisdicionais, que promovam um fim, que levem à construção de uma realidade que só será alcançada se determinados comportamentos forem adotados.

Por seu turno, as regras são normas mediatemente finalísticas porque estabelecem indiretamente o fim, o estado de coisas a ser alcançado, por meio da conduta que descrevem, e cuja prática tornam obrigatória. Diversamente dos princípios, as regras impõem um comportamento, positivo ou negativo, descrevem uma conduta e fixam uma competência — na lição sempre atual de Kelsen⁵⁶ —, que promove uma finalidade, uma realidade querida pelo legislador. Em síntese:

⁵⁶ Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, p. 6.

“(…) a distinção é centrada na proximidade de sua relação, imediata ou mediata, com fins que devem ser atingidos e com condutas que devem ser adotadas. Isso permite que o aplicador saiba, de antemão, que tanto os princípios quanto as regras fazem referência a fins e a condutas: as regras prevêm condutas que servem à realização de fins devidos, enquanto os princípios prevêm fins cuja realização depende de condutas necessárias.”⁵⁷

Tomemos como exemplo o princípio da solidariedade, insculpido no inciso I do art. 3º da Carta da República⁵⁸, que determina que o Estado brasileiro promova, busque a construção de uma sociedade na qual seus integrantes colaborem mutuamente para o bem comum, para o bem-estar de todos. Constata-se que o princípio enunciado em momento algum diz quais as condutas que devem ser tomadas para a consecução desse fim, limitando-se a estatuir a obrigatoriedade de sua promoção.

No entanto, ao nos debruçarmos sobre a rede de proteção social criada pelo Constituinte Democrático de 1988, cujas estruturas básicas estão lançadas no Capítulo II do Título VIII da Lei Maior, deparamo-nos com a regra constante do artigo 195, segundo a qual:

“Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:”

Na leitura do dispositivo evidencia-se a estipulação, a descrição de uma conduta, uma conduta para toda a sociedade, diretamente ou por meio do próprio Estado, qual seja, de contribuir, financiar um sistema cujo papel é

⁵⁷ Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios*, p. 64-65.

⁵⁸ “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

proteger seus próprios integrantes, encontrando-se fixados inclusive os meios pelos quais o legislador promoverá esse financiamento, relacionados os fatos geradores das contribuições para esse sistema e facultada a criação de outros meios de arrecadação.

Dos dois dispositivos, ou seja, do princípio da solidariedade (art. 3º, I, da CRFB/1988), ou da regra que prescreve a obrigação de contribuir para a proteção de si próprio e do próximo (art. 195, *caput*, da CRFB/1988), podem ser extraídos os mesmos valores: a vida humana, valor máximo da sociedade ocidental; a liberdade, pois não se pode concebê-la sem a satisfação das necessidades elementares do ser humano; a igualdade e a fraternidade, pois da condição de irmãos, de iguais, de detentores do mesmo destino no globo terrestre, surgem o dever e a necessidade de mútua preservação, de apreço mútuo, cuja manifestação mais veemente encontramos nos sistemas de seguridade social.

Fica claro, dessa forma, que não podemos confundir princípios com valores, pois, apesar de enunciarem valores, os princípios deles se distinguem por constituírem normas que determinam condutas no sentido de que seja implementada uma realidade na qual o valor enunciado esteja presente.

2.2.2. Critério da natureza da justificação exigida

Pelo *critério da natureza da justificação exigida* temos que

“a interpretação e a aplicação das regras exigem uma avaliação da correspondência entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma e da finalidade que lhe dá suporte, ao passo que a interpretação e a aplicação dos princípios demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas posto como fim e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária”⁵⁹.

Levando em conta que as regras descrevem condutas que devem ser obrigatoriamente adotadas para a consecução do estado de coisas pretendido pelo legislador, a atividade do intérprete ou legislador limita-se a aferir se a conduta praticada corresponde à conduta descrita no dispositivo, não havendo a necessidade de justificar ou fundamentar a adoção da conduta, pois a justificação está na própria descrição normativa, ou seja, o ônus argumentativo para a aplicação da regra é deveras pequeno.

Hipótese diversa ocorre quando o intérprete ou aplicador verifica que, apesar de haver a adequação fático-normativa, a conduta não se adapta à finalidade pela qual a regra foi criada, ou que existem razões justificadoras de sua não aplicação. Nesse caso, o ônus argumentativo mostra-se muito maior.

Deve ficar claro desde já que

⁵⁹ Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios*, p. 65.

“nem toda norma incidente é aplicável. É preciso diferenciar a aplicabilidade de uma regra da satisfação das condições previstas em sua hipótese. Uma regra não é aplicável somente porque as condições previstas em sua hipótese são satisfeitas. Uma regra é aplicável a um caso se, e somente se, suas condições são satisfeitas e sua aplicação não é excluída pela razão motivadora da própria regra ou pela existência de um princípio que institua uma razão contrária”⁶⁰.

Para o ilustre professor Humberto Ávila, essa solução decorre do postulado da razoabilidade, que, em uma de suas concepções, corresponderia ao conceito aristotélico de equidade, atuando no processo interpretativo por força do princípio da justiça⁶¹.

André Fontes, em suas sempre preciosas lições, atribui o fenômeno de superação das regras pelas razões de sua criação à hermenêutica, à equidade- interpretação. Nas palavras do eminente jurista fluminense:

“Na aplicação da norma jurídica deve-se sempre atender à sua finalidade (*intentio legis*). Nesse sentido, a interpretação teleológica determina as interpretações que visem a alcançar o fim da norma jurídica. Certo, no entanto, que, às vezes, a finalidade de norma somente é atingível quando se nega a sua própria aplicação, de maneira que a fórmula de equidade (interpretação) passa a ser a de ‘realizar a finalidade da norma deixando de aplicá-la’”⁶².

Na prática, constatamos equívocos nesse procedimento. Muitos magistrados utilizam essa técnica, do afastamento da aplicabilidade, acreditando estar exercendo controle incidental de constitucionalidade. Na verdade, uma norma não é “inconstitucional no caso concreto”, mas sua inconstitucionalidade pode ser aferida no julgamento de um conflito

⁶⁰ Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios*, p. 105-106.

⁶¹ *Ibidem*, p. 106.

⁶² André R. C. Fontes, *Jurisdição por equidade e Equidade-Criação*, p. 46.

intersubjetivo de interesses: ou ela obedeceu ao processo legislativo constitucional — e é formalmente constitucional —, e está de acordo com as opções políticas insertas no Texto Magno — e é materialmente constitucional —, sendo, portanto, válida, ou, ao contrário, mostra-se inválida.

O ilustre magistrado federal Eduardo Appio, em breve mas primoroso artigo, aborda a questão da seguinte forma:

“No modelo norte-americano, a forma como a lei é aplicada por uma das partes não entra no debate acerca de sua (in)constitucionalidade. O controle é feito no caso concreto, mas a partir de considerações de *ordem abstrata e objetiva*, em face das quais as condições peculiares das partes nada interferem na decisão judicial. A lei deixará de ser aplicada pelo juiz singular caso se apresente (objetivamente) incompatível com a Constituição. Desta maneira, invalida-se uma solução legislativa que se mostra objetivamente incompatível com a Constituição, não porque aplicada no caso concreto conduz a uma afronta para com a Constituição, mas sim porque, examinada no plano político-abstrato, contraria decisões do constituinte.”⁶³ (grifos no original)

Prossegue o autor:

“As considerações de ordem subjetiva, fundadas nas peculiaridades do caso concreto e na situação particular das partes envolvidas no litígio se situam no plano da aplicação da lei e não no plano do controle de constitucionalidade. O plano da aplicação não está situado numa dimensão política, mas sim no plano de uma justificação moral para a solução do caso concreto, que muito se aproxima do conceito aristotélico de equidade. Está, por conseguinte, situado no campo de uma racionalidade prática, para a qual tem uma grande contribuição a prestar, a partir de uma jurisprudência principiológica.”⁶⁴

Em evidente crítica às lições do festejado jurista Robert Alexy, continua mais adiante:

⁶³ *A teoria da inconstitucionalidade induzida*, p. 74.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 75.

“No plano da aplicação, caso o juiz considere que o resultado prático de sua decisão irá afrontar um princípio constitucional que entende prevalente para aquele caso concreto, deverá rejeitar a aplicação desta lei. Com isto, abre-se a possibilidade de aplicar diretamente o princípio constitucional que reputa prevalente, uma vez que os princípios constitucionais não se constituem em meros mandatos de otimização, mas sim em normas que deontologicamente obrigam uma determinada decisão judicial.”⁶⁵

O autor traz como conclusão prática a constatação de que a não aplicação de uma regra, conforme aqui demonstrado, daria ensejo à interposição de Recurso Especial fundado na alínea *a* do inciso III do art. 105 da CRFB⁶⁶, e não ofertaria a possibilidade, como comumente ocorre em virtude da declaração da “inconstitucionalidade no caso concreto”, de interposição de Recurso Extraordinário com base na alínea *a* do inciso III do art. 102 da CRFB⁶⁷.

Citamos como exemplo da segunda hipótese de não aplicação de uma regra, ou seja, de existência de razões superiores justificantes, ou de um princípio que institua razão contrária, sentença por nós proferida ao ensejo do julgamento de demanda na qual era pretendida a condenação do INSS ao pagamento do benefício de pensão por morte à parte autora, em razão de sua

⁶⁵ Ibidem, p. 75.

⁶⁶ “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(...)

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;”

⁶⁷ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;”

condição de companheira do falecido segurado⁶⁸. Por ocasião da morte do mesmo, ainda durante o trintídio de que trata o inciso I do art. 74 da Lei nº 8.213/91⁶⁹, a autora dirigira-se ao posto de atendimento da autarquia para requerer o benefício a seu favor e em favor de seu filho, então menor impúbere, momento no qual teve seu benefício indeferido verbalmente, diante da não apresentação da documentação de que trata o art. 22, § 3º, do Decreto 3.048/99, tendo sido o mesmo concedido somente em favor do menor. Quando da maioridade de seu filho, e conseqüente extinção do benefício, a autora intentou a demanda para buscar a concessão do mesmo em seu favor, e pagamento de atrasados desde a data do óbito, pretensão que, diante das provas trazidas aos autos, foi acolhida em parte.

O acolhimento parcial deu-se porque as regras de experiência — ou da presunção *hominis*, decorrente do conhecimento comum, de como as relações em sociedade ordinariamente ocorrem — mostrarem que via de regra os segurados não conseguem sequer formalizar seus requerimentos, recebendo simples negativas verbais dos funcionários da autarquia, e a data da entrada do requerimento do benefício de seu filho levarem à verossimilhança da alegação de que, embora tenha buscado seu benefício dentro do trintídio legal, o mesmo foi indeferido verbalmente.

⁶⁸ Processo nº 2005.5164000072-8; Juizado Especial Federal Adjunto à Vara Federal de Magé – Seção Judiciária do Rio de Janeiro; julgada em 17.05.2005.

⁶⁹ “Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data:

I - do óbito, quando o requerida até trinta dias depois deste;”

A sentença condenou a autarquia ao pagamento do benefício em seu favor somente a partir do dia seguinte ao da cessação do benefício de seu filho, pois, como reconhecido em depoimento pessoal prestado em juízo — e como também decorre das regras de experiência a conclusão de que, especialmente em famílias de baixa renda, a renda recebida por um de seus membros reverte em favor de todo o núcleo familiar —, os valores pagos ao mesmo eram usufruídos também por sua mãe, ficando, inclusive, sob a administração da mesma.

Pelas regras jurídicas aplicáveis ao caso, duas seriam as possíveis soluções: (i) diante da inexistência da prova do indeferimento administrativo, na qual constaria a data da entrada do requerimento da autora, ou seja, diante da prova de que a autora requereu o benefício dentro do prazo legal estipulado para a retroação de sua data de início ao dia do óbito, restaria ao juiz condenar o Instituto ao pagamento do benefício a partir da citação válida, que, de acordo com *caput* do art. 219 do Código de Processo Civil, constitui em mora o devedor; e (ii) considerando a situação narrada no parágrafo anterior, ou seja, de que indiretamente se chega à conclusão de que o benefício foi requerido no prazo legal, mas indeferido verbalmente, imperiosa seria a incidência da regra do inciso I do art. 74 da Lei 8.213/91, ou seja, a autarquia seria condenada ao pagamento do benefício desde a morte do segurado.

No entanto, nenhuma das duas regras incidentes foi aplicada, pois existiam razões que assim justificavam: (i) a regra que determina o rateio do

valor do benefício em favor dos dependentes (art. 77 do Plano de Benefícios do RGPS); (ii) o fato de que os valores recebidos pela pensão titularizada pelo menor foram utilizados também para o sustento da autora; (iii) a conclusão, pela conjugação dos dois aspectos anteriores, de que o pagamento de acordo com a regra incidente redundaria em enriquecimento sem causa em prejuízo ao Erário.

A solução aplicada ao caso concreto teve o mesmo efeito prático da correta concessão do benefício desde o início, ou seja, em duas cotas-partes, cada uma em favor de cada dependente, pois, nessa hipótese, após a maioridade do filho, sua cota-parte reverteria em favor de sua mãe, tudo conforme o parágrafo primeiro do art. 77 da Lei nº 8.213/91⁷⁰. O princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, decorrente e implícito ao Estado de Direito, agora também inferido das regras positivadas no Código Civil de 2002 (artigos 884 a 886), que disciplinam o ressarcimento em favor do prejudicado pelo locupletamento, obstou solução diversa.

Fica evidente, assim, que o nível de justificação para a não aplicação da regra foi muito maior do que a simples adequação fático-normativa. Isso se dá em razão da decisão juspolítica tomada pela autoridade que editou a norma: ao descrever a conduta necessária para a promoção do fim, o legislador já realizou a ponderação entre os valores em jogo, e prestigiou aquele que

⁷⁰ “Art. 77 – A pensão por morte, havendo mais de um pensionista, será rateada em partes iguais.
§ 1º - Reverterá em favor dos demais a parte daquele cujo direito à pensão cessar.”

entende ser prioritário para a sociedade que representa. Nas palavras sempre precisas de Humberto Ávila:

“A regra consiste numa espécie de decisão parlamentar preliminar acerca de um conflito de interesses e, por isso mesmo, deve prevalecer em caso de conflito com uma norma imediatamente complementar, como é o caso dos princípios.”⁷¹

Obviamente a afirmação do insigne jurista parte da premissa de tratar-se de regras e princípios da mesma hierarquia normativa, ou seja, havendo conflito entre uma regra e um princípio constitucional, a primeira deve em regra prevalecer, pois nela já está contida a decisão, a conduta, a providência necessária para a consecução do fim considerado mais valioso pelo constituinte, ressaltando sempre a hipótese da existência de razões, fáticas e/ou axiológicas, para que justifiquem sua não aplicação. Gize-se, trata-se de uma preferência, pois o *princípio da unidade da Constituição* impõe que todas as normas constitucionais sejam interpretadas como detentoras da mesma hierarquia⁷², mostrando-se necessária a técnica da ponderação para que se aponte qual norma prevalecerá no caso concreto.

Hipótese diversa ocorrerá quando se tratar de norma fruto do exercício do poder constituinte derivado reformador, ou mesmo de qualquer outra norma infraconstitucional, pois estas devem estar de acordo com os princípios e regras superiores, podendo até restringi-los, mas sempre de forma razoável, e com vistas a resguardar outro valor constitucionalmente prestigiado.

⁷¹ *Teoria dos Princípios*, p. 83.

⁷² Cf. J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1.109.

Já os princípios não descrevem condutas, mas criam a obrigação de que sejam praticadas condutas que promovam um estado de coisas, e para a sua aplicação carecem de que seja demonstrada, por meio de fundamentação que a explicita, a relação entre a conduta adotada e o fim pretendido, não se olvidando de realizar a ponderação com outros princípios eventualmente imbricados, ou seja, outras normas em estado de tensão dialógica com a que se busca aplicar, de modo que a aplicação de um não resulte na ineficácia de outro, em homenagem ao postulado da razoabilidade.

De todo o exposto até o momento salta aos olhos a conclusão de que as regras possuem caráter eminentemente retrospectivo, tendo em vista que descrevem uma conduta que promove um estado de coisas que obviamente já é conhecido pelo legislador. Como este saberia se determinada conduta promove determinada situação de fato se já não conhecesse essa relação?

Por seu turno, os princípios possuem caráter primariamente, frise-se, prospectivo, pois criam a obrigatoriedade da promoção de um estado de coisas que em tese ainda é desconhecido do legislador, posto que ainda não realizado, ao menos em sua plenitude. Isso não quer dizer que o legislador não possa ter partido de conhecimentos acumulados em decorrência de fatos passados, mas esse conhecimento não esgota todas as possibilidades de aplicação da norma. Ao fixar um princípio, o legislador nem sequer sabe quais as condutas que podem ser tomadas para a sua observância.

Tomemos por exemplo o princípio da dignidade da pessoa humana e a regra incriminadora do homicídio: ambos buscam promover e preservar o valor vida, mas, enquanto o princípio parte de um conhecimento prévio do legislador acerca da necessidade da promoção de uma sociedade antropocêntrica, ou seja, na qual a vida humana seja o valor supremo, e admite um inimaginável número de providências legislativas, a mencionada regra parte do conhecimento anterior e empírico de que a conduta de matar alguém viola gravemente esse valor.

Tudo isso demonstra o equívoco em que incorreu Ronald Dworkin⁷³ na tentativa de diferenciar princípios e regras, quando afirma que “as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”, pois podem existir razões superiores que justificam a não aplicação de uma regra, sem que se infirme sua validade.

2.2.3. Critério da medida de contribuição para a decisão

Finalmente, pelo critério da *medida de contribuição para a decisão*, os princípios são normas *primariamente complementares e preliminarmente*

parciais, pois, por constituírem apenas parte das razões relevantes para a tomada de uma decisão, não têm o condão de fornecer uma solução única para um conflito de interesses, mas de auxiliar, ao lado de outras razões, para a tal desfecho.

Tomemos o exemplo do princípio constitucional da universalidade da cobertura e do atendimento (art. 194, parágrafo único, inc. I, da CRFB): para a criação de um novo benefício previdenciário, o legislador ordinário não poderia se limitar a observar esse princípio. Teria que levar em conta os princípios da seletividade (art. 194, parágrafo único, inc. III, da CRFB) e da uniformidade (art. 194, parágrafo único, inc. II, da CRFB), bem como teria que respeitar a Regra da Contrapartida⁷⁴, ou seja, deveria indicar fonte de custeio integral.

As regras, por sua vez, são “*normas preliminarmente decisivas e abarcentes*, na medida em que, a despeito da pretensão de abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão, têm a aspiração de gerar uma solução específica para o conflito entre razões”⁷⁵ (grifos no original). Ressalte-se que o advérbio “preliminarmente” quer significar que, apesar terem todos os seus requisitos de incidência preenchidos, podem não ser aplicáveis, para que se atenda a razão pela qual a regra foi criada, ou por razões extraordinárias que a superem.

⁷³ *Levando seus direitos a sério*, p. 39.

⁷⁴ Denominação dada por Wagner Balera ao art. 195, § 5º, da CRFB/88, na obra *A Seguridade Social na Constituição de 1988*, p. 69.

⁷⁵ Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios*, p. 68.

Usando o mesmo exemplo acima, podemos imaginar a hipótese na qual o legislador não tenha respeitado a Regra da Contrapartida, e não tenha apontado a fonte de custeio para um novo benefício criado. Diante disso, a regra incidirá e determinará a sanção prevista, qual seja, a invalidade, a inconstitucionalidade da lei instituidora.

Prosseguindo no exemplo, imaginemos a improvável, mas possível, hipótese na qual o orçamento da seguridade social encontre-se superavitário, ou seja, os recursos arrecadados superam as despesas do sistema. Diante desse quadro o legislador decide criar novo benefício, deixando de indicar nova fonte de custeio. Nesse caso, a lei instituidora não padecerá de vício de inconstitucionalidade por não respeitar a regra da contrapartida, pois o valor que serviu de razão para sua estipulação, o equilíbrio econômico e financeiro do sistema, não correria risco de ser violado pela sua não observância.

2.3. Uma terceira espécie: os postulados normativos

Traçadas as principais diferenças entre regras e princípios, resta agora diferenciar estes dos *postulados normativos*, ou postulados normativos aplicativos, que, apesar de constantemente confundidos com os primeiros, constituem uma espécie de normas com características específicas. Os

postulados não instituem “o dever de promover a realização de um estado de coisas, mas *o modo como esse dever deve ser aplicado*”, ou melhor, “modos de raciocínio e argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos”⁷⁶ (grifos nossos).

São verdadeiras *metanormas*, ou normas de segundo grau, pois estruturam a aplicação das demais espécies normativas, encontrando-se em plano distinto das regras e dos princípios, e sua violação verifica-se quando essas normas são interpretadas em desacordo com sua estruturação, ou seja, o desrespeito a um postulado redundará na violação do princípio ao qual esteja esta estruturando a aplicação.

Também não podemos confundir os postulados com os *sobreprincípios*, porque estes se encontram no mesmo nível das normas que são objeto de aplicação, e “funcionam como fundamento, formal e material, para a instituição e atribuição de sentido às normas hierarquicamente inferiores, ao passo que os postulados normativos funcionam como estrutura para aplicação de outras normas”⁷⁷.

Os sobreprincípios não possuem aplicabilidade direta, pois incidem sempre por meio dos subprincípios dos quais são fundamento. Têm eles função *bloqueadora*, na medida em que proíbem a prática de condutas em sentido contrário aos valores que estipulam, função *interpretativa*, uma vez

⁷⁶ Ibidem, p. 87-89.

⁷⁷ Ibidem, p. 88-89.

que servem para interpretar normas inferiores, aumentando ou diminuindo sua abrangência e seu sentido, e, principal e especificamente, função *rearticuladora*, pois “permitem a interação entre os vários elementos que compõem o estado de coisas a ser buscado”⁷⁸.

Os postulados podem ser inespecíficos, quando não passam de meras idéias gerais de aplicação, e específicos, quando levam em conta critérios objetivos na orientação de sua aplicação.

2.3.1. Postulados inespecíficos

Entre os postulados inespecíficos, sobressaem os da *ponderação de bens*, pela qual se deve dar pesos a elementos — interesses, bens jurídicos e valores — que se imbricam, sem qualquer referência à abordagem material que deve orientar esse sopesamento; da *concordância prática*, que direciona a ponderação, e determina que os valores eventualmente em conflito devem ser harmonizados sempre levando em conta sua máxima realização; e o da *proibição do excesso*, que constitui um limite à promoção de determinadas finalidades constitucionais, qual seja, a supressão, ou a excessiva restrição, de algum direito fundamental.

⁷⁸ Ibidem, p. 80.

A proibição do excesso merece uma análise mais detida. A doutrina pátria costuma considerar esse postulado como um aspecto do princípio da proporcionalidade⁷⁹, o que, na visão de Humberto Ávila⁸⁰, não está correto, pois

“a proibição do excesso está presente em qualquer contexto em que um direito fundamental esteja sendo restringido. Por isso, deve ser investigada separadamente do postulado da proporcionalidade: sua aplicação não pressupõe a existência de uma relação de causalidade entre um meio e um fim. O postulado da proibição do excesso depende, unicamente, de estar um direito fundamental sendo excessivamente restringido. A realização de uma regra ou princípio constitucional não pode conduzir à restrição a um direito fundamental que lhe retire um mínimo de eficácia.”

Recente trabalho do emérito Professor Ingo Wolfgang Sarlet⁸¹, no qual analisa a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, vem trazer uma nova nuance desse postulado, qual seja, seu duplo viés, decorrente da afirmação da eficácia objetiva dos direitos fundamentais, pois no mesmo passo em que criam situações jurídicas subjetivas⁸², direitos subjetivos em favor do indivíduo, também criam um dever especial de tutela, uma obrigação de promoção dos valores por eles veiculados.

Da mesma forma que não se pode permitir que a realização de um valor constitucional veiculado por um direito fundamental social suprima ou restrinja sobremaneira um direito fundamental individual, também não se

⁷⁹ Por todos, consulte-se Lenio Streck, *A Dupla Face do Princípio da Proporcionalidade e o Cabimento do Mandado de Segurança em Matéria Criminal: Superando o Ideário Liberal-Individualista-Clássico*, p. 20.

⁸⁰ Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios*, p. 97.

⁸¹ *Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*.

⁸² Expressão aqui adotada no sentido de situação de vantagem atribuída por uma norma, conceito no qual estão incluídos os direitos subjetivos. Cfr. André Fontes, *A pretensão como situação jurídica subjetiva*, p. 73.

mostra legítimo admitir que o primeiro não seja devidamente promovido, ou protegido, por parte do Estado, contra o mesmo e contra ataque de terceiros, criando a *proibição da insuficiência*, ou a *proibição da proteção deficiente*.

Assim se manifesta o festejado constitucionalista:

“Por outro lado, o Estado — também na esfera penal — poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou mesmo deixando de atuar, hipótese, por sua vez, vinculada (pelo menos em boa parte) à problemática das omissões constitucionais. É neste sentido que — como contraponto à assim designada proibição do excesso — expressiva doutrina e inclusive jurisprudência tem admitido a existência daquilo que se convencionou batizar de proibição de insuficiência (no sentido insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão *Untermassverbot*).”⁸³

Verifica-se então que a promoção de uma finalidade estatal, a concretização do aspecto objetivo de um direito fundamental social, deverá possuir uma adequada intensidade: não poderá suprimir ou restringir demasiadamente um direito fundamental individual considerado em seu aspecto subjetivo, mas também não será legítimo deixar de garantir a mínima efetivação do primeiro.

Dessas idéias decorre a inevitável conclusão de que esse postulado tem aplicabilidade e especial relevância no campo da seguridade social, exemplo máximo de instrumento estatal promotor de valores constitucionalmente consagrados. Ora, se esse postulado é aplicado para justificar a invalidade de normas descriminalizadoras de condutas que lesam direitos fundamentais, ou

⁸³ Idem, p. 25.

para sustentar a inconstitucional omissão legislativa no sentido de punir tais condutas, muito mais servirá de base para reconhecer a inconstitucionalidade por ação ou omissão estatal que determine uma insuficiente proteção de direitos relativos à seguridade social — ou seja, à saúde, à assistência e à previdência —, cuja fundamentalidade já foi exaustivamente afirmada neste trabalho.

Nada obstante, pertinente é a ressalva feita pelo mencionado autor:

“Da mesma forma, verifica-se a existência de substancial convergência quanto à circunstância de que diferenciada a vinculação dos diversos órgãos estatais (legislador, administração e judiciário) ao princípio da proporcionalidade, já que aos órgãos legiferantes encontra-se reservado um campo de conformação mais amplo e, portanto, uma maior (mas jamais absoluta e incontrolável) liberdade de ação do que a atribuída ao administrador e os órgãos jurisdicionais, bem como diversa a intensidade da vinculação em se cuidando de uma aplicação da proibição do excesso ou de insuficiência, que, especialmente quando em causa uma omissão, obedece a parâmetros menos rigorosos, mas, de qualquer modo e em todo caso, não permite (e importa que tal seja suficientemente sublinhado) que se fique aquém de um mínimo de proteção constitucionalmente exigido.”⁸⁴

Já encontramos ecos dessa teoria no Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento de recurso extraordinário⁸⁵, no qual se discutia a equiparação da união estável ao casamento para fins da extinção da punibilidade em crime de estupro, prevista no art. 107, VII, do CPB, e no qual

⁸⁴ Idem, p. 26.

