

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
Faculdade de Direito

NOA PIATÃ BASSFELD GNATA

Refundando a solidariedade social no direito previdenciário

Orientador: Professor Associado Jorge Luiz Souto Maior

MESTRADO

São Paulo

2014

NOA PIATÃ BASSFELD GNATA

**REFUNDANDO A SOLIDARIEDADE SOCIAL NO DIREITO
PREVIDENCIÁRIO**

Dissertação apresentada ao Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito do Trabalho e da Seguridade Social.

Área de Concentração: Direito da Seguridade Social

Orientador: Professor Associado

Dr. Jorge Luiz Souto Maior.

Universidade de São Paulo

Faculdade de Direito

São Paulo – 2014

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo na Publicação

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Gnata, Noa Piatã Bassfeld.

Refundando a solidariedade social no direito previdenciário; orientador Jorge Luiz Souto Maior. – São Paulo, 2014.

200 p.

Dissertação (Mestrado) – Departamento de Direito do Trabalho e Seguridade Social.
Área de Concentração: Direito da Seguridade Social.

CDD

Nome: GNATA, Noa Piatã Bassfeld.

Título: Refundando a solidariedade social no direito previdenciário

Dissertação apresentada ao Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Universidade de São Paulo como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito do Trabalho e da Seguridade Social.

Aprovado em: ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Jorge Luiz Souto Maior

Instituição: Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo - FDUSP

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. Marcus Orione Gonçalves
Correia

Instituição: Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo - FDUSP

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. José Antônio Savaris

Instituição: Universidade do Vale do
Itajaí - Univali

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Dedicado às trabalhadoras e aos trabalhadores informais subordinados ao capital, potencialmente invisíveis perante a Previdência Social, para quem a força da Constituição deve garantir a adequada proteção social, dando matéria aos fins da democracia.

AGRADECIMENTOS

Ao Dr. José Lucio Glomb, pela solidária inclusão; pelo suporte material no início do projeto de vida na advocacia; e pelos exemplos de conduta de retidão e liderança firme. Ao amigo-irmão Daniel Augusto Glomb, com quem comungo este projeto de vida na advocacia social; pelo solidário resgate a Curitiba após uma centena de milhares de quilômetros trilhados na estrada que leva a União da Vitória; pela amizade infalível e pelo estímulo ao ingresso na seleção para o mestrado. Sem vocês, eu não teria o direito sequer de *sonhar* este sonho, ora vivido e realizado.

Ao Professor Jorge Luiz Souto Maior, pela solidária inclusão na luta acadêmica pelo Direito Social. É professor que se constitui pelas atitudes, pela sensibilidade e postura exemplar. Em sua pessoa, também a todos os professores que transmitiram ‘certas espécies de traços humanos’, e talvez de forma não intencional me fizeram querer ser aspirar à docência na vida; nas palavras de Erich Fromm: *Enquanto ensinamos conhecimentos, estamos perdendo aquele ensinamento que é o mais importante para o desenvolvimento humano: o ensinamento que só pode ser dado pela simples presença de uma pessoa amadurecida e amorosa. Em épocas anteriores de nossa própria cultura, ou na China ou na Índia, o homem mais altamente apreciado era a pessoa de eminentes qualidades espirituais. Mesmo o professor não era só, nem sequer primariamente, uma fonte de informação, mas sua função era transmitir certas atitudes humanas. Na sociedade capitalista contemporânea – e o mesmo é exato quanto à Rússia Comunista – os homens sugeridos à admiração e à emulação podem ser tudo, menos portadores de qualidades espirituais significativas. Ficam essencialmente às vistas do público aqueles que dão ao homem comum o sucedâneo de um sentimento de satisfação. Estrelas de cinema, animadores de rádio, colunistas, figuras importantes do governo ou dos negócios – esses são os modelos a imitar. Sua principal qualificação para essa função está, muitas vezes, em terem conseguido tornar-se notícia. (...) Caso não consigamos manter viva uma visão de vida amadurecida, então, na verdade, confrontar-nos-á a probabilidade de ver ruir toda a nossa tradição cultural. Esta tradição não se baseia primordialmente na transmissão*

de certos tipos de conhecimento, mas na de certas espécies de traços humanos. Se as gerações vindouras não mais virem estes traços, desmoronar-se-á uma cultura velha de cinco mil anos, mesmo que seus conhecimentos se transmitam e ainda mais se desenvolva (FROMM, 1995, p. 139-140).

Aos Professores Marcus Orione Gonçalves Correia e Ronaldo Lima dos Santos, pela crítica construtiva ao caminho da pesquisa quando da qualificação.

Aos Professores José Antônio Savaris, pela solidária inclusão na escola previdenciária desde quando da serventia da Justiça Federal e do convívio na Escola da Magistratura Federal do Paraná; Luiz Edson Fachin e Luiz Guilherme Marinoni, pela instigação constante ao pensamento crítico nas primeiras impressões sobre a teoria e a prática do direito, e Célio Horst Waldruff e Aldacy Rachid Coutinho, pela apresentação crítica das relações subjacentes ao direito e ao processo do trabalho, na graduação da Universidade Federal do Paraná; Ayrton Francisco Surdi e Jacir José Venturi, pela solidária inclusão no ensino médio de qualidade no colégio Decisivo, que permitiu o primeiro acesso à universidade pública e a mudança de toda a história da vida.

Aos advogados Vitor Tavares Botti, Dinor da Silva Lima Junior, Vinicius Lima Villani, Fabiano Sponholz Araujo, Jessica de Souza Benvenuti e Diego Fagundes, pela amizade, confiança e pela solidária colaboração durante meu afastamento para a elaboração da pesquisa e redação deste trabalho.

Às advogadas Melissa Folmann, Gisele Kravchychyn, Rafaela Cassetari e Rafaelle Bueno e aos advogados Cleber Giovanni Piacentini, Fabio Luiz dos Passos e Leonardo Zicarelli Rodrigues pela rica interlocução quanto ao rumo da advocacia previdenciária, e às advogadas e advogados das Comissões de Direito Previdenciário da Ordem dos Advogados do Brasil, pela disposição para a luta.

Ao amigo Luis Fernando Lisboa Humphreys, pelo solidário abrigo e acolhimento nas frequentes idas a São Paulo. Valeu bitio! Aos amigos Sérgio Eduardo Marcon Filho e Livia Siviero Huh, pela companhia e afeto de sempre, transportados para terreno paulistano.

À Marlise Bassfeld-Muhme, editora, psicanalista, analista de texto e revisora, pelo suporte essencial para o início, o meio e o fechamento deste documento, pelas horas de trabalho noturno e extraordinário prestado, em gesto próprio do amor materno.

Nas pessoas do Fábio Gonzaga de Carvalho, Thiago Barison de Oliveira, Danilo Uler, Marco Aurélio Serau Junior; Beatriz Correa Camargo, Mariana Del Monaco, Mariana Preturlan, João Cilli, Anna Carolina Finageiv Peixoto, Marcos Pinto, Gustavo Seferian, Claudia Urano, José Carlos Baboin, Francisco Pereira Costa e Regina Stela, amigas e amigos da São Francisco; das colaboradoras e dos colaboradores da obra *Trabalhos Marginais*; e das colegas e dos colegas do Grupo de Pesquisa Trabalho e Capital, por terem feito dessa experiência *um encontro*, uma construção coletiva solidária, uma experiência prática integração na alteridade, muito além do *conhecimento* isolado que poderia tornar estéril a produção acadêmica.

À Paula Nascimento e aos amigos Maurício Dieter, Rene Toedter, Melina Fachin, Marcos Gonçalves e Rafael Hekave, pela solidária disposição de suas bibliotecas ou de seus vastos conhecimentos, utilíssimos para a realização da pesquisa; professores e/ou interlocutores que admiro e que presunçosamente quero ter como *pares*.

Aos amigos de diferentes períodos da vida, e para toda a vida, ainda que eventualmente distantes, Febre; Bigos e Rê; Porva e Sô; Ju e Cheche; Hekave e Sam; Mauro e Silvia; Mê e Marcos; Mikeil e Vanessa; Samir; Camila Calixto; Rafha; Cassou; Simão; Rene e Chris; Camila Simão; Dani Galvão; Du Venturi; Carol, Ika e Tica; Elvis; Cris D'Aquino; Vivian e Juan; Janice; Band e Sil; Kim e Ju; Dani e Felipe; Michelle e Mario Henrique; Rê e Kita; Mel Marucco e Pati Sakagami; e outras pessoas que passaram e marcaram; gente a quem quero bem demais e que vejo de menos; pela compreensão quanto ao distanciamento nesses últimos anos incansáveis, apesar dos momentos intensos vividos que, infelizmente, não pude acompanhar como queria nesse período; todos já ganhamos calos e rugas, e tudo passa muito rápido. Vamos tratar de compartilhar a mais vida, antes que anoiteça.

À família, em nome das avós Elsa (em memória) e Celmira, dos padrinhos Mariane e João Roberto, do tio Jackson e Suzana, pelo afeto incondicional, e dos tios Capa e

Malange, Jaqueline, Luisa e Luis Antônio, todos ainda próximos do mar. Sou filho, neto e bisneto de trabalhadores braçais – pintor, pedreiro, lavrador, sapateiro, pescador – e de professoras que deram suas vidas pela construção de um mundo melhor. Grato por terem ensinado a encontrar a felicidade contemplando o sol, o mar e a natureza; e enquanto isso, a lutar de forma inabalável e convicta, sem perder a firmeza.

Às irmãs e irmãos, na pessoa do cantor, compositor, engenheiro e crítico da sociedade Francisco Augusto e também da Gigica, da Babi e da Leleca; do Bruno e da Val e da Mel; do João Guilherme e do Pedro Henrique (a este também agradeço por mim e pela Paula pela inesquecível tarde de céu multicolorido e sem nuvens, com sol infalível refletido no lago e entre as araucárias, que, do céu, havendo, providenciou para a cerimônia de nosso casamento; descanse em paz, em nossa memória); das primas e primos Ninoca, Lu e Jô; Su e Bruno; Tininha e Luana; pelos raros momentos em que nada no mundo importa e rimos instintivamente de nós mesmos, quase o tempo todo, quando estamos juntos.

Aos sogros, Paulo e à Lenita, pelo amor sincero e pela amizade construída, cuja família farei aumentar com gosto.

Ao pai, Silvio, pelo exemplo de serenidade e desprendimento, fonte da espiritualidade, sorriso fácil e crença na vida, apesar dos reiterados não do mundo cão. Mais *amigo* do que pai, desde sempre: agradeço também pela amizade.

À mãe, Marlise, pelo amor, pela renúncia, pelo suporte ao alimento, pela longa e involuntária dupla função, pela lição ao aprendizado da vida. Também pela cooptação prematura às questões sociais: fez alfabetizar-me pela letra da Declaração Universal dos Direitos Humanos e das campanhas da Assembleia Constituinte; levou-me ao movimento social dos professores do Paraná sob escolta da cavalaria do governo, e assim talhou-me o compromisso com a consciência coletiva. Mãe, professora, cidadã, entusiasta.

À esposa, Paula Cristina, por ter me escolhido ainda de bicicleta, bermudas e futuro incerto, na escadaria da Praça Santos Andrade. Muito obrigado, meu amor!

RESUMO

A solidariedade social é princípio fundante do Estado e do Direito, elevada na disciplina constitucional a núcleo do ordenamento jurídico. Na fase atual de evolução da civilização, o Direito Social, a construção da solidariedade social implica a realização concreta das finalidades constitucionais de inclusão e justiça sociais, na perspectiva material e teleológica da democracia, por meio dos instrumentos tributários e financeiros necessários, com a participação do Estado e da sociedade no financiamento da consecução daquelas atividades-fim. Uma das expressões da solidariedade social do Direito Social na sociedade capitalista baseada na exploração do trabalho é a existência efetiva da Previdência Social, que proteja os trabalhadores de infortúnios. A proteção da universalidade dos trabalhadores em Regime Geral de filiação obrigatória realiza a aspiração de solidariedade social. A filiação obrigatória enseja segurança obrigatória, e independe do atendimento do caráter contributivo no caso concreto, tendo em vista a estrutura de normas constitucionais integradas protetivas do trabalhador, que não induzem a interpenetração das relações jurídicas previdenciária e tributária decorrentes do trabalho, que são autônomas, distintas e incomunicáveis, à exceção dos prazos de carência, quando exigidos, em certos casos. A interpretação conforme a solidariedade social, a partir da experiência da teoria hermenêutica, da estrutura constitucional dos regimes de previdência, evidencia a impropriedade flagrante com que o instituto vem sendo tratado na doutrina, nos tribunais e na atividade legislativa decorrente. Este trabalho propõe a reconstrução da interpretação do instituto, com a apresentação de sua construção histórica e dos desvios da experiência pós-constitucional, para dar contornos claros ao conteúdo jurídico conforme as aspirações democráticas do pacto social traduzido na Constituição da República.

Palavras-chave: Solidariedade Social. Direito Previdenciário. Ética Crítica-Material. História. Democracia. Emancipação. Influência Econômica. Interpretação Constitucional. Conteúdo Jurídico. Eficácia Integrada.

ABSTRACT

Social solidarity is a founding principle of the State and of law. The historic building of the democratic state of law raised the constitutional discipline to the core of law. At the current stage of development of society, the social law, building social solidarity implies the concrete realization of the constitutional purposes of inclusion and social justice at material and teleological perspectives of democracy, through tax and financial instruments needed, with the participation of State and society in financing activities for the achievement of those goals. One of the expressions of social solidarity at Social Law is the actual existence of Social Security, which protects workers from misfortunes. The protection of the universality of workers at the General Board of compulsory membership performs the aspiration for social solidarity. The compulsory membership entails mandatory security, and independent of the contributory duty situation, given the structure of integrated protective constitutional requirements of the worker, who did not induce fluency of social security and tax legal relations arising from the fact itself of working, except in certain situations. The interpretation under social solidarity, at the experience of hermeneutical theory and the constitutional structure of pension schemes, demonstrates the blatant impropriety with which the institute is being addressed in the doctrine, the courts and the resulting legislative activity. This paper proposes the reconstruction of the interpretation of the institute, with the presentation of its historical construction and deviations from post-constitutional experience, to enlighten the legal content as the democratic aspirations of the social pact translated in the Constitution outlines.

Keywords: Social Solidarity. Social Security Law. Ethical-Material Criticism. History. Democracy. Emancipation. Economic Influence. Legal Interpretation. Law Inner Content. Integrated Efficacy.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	16
1	A AFIRMAÇÃO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL	22
1.1	CRÍTICA DO DISCURSO SOCIOLÓGICO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL DE DURKHEIM A ADORNO E HORKHEIMER	22
1.2	DA ÉTICA DA SOLIDARIEDADE LIBERAL À ÉTICA DA SOLIDARIEDADE SOCIAL	31
1.3	A CONSTRUÇÃO ÉTICA DA SOLIDARIEDADE SOCIAL ...	35
1.3.1	Afirmção ética crítico-material da solidariedade social democrática como possibilidade de libertação	39
1.3.1.1	Afirmção do princípio-libertação	40
1.3.1.2	A produção do outro/Exterioridade pela Totalidade colonizante .	42
1.3.1.3	Por um novo <i>ethos</i>	43
1.3.2	Interpretação evolutiva possível do conceito de fraternidade a partir da ética crítico-material e como fundamento da solidariedade social	48
1.4	A CONSTRUÇÃO JURÍDICA DA SOLIDARIEDADE SOCIAL: DO DIREITO SOCIAL À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA BRASILEIRA	50
1.4.1	A teoria do Direito Social	51
1.4.2	A teoria da solidariedade social no Direito Social	54
1.4.3	O Direito Social positivo: das afirmações dos direitos humanos à promulgação da Constituição Brasileira de 1988	59
1.4.3.1	Interseções entre direitos humanos e o Direito Social	60
1.4.3.2	A solidariedade social na afirmação constitucional brasileira	66
1.5	SOLIDARIEDADE CAPITALISTA: SOCIEDADE A SERVIÇO DA ECONOMIA NO CENÁRIO PÓS-CONSTITUCIONAL	71
2	A COLONIZAÇÃO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO	78
2.1	DISCURSO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL NA DOCTRINA PREVIDENCIÁRIA	81
2.1.1	Construção histórica da justificação da solidariedade social	82
2.1.2	Solidariedade social e coercitividade	84
2.1.3	Solidariedade como inclusão e justiça sociais	86
2.1.4	Solidariedade social, solidariedade de grupo e financiamento	87
2.2	DISCURSO E PRÁTICA DA SOLIDARIEDADE SOCIAL NA JURISPRUDÊNCIA PREVIDENCIÁRIA	94
2.2.1	Supremo Tribunal Federal	97
2.2.2	Superior Tribunal de Justiça	101
2.2.3	Tribunais Regionais Federais	106
2.2.3.1	Tribunal Regional Federal da 1. ^a Região	106

2.2.3.2	Tribunal Regional Federal da 2.ª Região	108
2.2.3.3	Tribunal Regional Federal da 3.ª Região	109
2.2.3.4	Tribunal Regional Federal da 4.ª Região	112
2.2.3.5	Tribunal Regional Federal da 5.ª Região	115
2.2.4	Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais	116
2.3	PRÁTICA DE REFORMAS POLÍTICAS-LEGISLATIVAS NA CONTRAMÃO DO PACTO DE SOLIDARIEDADE	119
2.3.1	Reformas do sistema de segurança como retrocesso social	119
2.3.2	Projeto de reforma em debate	128
3	O CONTEÚDO JURÍDICO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL PREVIDENCIÁRIA	134
3.1	CONSTRUÇÃO JURÍDICA	135
3.1.1	Conteúdo do objetivo fundamental: o pacto social como sentido vinculante da interpretação das normas	137
3.1.1.1	A solidariedade social previdenciária como princípio constitucional fundamental	138
3.1.1.2	A normatividade dos princípios como relevância prática da posição topográfica da norma da solidariedade previdenciária	142
3.1.1.2.1	Normatividade/preceptividade das normas programáticas	143
3.1.1.2.2	Destinatários das normas programáticas	145
3.1.1.2.3	Eficácia das normas programáticas	146
3.1.1.2.4	Dimensões	148
3.1.1.2.5	Valores	148
3.1.1.3	Distinções entre regras e princípios	149
3.1.1.4	Cinco problemas fundamentais na prática do direito previdenciário em detrimento da estrutura constitucional de solidariedade social	151
3.2	CONTEÚDO NORMATIVO DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS E DO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO DECORRENTE A PARTIR DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL	154
3.2.1	Conteúdo jurídico da filiação obrigatória: a solidariedade social em sentido estrito como realização concreta da solidariedade social no direito previdenciário	155
3.2.1.1	Dispositivos constitucionais	155
3.2.1.2	Norma	155
3.2.1.3	Natureza jurídica da norma	156
3.2.1.4	Normas decorrentes estatuídas em integração conforme ao preceito da filiação obrigatória	157
3.2.2	Conteúdo jurídico da finalidade de preservação do equilíbrio financeiro e atuarial: a condição de sustentabilidade e perpetuação da solidariedade social previdenciária	158
3.2.2.1	Dispositivo constitucional	158
3.2.2.2	Norma	159

3.2.2.3	Natureza jurídica da norma	159
3.2.2.4	Regras constitucionais informadas pelo princípio do equilíbrio financeiro e atuarial – bases de sustentação e perpetuação da efetividade dos direitos sociais previdenciários	160
3.2.3	Conteúdo jurídico do caráter contributivo: a condição instrumental da realização da solidariedade social previdenciária	163
3.2.3.1	Dispositivo constitucional	163
3.2.3.2	Normas	163
3.2.3.3	Natureza jurídica das normas	165
3.2.3.4	Destinatários	166
3.2.3.5	Regras constitucionais realizadoras do preceito do caráter contributivo	167
3.2.3.6	Normas decorrentes estatuídas em integração conforme ao preceito do caráter contributivo	170
3.3	EFICÁCIA DAS NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS INTEGRADAS DIRETAMENTE AO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL PREVIDENCIÁRIA	170
3.3.1	Normas aptas à realização concreta da solidariedade social – sentido e extensão da filiação obrigatória	170
3.3.1.1	Realização das condutas descritas no Art. 11 da Lei n. 8.213/91 .	170
3.3.1.2	Termo inicial do prazo definido no Art. 15, II da Lei n. 8.213/91	173
3.3.1.3	Termos iniciais dos prazos de carência, definidos no Art. 27, I e II da Lei n. 8.213/91	174
3.3.1.3.1	Efeito sobre a contagem do prazo de carência, e não sobre a qualidade de segurado, garantia regida sob o preceito de solidariedade social	175
3.3.1.3.2	Iniquidade sobre os empregados domésticos dissonantes com o preceito constitucional de solidariedade social	175
3.3.1.3.3	Distinção entre contribuintes individuais que prestem serviços para pessoas físicas e para pessoas jurídicas, para interpretação dos prazos dos incisos I e II em função do sujeito responsável pela retenção das contribuições e à luz do princípio da solidariedade	175
3.3.1.3.4	Autonomia e independência das relações previdenciária e tributária na tutela previdenciária dos contribuintes individuais que prestam serviços para pessoas físicas e inadimplentes com suas contribuições sociais, à luz do preceito constitucional de solidariedade e segurança obrigatória	176
3.3.1.3.5	A contagem do prazo de carência e a atualidade da qualidade específica de segurado dos trabalhadores rurais à luz dos preceitos de solidariedade e segurança obrigatórias	177
3.3.1.4	Reconhecimento do tempo de trabalho para fins previdenciários, nos termos do Art. 55, combinado com o Art. 11 da Lei n. 8.213/91 e disciplinado pelo Art. 4.º da EC n. 20/98	179
3.3.2	Normas aptas à realização da condição instrumental da solidariedade social – sentido e extensão do caráter contributivo	180

3.3.2.1	Normas efetivadoras do caráter contributivo	180
3.3.2.2	Consequência jurídica do inadimplemento tributário em face do preceito do caráter contributivo: o executivo fiscal	182
3.4	A RECONSTRUÇÃO DO SENTIDO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL POR MEIO DA INTEGRAÇÃO DOS PILARES CONSTITUCIONAIS DO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO	184
	CONCLUSÃO	187
	REFERÊNCIAS	193

INTRODUÇÃO

A vida é uma só e nós tá tudo junto

‘Piauí’, morador da Praça da Sé

Mirian tem doze anos de idade, filha de dona Nena, 53 e seu Saleto, 65, que estão separados desde que a menina nasceu. Ela vive com o pai, que é aposentado, para que a mãe possa tocar, a 30 metros de distância do barraco onde pai e filha vivem, a única venda da favela Papelão, escondida no bairro do Capão Raso, à margem da Linha Verde, na Região Sul de Curitiba.

Nasceu com uma disfunção cerebral que a impede de ter desenvolvimento físico e psíquico suficientes para uma vida normal. Sem qualquer estímulo pedagógico, vive em uma cama, da qual só é retirada para tomar banho, poucas vezes por semana. A cama fica em um quarto que permanece com as aberturas – que não são janelas – fechadas por cobertores que fazem as vezes de cortinas. Mirian não vê a luz do sol. O sol que bate lá fora ilumina a vida indigna de quem vive no Papelão. A polícia aparecera à madrugada para recolher dinheiro dos jovens, pela manhã alguém – Paçoca tinha nome, era gente, e o nome dele era Paçoca – foi esfaqueado e talvez morto por perfuração dos pulmões – e quem fez, fez e sumiu, não se sabe quem foi, mas foi por causa de *pedra*.

Quem cuida de Mirian é a madrasta, Jeine, de 30 anos, que todos os dias lhe dá comida. A comida é dada pela Assistência Social, recebem uma cesta básica por semana. A Prefeitura também fez chegar à porta da casa uma fisioterapeuta, uma nutricionista e um advogado voluntário. A fisioterapeuta, Vivian, tem dupla missão. A primeira, dar exercícios motores para seu Saleto, que teve um ataque cardíaco recente, para fortalecer a musculatura das pernas. Por conta desse problema, ele cai pela casa o dia todo, já não consegue cuidar de Mirian. Mirian é a outra missão de Vivian, que passa para Jeine exercícios para esticar gradativamente os braços e pernas de Mirian, atrofiados pelos desnecessários anos que a menina passou sem sair da cama.

A nutricionista, Ellen, por sua vez, tem a função de verificar se as cestas básicas que foram entregues estão sendo adequadamente utilizadas. Pouco antes disso,

no caminho para a casa da família, ela é ameaçada de morte por um dos jovens da comunidade, que aparece repentinamente na sua frente e lhe diz: “Se você não ajudar *ela agora*, você vai perder muito depois”. *Ela* é Dona Maria, uma senhorinha que passa por dificuldades financeiras e está recebendo, no dia, alguns reais para puxar e queimar a madeira de uma *casa* que foi desfeita, ali perto, há pouco. Dona Maria não percebeu que Ellen fora ameaçada, só que se abanava sintomaticamente com o papel que mais tarde viria a conter o relatório da visita, e então desculpou-se: “a fumaça mata a gente, né?”