⁸⁵ RE nº 418.376/MS, rel. Orig. Min. Marco Aurélio, rel. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa, j. 09/02/2006, ainda não publicado, mas noticiado no Informativo de Jurisprudência nº 415, de 15/02/2006.

o sempre preciso Ministro Gilmar Mendes, em voto-vista⁸⁶, entre outras considerações, afirmou que:

“Por interpretação sistemática, é preciso registrar que a própria Constituição constrói o conceito de família, enfatizando, no seu art. 226, § 8º: *‘O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.’* Ora, se é dever do Estado proteger a família, também é seu dever, conforme preceituado no art. 227 da Constituição Federal, *‘[...]assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, [...], à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão’* (grifos nossos)

Assim, o que parece essencial destacar, na discussão posta, é o fato de se tratar de uma situação fática repugnante: uma criança, confiada a um tutor que, em flagrante abuso de sua autoridade, manteve com ela relações sexuais desde que esta tinha 9 anos de idade.

Cuida-se, em verdade, de permanente coação psicológica e moral a uma criança, submetida pela sua condição de vida, a exploração, crueldade e violência por parte daquele que tinha o dever de protegê-la contra esses males. Não se pode olvidar o fato de tratar-se, no caso dos autos, de uma menina de 12 anos que engravidou, após manter relações sexuais com o marido de sua tia, seu tutor legal desde os 8 anos de idade. O fato de esta adolescente, depois de ter o filho, vir a juízo afirmar que vive maritalmente com o seu opressor, não pode ser considerado como hipótese típica de perdão, extinguindo a punibilidade, nos termos do art. 107, VII, do Código Penal. A união estável, que se equipara a casamento por força do art. 226, § 3º, da Constituição Federal, é uma relação de convivência e afetividade em que homem e mulher de idade adulta, de forma livre e consciente, mantém com o intuito de constituírem família. Não se pode equiparar a situação dos autos a uma união estável, nem muito menos, a partir dela, reconhecer, na hipótese, um casamento, para fins de incidência do art. 107, VII, do Código Penal. De outro modo, estar-se-ia a blindar, por meio de norma penal benéfica, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade, caracterizando-se típica hipótese de proteção insuficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico. Quanto à proibição de proteção insuficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os

⁸⁶ Cujo integral teor foi gentilmente cedido pela assessoria do Ministro Gilmar Mendes mesmo antes da publicação do acórdão.

excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental. (...)

Dessa forma, para além da costumeira compreensão do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (já fartamente explorada pela doutrina e jurisprudência pátrias), há uma outra faceta desse princípio, a qual abrange uma série de situações, dentre as quais é possível destacar a dos presentes autos. Conferir à situação dos presentes autos o *status* de união estável, equiparável a casamento, para fins de extinção da punibilidade (nos termos do art. 107, VII, do Código Penal) não seria consentâneo com o princípio da proporcionalidade no que toca à proibição de proteção insuficiente.” (grifos no original)

E concluiu enfaticamente:

“Isso porque todos os Poderes do Estado, dentre os quais evidentemente está o Poder Judiciário, estão vinculados e obrigados a proteger a dignidade das pessoas, sendo este mais um motivo para acompanhar a divergência inaugurada pelo Min. Joaquim Barbosa.”

Fizemos toda essa digressão por entendermos que essa teoria se mostra plenamente aplicável aos casos no qual se discute o enquadramento ou não do menor sob guarda no rol dos dependentes da Previdência Social, mesmo depois de sua exclusão da redação do § 2º do artigo 16 da Lei nº 8.213/91⁸⁷,

⁸⁷ “Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

(...)

§ 2º. O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997)”

por força da Lei 9.528/97, tendo em vista o disposto no art. 33, § 2º, da Lei nº 8.069/90⁸⁸.

O Superior Tribunal de Justiça inicialmente tendeu a não considerar o menor sob guarda como dependente do segurado do RGPS⁸⁹ após a mencionada revogação parcial — apesar de precedente em sentido contrário⁹⁰ —, indo de encontro à quase unânime opinião da doutrina pátria⁹¹. Também consideramos esse entendimento equivocado por redundar na *proteção insuficiente* ou *proteção deficiente* de um direito social fundamental, de uma *garantia positiva* imposta ao Estado pelo art. 227 da Constituição Republicana de 1988, *com absoluta prioridade*, que é a proteção integral da infância e da adolescência, como restou asseverado no magistral voto do Ministro Gilmar Mendes Ferreira.

Para além disso, entendemos que a conjugação da eficácia bloqueadora dos princípios⁹², no presente caso, o universalidade da cobertura e do atendimento da seguridade social⁹³ — determinador da ampliação da abrangência objetiva (riscos protegidos) e subjetiva (sujeitos protegidos) —,

⁸⁸ “Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

(...)

§ 3º *A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.*” (grifo nosso)

⁸⁹ REsp 354.240/RS, 6ª Turma, rel. Min. Vicente Leal, julgado em 01.10.2002, DJ 21.10.2002, p. 414, e REsp 497.081/RN, 5ª Turma, rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 21.08.2003, DJ 06.10.2003 p. 306.

⁹⁰ RESp nº 346.157/SC, 6ª Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 02/04/2002, DJ 22/04/2002, p. 265.

⁹¹ Por todos, Marcia Hoffmann do Amaral e Silva Turri, *Temas Polêmicos em Matéria Previdenciária*, p. 97-101. Em sentido contrário não podemos deixar de mencionar a sempre autorizada lição, lastreada em densa e sedutora argumentação, de Heloisa Hernandez Derzi, *Os beneficiários da pensão por morte*, p. 282-285.

⁹² Que veda a interpretação e a aplicação em sentido contrário àquela cuja obrigatoriedade de promoção foi instituída pelo princípio.

⁹³ Detidamente analisado no item 4.1, *infra*.

com a natureza de direitos sociais fundamentais da seguridade social, da previdência social, e em especial o da proteção integral da infância e da adolescência, faz com que inevitavelmente venha à tona a excepcional aplicabilidade do *princípio constitucional implícito da vedação ao retrocesso*.

Esse princípio pode ser entendido como:

“(i) uma vedação *genérica*, aplicável a todas as normas constitucionais, cujo efeito é invalidar, por inconstitucionalidade, uma lei que, sem regular diferentemente, *revogue* outra lei que tornava eficaz determinado ditame constitucional; (ii) uma vedação *específica*, aplicável ao regime dos direitos fundamentais sociais e relacionada com a *redução*, por via legislativa, do patamar que estes tenham alcançado. À parte disso, cabe afastar o mau uso do conceito: a vedação do retrocesso *não* é o argumento jurídico com o qual se vá contrapor a uma lei com a qual politicamente não se concorde.”⁹⁴ (grifos no original)

Certos de que a modalidade que mais se conforma ao nosso sistema constitucional é a da vedação específica ao retrocesso, por permitir a interpretação e concretização flexíveis da constituição, subscrevemos a seguinte reflexão:

“Sobre a vedação *específica* do retrocesso, pergunta-se: essa modalidade é compatível com a idéia de uma Constituição aberta e não-determinística? A resposta é positiva caso se imagine que essa vedação seja *relativa*, ou seja, guiada, à vista do caso concreto, por um juízo ponderativo filtrado pelo princípio da dignidade da pessoa humana no seu núcleo mínimo existencial. Também é de se evitar a simples *destruição* de um determinado padrão de prestação social, muito embora seja possível diminuir-lhe a extensão ou o conteúdo, desde que se-lhe apresente uma alternativa que haja ultrapassado positivamente ao mesmo juízo de ponderação.”⁹⁵ (grifos no original)

⁹⁴ José Vicente dos Santos Mendonça, *Vedação do Retrocesso: O Que é e como Perder o Medo*, p. 234.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 235.

Sendo assim, diante dos argumentos apresentados, resta inafastável a conclusão de que a proteção ao menor, no caso a proteção previdenciária do menor sob guarda, ao revelar-se situação de especial proteção constitucional e constituindo verdadeiro direito social fundamental, não poderia ser objeto de revogação pelos poderes constituídos, sob pena de serem violados o *princípio da vedação ao retrocesso* e o *postulado da proibição da proteção insuficiente*⁹⁶, devendo o Poder Judiciário garantir a supremacia da Constituição e conceder os benefícios a esses dependentes quando atendidos os demais requisitos.

Felizmente não podemos deixar de registrar uma tendência no sentido da reversão dessa jurisprudência em recentes julgados da Egrégia Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça⁹⁷, que com isso mais uma vez faz jus ao título de “Tribunal da Cidadania”, estampado em seu sítio na rede mundial de computadores⁹⁸.

⁹⁶ Cabe registrar a existência de entendimento, com o qual tendemos a concordar, mas não aprofundamos por fugir ao tema do presente trabalho, no sentido de que a vedação ao retrocesso estaria abrangida pela eficácia objetiva dos direitos fundamentais, pois o retrocesso da concretização desses direitos redundaria na *proteção insuficiente* dos mesmos. Nesse sentido José Vicente dos Santos Mendonça, *Vedação do Retrocesso: O Que é e como Perder o Medo*, p. 235.

2.3.2. Postulados específicos

2.3.2.1. A igualdade

Já entre os postulados específicos temos o da *igualdade*, que estrutura a aplicação das normas de acordo com um critério de diferenciação, com a finalidade da distinção e com a congruência entre eles — conceito que não se afasta do escólio do notável Celso Antônio Bandeira de Mello, apresentado em magnífica monografia sobre o tema⁹⁹.

“A concretização do princípio da igualdade depende do critério-medida objeto de diferenciação. Isso porque o princípio da igualdade, ele próprio, nada diz quanto aos bens ou aos fins de que se serve a igualdade para diferenciar ou igualar as pessoas. As pessoas ou situações são iguais ou desiguais em função de um critério diferenciador. Duas pessoas são formalmente iguais ou diferentes em razão do sexo ou da capacidade econômica. Essa diferenciação somente adquire relevo *material* na medida em que se lhe agrega uma finalidade, de tal sorte que as pessoas passam a ser iguais ou diferentes de acordo com o mesmo critério, dependendo da finalidade a que ele serve.”¹⁰⁰ (grifo no original)

Na verdade, a igualdade também pode ser vista como uma regra que proíbe tratamentos discriminatórios, e como um princípio, ao criar o dever de promoção de um estado igualitário, “como postulado, sua violação reconduz a uma violação de alguma norma jurídica. Os sujeitos devem ser considerados

⁹⁷ AgRg no REsp 727.716/CE, rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 19.04.2005, *DJ* 16.05.2005 p. 412, e REsp 762.329/RS, rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 06.12.2005, *DJ* 01.02.2006, p. 603.

⁹⁸ Disponível em <www.stj.gov.br>.

⁹⁹ *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, passim*.

¹⁰⁰ Humberto Ávila. *Teoria dos Princípios*, p. 101.

iguais em liberdade, propriedade, dignidade. A violação da igualdade implica a violação a algum princípio fundamental”¹⁰¹.

2.3.2.2. *A razoabilidade*

Também entre os postulados específicos encontra-se o da *razoabilidade*, que, de acordo com Humberto Ávila, fundamentando-se em profunda análise de julgados de nossa Corte Excelsa, pode ser utilizado como “uma diretriz que exige a relação das normas gerais com as individuais do caso concreto”, como “uma diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência”, e como “uma diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas”¹⁰².

A razoabilidade como eqüidade exige que na aplicação das normas jurídicas o intérprete leve em consideração os fatos que normalmente acontecem, bem como exige que no processo interpretativo o aplicador leve em conta aspectos individuais do caso concreto que não foram considerados pela descrição normativa em virtude de sua generalidade.

¹⁰¹ Ibidem, p. 102.

¹⁰² *Teoria dos Princípios*, p. 103.

Na primeira hipótese, tem-se como o exemplo a hipótese na qual o legislador, ao disciplinar a relação de dependência no RGPS, editasse regra criando presunção absoluta de dependência econômica entre os segurados e seus primos, pois, de acordo com o que ordinariamente ocorre, não é razoável presumir tal dependência.

Quanto à segunda, sobre a qual já discorremos¹⁰³, nos limitaremos a lembrar as sempre atuais lições de Aristóteles:

“Então, o eqüitativo é, por sua natureza, uma correção da lei onde esta é omissa devido à sua generalidade. De fato, a lei não prevê todas as situações porque é impossível estabelecer uma lei a propósito de algumas delas, de tal forma que às vezes se torna necessário recorrer a um decreto.”¹⁰⁴

Já a *razoabilidade como congruência* exige a existência de suporte empírico para a tomada de uma determinada decisão, ou seja, exige uma vinculação de determinada providência à realidade, ou à natureza das coisas. Para exemplificar, imaginemos hipótese na qual prefeito de determinada cidade instaure procedimento licitatório para a realização de concorrência pública para a construção de um campo de pouso para “discos voadores”. Esse ato administrativo seria nulo por ferir o postulado da razoabilidade, pois, abstraídas as opiniões em contrário, a existência de vida fora da Terra, ou, pelo menos, a visitação de nosso planeta por parte de extraterrestres eventualmente existentes, não se mostra uma verdade cientificamente

¹⁰³ *Supra*, p. 59.

¹⁰⁴ Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, p. 212-213.

comprovada ou aceita. Nas palavras da ilustre Weida Zancaner: “em suma: um ato não é razoável quando não existirem os fatos em que se embasou”¹⁰⁵.

Ana Paula de Barcelos, em mais um magnífico trabalho¹⁰⁶, sustenta, com propriedade, a aplicabilidade da Teoria da Imprevisão aos atos legislativos, nos seguintes termos:

“A teoria da imprevisão pressupõe, em suma, que as partes teriam pactuado diferentemente se imaginassem os eventos futuros. Os dois elementos essenciais, portanto, para sua incidência são: (i) a imprevisibilidade do evento futuro e (ii) a alteração substancial que ele provoca no cenário que as partes tinham em mente (em relação ao presente e ao futuro) quando pactuaram. De certa forma, a mesma lógica se aplica ao processo legislativo. Também o legislador, ao editar qualquer espécie de norma, provê tendo em conta determinadas situações de fato ou padrões de conduta, presentes e futuras, que planeja regular, e nem haveria como ser diferente.”

E prossegue:

“Trata-se da circunstância de a regra prosseguir perfeitamente válida; porém, ela vem a incidir sobre uma hipótese particular que é substancialmente diversa das situações-tipo para as quais foi planejada. Os elementos de fato que se consideram essenciais para provocar a incidência da norma não estão presentes naquele caso, embora do ponto de vista lingüístico o enunciado possa ser aplicado; há uma disparidade quanto aos pressupostos de fato entre aquele caso específico e as situações em geral às quais a norma é aplicada comumente. Em suma: a situação específica não estava nas cogitações razoáveis do legislador; não foi prevista por ele pois, se o tivesse sido, a solução seria diversa. Há aqui, como se vê, uma situação de imprevisibilidade e de substancial diferença entre o cenário planejado para a aplicação da norma e o caso.”

Nessa vertente, a razoabilidade como congruência mostra evidente aplicabilidade aos casos de *anacronismo legislativo*, quando uma regra deixa

¹⁰⁵ *Razoabilidade e Moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do Estado Social e Democrático de Direito*, p. 4.

¹⁰⁶ *Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional*, p. 104-106.

de adequar-se à realidade social para a qual foi estatuída. A autora cita como exemplo o notório caso apreciado pelo Supremo Tribunal Federal¹⁰⁷, no qual, sem reconhecer a sua invalidade, e diante das peculiaridades do caso concreto, a Corte negou aplicabilidade à regra da presunção de violência na hipótese de estupro praticado contra menor de 14 anos, decorrente da conjugação dos artigos 213 e 224 do Código Penal¹⁰⁸, podendo ser inferido claramente dos votos vencedores a conclusão de que a decisão foi tomada diante da constatação de que legislador de 1940 não poderia prever a revolução dos costumes ocorrida na sociedade ocidental, na qual, atualmente, meninas de 14 anos não possuem a mesma ingenuidade, inocência e fragilidade do que as da época em que foi criada a norma.

Finalmente, retomando o exemplo da “Regra da Contrapartida”¹⁰⁹, afirmamos que uma lei que instituísse um benefício sem apontar a fonte de custeio integral para o mesmo poderia ser considerada válida na remota hipótese do orçamento da previdência se encontrasse superavitário.

É evidente que a mencionada regra foi inserida em nossa Constituição em decorrência do hábito histórico da utilização indiscriminada e desregrada dos recursos públicos, mas não se afasta a hipótese — pelo contrário, sonha-se com esse tempo — de que os gestores públicos de nosso País, e a nossa

¹⁰⁷ HC nº 73.662-MG, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 20.09.1996.

¹⁰⁸ “Art. 213. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:”

“Art. 224. Presume-se a violência, se a vítima:

a) não é maior de catorze anos;”

¹⁰⁹ *Supra*, p. 70-71.

democracia, venham a evoluir e a concretizar o ideal republicano da eficiente administração da coisa pública. Se um dia isso vier a ocorrer, e o orçamento da seguridade social do nosso País mostrar-se com condições de arcar com uma nova despesa sem que seja necessário o cancelamento de outra, ou a instituição ou majoração de alguma das fontes de custeio, a aplicação dessa regra constante do art. 195, § 5º, da CRB e a conseqüente invalidação da norma restariam por ferir o postulado da razoabilidade, pois inexistente seria o substrato fático que justificou sua positivação.

A razoabilidade também exige que haja congruência entre um critério de diferenciação escolhido e a medida eventualmente adotada. Para explicar, podemos citar acórdão do Plenário de nossa Suprema Corte no qual considerou razoável a contagem de tempo em dobro para fins de incorporação da remuneração do cargo em comissão aos vencimentos do cargo efetivo, em razão da natureza de agentes políticos dos ocupantes dos cargos, bem como em razão da relevância e das especificidades de suas funções, não representando afronta ao princípio da igualdade¹¹⁰.

Verifica-se aqui, como já mencionado¹¹¹, que os postulados estruturam a aplicação das normas, sendo que a sua não observância redundaria em contrariedade a elas. Caso não houvesse congruência entre o elemento

¹¹⁰ ADI nº 489-RJ, rel. Min. Octávio Gallotti, DJ 28.08.1998.

¹¹¹ *Supra*, p. 81-82.

discriminador e a medida adotada nesse caso, ferido estaria o princípio da isonomia.

Finalmente, a *razoabilidade como equivalência* exige uma relação de equivalência entre os elementos anteriores, ou seja, entre a medida adotada e o critério que a dimensiona. Equivaler significa ter o mesmo valor, a mesma força ou mesmo peso, por exemplo. Dessa forma, fere o postulado da razoabilidade a fixação de reparação por danos morais em *quantum* excessivo ou irrisório, ou seja, que não guarde relação com o constrangimento ou o sofrimento experimentado pela parte¹¹², ou que fixe honorários advocatícios excessivos ou irrisórios, em valor que não remunere adequadamente o trabalho do advogado¹¹³.

Na seara previdenciária, exemplo histórico de desrespeito à razoabilidade *como equivalência* foi o da regulamentação da aposentadoria proporcional por tempo de serviço prevista na redação originária do art. 202, § 1º, da CRFB¹¹⁴, levada a cabo pelo art. 53 da Lei nº 8.213/91, que estabeleceu que ela se daria a partir dos 30/25 anos de serviço, para homem e mulher, respectivamente, no valor de 70% do salário-de-benefício, devendo esse valor ser acrescido de 6% por ano de serviço excedente, até o valor máximo de 100% aos 35/30 anos de serviço.

¹¹² STJ, REsp nº 746.637-PB, 4ª Turma, rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ 01.07.2005, p. 561.

¹¹³ STJ, EDREsp nº 669.483-RJ, 2ª Turma, rel. Min. Eliana Calmon, DJ 15.08.2005, p. 269.

¹¹⁴ “Art. 202. (...)”

§ 1º. É facultada aposentadoria proporcional, após trinta anos de trabalho, ao homem, e, após vinte e cinco, à mulher.”

Ora, considerando que para a aposentadoria integral eram necessários 35/30 anos de serviço para homens e mulheres, respectivamente (art. 202, *caput*, da CRFB, na redação original), o coeficiente de 70% fixado para a proporcional não guarda equivalência com os 30/25 anos exigidos, pois subvaloriza a relação *ano de serviço/percentual do salário-de-benefício* determinada pela Constituição Republicana. Fazendo-se uma simples regra de três, chega-se à conclusão de que, para que essa equivalência entre o critério (tempo de serviço) e a medida (percentual do salário-de-benefício) fosse respeitada, os percentuais mínimos da aposentadoria proporcional seriam de 85% e 83% respectivamente.

Da mesma forma, essa regulamentação também fere o postulado da *razoabilidade como congruência*, pois desrespeita a natureza das coisas ao desconsiderar o conceito pré-jurídico, o núcleo semântico mínimo e intuitivo do vocábulo “proporção” utilizado pelo constituinte. Nada obstante, o Supremo Tribunal Federal¹¹⁵ não reconheceu a existência de questão constitucional a ser dirimida, e o Superior Tribunal de Justiça restou por cancelar a validade da lei¹¹⁶ com base na infeliz interpretação dada pelo primeiro às normas constitucionais de eficácia contida, no sentido de que o legislador tem livre espaço de conformação, existindo assim uma

¹¹⁵ AgR no AI 240.001/SP, 1ª Turma, rel. Min. Sydney Sanchez, j. 29.08.2000, DJ 07.12.2000, p. 13.

¹¹⁶ Resp 208.338/SP, 5ª Turma, rel. Min. Gilson Dipp, j. 17.10.2000, DJ 30.10.2000, p. 174.

“proporcionalidade na forma da lei”, desprezando o conceito de proporção constitucionalmente delineado¹¹⁷.

2.3.2.3. *Proporcionalidade*

O postulado da proporcionalidade tem aplicação toda vez em que se tenha que aferir uma relação de causalidade entre um meio e um fim, e sua aplicação no direito brasileiro cresce sobremaneira no controle dos atos do Poder Público. Nas palavras de Humberto Ávila:

“Ele se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?).”¹¹⁸

Analisando mais detidamente essa aferição trifásica da relação de causa e efeito entre um meio e um fim, temos que a *adequação* exige que a eficácia do meio empregado efetivamente possa promover, ou contribuir para a

¹¹⁷ Posteriormente, ao ensejo do julgamento do RE 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 06.06.2002, *DJ* 07.05.2004, p. 08, o Plenário do E. STF, interpretando a alínea “a” do inciso IV do art. 29 da CRFB/88, que determina às Câmaras de Vereadores a fixação proporcional do número dos seus integrantes à população do respectivo município, reconheceu a existência de um conceito constitucional de proporcionalidade, que seria a proporcionalidade aritmética, ou seja, a verificada por meio de “regra de três”, considerando que o legislador municipal não poderia utilizar outro critério de proporcionalidade, sob pena de ferir os princípios da razoabilidade e isonomia, e incidir em verdadeiro abuso do poder de legislar.

¹¹⁸ *Teoria dos Princípios*, p. 112-113.

promoção do fim buscado. No entanto, existem critérios para aferir essa adequação: o quantitativo (um meio pode promover mais ou menos do que outro determinado fim); o qualitativo (um meio pode promover melhor, igualmente, ou pior do que outro, determinado fim); e o probabilístico (um meio pode (não) promover um fim, provavelmente (não) promove determinado fim, ou certamente (não) promove tal fim).

Diante disso, pergunta-se: qual nível de adequação pode ser exigido de um meio escolhido pelo Estado para a promoção de um fim? A resposta natural seria: o meio que mais promove, que promove melhor e que seguramente promove. No entanto, Humberto Ávila afirma que “a administração e legislador (sic) têm o dever de escolher um meio que simplesmente promova o fim”¹¹⁹, e apresenta três razões para essa solução, quais sejam, a impossibilidade de sempre se ter de antemão todas as informações necessárias para se aferir essas qualidades, o respeito ao princípio da separação dos poderes — à vontade objetiva do administrador ou legislador, com toda sua carga de legitimidade decorrente do princípio majoritário, inerente ao Estado Democrático — e a exigência de racionalidade na interpretação e aplicação das normas, pois a exigência dessa eficácia máxima do meio não permitiria a ponderação com outras razões que pudessem justificar a escolha do mesmo.

¹¹⁹ Idem, p. 117.

Do mesmo modo, uma medida poderá ser adequada levando-se em conta três aspectos: se ela abstratamente promove o fim, ou seja, se a medida em tese é apta a promover o fim, se geralmente promove o fim, vale dizer, na maioria dos casos em que foi aplicada ela promoveu o fim, e se ela promove o fim no momento em que é adotada, ou melhor, se a medida, considerando-se os dados de que o aplicador dispõe no momento de sua implementação, mostrava-se apta a produzir o fim.

Conclui o renomado jurista:

“Essas considerações levam ao entendimento de que o exame da adequação só redundará na declaração de invalidade da medida adotada pelo Poder Público nos casos em que a incompatibilidade entre o meio e o fim for claramente manifesta. Caso contrário deve prevalecer a opção encontrada pela autoridade competente. Em função disso entende-se por que o Tribunal Constitucional Federal da República Federal da Alemanha refere-se aos controles da evidência (*Evidenzkontrolle*) e da justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*). Para preservar a prerrogativa funcional do Poder Executivo e do Poder Legislativo, o Poder Judiciário só opta pela anulação das medidas adotadas pelos outros Poderes (sic) se sua inadequação for *evidente* e não for, de qualquer modo plausível, *justificável*. Fora desses casos, a escolha feita pelos outros Poderes (sic) deve ser mantida, em atenção ao princípio da separação dos poderes. Uma mera má projeção, por si só, não leva à invalidade do meio escolhido.”¹²⁰

Entendemos, no entanto, que o critério de aferição da adequação encontra-se no *caput* do art. 37 de nossa Carta da República, no qual encontramos, entre outros, o *princípio da eficiência*. O *Dicionário Houaiss*¹²¹ registra duas acepções para esse vocábulo: “que se caracteriza pelo poder de

¹²⁰ Idem, p. 121.

¹²¹ *Minidicionário Houaiss. Dicionário da Língua Portuguesa*, p. 152.

produzir um efeito real” e “capacidade de obter o maior rendimento com o menor mínimo de desperdício”.

Esse princípio decorre diretamente do *princípio republicano*, segundo o qual o poder é exercido em nome do povo e as funções estatais são exercidas para o melhor atendimento do bem comum. Ora, não se pode admitir que o povo transfira a administração, a gestão de seu patrimônio comum, aos seus mandatários por meio do voto, sem presumir que quem o administrará o fará de maneira eficiente, ou seja, “mediante atuação idônea, econômica e satisfatória na realização de finalidades públicas”¹²².

Pelo critério da *necessidade* exige-se que o meio adotado seja, dentre os possíveis meios de promover-se o fim, aquele que menos interfira, menos afete, menos restrinja, eventuais direitos fundamentais envolvidos. Verifica-se, assim, que dois são os aspectos considerados: o nível de igualdade de eficiência dos meios e o nível de restrição operado por ele. Poderão existir, desse modo, meios mais ou menos adequados, e mais ou menos restritivos, restando somente a técnica da ponderação para aferir-se no caso concreto qual conjugação dessas características deverá orientar a escolha do meio a ser utilizado.

Finalmente, temos o critério da *proporcionalidade em sentido estrito*, a exigir que as vantagens a serem auferidas pelo fim a ser promovido devem ser

¹²² Paulo Modesto, *Notas para um debate sobre o Princípio Constitucional da Eficiência*, p. 10.

dignas de justificar a restrição a direitos fundamentais. Em suma: qualquer ato do Poder Público, assim como qualquer atitude humana, fatalmente provocará, além dos efeitos pretendidos, efeitos colaterais positivos e negativos, estando dentre os últimos, a lesão a direitos fundamentais, ou seja, a proporcionalidade em sentido estrito obriga o aplicador e o intérprete a procederem de forma a verificar se as vantagens causadas guardam proporção com os danos colaterais provocados.

Boa parte da doutrina pátria considera que razoabilidade e proporcionalidade possuem o mesmo significado¹²³, e não é verdade que, em um sentido muito lato, não se possa chegar a essa conclusão. No entanto, adotando integralmente as lições do Prof. Humberto Ávila, consideramos que esses postulados possuem características próprias que os distinguem.

O presente trabalho não tem a pretensão de abordar todas as discussões, nem analisar todas as nuances de um tema tão rico quanto a análise das espécies normativas. O único objetivo do presente capítulo foi fixar premissas e relacionar o instrumental com o qual não só se analisarão os princípios constitucionais da seguridade social, bem como as regras e os princípios constitucionais e infraconstitucionais, buscando dar-lhes a maior efetividade.

¹²³ Por todos, Luiz Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 215.

3. PRINCÍPIOS RELATIVOS AO FINANCIAMENTO

O custeio da seguridade social encontra suas linhas mestras no art. 195 do Carta Magna, *in verbis*:

“Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

- I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:
 - a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;
 - b) a receita ou o faturamento;
 - c) o lucro;
- II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;
- III - sobre a receita de concursos de prognósticos.
- IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.”

Constata-se que a sociedade financia *diretamente* o sistema de seguridade social por meio de contribuições sociais a cargo dos tomadores de mão-de-obra a qualquer título, dos exercentes de atividade laborativa, e dos importadores de bens e serviços.

De maneira *indireta*, a sociedade financia a seguridade social por meio dos demais tributos cobrados e a ela repassados pelas receitas orçamentárias.

Existem ainda outras fontes de custeio da seguridade, como a receita de concursos de prognósticos e outras que a lei possa criar¹²⁴.

3.1. Equilíbrio financeiro e atuarial

O princípio do equilíbrio financeiro e atuarial tornou-se expresso somente após a nova redação dada ao *caput* do art. 201 da CRFB pela Emenda Constitucional nº 20/98, *in verbis*:

“Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:”

Nada obstante, como será demonstrado, apesar de encontrar-se no dispositivo relativo à *previdência social*, trata-se de princípio implícito ao

¹²⁴ A Lei nº 8.212/91 enumera outras receitas em seu artigo 27, *in verbis*:

“Art. 27. Constituem outras receitas da Seguridade Social:

I - as multas, a atualização monetária e os juros moratórios;

II - a remuneração recebida por serviços de arrecadação, fiscalização e cobrança prestados a terceiros;

III - as receitas provenientes de prestação de outros serviços e de fornecimento ou arrendamento de bens;

IV - as demais receitas patrimoniais, industriais e financeiras;

V - as doações, legados, subvenções e outras receitas eventuais;

VI - 50% (cinquenta por cento) dos valores obtidos e aplicados na forma do parágrafo único do art. 243 da Constituição Federal;

VII - 40% (quarenta por cento) do resultado dos leilões dos bens apreendidos pelo Departamento da Receita Federal;

VIII - outras receitas previstas em legislação específica.

Parágrafo único. As companhias seguradoras que mantêm o seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres, de que trata a Lei nº 6.194, de dezembro de 1974, deverão repassar à Seguridade Social 50% (cinquenta por cento) do valor total do prêmio recolhido e destinado ao Sistema Único de Saúde – SUS, para custeio da assistência médico-hospitalar dos segurados vitimados em acidentes de trânsito.”

sistema de *seguridade social*, decorrente de outros princípios¹²⁵, sobreprincípios e regras constantes de nosso Texto Magno, e que determina que o Poder Público zele pela higidez financeira do sistema, garantindo a capacidade do sistema de fazer frente às despesas decorrentes da promoção da proteção social.

O primeiro sobreprincípio do qual decorre o princípio do equilíbrio econômico e financeiro é o *republicano*¹²⁶, que determina que os recursos públicos sejam geridos em nome do povo e em seu benefício, ou seja, que seus administradores — Legislativo, Executivo e Judiciário — utilizem-nos de maneira responsável e eficiente, sem qualquer tipo de desperdício, sem expô-los a risco e em benefício do bem comum.

Corolário do princípio republicano, o princípio do *planejamento* vai determinar que todas as receitas e despesas da seguridade sejam na medida do possível previstas, mediante a técnica da atuária — “ciência atuarial é a responsável pelo estudo dos eventos aleatórios, entre estes os chamados riscos sociais”¹²⁷ —, e com isso seja viabilizado seu efetivo equilíbrio.

Esse princípio não é somente dedutível do minudente tratamento dado aos orçamentos públicos na Seção II do Capítulo II do Título VI da Carta de 1988 — valendo destacar a regra do inciso III do § 5º do art. 165, que

¹²⁵ Entre eles o princípio da *diversidade da base de financiamento*, da *unicidade*, que será tratado no próximo item do presente capítulo.

¹²⁶ *Supra*, p. 86.

¹²⁷ Uendel Domingues Ugatti, *O Princípio Constitucional da Contrapartida na Seguridade Social*, p. 84.

determina a elaboração de peça orçamentária específica para a seguridade social —, mas também de outros dispositivos diretamente relacionados à seguridade, como o constante do art. 59 do ADCT/88, que determina a elaboração de “planos de custeio e de benefícios” da seguridade social, em especial da previdência social.

O conceito de plano de custeio é pré-constitucional, conforme verifica-se no art. 273 do Decreto nº 72.711/73, Regulamento da Lei Orgânica da Previdência Social — Lei nº 3.807/60 – LOPS —, que rezava *in verbis*:

“Art. 243. O Plano de Custeio consistirá em um conteúdo de normas e previsões de despesas e receitas estabelecidas com base em avaliações atuariais e destinadas à planificação econômica do regime e seu conseqüente equilíbrio técnico-financeiro.”

A primeira regra a dar concretude ao equilíbrio financeiro e atuarial é a constante do *caput* do art. 195, que determina que toda a sociedade e o Poder Público contribuam para o custeio da seguridade social, relacionando os meios pelos quais esse financiamento se dará. Também conhecida como *princípio da solidariedade do custeio*, para nós consubstancia verdadeira regra, que impõe conduta a todos os atores sociais: *todos devem contribuir para o bem de todos*. Obviamente, como já demonstrado¹²⁸, pelo valor que dela pode inferir-se, concretiza também o princípio da *solidariedade social*, que determina ao Estado que promova um estado de coisas no qual todos contribuam para a consecução do bem comum.

¹²⁸ *Supra*, p. 56-59.

No mesmo diapasão, a regra instituidora do “caráter contributivo” e da “filiação obrigatória” — lados opostos da mesma moeda, qual seja, da relação de proteção do seguro social — constante do *caput* do art. 201 também favorece a higidez do sistema, pois determina que todos os exercentes de atividade laborativa contribuam para a formação do fundo comum, garantindo as entradas do “caixa” que sustenta o pagamento dos benefícios previdenciários em manutenção (regime de repartição).

A já mencionada “Regra da Contrapartida”¹²⁹ constitui verdadeira síntese do princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, sendo imprescindível citar as sempre precisas lições do eminente Mestre Wagner Balera¹³⁰:

“A chave para a inteligência dessa relação entre contribuição e risco e entre contribuição e prestação encontro no que denomino ‘*regra da contrapartida*’, que funciona como limitação constitucional específica ao poder de criar contribuições para a seguridade social.” (grifos no original)

E prossegue o renomado jurista:

“O sistema estatal de proteção está associado a certa noção elementar de contabilidade: a noção de *caixa*. Para a ‘CAIXA’ — e, em tempos pretéritos, como se sabe, tinham o significativo nome de *Caixas de Aposentadorias e Pensões* os órgãos previdenciários — trabalhadores, empresas e sociedade em geral vertem contribuições. E, da ‘CAIXA’ serão debitadas as prestações (benefícios e serviços). É senso comum que nenhuma caixa terá equilíbrio quando os saques se tornam maiores do que os ingressos. A regra da contrapartida é o comando constitucional que torna compulsório esse equilíbrio entre entradas e saídas da ‘CAIXA’.” (grifos no original)

¹²⁹ “Art. 195. (...)”

§ 5º. Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.”

¹³⁰ A Organização e o Custeio da Seguridade Social. *Curso de Direito Previdenciário: Homenagem a Moacyr Velloso Cardoso de Almeida*, p. 43-44.

E sendo regra, como já afirmado, não admite aplicação *na medida do possível*, não existe amplitude de espaço de conformação para o legislador, somente sendo admitida sua mitigação por força de razões superiores de justificação ou pela incidência de princípios veiculadores de valores mais caros para a Constituição, ou postulados que determinem sua adequação à realidade, como já adrede demonstrado¹³¹.

Sobre a regra da contrapartida, já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

“CONTRIBUIÇÃO SOCIAL – MAJORAÇÃO PERCENTUAL – CAUSA SUFICIENTE – DESAPARECIMENTO – CONSEQUÊNCIA – SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS. O disposto no artigo 195, § 5º, da Constituição Federal, segundo o qual ‘nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio’, homenageia o equilíbrio atuarial, revelando princípio indicador da correlação entre, de um lado, contribuições e, de outro, benefícios e serviços. O desaparecimento da causa da majoração do percentual implica o conflito da lei que a impôs com o texto constitucional (...).”¹³²

Pelo raciocínio desenvolvido no acórdão, constata-se que a violação à regra da contrapartida deu-se pelo desrespeito ao postulado da *razoabilidade como congruência*, tendo em vista que a norma em questão *perdeu seu suporte empírico*, pois, desaparecendo a causa da majoração da alíquota, desaparece a razão de sua instituição, sua vinculação à realidade.

¹³¹ *Supra*, p. 85-86.

¹³² ADIN nº 790/DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, j. 26.02.1993, DJ 23.04.1993, p. 6.918. Da leitura da do último período da ementa transcrita salta aos olhos a aplicação do princípio da razoabilidade como necessidade de congruência entre as normas e o substrato fático que lhes deu sustentação, conforme já exposto *supra*, p. 75.

A regra da contrapartida possui uma consequência lógica inarredável: considerando ser exigida fonte de custeio para todas as despesas, não pode se imaginar, por via de consequência, que possa ser criada fonte de custeio sem a existência de despesa a ser suprida. Nesse sentido, vale citar a irretocável lição de Zélia Luiza Piedorná:

“Da leitura do enunciado em referência, constatamos que não há saída (prestações de saúde, previdência e assistência) sem que haja entrada (receitas que possibilitem o pagamento das referidas prestações), ou seja, poderão ser criadas, majoradas ou estendidas prestações de seguridade somente se houver recursos para tanto. Isso significa que o sistema protetivo não proporcionará benefícios sem que haja contrapartida financeira. No entanto, essa é uma regra de mão dupla, pois também não poderá haver entradas sem que haja previsão de saídas, devendo as receitas e despesas estarem previstas no Plano de Custeio, fato referido no art. 59 das Disposições Constitucionais Transitórias.”¹³³

Esse duplo viés da regra da contrapartida, no entanto, merece uma ponderação, uma mitigação por força da interpretação sistemática a ser realizada com a norma instituidora da competência residual da União para criar novas fontes de custeio não previstas na Lei Maior, prevista no art. 195, § 4º, da CRFB, *in verbis*:

“Art. 195. (...)

§ 4º - A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I.”

Diante do uso do vocábulo *manutenção*, conclui-se que não é necessário o surgimento de uma prestação ou despesa *nova* para a seguridade

¹³³ *Contribuições para a Seguridade Social*, p. 61.

social, podendo ser criada nova contribuição para fazer frente ao custeio de uma despesa preexistente, mas que sofreu aumento em virtude do incremento de determinados riscos. O supratranscrito dispositivo, dessa forma, também revela uma regra densificadora do equilíbrio econômico financeiro, permitindo ao legislador a criação de nova fonte de custeio para fazer frente a eventuais problemas de “caixa”, mas ressaltando a garantia individual da submissão a um processo legislativo mais criterioso, qual seja, o previsto para a edição de leis complementares (art. 154, I¹³⁴), para as quais se exige *quorum* qualificado de maioria absoluta (metade mais um dos componentes de ambas as casas).

A conjugação dos artigos 195, § 4º, 149, *caput*, e 195, *caput*, todos da CRFB/88, não deixam dúvidas de que as contribuições sociais somente podem possuir uma única e específica destinação, qual seja, o financiamento da seguridade social, ou seja, trata-se de um tributo vinculado a uma finalidade específica. Caso seja instituída contribuição social que não possua essa destinação, padecerá ela do vício de inconstitucionalidade, em razão de faltar competência à União para instituir contribuições com outra finalidade.

Diante disso, verificamos estarmos presente diante da relação de meio e fim exigida para que se exerça o controle da validade da norma por meio do já

¹³⁴ “Art. 154. A União poderá instituir:

I - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição;”

analisado postulado da proporcionalidade, ou seja, por meio dos parâmetros da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito¹³⁵.

Ainda no tocante à criação de novas contribuições, deverá ser observada a garantia individual, o direito fundamental veiculado pela regra da *anterioridade nonagesimal*¹³⁶, pela qual se encontra vedada ao legislador a cobrança de contribuição social antes de decorridos 90 dias da lei que as instituiu ou modificou¹³⁷, sendo facultada, no entanto, a cobrança das mesmas no mesmo exercício financeiro, em clara exceção à regra da *anterioridade do exercício*. Vê-se aqui uma mitigação da vetusta regra protetora dos princípios da segurança jurídica e da não surpresa, corolários do Estado de Direito, fundada na relevância ímpar dada pelo constituinte ao sistema de seguridade social e aos valores que ele edifica.

Aliás, a recente reforma tributária levada a cabo pela Emenda Constitucional nº 42/2003 veio suprimir evidente equívoco do constituinte originário, que havia dado maior proteção aos contribuintes em geral do que para os da seguridade social, ou melhor, havia outorgado maior liberdade de tributação para o enfrentamento das despesas gerais do Estado, do que as despesas específicas da seguridade, situação que redundava em franca

¹³⁵ *Supra*, p. 89-94.

¹³⁶ “Art. 195. (...)”

§ 6º. As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, b.”

¹³⁷ No RE nº 346.084/PR, Rel. orig. Min. Ilmar Galvão, j. 09.11.2005, *Informativo* nº 408, o STF mais uma vez deu eficaz cumprimento a essa regra, declarando a invalidade da Lei nº 9.717/98, em relação à redação original do art. 195 da CRFB, no tocante à ampliação do conceito de faturamento para fins da incidência da

contradição ao cuidadoso e privilegiado tratamento conferido ao orçamento da seguridade social.

Essa contradição consistia na constatação prática de que o legislador sempre se valia do expediente de publicar a lei instituidora do tributo no último dia do exercício anterior ao do que pretendia cobrar a exação, podendo exigi-la, então, a partir do dia exatamente seguinte, burlando, assim, a proteção dada aos mencionados princípios. A exigência do lapso de 90 dias para cobrança de contribuição consistia, desse modo, em maior limitação ao legislador tributário, pois *necessariamente* teria que aguardar o trimestre exigido.

A mencionada emenda inseriu a alínea “c” no inciso III do art. 150 da Carta da República, para estender aos demais tributos, ressalvadas os constantes do parágrafo primeiro do mesmo artigo¹³⁸, a regra da anterioridade nonagesimal, incidindo a mesma em conjunto com a anterioridade do exercício, limitando assim de maneira mais intensa o exercício da competência tributária no tocante às exações em geral.

A respeito desse tratamento privilegiado conferido às contribuições sociais, vale citar a contundente, mas sempre procedente, crítica do emérito Mestre Wagner Balera:

PIS/COFINS, ressaltando ainda que emenda constitucional superveniente não tem o condão de validar norma originalmente inconstitucional.

¹³⁸ “Art. 150. (...)”

“Nesse território os institutos jurídicos deveriam ser fixados com vistas a um largo período de tempo. Está em jogo, como se sabe, o futuro das pessoas seguradas e de seus dependentes. Nada justifica, pois, o abandono da regra da anterioridade num terreno onde — mais do que em qualquer outro — as coisas deveriam ser muito bem planejadas e as bases de financiamento do sistema não deveriam sofrer bruscas modificações e majorações. Esperemos pois, que só em circunstância veramente excepcionais venha a ser acionada a regra em exame.”¹³⁹

3.2. Eqüidade na forma de participação no custeio

A eqüidade na participação no custeio tem especial relevância no custeio *direto*, ou seja, irradia seus efeitos sobre a atividade pela qual o Estado retira recursos financeiros da sociedade por meio das contribuições sociais, que são tributos¹⁴⁰ com destinação específica, cobrados em razão de “uma especial despesa ou especial vantagem referidas aos seus sujeitos passivos (contribuintes)”¹⁴¹.

Esse princípio determina ao Estado que retire da sociedade os recursos para o financiamento da seguridade social da maneira mais justa possível, não descrevendo as condutas necessárias para tanto, permitindo, assim, ampla

§ 1º A vedação do inciso III, *b*, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, IV e V; e 154, II; e a vedação do inciso III, *c*, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, III e V; e 154, II, nem à fixação da base de cálculo dos impostos previstos nos arts. 155, III, e 156, I.”

¹³⁹ A Organização e o Custeio da Seguridade Social. *Curso de Direito Previdenciário: Homenagem a Moacyr Velloso Cardoso de Almeida*, p. 78.

¹⁴⁰ O Supremo Tribunal Federal há muito reconheceu a natureza tributária das contribuições sociais na Constituição Republicana de 1988. Nesse sentido: RE 146.733-SP, Rel. Min. Moreira Alves, j. 29.06.1992, DJ 06.11.1992.

¹⁴¹ Geraldo Ataliba, *Hipótese de Incidência Tributária*, p. 195.

margem de conformação para o legislador. Nas precisas palavras do Mestre Wagner Balera:

“Há que se encontrar, pois, a justa proporção entre as cotas com que cada um dos atores sociais irá contribuir para a satisfação da seguridade social.”¹⁴²

Não se trata simplesmente de um mero desdobramento do princípio da capacidade contributiva¹⁴³, mas, sim, de um verdadeiro *plus* em relação ao mesmo. Discorrendo sobre a capacidade contributiva, Lycia Braz Moreira expõe de maneira brilhante que

“decorre desse princípio que somente fatos da vida social que sejam indícios, diretos ou indiretos, de capacidade econômica podem ser elevados pela lei a pressuposto de nascimento da obrigação tributária. Outrossim, se é exato que somente uma situação que reflita alguma capacidade contributiva pode ser objeto de tributação, não é menos correto que a pessoa que nela se encontre não pode, em razão disso, ser tributada em um tal nível que a impeça de continuar a exercer atividade lícita, ou que lhe retire o indispensável a uma vida digna, ou que reduza seu padrão. O princípio da capacidade contributiva representa, então, e ao mesmo tempo, um pressuposto ou fundamento de tributação (sentido objetivo ou absoluto) e um critério de graduação ou limite de tributação (sentido subjetivo ou relativo).”¹⁴⁴

Eqüidade vincula-se ao conceito aristotélico de justiça distributiva, que é aquela na qual se provê a cada um conforme seu mérito. Aplicada ao custeio da seguridade, vai determinar que se tribute cada contribuinte não somente de

¹⁴² Introdução à Seguridade Social. *Introdução ao Direito Previdenciário*, p. 52.

¹⁴³ “Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: (...)

§ 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.”

¹⁴⁴ *O Princípio do Mínimo Existencial e a sua Eficácia na Informação do Conceito de Renda*, p. 23.

acordo com suas possibilidades (capacidade contributiva), mas também de acordo com suas peculiaridades perante o sistema.

A capacidade contributiva e a equidade no custeio são princípios que densificam o sobreprincípio da isonomia, pois determinam que se adotem critérios discriminadores dos contribuintes da seguridade social, permitindo uma tributação que respeite suas características objetivas e subjetivas específicas. Nesse sentido, pertinente mais uma vez o escólio do notável Wagner Balera:

“Congruente com a máxima geral da isonomia, a equidade se acha baseada, aqui, na capacidade econômica dos contribuintes no que se conforma, plenamente, com o preceptivo expresso no art. 145, § 1º, da Carta Magna.”

E conclui o renomado jurista:

“O custeio, por conseguinte, deve conformar o esquema de contribuições ao critério supremo da isonomia entre os diferentes contribuintes.
De certo modo, é outra forma de expressão do princípio tributário da capacidade contributiva, ainda que seja mais exigente que aquele, uma vez que também deve operar como redutor de desigualdades.”¹⁴⁵

E essa estreita relação com o princípio da capacidade contributiva autoriza a aplicação às contribuições sociais do seu corolário direto, o princípio da progressividade, motivo pelo qual entendemos ser o mesmo informador da regra constitucional do art. 195, § 9º, da Carta da República, concretizadora da equidade, que reproduzimos abaixo, *in verbis*:

¹⁴⁵ *Noções Preliminares de Direito Previdenciário*, p. 89.

“§ 9º As contribuições sociais previstas no inciso I do *caput* deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão-de-obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho.”

Essa regra permite que os empregadores que explorem atividades que exponham seus empregados a maiores riscos sejam tributados de maneira mais onerosa, como ocorre na contribuição para o custeio do seguro de acidentes do trabalho prevista no art. 22, II, da Lei nº 8.212/91¹⁴⁶, progressiva em razão do nível do risco ao qual se encontra submetido o trabalhador.

Conjugado-a — no que se refere ao critério “utilização intensiva de mão-de-obra” — com a regra constante do art. 239, § 4º, da Lei das Leis¹⁴⁷, chegamos à conclusão de que as empresas que contratam mais funcionários devem ter uma menor contribuição, ou vice-versa, como ocorre com as instituições financeiras (art. 22, § 1º, da Lei nº 8.212/91¹⁴⁸), que a cada dia

¹⁴⁶ “Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:
(...)

II - para o financiamento do benefício previsto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos:

a) 1% (um por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidentes do trabalho seja considerado leve;

b) 2% (dois por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado médio;

c) 3% (três por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado grave”.

¹⁴⁷ “Art. 239. (...)”

§ 4º. O financiamento do seguro-desemprego receberá uma contribuição adicional da empresa cujo índice de rotatividade da força de trabalho superar o índice médio da rotatividade do setor, na forma estabelecida por lei.”

¹⁴⁸ “Art. 22. (...)”

§ 1º No caso de bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil, cooperativas de crédito, empresas de seguros privados e de capitalização, agentes autônomos de seguros privados e de crédito e entidades de previdência privada abertas e fechadas, além das contribuições referidas neste artigo e no art. 23, é devida a contribuição adicional de dois virgula cinco por cento sobre a base de cálculo definida nos incisos I e III deste artigo.”

contratam menos mão-de-obra em virtude dos avanços tecnológicos e da informatização do sistema financeiro nacional.

Os dois últimos parâmetros de discriminação constantes do dispositivo foram acrescentados pela Emenda Constitucional nº 47/2005, e vieram permitir que o legislador possa tributar de maneira menos onerosa as micro e pequenas empresas, permitindo também o estímulo à contratação formal de mão-de-obra, por meio da redução das contribuições para determinadas categorias profissionais e patronais, como é o caso dos empregados e empregadores domésticos, densificando ainda, dessa maneira, alguns dos princípios reitores de nossa Ordem Social e Econômica¹⁴⁹.

Dando, outrossim, concretude ao princípio sob análise, a Emenda Constitucional nº 42/2003 instituiu as regras constantes dos dispositivos dos parágrafos 12 e 13 ao art. 195 do Texto Magno, *in verbis*:

“§ 12. A lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, b; e IV do *caput*, serão não-cumulativas.

§ 13. Aplica-se o disposto no § 12 inclusive na hipótese de substituição gradual, total ou parcial, da contribuição incidente na forma do inciso I, *a*, pela incidente sobre a receita ou o faturamento.”

¹⁴⁹ “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:

(...)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

(...)

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.”

Ao editar a lei integradora do citado parágrafo 12, o legislador não poderá escolher arbitrariamente as atividades econômicas que serão contempladas com a não-cumulatividade das contribuições sociais sobre o faturamento e sobre os produtos importados — antes restrita ao IPI (art. 153, § 3º, II, da CRFB/88), e ao ICMS (art. 155, § 2º, I, da CRFB/88) —, pois deverá observar o princípio da equidade no custeio, além, obviamente, dos demais princípios da ordem econômica e social, mormente os da seguridade social, devendo ter especial atenção ao equilíbrio financeiro e atuarial. Deverá, dessa forma, prestigiar as atividades econômicas que mais empreguem mão-de-obra, que menos exponham os trabalhadores a riscos e que mais contribuam para o desenvolvimento e conseqüente redução das desigualdades sociais.

O supratranscrito parágrafo 13, em especial atenção ao princípio da equidade, complementa o parágrafo imediatamente anterior, permitindo a não-cumulatividade da contribuição sobre o faturamento, ainda que ela venha a substituir a contribuição sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos pelo tomador de mão-de-obra a qualquer título. Vale ressaltar o mérito dessa regra de explicitar a possibilidade dessa gradual substituição.

Como já anteriormente afirmado, o desenvolvimento tecnológico vem causando a perda de inúmeros postos de trabalho em determinadas atividades econômicas, como a financeira e as ligadas à informatização — como a prestação de serviços pela *internet* —, fazendo com que determinados agentes

econômicos que auferem receitas estratosféricas pouco contribuam para a seguridade social, em especial para a previdência.

Outro fator que torna de extrema relevância essa regra é a constatação de que a contribuição sobre os rendimentos do trabalho onera sobremaneira os tomadores de mão-de-obra, desestimulando assim as contratações formais e agravando ainda mais o problema do “caixa” da previdência. Sendo assim, essa regra além de tornar mais justo o sistema contributivo, ao permitir a desoneração de quem contrata mais e contribui para a realização do princípio da valorização do trabalho, atende também ao princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, adrede abordado.

Sem prejuízo, a aplicação dessa norma deverá harmonizar-se com a regra do art. 167, XI¹⁵⁰, da Lei Maior, fazendo com que essa contribuição sobre o faturamento (substituidora) seja também destinada integralmente ao orçamento da *previdência social*, sob pena de ver-se agravado sobremaneira seu tão falado déficit. Cabe anotar que essa regra impões que tal contribuição reverta *necessariamente*, mas não *exclusivamente*, ao RGPS, restando claro que a mencionada substituição já era admissível antes da EC nº 42/2003, inclusive por força do princípio da diversidade da base de financiamento.

¹⁵⁰ “Art. 167. São vedados:

(...)

XI - a utilização dos recursos provenientes das contribuições sociais de que trata o art. 195, I, *a*, e II, para a realização de despesas distintas do pagamento de benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201.”