O advogado social, voluntário, está ali para verificar a possibilidade de concessão de aposentadoria ou benefício assistencial para seu Saleto e Mirian. Quiçá com a justa e adequada proteção social previdenciária ou assistencial se realize nosso pacto de solidariedade, a eficácia dos inalienáveis direitos fundamentais sociais! Entretanto, Mirian já recebe o benefício assistencial ao portador de deficiência, que é entregue mensalmente à sua mãe, e seu Saleto já recebe aposentadoria. Não há o que fazer juridicamente, o caso está resolvido.

A diligente fisioterapeuta retoma o diálogo. Mas e a escola? Por que Mirian não vai para a escola? A Prefeitura tem unidades de ensino especial à disposição e em funcionamento, e nessa fase a socialização e o estímulo psicomotor são fundamentais para o *melhor desenvolvimento* possível da vida independente da criança – ainda que para se expressar, se alimentar, se vestir e se locomover. Seu Saleto não permite, entretanto, que a menina saia da casa. “*É minha companheira, vão maltratá-la na cidade; eu morro, nós morremos juntos, mas ela não sai de perto de mim. Dela cuido eu e mais ninguém*”. As agentes consultam, mais tarde, também a mãe, que está esperando seu Saleto morrer logo para que possa colocar Mirian na escola.

Seu Saleto, que não conseguia se levantar no início da visita, nesse momento já havia andado a passos largos até a venda onde trabalha sua ex-mulher. Avisa a todos, com um cabo de vassoura, que faz vezes de bengala, às mãos agora firmes: “*Não se importem com ela, esqueçam que ela existe, eu não quero nada do governo. Nós morremos mas ninguém tira minha filha de mim*”.

Mirian tem doze anos de idade, como já se disse, e como se imagina, já começou a menstruar. E ainda não começou a se expressar verbalmente. Em maior ou menor medida, é escrava do próprio pai, e eventual gravidez não surpreenderá.

A situação será relatada para o Conselho Tutelar e o Ministério Público. O sol já está a pino, o deslocamento de todos para o Papelão foi a pés, sob pena de risco de violência pessoal ou patrimonial. Quase chegando à Unidade de Saúde, a fisioterapeuta e a nutricionista perguntam para o advogado: “*Mas isso não vai ficar assim, né?*”

O caso não está resolvido.

Um ano e meio antes, o advogado social, também estudante, passava pela Praça da Sé após uma noite de aula, com seu amigo e colega, que também tem nome, o Fábio, que mais tarde investir-se-ia magistrado nas Minas Gerais. Um sujeito, esse sem nome, convulsionava na cadeira de rodas, absolutamente desassistido. A polícia observava à distância. Todos iam e vinham dele desviando na calçada, ocupados com suas questões. Nenhuma atitude. Ao lado, um amigo, esse com nome, chama-se Piauí. Piauí também calejado, mas não debilitado. Consciente e pulando, pedia piedade, em vão. Não mais em vão, Fábio e o outro haviam parado para ouvi-lo, descrente das chances do amigo. Aos dois, explicou como as coisas funcionam e porque deviam fazer algo: “*A vida é uma só e nós tá tudo junto!*” Fábio e o outro estavam *junto*, e a circunstância os levou à polícia de vigilância: *Nós só atendemos ocorrências relevantes, isso aí; isso aí tem todo dia, a Saúde que venha e faça alguma coisa.*

Este trabalho, de certa forma, é sobre as chances de Mirian, a partir da súplica de Piauí. Ou, sobre as condições de possibilidade de promoção pública da justiça social a partir do Direito Social no contexto da sociedade capitalista, partindo da premissa da solidez e da unicidade da sociedade – “*nós tá tudo junto*” – e da impossibilidade de disposição ou da coercitividade jurídica oponível ao Estado em garantia do indivíduo da providência transcendental – *a vida*, materialmente compreendida, *é uma só*.

É também uma crítica e uma autocrítica, sobre a impossibilidade de servir o direito como instrumento *suficiente* em si para colonizar seus destinatários ou mesmo ser colonizado – tendo em vista a interminável guerra discursiva na trincheira

hermenêutica – pelos valores e metáforas semânticas que justificam, supõe-se, a solidariedade social.

O pano de fundo, nessa trama, é o sistema de seguridade social, nomeadamente no que atine à estrutura da Previdência Social. Em enredo de afirmação e de crise, na dita guerra discursiva atiram-se fetichismos humanistas, constitucionalistas, garantistas, protecionistas, de cá para lá, e racionalistas, eficientes, realistas, desenvolvimentistas, reformistas, apocalípticos, de lá para cá, enquanto no ambiente de poder, sem discurso, ecoa o silêncio reprodutor da manutenção cínica do processo de degradação social.

Sem rodeios: trata-se de investigação crítica sobre o conteúdo jurídico da solidariedade social previdenciária, a partir do discurso preponderante e da topografia normativa, passando por sua experiência concreta, que desvela aquele discurso e, em construção dialética com o percurso histórico e as circunstâncias materiais da complexa estrutura da sociedade capitalista, busca contribuir, entre outros trabalhos recentes filiados ao projeto de afirmação do Direito Social, para a superação da metáfora da benevolência fraterna, e para a organização da sua eficácia jurídica concreta.

A superação da metáfora da benevolência tem como ideia central a súplica de Piauí: a solidariedade será coada a partir da construção histórica do Direito Social, para resulte sustentação jurídica normativa, a nosso ver ainda não organizada adequadamente, do tripé da estrutura do Regime Geral de Previdência Social: a) a filiação obrigatória, b) o caráter contributivo e c) a finalidade de preservação do equilíbrio financeiro e atuarial.

Ambos os alicerces, como se propõe, contribuem para a solidez da sociedade, em atenção, em primeiro plano, às cicatrizes históricas da cultura do servilismo, que não podem ser ignoradas, com efeito na adequada proteção social do trabalho informal pretérito e fiscalização pública do atual; além disso, à necessidade de promoção do financiamento, que deve analisar em que passos anda a efetiva realização deste papel pelos agentes sociais – considerando que fazem todos parte da mesma e única sociedade –, com efeito nas medidas bastantes com fim de torná-lo efetivo; por fim, a necessidade de reforma do sistema previdenciário para que ele tenha condições de se

perpetuar, em alargamento dos critérios da seletividade e da distributividade dos benefícios, com realização plena da solidariedade social, de forma que deixem de se beneficiar da Previdência Social aqueles que dela não precisam e passem a dela se servir aqueles que efetivamente necessitem.

O caso Mirian serve, desde logo e até o final da redação deste trabalho, como alerta contra a fetichização do direito capitalista fetichizado, mesmo em sua feição de entrega pecuniária dos direitos sociais que, reconheçamos, não é instrumento suficiente para a realização plena da dignidade humana: tidas as pessoas como despesa na contabilidade pública; como engrenagens da produção de bens e serviços; como estatísticas de processos eletrônicos absolutamente impessoais, alienam-se – as pessoas – das possibilidades de realização existencial, de perceber os frutos efetivos do trabalho e de alcançar o acesso pleno-material à justiça. É porque precisamos de rostos e de nomes.

Entretanto, apesar de não ser instrumento suficiente, e como ainda não conhecemos criatividade bastante para a superação honesta da racionalidade pecuniária, a entrega de dinheiro – as prestações pecuniárias da Seguridade Social – é instrumento essencial e estritamente necessário, por conferir condições mínimas – na sociedade capitalista – de dignidade, condição sem a qual não haveria condições de promover a solidez da sociedade, sob pena de pulverização.

O pano de fundo – o direito previdenciário – é apenas um ambiente de expressão da solidariedade social no Direito Social. Este é estruturado a partir da ampla justificação do contrato social, como fundamento de existência do Estado contemporâneo, com reflexos não apenas nos direitos pecuniários dos trabalhadores, mas em toda produção jurídica, desde o estabelecimento de direitos humanos no plano internacional, por exemplo, até a justificação dos direitos e deveres de trânsito, do direito penal e, obviamente, dos direitos financeiro e tributário, que tentam organizar, cada um nos seus propósitos, a perpetuação do convívio social.

Mais do que uma entre outras perspectivas jurídicas, é fundamental para a maturidade da pesquisa aquele reconhecimento de que o estudo da sociedade transcende o direito, razão da qual a prova real da eficácia dos institutos se dará em

diálogo com a realidade econômica e a consciência histórica dos motivos éticos e políticos fundantes da ordem jurídica constitucional contemporânea.

Esses motivos éticos e políticos, por sua vez, apresentam-se como escolha, na fundação democrática do Estado, do *sentido* que a sociedade quer para o direito e a república. Sob esse sentido, vinculante, debruça-se toda a interpretação da eficácia jurídica da solidariedade social, eleita para discussão nesse trabalho.

No primeiro Capítulo, buscam-se elementos sociológicos, filosóficos, políticos e jurídicos da conformação, na experiência acumulada e evolução da sociedade e do direito, da solidariedade social, como fundamento teórico do Direito Social e objetivo fundamental da democracia republicana.

No segundo Capítulo, verifica-se a colonização do discurso da solidariedade social na experiência doutrinária, jurisprudencial, legislativa e o contexto subjacente, a partir da hipótese de que há um desvio de sentido entre aquela construção histórica do instituto e a prática na casuística pós-constitucional.

No terceiro Capítulo, por fim, propõe-se a reafirmação daqueles fundamentos buscados no Capítulo 1, para o fim de interpretação do direito previdenciário conforme os primados da legalidade constitucional, da vinculação de sentido da vontade popular constituinte e da realização concreta da solidariedade social por meio do direito previdenciário, que transcenda o discurso fetichizado e alcance, de fato, a inclusão e a justiça sociais, apesar da *realidade* anômala das precárias relações de trabalho à que as maiorias estão involuntariamente subordinadas.

A adoção do enfrentamento da realidade como critério hermenêutico juridicamente vinculado, nesses termos, talvez encontre nos preceitos da *filiação obrigatória* e da *segurança obrigatória* a realização concreta da solidariedade social, superando-se o individualismo metodológico com que se tem lido o instituto: a falta de solidariedade contributiva por um indivíduo socialmente excluído – busca-se a sustentação jurídica dessa afirmação – não pode obstar a realização da proteção social.

Fica o convite para o diálogo e para o *encontro*.

CAPÍTULO 1

A AFIRMAÇÃO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL

“A preocupação com o outro é hoje a mais profunda e revolucionária ideia”

Noam Chomsky

Este Capítulo é um diálogo sobre as raízes da afirmação constitucional da democracia brasileira no contexto latino-americano de formação da sociedade capitalista do Direito Social, e busca os referentes materiais e teleológicos do princípio da solidariedade social, objetivo fundamental da República que irradia para todas as áreas do direito – mesmo do direito privado, a ver –, não indiferente ao direito previdenciário. Propõe-se como lente para avaliar a colonização do mencionado princípio no direito previdenciário e à sua reconstrução, empreendidas nos Capítulos seguintes.

1.1 CRÍTICA DO DISCURSO SOCIOLÓGICO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL DE DURKHEIM A ADORNO E HORKHEIMER

Esta abordagem tem como balizas o conceito de sociedade dos filósofos e sociólogos alemães Theodor Adorno (1903-1969) e Max Horkheimer (1895-1973) e o enunciado das solidariedades sociais do francês Èmile Durkheim (1858-1957). Apesar de sua origem positivista, ao tentar construir uma sociologia científica, evidencia-se a racionalidade jusnaturalista da formação das classes sociais e da justificação da coordenação-subordinação entre trabalho e capital, na percepção de uma racionalidade consciência coletiva como termômetro do nível de coesão social, ainda que dissociada da racionalidade coletiva democrática popular que veio a inspirar a solidariedade social na fase seguinte de evolução da Teoria do Estado e do Direito Social.

Sob a perspectiva de Adorno e Horkheimer, a existência da sociedade está mais conectada com a ligação que seus indivíduos têm entre si – esse vínculo que cria

solidez, nomeado vínculo de solidariedade – do que com os indivíduos propriamente ditos:

No seu mais importante sentido, entendemos por “sociedade” uma espécie de contextura formada entre todos os homens e na qual uns dependem dos outros, sem exceção; na qual o todo só pode subsistir em virtude da unidade das funções assumidas pelos coparticipantes, a cada um dos quais se atribui, em princípio, uma tarefa funcional; e onde todos os indivíduos, por seu turno, estão condicionados, em grande parte, pela sua participação no contexto geral. Assim, o conceito de sociedade define mais as relações entre os elementos componentes e as leis subjacentes nessas relações do que, propriamente, os elementos e suas descrições comuns (ADORNO e HORKHEIMER, apud FORACCHI e MARTINS, 2008, p. 229).

A ligação entre os indivíduos, caracterizada pelas tarefas dadas a eles com fim de instrumentalizar sua participação no organismo social, assim como as consequências sociais da realização dessas tarefas, desenham complexos vínculos, multipolares, de solidariedade (ADORNO e HORKHEIMER, apud FORACCHI e MARTINS, 2008). Assim, quanto mais densos os vínculos de solidariedade, maior o comprometimento dos indivíduos para com o grupo, maior senso de consciência coletiva latente no grupo em si (Idem).

A conceituação de Adorno e Horkheimer foi fruto da análise crítica possível do fenômeno social em seu momento histórico. Tendo em vista que todos participam de alguma forma da estrutura jurídica e econômica ou mesmo da cultura social e religiosa, não se pode correr o risco de se perverter o estudo da sociedade com atenção maior às formações sociais – ao esqueleto objetivo da sociedade¹ –, como faz, para os autores, a sociologia formal alemã. Assim, por exemplo, a economia não é sociologia, pois estuda uma série de microrrelações já calculadas e diferenciadas. A sociologia, para eles, estuda as relações que conformam a sociedade em si, de que se tratou acima, ainda quando sob a influência da economia:

Mas, na realidade histórica, as partes contratantes das operações de troca não entraram, nem entram, nas relações racionais recíprocas exigidas por aquelas, mas acomodam-se, outrossim, nessas relações sociais – e de uma forma decisiva – às diferenças do poder real, às disposições sociais diversas, e isto não só na época mais recente do capitalismo altamente diferenciado

¹ Segundo Theodor Geiger, representante da sociologia formal alemã criticada por Adorno e por Horkheimer, “O esqueleto objetivo da sociedade pode ser totalmente reduzido a conceitos quantitativos mensuráveis, de acordo com os quais ela será descrita”. Idem. Ibidem. p. 230.

mas em todas as épocas passadas em que seja legítimo falar-se de sociedade no sentido aqui analisado. Portanto, o processo vital básico que proporciona à Sociologia o seu objeto é, sem dúvida, um processo econômico. [...] A Sociologia só é econômica na medida em que é economia política e daqui se deduz uma teoria da sociedade que volta a instalar na ordem social as formas vigentes da atividade econômica, isto é, das instituições econômicas (ADORNO e HORKHEIMER, apud FORACCHI e MARTINS, 2008, p. 230).

As instituições econômicas, nessa esteira, são condicionantes da estruturação e do desenvolvimento social, influenciando os processos de integração² e diferenciação sociais³, e levam à conformação da divisão social do trabalho no modelo capitalista de produção.

Antes de tratar da divisão social do trabalho em si, é de se pontuar que a construção teórica desses processos, por sua vez, remonta à perspectiva de Émile Durkheim, para quem o processo de integração correspondia à solidariedade mecânica, e o de diferenciação à orgânica:

A primeira é, para usar a expressão de Durkheim, uma solidariedade por semelhança. Quando esta forma de solidariedade domina uma sociedade, os indivíduos diferem pouco uns dos outros. Membros de uma mesma coletividade, eles se assemelham porque têm os mesmos sentimentos, os mesmos valores, reconhecem os mesmos objetos como sagrados. A sociedade tem coerência porque os indivíduos ainda não se diferenciaram. [...] A forma oposta de solidariedade, a orgânica, é aquela em que o consenso, isto é, a unidade coerente da coletividade, resulta de uma diferenciação, ou se exprime por seu intermédio. Os indivíduos não se assemelham, são diferentes. E, de certo modo, são diferentes porque o consenso se realiza. [...] Durkheim chama de orgânica a solidariedade baseada na diferenciação dos indivíduos, por analogia com os órgãos de um ser vivo, cada um dos quais exerce uma função própria; embora os órgãos não se pareçam uns com os outros, todos são igualmente indispensáveis à vida (ARON, 2008, p. 458).

² “Spencer não previu que o processo de integração tornaria supérfluas muitas categorias intermediárias que complicavam e diferenciavam o todo, as quais estavam vinculadas à concorrência e ao mecanismo de mercado, pelo que, em muitos de seus aspectos, uma sociedade verdadeiramente integral é muito mais ‘simples’ que a do liberalismo, em seu período de apogeu; com efeito, o caráter complexo das relações sociais, na fase atual, sobre o qual tanto discorre, atua frequentemente como uma simples cortina que tapa essa simplicidade essencial.” (ADORNO, Theodor e HORKHEIMER, Max. Ibidem. p. 230).

³ “Integração e diferenciação representam, para Spencer, as leis fundamentais do processo de socialização. O seu conceito de integração está, pois, essencialmente caracterizado através do aspecto quantitativo do processo de socialização”. (SPENCER, “Prinzipien der Soziologie”, apud ADORNO, Theodor e HORKHEIMER, Max. Ibidem. p. 230).

Para Durkheim, a relação entre tais tipos de solidariedade seria evolutiva. A coletividade nasce antes do sujeito que, gradativamente, desenvolve-se. As sociedades primitivas se estruturam num elevado grau de consciência coletiva, no fenômeno inicial de socialização, com a integração dos semelhantes (solidariedade mecânica).

À medida que surge a divisão social do trabalho, desenvolve-se o processo de diferenciação entre os indivíduos, inaugurando o estágio de diferenciação, em que a mútua dependência decorre da solidariedade orgânica. Os indivíduos se especializam em habilidades distintas e a sociedade configura um organismo que depende da realização plena das tarefas funcionais a que Adorno e Horkheimer viriam a se referir mais tarde, insculpidas em referência acima.

Da diferenciação decorre a perda de identidade entre os sujeitos (diferenciados), com desenvolvimento do individualismo e do egoísmo.

Para Durkheim (apud ARON, 2008, p. 473),

A diferenciação social, fenômeno característico das sociedades modernas, é a condição criadora da liberdade individual. Só numa sociedade em que a consciência coletiva perdeu uma parte de sua rigidez o indivíduo pode ter uma certa autonomia de julgamento e de ação. [...] Nessa sociedade individualista, o problema mais importante é manter o mínimo de consciência coletiva, à falta da qual a solidariedade orgânica provocaria a desintegração social.

A desintegração social seria, nesse prisma, a consequência fundamental da perda total da consciência coletiva. Para ele, a manutenção desse *mínimo* de consciência coletiva entre subgrupos de diferentes órgãos integrantes desse organismo – essa metáfora entre organismo social e organismo biológico é marca registrada do discurso da sociologia positivista de Durkheim – é necessária para a manutenção da paz social, ainda que cada um tenha seu *lugar* na sociedade pré-determinado, justificados os privilégios dos abastados, cujos alimentos seriam prioritários em relação aos pobres necessitados (LÖWY, 2009, p. 32).

É preciso aclarar, a partir da análise crítica da construção histórica do discurso sociológico, a partir de Michael Löwy, que a justificação da teoria positivista da sociologia e os conceitos de solidariedade social que Durkheim construiu buscavam, a partir de método pretensamente científico e objetivista, justificar a divisão social do

trabalho e, fundamentalmente, a desigualdade social, como leis naturais imutáveis⁴. Discursos éticos e políticos de índole contra-hegemônica ou revolucionários eram tidos por ele como preconceitos prejudiciais à cientificidade necessária ao debruçar teórico. Durkheim advogava, com sua pretensa neutralidade, pela manutenção metodológica do *status quo*, e o fazia intencionalmente, em contradição interna com o próprio discurso de neutralidade, em razão de sua adversidade – preconceito ou ao menos posicionamento político – diante do movimento sindical revolucionário da época:

Como Comte, Durkheim estava consciente do caráter profundamente contrarrevolucionário do seu método positivista e de seu naturalismo sociológico; ele o proclama com um fervor ingênuo no prefácio de Regras do método: “Nosso método não tem nada de revolucionário. Ele é até, em um sentido, essencialmente conservador, já que considera os fatos sociais como coisas cuja natureza, por mais flexível que seja, não é, porém, modificável pela vontade (LÖWY, 2009, p. 34).

A intencionalidade do isolamento do discurso revolucionário em Durkheim, sob argumento de que é preconceito que não merece prestígio teórico, torna-se nítida no reconhecimento que faz, em nota à segunda edição de *Da divisão do trabalho social*, ao crescente papel social da economia. Durkheim via na moralidade religiosa e na unidade militar importantes elementos de coesão social, que se encontravam ameaçados pela influência amoralidade do ambiente econômico⁵.

⁴ Pode-se resumir os caracteres deste método da maneira que segue: “Em primeiro lugar, é independente de qualquer filosofia. Pois a sociologia, aparecendo a partir de grandes doutrinas filosóficas, guardou o hábito de se apoiar nalgum sistema do qual, então, se torna solidária. É assim que sucessivamente foi positivista, evolucionista, espiritualista, quando, pelo contrário, devia contentar-se em ser unicamente sociologia. [...] Não tem que afirmar a liberdade, nem o determinismo. Tudo o que espera que se lhe conceda é que o princípio de causalidade seja aplicado aos fenômenos sociais.” (DURKHEIM, 1977, p. 123).

⁵ Mas o que proporciona, particularmente nos dias de hoje, excepcional gravidade a esse estado é o desenvolvimento, até então desconhecido, que as funções econômicas adquiriram nos últimos dois séculos, aproximadamente. Enquanto, outrora, desempenhavam apenas um papel secundário, hoje estão em primeiro plano. Estamos longe do tempo em que eram desdenhosamente abandonadas às classes inferiores. Diante delas, vemos as funções militares, administrativas, religiosas recuarem cada vez mais. Somente as funções científicas estão em condição de disputar-lhes o lugar – e, ainda assim, a ciência atualmente tem prestígio somente na medida em que pode servir à prática, isto é, em grande parte, às profissões econômicas. É por isso que se pôde dizer de nossas sociedades, não sem alguma razão, que elas são ou tendem a ser essencialmente industriais. Uma forma de atividade que tomou tal lugar na vida social não pode, evidentemente, permanecer tão desregulamentada, sem que disso resultem as mais profundas perturbações. É, em particular, uma fonte de desmoralização geral. Pois, precisamente porque as funções econômicas absorvem hoje o maior número de cidadãos, há uma

Contraditoriamente, não fez o mesmo reconhecimento em relação à influência desse ambiente na reorganização das classes sociais com a divisão social do trabalho. A *vontade de verdade*⁶ no discurso de Durkheim estava na justificação dessa divisão – e do estabelecimento das classes sociais – com a teoria da solidariedade social orgânica: “muito embora tenha reconhecido que a divisão do trabalho é uma fonte de solidariedade, A. Comte não parece ter percebido que essa solidariedade é *sui generis* e substitui pouco a pouco a que as similitudes sociais engendram.” (DURKHEIM, 2010, p. 380).

A teoria crítica – ora representada por Michel Foucault, Adorno e Horkheimer – se ocupou, no século XX, de desmembrar os tentáculos do positivismo científico nas ciências humanas. Adorno, inclusive, desconstruiu o discurso de Durkheim de forma analítica, cuja teoria social tachava hipostática, dados seus pressupostos positivistas e a postura permissiva diante das incongruências humanas da sociedade que se reorganizava:

Conforme o que está implícito nessa visão, o social, a sociedade, é enfeitado em uma espécie de ‘dado de segundo grau’, uma inclinação da Sociologia a corroborar o processo de reificação ou de autonomização a que a sociedade se subordina por leis imanentes, e a tomar essa reificação, sempre dotada de uma aparência de sociedade, como algo absoluto, em vez

multidão de indivíduos cuja vida transcorre quase toda no meio industrial e comercial; a decorrência disso é que, como tal meio é pouco marcado pela moralidade, a maior parte da sua existência transcorre fora de toda e qualquer ação moral. Ora, para que o sentimento do dever se fixe fortemente em nós, é preciso que as próprias circunstâncias em que vivemos o mantenham permanentemente desperto. Não somos, por natureza, propensos a nos incomodar e a nos coagir; portanto, se não formos convidados a cada instante a exercer sobre nós essa coerção sem a qual não há moral, como nos acostumaríamos a ela? Se, nas ocupações que preenchem quase todo nosso tempo, não seguirmos outra regra que a do nosso interesse próprio, como tomaríamos gosto pelo desinteresse, pela renúncia em si, pelo sacrifício? Assim, a ausência de qualquer disciplina econômica não pode deixar de estender seus efeitos além do próprio mundo econômico e acarretar uma diminuição da moralidade pública (DURKHEIM, 2010).