3.3. Diversidade da base de financiamento

Princípio densificador do princípio do equilíbrio econômico e atuarial, essa norma vai determinar em primeiro lugar que o legislador procure e selecione os mais variados fatos econômicos presuntivos de riqueza, com o fito de possibilitar a maior arrecadação possível para o sistema, bem como para evitar que este se veja privado dos recursos necessários para sua manutenção, em razão de eventual esgotamento de uma das fontes de seu sustento. Sobre esse fenômeno, o insigne jurista Wagner Balera manifestou-se:

“O esquema tradicionalmente adotado pelo direito brasileiro, e que, desde 1934, passou a ser definido constitucionalmente, baseou-se na chamada contribuição tríplice (dos trabalhadores, dos empregados e da União). Quanto mais claramente se afirma a idéia de seguridade social como organismo protetor da coletividade, tanto mais ela carece de recursos financeiros e adicionais. O esquema da contribuição tríplice revelou-se insuficiente e, já de há muito, a seguridade social exigia novas fontes de recursos.”¹⁵¹

¹⁵¹ *Noções Preliminares de Direito Previdenciário*, p. 92.

Além de apresentar dupla dimensão — como também salienta o renomado Mestre¹⁵² —, uma *subjetiva*, relacionada aos sujeitos passivos das contribuições a serem instituídas, e outra *objetiva*, atinente aos fatos presuntivos de riqueza que deverão ser escolhidos como hipótese de incidência das mesmas, esse princípio também possui um viés pouco explorado pela doutrina — o de limitação ao poder de tributar, exposto de maneira brilhante por Luiz Claudio Flores da Cunha:

“Atendendo aos princípios da capacidade contributiva e da proporcionalidade (de ordem tributária), bem como ainda com observância ao princípio da solidariedade, a base de custeio não se concentrará em uma só fonte de tributos, sob pena de sobreonerar uma determinada classe social ou atividade econômica, sendo diversificada, com o que se atinge um maior número de pessoas capazes de contribuir, além de garantir uma constância maior das entradas.”¹⁵³

A regra que institui a competência residual para a instituição de contribuições sociais para o financiamento da seguridade social (art. 195, § 4º, da CRFB¹⁵⁴) concretiza, além do princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, o presente princípio, pois será por meio dela que o legislador infraconstitucional poderá ampliar ainda mais o leque de fontes de sustento do sistema.

Nada obstante, o Poder Legislativo, mantendo seu hábito “reformista”, utilizou a via da Emenda Constitucional nº 42/2003 para, inserindo o inciso

¹⁵² Idem, p. 92.

¹⁵³ Princípios de Direito Previdenciário na Constituição da República de 1988. *Direito Previdenciário. Aspectos Materiais, Processuais e Penais*, p. 37-38.

¹⁵⁴ “Art. 195. (...)”

IV no art. 195 da CRFB¹⁵⁵, criar a contribuição incidente sobre as receitas decorrentes da importação de bens e serviços, medida que veio também prestigiar o princípio da *equidade no custeio*, pois igualou a tributação incidente sobre o produto nacional e o importado, que antes chegava ao território nacional com vantagens competitivas decorrentes da menor carga tributária no país de origem, o que também vem ao encontro dos princípios reitores de nossa Ordem Econômica (art. 170 da CRFB¹⁵⁶).

No regime próprio dos servidores civis foi introduzida regra que criou nova e controvertida fonte de custeio para a seguridade social, *a contribuição dos inativos*, trazida a lume por obra da Emenda Constitucional nº 41/2003, que foi considerada constitucional pelo Plenário do STF, quando do julgamento da ADIN nº 3.128/DF, Rel. Min. Cezar Peluzo, *DJ* 18.02.2005, cuja ementa transcrevemos:

“1. Inconstitucionalidade. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Ofensa a direito adquirido no ato de aposentadoria. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de

§ 4º - A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I.”

¹⁵⁵ “Art. 195. (...)”

IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.”

¹⁵⁶ “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:

I - soberania nacional;

(...)

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

(...)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.”

norma de imunidade tributária absoluta. Emenda Constitucional nº 41/2003 (art. 4º, *caput*). Regra não retroativa. Incidência sobre fatos geradores ocorridos depois do início de sua vigência. Precedentes da Corte. Inteligência dos arts. 5º, XXXVI, 146, III, 149, 150, I e III, 194, 195, *caput*, II e § 6º, da CF, e art. 4º, *caput*, da EC nº 41/2003. No ordenamento jurídico vigente, não há norma, expressa nem sistemática, que atribua à condição jurídico-subjetiva da aposentadoria de servidor público o efeito de lhe gerar direito subjetivo como poder de subtrair *ad aeternum* a percepção dos respectivos proventos e pensões à incidência de lei tributária que, anterior ou ulterior, os submeta à incidência de contribuição previdencial. Noutras palavras, não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos e as pensões, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não haver, a respeito, direito adquirido com o aposentamento.

2. Inconstitucionalidade. Ação direta. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária, por força de Emenda Constitucional. Ofensa a outros direitos e garantias individuais. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Regra não retroativa. Instrumento de atuação do Estado na área da previdência social. Obediência aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como aos objetivos constitucionais de universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento. Ação julgada improcedente em relação ao art. 4º, *caput*, da EC nº 41/2003. Votos vencidos. Aplicação dos arts. 149, *caput*, 150, I e III, 194, 195, *caput*, II e § 6º, e 201, *caput*, da CF. Não é inconstitucional o art. 4º, *caput*, da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, que instituiu contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e as pensões dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações.

3. Inconstitucionalidade. Ação direta. Emenda Constitucional (EC nº 41/2003, art. 4º, § único, I e II). Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Bases de cálculo diferenciadas. Arbitrariedade. Tratamento discriminatório entre servidores e pensionistas da União, de um lado, e servidores e pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de outro. Ofensa ao princípio constitucional da isonomia tributária, que é particularização do princípio fundamental da igualdade. Ação julgada procedente para declarar inconstitucionais as expressões ‘cinquenta por cento do’ e ‘sessenta por cento do’, constante do art. 4º, § único, I e II, da EC nº 41/2003. Aplicação dos arts. 145, § 1º, e 150, II, c/c art. 5º, *caput* e § 1º, e 60, § 4º, IV, da CF, com restabelecimento do caráter geral da regra do art. 40, § 18. São inconstitucionais as expressões ‘cinquenta por cento do’ e ‘sessenta por cento do’, constantes do § único, incisos I e II, do art. 4º da

Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, e tal pronúncia restabelece o caráter geral da regra do art. 40, § 18, da Constituição da República, com a redação dada por essa mesma Emenda.”

Entendemos relevante citar tão extensa decisão para demonstrar a utilização pelo Pretório Excelso dos postulados e princípios analisados neste trabalho para exercer o controle da validade da norma que criou a mencionada exação.

Como já foi explicitado, as contribuições sociais possuem uma vocação natural para o controle por meio do postulado da *proporcionalidade* tendo em vista constituírem tributo para o qual há finalidade e destinação específica, ou seja, trata-se de um instrumento para a promoção de um fim, sendo aferível sua higidez pelos critérios da *necessidade*, *adequação* e *proporcionalidade em sentido estrito*. Da leitura do acórdão, vê-se claramente que foi esse o caminho trilhado pela Suprema Corte.

Em primeiro lugar, o exame da necessidade, verificou que o meio escolhido promove o fim, qual seja, o financiamento do sistema de previdência dos servidores públicos. Cabe frisar aqui que *o fim pretendido não é a própria proteção*, pois em um sistema de repartição — solidário por natureza — os indivíduos contribuem não para o custeio de seus próprios benefícios¹⁵⁷, mas *também e eventualmente*¹⁵⁸ para ele, custeando na verdade

¹⁵⁷ Entendemos que contribuir constitui *condição* para o recebimento do benefício, mas não *causa suficiente* para tanto.

¹⁵⁸ Considere-se a possibilidade do segurado, mesmo tendo contribuído por todo o tempo necessário, e adimplido a idade necessária, não se aposentar e vir a falecer sem dependentes habilitáveis a pensão por morte.

a proteção da comunidade abrangida, não importando, dessa forma, que o eventual contribuinte não mais esteja sujeito a risco, como é o caso dos pensionistas.

Em segundo, no exame da adequação, constatou que a medida escolhida não feria, pelo menos de maneira irrazoável, os direitos individuais envolvidos, afirmando não haver direito adquirido a não sofrer tributação, ou seja, a garantia do direito adquirido ou ato jurídico perfeito e mesmo a garantia da irredutibilidade dos benefícios¹⁵⁹ não têm o condão de imunizar seus valores contra o poder de tributar, ou seja, adquiriu-se o direito a receber proventos de determinado valor, mas não de recebê-los sem incidência de tributação.

Finalmente, no exame da proporcionalidade em sentido estrito, o Tribunal entendeu que os ganhos obtidos com a medida, ou seja, a promoção do equilíbrio financeiro e atuarial, da equidade no custeio e da diversidade da base de financiamento, mostravam-se maiores que os prejuízos sofridos: a diminuição da renda dos inativos.

Aliás, na prática, efetivamente não ocorreu, tendo em vista que o *valor líquido* recebido pelos mesmos não foi reduzido, *deixando os servidores de receberem um prêmio com a inatividade* — aumento de poder aquisitivo decorrente da não incidência da contribuição — *para terem mantido de fato o*

¹⁵⁹ Se assim fosse, teríamos que admitir que eventual aumento da alíquota ou da base de cálculo do imposto de renda (pela diminuição das isenções) também feriria a garantia da irredutibilidade.

*poder aquisitivo ostentado antes da inativação*¹⁶⁰, situação que constitui a verdadeira essência do conceito de previdência, e razão de ser da norma que determina a *irreduzibilidade dos benefícios*, ou seja, a manutenção do *status* anterior à implementação risco.

Vale apontar também que o Supremo Tribunal utilizou realizou de maneira correta a aplicação do postulado da isonomia para declarar a inconstitucionalidade da regra que criava bases de cálculo diferenciadas entre os contribuintes dos regimes próprios da União e dos demais entes, e entre esses e os do RGPS¹⁶¹, pois obviamente não há razões para contribuintes ligados a fatos geradores da mesma natureza — recebimento de remuneração decorrente do trabalho ou de proventos por inatividade — contribuam de maneira diversa, tendo sido restaurada ao final a amplitude da regra geral e isonômica do §18, do art. 40 da CRFB¹⁶², inserido pela própria emenda.

¹⁶⁰ Salvo em relação aos contemplados pelo abono por permanência em serviço, que constitui uma indenização pelo não exercício de um direito, qual seja, o de aposentar-se. Dessa forma, “premia-se” atualmente quem opta por continuar trabalhando, não quem decide se inativar.

¹⁶¹ “Art. 4º Os servidores inativos e os pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em gozo de benefícios na data de publicação desta Emenda, bem como os alcançados pelo disposto no seu art. 3º, contribuirão para o custeio do regime de que trata o art. 40 da Constituição Federal com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.

Parágrafo único. A contribuição previdenciária a que se refere o *caput* incidirá apenas sobre a parcela dos proventos e das pensões que supere:

I - cinquenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II - sessenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas da União.”

¹⁶² “Art. 40. (...)

§ 18. Incidirá contribuição sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas pelo regime de que trata este artigo que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.”

Vê-se assim que, cada dia mais, as crescentes necessidades da seguridade social determinam a ampliação de sua base de financiamento, fazendo-a abranger todos os fatos que evidenciam riqueza, e todos os integrantes da sociedade, sem distinções ou privilégios.

4. PRINCÍPIOS RELATIVOS AOS BENEFÍCIOS

4.1. Universalidade da cobertura e do atendimento

Também chamado de princípio da abrangência ou da compreensividade, constitui o mais importante princípio da seguridade social, seu maior objetivo, sua verdadeira razão de existir, e determina que a proteção social prestada pelo Estado abranja todos aqueles que se encontrem submetidos a contingências sociais.

Desse conceito saltam aos olhos os dois aspectos a serem considerados: o *objetivo*, que se refere à *cobertura*, ou seja, aos riscos protegidos, pelo qual o Estado deve considerar como dignos de prevenção ou de reparação todos os fatos que causem dano à saúde e à capacidade de auto-sustento dos indivíduos; e o *subjetivo*, que por sua vez se refere ao *atendimento*, e determina ao Estado que ampare todos os indivíduos sujeitos a esses fatos — ressalte-se a nomenclatura nitidamente “importada” do seguro privado

Trata-se nitidamente de um princípio, por ser uma norma que estabelece a obrigatoriedade da promoção de um estado de coisas, qual seja,

uma sociedade na qual todos os indivíduos estão protegidos contra as contingências sociais. Ressaltamos que não se consegue vislumbrar no dispositivo qual a conduta, quais os meios pelos quais essa realidade vai ser implementada, ficando a cargo do aplicador essa definição.

O próprio constituinte originário instituiu diversas regras que prescrevem as condutas a serem tomadas para a consecução desse importante fim instituído pelo princípio da universalidade, as quais passamos a analisar.

A regra da *filiação obrigatória*, constante do *caput* do art. 201 da CRFB, — sendo, portanto, específica do direito previdenciário —, determina que todos os exercentes de atividade laborativa remunerada não vinculada a regime próprio encontram-se necessariamente filiados¹⁶³ ao RGPS, ou seja, protegidos pelo seguro social.

Como já anteriormente ressaltado, a filiação obrigatória constitui traço distintivo do modelo do seguro social, e causa maior de seu sucesso, posto que, se fosse optativa, fatalmente pouquíssimos a ele iriam aderir, principalmente aqueles que mais dele necessitam, os trabalhadores de baixa renda.

Fica assim clara a natureza de regra do muitas vezes denominado “princípio da filiação obrigatória” ou “princípio da obrigatoriedade”¹⁶⁴, pois

¹⁶³ Art. 20 do Decreto Federal nº 3.048/99: “Filiação é o vínculo que se estabelece entre pessoas que contribuem para a previdência social e esta, do qual decorrem direitos e obrigações.”

¹⁶⁴ Por todos, confira-se Alfredo J. Ruprecht, *Direito da Seguridade Social*, p. 87.

ele não cria a obrigatoriedade da promoção de uma realidade, mas descreve uma providência pelo meio da qual se promove um fim, a universalidade. Não há dúvidas, pois o modal deôntico inerente às regras é evidente: “se trabalhar, então está vinculado”, não havendo qualquer opção valorativa para o aplicador ou para o intérprete.

A vinculação entre a regra da filiação obrigatória e o princípio da universalidade foi enunciada por Feijó Coimbra, ao afirmar que “o texto constitucional assegura a universalidade do direito às prestações, significando que a relação jurídica de filiação agora se constitui em favor de todos os cidadãos (artigo 201, § 1º)”¹⁶⁵.

A previsão constitucional do *segurado facultativo* também concretiza o princípio *sub oculis*, tendo em vista que permite àqueles que eventualmente possuam alguma fonte de renda não decorrente do trabalho remunerado, mas que tenham interesse em proteger-se, vincularem-se ao seguro social.

A preocupação com a universalização da seguridade social revela-se também no viés do custeio, como podemos constatar no parágrafo 4º do art. 195 da CRFB, que dispõe que “a lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I”.

¹⁶⁵ *Direito Previdenciário Brasileiro*, p. 46.

Também em atenção ao princípio sob análise, o Constituinte Reformador instituiu, por meio da inserção dos parágrafos 12 e 13 no art. 201, levada a cabo pela Emenda Constitucional nº 47/2005, um “sistema especial de inclusão previdenciária”, ampliando a abrangência do Regime Geral para permitir que “trabalhadores de baixa renda e aqueles sem renda própria que se dediquem exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencentes a famílias de baixa renda”, tenham acesso a benefício de valor mínimo, submetido a regime contributivo específico e privilegiado.

Trata-se de medida de duvidosa constitucionalidade, pois, a exemplo do que ocorre com os segurados especiais — opção política do constituinte originário a qual temos que nos adequar —, institui uma classe de segurados cuja proteção é quase assistencial, em decorrência da desproporção entre o custeio previsto e a despesa criada. A nosso ver, esses dispositivos ferem o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial (art. 201, *caput*, da CRFB), bem como as regras da contrapartida (art. 195, § 6º, da CRFB), da contribuição obrigatória (art. 201, *caput*, da CRFB) e da vinculação das receitas decorrentes da contribuição sobre a folha de pagamentos e da contribuição dos trabalhadores ao pagamento dos benefícios mantidos pelo RGPS (art. 167, XI, da CRFB¹⁶⁶).

¹⁶⁶ “Art. 167. São vedados:

(...)

XI - a utilização dos recursos provenientes das contribuições sociais de que trata o art. 195, I, *a*, e II, para a realização de despesas distintas do pagamento de benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201”.

Sobre essa alteração, certa a crítica de Marcos André Ramos Vieira:

“Por essa simples conta, verifica-se que não é possível a cobertura total do benefício pelo próprio segurado, e assim quem pagará a conta? Não tenho dúvida que será a sociedade como um todo, fragilizando ainda mais nosso sistema previdenciário. A alíquota dos segurados empregados é reduzida pois há a conta patronal, reduzir-se-á a contribuição dos segurados de baixa renda, mas para esses não há cota patronal, que de fato deverá ser coberta pelo restante da sociedade. E como visto, é imprescindível a prévia instituição da fonte de custeio total, sob pena de o sistema de inclusão padecer, logo em sua origem, de vício por inconstitucionalidade.

(...)

Se a idéia era estimular a inclusão na Previdência por meio da redução da contribuição, ao contrário da redução do tempo exigido de carência, deveria ter sido previsto o aumento no tempo de carência, a fim de que o equilíbrio atuarial fosse mantido. Tal fato demonstra que, em relação ao sistema de inserção previdenciária, a reforma foi conduzida mais sobre o aspecto político do que técnico.”¹⁶⁷

Constata-se claramente que esse sistema de inclusão violou o postulado da proporcionalidade: ao tentar promover um fim (maior inclusão, universalização da proteção e aumento da arrecadação), utilizou-se de um meio que o promove parcialmente, pois o aumento da proteção não gera o correspondente aumento de arrecadação e vice-versa (teste da necessidade); ao escolher o meio para promovê-lo, utilizou-se de mecanismo que viola diversos princípios e regras constitucionais que promovem valores caros para a sociedade, pois o desequilíbrio financeiro põe em risco todo o universo de pessoas protegidas pelo RGPS — sendo certo que poderia usar meio menos gravoso para amparar os futuros “segurados especiais urbanos”, qual seja, a ampliação da abrangência do benefício de amparo assistencial, que seria ainda

¹⁶⁷ *Comentários à Reforma da Previdência*, p. 130-131.

mais justo, pois contemplaria aqueles que comprovassem sua necessidade — (teste da adequação); e finalmente, diante de tudo o que foi dito, os ganhos do sistema previdenciário, com o aumento de arrecadação desproporcional ao aumento das despesas criadas, e da sociedade como um todo, pelo maior número de pessoas protegidas, não justificam os riscos, ou melhor, os danos — pois o prejuízo é certo — a serem suportados pelo já combalido sistema previdenciário¹⁶⁸.

Mais uma vez o legislador infraconstitucional, como ocorrido no caso do benefício de salário-maternidade devido ao adotante (melhor seria “salário-adoção”)¹⁶⁹, que é devido a segurada que não sofreu qualquer redução em sua capacidade laborativa em decorrência de parto, sobrecarrega o caixa da Previdência Social, ao criar despesa que evidentemente deveria ser custeada pelas verbas destinadas à assistência social, por se tratar de um benefício que evidentemente busca incentivar a prática da adoção, medida que realiza um dos objetivos desse ramo da seguridade, que é o de oferecer proteção à infância (art. 203, I, da CRFB).

Finalmente, vale mais uma vez asseverar a relevância desse princípio, que concretiza e procura realizar os objetivos fundamentais da República Brasileira, enunciados no art. 3º de nossa Carta Magna, pois, ao determinar a proteção de todos contra todas as mazelas sociais, busca “construir uma

¹⁶⁸ Indubitavelmente, foi armada mais uma “bomba-relógio” a ser detonada, mais um “esqueleto” em prejuízo das futuras gerações, em mais um ato de irresponsabilidade fiscal dos “responsáveis” pela administração da seguridade social.

¹⁶⁹ Art. 71-A da Lei nº 8.213/91, introduzido pela Lei nº 10.421/2002.

sociedade livre, justa e solidária”. Isso porque não há indivíduo que possa exercer as prerrogativas inerentes à liberdade sem ter suas necessidades básicas garantidas, porque quem está doente e quem passa fome não pode ser considerado livre.

A universalidade promove também a justiça social, ao criar para o Estado a obrigação de buscar garantir ao maior número de indivíduos as condições mínimas de sobrevivência digna e de manutenção de sua renda, não os deixando à própria sorte.

Promove também uma sociedade solidária, pois cria a obrigação de abranger o maior número de pessoas, aumentando a interdependência entre os indivíduos, cujos esforços conjuntos garantirão a promoção do bem-estar de todos.

Na previdência social, o princípio da universalidade ganha um matiz específico, pois, quanto maior o número de pessoas vinculadas ao sistema, maior será também a dispersão dos riscos sociais, ou seja, maior higidez financeira será garantida ao sistema, reafirmando o já mencionado “pacto de gerações”.

O princípio da universalidade garante o desenvolvimento nacional, promove a erradicação da pobreza e marginalização, bem como busca reduzir as desigualdades sociais e regionais, pois, como se constata pelas pesquisas realizadas, a seguridade social é o maior instrumento de distribuição de renda

do País, garantindo renda e, por consequência, acesso ao consumo a milhares de pessoas, movimentando a economia como um todo, e representando, muitas vezes, a maior parte da renda de alguns entes federativos, mormente nas regiões Norte e Nordeste.

Álvaro Sólon de França, em precioso estudo¹⁷⁰, demonstra a importância da seguridade social para a nação, relatando, por exemplo, que

“um estudo do secretário executivo do Ministério da Previdência mostra o impacto dos benefícios nas pequenas cidades. O Brasil tem 5.561 municípios; em 3.546 deles o valor das aposentadorias e pensões é maior que o repasse do FPM, o Fundo de Participação dos benefícios. Ou seja, os aposentados têm mais dinheiro do que estas prefeituras recebem da União – e não é só.”

Vale a pena citar, ainda, o seguinte trecho:

“Em meio a esse complexo universo verificamos uma particularidade da qual poucos têm conhecimento: em 4.644 municípios brasileiros (83,5%), o pagamento de benefícios previdenciários supera a arrecadação previdenciária desses municípios, o que induz à evidente conclusão de que a capacidade distributiva da Previdência Social se verifica de forma ainda mais acentuada, reduzindo nossas profundas desigualdades regionais.”

E para concluir:

“Dados sobre a participação do pagamento total com benefícios, em 2003, por Estado, mostram que o pagamento de benefícios previdenciários, em relação ao Produto Interno Bruto (PIB), corresponde a cerca de 17,17% no Piauí; 15,16% no Maranhão; 13,66% na Paraíba; 12,66% no Ceará; 11,45% em Alagoas; 11,23% no Rio Grande do Norte; 10,51% em Pernambuco; 9,44% na Bahia; 8,12% em Minas Gerais; 8,11% em Tocantins; 7,98% no Acre; 7,69% em Sergipe; 7,63% no Rio Grande do Sul; 7,25% no Rio de Janeiro; 7,00% em Santa Catarina e 6,46% em São Paulo (Tabela III). Esses números demonstram de forma inequívoca a importância do pagamento de benefícios previdenciários na

¹⁷⁰ *Previdência Social e a Economia dos Municípios*, p. 13-17.

economia dos Estados da Federação. Considerando-se os 100 municípios melhor situados com relação ao Índice Municipal de Desenvolvimento Humano (IDH-M) – Brasil-Municípios – 2000 (PNUD/IPEA/FJP – Atlas do Desenvolvimento Humano do Brasil), verifica-se que nada menos do que em 92 deles o pagamento de benefícios é superior ao FPM. (Tabela IV). Já nos 100 piores o número de municípios com benefícios previdenciários em volume superior ao FPM cai para 28, o que demonstra a importância desses benefícios no desenvolvimento humano de nossas comunidades (Tabela V). Em cerca de 94 dos 100 municípios onde o IDH de renda é maior, o pagamento de benefícios é superior ao FPM (Tabela VI), enquanto somente em 36 dos 100 municípios com pior IDH de renda o pagamento de benefícios é superior ao FPM (Tabela VII).”

É por esses motivos que mais uma vez mostra-se certa a lição do ilustre Prof. Wagner Balera, ao afirmar que, “em plena congruência com o princípio da igualdade — fixado no *caput* do art. 5º da Lei das Leis —, a universalização da proteção tornará a seguridade social habilitada a igualar todas as pessoas que residam no território nacional”¹⁷¹.

4.2. Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais

Trata-se de princípio que visa não somente a densificar, ao lado do princípio da universalidade, o sobreprincípio da igualdade, mas também a adequá-lo à realidade e às nuances da proteção social, em especial, da previdência social.

¹⁷¹ *Sistema de Seguridade Social*, p. 17.

Tem evidente raiz histórica na desigualdade existente até a promulgação da Carta da República de 1988 entre os segurados da previdência social urbana e da previdência social rural, até então sujeitos a regimes jurídicos distintos.

Essa desigualdade de tratamento também tem suas raízes na própria gênese do seguro social, que nasceu como resposta de Bismark ao movimento operário tedesco por ocasião da Revolução Industrial¹⁷². Justifica-se, assim, o alijamento do homem do campo da proteção social ao longo da História.

No Brasil, a efetiva proteção aos rurícolas surge somente com o PRORURAL¹⁷³, instituído pela Lei Complementar nº 11, de 25.05.1971, ou seja, quase 50 anos depois da Lei Elói Chaves (Decreto Legislativo nº 4.682, de 24.01.1923) — considerada o marco inicial da proteção previdenciária no Brasil, mas ainda apresentando possuía graves desigualdades. Na verdade, no interregno entre esses dois diplomas foi editado o chamado Estatuto do Trabalhador Rural (Lei nº 4.214, de 02.03.1963), sendo elucidativos os comentários do saudoso Feijó Coimbra sobre este diploma:

“Dita lei pretendia levar aos rurícolas a proteção das leis trabalhistas e previdenciárias, o que não logrou, entretanto, pelo divórcio da legislação em tela com a realidade social a que se voltava, consoante anotou, judiciosamente, um dos autores do projeto. A previsão desse ilustre jurista, quanto à ineficácia da lei promulgada, não foi desmentida. Especialmente no tocante ao amparo previdenciário, já em 1967, limitava-se, pela legislação editada, o amparo ao rurícola à assistência médico-social, suspenso o pagamento de benefícios em dinheiro, até que novos estudos

¹⁷² *Supra*, p. 19.

¹⁷³ Feijó Coimbra, *Direito Previdenciário Brasileiro*, p. 35.

fossem feitos.”¹⁷⁴

O Constituinte de 1988 determinou o fim dessa discriminação, impondo a promoção de uma realidade na qual os benefícios e os serviços devidos aos trabalhadores urbanos e rurais sejam uniformes e equivalentes, o que foi cumprido pelas Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 1991, que unificaram o tratamento entre eles.