⁶ “Ora, essa vontade de verdade, como os outros sistemas de exclusão, apoia-se sobre um suporte institucional: é ao mesmo tempo reforçada e reconduzida por todo um compacto conjunto de práticas como a pedagogia, é claro, como o sistema dos livros, da edição, das bibliotecas, como as sociedades de sábios outrora, os laboratórios hoje. Mas ela é também reconduzida, mais profundamente sem dúvida, pelo modo como o saber é aplicado em uma sociedade, como é valorizado, distribuído, repartido e de certo modo atribuído. Recordemos aqui, apenas a título simbólico, o velho princípio grego: que a aritmética pode bem ser o assunto das cidades democráticas, pois ela ensina as relações de igualdade, mas somente a geometria deve ser ensinada nas oligarquias, pois demonstra as proporções de desigualdade” (FOUCAULT, 2011, p. 17-18).

de refletir criticamente e dissolver a reificação. Aqui reside a tentação e a tendência, de que também Emile Durkheim não era isento, a reverenciar essa qualidade coisificada da sociedade até mesmo como algo positivo. Em outras palavras – e considero isso muito importante para a determinação do conceito de sociedade – omite-se nesta medida que o conceito de sociedade é propriamente um conceito que designa uma relação entre pessoas [...] (ADORNO, 2008, p. 117-8).

A interpenetração dos elementos políticos e econômicos oriundos das relações de poder opera efeitos diretos na formação e no desenvolvimento da sociedade, nessa medida, na estruturação do modo de vida *das pessoas*. O condicionamento do desenvolvimento social ao desenvolvimento econômico é, inclusive, tópico específico de análise nesta pesquisa, adiante⁷. Esse reconhecimento é o que abre alas para a tentativa de compreensão crítica da realidade social vivida na ordem capitalista que desde então se desenvolvia:

Surgem, é verdade, os questionamentos dos denominados socialistas utópicos, mas só com Marx a realidade vivida será de fato explicada, já incorporando a leitura liberal ao contexto da nova realidade e produzindo o pensamento necessário para superação dos novos problemas vivenciados pela sociedade. Nesta perspectiva histórica, Marx opôs-se às ideias liberais não porque fosse ideologicamente contrário a elas, mas porque não serviam mais para explicar a realidade do século XIX (SOUTO MAIOR, 2011, p. 125).

Esses condicionamentos da realidade social, geradores desses novos problemas, têm decorrência direta da intensidade e do sentido ético que se dá ao pacto de solidariedade social, cuja análise teórica ora se discute.

Por hora, situa-se o paradigma teórico da solidariedade social em Durkheim em diálogo com o conceito funcional de sociedade de Adorno e Horkheimer como ponto de partida.

Desde o século XIX, mesmo a sociologia positivista concluiu que o abandono de um conteúdo mínimo de consciência coletiva – a que aproximar-se-á o conceito de solidariedade social para fins propositivos no terceiro Capítulo desse trabalho – implicaria a desintegração social.

⁷ Ver tópico 1.5.

A leitura que se faz, um século depois, talvez conclua que este abandono já produza algum efeito, e que a sociedade já esteja de certa forma desintegrada, a verificar que o alto desenvolvimento tecnológico e econômico produziu mais desigualdade social e indignidade coletiva ou, em outros termos, não produziu uma sociedade mais feliz do que as que a sucederam⁸. Ao contrário, talvez tenha produzido uma sociedade mais neurótica⁹ do que as anteriores, dada a ansiedade¹⁰ e a angústia psicológicas próprias da vida de expectativas em relação ao enriquecimento que nunca vem (SENNETT, 2001); da violência real que se emprega contra seres humanos – tidos como coisas apropriáveis na lógica salarial pós-escravagista – para que o enriquecimento venha de fato; da agressividade (FREUD, [1927-1931], 1974) e destrutividade¹¹ humanas decorrentes da repressão dos instintos, dos desejos de consumo e mesmo do atendimento às necessidades de sobrevivência decorrentes da exclusão social.

Os elementos de algo análogo a essa desintegração foram identificados mais tarde por Adorno e Horkheimer – como dito, Durkheim escreveu o texto em debate no início do século XX, estatuidando a escola sociológica do positivismo comtiano; esses

⁸ “Os homens se orgulham de suas realizações e têm todo direito de se orgulharem. Contudo, parecem ter observado que o poder recentemente adquirido sobre o espaço e o tempo, a subjugação das forças da natureza, consecução de um anseio que remonta a milhares de anos, não aumentou a quantidade de satisfação prazerosa que poderiam esperar da vida e não os tornou mais felizes. Reconhecendo esse fato, devemos contentar-nos em concluir que o poder sobre a natureza não constitui a única pré-condição da felicidade humana, assim como não é o único objetivo do esforço cultural.” (FREUD, Sigmund. O mal-estar na civilização. In. *Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud. Volume XXI (1927-1931) O futuro de uma ilusão, O mal-estar na civilização e outros trabalhos*, 1974).

⁹ FREUD, Sigmund. O mal-estar na civilização. In. *Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud*. v. 21, (1927-1931), *O futuro de uma ilusão, O mal-estar na civilização e outros trabalhos*, 1974).

¹⁰ “Se os jovens de hoje se sentem perdidos, não é por falta de metas. Uma conversa com universitários ou alunos do ensino fundamental apontará uma surpreendente lista de ansiedades. Na verdade, a geração ascendente se preocupa muito com o mundo que herdará. E acompanha esses receios um sentimento geral de frustração: ‘nós’ sabemos que algo está errado e não gostamos de muitas coisas. Mas em que podemos acreditar? O que devemos fazer? (JUDT, 2011, p.17).

¹¹ Embora Fromm descarte, por não lhe parecer cientificamente comprovável, que a frustração é causa por si da agressividade, tendo em vista que ela é geradora, via de regra, dos processos pedagógicos, é de se admiti-la, no contexto deste trabalho, ao menos, como concausa castradora dos instintos e demonizadora do outro opressor pelo oprimido agressor, legitimadora da agressão (FROMM, 1987. p. 105 e ss).

presenciaram o colapso capitalista que levou ao processo bélico e ao rearranjo geopolítico até a década de 1960 – Adorno prescreve seu último curso completo coincidentemente em maio de 1968, mês de pressões estudantis e trabalhistas que ficariam registradas na história da França – (ADORNO, 2008), integrando a teoria crítica da primeira geração da Escola de Frankfurt, quando inferem que o degrau máximo do processo de socialização, que implique a máxima castração dos instintos (quase-animais), também pode levar à crise (destruição) da sociedade:

O simples fato de que a civilização não alcança hoje os homens de uma forma imediata, como seres da natureza, permitindo que se interponha uma situação em que tinham aprendido, há algum tempo, a conscientizar-se como algo mais do que simples espécimes biológicos, implica que a socialização total se lhes apresentará, forçosamente, cercada de sacrifícios que eles não estão dispostos a aceitar nem são capazes disso. Não menos importante foi a visão profunda de Freud, ao estabelecer que, como as renúncias cada vez maiores impostas aos instintos não encontram uma saída equivalente nas compensações pelas quais o ego as aceita, os instintos assim reprimidos não têm outro caminho senão o da rebelião. A socialização gera o potencial da sua própria destruição, não só na esfera objetiva mas também na subjetiva (ADORNO e HORKHEIMER, apud FORACCHI MARTINS, 2008, p. 232).

Dado o desequilíbrio social provocado pelo estado latente de opressão, o potencial da destruição recrudescer a crise do processo de socialização, tanto sob a perspectiva de diferenciar quanto de integrar, em suas expressões máximas.

A vulnerabilidade do sentido de consciência social no fenômeno da diferenciação, em que os menos favorecidos – considerando a necessária influência das disparidades sociais decorrentes do caminho normal da lógica de acumulação do capital pelas minorias – dão mais do que recebem, para traduzir a relação freudiana acima descrita por Adorno e Horkheimer, é a crise social, ou seja, *o avesso da solidariedade social*, cujos pressupostos éticos se construíram ao longo do Século XX e tiveram como referente fático as mazelas sociais causadas pela economia industrial na virada do Século XIX para o século XX.

1.2 DA ÉTICA DA SOLIDARIEDADE LIBERAL À ÉTICA DA SOLIDARIEDADE SOCIAL

O momento histórico em que se pode apontar a formação de uma *solidariedade liberal*, firmada sobre o *ethos* do individualismo ontológico, tem como marco fundamental o final da Idade Média, período de transição entre os modelos feudal e capitalista de produção econômica, com o estabelecimento do poder econômico pela burguesia europeia ocidental e a produção teórica do ideário liberalista (RUZIK, 2004, p. 65-78) que justificou a tomada, por ela, do poder político naquele cenário, que culminou com o advento do Estado Moderno.

A própria divisão de eras no historicismo positivista, que coloca um muro entre o *antes* e o *depois* da Revolução Francesa de 1789, é passível de crítica (SOUTO MAIOR, 2011, p. 67), por negligenciar o período anterior – iniciado já no século XIV. Tratou-se de um tempo de transição de um para outro modelo econômico, que envolvia o convívio entre a manter a racionalidade impregnada de sociedade estamental herdada do período feudal e o implemento de novas práticas comerciais que, se substituíram o arranjo condutor do processo econômico, não substituíram aquela microfísica de imposição e submissão nas relações de poder entre diferentes nichos da sociedade:

No entanto, em concreto, o poder continuou ligado a uma ideia de divindade. O Estado que se formou na época renascentista não foi o Estado burguês. Ainda que abarcando, de certo modo, os interesses das casas financeiras, em expansão, o Estado permaneceu monárquico, com marcantes características medievais, sobretudo no aspecto do predomínio da classe dos nobres feudais. Na organização política, não só continuou prevalecendo o absolutismo, como se aprofundou na lógica de um “despotismo esclarecido”, vez que já instrumentalizado da razão advinda das teorias humanistas. O poder dos reis é explicado pela razão e estes, então, o exercem convictos de que são dotados de poder, não respondendo perante Deus. Nada deve a Deus, pois é iluminado pela razão (SOUTO MAIOR, 2011, p. 80).

A legitimação do papel do Estado, nesse entremeio, dá-se pela lógica contratualista de renúncia à parte mínima da liberdade individual. Sob a perspectiva de Hobbes, a renúncia se dá em busca da garantia pelo Estado da segurança – e da sobrevivência, em último senso –; para Locke, ela se dá com fim de não se frustrar o

exercício de todas as demais liberdades, sobremaneira, a liberdade plena do exercício da propriedade (RUZIK, 2004, p. 67).

O exercício da propriedade pelo indivíduo é o centro da teoria política do Estado, e não o desenvolvimento da sociedade: Locke talha a propriedade como direito natural, versando inclusive sobre a propriedade sobre o trabalho alheio e sobre o produto do trabalho alheio. Somada a argumentação de Locke à afirmação de MacPherson de que tanto o dinheiro quanto a terra são bens de capital, “o espaço da propriedade individual é, pois, potencialmente ilimitado [...] Mais que isso, o limite do Estado é o limite da propriedade individual” (RUZIK, 2004, p. 72).

A teoria política da sociedade e do Estado, naquele momento histórico, não estava voltada para a sociedade, muito menos para seu desenvolvimento harmônico ou para a participação dos indivíduos. Estava estruturada, ao contrário, na esfera de tutela da propriedade individual (Idem, p. 70). Tanto é que, ao enquadrar – para fins metodológicos – a ética liberal desse período no conceito funcional de sociedade a partir da solidariedade social, enunciado por Adorno e Horkheimer, percebe-se que o que se esperava dos indivíduos no pacto social se resumia à renúncia – à abstenção – da invasão do patrimônio alheio e ao recolhimento de tributos para que *outrem*, o Estado, garanta a segurança e exerça a jurisdição.

A participação, por sua vez, traduzida no exercício da cidadania, corolário da democracia em construção, estava restrita aos ‘rostos definidos’ dos homens nacionais proprietários, cuja liberdade era o foco dessa racionalidade – a justificação do Estado e da tributação foi calcada em função dessa liberdade, que seria limitada nos estritos termos da lei – porque o que se estruturou sobre o significante de solidariedade social na racionalidade individualista, nesse ponto de vista se mostra inadequado para o significado reafirmado até hoje, merecendo a readequação para um significante honesto de *solidariedade liberal*.

Dado o exposto, os indivíduos proprietários cunharam um modelo de Estado, na prática, aristocrático, dada a inexistência de oportunidade de participação para os atores socialmente excluídos (Ibidem, p. 69).

A percepção da precariedade do modelo de sociedade aristocrático se deu com a imposição material do reconhecimento mínimo – que não aconteceu na construção

teórica do Estado Moderno – da *existência* desses socialmente excluídos – e não a preocupação com o nível de dignidade social ou o senso de solidariedade imerso numa consciência coletiva de propósitos coletivistas –, as necessidades de promoção do *controle* social com fim de manutenção da ordem – a ordem econômica capitalista¹². Na formação da sociedade impositiva dos valores hegemônicos, eles se criaram como outros, exteriores, mesmo em seus próprios territórios, na perspectiva das colônias:

Porque a experiência inicial da filosofia da Libertação consiste em descobrir o “fato” opressivo da dominação, em que sujeitos se constituem “senhores” de outros sujeitos, no plano mundial (desde o início da expansão europeia em 1492; fato constitutivo que deu origem à “Modernidade”), Centro-Periferia; no plano nacional (elites-massas, burguesia nacional-classe operária e povo); no plano erótico (homem-mulher); no plano pedagógico (cultura imperial, elitista, versus cultura periférica, popular etc.); no plano religioso (o fetichismo em todos os níveis) etc. Esta “experiência” inicial vivenciada por todo latino-americano, até mesmo nas aulas universitárias europeias de filosofia – se expressaria melhor dentro da categoria “Autrui” (outra pessoa tratada como outro”, como *pauper* (*pobre*). O pobre, o dominado, o índio massacrado, o negro escravo, o asiático das guerras do ópio, o judeu nos campos de concentração, a mulher objeto sexual, a criança sujeita a manipulações ideológicas (também a juventude, a cultura popular e o mercado subjugados pela publicidade) não conseguirão tomar como ponto de partida, pura e simplesmente, a “estima de si mesmo” (DUSSEL, 1995, p. 18-9).

Isso de certa e relativa forma promoveu a inclusão social das classes trabalhadoras, mas serviu-lhes como uma cilada prevista na justificação teórica da solidariedade social (aqui em significante próprio de solidariedade social na perspectiva sociológica, distinta daquela da teoria do Estado que adotou o significante impróprio, substituível por solidariedade liberal em sua compreensão material) quase jusnaturalista de Durkheim (2010): uns trabalham porque têm de trabalhar e outros gozam porque podem gozar, assim como o intestino tem de encaminhar excrementos e a língua tem que saborear o alimento, cada órgão estaria com sua função

¹² “Em nossas sociedades, a ‘economia política’ da verdade tem cinco características historicamente importantes: a ‘verdade’ é centrada na forma do discurso científico e nas instituições que o produzem; está submetida a uma constante incitação econômica e política (necessidade de verdade tanto para a produção econômica quanto para o poder político); é objeto, de várias formas, de uma imensa difusão e de um imenso consumo (circula nos aparelhos de educação ou de informação, cuja extensão no corpo social é relativamente grande, não obstante algumas limitações rigorosas); é produzida e transmitida sob o controle, não exclusivo, mas dominante, de alguns grandes aparelhos políticos ou econômicos (universidade, exército, escritura, meios de comunicação); enfim, é objeto de debate político e de confronto social (as lutas ‘ideológicas’)” (FOUCAULT, 1979, p. 13).

predeterminada pelas leis naturais. Sob a perspectiva da participação, não houve melhor sorte, pois se construíram liberdades democráticas aparentemente fictícias:

Colhe-se, neste ponto, a contribuição de Pietro Barcelona para a melhor compreensão de como se dá o transcurso do individualismo proprietário – fundante do Estado Moderno – para o individualismo massificado da contemporaneidade – o que, por certo, traz repercussões para a conformação de uma nova espécie de configuração política que ora se constrói. [...] Pietro Barcelona aponta na sociedade contemporânea uma organização sistêmica, em que o indivíduo acaba por se transformar naquilo que denomina sujeito débil. [...] A organização sistêmica faz com que o sistema possua tal autonomia que o espaço da cidadania acaba por se reduzir à repetição de procedimentos que asseguram a auto-reprodução desse sistema. [...] Com efeito, Niklas Luhmann já afirma que o processo de institucionalização, por meio do qual se reduzem expectativas normativas, é fruto de um consenso presumido: todos presumem que todos presumem que todos concordam. O real espaço de ação dos cidadãos no interior do sistema se reduz às meras engrenagens da estrutura sistêmica (RUZIK, 2004, p. 74).

Essa precariedade do modelo de sociedade aristocrático, por não reconhecer a universalidade da sociedade e a necessidade de promoção da dignidade dos excluídos para que se mantenha a dignidade dos incluídos – é o trabalho do pobre que reproduz o capital do rico (DUSSEL, 1995) –, demonstra a precariedade da estrutura de solidariedade social esculpida naquele momento histórico.

Antes mesmo de se afirmar, esse modelo já se apresentava em crise. Raymond Aron aponta que os sociólogos da passagem do século XIX para o século XX (Émile Durkheim, Vilfredo Pareto e Max Weber) percebiam que a sociedade europeia, apesar de passar por um período de paz relativa, não vivia em águas calmas.

Poder-se-ia acreditar que por isso estes três autores tivessem uma visão otimista da história de que participavam. No entanto, não foi assim. Todos os três, embora de maneira diversa, tinham o sentimento de que a sociedade europeia estava em crise. Um sentimento que não é original; poucas gerações não passaram pela impressão de viver uma ‘crise’, ou até mesmo de testemunhas uma virada no curso da história. A partir do século XVI, teríamos dificuldade em encontrar uma geração que tenha vivido num período estável (ARON, 2008, p. 446).

Lembre-se, a propósito, que ele nunca esteve *firme*, observados que foram necessários ajustes estruturais à teoria liberal do Estado, empreendidos por advento do Estado Social, no início do século XX, após o conturbado desenvolvimento da economia industrial no século XIX e o entremeio das grandes guerras. Ainda que

compensatórios e insuficientes, esses ajustes, somados ao patriotismo – que impulsionou os proletários às grandes guerras e os desmotivou da união internacional contra a opressão capitalista –, de certa forma abrandaram a instabilidade social, mas não necessariamente suas causas, e buscaram dar fôlego às economias, a exemplo da reestruturação da Alemanha e da França com proveito da economia norte-americana¹³.

1.3 A CONSTRUÇÃO ÉTICA DA SOLIDARIEDADE SOCIAL

A solidariedade social é o motivo de perpetuação da integração entre os sujeitos de uma sociedade. Se a integração é produto de interferências históricas de condicionamento das relações materiais, por exemplo, que fizeram populações indígenas, africanas e europeias serem trazidas para o mesmo território e coagidas ao convívio social, a solidariedade social possível é o motivo fundamental para que elas se tolerem, integrem e continuem ocupando o mesmo território: o motivo não moveu os primeiros, que lutaram e foram dizimados ou se calaram e morreram na angústia, mas de geração em geração, por necessidade de promoção da vida em comum ou, mais tarde, por dever de obediência ao direito, é para que a unidade da sociedade sobre-exista que os sujeitos, em maior ou menor grau, são necessariamente solidários à sociedade.

Como sustentam, em essência, as teorias do contrato social:

No mundo moderno foi Hobbes o mais destacado expositor da ideia do pacto social. Mas, como já vimos no Capítulo anterior, partia Hobbes do pressuposto de que o homem, em estado de natureza, era de uma ferocidade instintiva impeditiva da convivência pacífica. Vivia em estado de luta permanente. O homem é o lobo do homem – foi sua máxima. Consequentemente, os homens realizaram o pacto voluntário constitutivo do Estado, delegando cada um, ao governo organizado, a totalidade dos seus direitos naturais de liberdade e autodeterminação. Convencionaram todos a sua submissão física e espiritual ao poder diretivo, em benefício da paz social e da segurança de todos. Daí a sujeição total do homem ao Estado e ao absolutismo necessário do poder soberano (MALUF, 2011, p. 87).

¹³ “E, diante da guerra, um patriotismo, de certo modo até inesperado, conduz a social-democracia a uma definitiva política de união nacional (Burgfrieden). Os operários que, historicamente, pronunciavam uma união internacional para fazer face aos movimentos globais do capitalismo, tomados pela onda patriota são envolvidos em uma luta que destrói sua consciência. Como dito, ironicamente, por Rosa Luxemburgo, citada por Isabel Loureiro: ‘Proletários de todos os países, unidos na paz, e degolai-vos na guerra’” (SOUTO MAIOR, 2011, p. 289).

Após a queda do antigo regime e afirmação do Estado Moderno, incute-se o sentido da democracia, como governo da maioria, do povo (GODOY, 2012, p. 37):

Dessa forma, não somente se altera a ideia de soberania, que passa a ser popular, mas também a partir daí caberá ao povo a tarefa de autolegislar e, então, fundar a ordem normativa que regerá a sociedade, qual seja, a Constituição. Vale dizer, se o povo se autoimpõe certas regras é porque deseja que essas regras sejam respeitadas, daí a necessidade de se respeitar a Constituição, estabelecida como norma ordenadora da sociedade, pois é a primeira ordem que se autoimpõe como manifestação da soberania popular e do poder constituinte, vinculando, assim, a ambos. (GODOY, 2012, p. 37-38)

No contexto da República democrática de um país com uma identidade cultural bem definida – ainda que definida na pluralidade – a solidariedade social se confunde com o sentido de pertencimento em função dessa identidade cultural, da própria coação física de convívio territorial e na burocracia representada pelo Estado (LIMA, 2002, p. 84), com fim de preservação das raízes históricas, ou pode se confundir com o propósito comum desse povo no desenvolvimento de um futuro que tenha como ideal de justiça social, como propôs Rawls:

Meu objetivo não é apresentar uma concepção de justiça que generalize e eleve a um nível mais alto de abstração a conhecida teoria do contrato social conforme encontrada em, digamos, Locke, Rousseau e Kant. Para isso, não devemos achar que o contrato original tem a finalidade de inaugurar determinada sociedade ou de estabelecer uma forma específica de governo. Pelo contrário, a ideia norteadora é que os princípios de justiça para a estrutura básica da sociedade constituem o objeto do acordo original. São eles os princípios que pessoas livres e racionais, interessadas em promover seus próprios interesses, aceitariam em uma situação inicial de igualdade como definidores das condições fundamentais de sua associação. Esses princípios devem reger todos os acordos subsequentes; especificam os tipos de cooperação social que se podem realizar e as formas de governo que se podem instituir (RAWLS, 2008, p. 13-14).

A construção de uma República propriamente dita pressupõe um pacto substancialmente democrático de convivência social, que tenha aptidão para produzir efeitos, com a emancipação do povo para a promoção da livre realização existencial da personalidade individual e a efetiva oportunidade de integração social nos assuntos coletivos da cidade. A avaliação do sucesso das experiências republicanas depende, a partir desse pressuposto, mais do grau de emancipação do povo do que da difusão

discursiva dos valores republicanos; mais da participação ativa e crítica de seu povo do que da convalidação de formalidades pretensamente democratizantes¹⁴.

A Constituição da República brasileira, de 1988, representa valoroso documento de afirmação de aspirações populares em busca da garantia pública de conteúdo mínimo de dignidade que provenha, para todos – para o povo – a oportunidade de liberdade para jogar o jogo da vida e construir as possibilidades de iniciativa e trabalho na concorrência capitalista.

De fato, a Carta Magna com elevação dos direitos trabalhistas (das maiorias) a direitos fundamentais, é fruto de um pacto social construído ao longo de toda a evolução histórica do capitalismo, fruto discursivo cristalizado a partir de relações subjacentes de tensão entre a lógica de reprodução das éticas políticas coronelistas, econômicas oligopolistas e sociais de dominação que edificaram a formação da sociedade brasileira e o anseio da libertação de um povo que teve por mote fundamental a ruptura, ainda que parcial e preponderantemente discursiva, com tal lógica. Não fossem todas as concessões feitas pelos trabalhadores e a inequívoca força do poder econômico daqueles estamentos, que não foram depostos, mas apenas forçados coercitivamente a atender a uma *parcela* das exigências, consistindo numa vitória parcial que possivelmente tenha retardado em décadas uma transformação estrutural que de fato emancipasse o povo da divisão social do trabalho quase-naturalista de alienação entre trabalho e produto, reificação dos ‘recursos’ humanos e sujeição altera dos trabalhadores às ‘bandeiras’ corporativas:

¹⁴ “A ideia fundamental de democracia é a seguinte: determinação normativa do tipo de convívio de um povo pelo mesmo povo. Já que não se pode ter o autogoverno, na prática quase inexecutável, pretende-se ter ao menos a autocodificação das prescrições vigentes com base na livre competição entre opiniões e interesses, com alternativas manuseáveis e possibilidades eficazes de sancionamento político. Todas as formas da decisão representativa arredam [*nehmen aus dem Spiel*] a imediatidade [*Unmittelbarkeit*]. Não há nenhuma razão democrática para despedir-se simultaneamente de um possível conceito mais abrangente do povo: do da totalidade dos atingidos pelas normas: *one man one vote*. Tudo o que se afasta disso necessita de especial fundamentação em um Estado que se justifica como ‘demo’cracia. [...] Essa imagem do ‘povo’ não se derivou da imagem da soberania. Para os teóricos, o ‘povo’ se apresenta como algo diferenciado, de acordo com as suas respectivas estratégias. Mas o ‘povo’ das constituições atuais não deveria ser diferenciado segundo a disponibilidade de *procedimentos* representativos ou plebiscitários ou de qualquer outra natureza mista; ele não deveria ser diferenciado segundo o tipo de direito eleitoral, que um sistema adota, ou conforme a sua opção pela instalação de um sistema parlamentarista ou presidencialista de governo, e assim por diante. O povo dos textos constitucionais modernos, que procuram justificar-se por meio dele, é o ponto de partida, o *grau zero* [*degré zero*] da legitimação pós-monárquica. O povo ativo não pode sustentar sozinho um sistema tão repleto de pressupostos” (MÜLLER, 2003, p. 58).

Um estudo filosófico sobre o trabalho, tendo como pano de fundo o Direito do Trabalho, impõe-nos grande desafio de compreensão, advindo da constatação de um paradoxo: como veremos, o trabalho ao qual se volta o Direito do Trabalho é o trabalho que se presta a outrem mediante remuneração, ou seja, o trabalho alienado, que traduz, por si, uma realidade complexa, na qual a ‘liberdade’ de vender a força de trabalho elimina a liberdade do trabalhador, assim como não é fator de verdadeira liberdade para quem ostenta o poder de explorar o trabalho alheio (SOUTO MAIOR, 2011, p. 38-39).

Naquele momento político, a Assembleia Constituinte pareceu acenar como uma possibilidade de *libertação* das camadas populares do destino certo de submissão à apropriação oligárquica do Estado pelas instituições em si em atendimento às exigências dos interesses econômicos totalizantes. O que induz à reflexão, na tentativa de compreensão do contexto.

As possibilidades dessa libertação popular, reduzidas a termo como fins republicanos na Constituição da República, têm rica base semântica de articulação simbólica no trabalho do constitucionalista alemão Friedrich Müller, já referido, que dá conteúdo material e teleológico as bases da democracia, sem o qual ela não se realiza. Müller estratifica todas as faces-símbolos do significante *povo*, como fonte legítima de todo o direito e destinatário último de toda a atividade estatal (MÜLLER, 2003), levando em conta, inclusive o processo de exclusão social decorrente da instituição cínica de processos meramente formais de legitimação de uma democracia aparente e excludente (Idem, p. 91 e ss.).

Condizem com a evolução do ideário do Direito Social no cenário europeu do início do Século XX, que será explorado adiante em suas bases filosóficas e políticas, a partir dos pensamentos de Georges Gurvitch, na primeira metade do século XX, e de François Ewald, na segunda metade. Remontam, ainda, na perspectiva latino-americana, ao anseio de independência estrutural das antigas colônias europeias quanto às persistentes imposições culturais e econômicas que excluem as maiorias, traduzidas na ética crítico-material esboçada por Enrique Dussel, que será analisada adiante, em diálogo com as bases metafísicas da alteridade em Emmanuel Lévinas e na transpessoalidade do já mencionado Gurvitch.

A base filosófica do reconhecimento das demandas populares pode remontar no ideal de fraternidade afirmado na Revolução Francesa do fim do século XVIII,

desde que transportado no tempo, no espaço e na *matéria* para o cenário de formação da Constituição da República brasileira às portas do século XX. Mais do que o transporte no tempo e no espaço, a interpretação evolutiva da fraternidade exige o transporte *material*: com *quem* estamos lidando aqui e hoje?

Para induzir a interpretação do ideal de fraternidade, uma das metáforas ilustrativas do conteúdo da solidariedade social, torna-se fundamental compreender a formação da democracia popular e dos anseios emancipatórios, no contexto de formação do Direito Social.

1.3.1 Afirmação ética crítico-material da solidariedade social democrática como possibilidade de libertação

O teórico argentino Enrique Dussel edificou uma obra profunda e complexa sobre a história das colonizações pelo sistema-mundo eurocêntrico de filosofia helenoromânica, por meio da qual expôs as relações materiais de imposição e sujeição de todos os povos *estranhos*, em todos os continentes. Conforme aborda Donato de Oliveira¹⁵ relativamente a Dussel, trata-se de todo um método filosófico, a que em suas publicações chamou ética ou método da libertação:

O ponto de partida do método da Filosofia da Libertação é o reconhecimento de um *ethos* cultural latino-americano (sistema de valores pensados e vividos; os valores presentes nos estilos de vida práticos, nos hábitos e nos costumes), constituído por heranças históricas de elementos das culturas indígenas e negras, das culturas árabes-semitas, das culturas indo-europeias e da cultura da cristandade colonial europeia. Trata-se, para Dussel, de filosofar sobre esse *ethos*, nele e a partir dele; de ser capaz de, vivendo e conhecendo-o, re-conhecê-lo e nele reconhecer a possibilidade de formulação de um discurso original e crítico. [...] Ao partir do *ethos* dos povos latino-americanos, o filósofo compreende seus valores e se compromete com o resgate da vida dos oprimidos. A essa filosofia importa compreender os valores, a religiosidade e a sabedoria dos distintos povos que tecem nosso ser afro-latino-americano. Apesar de os europeus terem dominado esse continente pelas armas e pela imposição dos elementos da sua cultura, trata-se de reconhecer que esse domínio não se realizou de modo absoluto. Na América Latina, apesar do predomínio generalizado de

¹⁵ OLIVEIRA, Donato de. *O método da filosofia da libertação, segundo Enrique Dussel*. Disponível em: http://www.revistahumanas.org/donato_artigo1.pdf último acesso em 20/01/2014.

elementos da cultura europeia, sobrevive, conservado e sempre reinventado o *ethos* das maiorias oprimidas que marcaram a nossa cor e nosso sangue.

A reinvenção de um *ethos* passa pela afirmação do princípio-libertação, o reconhecimento da produção do outro, da *exterioridade*, pela *totalidade* colonizante, bem como pelas metafísicas da alteridade e da transpessoalidade bastantes para explicar a insubsistência o *ethos* da filosofia do sujeito que deva conhecer-se a si mesmo. Essa mudança de *ethos* impõe a superação do individualismo metodológico, com abandono da exclusividade do paradigma do conhecimento na construção filosófica e aproximação do paradigma do *encontro*, que tem aptidão de explicar não apenas o fenômeno socializante, mas também a própria noção de identidade, na medida em que o homem só é humano diante de outro ser humano: é só no sentimento de grupo que me constituo como sujeito (LÉVINAS, 2004, p. 21 e ss).

1.3.1.1 Afirmação do princípio-libertação

Como método para a libertação possível, Dussel enunciou o que chamou *princípio-libertação*:

O ‘princípio-libertação’ formula explicitamente o momento deontológico ou o dever ético-crítico da transformação como possibilidade da reprodução da vida da vítima e como desenvolvimento factível da vida humana em geral. Este princípio subsume todos os princípios anteriores. Trata-se do dever de intervir criativamente no progresso qualitativo da história. O princípio obriga a cumprir por dever o critério já definido; quer dizer, é obrigatório para todo ser humano – embora frequentemente só assumam esta responsabilidade os participantes da comunidade crítica das vítimas – transformar por desconstrução negativa e nova construção positiva as normas, ações, microestruturas, instituições ou sistemas de eticidade, que produzem a negatividade da vítima (DUSSEL, 2002, p. 564).

Dussel apresenta com riqueza a colonização cultural, que ainda faz efeito, do sistema inter-regional do Egito africano-bantu, das culturas sem relação direta com o sistema, dos semitas do Oriente Médio, dos mundos indo-europeu, bizantino, sistema-mundo europeu com todos seus desdobramentos. A validade dos pressupostos materiais da lógica da Totalidade, a que denomina o *óbvio* ontológico do pensamento dos opressores (*as coisas são assim e pronto, compreenda e faça!*), faz do princípio-libertador o primeiro fundamento da solidariedade social democrática a que se reporta neste trabalho. Isso porque a formação histórica da sociedade brasileira não diverge da

latino-americana, e das demais colônias dos outros continentes, e demonstra a prática da separação material-concreta entre a vontade do *povo propriamente dito* – conceito ricamente explorado por Friedrich Müller, já mencionado – e o exercício do poder.

Tal separação se reproduziu ciclicamente desde as invasões hispânico-portuguesas, com pré-determinação das relações econômicas e posterior formação dos arranjos sociais que as atenderiam, com formação dos latifúndios empregadores de mão-de-obra escrava na monocultura agrícola, em que as colônias eram dignas somente nas perspectivas dos senhores de terras; passando pela separação entre as Colônia e a Metrópole, no caso brasileiro, que não extinguiu a autoridade da família real, mas apenas resultou do estrangulamento de Portugal no império napoleônico; mais tarde, investindo-se a oligarquia militar no governo declarado republicano, sob a absoluta incompreensão do já miscigenado povo trabalhador; até o lampejo de efetiva participação popular na Constituinte de 1988, que ecoou, com rica memória recente, o desejo do povo brasileiro de ruptura com a impossibilidade de exercício concreto do poder – que deveria partir de si e a si se destinar – e de serventia do Estado como instrumento de reorganização daqueles estamentos¹⁶.

¹⁶ “Nenhuma classe da sociedade civil consegue desempenhar este papel a não ser que possa despertar, em si e nas massas, um momento de entusiasmo em que se associe e misture com a sociedade em liberdade, se identifique com ela e seja sentida e reconhecida como a *representante geral* da referida sociedade. Os seus objetivos e interesses devem verdadeiramente ser os objetivos e os interesses da própria sociedade, da qual se torna de fato a cabeça e o coração social. Só em nome dos interesses gerais da sociedade é que uma classe particular pode reivindicar a supremacia geral. Para alcançar esta posição libertadora e a direção política de todas as esferas da sociedade, não bastam a energia e a consciência revolucionárias. Para que a *revolução de um povo* e a *emancipação de uma classe particular* da sociedade civil coincidam, para que um estamento seja reconhecido como o estamento de toda a sociedade, um estamento particular tem de ser o estamento do repúdio geral, a incorporação dos limites gerais. Uma esfera social particular terá de olhar-se como o *crime notório* de toda a sociedade, a fim de que a libertação de semelhante esfera surja como uma autolibertação geral. Para que *um* estamento seja estamento libertador *par excellence*, é necessário que outro estamento se revele abertamente como o estamento da opressão. O significado negativo e universal da nobreza e do clero francês produziu o significado positivo e geral da *burguesia*, a classe que junto deles se encontrava e a que a eles se opôs” (MARK, Karl. *Crítica da filosofia do direito de Hegel – Introdução*. 1843. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 150). Este trabalho não usa as bases marxianas diretas que explicam o mesmo processo de exclusão sob a perspectiva da economia política, embora reconheça que elas demonstram de forma evidente que as aspirações últimas de toda a dominação cultural de que trata Dussel tinham motivos de enriquecimento das metrópoles colonizantes entre os séculos XV e XIX, que apenas mudaram as aparências mas mantêm a índole e a submissão cultural nos dias de hoje.

1.3.1.2 A produção do *outro*/Exterioridade pela Totalidade colonizante

A adoção da perspectiva dos excluídos torna evidente que aquele arranjo de dominação orgânico se mostra insustentável – para Enrique Dussel o caminho das relações totalizantes é para o homicídio ou para o suicídio coletivo (DUSSEL, 2002, p. 574) – sem a construção de um pensamento que permita a adoção por eles de um novo papel social.

Realmente, é a partir da norma, ato, microestrutura, instituição ou sistema de eticidade ‘bons’ que, por contradição radical (Mas Horkheimer chamará isto de negatividade material), são causadas, não intencionalmente e de maneira inevitável, vítimas, efeitos do dito ‘bem’. Doravante, o ponto de partida será a vítima [...]. O ‘bem’ inverte-se, torna-se dialeticamente o ‘mal’ por causar a dita vítima. Começa assim a análise dos grandes críticos, dos ‘filósofos malditos’ [...]. A crítica ético-material inaugura o pensamento negativo (DUSSEL, 2002, p. 13).

A análise de toda a história das sociedades, nesse movimento, deveria ser revisitada, como pontua Walter Benjamin, lembrado por Michel Lowy, tendo em vista a tradição historiográfica de se contar a história dos opressores, imortalizados como heróis de guerras ou líderes estadistas. Suas conquistas implicaram, via de regra, a opressão dos povos, cuja história fica relegada, oculta, esquecida:

Contra esta visão da história do ponto de vista dos vencedores – dos senhores de escravos, imperadores, aristocratas, conquistadores, latifundiários, banqueiros, ditadores e industriais – Benjamin propõe uma concepção oposta: a tradição dos oprimidos, o ponto de vista dos vencidos. Não os vencidos desta ou daquela guerra ou enfrentamento, mas aqueles que são as vítimas permanentes dos sistemas de dominação: escravos, servos, camponeses, o proletariado, as minorias étnicas ou religiosas, as mulheres. Dos oprimidos que resistiram, que lutaram, que se levantaram contra a dominação, uma e outra vez, que terminaram por ser derrotados pelos senhores (LOWY, 2009, p. 259).

A produção da exclusão social e da desordem capitalista demonstra o desequilíbrio, a tendência ao suicídio coletivo a que Dussel se referiu. Para Dussel, essa tendência pode ser neutralizada mediante a substituição dos paradigmas filosóficos e o estabelecimento de uma prática de libertação a partir dos paradigmas que apresenta.

1.3.1.3 Por um novo *ethos*

A crítica ético-material propõe a substituição do *ethos* da ontologia grega, imposta pela tradição europeia, por um *ethos* a construir, que leve em conta na construção da verdade não um critério lógico-objetivo (como nos impõe a tradição), mas um critério de justiça a partir da exterioridade do outro, da vítima, dos excluídos:

Abordemos agora a questão de fundo: Que tipo de racionalidade nos abre para o outro como outro mesmo em sua exterioridade, antes, em e depois dos momentos funcionais dos sistemas [...]? Demos o nome de ‘razão prático-material’ àquela que discerne as mediações para a reprodução e o desenvolvimento da vida do sujeito humano; mais ainda denominamos ‘razão ético-originária’ um tipo específico de racionalidade [...] que ‘reconhece’ a vítima excluída, o outro como outro que o sistema de comunicação vigente. A razão ético-originária é o momento primeiro racional, anterior a todo outro exercício da razão, pela qual temos a experiência (empírica e material e, por isso, é a própria ‘razão prático-material’) como responsabilidade pelo outro antes de toda decisão, compromisso, expressão linguística ou comunicação a respeito (DUSSEL, 2002, p. 423).

Pontue-se desde logo que, como *exterioridade*, Dussel define aquilo que está à margem da *totalidade*, aquilo que não é levado em conta na metodologia europeia do historicismo positivista para delimitação da formação da sociedade, construção do direito e estabelecimento das relações totalizantes/totalitárias de poder¹⁷. O autor menciona, entre outros, o exemplo das populações latino-americanas, que historicamente são oprimidas – dizimadas e depois submetidas – pela racionalidade

¹⁷ “À totalidade de mundo vigente contrapõe-se a exterioridade daquilo que ela nega e a nega, que aparece como sua negação, seu lado ruim. Entretanto, essa exterioridade deve ser vista como positividade ético-antropológica exterior e **dis-tinta** (de cor diferente). Na exterioridade é que o ser alterativo do ser humano guarda sua distinção, sua recusa à mesmidade do sistema vigente. É nela que a novidade está sendo gestada e a solidariedade originária está sendo vivida. Para apreender esse aspecto da vida humana é preciso um olhar **analético** (ver além do dado, do feito, do fato, da totalidade). [...] A razão sistêmica não dá conta de explicar a realidade radical do outro em sua revelação ao mesmo tempo como semelhante e dis-tinto. Enquanto exterioridade livre da ontologia totalizadora e autoritária do sistema vigente, o outro é a voz que denuncia a opressão sofrida e reivindica a justiça. Os excluídos do sistema capitalista vigente o denunciam como desumano, etocida e genocida. O discurso só assume criticidade radical ao demonstrar a contraposição da exterioridade à totalidade vigente. Ao denunciar a ruptura da proximidade humana originária. Há diversos níveis de exterioridade que cumpre investigar: a erótica, a pedagógica, a econômica, a política etc.” (OLIVEIRA, Donato de. *O método da filosofia da libertação, segundo Enrique Dussel*. Disponível em http://www.revistahumanas.org/donato_artigo1.pdf. Último acesso em 20/01/2014).

européia, desde o colonialismo e até a atual fase do capital especulativo (DUSSEL, 2002, p. 60).

Dussel lembra, ainda – na fundamentação dessa substituição do *ethos* da ontologia filosófica de herança helenocêntrica para o *ethos* construindo, que leve em conta a realidade material e concreta da construção histórica que levou ao aqui e ao agora – a crítica de Lévinas (DUSSEL, 2002, p. 363) ao predomínio dessa racionalidade filosófica da ontologia, que integra a base filosófica, entre outros¹⁸, da construção do princípio-libertação.

Busca-se a essência da crítica na própria obra de Lévinas:

O homem é o único ser que não posso encontrar sem lhe exprimir este encontro mesmo. O encontro distingue-se do conhecimento [cerne do imperativo socrático estruturante da filosofia clássica] precisamente por isso. Há em toda atitude referente ao humano uma saudação – até quando há recusa de saudar. A percepção não se projeta aqui em direção ao horizonte – campo de minha liberdade, de meu poder, de minha propriedade – para apreender, sobre este fundo familiar, o indivíduo. Ela se reporta ao indivíduo puro, ao ente como tal. E isto significa precisamente, se quiser exprimi-lo em termos de ‘compreensão’, que minha incompreensão do ente como tal é já a expressão que lhe ofereço desta compreensão. [...] Esta impossibilidade de abordara outrem, sem lhe falar, significa que o pensamento aqui é inseparável da expressão. Mas a expressão não consiste em transvasar, de alguma forma, um pensamento relativo a outrem, no espírito de outrem. Isto é sabido, não desde Heidegger, mas desde Sócrates. A expressão tampouco consiste em articular a compreensão que desde já partilho com outrem. Ela consiste, antes de toda participação num conteúdo comum pela compreensão, em instituir a socialidade por uma relação irreduzível, por conseguinte, à compreensão. [...] A relação com outrem, portanto, não é ontologia. Este vínculo com outrem que não se reduz à representação de outrem, mas à sua invocação, e onde a invocação não é precedida de compreensão, chamo-a religião. A essência do discurso é oração. O que distingue o pensamento que visa a um objeto de um vínculo com uma pessoa é que neste se articula um vocativo: o que é nomeado é, ao mesmo tempo aquele que é chamado (LEVINÁS, 2004, p. 28-9).

Com a superação da ética do conhecimento ontológico pela a ética do encontro, é possível passar a ver o invisível do discurso clássico, hegemônico e totalizante. É possível passar a ver os outros excluídos, como, na ilustração de Dussel, os ameríndios, no caso, são exemplos de *outros* cuja ética e cultura a história

¹⁸ “(L. Marx, os da primeira Escola de Frankfurt: M. Horkeheimer, Th. Adorno, H. Marcuse, W. Benjamin; e também F. Nietzsche, S. Freud, E. Lévinas etc.). A crítica ético-material inaugura o pensamento negativo” (DUSSEL, 2002, p. 13).

negligencia e a modernidade europeia, que se reproduz filosoficamente na periferia, oprime:

O sistema-mundo moderno não pode superar esta contradição essencial. A ética da libertação reflete filosoficamente a partir deste horizonte planetário do sistema-mundo; a partir deste duplo limite que configura uma crise terminal de um processo civilizatório: a destruição ecológica da vida no planeta e a extinção da própria vida humana na miséria e na fome da maioria da humanidade. Diante destes dois fenômenos complicantes de magnitude planetária pareceria ingênuo e até ridículo, irresponsável e cúmplice, irrelevante e cínico o projeto de tantas escolas filosóficas (tanto no centro, mas ainda pior na periferia, na América Latina, África e Ásia) encerradas na ‘torre de marfim’ do academicismo estéril eurocêntrico (DUSSEL, 2002, p. 66).

O mesmo ocorre com os negros, talvez com mais ênfase no plano brasileiro do que no latino-americano descrito por Dussel, que passaram de escravizados a *inexistentes* na estatística oficial no período de urbanização e industrialização do início do século XX:

Cabe destacar também que, além da extensão limitada do mercado de trabalho assalariado, uma extrema diferenciação (quanto à origem nacional e étnica principalmente) entre os trabalhadores era uma barreira significativa à formação de uma identidade comum. Em São Paulo, cerca de 55% da população era composta por estrangeiros na década de 1890 e, entre a população ocupada, os estrangeiros chegavam a somar 68%, ou seja, a grande maioria dos trabalhadores paulistas era composta por imigrantes, a maior parte dos quais, italianos. Já no Rio de Janeiro, na virada do século, o percentual de estrangeiros na população girou em torno dos 25%, sendo portugueses mais da metade desses imigrantes. Ainda nessa cidade, cerca de 35% dos habitantes foram identificados como negros ou mestiços, em 1890. Quando confrontados com os dados relativos ao mercado de trabalho, esses números tornam-se marcas de uma discriminação. Enquanto mais da metade dos estrangeiros economicamente ativos estava ocupada no comércio, indústria ou artesanato - atividades de remuneração menos baixa - cerca de 65% dos de origem negra ocupavam-se em serviços domésticos ou não tinham profissão declarada, em 1890¹⁹.

A força da inércia desse senso comum individualista, que gera o esvaziamento do sentimento de grupo, da coesão moral fundadora de uma consciência coletiva com

¹⁹ MATTOS, Marcelo Badaró. *Trabalhadores e sindicatos no Brasil*. São Paulo: Expressão Popular, 2009, p. 39, com a gentil lembrança do colega Paulo de Carvalho Yamamoto, cointegrante do Grupo de Pesquisa Trabalho e Capital, cuja pesquisa ainda estava em construção na data da última revisão deste trabalho, e engloba a história da política sindical e partidária do movimento trabalhista no século XX.

propósitos coletivos, dá indícios de que o pacto de solidariedade social precisava ser revisitado em seu conteúdo e em seu sentido. Isso porque são identificáveis traços de consciência coletiva com propósitos individualistas, como o enriquecimento e o entretenimento competitivos, que implicam a reificação do outro – o assalariado que produz a riqueza e dela não goza ou mesmo o adversário derrotado que gera não apenas o prazer da vitória ao vitorioso, mas lhe dá o prazer do testemunho da derrota alheia. Para Tony Judt (2011, p. 15),

[...] há algo profundamente errado na maneira como vivemos hoje. Ao longo de trinta anos a busca por bens materiais visando o interesse pessoal foi considerada uma virtude: na verdade, esta própria busca constitui hoje o pouco que resta de nosso sentimento de grupo.

Essa consciência coletiva alienada, alicerçada na busca de todos e de cada um pelo seu *próprio* enriquecimento, busca que implica a reificação do outro, não pode substituir os motivos éticos necessários para a construção da coesão social. Isso porque são intrinsecamente destrutivos dessa coesão e dificultam, na medida da exclusão social das maiorias produzida por sua dinâmica, a sobreexistência do próprio sistema capitalista. Judt (2011, p. 97) lembra Keynes, em convergência com a previsão apocalíptica de Dussel reproduzida acima:

Se o governo é o problema e a sociedade não existe, então o papel do Estado se reduz novamente ao de facilitador. A função do político é determinar o melhor para o indivíduo, e depois fornecer as condições para ele alcançar seu objetivo com o mínimo de interferência. O contraste entre o consenso keynesiano não poderia ser mais evidente: o próprio Keynes adotara a concepção de que o capitalismo não sobreviveria se seu funcionamento se reduzisse ao mero fornecimento de meios para os ricos ficarem mais ricos.