Para Marly Cardone, “*uniformidade* é igualdade quanto ao aspecto objetivo, isto é, no que se refere aos eventos cobertos. *Equivalência* é quanto ao valor pecuniário ou qualidade da prestação”¹⁷⁵.

Como ressaltado inicialmente, esse princípio não só busca solidificar o ideal igualitário, mas também adequar o sistema às diferentes realidades em que vivem os trabalhadores urbanos e rurais, não sendo outra a razão da opção do constituinte pelos vocábulos “uniformidade” e “equivalência”, em substituição à simples enunciação da isonomia.

Equivaler significa ter o mesmo valor, mas não significa ser igual. Até mesmo na matemática igualdade e equivalência possuem símbolos diversos. Esse vocábulo foi utilizado pela sua fluidez, sendo certo que o valor dos benefícios pagos pela previdência aos rurícolas não deve ser obrigatoriamente igual ao dos benefícios pagos aos trabalhadores da cidade, não sendo também, portanto, necessária a mesma contribuição.

¹⁷⁴ Ibidem, p. 35.

No próprio texto constitucional encontramos sinais dessa equivalência, como no art. 195, § 8º, *in verbis*:

“Art. 195. (...)

§ 8º. O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei.”

Comentando o princípio sob análise, leciona Marcelo Leonardo Tavares que o dispositivo acima citado

“permite que, apesar de poderem passar anos sem contribuir, se beneficiando das prestações previdenciárias. Isto porque, como a atividade rural para esses trabalhadores é basicamente de subsistência, quase nunca há venda do produto obtido e, mesmo assim, eles se mantêm protegidos pelo sistema, a título de seguro (e não de assistência social).”¹⁷⁶

O Plano de Benefícios do RGPS (Lei nº 8.213/91), em obediência ao mandamento constitucional, criou a figura do “segurado especial” (art. 11, VII)¹⁷⁷, que, diante de suas especificidades, faz jus somente a benefício de

¹⁷⁵ *Previdência, Assistência, Saúde: o não trabalho na Constituição de 1988*, p. 30.

¹⁷⁶ *Direito Previdenciário*, p. 4.

¹⁷⁷ “Art. 11. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

(...)

VII - como segurado especial: o produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais, o garimpeiro, o pescador artesanal e o assemelhado, que exerçam suas atividades, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, bem como seus respectivos cônjuges ou companheiros e filhos maiores de 14 (quatorze) anos ou a eles equiparados, desde que trabalhem, comprovadamente, com o grupo familiar respectivo.”

valor mínimo, nos termos dos artigos 29, § 6º¹⁷⁸, e 39¹⁷⁹, ambos do mesmo diploma, valendo ressaltar que, ressalvado o salário-maternidade, todos os benefícios devidos aos segurados especiais independem de carência (art. 25, III¹⁸⁰, c/c art. 26, III¹⁸¹).

Também demonstrando a peculiaridade desse segurado, temos o Enunciado nº 272 da Súmula de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “o trabalhador rural, na condição de segurado especial, sujeito à contribuição obrigatória sobre a produção rural comercializada, somente faz jus à aposentadoria por tempo de serviço, se recolher contribuições facultativas”.

¹⁷⁸ “Art. 29. O salário-de-benefício consiste:

(...)

§ 6º No caso de segurado especial, o salário-de-benefício, que não será inferior ao salário mínimo, consiste:

I - para os benefícios de que tratam as alíneas *b* e *c* do inciso I do art. 18, em um treze avos da média aritmética simples dos maiores valores sobre os quais incidiu a sua contribuição anual, correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo, multiplicada pelo fator previdenciário;

II - para os benefícios de que tratam as alíneas *a*, *d*, *e* e *h* do inciso I do art. 18, em um treze avos da média aritmética simples dos maiores valores sobre os quais incidiu a sua contribuição anual, correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo”.

¹⁷⁹ “Art. 39. Para os segurados especiais, referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, fica garantida a concessão:

I - de aposentadoria por idade ou por invalidez, de auxílio-doença, de auxílio-reclusão ou de pensão, no valor de 1 (um) salário mínimo, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período, imediatamente anterior ao requerimento do benefício, igual ao número de meses correspondentes à carência do benefício requerido; ou

II - dos benefícios especificados nesta Lei, observados os critérios e a forma de cálculo estabelecidos, desde que contribuam facultativamente para a Previdência Social, na forma estipulada no Plano de Custeio da Seguridade Social.

Parágrafo único. Para a segurada especial fica garantida a concessão do salário-maternidade no valor de 1 (um) salário mínimo, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, nos 12 (doze) meses imediatamente anteriores ao do início do benefício.”

¹⁸⁰ “Art. 25. A concessão das prestações pecuniárias do Regime Geral de Previdência Social depende dos seguintes períodos de carência, ressalvado o disposto no art. 26:

(...)

III - salário-maternidade para as seguradas de que tratam os incisos V e VII do art. 11 e o art. 13: dez contribuições mensais, respeitado o disposto no parágrafo único do art. 39 desta Lei.”

¹⁸¹ “Art. 26. Independe de carência a concessão das seguintes prestações:

(...)

III - os benefícios concedidos na forma do inciso I do art. 39, aos segurados especiais referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei;”

Esse enunciado tem fundamento não só na redação expressa do art. 39 da Lei nº 8.213/91, mas também na inevitável conclusão de que a técnica de contribuição criada para o segurado especial redundaria na impossibilidade de adimplemento dos requisitos para a aposentadoria por tempo de serviço (atual aposentadoria por tempo de contribuição), em razão da sazonalidade e até eventualidade de suas contribuições, amplamente justificadoras do *discrimen*.

Finalmente, cabe anotar que o benefício instituído em favor dos trabalhadores do campo no § 1º do art. 48 da Lei de nº 8.213/91¹⁸², consistente em uma redução em cinco dos anos necessários para fazerem jus ao benefício de aposentadoria por idade, concretiza o princípio em análise, pois reconhece a árdua realidade do trabalho do campo, desempenhado em condições que inevitavelmente aceleram o envelhecimento, o desgaste natural da saúde dos trabalhadores, como a prolongada exposição ao sol e a natureza eminentemente física das atividades desenvolvidas, respeitando o postulado da igualdade ao escolher como *discrimen* critério congruente (envelhecimento precoce) com a finalidade da norma (amparar as pessoas que a lei presume encontrarem-se com sua capacidade laborativa significativamente reduzida em razão da idade avançada).

¹⁸² “Art. 48. A aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta Lei, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 1º Os limites fixados no *caput* são reduzidos para sessenta e cinquenta e cinco anos no caso de trabalhadores rurais, respectivamente homens e mulheres, referidos na alínea *a* do inciso I, na alínea *g* do inciso V e nos incisos VI e VII do art. 11. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999)

§ 2º Para os efeitos do disposto no parágrafo anterior, o trabalhador rural deve comprovar o efetivo exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do

4.3. Seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços

O princípio da seletividade consiste num dos mais importantes princípios da seguridade social. Determina que o aplicador escolha como objeto de proteção, entre as vicissitudes que acometem o ser humano em sua vida, aquelas que efetivamente causem uma perda ou diminuição de sua capacidade de auto-sustento. Para Luiz Claudio Flores da Cunha:

“O princípio da seletividade é aquele que propicia ao legislador uma espécie de mandato específico, com o fim de estudar as maiores carências sociais em matéria de seguridade social, e que ao mesmo tempo oportuniza que essas sejam priorizadas em relação às demais.”¹⁸³

Não se limita, no entanto, à escolha das contingências, mas também à escolha dos sujeitos protegidos. Nesse sentido, manifestam-se Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Júnior:

“O princípio da seletividade consagra um critério distintivo para a escolha das prestações previdenciárias disponibilizadas (quais as contingências sociais que serão cobertas pelo sistema de proteção social em face de suas possibilidades financeiras), e também para a definição da clientela a ser atendida. Como exemplo de aplicação desse princípio, citem-se o salário-família e o auxílio-reclusão, que, por força da Emenda Constitucional nº 20/98, são pagos apenas aos

benefício, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício pretendido. (Incluído pela Lei nº 9.032, de 1995)”

¹⁸³ Princípios de Direito Previdenciário na Constituição da República de 1988. *Direito Previdenciário. Aspectos Materiais, Processuais e Penais*, p. 39.

segurados considerados como de baixa renda.”¹⁸⁴

Sendo assim, esse princípio informará não somente a fixação do rol de segurados, que são definidos pelo exercício ou não de atividade laborativa, e em razão de seu poder aquisitivo, mas principalmente o rol de seus dependentes, somente sendo possível contemplar aqueles que efetivamente sofrem um prejuízo em sua capacidade de auto-sustento com a perda da capacidade laborativa do segurado do qual dependem economicamente.

Trata-se de princípio que não necessitava se encontrar exposto no texto constitucional: é ínsito a qualquer sistema de proteção que somente previna ou repare situações que efetivamente causem perdas aos indivíduos protegidos. Vislumbra-se com clareza uma herança dos antecedentes históricos da seguridade social, quais sejam, o seguro privado e o seguro social.

Mas não é esse o único motivo. Considerando que vivemos sob a égide de um Estado de Direito, no qual qualquer aumento ou diminuição patrimonial somente pode ocorrer por meio de causa jurídica lícita, e em um Estado Democrático e Republicano, no qual o poder e os recursos públicos são exercidos e administrados em nome do povo e em seu benefício, não se poderia admitir jamais que alguém recebesse prestação securitária de qualquer natureza por parte do Poder Público sem que se encontrasse efetivamente dela necessitando.

¹⁸⁴ *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*, p. 38.

Pode parecer contraditório num primeiro momento, mas não escapa aos olhos de um observador cuidadoso a implícita, mas marcante, presença da seletividade no cerne do princípio da universalidade, pelo qual se busca a maior abrangência do *atendimento* e da *cobertura*. Ora, a quem se atende? E o que se cobre? A resposta é simples: a pessoas vitimadas por contingências sociais, ou seja, por fatos que afetem sua capacidade de manter-se dignamente, não sendo outro motivo pelo qual a doutrina pátria é quase unânime ao afirmar que *universalidade* e *seletividade*, antes de se contraporem, se completam. Por todos, citamos as precisas palavras da eminente magistrada federal Marisa Ferreira dos Santos, em rica dissertação sobre o tema:

“As disposições constitucionais que impõem o respeito aos princípios da *universalidade* e da *seletividade* podem parecer, num primeiro momento, contraditórias. Se a igualdade impõe a *universalidade* da cobertura e do atendimento, como é possível limitá-los pela *seletividade*? Os dois princípios não se excluem, complementam-se. Justamente para alcançar o bem-estar e justiça sociais o constituinte de 1988 elegeu-os como princípios. A *universalidade* impõe a cobertura de todas as situações de necessidades básicas e o atendimento de todas as fases protetivas. Mas sabe-se que, no terreno da seguridade social, o objetivo está concentrado em suprir as necessidades sociais relacionadas aos mínimos vitais que importam o conceito de *bem-estar*.”¹⁸⁵ (grifos no original)

E conclui:

“A *seletividade* e a *distributividade* desempenham, com autorização constitucional, um papel *redutor* da *universalidade*. Ao selecionar e distribuir as prestações de seguridade, o legislador acode aos mais necessitados de determinada proteção, com o que

¹⁸⁵ *O Princípio da Seletividade das Prestações de Seguridade Social*, p. 181.

lhes proporciona um mínimo de bem-estar e reduz a desigualdade que se lhes apresentava diante dos demais membros do corpo social.

Ambos os princípios estão de acordo com a *justiça distributiva*, na concepção aristotélica, e com a fórmula de Perelman: ‘a cada um segundo suas necessidades’.¹⁸⁶ (grifos no original)

O princípio da seletividade desse modo densifica um dos princípios fundamentais de nossa República (art. 1º, III, da CRFB¹⁸⁷), e da Ordem Social estruturada pela nossa Carta Magna (art. 170, *caput*, da CRFB¹⁸⁸): o princípio do primado do trabalho e da livre iniciativa.

Enfatizamos nossa opinião de que a *seletividade* não é um dado *acidental* da seguridade social, a ela aplicável somente por força do inciso III do parágrafo único do art. 194 da CRFB, mas sim um caracter *essencial* desse instrumento de proteção social, de promoção do bem-estar da sociedade. Mesmo que fosse possível a implantação de um regime de proteção integral, de seguridade social ampla e irrestrita, ainda sim ela somente iria beneficiar as pessoas afetadas por contingências sociais, ou seja, pessoas que não conseguissem obter e manter níveis considerados mínimos ou satisfatórios de bem-estar, necessitando da intervenção do Estado para tanto.

Mais uma vez mostram-se precisas as lições de Marisa Santos Ferreira:

“A solidariedade social não existe para que o indivíduo seja um

¹⁸⁶ Idem, p. 182.

¹⁸⁷ “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;”

¹⁸⁸ “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:”

ônus para o Estado e para os demais membros da comunidade. O espírito de solidariedade faz com que o grupo social, reconhecendo seu dever de proteger seus membros em situação de insegurança, não se acomode diante de situações de inexistência dos mínimos necessários à existência digna. Além das necessidades básicas, que cabe ao Estado e à comunidade suprir quando o homem não tiver condições de fazê-lo por si, cabe a cada um buscar suas realizações e conquistar outros bens, o que já está fora do terreno da seguridade social. Não se tira do homem para transferir para a sociedade o seu dever de lutar contra as futuras situações de segurança e necessidade.”¹⁸⁹

Entendemos que a seletividade decorre de um corolário direto do princípio do primado do trabalho e da livre iniciativa, o princípio da *subsidiariedade*, que na doutrina chilena ganha a seguinte interpretação:

“La Seguridad Social no debe conducir a la eliminación de la responsabilidad de cada miembro de la comunidad: no se trata que el Estado, paternalista e autoritario, asuma sobre sí la total responsabilidad frente a la adversidad aboliendo la responsabilidad que a cada individuo le corresponde, sino que sólo debe intervenir cuando éste no es capaz de solucionar sus problemas por sí solo o con ayuda de su grupo familiar o de otros mecanismos de que pueda disponer.”¹⁹⁰

A *distributividade*, por seu turno, revela-se como um comando ao legislador para que, ao selecionar as contingências e os destinatários da proteção, e diante dos recursos orçamentários disponíveis, escolha aquelas que melhor distribuam, ou redistribuam, a renda arrecadada direta ou indiretamente da sociedade, cumprindo assim não somente uma das principais funções da seguridade social, mas também o fim primordial do Estado Social. Nas irretocáveis palavras de Marisa Ferreira Santos:

“A *seletividade* destina-se à garantia dos mínimos vitais

¹⁸⁹ Idem, p. 179.

¹⁹⁰ Gabriela Lanata Fuenzalida, *Manual de legislación previsional*, p. 35.

necessários à obtenção de bem-estar. A *distributividade* visa à redução das desigualdades sociais e regionais, com o que implementa a justiça social. A *seletividade* e a *distributividade*, então, são *instrumentos* que, no campo da seguridade social, viabilizam a consecução dos objetivos da Ordem Social.”¹⁹¹ (grifos no original)

No mesmo sentido, o arguto pensamento de Marly A. Cardone:

“O *princípio da solidariedade* informa exatamente que todos devem contribuir, na medida de sua possibilidade, e usufruir das prestações na medida de sua necessidade. Desta forma se pode atingir a segunda determinação do inciso ora examinado, isto é, a *distributividade*, que nada mais é do que distribuir renda. O *fim* da previdência ou segurança social é atender as necessidades oriundas da ocorrência das contingências humanas, mas sua *função* é distribuir renda. E a distribuição pode se fazer não outorgando prestações a quem não provar *necessidade* e, com isto, melhorar o nível das prestações dos que realmente delas precisam.”¹⁹² (grifos no original)

Diante dessas considerações podemos concluir que as normas relativas ao valor máximo e mínimo dos benefícios atendem, respectivamente, aos princípios da seletividade e distributividade, pois, ao limitar o espectro de indivíduos protegidos pelo sistema àqueles que detêm até determinada renda, permite, diante das limitações financeiras do mesmo, que sejam garantidos benefícios de valor mínimo, ou seja, que garantam o mínimo existencial inclusive para os indivíduos que não possuíam esse padrão mínimo de renda quando se encontravam em atividade.

¹⁹¹ Idem, p. 181.

¹⁹² Op. cit., p. 31.

E é pelo mesmo motivo que entendemos, ao lado de Marcelo Leonardo Tavares¹⁹³, Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Júnior¹⁹⁴, pela validade da alteração introduzida pela Emenda Constitucional n° 20/1998, que criou a figura do “segurado de baixa renda”, para limitar a concessão dos benefícios de salário-família e auxílio-reclusão, sendo certo que, como já mencionado, entendemos que esses benefícios não possuem o caráter de fundamentalidade que determinaria sua intangibilidade por força da *vedação ao retrocesso*¹⁹⁵.

Quanto ao último, no entanto, existe forte corrente doutrinária sustentando que a norma padece de inconstitucionalidade¹⁹⁶, por ter escolhido critério de *discrímen* incongruente com a finalidade erigida, ferindo, assim, o *postulado da igualdade*, e, por conseqüência, o princípio da seletividade e distributividade.

O constituinte reformador, buscando atender a seletividade e a distributividade, pretendeu reduzir o espectro de abrangência subjetiva do benefício, outorgando-os a indivíduos que em razão de sua baixa renda presume-se dele necessitarem. No entanto, considerando que o benefício de auxílio-reclusão repara a perda do poder aquisitivo dos dependentes, não se mostra válido, *prima facie*, utilizar como regra da diferenciação a renda do

¹⁹³ *Previdência e Assistência Social: Legitimação Constitucional Brasileira*, p. 192 e 238.

¹⁹⁴ *Op. cit.* p. 38.

¹⁹⁵ *Supra*, 35-36.

¹⁹⁶ No mesmo sentido: Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari. *Manual de Direito Previdenciário*, p. 567.

segurado, pois fatalmente redundará em injusta situação na qual o encarceramento de um segurado que perceba remuneração considerada de baixa renda determine a concessão de benefício a dependente que não se enquadre nesse conceito, ou, pior, que o encarceramento de um segurado de “alta renda” inviabilize a concessão do benefício a dependente que dele necessite, por não ter renda, ou por ter baixa renda, ferindo assim a obrigação de *selecionar para distribuir*.

No entanto, merece ponderação a advertência de Marcelo Leonardo Tavares extraída do voto condutor de acórdão que, reformando a sentença, julgou improcedente pretensão fundada na tese da inconstitucionalidade desse *discrímen*:

“E é bom que se esclareça que o parâmetro de seletividade, na redação dada ao inciso IV do art. 201 da CRFB/88 é a renda do segurado, e não a do dependente, que muitas vezes não tem renda mesmo, por exemplo, por ser menor, conforme consta na locução ‘salário-família e auxílio-reclusão para dependentes do segurado de baixa renda’, isto porque não se pode tentar obter, a partir de métodos de interpretação, resultado diametralmente oposto ao sentido do texto escrito, transformando ‘azul em amarelo’. Houvesse intenção de fixar critério diverso, haveria a referência a ‘dependentes de baixa renda de segurados’, e não, como consta, ‘dependentes de segurado de baixa renda’, o que indica que a medida de baixa renda é a remuneração do segurado e não de seus dependentes.”¹⁹⁷

A advertência pareceu-nos pertinente porque, levando em conta o postulado da *razoabilidade como equidade* — que em um dos seus aspectos determina que as normas sejam interpretadas de acordo com a realidade e de

¹⁹⁷ Rec. Sentença nº 2004.51.54.000845-2-1. 1ª Turma Recursal/RJ, unânime, j. 27.07.2005, *Boletim das Turmas Recursais da Justiça Federal do Rio de Janeiro*, nº 11, p. 05.

acordo com o que ordinariamente ocorre —, devemos considerar que o “segurado de baixa renda” foi escolhido pelo constituinte reformador como critério de *discrímen* pela presunção (*hominis*) de que os segurados de “alta renda” têm condições maiores de poupança, e, com isso, seus dependentes teriam condição de suportar a diminuição da renda familiar decorrente do encarceramento do segurado, não se justificando, assim, o pagamento de benefício por força dos princípios da seletividade e distributividade.

Diante disso, inevitável parece-nos a conclusão de que a norma compatibiliza-se, em abstrato, com as opções políticas expressadas no corpo de nossa Constituição Republicana, o que não obsta, entretanto, a possibilidade de ser afastada a *aplicabilidade*¹⁹⁸ dessa regra por força do postulado da *razoabilidade como eqüidade*¹⁹⁹ — considerado como exigência de que no processo interpretativo o aplicador leve em conta aspectos individuais do caso concreto que não foram considerados pela descrição normativa em virtude de sua generalidade —, diante da demonstração da existência de razões superiores que justificam a concessão do benefício.

Essas razões estariam certamente presentes em casos nos quais os *dependentes de baixa renda do segurado* demonstrassem que, a despeito de este não ser considerado pela lei abstratamente como instituidor do auxílio-

¹⁹⁸ *Supra*, p. 59.

¹⁹⁹ *Supra*, p. 82..

reclusão em razão de seus ganhos, a condição pessoal daqueles faz com que necessitem do benefício, possibilitando, assim, seu deferimento em sede judicial, atendendo-se outrossim, desse modo, a finalidade da norma²⁰⁰

Não poderíamos terminar a análise dos princípios da seletividade e da distributividade sem abordarmos dispositivo de lei ordinária pré-constitucional que constitui verdadeira afronta aos mesmos. Trata-se de dispositivo, em pleno vigor, constante do art. 20 da Lei de Pensões Militares — Lei nº 3.765, de 04 de maio de 1960 —, cujo teor transcrevemos:

“Art. 20. O oficial da ativa, da reserva remunerada ou reformado, contribuinte obrigatório da pensão militar, que perde pòsto e patente, deixará aos seus herdeiros a pensão militar correspondente (...) Vetado.

Parágrafo único. Nas mesmas condições, a praça contribuinte da pensão militar com mais de 10 (dez) anos de serviço, expulsa ou não relacionada como reservista por efeito de sentença ou em virtude de ato da autoridade competente, deixará aos seus herdeiros a pensão militar correspondente (...) Vetado.”

²⁰⁰ Admitimos também a hipótese de o juiz deixar de aplicar a regra constitucional para indeferir a pretensão ao benefício, como ocorreria, por exemplo, em caso em que se discutisse a qualidade de dependente do autor, não reconhecida administrativamente, e fosse verificado que o mesmo, apesar de ter o *status* de dependente de segurado de baixa renda, ostentasse evidentes sinais de que não necessita do benefício. Nesse sentido, elaboramos a hipótese de uma ocupante de cargo público de remuneração elevada (notória porque pública) pretendesse receber auxílio-reclusão de um segurado de baixa renda de quem era companheira.

As hipóteses de perda de posto ou patente do militar²⁰¹, bem como a expulsão da praça²⁰², encontram-se disciplinadas no Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880, de 09.12.1980), sendo certo que, ao procedermos à sua análise, constatamos que todas decorrem da prática de faltas disciplinares, de delitos militares e de crimes comuns. Sendo assim, chega-se à conclusão de que a lei de pensões militares prevê como fato gerador de benefício de pensão a chamada “morte ficta”, como também ocorre na exclusão do militar, ou seja, os seus dependentes recebem uma *prestação pecuniária vitalícia* em razão da perda do cargo ocupado.

²⁰¹ “Art. 118. O oficial perderá o posto e a patente se for declarado indigno do oficialato, ou com ele incompatível, por decisão do Superior Tribunal Militar, em tempo de paz, ou de Tribunal Especial, em tempo de guerra, em decorrência de julgamento a que for submetido.

Parágrafo único. O oficial declarado indigno do oficialato, ou com ele incompatível, e condenado à perda de posto e patente só poderá readquirir a situação militar anterior por outra sentença dos tribunais referidos neste artigo e nas condições nela estabelecidas.”

“Art. 119. O oficial que houver perdido o posto e a patente será demitido *ex officio* sem direito a qualquer remuneração ou indenização e receberá a certidão de situação militar prevista na legislação que trata do serviço militar.”

“Art. 120. Ficará sujeito à declaração de indignidade para o oficialato, ou de incompatibilidade com o mesmo, o oficial que:

I - for condenado, por tribunal civil ou militar, em sentença transitada em julgado, à pena restritiva de liberdade individual superior a 2 (dois) anos;

II - for condenado, em sentença transitada em julgado, por crimes para os quais o Código Penal Militar comina essas penas acessórias e por crimes previstos na legislação especial concernente à segurança do Estado;

III - incidir nos casos, previstos em lei específica, que motivam o julgamento por Conselho de Justificação e neste for considerado culpado; e

IV - houver perdido a nacionalidade brasileira.”

²⁰² “Art. 125. A exclusão a bem da disciplina será aplicada *ex officio* ao Guarda-Marinha, ao Aspirante-a-Oficial ou às praças com estabilidade assegurada:

I - quando assim se pronunciar o Conselho Permanente de Justiça, em tempo de paz, ou Tribunal Especial, em tempo de guerra, ou Tribunal Civil após terem sido essas praças condenadas, em sentença transitada em julgado, à pena restritiva de liberdade individual superior a 2 (dois) anos ou, nos crimes previstos na legislação especial concernente à segurança do Estado, a pena de qualquer duração;

II - quando assim se pronunciar o Conselho Permanente de Justiça, em tempo de paz, ou Tribunal Especial, em tempo de guerra, por haverem perdido a nacionalidade brasileira; e

III - que incidirem nos casos que motivarem o julgamento pelo Conselho de Disciplina previsto no artigo 49 e nele forem considerados culpados.

(...)”

“Art. 127. A exclusão da praça a bem da disciplina acarreta a perda de seu grau hierárquico e não a isenta das indenizações dos prejuízos causados à Fazenda Nacional ou a terceiros, nem das pensões decorrentes de sentença judicial.

Parágrafo único. A praça excluída a bem da disciplina receberá o certificado de isenção do serviço militar previsto na legislação que trata do serviço militar, sem direito a qualquer remuneração ou indenização.”

Gize-se, *o fato gerador do benefício não é o encarceramento do militar, mas somente a perda do cargo*, fazendo inadmissível qualquer raciocínio analógico ao benefício de *auxílio-reclusão*²⁰³.

Não se mostra necessário grande esforço exegético para concluir que essa previsão fere gravemente o postulado da proporcionalidade, e, por via de consequência, os sobreprincípios republicano, do Estado de Direito e da igualdade e os princípios da seletividade/distributividade.

Com efeito, não se nega que a perda da função vai determinar uma contingência à família do militar, em virtude da cessação do recebimento do soldo, mas essa contingência não se mostra definitiva, porque o militar ainda vivo está, em pleno gozo de sua capacidade laborativa, e com total condição de prover o seu sustento e de sua família, não podendo assim a perda da função ser apta a justificar o recebimento de um benefício vitalício²⁰⁴.

Diante disso, não há dúvidas de que o benefício fere o *postulado da proporcionalidade*, pois outorga reparação drasticamente desproporcional ao dano sofrido. Ao escolher como fato gerador de benefício vitalício uma contingência passageira, não respeitou os critérios da *adequação* e da *proporcionalidade em sentido estrito*.

²⁰³ Devido aos dependentes do segurado de baixa renda que se encontrar encarcerado (art. 201, V, da CRFB c/c art. 80, da Lei nº 8.213/91).

²⁰⁴ Admitiríamos, no entanto, o pagamento de benefício com duração compatível com a maior dificuldade do militar de recolocar-se no mercado de trabalho, em razão das peculiaridades da função que exerce, que possui poucas atividades análogas na iniciativa privada.

Considerada a finalidade das normas de proteção social — reparação de contingência —, as prestações são o meio pelo qual se realiza essa finalidade, mostrando-se presente a relação *meio-fim* própria para o controle de proporcionalidade. Sendo assim, verifica-se ter respeitado o requisito da *necessidade*, pois o meio escolhido (prestação pecuniária) promove o fim pretendido (reparação da perda de poder aquisitivo), no entanto, a medida não se mostrou *adequada*, pois entre as existentes (benefício de parcela única ou mesmo temporário) escolheu a que mais vulnera outros princípios fundamentais em jogo (benefício vitalício), e, finalmente, não foi *proporcional em sentido estrito*, porque as vantagens auferidas (reparação da contingência) pela medida não guardam proporção aos prejuízos que ela provoca (pagamento de prestação pecuniária por período muito superior ao necessário para a superação da contingência)²⁰⁵.

Violando esse postulado, desrespeitou o sobreprincípio *republicano*, que determina que os gastos públicos sejam direcionados para fins que promovam o bem-estar comum e não o de uma minoria, ferindo assim também o *princípio da isonomia*, pois instituiu classe de indivíduos que recebe dinheiro público sem qualquer causa para tanto.

E ainda no tocante à isonomia, vale ressaltar que se trata da única hipótese de nosso ordenamento jurídico na qual um indivíduo recebe

²⁰⁵ Em um exemplo prosaico, mas significativo, consideramos irrazoável construir uma escadaria de concreto para pintar a fachada de um prédio...

reparação decorrente da *perda culposa de sua fonte de renda*, não servindo de objeção o fato de que os titulares da pensão são os dependentes do militar, pois, de regra, o militar mantém o convívio com seus dependentes, havendo, por conseguinte, proveito comum.

Como último apontamento quanto à isonomia, vale lembrar que não há no regime próprio federal previsão de benefício por perda do cargo²⁰⁶, não havendo previsão sequer de “período de graça”²⁰⁷. Quanto aos trabalhadores em geral, o seguro-desemprego é pago temporariamente e somente nos casos de rompimento injustificado do contrato de trabalho (artigos 3º e 4º da Lei nº 7.998, de 11.01.1990)²⁰⁸.

O benefício em análise também fere gravemente o sobreprincípio do Estado de Direito pois criou benefício que encerra verdadeiro *enriquecimento sem causa* legítima, ao pagar benefício em favor de quem dele não necessita, motivo pelo qual também subverte o *princípio da solidariedade*, e seu corolário direto, *distributividade*, pelos quais toda a sociedade contribui para a segurança social de seus integrantes, amparando aqueles que involuntariamente não têm condições de prover um patamar mínimo de renda

²⁰⁶ Aliás, não se mostra condizente com o exercício de função pública, mormente à vida militar, que determina especial apreço à legalidade, à moralidade e à hierarquia, a prática de delito ou falta disciplinar, e seria irrazoável amparar o servidor que perde o cargo em virtude do descumprimento de um dever que lhe é especialmente exigido.

²⁰⁷ Período no qual, a despeito de não contribuir, o segurado mantém todos os seus direitos em face do sistema de proteção (art. 15 da Lei nº 8.213/91)

²⁰⁸ “Art. 3º. Terá direito à percepção do seguro-desemprego o trabalhador dispensado sem justa causa que comprove:
(...)”

— ou de manter seu patamar atual —, pois opera transferência de renda em favor de quem possui essas condições, onerando os cofres públicos em prejuízo não somente daqueles que realmente necessitam, mas também daqueles que financiam esse sistema e dele se beneficiam de maneira indireta, ou seja, pela promoção do bem-estar e justiça sociais.

Em suma: essa regra constitui verdadeira antítese dos princípios fundantes de um *Estado Social de Direito* e deve ter negada sua aplicação pelos órgãos do Poder Judiciário²⁰⁹ — em sede de controle difuso de constitucionalidade —, bem como merece ter sua normatividade sustada, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante²¹⁰, por medida de controle abstrato de constitucionalidade, qual seja, por Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF (art. 102, § 1º, da CRFB²¹¹, regulamentado pela Lei nº 9.882/99), tendo em vista a natureza pré-constitucional da norma²¹².

“Art. 4º. O benefício do seguro-desemprego será concedido ao trabalhador desempregado, por um período máximo de 4 (quatro) meses, de forma contínua ou alternada, a cada período aquisitivo de 16 (dezesseis) meses, contados da data de dispensa que deu origem à primeira habilitação”.

²⁰⁹ No entanto, não é o que ocorre na prática, como pode ser constatado no acórdão proferido pela 3ª Turma do TRF da 2ª Região, ao ensejo do julgamento da Apelação Cível nº 91.02.00556-5, Rel. Des. Fed. Paulo Barata, j. 18.06.1997, *DJ* 09.09.1997.

²¹⁰ Humberto Peña de Moraes, *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Lineamentos sobre o Tema*, p. 155.

²¹¹ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...)

§ 1º. A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.”

²¹² Gilmar Ferreira Mendes, *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Parâmetro de Controle e Objeto*, p. 135-142.

4.4. Irredutibilidade do valor dos benefícios

As prestações oferecidas pela seguridade social dividem-se em duas classes: os benefícios e os serviços. Os primeiros referem-se às prestações pecuniárias outorgadas pelo sistema, ou seja, são objeto de uma obrigação de dar coisa certa fungível, qual seja, dinheiro, como no caso do amparo assistencial ao idoso e ao inválido, e dos benefícios previdenciários. Os serviços, por seu turno, são objeto de uma obrigação de fazer, são prestações ofertadas pelo Poder Público, como a reabilitação profissional e o atendimento médico-hospitalar, entre outras.

Tratada por toda a doutrina como princípio, a regra da irredutibilidade determina que os benefícios — prestações pecuniárias — concedidos e mantidos pela seguridade social não podem sofrer redução no seu *quantum*. Essa regra não torna imutáveis os valores dos benefícios fixados em abstrato nos dispositivos legais pertinentes, mas, uma vez adquirido o direito ao benefício por um indivíduo por força da ocorrência dos fatos previstos como necessários e suficientes para tanto, imutável, ou melhor, irredutível torna-se o seu valor.

Vale ressaltar, no entanto, que a regra que garante a irredutibilidade limita-se a vedar a minoração do valor nominal do benefício, pouco

importando o poder aquisitivo por ele representado, entendimento que já foi objeto de reiteradas decisões de nosso Pretório Excelso²¹³.

Levando em conta as considerações lançadas no capítulo anterior, e apesar de a doutrina²¹⁴ ser unânime ao tratar o dispositivo que estabelece a irredutibilidade como princípio, não há dúvidas de que estamos diante de uma regra, uma norma que descreve uma conduta, ou melhor, que fixa a proibição de uma conduta do legislador, consistente na redução do valor dos benefícios concedidos e mantidos pela seguridade social.

Não há a criação em abstrato da obrigatoriedade da promoção de um fim, de um estado de coisas que realize um valor, mas sim a vedação da prática de atos legislativos que violem o valor, a dignidade da pessoa humana, garantidora, por sua vez, do mínimo existencial. Não há margem de conformação do legislador, não tem ele como optar por outras condutas que promovam esse fim — considerado isoladamente esse dispositivo —, devendo somente deixar de reduzir o valor dos benefícios.

E também não restam dúvidas de que essa regra densifica os princípios da segurança jurídica, não permitindo que os beneficiários sejam surpreendidos pela diminuição de seu poder aquisitivo lícitamente adquirido por força de mandamento legal, e da dignidade da pessoa humana, por

²¹³ MS nº 21.659-DF, Plenário, rel. Min. Eros Grau, j. 28.09.2009, DJ 03.02.2006, p. 14.

²¹⁴ Por todos, Marcelo Leonardo Tavares, *Direito Previdenciário*, p. 5.

garantir a manutenção do nível de vida, do nível de bem-estar mínimo adquirido pelo beneficiário, ao qual estava psicologicamente adaptado.

Acerca dela, mesmo que tratada como princípio, e levando em conta sua específica função na previdência social, preciosa mostra-se a lição de Fábio Lopes Vilela Berbel:

“Quando da análise dos valores dos benefícios, verificou-se que o *quantum*, na maioria das vezes, mantém relação com a situação sócio-econômica do contingenciado. O valor do benefício visa, como visto, a manutenção do *status quo ante* a ocorrência da contingência, pois esta não pode ser vista como elemento ensejador de empobrecimento do obreiro. A situação financeira do contingenciado, portanto, deve ser semelhante à vivida por ele antes da ocorrência da contingência. Fato diverso tornaria a proteção social ineficaz, diante da alteração da condição mínima de dignidade.”²¹⁵

O que foi dito revela uma nuance específica da previdência social: nela o princípio da dignidade da pessoa humana impõe um *plus* em relação à assistência. Se nesta última o mencionado princípio impõe a garantia de um mínimo vital que afaste o ser humano da miséria, na previdência social essa garantia opera para tornar perene um mínimo existencial pré-existente, ou seja, considerando como ponto de partida a renda percebida pelo segurado quando em atividade, mas tendo como limite o valor considerado pela sociedade em dado momento histórico como o máximo de proteção a ser conferida (poderia se dizer que o teto do valor dos benefícios constitui o “máximo do mínimo”, ou seja, retrata o limite máximo da proteção básica).

²¹⁵ *Teoria Geral da Previdência Social*, p. 243-244.

Em suma: a previdência busca garantir a manutenção do poder aquisitivo decorrente da capacidade laborativa do segurado. E essa conclusão é reforçada outras regras garantidoras da manutenção do *status quo ante* em relação à ocorrência da contingência, quais sejam, as constantes dos parágrafos 3º, 4º, e 11 do art. 201 da CRFB.

A conjugação da regra que determina que todos os ganhos habituais do trabalhador integrem a base de cálculo das contribuições sociais e, por conseguinte, o cálculo do valor dos benefícios (art. 201, § 11, da CRFB), com a que obriga a atualização monetária dos salários-de-contribuição utilizados no cálculo do benefício (art. 201, § 3º, da CRFB), evidentemente tem o condão de fazer com que o valor do benefício reflita o poder aquisitivo fruído pelo usuário durante sua vida laborativa.

Por sua vez, a regra que garante a *manutenção do valor real* dos benefícios previdenciários por meio do reajustamento dos benefícios conforme critérios definidos em lei (art. 201, § 4º, da CRFB) cria a obrigação da manutenção do poder aquisitivo do benefício, tendo ficado a cargo do legislador a fixação do índice de correção a ser aplicado e a determinação da periodicidade do reajustamento, valendo aqui a bem lançada advertência do jovem e brilhante jurista já citado:

“A norma jurídica que venha a estabelecer forma de atualização — índices — que não gera manutenção real do valor do benefício deve ser declarada inconstitucional, pois, não obstante a aplicabilidade contida, o § 4º do art. 201 da Magna Carta tem

eficácia. O legislador infraconstitucional não se encontra livre para determinar a forma de atualização das prestações, visto a manutenção do valor estar apregoada ao adjetivo real. A irreabilidade do ajustamento, mesmo que legal, deve ser repudiada, diante da inconstitucionalidade material.²¹⁶

Infelizmente, como é reconhecido pelos maiores expoentes da doutrina constitucional pátria²¹⁷, nossa Corte Excelsa vem fazendo uma equivocada interpretação das normas constitucionais de eficácia limitada, ou seja, que carecem da edição de legislação infraconstitucional para terem eficácia plena e gerarem direitos subjetivos, permitindo que o legislador conforme de maneira arbitrária essas normas, tirando-lhes sua eficácia.

Como ressaltado na citação acima, o legislador infraconstitucional não pode, sob pena de incidir em inconstitucionalidade material, inobservar o núcleo semântico mínimo dos dispositivos a serem integrados, por força do princípio da supremacia da Constituição. As normas constitucionais de eficácia limitada, como a própria denominação deixa claro, possuem eficácia, consistente na impossibilidade de os órgãos estatais atuarem contra o que elas estatuem, e não poderem, ao aplicá-las, ao integrá-las, deixar de respeitar os significados mínimos de seus conteúdos. A lei integrativa que desrespeita esse conteúdo semântico mínimo fere o postulado da *razoabilidade*, entendido como a congruência entre o estabelecido na lei e a natureza das coisas²¹⁸.

²¹⁶ Fabio Lopes Vilela Berbel, *Teoria Geral da Previdência Social*, p. 246-247.

²¹⁷ Por todos, Luiz Roberto Barroso, op. cit., p. 235 e seguintes.

²¹⁸ *Supra*, p. 82.

Feitas essas considerações, podemos dizer que numa ordem cronológicas as mencionadas regras atuam na seguinte seqüência: *na relação de concessão do benefício*, em primeiro lugar, garante-se que todos os ganhos habituais do trabalhador, toda sua renda, seja considerada para o cálculo do valor do benefício; em segundo lugar determina-se que todos esses ganhos, considerando os longos períodos aquisitivos das prestações previdenciárias e a inevitável depreciação do valor da moeda, sejam devidamente atualizados para refletirem o efetivo poder aquisitivo do trabalhador durante a atividade; depois disso, *já na relação de manutenção do benefício*, determina-se a irredutibilidade nominal do valor anteriormente encontrado; e, finalmente, determina-se a manutenção do valor real do benefício, ou seja, a manutenção do poder aquisitivo do valor nominal irredutível encontrado por meio das operações anteriores, e que espelha o mínimo existencial específico para aquele segurado, ou melhor, a manutenção das condições de sua vida quando em atividade, antes da efetivação da contingência.

A elevação dessas regras ao nível constitucional possui evidente fundamento histórico, decorrendo elas das perniciosas técnicas de cálculos de concessão e atualização dos benefícios estatuídas pelo legislador pré-constitucional, podendo ser citada como exemplo a fixada pelo art. 26 da Lei nº 6.243/75, que determinava somente a atualização monetária de parte dos salários-de-contribuição utilizados para o cálculo do benefício.

Finalmente, ainda entendemos pertinente tratar neste ponto da regra da garantia de valor mínimo dos benefícios previdenciários (art. 201, § 2º, da CRFB²¹⁹), pois também determina a irredutibilidade dos benefícios, constituindo-se na verdadeira garantia de que nenhum segurado da previdência social poderá deixar de receber a quantia de dinheiro suficiente para assegurar sua vida digna, com a manutenção de seu mínimo existencial, concretizando assim o princípio da dignidade da pessoa humana.

Para além disso, consubstancia o apogeu do princípio da solidariedade, pois mesmo aqueles indivíduos que não conseguiram na atividade, por meio de seu trabalho, alcançar o nível de rendimentos mínimos para garantir uma vida digna, ou seja, “capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”²²⁰, têm garantido esse direito quando atingidos por alguma contingência social. Em suma, esse dispositivo traduz a essência da seguridade social, um pacto pelo qual toda a sociedade se responsabiliza pela garantia de que seus integrantes gozarão de condições mínimas de subsistência digna.

A relevância das regras que garantem a manutenção da renda do segurado e o valor mínimo dos benefícios — cuja expressão encontra-se

²¹⁹ “Art. 201. (...)

§ 2º. Nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo.”

²²⁰ Art. 7º, IV, da CRFB/1988.

definida em nossa Constituição pelo *salário mínimo* — é reconhecida também por autorizada doutrina estrangeira, como mostra a seguinte transcrição:

“Del mismo modo, no se estima pertinente el otorgamiento de pensiones inferiores a un nivel considerado como mínimo, aun cuando al aplicar las reglas generales sobre cálculo, su resultado fuere efectivamente inferior, reiterando el principio de otorgar prestaciones sobre la base de cubrir los estados de necesidad. Manteniendo el lineamiento señalado, el reajuste en caso de aumento del costo de la vida se estima absolutamente indispensable, ya que representa una garantía del valor real de las prestaciones”²²¹.

Essas considerações fazem com que consideremos as regras acima analisadas como verdadeiras cláusulas pétreas, pois realizam o núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana, revestindo-se da fundamentalidade que determina sua intangibilidade em relação ao constituinte reformador. E é pelo mesmo motivo que consideramos também intangível a previsão constitucional do benefício de amparo assistencial ao idoso e ao deficiente no valor de um salário mínimo (art. 203, V²²²).

Todos os dispositivos aqui tratados indubitavelmente possuem estrutura normativa de regras, ou seja, descrevem condutas que devem ser praticadas ou evitadas pelo legislador com o objetivo de promover a concretização dos valores inerentes ao princípio da dignidade da pessoa humana, valendo ressaltar que essa característica, essa categorização, traduz marcantes

²²¹ Héctor Humeres Noguer, *Derecho del Trabajo y De La Seguridad Social*, Tomo III, *Derecho de La Seguridad Social*, p. 34.

²²² “Art. 203. (...)”

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.”

diferenças quanto a sua força normativa, sendo pertinente a advertência feita por Marcelo Leonardo Tavares ao sustentar a natureza de regra do art. 201, § 4º, da CRFB:

“Logo de início, é importante considerar que parte da doutrina previdenciária tem tratado a referida norma como princípio. Contudo, não é nosso posicionamento, porquanto a norma constitucional não é aplicável com dimensão de peso (art. 201, § 4º). É uma regra jurídica impositiva de regulamentação legislativa, de baixo grau de abstração.

E a questão não é meramente acadêmica. Ao tratá-la como princípio, há o conseqüente enfraquecimento de sua aplicação direta aos casos concretos, permitindo que o legislador possa integrá-la na medida do possível, transformando o conceito de ‘valor real’ em irreal, ilusório, quase nominal, fatalmente em prejuízo dos beneficiários.”

Somos obrigados a discordar do ilustre jurista, no entanto, quando sustenta que a “irreduzibilidade do valor dos benefícios” constante do art. 194, IV, da CRFB constitui uma regra, por possuir algo grau de abstração, podendo ser aplicada na medida do possível, pois não vislumbramos de que maneira o legislador poderia obedecer a esse dispositivo a não ser se abstendo de editar qualquer norma que venha a reduzir o *quantum* percebido pelos beneficiários. Não visualizamos, assim, nenhum nível de abstração ou grau de possibilidade de conformação legislativa. O simples fato de o constituinte ter utilizado-se de um substantivo abstrato para impor uma abstenção ao legislador não gera a abstração supostamente necessária²²³ para a classificação desse dispositivo como revelador de uma regra.

²²³ Usamos essa expressão por discordarmos tanto do critério da “abstração”, quanto do critério da “aplicabilidade” (tudo ou nada x medida do possível) para a classificação das normas como regras ou princípios, por todos os motivos expostos no capítulo segundo capítulo.

De todo o exposto, ousamos a propor a existência de um princípio implícito ao sistema de segurança social, consistente no que poderíamos chamar de *princípio da manutenção do poder aquisitivo*, ou *princípio da preservação da renda do segurado*, deduzido da conjugação das regras analisadas neste tópico. Coerentes com as lições descritas no capítulo anterior, poderíamos considerar legítimas e proporcionais as regras analisadas, por promoverem o fim, o estado de coisas no qual todos os beneficiários da seguridade social têm garantido seu mínimo existencial, considerado como o poder aquisitivo anterior à contingência sofrida, ou como o valor erigido pela sociedade como o suficiente para o atendimento de suas necessidades básicas.

5. PRINCÍPIOS RELATIVOS À ORGANIZAÇÃO

5.1. Princípio da Unicidade

O princípio da *unicidade* determina que a Seguridade Social seja administrada como um todo forte e orgânico, uma unidade apta a suportar a responsabilidade pela promoção e preservação do bem comum, atuando de forma integrada por meio da cooperação não somente entre seus instrumentos de atuação, mas também entre suas entidades gestoras — incluídas nestas a iniciativa privada —, cabendo à União o papel de *coordenação* desse gigantesco sistema de normas e instituições.

Também conhecido como o *princípio da unidade*, sem sombra de dúvidas concretiza os sobreprincípios federativo e da solidariedade, do princípio da universalidade e do princípio do equilíbrio econômico e atuarial.

Trata-se de princípio implícito, mas que se revela por meio da exegese conjunta das regras que estabelecem a competência privativa da União para legislar sobre *seguridade social* (art. 22, XXIII, da CRFB), e a competência concorrente da União, Estados e Municípios para legislarem sobre *previdência, saúde, proteção e integração das pessoas portadoras de*

deficiência e sobre a proteção da infância e da juventude — os dois últimos, temas intimamente ligados à assistência social — (art. 24, incisos XII, XIV, e XV), pois resta evidente que a União Federal terá o papel de coordenação nacional, por ter o poder de editar normas gerais, ou seja, normas que, respeitando as peculiaridades regionais e locais, promovem a integração e geram unidade de sentido às ações de seguridade social.

Do mesmo modo, o princípio da unicidade é deduzido das regras que determinam a prestação da *saúde* por meio de um *sistema único e descentralizado com a participação de todas as esferas de governo, da comunidade* (art. 198 da CRFB) e da *iniciativa privada em caráter complementar* (art. 199 da CRFB).

Na assistência social podemos inferir a diretriz da unicidade das regras que determinam a sua promoção por todos os entes da federação, pela sociedade, de forma descentralizada, mas sob coordenação e em atenção à normas gerais editadas pela União (art. 204 da CRFB).

Na previdência social, tem seu marco histórico em regra introduzida em nosso País pela Lei nº 3.807, de 26.08.1960, Lei Orgânica da Previdência Social — LOPS —, que unificou a legislação previdenciária de todos os institutos então existentes, e pelo Decreto-Lei nº 72, de 21.11.1966, que criou o Instituto Nacional de Previdência Social — INPS — e extinguiu os IAPs, unificando-os em um único instituto, gerido pelo Estado.

Para Luiz Cláudio Flores da Cunha, “o princípio da unicidade é aquele que determina que a Previdência Social será única, não comportando divisões, no interesse da manutenção de um sistema forte, capaz e solidário de Previdência Social”²²⁴.

O conceito enunciado pelo brilhante magistrado federal deixa transparecer o escopo de duas regras contidas na Constituição da República acerca especificamente da previdência social: (i) a regra que obriga a instituição de um *regime geral* de previdência social (art. 201, *caput*); e (ii) a regra art. 201, § 9º, que assegura a *compensação entre regimes* básicos de proteção (também conhecida como *princípio da comutatividade*²²⁵).

A obrigatoriedade da inclusão de todos os segurados sob um regime jurídico comum, tendo suas contribuições e seus benefícios administrados por um único ente, promove a *dispersão dos riscos* — com a ampliação da base de financiamento —, a *isonomia* entre todos aqueles que são submetidos a uma contingência social — pois receberão a mesma proteção mediante a mesma contribuição —, e promove, inclusive, o fortalecimento do *pacto federativo*, pois, se cada ente possuísse um regime previdenciário, prejudicado ficaria o trânsito dos indivíduos pelo território nacional — preocupação constante do constituinte, como revela o inciso V do art. 150 da

²²⁴ Princípios de Direito Previdenciário na Constituição da República de 1988. *Direito Previdenciário. Aspectos Materiais, Processuais e Penais*, p. 34.

²²⁵ Idem, p. 38.

CRFB²²⁶ —, posto que as contribuições vertidas a favor de um ente restariam perdidas se o segurado se mudasse para outro.

Sobre esse último ponto — densificação do princípio federativo —, vale relembrar não ter sido outro o motivo pelo qual o *Social Security Act* deixou a cargo da União a administração da aposentadoria por velhice, como bem registrou Paul Durand:

“Por el contrario, el Seguro de vejez se creó sobre una base federal. Este seguro cubre a los trabajadores durante toda su vida adulta. Millones de trabajadores emigran de un Estado a otro em el curso de su vida. La organización de este seguro, por Estados habria planteado dificultades extremas desde el punto de vista administrativo, si hubiera habido cuarenta y ocho administraciones diferentes al respecto. Por esa razón la propuesta de instituir el Seguro de vejez sobre base federal no siscitó más que una débeil oposición de carácter político.”²²⁷

O imortal jurista francês também noticia que Lord Beveridge, em seu famoso Plano, “propugnó, desde el principio, la unidad del aseguramiento, es decir: la agrupacion de todas las Instituciones que concurrieran em la gestión de la Seguridad Social”²²⁸.

As vantagens da unidade do sistema de seguridade, aliás, são de reconhecimento universal, como podemos verificar em autorizada doutrina estrangeira:

²²⁶ “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

V - estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público;”

²²⁷ *La Política Contemporanea de Seguridad Social*, p. 154.

²²⁸ *Idem*, p. 167.

“La unificación jurídica, administrativa y financiera permite un mayor grado de racionalización, que se traduce en una considerable economía en el conase, ya sea en la recaudación de las entradas, ya sea en la distribución de las prestaciones en dinero, ya sea en la organización de los servicios que proporcionan las prestaciones en especie, ya sea en la administración general. Permite una más amplia compensación de riesgos, contribuyendo a hacer menos aleatorios los resultados del conjunto de la gestión y más fáciles los cálculos de previsión. Posibilita que resulten poco probables las influencias sobre la gestión de particularismos de grupos singulares o de egoísmos regionales. Desde el punto de vista del interés de los beneficiarios, la unidad de gestión significa la existencia de una autoridad con la que tratar ante cualquier eventualidad, eliminando los múltiples pasos necesarios para encontrar la ‘ventanilla’ competente en cada caso, sin ser remitido de Herodes a Pilatos; la aplicación de un único procedimiento administrativo y una única jurisdicción de apelación; la eliminación de conflictos de competencia entre diferentes y agentes en base a principios diversos; la rapidez de decisión como consecuencia de la imposibilidad de discusiones sobre la responsabilidad y de los *fins de non recevoir*; la mayor facilidad de comprensión del funcionamiento del sistema, a través de la desaparición de la complejidad y diversidad que desconciertan al hombre de la calle provocado, en él cierta hostilidad. Así pues, uno puede sentirse autorizado para concluir que no se puede criar el sentimiento de seguridad en una población más que garantizando la intervención social a través de un organismo único y aboliendo la dispersión de instituciones, la diversidad de principios y de métodos y cualquier otro factor de disociación.”²²⁹

A regra da *compensação entre regimes básicos*, ou seja, entre os regimes próprios entre si, e entre estes e o regime geral, também permite uma maior abrangência da proteção, tendo em vista que determina que em nenhuma hipótese o exercente de atividade laborativa perca suas contribuições vertidas sob a égide de determinado regime, *unificando* assim a proteção.

As reformas constitucionais levadas a cabo nos últimos anos, em especial pelas já mencionadas Emendas Constitucionais nº 20, 41 e 47,

²²⁹ Augusto Venturi. *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*, p. 288.

promoveram uma maior *unidade* dos sistemas básicos de proteção, pois sem sombra de dúvida aproximaram os regimes jurídicos do regime geral e do regime próprio dos servidores civis, como a submissão do regime próprio ao “teto” constitucional de contribuição e de benefícios, bem como a forma de cálculo e manutenção do valor dos benefícios (art. 40, §§ 3º, 8º e 12, da CRFB/88), deixando a cargo do regime complementar a proteção daqueles que pretendem uma proteção integral.