Zygmunt Bauman enfrenta a incongruência da frustração das expectativas do desenvolvimento econômico pelo reconhecimento material da existência desses *eles* a que se refere em seu discurso (as *vítimas* no discurso de Marcuse, termo repetido por Dussel na passagem acima):

Superpopulação é uma ficção atuarial: um codinome para a aparição de um número de pessoas que, em vez de ajudarem a economia a funcionar com tranquilidade, tornam muito mais difícil a obtenção, para não falar da

elevação, dos índices pelos quais se mede e avalia o funcionamento adequado. A quantidade desses indivíduos parece crescer de maneira incontrolável, aumentando continuamente as despesas, mas não os ganhos. [...] Numa sociedade de consumidores, elas são os ‘consumidores falhos’ – pessoas carentes do dinheiro que lhes permitiria ampliar a capacidade do mercado consumidor, e que criam um novo tipo de demanda a que a indústria de consumo, orientada para o lucro, não pode responder nem ‘colonizar’ de maneira lucrativa. Os consumidores são os principais ativos da sociedade de consumo, enquanto os consumidores falhos são os seus passivos mais irritantes e custosos (BAUMAN, 2005, p. 52).

A crise representada pela tendência ao desequilíbrio social operada pela divisão do trabalho social no modelo econômico estabelecido, que se torna evidente sob as perspectivas dos trabalhadores reificados, é um fenômeno interpenetrado por contingentes externos: a moral individualista – representada juridicamente pela afirmação das liberdades individuais privadas e públicas, estas acompanhadas sempre que possível do discurso da irresponsabilidade pública (argumentos pelas desobrigações/desonerações administrativas, tributárias e penais) – e a política aristocrática (que concebe o Estado como facilitador e/ou não interventor de interesses individuais, nas palavras de Judt, acima), desde o mercantilismo naval até o neoliberalismo e o neodesenvolvimentismo contemporâneos.

Adotar a racionalidade da alteridade na perspectiva da libertação exige partir materialmente para o reconhecimento das subjetividades oprimidas no plano da exterioridade ontológica. É necessário para a vivência de sua experiência material, para as cicatrizes da opressão, que transcendem a caridade e a gentileza casuísticas.

Esse exercício tornaria visível, por exemplo – para a relativamente turva visão da sociologia clássica de Durkheim – que, apesar de o ‘cérebro’ manter seu alimento preferencial – de as coisas andarem bem para os incluídos –, se não se estancar a hemorragia em um dos membros, aquele também carecerá de sangue e nutrientes (parafrazeando a metáfora biológica de Durkheim). Adotá-la é que é esforço estranho ao senso comum, para o qual *eles*, os excluídos, as vítimas, os outros, são mero empecilho para o desenvolvimento, como com ironia descreve Zygmunt Bauman (2005, p. 47): “sempre haverá um número demasiado deles. ‘Eles’ são os sujeitos dos quais devia haver menos – ou melhor ainda, nenhum. E nunca há um número suficiente de nós. ‘Nós’ são as pessoas das quais devia haver mais”.

1.3.2 Interpretação evolutiva possível do conceito de fraternidade a partir da ética crítico-material e como fundamento da solidariedade social

A construção da dignidade humana necessária para o exercício da liberdade e da igualdade somente poderia se dar de forma diferente das antes tentadas; qual seja: mediante um recomeço, com o estabelecimento de um *pacto social* e a construção de uma sociedade solidária, que se integre de modo mais comprometido e interessado no bem comum, o que implica dar significado material ao significante *fraternidade*. De fato, as cicatrizes da história de globalização totalizante e excludente das maiorias dos contingentes sociais expõem a necessidade de mais possibilidades de escolha e condições de vida.

A fraternidade somente tem aptidão de se realizar, sob o contorno de um pacto social republicano e democrático, mediante o reconhecimento do irmão, do outro, seja próximo ou distante.

Na relação de *identidade*, sob a noção de pertencimento comum-solidário ainda que em frouxos os laços, ao reconhecer o *próximo* como semelhante, e o *distante* como semelhante – nas necessidades de dignidade privada e de participação política – ambos destinatário de dignidade e legitimidade política.

Na relação de alteridade, por sua vez, reconhecendo o *próximo* como diferente, e o *distante* como diferente – nas peculiaridades de suas subjetividades e nas relações intersubjetivas ou materiais em que estejam especialmente inseridos.

É a própria dinâmica complexa da identidade e alteridade na vida em relação que se refunde com o permear da fraternidade democrática inspirada na solidariedade social propriamente dita.

A fraternidade tem aptidão de realização no plano ético, nas faces da identidade e da alteridade: no aspecto da relação de identidade, constrói-se a solidariedade *interessada*, pois o próximo *está entre, está ali*, pois sente em si a dor e a necessidade do semelhante (LÉVINAS, 2004, p.21 e ss.).

Na relação de alteridade que compreenda a situação do *outro* como *outro* propriamente dito, sem o raciocínio imediato de ‘se colocar no lugar do outro’, próprio

do individualismo metodológico que ainda não permite o desligamento de si mesmo – esquece-te a ti mesmo:

Esta inversão humana do em-si e do para-si, do “cada um por si”, em um eu ético, em prioridade do para-outro, esta substituição ao para-se da obstinação ontológica de um eu doravante decerto único, mas único por sua eleição a uma responsabilidade pelo outro homem – irrecusável e inacessível – esta reviravolta radical produzir-se-ia no que chamo encontro do rosto de outrem. Por trás da postura que ele toma – ou que suporta – em seu aparecer, ele me chama e me ordena do fundo de sua nudez em defesa, de sua miséria, de sua mortalidade. É na relação pessoal, do eu ao outro, que o “acontecimento” ético, caridade e misericórdia, generosidade e obediência, conduz além ou eleva acima do ser (LÉVINAS, 2004, p. 269).

Tais relações estão intimamente ligadas, pois, as pessoas estão integradas em uma *única sociedade* – como disse Piauí, lembrado na epígrafe e na introdução deste trabalho –, apesar das similitudes e diferenças de todas as ordens: considerar o outro como *outro* tão diferente a ponto de desprovê-lo de subjetividade e reificá-lo à exterioridade é o que já se faz, e não resolve, apenas produz-se a totalidade esmagadora descrita acima nas palavras de Dussel.

A releitura da alteridade fundada na solidariedade social republicana, na compreensão de que somente a integração social permite a construção de uma sociedade sólida, parece ser a aspiração contemporânea do ideal democrático de fraternidade, ainda que ele tenha, nos idos da Revolução Francesa, sido afirmado por burgueses que queriam poder político para barrar o hedonismo da nobreza, tornando sólida e previsível a integração da cidade, do burgo.

A solidez do ideal primevo de fraternidade era, sob este ponto de vista, provinciano, local e seletivo, visando à tranquilidade dos proprietários franceses, como já mencionado. No caso brasileiro, por sua vez, a situação se deu em outro contexto. Buscou-se, sob a perspectiva dos trabalhadores – e com a resistência das elites econômicas –, romper não apenas com o poder *político* estabelecido, mas também com o poder *econômico*, estruturalmente com a declaração de direitos fundamentais sociais de cunho e efeito econômico-pecuniário, de entrega de dinheiro mesmo, com as garantias trabalhistas e previdenciárias.

A construção dessa *fraternidade popular* – que resulta no que hoje se entende por solidariedade social²⁰ – precisou se dar juridicamente para afirmar-se como novo ponto de partida vinculante, como base e início do novo pacto social, o pacto social popular de um Estado voltado para os interesses e as necessidades públicas, ou seja, do povo, ou seja, não mais os interesses e necessidades privadas das minorias dominantes que garantiu e a que atendeu nos quatro séculos anteriores.

1.4 A CONSTRUÇÃO JURÍDICA DA SOLIDARIEDADE SOCIAL: DO DIREITO SOCIAL À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA BRASILEIRA

O Direito Social representa o reflexo na teoria jurídica da Teoria do Estado após a primeira grande crise do capitalismo, que gerou a Primeira Guerra Mundial, finda a qual, com estaca no Pacto de Versalhes, os Estados ocidentais envolvidos compactuaram a necessidade de mediação da economia e da sociedade pelo Estado de uma maneira até então inédita. Surge como uma nova *racionalidade*, que não se confunde com o que compreendemos hoje por *direitos sociais*. Trata-se de um novo método de construção e análise tanto do direito público quanto do direito privado, permeando as concepções clássicas de contrato, família e propriedade, cernes do direito liberal.

Trata-se do momento atual de evolução da civilização ocidental, apesar das objeções e exceções impostas pela economia especulativa, que fazem efeito nas relações materiais subjacentes de todas as ordens, mas ainda não se propuseram à substituição teórica séria do Direito Social como paradigma estruturante-normativo propriamente dito.

A sua estruturação teórica se iniciou na primeira metade da década de 1930, com Georges Gurvitch, resultante n' *A ideia do Direito Social*, no contexto de crise econômica que solapava a Europa ao fim do primeiro decênio da elaboração do Pacto

²⁰ “Na concepção pré-moderna de solidariedade, esta é entendida como amor altruísta ao próximo, tendo sua origem nos termos fraternidade e irmandade. Esse conceito, *fraternité*, foi adotado na revolução francesa e se tornou lema de luta para a construção de uma sociedade de cidadãos iguais. Em consequência, a concepção de luta da *fraternité* passou a ter um significado político. Com o início da revolução dos trabalhadores de 1848, passou-se a adotar o conceito de *solidarité*” (BRUNKHORST, 2002, apud WESTPHAL, 2008).

de Versalhes. Mais tarde, na década de 1980, definiu-se como marco teórico a obra de François Ewald, que esculpiu o Estado-Providência em função da experiência do século XX e no contexto da sociedade capitalista.

No Brasil, apesar da evolução da intervenção estatal na economia, com mediação nas relações entre capital e trabalho, o Direito Social ganhou contorno propriamente dito apenas com a promulgação da Constituição de 1988, que investiu-se na relativização e na funcionalização do contrato, da família e da propriedade, como dito, valores liberais até então intocados na esfera jurídica, além de elevar à categoria de direitos fundamentais os direitos sociais – nomeadamente os trabalhistas – e enunciar, como princípios fundamentais, os valores de *justiça social* e *solidariedade social*.

1.4.1 A teoria do Direito Social

A construção teórica do Direito Social tem origem na produção de Georges Gurvitch, no início da década de 1930, influenciado pelas leituras de Eugen Ehrlich e Leon Petrazycki (MARTINS, 2011). Gurvitch entendia que o direito tem fonte na sociedade, independente do Estado, em razão de que se trata de um tratado sobre *pluralismo jurídico*, que reconhece o direito nas mais diversas expressões sociais, e não apenas no direito estático, podendo ter com este as mais diversas relações (Idem). A obra tem na essência, em seu pensamento pluralista, a crítica do individualismo jurídico. Concorda com Petrazycki em três conceitos estruturantes fundamentais: a) os fatos normativos; b) a concepção pluralista e c) a característica imperativa-atributiva da norma jurídica (Ibidem).

Para Gurvitch, os fatos normativos são as fontes primárias do direito, e os atos e procedimentos técnicos burocráticos decorrentes são apenas fontes secundárias e terciárias (Ibidem). A autoridade e imperatividade preponderante seriam, portanto, daqueles *fatos*, permeados por valores jurídicos que representam uma “materialização do espiritual e das ideias objetivas tornadas fatos sociais e se afirmando como ligados à ideia de Justiça e aos ideais morais (Ibidem).

Os atos normativos teriam duas categorias: a) os fatos normativos de união, integração ou comunhão, que dão origem ao Direito Social ou de Integração, e b) os fatos de relação com o outro ou individualizantes, que dão origem aos direitos individuais (Ibidem).

Os fatos normativos de união teriam como distinção as seguintes características: a) expressão pelo *nós* (e não por *eu*, *eu* ou *ele*), impregnada por valores de Justiça, ou mesmo éticos, intelectuais e religiosos, portanto, *transpessoais*, e emanariam da sociedade, como dito, e não do Estado, dispensando as solenidades burocráticas, ou seja, os atos propriamente ditos (a essencialidade seria literalmente de *fato* normativo) (Ibidem).

O Direito Social, decorrente de tais fatos,

[...] é um direito autônomo de comunhão, que nasce a partir dos fatos normativos de união, integrando de uma maneira objetiva cada totalidade ativa, concreta e real, encarnando um valor positivo extratemporal, que rege a vida de todos, quer sejam organizados ou não, de modo que a totalidade participa de uma maneira imediata da relação jurídica que se estabelece. [...] Além disso, o Direito Social é anterior a toda organização de grupo e constitui uma associação igualitária de colaboração, sem qualquer hierarquização ou dominação. Os sujeitos jurídicos envolvidos são pessoas coletivas complexas, que absorvem a multiplicidade dos membros do grupo na vontade única de uma corporação ou organização. Assim, o Direito Social nasce “da participação direta dos sujeitos interessados e de relações fundadas num esforço comum” (MARTINS, 2011).

A partir desses pressupostos, Gruvitch enumera sete características fundamentais do Direito Social. Ele teria como primeira e principal delas a função geral de “integração objetiva de uma totalidade para organização da comunhão dos membros”, integração que se opõe aos processos de coordenação e de subordinação das relações de submissão do Direito Liberal individualista (MARTINS, 2011)). Essa integração, a partir do Direito Social, permitiria que o todo social se mostrasse como um “sistema equilibrado concreto e com mobilidade, fundado em perspectivas recíprocas” (Idem):

O processo de integração objetiva de uma totalidade é a expressão mais imediata da manifestação jurídica. Para compreender isso é necessário perceber que o Direito não é só uma ordem puramente negativa e limitativa, que só proíbe, mas que ele é também uma ordem de colaboração positiva, de

resistência, de ajuda mútua. É preciso abandonar as concepções individualistas do Direito e passar a vê-lo como uma ordem de união, de trabalho comum, de paz, tanto quanto uma ordem de separação, de reparação, de guerra (Ibidem).

As demais características, realizadoras dessa função geral de integração, seriam: a) o fundamento da força obrigatória do direito de integração; b) a regulamentação da vida interior da totalidade; c) a participação direta da totalidade de seus membros; d) poder social não ligado a uma ação incondicionada; e) primazia do direito não-organizado sobre o organizado; f) a consideração das pessoas coletivas complexas (Ibidem).

Para Daniele Comin Martins (2011),

A visão do pluralismo jurídico de Gurvitch, pois, é extremamente antiestatal, dialética e complexa, sendo elemento fundamental de sua teoria a ideia de Direito Social, que tem sua fonte na coletividade, na integração e na colaboração de grupos, que se manifestam em todas as comunidades humanas. Este Direito é o direito da ‘transpessoalidade’ e da democracia e se contrapõe ao Direito Individual, atrelado às ideias de coordenação.

Apesar das formulações antiestatais de pluralismo jurídico de Gurvitch, o conceito fundamental de função geral de integração e mudança de paradigmas, a partir da noção de *transpessoalidade* como justificação ética do direito, consiste na base teórica do Direito Social.

Como paralelo com as noções metafísicas de *alteridade* em Dussel e Lévinas e no breve esboço feito acima em relação a uma possível releitura evolutiva do ideal de fraternidade, com substância jurídica no princípio fundamental de solidariedade social, a noção de *transpessoalidade* em Gurvitch mostra em consonante anseio de ruptura com os paradigmas do individualismo metodológico:

A teoria do transpersonalismo ocupa um lugar proeminente no pensamento gurvitchiano, como fundamento da integração das vocações individuais em uma totalidade. Em *L’Idée Du Droit Social*, caracteriza o autor o transpersonalismo como “uma concepção ética particular que sintetiza a oposição entre o individualismo e o universalismo na ideia de uma onda superconsciente de criação pura. No transpessoal, o todo é distinto da soma de suas partes, mas não lhes transcende nem se opõe a elas, sendo ambos reciprocamente imanentes. [...] Dentro da concepção transpersonalista, as vocações dos sujeitos sociais, apesar de únicas e individualizadas, realizando

valores alóxicos e irrepetíveis, não significam uma absolutização de cada sujeito em si mesmo. A experiência moral de cada um, confrontando-se com as experiências dos demais, conduz à experiência dos valores de outros sujeitos, e à participação em valores comuns, transpessoais. A experiência da liberdade criadora integra todo sujeito coletivo ou individual em conjunto de criação que ultrapassa e engloba a denominação fichteana de “onda transpessoal de criação”. Do individual chega-se necessariamente ao coletivo, e a experiência do pessoal conduz à experiência do Transpessoal (SCHWARTZMAN, 1964).

A categoria da transpessoalidade em Gurvitch, primeiro arquiteto do Direito Social, pode-se considerar, nessas bases, o ponto de partida do sentido de solidariedade social que inspiraria a organização do Estado e do Direito Social nas décadas seguintes.

1.4.2 A teoria da solidariedade social no Direito Social

François Ewald, historiador e filósofo francês, produziu obra de profunda relevância para a compreensão das histórias da solidariedade social e do Estado-Providência, em suas obras *L'Etat Providence*, de 1986, e *Histoire de L'Etat providence: les origines de la solidarité*, de 1996.

A distinção do trabalho de Ewald se dá pela situação política do momento histórico em que escreve, já depois da experiência da polarização do século XX e sem as inspirações revolucionárias e antiestatais que Gurvitch imaginara no início da década de 1930, auge da depressão econômica do *entreguerras*.

O Direito Social, em Ewald, exprime-se por meio do Estado de Bem-Estar, e consiste num processo de transformação que atinge tanto as disciplinas do direito público quanto do direito privado, superando a racionalidade do modelo jurídico liberal clássico em razão “da necessidade de regulação coletiva da economia e da atividade social para compensar as inadequações do mercado” (AMARAL, 1999, p. 180):

A expressão Direito Social, formulada por Ewald, designa as práticas legais que tipificam o Estado de Bem-Estar, o qual promove a coordenação de nova forma do espaço político com sua própria lógica interna. O Direito Social é, assim, um processo de transformação que atinge diferentes disciplinas – do direito civil ao direito internacional –, simbolizando verdadeiro processo de

socialização do direito. O que é alterado é a maneira de pensar a relação do todo com as partes, as relações interindividuais e a natureza do todo resultante de tais relações. Muda a maneira pela qual o contrato social é concebido. Enquanto o contrato social clássico é visto na perspectiva das relações imediatas entre indivíduos autônomos, das quais surge o Estado com poderes limitados, o contrato no âmbito do Direito Social tem existência própria (Idem).

Nessa perspectiva, “O Direito Social exhibe indisfarçável natureza contratual, na medida em que pressupõe relações de interdependência e solidariedade entre o indivíduo e o todo”, e busca-se a redistributividade e o equilíbrio substantivo entre as partes que contratam. Tais inspirações confluenciam tanto os contratos interparticulares quanto o *contrato social*, estruturado no paradigma da *solidariedade social* (le contrat de solidarité):

Le schéma de la solidarité, on pourrait dire aussi le schéma de l’assurance, se caractérise par cette manière de penser les rapports tout-parties qui caractérisait déjà la sociologie de Quételet. Il repose sur trois principes: a) le tout exist indépendamment de ses parties. Non pas qu’il pourrait subsister sans elles, mais parce qu’il a um mode d’existence propre, qu’il obéit à des lois qui ne sont pas celles des éléments qui le composent. Le tout est plus que la somme de ses parties. Il forme une réalité *sui generis*; b) il n’y a pas de partie qui ne soit partie d’un tout. Il n’y a pas de tout qui ne soit part d’un tout plus étendu, qui l’absorbe et le contient. Pour étudier le tout, comme ses parties, on ne peut connaître les parties qu’à partir du tout. L’identité des individus n’est pas première ; elle résulte d’un processus d’*individualisation*. Principe de connaissance; c) les individus mènent une double existence : comme individus, avec l’illusion de leur conscience et de leur liberté, et comme parties du tout obéissant à ses lois et contribuant à son ordre. Dédoublément essentiel qui permet de penser le rapport tout-parties autrement que sous la forme de l’absorption ou d’un déterminisme trop rigoureux. La relation qui articule le tout sur ses parties maintient leur identité respective. Elle doit être pensée selon la logique des causalités complexes qui est celle du calcul des probabilités.²¹

²¹ “Em tradução livre: O diagrama de solidariedade, poder-se-ia dizer que também o padrão de segurança/seguridade, é caracterizado por esta maneira de pensar as relações todo-parte que já caracterizaram a sociologia de Quételet. Ele é baseado em três princípios: a) o todo existe independentemente de todas as suas partes. Não que ele pudesse sobreviver sem elas, mas porque ele um próprio modo de existência, ele obedece a leis que não são as dos elementos que o compõem. O todo é mais que a soma de suas partes. Ele forma uma realidade *sui generis*; b) não há nenhuma parte que não seja parte de um todo. Não há nenhuma parte que não seja parte de um todo maior, que a absorve e a contém. Para estudar o todo, como suas partes, não podemos conhecer suas partes senão a partir do todo. A identidade dos indivíduos não é precedente, ela resulta de um processo de individualização. Princípio do conhecimento c) os indivíduos de conhecimento levam uma vida dupla: como indivíduos, com a ilusão de consciência e liberdade, e, como partes do todo obedecendo suas leis e contribuindo para o seu fim. Duplicação essencial que permite compreender todas as partes que não seja na forma de absorção ou determinismo muito rigoroso. A relação que articula o todo sobre as

A confluência entre indivíduos e todo permite a leitura da solidariedade social com fim de realização democrática da sociedade e constitui elemento fundamental de partida do Direito Social, em superação da lógica do indivíduo e das afirmações teóricas de separação entre público e privado.

A solidariedade social passa a ser núcleo de irradiação constitucional todo o direito, pois o Direito Social é estrutura distinta da localizada superfície dos direitos sociais trabalhistas e previdenciários, como lembram Jorge Luiz Souto Maior e Marcus Orione Gonçalves Correia:

O fato é que, como se pode ver, o Direito Social não se restringe às normas de Direito do Trabalho e do Direito da Seguridade Social. Trata-se, isto sim, de uma regra de caráter transcendental, que impõe valores à sociedade e, consequentemente, a todo ordenamento jurídico. E que valores são estes? Os valores são: a solidariedade (como responsabilidade social de caráter obrigacional), a justiça social (como consequência da necessária política de distribuição dos recursos econômicos e culturais produzidos pelo sistema), e a proteção da dignidade humana (como forma de impedir que os interesses econômicos suplantem a necessária respeitabilidade à condição humana).²²

O paradigma do Direito Social vincula, portanto, a compreensão jurídica em sentido amplo, transcendendo, os direitos sociais individuais, apesar de estes terem relevância fundamental para realização dos anseios constitucionais de construção da justiça social e da solidariedade social:

Il serait tout à fait insuffisant de ne définir le droit social que par ce qui serait des objets naturels: le travail et la sécurité sociale. Ce serait en donner une définition matérielle qui n'expliquerait pas en quoi le droit de ces matières devrait échapper au droit commun et gagner son autonomie. Et si le droit social devait se définir ainsi, par ses objets, il fraudrait déjà en compter plusieurs et parler de *droits sociaux*, le droit de la sécurité sociale s'étant séparé du droit du travail. Le droit social, son nom l'indique, a de tout autres prétentions que de n'être qu'un droit spécialisé, comme le droit des transports, le droit des assurances ou le droit de l'information. En tout cas ses pères fondateurs – Saleilles, Duguit, Hauriou –, il y a un siècle, l'avaient programmé avec de tout autres prétentions : être une alternative

suas partes mantém sua identidade respectiva. Ela deve ser pensada de acordo com a lógica de causalidades complexas, que é o cálculo de probabilidades” (EWALD, 1986, p. 350).

²² CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O que é Direito Social. in: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (org.) *Curso de direito do trabalho. v. 1 – teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, p. 26.

générale au droit civil dans ses sources, dans ses techniques, dans sa philosophie, comme dans son mode d'expression.²³

Passando a ser uma racionalidade alternativa à própria estrutura do direito civil, irradia-se para todas as relações jurídicas interindividuais, que passam a ter um vínculo jurídico básico determinante (de realização da respectiva função social):

Como já se acentuou, toda e qualquer situação subjetiva recebe a tutela do ordenamento se e enquanto estiver em conformidade não apenas com o poder de vontade do titular, mas também em sintonia com o interesse social. O conceito de direito subjetivo, em consequência, encerra importantes limitações em si mesmo, devendo seu exercício estar em consonância com os objetivos, os fundamentos e os princípios estabelecidos pela normativa constitucional. Para exemplificar esta mudança basta examinar o prototípico direito subjetivo, a propriedade. No cenário solidarista, deixou ela de ser definida como o espaço, externamente delimitado, no âmbito do qual o proprietário teria ampla liberdade para desenvolver suas atividade e para a emanção da senhoria sobre o seu bem. A renovada compreensão do instituto atribui a determinação do seu conteúdo para o âmbito da concreta relação jurídica, observados os centros de interesse extraproprietários e a exigência de exercício conforme a função social, que se encontra definida pelo texto constitucional. No campo contratual a alteração não é menos relevante. Outrora uma seara onde partes antagônicas dispunham de ampla liberdade para gravar – a ferro e fogo – os compromissos que suas vontades estipulassem, o princípio solidarista passa a se impor igualmente neste campo. Daí entender-se que o contrato deixou de ser um simples instrumento de atuação da autonomia privada, para desempenhar, também ele, uma função social. No novo modelo, o enfoque não é mais voluntarista, voltando-se para a busca de um concreto equilíbrio entre as partes contratantes, através inclusive do balanceamento entre as prestações, vedada a excessiva onerosidade, e para a observância imperiosa do princípio da boa-fé objetiva, fonte de deveres e de limitação de direitos para ambas as partes. Manifesta e profunda foi a transformação operada no âmbito das relações familiares²⁴.