Revelando também a atualidade do valor da *unidade de gestão* do sistema, o constituinte reformador editou, por meio da Emenda Constitucional nº 41/2003, a regra do art. 40, § 20, para determinar que

“fica vedada a existência de mais de um regime próprio de previdência social para os servidores titulares de cargos efetivos, e de mais de uma unidade gestora do respectivo regime em cada ente estatal, ressalvado o disposto no art. 142, § 3º, X.”

Em uma primeira visada, parece ter o dispositivo supracitado arranhado o sobreprincípio da separação e independência dos poderes (art. 2º da CRFB/88), pois redundará na absorção pela unidade gestora única a ser criada de todos os ocupantes de cargos efetivos, incluídos aí os membros do Poder Judiciário.

A independência tem como corolários a autogestão e o autogoverno, mas ambos estão a serviço do exercício da função precípua desse Poder do Estado, qual seja, a jurisdição. Não conseguimos vislumbrar como o exercício da função jurisdicional poderá ser afetado, como a independência e a

imparcialidade dos magistrados poderão ser afetadas pela administração dos proventos da inatividade por um órgão único, que, por força do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXV, da CRFB), estará sujeito ao controle do próprio Poder Judiciário.

Verificamos assim que, na promoção do fim (unificação da gestão e conseqüente promoção do equilíbrio financeiro e atuarial e de todos os demais princípios envolvidos por conseqüência), foi escolhido o meio adequado (por não ferir princípios fundamentais envolvidos) e por ser proporcional em sentido estrito (pois o ganho de eficiência supera eventuais restrições ocorridas).

Tudo isso se deu, sem margem de dúvidas, não só para realizar o já esmiuçado princípio do equilíbrio econômico financeiro, mas também por que,

“em suma, considera-se que, havendo unidade dos diversos aspectos ou elementos que constituem a seguridade social, consiga-se uma melhor, mais rápida, menos custosa, e um resultado menos conflitante, poupando gastos, trâmites e suprimindo privilégios, pois as separações em diversos organismos, com princípios, normas e benefícios diferentes, estabelecem uma verdadeira discriminação.

(...)

Consideramos que a unidade confere maior eficácia com menos esforços — humanos e econômicos — ao mesmo tempo em que há também maior segurança na concessão dos benefícios e no seu recebimento pelo filiado.”²³⁰

²³⁰ Alfredo J. Ruprech. *Direito da Seguridade Social*, p. 81-82.

Notamos que a combinação dessas regras resulta numa conclusão inevitável: *busca-se proteção única, total e abrangente*. Proteção de todos por todos, ou seja, quem quer que seja, onde quer que esteja, o indivíduo estará protegido pela Seguridade Social, considerada como um organismo composto de partes autônomas, mas interligadas em regime cooperação, no intuito de garantir o bem comum.

5.2. Princípio da Gestão Democrática e Descentralizada

Ao determinar a unificação do sistema de proteção, o *princípio da unicidade* não quer obrigar que sua gestão seja promovida de maneira centralizada, pelo contrário, conjugando-o com o princípio da *gestão descentralizada* concluímos que o sistema deverá ser único, mas sua administração deverá ser atribuída a todas as esferas de governo e da sociedade e a órgãos especializados na execução de determinadas tarefas, permitindo com isso uma maior eficiência, seja pela maior proximidade e conseqüente conhecimento das necessidades regionais e locais — mormente num país de dimensões continentais como o Brasil —, seja pelo ganho de produtividade decorrente da especialização.

Sobre o tema, leciona o festejado doutrinador Augusto Venturi:

“Por el contrario, parece indispensable que el Estado, al confiar a sus propios órganos la gestión de la seguridad social, se atenga a criterios de descentralización administrativa em las direcciones en que estan cabe: descentralización funcional, conforme la cual las actividades de diferente naturaleza deben desempeñarse a través de diferentes órganos; descentralización territorial, conforme a la cual el mayor peso de la actividad técnico-administrativa ha de revertir sobre oficinas y autoridades regionales y locales, en lugar de quedar concentrado em la administración central. La concentración o centralismo administrativo en un ordenamiento de tan enorme anplitud, complejidad y delicadeza de fines como la seguridad social no podría mas que sobrecargar, entorpecer y, en ocasiones, paralizar su funcionamiento.”²³¹

São esses motivos, por exemplo, que justificam a descentralização entre os entes federados da promoção das políticas de saúde (art. 198, I e § 1º, da CRFB) e assistência (art. 204, I e parágrafo único, da CRFB), possuindo orçamento independente do da União (art. 195, § 1º, da CRFB), sendo certo que a previdência social limita-se à administração de seus regimes próprios.

Passamos agora à análise do princípio da *gestão democrática*, sem dúvida o que mais padece do vício da *falta de efetividade*, talvez em razão da fragilidade de nossa democracia, cujo exercício foi resgatado pela Constituição Republicana de 1988, depois de mais de 20 anos de regime de exceção, fazendo com que a geração que hoje se encontra no exercício do poder não tenha muita intimidade com o trato da questão.

Óbvio mostra-se a ligação desse princípio com o sobreprincípio do Estado Democrático de Direito, sintetizado no parágrafo único do art. 1º de nossa Carta Magna, que determina que: “todo o poder emana do povo, que o

²³¹ *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*, p. 418-419.

exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Sendo assim, democracia quer dizer autogoverno, governo do povo pelo povo, significando que

“a participação dos cidadãos nas decisões relativas a seu próprio desenvolvimento é um direito e uma responsabilidade. É também uma condição necessária para o desenvolvimento pleno e efetivo da democracia. Promover e fomentar a participação fortalece a democracia.”²³²

Seguridade social e democracia estão dessa maneira intimamente ligadas, pois “a democracia e o desenvolvimento econômico e social são interdependentes e reforçam-se mutuamente”²³³, sendo esse o motivo pelo qual o Constituinte de 1988 determinou que a seguridade social seja administrada por meio de “gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados”²³⁴.

As vantagens da participação dos diretamente interessados na gestão da seguridade social são reconhecidas, inclusive, no direito comparado:

“En efecto, los propios interesados son los primeros responsables de la correcta administración del sistema de Seguridad Social porque son los primeros que deben hacer frente a su propia seguridad.

Al mismo tiempo, la gestión administrativa por los interesados garantiza el correcto concepto de contingencia, la necesidad de crear la cobertura que necesita, el modo como debe ser cubierta, los

²³² Art. 6º da Carta Democrática Interamericana, de 11.12.2001.

²³³ Art. 11 da Carta Democrática Interamericana, de 11.12.2001.

²³⁴ Art. 194, VII, da CRFB.

medios que necesitan para ello.”²³⁵

Sensível à questão social, o insigne Mestre Wagner Balera é um dos poucos estudiosos da seguridade social que se debruçou atentamente sobre o tema, em magistral obra, da qual são extraídas preciosas lições:

“Expressão maior do caráter democrático e descentralizado da administração, que sobressai como princípio de organização (art. 194, parágrafo único, VII, da CF), incumbiria a certo órgão — o Conselho Nacional de Seguridade Social — exprimir em seu funcionamento: a) o ideário do sistema; b) a estrutura organizacional capaz de implementá-lo, e; c) as mudanças necessárias e aptas a ordená-lo aos seus superiores fins (que se confundem, é claro, com os fins da Ordem Social). Ainda que se lhe atribuisse função predominantemente (ou exclusivamente) simbólica, esse órgão acabaria representando a totalidade integrada da seguridade social e, nessa medida, avulta a importância estratégica como que deveria se achar investido. Aliás, o art. 7º da Lei 8.212, de julho de 1991, fixava o amplo catálogo de atribuições com que estaria investido o Conselho Nacional de Seguridade Social. Dentre elas cumpre destacar o estabelecimento das diretrizes gerais e das políticas de integração entre as áreas da saúde, da previdência social e da assistência social; a aprovação dos programas anuais e plurianuais e a definição da proposta orçamentária da seguridade social. Teriam voz e lugar no Conselho os representantes dos setores da saúde, da previdência social e da assistência social bem como a comunidade dos beneficiários e contribuintes. Estranhamente, porém, a legislação não previu a participação dos representantes da previdência privada no colégio superior do sistema. Esse lugar social, no qual a democracia da gestão do sistema encontra expressão, não esgotaria os modos de participação da comunidade²³⁶, como veremos em seguida.”²³⁷

Nada obstante todas as virtudes enaltecidas, o legislador, contrariando o mandamento constitucional, extinguiu o CNSS por meio da Medida Provisória nº 2.216-37, de agosto de 2001, norma que foi objeto de

²³⁵ Bernabé L. Chirinos, *Tratado Teórico-Prático de la Seguridade Social*, p. 53.

²³⁶ Foge ao âmbito do presente trabalho analisar os inúmeros órgãos representativos existentes, motivo pelo qual remetemos o leitor à obra da qual foi extraída a citação.

²³⁷ *Sistema de Seguridade Social*, p. 42-43.

impugnação por meio de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade²³⁸, não conhecida sob o argumento de que teria havido ofensa reflexa à Constituição e de que a norma revogadora possuiria efeitos concretos, ou seja, careceria de generalidade e abstração, não sendo, assim, controlável por via de ação direta.

Gestão democrática, dessa forma, significa que o sistema possui autonomia de gestão, ou seja, a ser exercida com participação dos atores sociais envolvidos e com independência em relação aos demais ramos de atividade estatal, fazendo assim nascer a necessidade de uma autonomia financeira, pois a independência para a realização dos fins não pode prescindir da autonomia para a utilização dos meios²³⁹, significando que “el propio sistema determinará el modo de distribuir los fondos, la extensión de la cobertura, los gastos de gestión, etcétera”²⁴⁰.

A norma constante do inciso III do § 5º do art. 165 da CRFB revela essa autonomia, ao determinar a elaboração de orçamento próprio para a seguridade social, podendo afirmar-se o mesmo do art. 195, § 2º, da CRFB segundo o qual::

“A proposta de orçamento da seguridade social será elaborada de forma integrada pelos órgãos responsáveis pela saúde, previdência social e assistência social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias, assegurada a cada área a gestão de seus recursos.”

²³⁸ ADIn 2.065-DF, rel. orig. Min. Sepúlveda Pertence, red. p/ ac. Min. Moreira Alves, j. 17.2.2000, *Informativo de Jurisprudência* nº 178.

²³⁹ Decorrencia da chamada “Teoria dos Poderes Implícitos”, segundo a qual o legislador, ao atribuir determinada função, atribui com ela o poderes necessários para o seu exercício.

²⁴⁰ Bernabé L. Chirinos, *Tratado Teórico-Prático de la Seguridad Social*, p. 53.

Ressaltando a relevância da autonomia financeira, manifesta-se o ilustre jurista argentino Bernabé L. Chirinos:

“Este principio es de vital importancia para lograr la eficacia y veracidad del sistema, su credibilidad, y evita la distracción de los fondos hacia otros fines que los que le dan origen; asegura una sana administración y una correcta determinación de los recursos, etcétera.”²⁴¹

Tudo isso mostra que iniciativas como a da Medida Provisória nº 258, de 21 de julho de 2005, merecem especial atenção por parte da sociedade, em especial por parte da área jurídica, pois, a título de promoção da eficiência da arrecadação de tributos federais, tentou subtrair importante instrumento de garantia da autonomia do sistema, a autonomia de arrecadação, pois atribuía a órgão único — a “Receita Federal do Brasil” — a arrecadação de todos os tributos federais, incluídas aí as contribuições para seguridade social que ainda permaneciam sob a administração do Instituto Nacional do Seguro Social, ou seja, as incidentes sobre remunerações pagas em razão da prestação de serviço de qualquer natureza, devidas pelos tomadores e pelos prestadores.

O art. 3º, § 2º, do mencionado diploma determinava que “o produto da arrecadação das contribuições sociais de que trata o *caput*, mantido em contabilidade e controle próprios e segregado dos demais tributos e contribuições sociais, será destinado exclusivamente ao pagamento de benefícios do Regime Geral de Previdência Social”, com claro objetivo de

²⁴¹ Idem, p. 53.

evitar questionamentos sobre sua validade perante a regra do art. 167, XI, da CRFB, que dá essa destinação específica às contribuições mencionadas.

Abstratamente, considerando que esse mandamento será fielmente observado, entendemos que a perda de eficácia do princípio da gestão democrática, e conseqüentemente da autonomia de gestão, mostra-se justificada pelo ganho de eficiência proporcionado (*proporcionalidade em sentido estrito*), pois a existência de duas estruturas arrecadatórias do porte da Receita Federal e da Receita Previdenciária, com a função de arrecadar e fiscalizar tributos com fatos geradores e bases de cálculo tão próximas — quando não idênticas —, onera os gastos públicos e promove dificuldades para os contribuintes, que são obrigados a lidar com estruturas e procedimentos diferenciados relativos ao dever de pagar tributos.

No entanto, essa perda de autonomia deverá ser compensada por um aumento de transparência por parte das informações sobre a arrecadação e pelo fiel repasse dos recursos aos cofres do RGPS, e uma maior vigilância de toda a sociedade.

Finalmente, terminaremos a análise do princípio da gestão democrática do sistema, e dos princípios da seguridade como um todo, abordando instrumento essencial para sua promoção: a *informação*.

A *gestão democrática* não pode prescindir de informação, pois para participar da administração de tão complexo sistema de normas e de

instituições é curial ter acesso ao conhecimento necessário para o pleno exercício da democracia e dos direitos sociais. E, nessa seara, os direitos relativos à seguridade social ganham especial relevo, tendo em vista ampararem necessidades elementares dos indivíduos.

Não é por outro motivo que o magistral Paulo Bonavides coloca lado a lado a democracia e a informação como *direitos fundamentais de quarta geração*:

“São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta e do futuro em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.

A democracia positivada enquanto direito da quarta geração há de ser, de necessidade, uma democracia direta. Materialmente possível graças aos avanços da tecnologia de comunicação, e legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema”²⁴².

Negar o acesso, ou não promover a adequada divulgação dos direitos e deveres sociais, em especial os relativos à saúde, à assistência e à previdência, é o mesmo que os negar, fazendo com que um inimaginável número de pessoas, mormente as mais necessitadas, encontrem-se padecendo da falta de condições mínimas de dignidade, não por não fazerem jus a proteção, mas por não terem a ciência da mesma.

²⁴² *Curso de Direito Constitucional*, p.525.

Da mesma forma, por prestarem um serviço público²⁴³, e por terem natureza de pessoas jurídicas de direito público, as instituições responsáveis pela gestão da seguridade especial têm o dever de respeitar os princípios da cabeça do art. 37 da CRFB/88, entre os quais destacamos *o da publicidade*.

A publicidade é um imperativo do Estado Democrático de Direito e da república, não só para dar ciência aos indivíduos dos seus deveres, para permitir o pleno controle sobre o exercício do poder, e para a fiscalização dos gastos públicos, mas também, e especialmente no Estado Social, para dar ampla e irrestrita ciência das informações necessárias ao exercício dos direitos inerentes à democracia e dos direitos sociais.

Nada obstante, não é isso o que acontece, pois, como pode ser verificado no dia a dia das lides forenses, e nas salas de aula, a maior parte das pessoas não tem ciência de seus direitos em face do Estado, não detém as informações necessárias para exercer a plena cidadania, e muito menos para participar da gestão da coisa pública. Não se trata, no entanto, de um “privilégio” do Estado brasileiro, como podemos conferir nas palavras do insigne jurista lusitano Ilídio das Neves:

“Com efeito, parece ter atingido limites surpreendentes, mas institucionalmente insuportáveis, pelos bloqueamentos a que dado origem, aquilo que podemos chamar de *crise da informação* na segurança social. Esta situação é o resultado de ao longo dos anos se terem acumulado graves carências de pedagogia social, essenciais para a compreensão colectiva, a vários níveis, da natureza, dos efeitos e das exigências inerentes ao exercício dos

²⁴³ *Supra*, p. 28.

direitos sociais, já que estes implicam um particular relacionamento dos cidadãos com o Estado.”²⁴⁴ (grifos no original)

E prossegue mais adiante o renomado autor, em estarrecedora — por revelar não ser esse um problema exclusivo dos países em desenvolvimento — constatação:

“De facto, a complexidade crescente da legislação na definição dos direitos e das obrigações sociais, bem como um certo distanciamento do aparelho administrativo no relacionamento com as pessoas só podem ser combatidos através da permanente sensibilização, de uma informação dinâmica e actualizada. Basta lembrar que ainda é frequente encontrar pessoas que não conhecem aspectos elementares ou dados essenciais de seu estatuto jurídico perante a segurança social. Pior do que isso, ignoram ou não compreendem a razão de ser de determinadas disposições, das regras e dos métodos que estão na base da definição dos direitos sociais.”²⁴⁵

Para dar cumprimento aos supramencionados mandamentos constitucionais, deveria ser tornada obrigatória a elaboração de cartilhas a serem distribuídas pelos empregadores, no momento das contratações, bem como pelo INSS no momento da inscrição do segurado ou dependente, com informações básicas acerca de seus direitos e de suas obrigações, e deveria ser obrigatória a elaboração de cartilha específica aos segurados que se encontram em gozo de benefício, devido às peculiaridades inerentes a essa situação.

E considerando que o veículo primordial para a transmissão do conhecimento é a educação, entendemos que o princípio da gestão

²⁴⁴ *Direito da Segurança Social. Princípios Fundamentais numa Análise Prospectiva*, p. 66.

²⁴⁵ *Idem*, p. 67.

democrática e o princípio da publicidade podem também ser concretizados por meio de uma mudança no paradigma da educação, que deverá ser transformada em uma educação para o exercício da cidadania, devendo ser instituída a obrigatoriedade, pelo menos desde o ensino médio, da formação de indivíduos não somente aptos a exercerem seus direitos fundamentais, mas capacitados a retransmitirem aos seus familiares e ao círculo social ao qual pertencem as informações obtidas nos bancos escolares.

A importância do ensino superior nesse ponto destaca-se sobremaneira, não somente diante de sua missão de pesquisa e transmissão de conhecimento, mas como formador de profissionais aptos a orientarem os indivíduos que buscam seus serviços acerca do pleno exercício dos direitos inerentes à seguridade social, bem como para operarem os instrumentos necessários à tutela desses direitos.

Infelizmente, em nosso País o estudo do Direito da Segurança Social nem sequer é exigido como disciplina obrigatória nos cursos jurídicos pelo Ministério da Educação e Cultura²⁴⁶, e, ao menos no Estado do Rio de Janeiro, essa disciplina não faz parte do Exame da Ordem dos Advogados do Brasil. Em suma: nossa população encontra-se lançada à própria sorte na jornada em busca do pleno exercício de seus direitos sociais mínimos.

²⁴⁶ Patrícia de Mello Sanfelice. *O Direito Previdenciário como Disciplina Fundamental para a Formação Jurídica ou a Importância do Estudo do Direito Previdenciário nos Cursos de Graduação em Direito, passim.*

Diante na natureza fundamental e transindividual desses direitos, e da evidente omissão das instituições responsáveis para com os indivíduos, e pelas providências aqui sugeridas, restaria somente aos indivíduos a busca de tutela junto ao Poder Judiciário, por meio do Ministério Público, seja o Ministério Público do Trabalho — por ser a previdência social um direito intimamente ligado aos trabalhadores —, seja o Ministério Público Federal — em razão do amplo espectro de abrangência da seguridade social como um todo —, ou por meio de associações aptas e legítimas para o manejo do poderoso instrumento da ação civil pública para a concretização desse princípio constitucional e para a implementação desses direitos sociais.

Não se objete a esse raciocínio a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca da ilegitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública em matéria de reajuste de benefícios previdenciários ou para o reconhecimento da inexistência da obrigação de recolher contribuições previdenciárias, por se tratar de direitos individuais homogêneos. *O direito à adequada informação é um direito transindividual por natureza, pois beneficia um número indefinido de indivíduos potencialmente afetados*, como ocorre no caso do reconhecimento judicial em favor de determinada classe de segurados²⁴⁷.

²⁴⁷ No REsp 395.904/RS, 6ª Turma, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 13.12.2005, DJ 06.02.2006 p. 365, a Corte reconheceu a legitimidade do MPF para propor ação civil pública para obrigar o INSS a reconhecer os homossexuais como dependentes do segurado, na categoria de companheiros.

Ao fim e ao cabo devemos asseverar que será de pouca valia melhor aparelhar a Administração Pública, em termos materiais e pessoais, de eficácia limitada será a ampliação do acesso à justiça — seja pela ampliação do número de juízos, e sua adequada estruturação, seja pela efetiva implantação das defensorias públicas —, e inúteis serão os rios de tinta despejados no intuito de analisar normas, princípios, regras e direitos fundamentais, sejam eles quais forem, se não houver uma efetiva conscientização de seus destinatários acerca dos mesmos, sendo certo que essa deve tornar-se a principal preocupação de todos aqueles que se encontram engajados na construção da plena cidadania, na concretização de uma sociedade livre, justa e solidária.

CONCLUSÕES

1. A Seguridade Social é um sistema jurídico e institucional cujo escopo é amparar os indivíduos em situação de necessidade, assegurando-lhes o acesso às condições mínimas de subsistência (mínimo existencial), ou garantindo-lhes a manutenção de sua qualidade de vida preexistente.

2. Fundamentada na dignidade da pessoa humana e na solidariedade, baseia-se na mútua colaboração entre os integrantes de uma sociedade, para que todos estejam protegidos contra as contingências sociais, ou seja, contra as situações de necessidade que, ao afetarem um ou mais indivíduos, restam por afetar todo o grupo social.

3. Seu surgimento e desenvolvimento ao longo da História decorreram da incapacidade de o ser humano precaver-se, ao menos de forma eficaz, seja sozinho, seja com auxílio de seu núcleo familiar, ou mesmo em cooperação mutualística, contra as vicissitudes que podem lhe acometer durante sua vida, restando ao Estado, e a toda sociedade, conseqüentemente, desincumbir-se dessa tarefa.

4. O art. 194 da Constituição Republicana de 1988, ao tentar conceituar a Seguridade Social, limitou-se a definir seus instrumentos de atuação: a saúde, a assistência e a previdência. Eles podem ser divididos em duas categorias: *assistencial*, ou seja, independente de contribuição, que abrange a saúde e a assistência, e *previdenciária*, de natureza contributiva, na qual se encontra a previdência social.

5. A Seguridade Social possui uma dupla natureza jurídica: no aspecto *objetivo* constitui verdadeiro *serviço público essencial*, submetendo-se assim a todo o específico regime de direito público. Em seu aspecto *subjetivo* a Seguridade Social indubitavelmente reveste-se da natureza de *direito fundamental social*, direito fundamental de segunda geração, ou seja, que atribui ao seu titular o direito subjetivo público de exigir uma prestação positiva do Estado, no caso, saúde, assistência social, e previdência social, revestindo-se também, por conseguinte, da natureza de *preceito fundamental*, cuja intangibilidade é garantida pelo art. 60, § 4º, IV, da CRFB/1988, e para cuja tutela pode inclusive ser manejado o instrumento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, prevista no art. 102, § 1º, do Texto Magno.

6. A *fundamentalidade* do direito à seguridade social é tanto *formal*, por encontrar enunciação expressa no art. 6º do Texto Magno, entre os direitos sociais, que por sua vez estão incluídos nos direitos e garantias fundamentais, como *material*, por ser tratar de uma das opções políticas

basilares do Estado brasileiro, ou seja, por encontrar-se dentro do núcleo irreduzível de direitos asseguradores do *mínimo existencial*, realizando assim o *princípio da dignidade da pessoa humana*, epicentro jurídico-valorativo de nosso ordenamento.

7. A natureza de direito social fundamental, seja formal ou material, abrange todos os instrumentos de atuação da Seguridade Social, tendo em vista a interdependência e a cooperação operacionais existentes entre os mesmos para a consecução de seu objetivo, qual seja, a adequada proteção de todos indivíduos contra as vicissitudes que afetem sua sobrevivência digna.

8. Nada obstante, no tocante à previdência social, a *fundamentalidade* não abrange todas as prestações e garantias por ela outorgadas, limitando-se às incluídas na tutela do mínimo existencial, asseguradoras da dignidade da pessoa humana. Para as demais, aplica-se a *reserva do possível*, ou seja, devem se adequar às possibilidades econômicas da sociedade em determinado momento histórico.

9. Como já mencionado, a Seguridade Social atua por meio de três instrumentos, a *saúde* acessível a todos independentemente de contribuição, e prestada pelas três esferas da federação em cooperação com entidades privadas, por ações que visem à sua promoção, proteção e reparação. A assistência, por seu turno, também é prestada por todos os entes da federação, mas somente àqueles indivíduos que demonstrarem sua necessidade. Em sua

atual configuração, a previdência social atua por meio de dois âmbitos de proteção: a *previdência básica*, que atende as necessidades elementares dos indivíduos, garantindo um valor mínimo e um valor máximo considerados pela sociedade como merecedores de proteção, e cujas principais características são a compulsoriedade de filiação, seu caráter público e a adoção de regime de repartição no custeio; e a *previdência complementar*, que, por seu turno, atende àqueles que desejam um maior nível de proteção e têm condição de arcar com seus custos, tendo como principais características a facultatividade de filiação e a adoção da capitalização no custeio.

10. Não existe na doutrina pátria consenso acerca da natureza dos diversos dispositivos constitucionais que estruturam a Seguridade Social brasileira — fenômeno que, aliás, não atinge somente esse ramo da Ciência Jurídica —, situação que muitas vezes redundando no enfraquecimento da eficácia, da efetividade de determinadas normas.

11. A “Teoria dos Princípios” de Humberto Ávila oferece critérios objetivos para a distinção das espécies normativas e para sua interpretação e aplicação, respeitando os limites operativos de cada uma delas. Cabe asseverar, no entanto, que a análise levada a cabo pelo eminente jurista parte da premissa de que um mesmo dispositivo realmente pode ser tido como regra ou princípio, dependendo da ênfase dada pelo intérprete ao caráter comportamental ou à finalidade do mesmo.

12. Norma e dispositivo são inconfundíveis. Textos ou dispositivos são pontos de partida do processo hermenêutico a partir dos quais são construídas as normas, sendo certo que os primeiros possuem um conteúdo semântico mínimo que não pode ser subvertido ou contrariado sob pena de desvirtuamento da conclusão.

13. *Princípios* são normas que estatuem a obrigatoriedade da promoção de um determinado fim, de um determinado estado de coisas que consubstancia a realização de um valor, e demandam na sua aplicação a adequação da conduta eventualmente escolhida para a promoção da finalidade fixada. São normas que possuem uma pretensão de parcialidade e complementariedade, ou seja, não buscam dar solução a determinado conflito de interesses, mas simplesmente contribuir para tanto, deixando, por isso, uma maior flexibilidade para o aplicador escolher a melhor opção.

14. Por seu turno, *regras* são normas que descrevem condutas que o legislador fixou por entender serem necessárias para a consecução de uma finalidade, do estado de coisas que pretende promover, sendo relevante na sua aplicação a verificação da adequação entre a ação praticada e a conduta fixada na norma. São normas com pretensão de decidibilidade e abrangência, pois pretendem fornecer a exata solução de determinado conflito de interesses, significando uma pré-ponderação realizada pelo legislador acerca de qual interesse deve prevalecer em determinada situação, restando ao intérprete

somente verificar a adequação entre os fatos descritos na norma e os fatos ocorridos no mundo material.

15. Dos conceitos ofertados saltam aos olhos os critérios distintivos oferecidos: *o critério da natureza do comportamento descrito, o critério da justificação exigida, e o critério da medida de contribuição para a decisão.* Pelo *critério da natureza do comportamento descrito*, regras e princípios diferem-se, pois naquelas a conduta é imediatamente fixada pelo legislador, enquanto nestes isso é feito de maneira mediata. Nas regras, o legislador descreve condutas que devem ser praticadas para a realização de um fim e para a promoção de um valor, enquanto os princípios fixam os fins a serem alcançados para a promoção dos valores e deixam a escolha das condutas por parte dos aplicadores da norma.

16. Pelo *critério da justificação exigida* tem-se que as regras necessitam de uma baixa carga de argumentação para serem aplicadas, tendo em vista que basta que seja demonstrada a adequação entre a conduta descrita na norma e a praticada pelo aplicador, enquanto os princípios exigem um grande esforço argumentativo para a demonstração da correlação eficaz entre o fim estipulado e a conduta escolhida pelo aplicador para a sua promoção. Por outro lado, para a não aplicação de uma norma válida e vigente, na hipótese de serem preenchidos seus pressupostos de incidência, faz-se necessário um enorme esforço argumentativo do intérprete, que deverá demonstrar razões superiores de justificação para tanto, enquanto para a não

aplicação de um princípio pouco é exigido, podendo sempre se justificar na concomitante incidência de um princípio prevalente ao caso.

17. Pelo exposto no item anterior, fica evidenciado o significado do *critério da medida de contribuição para a decisão*, pois os princípios têm pretensão de parcialidade e complementariedade, ou sejam, visam a contribuir para a decisão do aplicador, não oferecendo uma solução única aos casos em que são aplicáveis, sendo válidas quaisquer soluções que promovam de forma eficiente o fim neles estatuído. As regras, por sua vez, têm pretensão de decidibilidade e abrangência, posto que carregam uma decisão prévia do legislador acerca de qual conduta promove o fim pretendido, devendo ser aplicadas, caso válidas e vigentes, a todos os casos nos quais ocorram seus requisitos de incidência, ressalvada a existência de razões extraordinárias para sua superação ou, às vezes, para que se atenda à finalidade para qual foram criadas.

18. Existe ainda uma terceira espécie normativa, que, no entanto, situa-se em patamar superior ao das regras e dos princípios, *os postulados normativos* — verdadeiras metanormas —, pois não impõem condutas ou determinam fins a serem alcançados, mas estruturam a interpretação e a aplicação dessas normas. Sendo assim, não são passíveis de violação direta, ou seja, a sua não observância redundará na violação de uma regra ou de um princípio cuja aplicação é por ele estruturada.

19. São postulados inespecíficos, reveladores de idéias gerais de aplicação, a *ponderação de bens* — pela qual se deve atribuir pesos a elementos (interesses, bens e valores) que se encontram em conflito —, a *concordância prática* — que orienta a ponderação no sentido de que se obtenha a máxima eficácia dos elementos em situação de tensão — e a *proibição do excesso*, que limita a atuação do Poder Público na busca de determinadas finalidades constitucionais à não supressão ou irrazoável constrangimento de um direito individual.

20. O último postulado inespecífico citado no item anterior possui um duplo viés, qual seja, a *proibição da proteção insuficiente* a um valor constitucional. A eficácia objetiva dos direitos sociais fundamentais, entre eles ressaltando a Seguridade Social, cria para o Poder Público a obrigação de sua adequada promoção, e para a sociedade o dever de tolerar os constrangimentos daí decorrentes. Sendo assim, devem ser promovidos com uma intensidade adequada, não podendo suprimir direitos individuais, nem podendo ter sua eficácia anulada pelos mesmos.

21. O postulado da proibição da proteção insuficiente, aliado ao princípio da vedação do retrocesso — que determina que a promoção dos direitos sociais fundamentais levada a cargo pelo Poder Público não pode ser objeto de simples revogação, ou seja, não admitem retrocesso na sua implementação —, que possuem fundamento comum na eficácia objetiva dos direitos fundamentais sociais, constituem importante instrumento de controle

dos atos do Poder Público em relação à Seguridade Social, cujo vetor interpretativo mais importante — o princípio da universalidade da cobertura e do atendimento — aponta para sua constante expansão, não sendo admitidos retrocessos que afetem direitos asseguradores das prestações asseguradoras do mínimo existencial.

22. Entre os postulados específicos ressaltam por sua importância o da *igualdade*, que exige uma relação de congruência entre a finalidade de uma norma discriminatória, e o critério utilizado para realizar a diferenciação, sendo certo que também poderá ser concebido como uma regra de veda tratamentos discriminatórios, e como princípio que determina a promoção de um estado igualitário.

23. Por sua vez o postulado da *razoabilidade* pode ser considerado em três significados: a *razoabilidade como equidade*, que determina que na aplicação das normas jurídicas o intérprete leve em conta o que ordinariamente ocorre no mundo dos fatos, bem como que o intérprete leve em conta aspectos individuais do caso concreto não abrangidos pela descrição normativa em razão da sua generalidade; a *razoabilidade como congruência* determina a vinculação de uma providência à realidade ou à natureza das coisas, exigindo também a congruência entre um critério de diferenciação escolhido e a medida eventualmente adotada; e a *razoabilidade como equivalência* exige uma relação de equivalência entre uma medida adotada e o critério que a dimensiona.

24. O postulado da proporcionalidade é utilizado para a verificação da validade de uma relação de causalidade entre um meio escolhido e um fim estipulado, sendo realizada por um triplo teste, que constata a *adequação* do meio — o meio escolhido promove adequadamente o fim? —, a *necessidade* do mesmo — entre os meios disponíveis havia outro que lesasse menos eventuais direitos fundamentais envolvidos? — e a *proporcionalidade em sentido estrito* — as vantagens a serem obtidas pela consecução da finalidade justificam os prejuízos, as restrições eventualmente promovidas a direitos fundamentais?.

25. O que foi exposto no item anterior revela uma especial aptidão do postulado da proporcionalidade para a aferição da correta correlação entre uma conduta adotada pelo aplicador e o fim estatuído em uma norma. Desse modo, e tendo em vista que tanto as contribuições sociais como as prestações de seguridade social possuem finalidades específicas (financiamento/proteção), estruturando-se, assim, em uma relação de causalidade (meio-fim), esse postulado demonstra uma particular aplicabilidade no controle da validade de atos do Poder Público na seara da Seguridade Social.

26. A doutrina costuma dividir os princípios constitucionais da seguridade social em princípios relativos ao financiamento, princípios relativos ao custeio e princípios relativos à organização do sistema. Entre os primeiros encontramos o princípio do *equilíbrio financeiro e atuarial*, da

equidade na participação no custeio, e da diversidade da base de financiamento.

27. Já os princípios relativos aos benefícios são o da *universalidade da cobertura e do atendimento*, da *uniformidade e equivalência entre benefícios e serviços devidos às populações urbanas e rurais*, da *seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços* e da *irredutibilidade do valor dos benefícios*.

28. Os princípios relativos à organização e gestão do sistema de seguridade social estruturado em nossa atual Constituição Republicana são os princípios da *unicidade* e da *gestão democrática e descentralizada*.

29. O princípio do *equilíbrio financeiro e atuarial*, a despeito de somente ter se tornado expresso em nosso Texto Magno a partir da Emenda Constitucional nº 20/1998, e apesar de encontrar-se situado nos dispositivos relativos à previdência social, constitui verdadeiro princípio implícito da Seguridade Social, e estabelece a obrigatoriedade da promoção da efetiva higidez financeira dos cofres do sistema, impondo, assim, aos gestores públicos um especial dever de eficiente administração dos recursos necessários para a realização da mais importante política social de nossa república.

30. A regra da solidariedade no custeio, estampada no *caput* do art. 195 da CRFB/1988, que prescreve a obrigatoriedade da participação de toda a

sociedade no financiamento da Seguridade Social, a regra que prescreve a obrigatoriedade da filiação/contribuição ao Regime Geral da Previdência Social, estabelecida no *caput* do art. 201 da CRFB, e a “Regra da Contrapartida”, insculpida no art. 195, § 6º, da CRFB, que exige a existência de prévia fonte de custeio para a ampliação do sistema, têm a clara função de promover e preservar a higidez do sistema de seguridade social, ou seja, densificam e concretizam o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial.

31. O princípio da *equidade da participação no custeio* determina que os atores sociais contribuam da maneira mais justa possível para o custeio da Seguridade Social, não sendo mero reflexo do princípio da capacidade contributiva, mas um *plus* em relação a ele, pois, além de exigir que as contribuições sociais sejam cobradas de acordo com as possibilidades econômicas dos contribuintes, faz com que os mesmos contribuam de acordo com suas peculiaridades perante o sistema, levando em conta, por exemplo, as despesas que provocam, ou a promoção, ou concretização, em maior grau, de valores que são caros à essa política social, densificando assim também o princípio da isonomia.

32. O berço comum na isonomia e a estreita ligação do princípio da equidade no custeio com o princípio da capacidade contributiva autorizam a incidência do *princípio da progressividade*, corolário do segundo, justificando assim a regra contida no art. 195, § 9º, da CRFB, que permite a estipulação de alíquotas e bases de cálculo de contribuições sociais

diferenciadas (*rectius*: progressivas em relação às alíquotas) em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão-de-obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho.

33. A previsão de possibilidade de substituição da contribuição sobre folha de salários pelas contribuições sobre o faturamento ou sobre o lucro, inserida no parágrafo 12 do art. 195 da CRFB/1988, atende não somente o princípio da equidade no custeio, mas também o princípio da diversidade da base de financiamento, mas sua implementação deverá respeitar a regra constante do art. 167, XI, da CRFB/1988, que vincula a receita das primeiras contribuições ao sustento das prestações do Regime Geral de Previdência Social.

34. Aliando-se ao princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, o princípio da *diversidade da base de financiamento* determina que o legislador selecione as mais variadas fontes de custeio, os mais diferentes fatos presuntivos de riqueza para serem objeto de tributação, não só para obter eficazmente os recursos necessários para a consecução dos objetivos do sistema de proteção social, mas também para garantir sua hígidez financeira, que poderia ser abalada caso fosse drasticamente suprimida ou reduzida uma fonte da qual o mesmo excessivamente dependesse.

35. Por outro lado, aliando-se ao princípio da *solidariedade*, o princípio da *diversidade da base de financiamento* vai determinar a dispersão, ou a

pulverização do ônus do custeio por toda a sociedade, ou seja, vai impor que o maior número de atores sociais sejam chamados para contribuir para o sustento da importante política social promovida pela Seguridade Social, evitando que tal encargo recaia excessivamente sobre determinadas categorias de trabalhadores, classes sociais ou atividades econômicas.

36. A promoção do princípio da diversidade da base de financiamento foi, ao mesmo tempo, viabilizada e limitada pela regra constante do art. 195, § 6º, da CRFB/1988, que atribui competência tributária residual à União para a instituição de novas contribuições sociais, exercitável somente, no entanto, pela via qualificada da lei complementar, e unicamente para fazer frente a novas despesas ou ao aumento de despesas preexistentes.

37. O princípio da *universalidade da cobertura e do atendimento* determina que a Seguridade Social proteja todas as pessoas submetidas (atendimento) a todos os tipos de contingências (cobertura) que possam lhes causar prejuízo a sua sobrevivência com dignidade. Com isso, esse princípio densifica o princípio da igualdade, e contribui para a realização de todos os objetivos da República Brasileira (art. 3º da CRFB/1988), pois constrói uma sociedade livre, justa e solidária, ao contribuir para a promoção do desenvolvimento nacional, para a redução das desigualdades sociais e regionais, e para a erradicação da pobreza e da marginalização.

38. As regras previdenciárias da filiação obrigatória dos exercentes de atividade laborativa, a proteção do segurado especial em um regime quase assistencial, a previsão do segurado facultativo e a instituição, por meio da Emenda Constitucional nº 47/2005, de um “sistema especial de inclusão previdenciária” claramente buscam promover o fim estatuído por esse princípio, mesmo que de forma ilegítima no último caso.

39. O princípio da *uniformidade e equivalência* das prestações outorgadas aos beneficiários urbanos e rurais, ao lado do princípio da universalidade, busca densificar ainda mais o princípio da isonomia, sem se confundir com o mesmo, pois, além de buscar corrigir distorções históricas ocorridas em prejuízo dos rurícolas, reconhece as peculiaridades das diferentes atividades exercidas, exigindo somente uniformidade (proteção dos mesmos riscos) e equivalência (reparação de mesma qualidade e intensidade), e não *identidade* entre os mesmos.

40 Os princípios da *seletividade e distributividade das prestações* determinam que o Poder Público somente outorgue proteção às contingências que efetivamente causem restrição à capacidade de auto-sustento dos indivíduos, privando-lhes do acesso aos bens inerentes ao conceito de mínimo existencial, bem como que contemple unicamente os indivíduos carecedores de amparo estatal, ou seja, que efetivamente não possam subsistir por conta própria. Trabalha, assim, em cooperação com o princípio da *universalidade* na promoção da adequada proteção social.

41. A seletividade na verdade é princípio implícito, ou seja, é dado *essencial* de qualquer sistema de proteção, pois somente podem ser objeto de prevenção e reparação situações que provoquem algum tipo de prejuízo, bem como não podem ser amparadas pessoas que não se encontrem em situações dessa natureza. Densifica assim o princípio do primado do trabalho e da livre iniciativa, e seu corolário, princípio da subsidiariedade, que determinam ao Poder Público que somente ampare, somente tutele, os indivíduos que não possam manter por conta própria, ou terem mantido seus familiares, uma subsistência digna.

42. Conjugado com o princípio da seletividade, o princípio da *distributividade* vai determinar que o Poder Público, ao escolher os sujeitos e contingências merecedoras de proteção social, faça-o tendo em vista o objetivo de redistribuir a riqueza retirada da sociedade por meio das contribuições sociais, como ocorre, por exemplo, quando cria um valor máximo para os benefícios previdenciários — limitando-se a proteger os indivíduos cuja renda não permite a formação de razoável poupança individual —, e quando garante benefício de um salário mínimo a todos os indivíduos, ou seja, mesmo àqueles que não possuíam anteriormente esse poder aquisitivo (no caso da previdência), e até mesmo àqueles que nunca perceberam qualquer tipo de rendimento decorrente do trabalho, como no caso dos deficientes amparados pela assistência social.

43. O inciso IV do parágrafo único do art. 195 da CRFB/1988 veicula *regra que proíbe a redução do valor nominal (irredutibilidade) dos benefícios da seguridade social*. A conjugação dessa regra proibitiva com as que garantem o valor mínimo dos benefícios previdenciários e do amparo assistencial (arts. 201, § 2º, e 203, V, ambos da CRFB/1988) e com as que determinam a inclusão de todos os rendimentos do trabalho do segurados nos salários-de-contribuição, a atualização monetária dos que eventualmente forem utilizados no cálculo dos benefícios, bem como a permanente manutenção valor real desses últimos (art. 201, §§ 11, 3º e 4º, da CRFB, respectivamente), revela um princípio mais abrangente, que determina a promoção de uma realidade na qual seja assegurada a *manutenção ou preservação do poder aquisitivo* dos sujeitos protegidos, considerada a renda anterior à ocorrência da contingência social, a inexistência da mesma e a garantia da renda adquirida com o benefício decorrente dessa contingência.

44. Em razão de sua íntima relação com o núcleo semântico mínimo do princípio da dignidade da pessoa humana, esse conjunto de regras garantidoras da preservação do poder aquisitivo dos sujeitos protegidos pela Seguridade Social reveste-se da intangibilidade inerente a sua natureza de direito social fundamental, não se admitindo sua revogação ou alteração substancial.

45. O princípio da *unicidade* determina que a Seguridade Social seja estruturada e gerida como um todo, um sistema, uma unidade apta a suportar

o grave ônus de executar a mais relevante política social demandada pela sociedade, devendo atuar de forma sincrônica e integrada por meio da mútua cooperação entre seus instrumentos de atuação, e entre os entes responsáveis por sua gestão — incluído nestes o setor privado —, cabendo à União a *coordenação* desse sistema de normas e instituições. Esse princípio, sem sombra de dúvidas, densifica os sobreprincípios federativo e da solidariedade, do princípio da universalidade e do princípio do equilíbrio econômico e atuarial.

46. O princípio da *gestão descentralizada* do sistema determina que o poder público distribua as atribuições legislativas e administrativas, outorgando-as aos mais diversos agentes, com o fito de obter maior eficiência na utilização dos recursos, seja pelo maior conhecimento das peculiaridades locais e regionais, seja pelo ganho de produtividade obtido com a especialização de tarefas.

47. Não há contradição entre esse princípio e o da unidade, posto que somente se pode *descentralizar* o que é uno, e essa descentralização, além de não abrir mão da coordenação, da integração e da cooperação, constitui-se num meio de otimizar a utilização dos recursos do sistema para a consecução de seus objetivos.

48. O princípio da *gestão democrática* determina que toda a sociedade, e principalmente os atores sociais diretamente afetados pelo funcionamento

do Sistema de Seguridade Social, representados, respectivamente, pelo Governo, e pelos patrões, empregados e inativos (*gestão quadripartite*), participem efetivamente da formulação das políticas a serem implementadas por esse serviço público essencial.

49. O princípio da *gestão democrática* impõe, assim, a *autonomia de gestão* — administração pelos próprios interessados —, pois democracia significa auto-governo, que por sua vez impõe autonomia financeira, pois não pode ser considerado autônomo quem não possui os meios necessários para perseguir os objetivos que fixou, sendo esse o motivo pelo qual o Texto Magno garante *autonomia financeira e orçamentária* à Seguridade Social.

50. *Democracia e informação, direitos fundamentais de quarta geração*, são indissociáveis, pois não se pode admitir a existência de auto-governo sem o domínio dos dados factuais e técnicos necessárias para as tomadas de decisões de maneira consciente e responsável, para o efetivo exercício dos direitos e deveres perante o Estado e a sociedade.

51. No tocante à Seguridade Social, que atende indivíduos sujeitos a situações de efetiva necessidade, avulta a relevância do acesso à informação, pois esses indivíduos — normalmente integrantes das classes mais carentes e mais desinformadas da população — somente terão acesso a efetiva proteção quando tiverem ciência de seus deveres e direitos perante esse sistema.

52. A informação, ao permitir o fiel cumprimento dos deveres e o efetivo exercício dos direitos outorgados pela Seguridade Social, contribui para a gestão democrática do sistema, pois viabiliza a exigência, pelos seus destinatários — administrativa, política ou judicialmente —, da fiel observância pelo Poder Público das normas legais e constitucionais pertinentes.

53. Seja por força do princípio da *gestão democrática*, seja pelo princípio da *publicidade* (art. 37, *caput*, da CRFB) — aplicável à Seguridade Social em razão de sua natureza de serviço público —, determinador da ampla *transparência* na administração pública, a fim não somente de viabilizar o controle eficaz da correta gestão, mas também de possibilitar o conhecimento dos direitos e deveres do administrado, urge sejam tomadas providências para dar ciência da proteção outorgada pela Seguridade Social a todos os seus destinatários.

54. Somente por meio da *educação* os direitos inerentes à Seguridade Social deixarão de ser somente meros discursos políticos, jurídicos e acadêmicos, para passarem a fazer parte do cotidiano exercício da *cidadania*, cabendo aos órgãos e entidades competentes e legitimados para tanto tomarem, e exigirem que sejam tomadas, as providências necessárias para a divulgação desse conhecimento.

55. Por tudo o que foi desenvolvido no presente trabalho podemos concluir que a efetividade das normas constitucionais relativas à Seguridade Social — sejam princípios ou regras — depende muito menos de teorias e proposições — por mais densas e relevantes que sejam — do que do simples acesso dos titulares desse direito fundamental ao conhecimento desse *status* que ostentam e às informações necessárias ao seu pleno exercício.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001.

APPIO, Eduardo. *A teoria da inconstitucionalidade induzida*. GENESIS – Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: nº 35, jan./mar: 70-79, 2005.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Livro V. *Os pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2004.

BALERA, Wagner. *A Seguridade Social na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

_____. *Introdução à Seguridade Social*. In: MONTEIRO, Meire Lúcia Gomes (coord.). *Introdução ao Direito Previdenciário*. São Paulo: LTr, 1998.

_____. *Noções Preliminares de Direito Previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

_____. *Sistema de Seguridade Social*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional*. In: BARROSO, Luiz Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação Constitucional e Relações Privadas*. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2003.

_____. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

BERBEL, Fábio Lopes Vilela. *Teoria Geral da Previdência Social*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BOLETIM DAS TURMAS RECURSAIS DA JUSTIÇA FEDERAL DO RIO DE JANEIRO. Rio de Janeiro: SJRJ, nº 11, dez./fev, 2006.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina.

CARDONE, Marly A. *Previdência, Assistência, Saúde: o não trabalho na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 1990.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 6ª ed. rev. São Paulo: LTr, 2005.

CHIRINOS, Bernabé L. *Tratado Teórico-Práctico de La Seguridad Social*. Buenos Aires: Quorum, 2005.

COIMBRA, J. R. Feijó. *Direito Previdenciário Brasileiro*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 2001.

COSTA, Eliane Romeiro. *Previdência Complementar na Seguridade Social: O risco velhice e a idade para a aposentadoria*. São Paulo: LTr, 2003.

CUNHA, Luiz Cláudio Flores. Princípios de Direito Previdenciário na Constituição da República de 1988. In: FREITAS, Vladimir dos Passos (coord.). *Direito Previdenciário: aspectos materiais, processuais e penais*. 2ª ed. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

DERZI, Heloisa Hernandez. *Os beneficiários da pensão por morte: Regime Geral de Previdência Social*. São Paulo: LEX, 2004.

DUPEYROUX, Jean Jacques. *O Direito à Seguridade Social*. Revista dos Industriários. São Paulo: nº 94: 9-28, 1963.

DURAN, Paul. *La Política Contemporanea de Seguridad Social*. Trad. José Vida Soria. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministério de Trabajo y Seguridad Social, 1991.

DWORKIN, Ronald. *Levando seus direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FONTES, André R. C.. *A pretensão como situação jurídica subjetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. Jurisdição por equidade e Equidade-Criação. In: SOARES, Fábio Costa (org.). *Acesso à Justiça – Segunda Série*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

FRANÇA, Álvaro Sólón de. *Previdência Social e a Economia dos Municípios*. 5ª ed. atual. Brasília: ANFIP, 2004.

FUENZALIDA, Gabriela Lanata. *Manual de Legislación Previsional*. Santiago: LexisNexis, 2001.

GIANNETTI, Eduardo. *O valor do amanhã: Ensaio sobre a natureza dos juros*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. 4ª ed. atual., São Paulo: Quartier Latin, 2004.

_____. *Salário Maternidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2004

HOUAISS, Antônio; HOUAISS, VILLAR, Mauro de Salles. *Minidicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

KELSEN Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEITE, Celso Barroso. *Conceito de Seguridade Social*. In: BALERA, Wagner (coord.). *Curso de Direito Previdenciário: Homenagem a Moacyr Velloso Cardoso de Almeida*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Parâmetro de Controle e Objeto*. In: TAVARES, André Ramos, ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Arguição de*

Descumprimento de Preceito Fundamental: Análise à Luz da Lei 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001.

MENDONÇA, José Vicente dos Santos. Vedação do Retrocesso: o que é e como perder o medo. *Revista da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, nº XII: 205-236, 2003.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 4ª ed. rev. actual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MODESTO, Paulo. *Notas para um debate sobre o Princípio Constitucional da Eficiência*. Disponível na Internet: http://www.direitopublico.com.br/pdf_2/DIALOGO-JURIDICO-02-MAIO-2001-PAULO-MODESTO.pdf. Acesso em : 11.02.2006.

MORAES, Humberto Peña de. *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Lineamentos Sobre o Tema*. In: QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de (org.). *Acesso à Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

MOREIRA, Lycia Braz. *O Princípio do mínimo existencial e a sua eficácia na informação do conceito de renda*. Dissertação (Mestrado em Direito Tributário). Rio de Janeiro: Universidade Cândido Mendes, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral, parte especial*. 12ª ed. rev. amp. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

NEVES, Ilídio das. *Direito da Segurança Social: Princípios Fundamentais Numa Análise Prospectiva*. Coimbra: Coimbra, 1996.

NOGUER, Héctor Humeres. *Derecho del Trabajo y De La Seguridad Social. Tomo III. Derecho de La Seguridad Social*. 17ª ed. amp. actual. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.

NUNES, Rizzatto. *Manual da Monografia Jurídica*. 4ª ed. rev. amp. atual., São Paulo: Saraiva, 2002.

PASTOR, Jose Manuel Almansa. *Derecho de La Seguridad Social*. 7ª ed. Madrid: Tecnos, 1991.

PERSIANI, Mattia. *Diritto Della Previdenza Sociale*. 5ª ed. Padova: Cedam, 2002.

ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. 4ª ed. rev. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *O Direito Fundamental à Previdência Social: na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

RUPRECHT, Alfredo J.. *Asignaciones familiares*. Buenos Aires: Zavalia, 1998.

_____. *Direito da Seguridade Social*. São Paulo: LTr, 1996.

SANFELICE, Patrícia de Mello. O Direito Previdenciário como Disciplina Fundamental para a Formação Jurídica ou a Importância do Estudo do Direito Previdenciário nos Cursos de Graduação em Direito. *Revista de Direito Previdenciário*. São Paulo: LTr, nº 290, jan.: 28-32, 2005.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. *O Princípio da Seletividade das Prestações de Seguridade Social*. São Paulo: LTr, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e Proporcionalidade: o direito e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. Disponível na Internet: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=53. Acesso em: 12.07.2005

STRECK, Lenio Luiz. *A dupla face da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico*.

Disponível na Internet: <http://www.ihj.org.br/artigos/professores/lenioOUT2004.pdf>. Acesso em: 11.02.2006 .

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário*. 6ª ed. rev. amp. atual., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *Previdência e Assistência Social: Legitimação e Fundamentação Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TURRI, Márcia Hoffmann do Amaral Silva. Temas polêmicos em matéria previdenciária. *Revista do Tribunal Federal Regional da 3ª Região*. São Paulo: Thomson-IOB, vol. nº 74 nov./dez.: 37-138, 2005.

UGATTI, Uendel Domingues. *O Princípio Constitucional da Contrapartida na Seguridade Social*. São Paulo: LTr, 2003.

VENTURI, Augusto. *Los Fundamentos Científicos de La Seguridad Social*. Trad. Gregorio Tudela Cambronero. Madrid: Centro de Publicaciones Ministério de Trabajo y Seguridad Social, 1994.

VIEIRA, Marco André Ramos; IBRAHIM, Fábio Zambitte; TAVARES, Marcelo Leonardo (coord.). *Comentários à Reforma da Previdência*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. *Previdência privada: atual conjuntura e sua função complementar ao regime geral de previdência social*. 2ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

ZANCANER, Weida. *Razoabilidade e Moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do Estado Social e Democrático de Direito*. Disponível na Internet: http://www.direitopublico.com.br/pdf_9/DIALOGO-JURIDICO-09-DEZEMBRO-2001-WEIDA-ZANCANER.pdf. Acesso em: 11.02.2006.