²³ Em tradução livre: “Seria totalmente inadequado definir o direito social exclusivamente a partir dos objetos naturais trabalho e segurança social. Seria uma definição substantiva que não explicaria como esses direitos materiais devem escapar à lei comum e ganhar autonomia. E se o Direito Social deveria ser definido ainda, por seus objetos, ele trataria sobre *direitos sociais*, e o direito à segurança social estaria sendo separado do direito do trabalho. Direito social, o nome sugere, tem outras quaisquer pretensões de ser uma lei especializada como direito dos transportes, direito dos seguros ou o direito à informação. Em qualquer caso, seus fundadores - Saleilles , Duguit , Hauriou - há um século havia programado com quaisquer outras pretensões : ser uma alternativa ao direito civil em suas fontes alternativas, em suas técnicas, sua filosofia, como no seu modo de expressão . (EWALD, 1986, p. 436)

²⁴ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *O princípio da solidariedade*. Disponível em <http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca9.pdf>. Último acesso em 20/01/2014.

Nessa rica passagem, Maria Celina Bondin de Moraes extenua a *funcionalização* da propriedade, do contrato e da família, como efeitos do processo de permeabilidade que rompeu as barreiras clássicas entre o público e o privado, no Brasil inaugurado pela afirmação constitucional dos princípios fundamentais de *solidariedade* e justiça sociais e dos direitos fundamentais individuais.²⁵ Tais princípios não necessariamente negam o positivismo ou instabilizam a possibilidade da realização da justiça pelo direito, mas inauguram a dinâmica de um positivismo *crítico*, por eles balizado²⁶.

Não alheia, a doutrina civilista brasileira promoveu um rico espraiamento da racionalidade funcional social do direito privado permeada pelo prisma constitucional. Tratou-se, entre outros, da função social do direito em geral; do interesse social no direito privado; da função social do direito privado; da função social do contrato – no contexto do direito e da economia; da função social da empresa; da confluência do princípio da livre-iniciativa à luz do princípio da função social; da função social do mercado; a função social como objeto da análise jurídica da política econômica; da função social da propriedade e da produtividade; da função social nas questões de gênero; da função social da posse; da função social da propriedade intelectual, do direito de autor; da função social no biodireito, entre outros (TIMM e MACHADO, 2009).

Em convergência com os postulados das éticas da *libertação* (Dussel), da *alteridade* (Lévinas), da *transpessoalidade* (Gurvitch) e da *solidariedade* (Ewald), Jorge Luiz Souto Maior esboça um enunciado do *método* do Direito Social na sociedade capitalista:

²⁵ “No quadro contemporâneo, marcado pela superação da dicotomia clássica entre o direito público e o direito privado, perderam relevo as concepções que consideravam o direito subjetivo, *a priori*, como um poder atribuído à vontade individual, para a realização de um seu interesse exclusivo – cabendo-lhe respeitar apenas uns poucos limites externos, dispostos no interesse de terceiros ou da coletividade. Ao contrário, as limitações deixam de constituir exceção e passam a contribuir para a identificação da função dos institutos jurídicos.” BODIN DE MORAES, Maria Celina. *O princípio da solidariedade*. Disponível em <http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca9.pdf>. Último acesso em 20/01/2014.

²⁶ “Os princípios jurídicos, ademais, não negam o positivismo, fortalecem-no na medida em que possibilitam a existência de um “positivismo crítico” Conforme explica François Ewald, ‘Com a prática dos princípios gerais do direito entra-se assim na fase de um positivismo crítico, de um positivismo que em si mesmo encontra as condições de sua própria crítica interna.’ (SOUTO MAIOR, São Paulo, 2011, p. 559).

O Direito Social – e esta é a fase atual do Direito, tomada como pressuposto de análise –, afastando qualquer abstração, pressupõe, concretamente, a análise valorativa dos problemas identificados na sociedade capitalista a partir do postulado da necessidade de preservação e elevação da condição humana, tendo como método o olhar das pessoas que se encontram em posição economicamente débil no seio da sociedade, ou de alguma forma fragilizadas, em razão das limitações culturais que se produzem socialmente, embora, quanto aos efeitos, não se limite, exclusivamente, a tais pessoas, visto que a racionalidade provocada se irradia ao Direito como um todo, já que o capitalismo é, em última análise, um modelo de sociedade que acaba se introduzindo no próprio inconsciente das pessoas, as quais, desse modo, tendem a reproduzir sua lógica. O Direito Social, a partir desse olhar, objetiva a formulação das coerções eficientes para impor limites necessários às relações capitalistas, visualizando a superação das injustiças sociais geradas (SOUTO MAIOR, 2011, p. 561).

A escultura de um enunciado de Direito Social, que leve em conta o contexto econômico da sociedade capitalista, dá contornos concretos para a própria ética crítico-material na filosofia da libertação outrora proposta por Enrique Dussel, e antes disso para a crítica imanente do pensamento marxista. Negligenciar as relações materiais subjacentes na formação histórica da sociedade brasileira é, de fato, esterilizar qualquer possibilidade de construção da justiça social, que, no referido contexto econômico, tem aptidão para se realizar somente por meio da justiça redistributiva e da regulação estatal.

Silente sobre tal necessidade, o direito apresentar-se-ia apenas como instrumento ideológico de manutenção e acirramento do desequilíbrio das relações sociais estabelecidas.

1.4.3 O Direito Social positivo: das afirmações dos direitos humanos à promulgação da Constituição Brasileira de 1988

Os valores de solidariedade social, traduzidos em declarações de liberdade das gentes ou mesmo de medidas atentas à situação dos necessitados, pauta a afirmação histórica dos direitos humanos, que não se confunde com a do Direito Social, ressalvadas as interseções contidas, no plano internacional, no Tratado de Versalhes, de 1919, e da Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, que intercalam momentos anteriores e posteriores de distanciamento, a ver.

1.4.3.1 Interseções entre direitos humanos e o Direito Social

Dessas marchas paralelas e não coincidentes, entretanto, resultou a reafirmação do pacto social e da democracia brasileira, na Constituição de 1988, que concomitantemente a) declara como *fundamentais* os direitos humanos individuais – inclusive sociais – contidos nas Declarações internacionais e b) elege como prisma de racionalidade vinculante do direito pátrio o *sentido social*, com efeito no direito privado e no direito público, racionalidade compatível com a experiência acumulada da teoria jurídica, no ideário do Direito Social.

A partir de então, os direitos humanos são campo de produções teóricas plúrimas, a serviço tanto do desenvolvimento quanto da negação do Direito Social, espaço de tensão teórica que reflete a instabilidade estrutural causada pela racionalidade apocalíptica da insustentabilidade dos direitos e das necessidades urgentes da economia, sobre que tecem-se algumas considerações no item 1.5 adiante.

A afirmação histórica dos direitos humanos é identificada desde a Magna Carta inglesa de 1215, passando pela Lei de Habeas-Corpus também inglesa de 1679; pelas declarações de direitos – Bill of Rights de 1689; Declaração de Independência dos Estados Unidos de 1776 e Declaração de Direitos da Revolução Francesa, de 1789 – e pelas Constituições, inauguradas pela francesa de 1848 e pelas Constituições sociais e tratados internacionais do século XX (COMPARATO, 2010).

Os ideais liberais compunham o discurso revolucionário na época, como contraponto ao totalitarismo e ao despotismo monárquicos do antigo regime (SOUTO MAIOR, 2011, p. 111 e ss.). Tais ideais reverberaram nos núcleos urbanos do Brasil logo após a Revolução Francesa (COMPARATO, 2010, p.145 e ss.).

O reconhecimento do contexto de alienação do poder e de sujeição econômica promoveu, ciclicamente, revoltas populares localizadas, sempre reprimidas pelo poder instituído desde a Colônia e até hoje, conhecidos, desde o genocídio indígena, até a formação das cidades.

No entremeio dessa história, tem-se rica ilustração de Fabio Konder Comparato (2010, p. 147), o anseio por liberdade dos baianos oprimidos:

Na conspiração baiana de 1798, verificou-se que as ideias revolucionárias francesas há haviam conquistado os oficiais e artesãos mais humildes. O alfaiate pardo João de Deus, um dos insurgentes executados, e que no momento de sua prisão possuía em tudo e por tudo 80 réis de patrimônio, pretendia que “todos (os brasileiros) se fizessem Francezes, para viverem em igualdade e abundância” [...]. Propunha “destruir ao mesmo tempo todas as pessoas publicas, atacar os Mosteiros, franquear as portas aos que quisessem sahir [...] redusindo tudo a huma inteira revolução, que todos ficarão ricos, [...], tirados da miseria em que se achavão, extincta a differença de cor branca, preta e parda, porque uns e outros serão sem differença chamados e admitidos a todos os ministerios e cargos”. Nos manifestos afixados nas igrejas e praças públicas de Salvador, em 12 de agosto de 1798, lia-se: “cada um soldado he cidadão, mormente os homens pardos e pretos que vivem escornados e abandonados, todos serão iguaes, não haverá differença, só haverá liberdade, igualdade e fraternidade”.

Tais aspirações, entretanto, não eram propriamente voltadas para os anseios populares na França, como na passagem acima. Lá, hasteavam tais valores, e seriam destinatários de tais direitos, os burgueses que tomavam o poder político e o organizavam após a deposição do Antigo Regime. A *fraternidade*, como exposto acima (item 1.3.2), não tinha, ainda, a conotação popular democrática contida na formulação mais desenvolvida, condizente com as bases do Direito Social (SOUTO MAIOR, 2011, p. 114 e ss):

Antes de analisarmos isso com maior cuidado, do ponto de vista da nossa linha de investigação, já é possível afirmar, com segurança, que este Estado moderno burguês, recém-criado e que demorou alguns séculos para se constituir, não estava, no momento da formação da Revolução Industrial e mesmo depois quando se concretiza a denominada luta operária, minimamente disposto a formular uma ordem jurídica que fosse pensada a partir dos interesses dos trabalhadores, os quais era, ademais, muito mais identificados como uma escória do que como uma classe social. A estes, conferir trabalho era um favor. Nenhuma teoria filosófica lhes era direcionada especificamente.

Já o início histórico da teoria e dos documentos jurídicos propriamente ditos – pela criação formal por autoridades legítimas e de observância supostamente obrigatória – do Direito Social, como racionalidade teórica proposta a romper com o individualismo metodológico da tradição civilista românica – que na experiência de expansão do capitalismo industrial havia criado, no século XIX, o cenário de crise social e econômica –, somente se deu como fruto das guerras mundiais do século XX (SOUTO MAIOR, 2011, p. 352).

Como espólios da Primeira Guerra Mundial, resultantes da compreensão da necessidade de mediação entre trabalho e capital e da construção do direito para possibilitar a perpetuação da paz social, encartaram-se o Tratado de Versalhes – assinado pelas maiores potências econômicas da civilização ocidental –; criou-se a Organização Internacional do Trabalho; reafirmaram-se pactos sociais nacionais por meio das Constituições sociais mexicana e russa de 1917 e de Weimar de 1919; todos afirmando os valores e os fins da solidariedade (SOUTO MAIOR, 2011, p. 250-295).

A dialética contradição com os imperativos da economia levaram às profundas crises da década de 1920, culminando com o *New Deal* norte-americano e com as fragilizações messiânicas e populistas que levaram ao fascismo e ao nazismo, medidas que acirravam as contradições socioeconômicas e levariam à Segunda Guerra (SOUTO MAIOR, 2011, p. 303-325).

A teoria do Direito Social de Gurvitch nasce no entreguerras – primeira metade da década de 1930, embora não hegemônica nem aderente; e após a Segunda Guerra, em 1948, constrói-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem, com a perspectiva da dignidade de todos os povos socialmente excluídos e de respeito às diferenças, às minorias e às liberdades já herdadas da cultura liberal.

A partir dela o Direito Social se desenvolve teoricamente na França com aderência institucional firme, com toda a organização histórica da teoria do estado no Direito Social a partir da evolução histórica da solidariedade social, em François Ewald, em perspectiva não revolucionária e nem mesmo antiestatal, como pensara Gurvitch, mas simplesmente reconhecendo na experiência do Século XX a consolidação do Direito Social como sistema de pensamento e direcionamento do Estado e da sociedade, com efeito no direito civil, na responsabilidade civil, nos riscos das profissões e na própria política (EWALD, 1986, p. 433 e ss.).

Em ambos os momentos a humanidade se expôs – as populações da civilização ocidental hegemônica se expuseram – às suas contradições de forma cruel, com a produção da pobreza, da destruição, o que a levou à evidência da necessidade de promoção do pacto universal de solidariedade social em 1948.

A partir de então, com pano de fundo na bipolarização política e econômica, ele passou a servir como bandeira das liberdades individuais como oposições a

ingerências públicas e ações militares, com ampla evolução no plano da moralidade das liberdades individuais e severa resistência no plano das políticas públicas redistributivas, distanciando-se paulatinamente do projeto coletivo de solidariedade social e resgatando o individualismo metodológico, majoritariamente, na afirmação dos direitos humanos, como aponta Jorge Luiz Souto Maior (2011, p. 390):

Como demonstrado, a teoria dos Direitos Humanos se desapegou da teorização em torno da formação do Direito Social, que era, por assim dizer, uma superação do Direito Liberal. A consciência social foi conduzida para a esfera restrita dos “direitos sociais”, que foram atrelados aos interesses econômicos, como se toda a reivindicação de natureza social dependesse das possibilidades econômicas existentes, enquanto que os preceitos liberais (liberdade e individualismo) restaram fixados sem qualquer correlação. A teoria dos Direitos Humanos, a partir daí desenvolvida, confere aos direitos liberais o “status” de Direitos Humanos de primeira geração, sem se atentar para a contribuição que tais valores, sem uma contextualização social, tiveram para inviabilizar a paz mundial. Quanto aos direitos sociais estes são conduzidos à concepção de Direitos Humanos de segunda geração, mas sem a mesma eficácia que os primeiros.

Para Vicente de Paulo Barreto, a resistência aos direitos sociais – que são apenas uma face expressiva da racionalidade estrutural do Direito Social – reside em falácias teóricas e políticas (BARRETO, 2010, p. 198 e ss.), relativas ao caráter programático e às dificuldades econômicas de sua efetivação, enfrentadas no tópico 1.5 adiante. Essa resistência, para o autor, expõe justamente a necessidade de compreensão de toda a racionalidade subjacente:

A superação desse impasse no pensamento social contemporâneo somente poderá ser realizada se os direitos sociais forem considerados, tanto no que se refere a sua fundamentação, como na sua consagração constitucional, sob um paradigma diferente daquele encontrado na teoria liberal do direito e do estado. Para tanto, deve-se procurar estabelecer, assim, como no caso dos direitos civis e políticos, uma fundamentação racional e ética, que possa justificar e legitimar o investimento público na proteção de dignidades humanas vulneráveis e fracas. Essa fundamentação no estado democrático de direito irá sedimentar-se através do procedimento democrático, implementado por indivíduos racionais, no exercício do discurso público no espaço da cidadania participativa. Um projeto público baseado na preservação de direitos e liberdades proclamados no corpo do estado liberal de direito realiza-se, em última análise, somente no estado democrático de direito, que se caracteriza como um sistema político e jurídico, legitimado pela integração teórica e objetiva dos direitos humanos. (BARRETO, 2010, p. 205).

Nessa perspectiva, somente essa superação da racionalidade liberal dos direitos humanos – que os fetichiza (BARRETO, 2010, pp 1-15) como possibilidade de elevação da civilização com inclusão das minorias, mas de fato acaba esterilizando as possibilidades de emancipação das pessoas efetivamente excluídas, as maiorias – teria aptidão para realizar os fins da democracia, central e nominadamente, de solidariedade e justiça sociais.

Vicente de Paulo Barreto (2010, p. 8) demonstra a passagem do mito para o fetiche no discurso dos direitos humanos:

Os direitos humanos nascem e desenvolvem-se nesse contexto com uma dupla dimensão. Primeiro, tornou-se um processo de recuperar os fundamentos do sistema jurídico na argumentação moral, contrapondo o direito ao paradigma mitológico da lei moderna. Para tanto, tornava-se necessária a substituição da totalidade normativa pretendida pela vontade do soberano por um conjunto de direitos originais, expressão da liberdade e igualdade naturais entre os homens. Mas a passagem do mito para o fetiche irá consumir-se quando a primeira dimensão, que permitiria a legitimação dos processos legislativos, ganha características nitidamente fetichistas, que eleva ao mais alto grau de simbolismo social os direitos originais, quando escorrega para uma totalização dogmática e normativa que repete o paradigma positivista e formalista. Os direitos humanos ganharam assim características que ameaçam desnaturá-los. Na verdade, o fetiche dos direitos humanos apresenta na modernidade duas faces: uma face simbólica, libertadora e redentora dos seres humanos; e outra face dogmática, formalista e na sua arrogância de tudo abranger limitadora do aperfeiçoamento da sociedade.

A doutrina crítica contemporânea, ciente do percurso majoritariamente liberal construído a partir da segunda metade do século XX, encontra no pacto de solidariedade a justificação para o convívio na sociedade de diferenças, permeada pela cultura da *(in)tolerância*, reconhecendo a inaptidão daquelas premissas para de fato realizar os direitos humanos das maiorias (FACHIN, 2009, p. 103-115). É o que se extrai dos pensamentos de Giorgio Agamben e Michel Villey, descrito por Melina Girardi Fachin (2009, p. 113):

Contemporaneamente, é na obra de Giorgio Agamben e de Michel Villey que encontramos críticas incisivas à teoria dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. [...] De acordo com esses pensadores o desacerto presente entre o discurso dos direitos humanos e a realidade social suscita um impasse insuperável que espelha o *estado de exceção permanente* e a absurda inversão que presenciamos cotidianamente. [...] As reflexões do filósofo italiano encontram-se profundamente influenciadas pelo pensamento

arendtiano. De acordo com seus ensinamentos, “[...] as solenes evocações dos direitos ‘sagrados e inalienáveis’ do homem, demonstram-se absolutamente incapazes não só de resolver o problema, mas até de simplesmente encará-lo de modo adequado”.

Não que os direitos humanos não traduzam valores a defender, mas a compreensão dessa fetichização é fundamental para que a eles se associe a racionalidade emancipatória das aspirações democráticas do Direito Social, frutos do pacto social expresso na Constituição de 1998. Sua superação, para Vicente de Paulo Barreto, deve se dar por um processo de *desfetichização*, considerando-se três aspectos: “a análise da fundamentação ético-filosófica dos direitos humanos; como essa fundamentação desdobra-se no plano da teoria do direito e no terreno institucional, estabelecido pelos chamados programas nacionais de direitos humanos e as políticas consequentes” (BARRETO, 2010, p. 9).

A estas três tarefas se propõe este primeiro Capítulo, vencidas, ainda que com estreita delimitação temática e infindas possibilidades de aprofundamento, a ética da libertação e da alteridade como compreensão histórica e dialética da construção do significativo *povo* e da realização da *democracia*; com diálogo com a teoria do Direito Social e terreno institucional no pacto social de 1988, não ingênuo quanto à esterilidade subjacente ao discurso dos direitos humanos, louvável mas, na perspectiva do Direito Social e da crítica do discurso, insuficiente:

A reavaliação dessa face fetichista dos direitos humanos torna-se assim etapa necessária no processo de situar essa categoria de direitos como constituindo o núcleo moral do estado democrático de direito. E, desde que seja situado nessa perspectiva, torna-se possível demonstrar em que medida a sociedade democrática pressupõe para a sua sobrevivência os direitos humanos, antes de serem juridicamente consagrados, mas entendidos e aplicados como categoria moral (BARRETO, 2010, p. 9).

É porque tem fundamental relevância a afirmação e a normatividade dos propósitos e da racionalidade constitucional.

1.4.3.2 Afirmação constitucional brasileira

A par da trilha do colonialismo condicionante das relações de poder político no país, fundado no ideário da solidariedade liberal, e à margem do discurso de afirmação da República, o direito se estruturou historicamente como consequência das necessidades econômicas e dos interesses privados totalizantes. Moldaram-se a eles, inicialmente, pela espoliação portuguesa de nossas riquezas minerais e naturais, justificada pela autoridade da Coroa, bem como pelas garantias públicas de propriedade em estrito senso da mão-de-obra escrava necessária para realizar a produção agrícola – títulos oficiais de senhorio e escravidão emitidos pelo Estado por quase quatro séculos. Mais tarde, pela coercitividade dos contratos de empréstimos realizados entre senhores e imigrantes arrendatários de terras – materialmente ainda aprisionados aos senhorios. Mais tarde ainda, puxando a sardinha para nossos assuntos, a consolidação dos direitos trabalhistas e previdenciários também traz implícita a *impossibilidade* como regra de *sair* da condição de subordinação, para o que terá garantido dinheiro, ao *mínimo* hoje para a subsistência; e ao *mínimo* mais tarde, pois presume-se que dele precisará, na terceira idade (SOUTO MAIOR, 2011, p. 39)²⁷.

Todos esses conflitos, tragédias que se repetem como farsas na história do país, esboçam diferentes nuances da relação entre capital e trabalho. Para Luis Roberto Barroso, são intrínsecos e *irremovíveis* no sistema capitalista, exigindo mediação adequada para realização da democracia (BARROSO, 2002, p. 51).

A Constituição da República de 1988, no contexto do conflito de interesses econômicos e pressões populares que pautaram a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88, reafirmou o estado democrático de direito, os direitos fundamentais e a

²⁷ Essas afirmações de direitos trazem também deveres subjacentes de renúncia pelo trabalhador empregado às próprias aspirações, ou seja, à sua realização pessoal, à plenitude da personalidade ou de quaisquer anseios propriamente *particulares*, em seis dos sete dias da semana, com a maior jornada de trabalho possível, apesar do discurso da liberdade e da filosofia do individualismo dominantes. Fica prevista e implícita a presunção de *derrota* que o empregado terá na supostamente livre concorrência capitalista: essa presunção desconstrói a metáfora da liberdade, e as notáveis exceções, como exceções propriamente ditas, confirmam a regra de pré-determinação para a vida subordinada (SOUTO MAIOR, 2011, p. 39).

racionalidade do Direito Social, como condições de possibilidade de construção de uma sociedade e *equilibrável*, apesar de reconhecidamente desequilibrada:

A importância da assunção desses compromissos, objetivos, fins e imposições exarados na Constituição é que ela, como norma, expressão não apenas um ser, mas também um dever-ser e, por isso, é protegida por processos complexos de modificação (GODOY, 2012, p. 55).

A partir das premissas metodológicas nela construídas, aptas à promoção das liberdades individuais e da promoção de políticas públicas de inclusão social, criou-se e deve ser aplicado o direito instituído, interpretado dialeticamente a partir e com fim nessas aspirações populares:

O constitucionalismo comprometido com a democracia e os novos direitos sociais aparece, assim, mais evidente nas chamadas constituições sociais – que incorporam, expressamente, a democracia e os direitos sociais. Essa relação entre constitucionalismo e democracia, liberdade (direitos individuais) e igualdade (direitos sociais) se verifica, em geral, nas constituições escritas contemporâneas que trouxeram em seus textos a opção pelo regime democrático e incluíram em seu rol de direitos fundamentais não apenas os direitos individuais, mas também os direitos sociais (GODOY, 2012, p. 53).

A interpretação histórica-teleológica e a teoria normativa da Constituição da República são fundamentais para compreender a vinculação de sentido a que se propõe no estatuto do Direito Social, com projeção sobre o direito previdenciário, conforme aprofundamento proposto no Capítulo 3 adiante.

Para quem chegou até aqui, para que não haja dúvida: esta leitura não foge à lembrança de Mirian e de Piauí, cujas circunstâncias de vida foram narradas na introdução deste trabalho, em razão de que não é ingênua, mas é esclarecida e atenta à filosofia da linguagem na ordem do discurso²⁸: a *vontade de verdade* subjacente ao presente trabalho está intimamente conectada com a ética crítico-material da afirmação democrática e da interpretação constitucional.

É sabido que, na história da redação da Constituição de 1988, superpuseram-se interesses contraditórios numa miríade de comissões compostas por senadores

²⁸ Ver nota 6, acima, sobre o conceito foucaultiano de “*vontade de verdade*”, em trecho da Ordem do Discurso de Foucault.

biônicos e por congressistas que não foram eleitos especialmente para compor a Assembleia Constituinte, como lembra Luis Roberto Barroso (2002, p. 42):

É inegável que a Constituição de 1988 tem a virtude de espelhar a reconquista dos direitos fundamentais, notadamente os de cidadania e os individuais, simbolizando a superação de um projeto autoritário, pretensioso e intolerante que se impusera ao País. Os anseios de participação, represados à força nas duas décadas anteriores, fizeram da constituinte uma apoteose cívica. Marcada, todavia, por interesses e paixões. [...] Além das dificuldades naturais advindas da heterogeneidade das visões políticas, também a metodologia de trabalho utilizada contribuiu para as deficiências do texto final. Dividida, inicialmente, em 24 subcomissões e, posteriormente, em 8 comissões, cada uma delas elaborou um anteprojeto parcial, encaminhando à Comissão de Sistematização. Em 25 de junho do mesmo ano, o relator desta Comissão, Deputado Bernardo Cabral, apresentou um trabalho em que reuniu todos estes anteprojetos em uma peça de 551 artigos! [...] A falta de coordenação entre as diversas comissões, e a abrangência desmesurada com que cada uma cuidou de seu tema, foram responsáveis por uma das maiores vicissitudes da Constituição de 1988: as superposições e o detalhismo minucioso, prolixo, casuístico, inteiramente impróprio para um documento dessa natureza. De outra parte, o assédio dos lobbies, dos grupos de pressão de toda ordem, geraram um texto com inúmeras esquizofrenias ideológicas e densamente corporativo. [...] A crítica, cabível e necessária, não empana o seu caráter democrático, mas apenas realça a fisionomia ainda imatura de um País fragilizado pelas sucessivas rupturas institucionais e pela perversidade de suas relações sociais. Como protagonista e beneficiária das disfunções atávicas da sociedade brasileira, sobrepairá uma classe dominante – a elite econômica e intelectual – que jamais se interessou ou foi capaz de elaborar um projeto generoso de país, apto a integrar à cidadania, ao consumo mínimo, enfim, à vida civilizada, os enormes contingentes historicamente marginalizados.

Além disso, a sedução pelo estudo da moralidade inculcada na *ética* da libertação, poderia levar, nessa construção do conceito evolutivo de fraternidade popular, à expectativa fetichizada de que, de repente, a sociedade restaria colonizada pela quase-religiosa febre de bondade e caridade, valores que prescindem de conteúdo jurídico e que, convenha-se, não são imponíveis, ao menos no plano psicoafetivo individual, de certa forma explicado²⁹ pela psicologia social e psicanálise do sujeito³⁰,

²⁹Talvez tenha-se produzido uma sociedade mais neurótica do que as anteriores, dada a ansiedade e a angústia psicológicas próprias da vida de expectativas em relação ao enriquecimento que nunca vem; da violência real que se emprega contra seres humanos – tidos como coisas apropriáveis na lógica salarial pós-escravagista – para que o enriquecimento venha de fato; da agressividade e destrutividade humanas decorrentes da repressão dos instintos, dos desejos de consumo e mesmo do atendimento às necessidades de sobrevivência decorrentes da exclusão social. “Se os jovens de hoje se sentem perdidos, não é por falta de metas. Uma conversa com universitários ou alunos do ensino fundamental apontará uma surpreendente lista de ansiedades. Na verdade, a geração ascendente preocupa-se muito

que entretanto não se propõem como balizas da presente leitura crítico-material das relações estruturais de condicionamento da organização social, que historicamente têm origem e fim na economia, e o direito como mero instrumento de mediação.

É porque se transpôs ao longo do século XX da ética da fraternidade para o direito e dever de solidariedade, que resultou na construção do Direito Social, sintetizada no tópico adiante. Como lembra Maria Celina Bodin de Moraes, a elevação a princípio constitucional fundamental, como se afirmará a solidariedade social no Capítulo III adiante, constituirá um dever fundamental social:

Sob tais perspectivas, a solidariedade se vê premiada por severas restrições. A ideia de fraternidade, ainda que virtuosa, não se mostra suficiente para representar o vínculo caracterizador de uma sociedade que, pautada pelo pluralismo, cada vez mais compreende distintas e sortidas culturas. Mais do que um sentimento fraternal – como exigi-lo? – é o respeito pela diferença que deve sobressair, possibilitando a coexistência pacífica das diversas concepções de vida,²⁸ cientes do que as distingue e do que as une – no caso, a igual dignidade de todas as pessoas humanas. Do mesmo modo, o ato beneficente, ou caritativo, permanece sempre como uma liberalidade, uma opção que diz respeito apenas à consciência, não se concebendo em termos de obrigação a não ser moral; ao passo que a solidariedade, nos termos invocados pelo constituinte, é um *dever de natureza jurídica*³¹.

O risco da fetichização ingênua vai além do discurso ético e alcança o discurso jurídico, à medida que ambos são, em si, discursos. A mera afirmação direito, apesar de necessária, não basta, por estar exposta à ideologia totalizante ao acaso dos titulares

com o mundo que herdará. E acompanha esses receios um sentimento geral de frustração: ‘nós’ sabemos que algo está errado e não gostamos de muitas coisas. Mas em que podemos acreditar? O que devemos fazer? (JUDT, 2011, p. 17). Embora Fromm descarte, por não lhe parecer cientificamente comprovável, que a frustração é causa por si da agressividade, tendo em vista que ela é geradora, via de regra, dos processos pedagógicos, é de se admiti-la, no contexto deste trabalho, ao menos, como concausa castradora dos instintos e demonizadora do outro opressor pelo oprimido agressor, legitimadora da agressão (FROMM, 1987, p. 105 e ss).

³⁰ “Os homens se orgulham de suas realizações e têm todo direito de se orgulharem. Contudo, parecem ter observado que o poder recentemente adquirido sobre o espaço e o tempo, a subjugação das forças da natureza, consecução de um anseio que remonta a milhares de anos, não aumentou a quantidade de satisfação prazerosa que poderiam esperar da vida e não os tornou mais felizes. Reconhecendo esse fato, devemos contentar-nos em concluir que o poder sobre a natureza não constitui a única pré-condição da felicidade humana, assim como não é o único objetivo do esforço cultural.” (FREUD, (1927-1931), 1974).

³¹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *O princípio da solidariedade*. Disponível em <http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca9.pdf>. Último acesso em 20/01/2014.

do poder nas relações de sujeição econômica (trabalho e capital) e estatal (jurisdição), como alerta Friedrich Müller (2003, p. 91):

Ao lado desse tipo de exclusão temos a exclusão inicialmente descrita, não apenas mais crassa, senão sobretudo sistemática: a exclusão primária, como ela é denominada aqui. Poderia fazer-se visível no plano do texto constitucional por meio da omissão de determinados grupos populacionais – ao passo que se fala expressamente dos incluídos; teríamos então uma exclusão primária por meio de uma forma especial do “silêncio da constituição”. Esse subtipo não diz respeito nem à constituição brasileira nem à constituição alemã. No tipo corriqueiro da exclusão primária os textos não discriminam, a superfície textual da constituição se mostra imaculada. Só inexpressamente o ordenamento normativo não “quer” ser realmente eficaz para todos, mas apenas parcialmente: para interesses prioritários (fomento da economia, organização do Estado a serviço desse objetivo e em benefício das camadas dominantes, dos sobreintegrados, enfraquecimento de instâncias de controle e de contrapoder). Esse é, segundo as fontes brasileiras, o caso desse país, em cujo discurso científico conseqüentemente se fala tanto de constitucionalização e instituição do direito “nominalistas” e de função simbólica dos documentos constitucionais como se falou na sua práxis estatal – de tempos anteriores – de “constituições paralelas” não-escritas, situadas ao lado, na verdade acima do código constitucional textificado. Aqui somam-se a quantidade (mais de 80% da população) e a qualidade: à medida que a constituição não é “querida” [“gewollt”] enquanto vinculante em extensão tão ampla, i. é, não é praticada, ela mesma se submete com a sua pretensão de vigência à reserva da “vigência” do metacódigo, da superestrutura de inclusão/exclusão. Com isso a inclusão abrange o próprio ordenamento constitucional e jurídico, que sem a universalidade do seu conceito de norma e sem uma pretensão realizável de vigência não pode ser reconhecida como ordenamento normativo moderno. A constituição reduz-se a ferramenta ocasional dos sobreintegrados. Ela não foi “pensada” para os subintegrados: não pode mais *constituir*.

Se o propósito da Constituição é constituir, e o da democracia ao povo servir, então as bases do estado democrático de direito não podem ser outras que não as do Direito Social, momento atual de evolução da teoria do Estado, que – apesar de confrontar a exceção que quer ser regra – mantém-se como *discurso* majoritário das constituições jurídicas dos estados contemporâneos, apesar das práticas espoliantes perpetradas sob o argumento-*coringa* da sempre imediata e urgente necessidade econômica. É porque a guarda da Constituição se faz necessária por *ações* na tutela cotidiana das microrrelações que se expõem na prática jurídica.

1.5 SOLIDARIEDADE CAPITALISTA: SOCIEDADE A SERVIÇO DA ECONOMIA NO CENÁRIO PÓS-CONSTITUCIONAL

Apesar da demonstração da evolução histórica, permeada por diferentes enfoques, trilhada até este ponto, é de se reconhecer que direito, que surgiu como elemento institucional principal na função constitutiva dessa solidez, também é interpenetrado por fatores externos, na relação dialética com a economia, à medida que é produzido por homens munidos de poder potencialmente dispostos a produzir a sujeição do povo (FONSECA, 2005).

É instrumento hábil a promover coercitivamente a ética a que atenda – o direito atende à ética da manutenção do *status quo* quando afirma³² que não atende a ética nenhuma –, e a contribuir significativamente para a manutenção, alteração ou transformação das relações sociais.

Historicamente, o direito caminha nessa esteira de mãos dadas com o projeto de poder da ética-política de Estado vigente, seja qual for, como expõe Ricardo Marcelo Fonseca:

E se assim ocorreu na reflexão política, evidentemente que a reflexão jurídica moderna não poderia ter trilhado outro caminho. O modo como o direito vai sendo pensado e aplicado vincula-se progressivamente à ideia do Estado enquanto produtor e gestor único dos comandos legítimos. [...] Estado identifica-se com o direito e direito identifica-se com o poder (FONSECA, 2005, p. 113).

O Estado Liberal produziu o direito privado pautado no tripé propriedade-contrato-família, com alicerce na ética da liberdade e no discurso da garantia da

³² “A pretensão de distinguir Direito e Moral, Direito e Justiça, sob o pressuposto de uma teoria relativa dos valores, apenas significa que, quando uma ordem jurídica é valorada como moral ou imoral, justa ou injusta, isso traduz a relação entre a ordem jurídica e um dos vários sistemas de Moral, e não a relação entre aquela e ‘a’ Moral. Desta forma, é enunciado um juízo de valor relativo e não um juízo de valor absoluto. Ora, isto significa que a validade de uma norma jurídica positiva é independente de sua concordância ou discordância com qualquer sistema de moral” (KELSEN, 2009, p. 76). É de se afirmar que, nesta passagem, e na construção hermética da ciência jurídica alheia à moral e à justiça, que para Kelsen são assunto de política jurídica, mas não da ciência jurídica, legitima-se todo e qualquer projeto de dominação que alcance, observada a solenidade, a redação normativa.

segurança jurídica dessa liberdade³³. O Estado Social, por sua vez, produziu o Direito Social pautado na função social das relações entre particulares; com garantia do modo de produção capitalista e como condição para a sua perpetuidade; na realização ativa do Estado para a sociedade, compensações estatais mínimas ao povo pela exclusão produzida – é necessária a interlocução histórica – pela prática capitalista, com racionalidade ainda comprometida com os ideais liberais, apesar do discurso da garantia da promoção pública do bem-estar, que os desarticulasse politicamente³⁴.

A reação imposta pelo neoliberalismo econômico – que visa a submeter o próprio Estado, seja qual for o conteúdo político de sua afirmação constitucional – além de extensão social, também tem alcance jurídico, de modo que impõe ao direito a função de garantidor do capitalismo (BERCOVICI, 2008), pautado na eficiência útil da norma para os fins atuariais do produto interno (SAVARIS, 2012).

A lógica de mercado coloca em xeque os estigmas da soberania e do próprio direito, desde a raiz constitucional e com alcance nas suas diversas ramificações, e neles impõe uma remodelação da estrutura jurídica com fim de supressão de obstáculos ao progresso econômico.

Daí decorre profundo processo de reformas tributárias, trabalhistas e sociais no âmbito legislativo e de interpretação utilitarista do direito no espaço hermenêutico (Idem) – com a suspensão das garantias constitucionais e da eficácia de direitos por força do alarde economicista – pautado, por exemplo, na ética neutralizante das teorias do mínimo existencial e da reserva do possível³⁵ –, todo pensado em detrimento das

³³ “É a partir desses critérios, assim, que a modernidade vai romper com o desenho medieval do poder e vai impor-se progressivamente, até implementar-se de modo emblemático com as revoluções burguesas. A partir daqui, quando se fala em poder, tem-se no Estado o referente único e obrigatório. E de modo correlativo, a discussão moderna sobre o poder e as teorias modernas do poder seguem essa trilha aberta por Bodin e Hobbes: assim é, por exemplo, todo o pensamento contratualista, o pensamento liberal e boa parte do pensamento democrático e do pensamento marxista.” (FONSECA, 2005, p. 113).

³⁴ “Mesmo a legislação trabalhista criada não amenizou a questão, sobressaindo neste aspecto a sua ineficácia concreta, constituindo-se, portanto, apenas um voo de águia, passeando tranquila sobre o problema, mais uma aventura burguesa pautada unicamente pela busca de uma estratégia para gerar a sensação de que a ordem liberal pudesse conferir benefícios aos trabalhadores e quebrar, assim, sua organização política.” (SOUTO MAIOR, 2011, p. 228).

³⁵ Tratamos do assunto em artigo apresentado e publicado por ocasião da Convenção Latino-americana de Direito, realizada no Brasil em Out/2011: GNATA, Noa Piatã Bassfeld. Crítica aos limites do

conquistas populares históricas e com foco na *garantia* do capitalismo, sujeitando o direito ao permanente *estado de exceção*, paradigma da obra de Giorgio Agamben:

Diante do incessante avanço do que foi definido como uma “guerra civil mundial”, o estado de exceção tende sempre mais a se apresentar como o paradigma de governo dominante na política contemporânea. Esse deslocamento de uma medida provisória e excepcional para uma técnica de governo ameaça transformar radicalmente – e, de fato, já transformou de modo muito perceptível – a estrutura e o sentido da distinção tradicional entre os diversos tipos de constituição. O estado de exceção apresenta-se, nessa perspectiva, como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo³⁶.

No âmbito legislativo, o cumprimento da agenda política neoliberal levou os Estados a se adequarem às exigências de responsabilidade fiscal, controle de câmbio e equilíbrio atuarial, importando a teoria econômica de gestão de empresas para o espaço público.

No âmbito jurídico, o fortalecimento das garantias da segurança jurídica, da não intervenção do estado na economia privada e do enxugamento dos gastos públicos é a força motriz de um processo de reformas estruturais que iniciou em meados dos anos 1970, nas economias centrais, e a partir da década de 1990, logo após a estabilização social promovida pela redemocratização constitucional em 1988.

Nesse aspecto, sob o ângulo dos direitos sociais, observa-se que o referido processo de reformas empreende a retração sistemática do sistema de bem-estar, mediante revogação de direitos, endurecimento de requisitos para obtenção dos direitos remanescentes e na gestão rígida das provas necessárias do cumprimento desses requisitos pelos potenciais beneficiários, e em detrimento do reconhecimento

controle jurisdicional de políticas públicas em direitos sociais. In.: *Revista Espaço Jurídico*. v.12, n.2, 2011, p. 182-195.

³⁶ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004. p 35. Agamben faz a demonstração histórica da justificação da exceção ao direito no processo político de construção do século XX, em momentos notórios da política internacional, que de certa forma explicam de forma escancarada a realidade do início do século XXI no pós-constitucionalismo do Direito Social ressalvado pela ditadura da volátil, virtual e instável economia especulativa que acena crises cíclicas desde que estabelecida, exigindo regulação imediatista por parte do Estado. A exceção figura como zona de indeterminação entre o político e o jurídico preordenada pela regência – maior ou menor – da *necessidade* de medidas normalmente ajurídicas impostas por razões fáticas, e aponta na obra de Carl Schmitt o principal teórico da respectiva justificação.

concreto da realidade social em que os dependentes desses serviços se encontram, sobretudo, expostos à informalidade e à subordinação estruturais (SAVARIS, 2008).

Sob o enfoque da interpretação das normas na teoria do direito, observa-se que a reciclagem neoliberal do utilitarismo propõe a necessidade de que considerações de cunho econômico passem a integrar o processo hermenêutico das decisões judiciais (Idem).

Promove-se a *análise econômica do direito*, por meio de juízo de responsabilidade consequencialista que tenha como ponto de fim e de partida o *princípio da eficiência*, a partir da releitura do utilitarismo de Jeremy Bentham feita pela Escola de Chicago, por Ronald Coase (*The problem of social cost*, 1960) e da teoria implementada por Richard Posner (*Economic Analysis of Law*, 1972), que propõe que a maximização da riqueza e do bem-estar *social* se dá por meio da eficiência (análise matemática de custo-benefício) útil, que maximize a riqueza da coletividade (FERREIRA; MACHADO et. al., apud CARDOSO; FERRÃO et. al., 2005, p. 387-431).

Por sua vez, Savaris (2008, p. 108) entende que

[...] ainda que Posner se esforce para distinguir a teoria ética utilitarista da abordagem econômica do Direito, a metodologia empregada com vistas à maximização da eficiência econômica, sugere, ao contrário do que ele próprio sustenta, que o conceito ético central do utilitarismo – utilidade – no foi apenas substituído pelo de eficiência – maximização da riqueza.

Para Posner, quando da publicação de seu difundido trabalho³⁷, a análise de *eficiência útil* da decisão a proferir, nos contornos acima, deveria ser tida como critério cogente – impõe-se dever ao juiz de partir de tal perspectiva – da decisão e regra na argumentação, instituindo nova racionalidade judicial-jurídica (SAVARIS, 2012).

Tal perspectiva hermenêutica tornaria os magistrados mais prudentes e evitariam a concessão de prestações estatais em juízo, em homenagem às políticas públicas pré-existentes e em respeito à competência constitucional da administração

³⁷ Posner mudou significativamente suas convicções sobre a interferência do direito na contenção e regulação da economia em *A Failure Of Capitalism*, publicado em 2009, após a crise dos derivativos de 2008. Ver comentários sobre a crítica do utilitarismo no Capítulo 2, adiante.

pública em realizar tais políticas (Idem). O magistrado, então, deixaria de causar risco (SABINO, 2011) ao equilíbrio financeiro do Estado, garantindo a eficiência útil voltada para a satisfação do bem-estar social.

Essa perspectiva buscava sustentar o discurso, em ampla difusão e aceitação, das teorias jurídicas do *mínimo existencial* e da *reserva do possível*, cláusulas de *exceção* que estabelecem o condicionamento – e, portanto, a racionalização – do direito às situações fáticas. Sob a influência desses enunciados na teoria normativista, o direito se subordina ao fato, neutraliza-se. Promove-se, institucionalmente, a exclusão social. Quanto ao *mínimo existencial*, Clemerson Clève aponta que

Os direitos sociais não têm a finalidade de dar ao brasileiro apenas o mínimo. Ao contrário, eles reclamam um horizonte eficaz progressivamente mais vasto – dependendo isso apenas do comprometimento da sociedade e do governo e da riqueza do país. Aponta a Constituição, portanto, para a ideia de máximo, mas de máximo possível.³⁸

Em relação à doutrina da *reserva do possível*, esta, por sua vez, afirma que a tutela jurisdicional deve sonegar mesmo a declaração do direito ao bem da vida em razão da impossibilidade fático-material, ainda que transitória, de se entregá-lo. Osvaldo Canela Jr. opõe crítica a tal critério hermenêutico, sob pena de instituir por tal meio a autoneutralização do Estado. Para ele, o Judiciário deve sempre, com parâmetro normativo nos direitos sociais, concedê-los quando legitimamente reclamados em juízo: “o orçamento não deve ser óbice à concessão dos direitos fundamentais sociais, mas seu instrumento de realização”:

Durante a fase declaratória do direito, portanto, não é dado ao órgão jurisdicional absorver a questão econômico-financeira para paralisar sua atividade. Isto representaria, em comparação com o plano privado, a esdrúxula figura na qual o devedor não seria condenado à reparação do dano, porque não dispõe de patrimônio suficiente para o adimplemento futuro do título executivo judicial³⁹.

³⁸ CLÈVE, Clemerson Mèrlin. *Desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 19 de julho de 2012.

³⁹ CANELA Jr., Osvaldo. Crise entre as formas de expressão do poder estatal: o papel do judiciário na efetivação dos direitos fundamentais sociais. In: *A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: um novo modelo de jurisdição*. São Paulo: Universidade de São Paulo, no prelo.

Na necessária interpenetração do fenômeno social na realização do direito, fundamentada nos tópicos anteriores, é de se pontuar que mazelas sociais e as impossibilidades fáticas imediatas devem ser reconhecidas, mas enfrentadas, e não servir como critérios hermenêuticos de *institucionalização* da exclusão social. Essas cláusulas de exceção, entre outros elementos da teoria do direito, constituem o chamado *estado de exceção* latente no discurso sempre apocalíptico das urgentes demandas por ajustes no estado e no direito em razão das necessidades econômicas.

Vera Karam de Chueiri estabelece rica interlocução a respeito do estado de exceção e a zona de indeterminação⁴⁰ entre o político e o jurídico, entre o fato e o direito, na aplicação da norma, à luz do pensamento de Schmitt e Agamben. Para ela, a ação política se faz necessária diante do quadro crítico:

Neste limiar em que vivemos, no qual a ação humana sem relação com o direito está diante de uma norma sem relação com a vida, não nos cabe reivindicar a volta ao Estado de direito, já que os próprios conceitos de Estado e direito estão em questão. Cabe, pois, no limite da tensão provocada pelo Estado de exceção pensar no que articula vida e direito, anomia e *nomos*, *auctoritas* e *potestas*. Desmascarar tal articulação não restitui o Estado à sua condição original, mas abre possibilidades para uma ação política comprometida e, neste sentido, crítica. Falo de uma ação política capaz de (re)fundar o espaço público com criatividade e responsabilidade pois orientada por uma vontade transgressora (CHUEIRI, 2005, p. 104).

No contexto deste trabalho, isso é o que resulta da colonização do direito pela ética neoliberal, como aponta Gilberto Bercovici (2008, p. 46):

⁴⁰ “Pois bem (já chegando ao fim da minha intervenção) com Kafka, Benjamin, Schmitt, Derrida e Agamben, experimentamos este limiar de indecibilidade entre anomia e *nomos*, entre vida e direito, entre *auctoritas* e *potestas*. Eis que o Estado de exceção nos faz enfrentar. Ele se baseia na ficção essencial pela qual a anomia - sob a forma de *auctoritas*, da lei viva ou da força de lei – ainda está em relação com a ordem jurídica e o poder de suspender a norma está em contato direito com a vida. Enquanto os dois elementos permanecem ligados mas conceitualmente, temporalmente e subjetivamente, distintos – como na Roma republicana, na contraposição entre Senado e povo, na Europa medieval na contraposição entre poder espiritual e poder temporal -, sua dialética – embora fundada sobre uma ficção – pode, entretanto, funcionar de algum modo. Mas quando tendem a coincidir numa só pessoa, quando o Estado de exceção em que eles se ligam e se indeterminam torna-se regra, então o sistema jurídico-político transforma-se em uma máquina letal”. CHUEIRI, Vera Karam de. Agamben e o estado de exceção como zona de indeterminação entre o político e o jurídico. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). *Crítica da Modernidade: diálogos com o direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 104.

A exceção passa a ser utilizada das mais variadas formas, permanentemente, não para garantir o Estado ou a constituição, mas para garantir o próprio capitalismo, ou, na expressão consagrada de Polanyi, o “moinho satânico” (“*satanic mill*”), que transforma os homens em massa, triturando as vidas do povo. A evolução deste sistema de exceção no decorrer do século XX vai da violência aberta, como o fascismo, à sutil e recente elaboração de uma constituição desvinculada do Estado e do poder constituinte do povo, mas instituidora e garantidora da ordem do mercado. Da garantia do Estado, o estado de exceção passou a ser empregado na garantia da constituição e a gora consolida-se o modelo da garantia do capitalismo.

Não bastando, portanto, aqueles agentes pulverizadores da solidez da sociedade de que se tratou nos tópicos anteriores, o direito, na perspectiva da análise econômica utilitarista sob os artifícios do estado de exceção, deixa de ser uma garantia da unidade da sociedade e passa a garantir a solidez da economia capitalista, tratando a contabilidade pública como um fim em si mesmo e em desconexão com as finalidades *públicas* – para o povo – do estado de direito, institucionalizando, portanto, a exclusão social.

A expressão da perspectiva econômica na experiência do discurso da solidariedade social com aplicação no direito previdenciário evidencia, como demonstrar-se-á no próximo Capítulo, seu diametral distanciamento da afirmação histórica desse conceito, objeto de análise primordial deste trabalho.

CAPÍTULO 2

A COLONIZAÇÃO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Neste Capítulo, abordam-se elementos para a crítica do discurso e da prática da solidariedade social no direito previdenciário, sob os prismas doutrinário, jurisprudencial e político-legislativo.

A hipótese inicial da pesquisa era a de que há um desvio de sentido, ou ao menos uma perda relevante de sentido, no significado e no conteúdo jurídico da solidariedade social, tendo em vista a construção histórica como instituto jurídico, em sua incidência no direito previdenciário pós-constitucional. Tal consideração adveio por efeito de articulações semânticas ou de resistência política à afirmação dos valores firmados no pacto social de 1988, estudados no Capítulo 1 acima. Essa radiografia confirma a hipótese e evidencia que doutrina, jurisprudência e a própria lei pós-constitucional estão em consonante contramarcha, a ponto de se afirmar que quem está em contramarcha *anacrônica* é a própria Constituição, quando impõe obrigações sociais à sociedade e ao Estado (IBRAHIM, 2011, p. 1).

A doutrina brasileira, como se vê adiante, é tímida na definição do sentido, do limite e do alcance do princípio da solidariedade social previdenciária, mesmo entre os juristas mais dispostos à realização das republicanas finalidades constitucionais.

A dificuldade em encontrar textos que desenvolvam a estrutura e a eficácia desse relevante alicerce sob a perspectiva normativa concreta, que exponha a relevância prática na casuística, evidencia que sua compreensão e sua eficácia prática estão desconectadas da evolução histórica do significado, em função do contexto de afirmação do Direito Social em que se situavam os propósitos humanistas do pós-Guerra e a reafirmação da vontade republicana de 1988. Tanto é que a análise do objeto em si, via de regra, atende à metáfora da solidariedade exclusivamente sob a *racionalidade individualista*, com metáfora na relação jurídica individual e tutela subjacente da liberdade individual (que é limitada). Quando se pensa em solidariedade

social, pensa-se no *indivíduo solidário*, e na *obrigação desse indivíduo* de ser solidário para com a sociedade.

Pauta-se exclusivamente no binômio caridade-responsabilidade, ou seja, é fundamentado em termos morais e jurídicos como a renúncia *pele indivíduo* de parcela de seu patrimônio para que se possa realizar a cobertura do infortúnio do outro, o que efetiva uma ajuda benevolente para os concidadãos, estejam mais próximos ou mais distantes.

No plano moral, sua justificação deontológica se aproxima da compaixão religiosa ou do discurso ético da fraternidade, como dávidas da bondade, e não como fruto da compreensão histórica da condição de possibilidade de construção da paz social, com unidade da sociedade, a partir da perspectiva *material* das necessidades públicas, das necessidades do povo, como se sustenta no Capítulo 1:

O professor Haroldo Valladão, em estudo sobre a justiça social afirmou que o princípio cristão do amor ao próximo implica na necessidade de ajuda ao semelhante, de modo a fazer surgir uma nova justiça, a justiça social, com característica distributiva e fundada na equidade e na caridade. (PONTES, 2006, p. 83)

No direito, sua justificação normativa empresta, mesmo na atual fase de afirmação constitucional, a explicação contratualista, relativamente ao direito privado patrimonialista e da política liberal, que fundamentou no plano teórico o estabelecimento do Estado Moderno: a solidariedade social consistiria em instituto análogo de obrigação pecuniária passiva solidária, a todos imposta; ou às obrigações de fazer, em prol do convívio social, ou seja, todo agir social.

Dentre as medidas acautelatórias pertinentes ao direito das obrigações, a solidariedade se caracteriza como uma garantia pessoal imprópria, que permite ao credor exigir o montante total da dívida de todos os credores solidários. (PONTES, 2006, p. 81).

Limitam-se minimamente as liberdades patrimonial e pessoal de todos para que se garanta a existência do Estado – no recontexto deste trabalho, para que se garanta a perpetuação da Previdência Social.

Sob essa perspectiva, nem sempre atenta à evolução do significado da solidariedade social desde a fundação dos Estados Modernos e até a fase atual, de afirmação e amadurecimento do Estado Democrático de Direito, ancoram-se sustentações teóricas da realização da capacidade contributiva dos trabalhadores, ou ainda na justificação jusnaturalista da divisão social do trabalho, no exercício *solidário* de financiamento dos desvalidos, na ótica previdenciária, ou das atribuições pré-determinadas de cada sujeito na sociedade, na perspectiva da economia política geral, ou mesmo na perspectiva da *identidade*, ou seja, das relações de proximidade por interesses em comum dos sujeitos (PONTES, 2006, p. 91 e ss.)

Na doutrina contemporânea específica do direito previdenciário, entre diversas outras obras que tratam o tema de forma meramente tangencial, destacam-se dois trabalhos, mais atentos: o de Alan Oliveira Pontes (2006), cuja experiência de compilação da parca bibliografia tradicional sobre o tema é aproveitada para fins de situação do *estado das coisas* aqui desenhado; e o de Fábio Zambitte Ibrahim (2011), que busca subsidiar suas propostas de reformas do sistema de solidariedade de grupo, em atenção às necessidades do que chama sociedade de risco, para fins de readequação às que assume como novas necessidades do Estado e da economia.

Colacionam-se, também, arestos de diversos tribunais que desvelam o sentido que se deu à solidariedade social previdenciária, eventualmente confirmando o descompasso da gestão da administração previdenciária e da cristalização jurisprudência com o direito construído no processo histórico-político, abordado no Capítulo anterior.

A análise crítica se aprofunda ao final deste Capítulo, relativamente às reformas do sistema previdenciário em curso, desde o início da década de 1990, as quais evidenciam, por sua vez, um processo político de retração do sistema de proteção social.

2.1 DISCURSO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL NA DOCTRINA PREVIDENCIÁRIA

A doutrina tradicional do Direito Previdenciário adota discurso generoso ao instituto da solidariedade social, tratando-o como princípio central e justificativa fundamental da existência do direito previdenciário (PONTES, 2006, p. 119 e ss.).

Como será visto, entretanto, esse discurso não dialoga, em geral, com a sua eficácia concreta nos direitos material e processual previdenciário, em que de fato se aplica a norma e faz efeito, ou deve fazer, a proteção social estruturada a partir dele.

Fábio Zambitte Ibrahim (2011) se dedicou ao estudo da solidariedade social previdenciária, entre outros temas, em sua obra *A previdência social no Estado contemporâneo: fundamentos, financiamento e regulação*, tese de doutorado defendida na Universidade Estadual do Rio de Janeiro.

A pesquisa de Ibrahim tem como paradigmas fundamentais o conceito de sociedade de risco e a necessidade de readequação do sistema de solidariedade a este modelo contemporâneo de sociedade, para que tal sistema consiga se perpetuar e alcançar seus fins sociais de forma equitativa, evitando que deles se sirvam pessoas que não necessitem ou que não tenham cumprido seu papel solidário de ajudar os desvalidos, ainda que juridicamente obrigadas para tanto, quando em atividade.

O pressuposto estrutural da chamada sociedade de risco, para Ibrahim, é o cenário que “traz novas relações de trabalho, que diminuem o quantitativo dos contratos de emprego típicos, expondo novas vulnerabilidades e incrementando a pobreza”, e que “demanda revisão dos paradigmas existentes, especialmente do modelo bismarckiano de previdência social, o qual [...] foi originário de uma sociedade industrial que não mais existe” (IBRAHIM, 2011, p. 1-2). Tal novo cenário, para esse autor (2011, p. 1-2), exige a readequação do modelo de financiamento e a viabilização de “algum tipo de mecanismo de segurança social”, que garanta “prestações mínimas em um contexto de ambivalências e incertezas, capaz de assegurar a justiça social, nos vetores da necessidade, igualdade e mérito”.

Ibrahim (2011, p. 5) entende, ao importar a experiência e a terminologia da teoria dos seguros, que o conceito de risco engloba as situações futuras que acarretem

a impossibilidade de subsistência das pessoas, os sinistros, imprevisíveis; porém, quantificáveis por meio da estatística e do método atuarial. A evolução dos riscos existentes na sociedade contemporânea, em paradoxo com os percebidos naquela em que estruturou o modelo de previdência social, exigiria uma reestruturação do modelo de solidariedade, entendida como a estrutura do financiamento da cobertura daqueles sinistros, ou “procurando-lhes trabalho” ou “assegurando os meios de existência àqueles que são impossibilitados de trabalhar”.

Por esse raciocínio, se antes todos tinham *a priori* condição de trabalhar e apenas as mazelas cotidianas – saúde, incapacidade, idade, invalidez, morte – da vida biológica tirar-lhes-iam a capacidade produtiva e a força para o trabalho bastante para a subsistência, agora novos riscos, de ordem socioeconômica e ambiental, individuais e coletivos, podem gerar necessidade de cobertura, mesmo pelas pessoas excluídas da sociedade de grupo – os trabalhadores segurados. Diante desses novos riscos, cujas variáveis inviabilizariam a previsibilidade atuarial, exigiriam um novo modelo de financiamento, que seja suportado por toda a sociedade e que possa aproveitar a toda a sociedade, superando-se o paradigma da solidariedade de grupo – a exclusiva proteção dos trabalhadores, em regra os empregados – e construindo-se um paradigma mais amplo, a solidariedade social propriamente dita (IBRAHIM, 2011, p. 7).

2.1.1 Construção histórica da justificação da solidariedade social

Para sustentar seu paradigma de solidariedade social, Ibrahim percorre a construção histórica do conceito de solidariedade, demonstrando a marcha de ‘impessoalização’ das relações sociais em sua evolução, que partiram da afinidade pessoal e da responsabilidade civil solidária e alcançam, no Direito Social, a fraternidade universal na divisão de riscos sociais, independente das relações concretas existentes ou não entre os indivíduos. Aponta que,

No século XVIII, por conta do Iluminismo, a ideia de solidariedade era, ainda, fundada na proteção entre iguais, pertencentes ao mesmo grupo ou cultura. Todavia, no ideário do século XIX, incluindo a dogmática socialista, a solidariedade começa a trazer a ideia de relação assimétrica entre os participantes, como figurantes em polos opostos. Já com a modernidade, o

antigo discurso de afinidade e pertencimento a determinado nicho ou cultura como fundamento da solidariedade, especialmente na religiosidade, perde aplicabilidade, pois a diferença passa a ser o fundamento do agir solidário. Tal efeito é fundamental para a percepção da solidariedade no estágio atual. [...] A visão tradicional de solidariedade exaltava a ideia de necessário amparo ao próximo, mas não a qualquer um, e sim ao que lhe é conhecido; aquele que divide as mesmas necessidades e detém os mesmos sentimentos. Na atualidade, o atributo é a impessoalidade; a necessária ajuda entre estranhos, até como instrumento de preservação dos ideais da República. (IBRAHIM, 2011, p. 10).

A justificação político-filosófica desse processo a “impessoalização”, segundo com Ibrahim (2011, p. 11), repousou no nacionalismo moderno, que delimitava sua extensão – a solidariedade se dá entre nacionais concidadãos, com suas coincidências culturais e históricas se estabelecendo como denominador comum da solidariedade –, e no ideal de fraternidade da Revolução Francesa, que impunha à sociedade o dever de promover a subsistência dos “infelizes”. A metáfora aí incutida é a de que a solidariedade se traduz em uma imposição de deveres dentro de um *grupo* ao qual pertence o indivíduo (idem, p. 11).

A noção de pertencimento ao Estado nacional, nessa esteira, é jurígena dos deveres públicos do indivíduo – vale lembrar que a expressão *Staatsangehörigkeit*, em sua tradução livre do alemão para o português, significa *pertencimento ao Estado*. A declaração de pertencimento reconhece a cidadania nacional em todas as suas dimensões.

Ainda que de forma incipiente, Ibrahim busca justificações éticas da solidariedade. No *individualismo mediato*, a incerteza quanto à própria sorte tenderia a motivar o indivíduo a manter-se no grupo para que seja socorrido, ele mesmo, quando necessário. Na *alteridade*, a solidariedade, entendida como ajuda/auxílio ao necessitado, balizaria sua aderência ética ao paradigma da proximidade, de forma que se internalizaria com mais naturalidade o dever de colaboração com os próximos do que com os distantes (IBRAHIM, 2011, p. 11).

Na fundamentação sociológica do instituto, por sua vez, estabelece o paralelo entre os enunciados clássicos das solidariedades mecânica e orgânica de Émile Durkheim, reproduzindo as suas descrições típicas. O arquétipo jusnaturalista que Durkheim imprime à divisão social do trabalho foi criticado no primeiro Capítulo

deste trabalho, em razão de que serve exclusivamente como marco histórico superado, não merecendo o lugar de premissa da construção teórica ora proposta ou de novas considerações, ou seja, não nos serve⁴¹.

A complexidade da sociedade contemporânea, como lá se demonstrou, exige distintas nuances de solidariedade, entre iguais para promover garantias perante os diferentes nas relações materiais de sujeição, e entre iguais e diferentes na promoção das condições de possibilidade de perpetuação do modelo social, seja qual for o modelo histórico que se tome em análise⁴².

De toda sorte, reconhece que o sentimento de solidariedade persiste na sociedade contemporânea, e as ações e escolhas dos indivíduos são “frequentemente determinadas por processos de socialização” (IBRAHIM, 2011, p. 13-14).

Dada a sucinta narrativa da evolução histórica da justificação da solidariedade como *ajuda/auxílio aos terceiros* necessitados, o autor conclui que, além do que Durkheim deduziu, os laços de solidariedade na sociedade contemporânea vão além da divisão social do trabalho – o que é nítido sob a perspectiva da ética crítico-material e do Direito Social –, “haja vista a complexidade e impossibilidade de previsão de muitos dos novos riscos” que, para Ibrahim (idem), devem ser divididos entre todos solidariamente.

2.1.2 Solidariedade social e coercitividade

Estruturado seu conceito evolutivo de solidariedade, Ibrahim avança à estrutura jurídica da solidariedade social *compulsória*. Nesse ponto, compreende a solidariedade social sob a metáfora da benevolência que perderia seu sentido na juridicização da caridade pelo Direito Social, como se percebe no trecho “o tema ainda gera perplexidades, pois se o auxílio mútuo é obrigatório, não seria solidário, mas mandatário” (IBRAHIM, 2011, p. 15). Para esse autor,

⁴¹ Ver item 1.1

⁴² Conforme se sustentam os paradigmas da libertação na ética crítico-material da alteridade para construção do conceito de povo na realização da democracia e dos objetivos fundamentais da República, no Capítulo 1.

Com a intervenção típica do Estado Social, perde-se a concepção original de solidariedade, que implica obrigação moral para com o próximo: bem diferente da ação burocrática do Estado para com o necessitado e da cobrança forçada dos contribuintes, sob pena de execução fiscal. Solidariedade, em tal contexto, seria um verdadeiro eufemismo (IBRAHIM, 2011, p. 15-18).

A perplexidade e o eufemismo, no raciocínio proposto pelo autor, são próprios das concepções liberais, pois “a coerção estatal visando amparar os necessitados violaria, em tal visão, o liberalismo na vertente econômica e política”, visão na qual a solidariedade “poderia ser vista como possível caminho à servidão, abrindo margem à intervenção estatal excessiva do Estado na esfera privada, sob pretexto de realização constitucional”, e que “somente o mercado seria competente para atingir tal desiderato, nunca o Estado” (IBRAHIM, 2011, p. 15).

Tais leituras são desconectadas da construção histórica da solidariedade social, como vimos no primeiro Capítulo, mesmo no contexto da sociedade capitalista. Como fundamento do Estado e do direito, ela não é constituída pela metáfora da benevolência, mas pela metáfora da solidez, ao dar contornos à integração social que constitua uma sociedade propriamente dita, que se entenda democrática e republicana.

O que a define não é a necessidade de ajuda pelos necessitados, mas o fato de que *todos* necessitam de *todos*, a despeito das sortes meritocráticas, como concluímos. O agir social não se compreende apenas pelos socorros e entregas de dinheiros representativos de atos voluntários beneficentes ou de direitos sociais, mas por toda observância do direito, inclusive do Direito Social, sob pena de risco à solidez da sociedade e da própria economia.

Ademais, mesmo que o paradigma da solidariedade se sustentasse somente sobre a ideia de auxílio bondoso, de expressão da caridade fraterna, admite-se que ainda seria imprescindível a coercitividade, uma vez que, na sociedade plural, nem todos estão dispostos a fazer o bem a outros (IBRAHIM, 2011, p. 18).

Ressalte-se, entretanto, que a leitura de Ibrahim e a sedimentação do conceito na jurisprudência previdenciária são claramente ancoradas nesse paradigma do *auxílio*, do agir social como atuar positivo dos cidadãos sob a perspectiva pecuniária da entrega de dinheiro dos mais para os menos abastados, com a mediação estatal.

2.1.3 Solidariedade como inclusão e justiça sociais

A dissecação do objeto em análise na obra em comento, após a justificação da *coercitividade*, enfrenta-o como medida de *inclusão* no cenário de promoção da justiça, no contexto de afirmação do Estado social.

O paradigma, de que se serve o autor, é a finalidade do Estado de intervir na realidade da vida das pessoas, transcendendo a ética de garantia da segurança jurídica do Estado liberal. A instituição de objetivos fundamentais da República que importem a redução da desigualdade social e do acesso pleno aos direitos fundamentais, ou seja, a reconstrução da sociedade para que se torne livre, justa e solidária – o que não é *a priori* – por meio da prestação de serviços ou mesmo de entrega de dinheiro pelo Estado traduz tais objetivos como causa, sentido e fim da solidariedade social.

Ibrahim (2011, p. 21) ressalta, neste ponto, a concretude dos efeitos jurídicos da solidariedade, atrelando-a ao binômio *capacidade contributiva e proteção social*:

A solidariedade, em verdade, não se trata de mero conceito metafísico, alheio ao direito, especialmente no Brasil, pois a Constituição vigente expõe, entre seus objetivos, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (Art. 3º, I). Ou seja, no caso brasileiro, ao menos, pode-se afirmar, sem qualquer dúvida, que o princípio da solidariedade é de natureza ética e jurídica, servindo, no direito positivo, como justificativa ético-jurídica da capacidade contributiva, dando fundamentação às relações tributárias, além de subsidiar modelos de proteção social, fundados na ideia de inclusão. Afinal, a solidariedade social é que constitui os liames que mantêm os homens unidos.

O mesmo autor (2011, p. 20) lembra Habermas, ao afirmar que o contexto da realidade contemporânea exige uma releitura também do paradigma da inclusão social, que pode servir como a possibilidade de integração social e de condições para que não tenha necessidade de se integrar caso não queira. Para Ibrahim (*idem*), a interação social não precisa se dar por relações de identidade entre os sujeitos, mas por relações de colaboração que permitam a manutenção das diferenças.

Acrescente-se, por relações de integração e colaboração que permitam a libertação das relações de dominação que impõem a proximidade exclusivamente pela dependência econômica.

A importação para o direito previdenciário da solidariedade social, como objetivo fundamental, e a derivação jurídica desse objetivo – tema central desse trabalho – não ganham maiores contornos na obra em análise, que se dedica ao também relevante tema da reforma estrutural do financiamento da Previdência Social, que, por limitação da finalidade deste, aqui não se aprofunda.

A metáfora preponderante que faz é a de um *auxílio* que fundamenta a *limitação da liberdade patrimonial por meio de tributos*. O autor estrutura seu trabalho nas necessidades de readequação do custeio previdenciário pelo abandono dos referentes (fatos geradores) atuais das contribuições previdenciárias, que são repassadas indiretamente para toda a sociedade (sejam os *free-riders* que pensam que não precisarão da Previdência Social e para ela não contribuem diretamente; sejam os excluídos que fazem trabalhos informais ou marginalizados e acabam pagando a conta indiretamente mas não necessariamente obterão a proteção social em caso de necessidade), com adoção de uma Previdência Social mínima que atenda a toda a sociedade e seja acompanhada, para além do mínimo, de planos meritocráticos complementares – individuais – de participação e benefícios.

2.1.4 Solidariedade social, solidariedade de grupo e financiamento

Na tese em análise, Ibrahim faz o paralelo entre os conceitos de solidariedade social e *solidariedade de grupo*.

Na solidariedade de grupo, o agir social é movido pelo senso de *identidade*, pertencimento, fraternidade. Há relação de proximidade entre os participantes, que têm algo em comum entre si e em distinção dos *outros*. O autor correlaciona esse modelo como a solidariedade dos antigos, estabelecida por vínculos territoriais ou de sangue. O respectivo financiamento, na matriz de pensamento do direito tributário, estrutura-se por meio de contribuições especiais de caráter parafiscal, devidas exclusivamente por pessoas que tenham aquele algo em comum, ou seja, o fato gerador escolhido pela lei como conduta jurígena do crédito tributário.

Na matriz de pensamento do direito privado, do mesmo modo, observam-se contribuições semelhantes, oriundas de contratos, e também inspiradas na relação de

pertencimento que leve à avença ou que dela decorra, como mensalidades de clubes, condomínios e associações (IBRAHIM, 2011, p. 21-23). O autor (*idem*, p. 23) critica a ingerência estatal nestas relações:

As poucas situações concretas, estritamente limitadas a alguns grupos, fora do interesse da coletividade, podem, a partir da ideia de solidariedade de grupo, subsidiar a criação de associações voluntárias, com cotizações privadas, como clubes e entidades de bairro, mas fora do escopo de ação estatal. A tentativa do Estado em gerir interesses restritos a determinados grupos, sem repercussão social – o que poderia fundamentar uma verdadeira contribuição especial – não tem aparo em um Estado Democrático de Direito.

Na solidariedade social, há estranheza – e não proximidade – e maior distância entre os sujeitos componentes da mesma sociedade global. O agir social é movido pela coercitividade, a partir do contrato social, do direito que funda o Estado, dado o interesse público na consecução das finalidades eleitas quando da promulgação da Constituição da República.

O seu financiamento, é – ou deve ser, na leitura de Ibrahim (2011, p. 21-23) – promovido direta e indiretamente por toda a sociedade, por meio de impostos de caráter fiscal propriamente dito, em razão de seu caráter universal. E critica a manutenção do modelo bismarckiano de Previdência Social que, em seu entendimento, colide com o postulado da solidariedade social. Para o autor (*idem*, p. 22),

A solidariedade social, como solidariedade dos modernos, impõe a ajuda necessária a terceiros mesmo sem qualquer expectativa de eventual contraprestação. Ainda que alguns modelos previdenciários, como o brasileiro, tenham a pretensão da universalidade de cobertura e atendimento, tal objetivo colide com um modelo bismarckiano de previdência sócia, pois a possibilidade de ingresso, demandando contribuição específica do segurado, na prática, exclui trabalhadores autônomos, especialmente aqueles com forte restrição financeira, e mesmo os mais abastados, que não sofrem, na prática, o efeito virtuoso do ingresso compulsório, pois suas contribuições, em regra, não são retidas na fonte.

Esses ambientes, entretanto, são justamente aqueles em que se almeja construir a segregação social suficiente para a montagem de cenários seletivos de convívio ideal, com supressão dos *outros*, dos diferentes, dos excluídos. O paradoxo fica evidente na crítica de Zizek, lembrando Emily Flynn Vencat e Ginanne Borwnell:

Num artigo para a revista Newsweek, Emily Flynn Vencat e Ginanne Brownell relatam como hoje em dia *O fenômeno do “só para sócios” está explodindo num novo estilo de vida que abrange tudo, desde relações bancárias privatizadas até clínicas que só aceitam pacientes convidados [...] cada vez mais, aqueles que têm dinheiro trancam sua vida a sete chaves. Em vez de comparecer a eventos com grande cobertura midiática, contratam espetáculos, desfiles de moda e exposições particulares de arte em casa. Compram fora do horário comercial e mandam investigar a classe social e o patrimônio de vizinhos (e possíveis amigos)*. Portanto, uma nova classe global vem surgindo, “com, digamos, passaporte indiano, castelo na Escócia, a, apartamento em Manhattan e ilha particular no Caribe”. O paradoxo é que os membros dessa classe global “jantam privatamente, compram privatamente, veem obras de arte privatamente, tudo é privativo, privativo, privativo”[...] Portanto, a maior prioridade dos “indivíduos de altíssimo patrimônio líquido” é minimizar os riscos à sua segurança (doenças, exposição a crimes violentos etc.) (ZIZEK, 2009, p. 17).

O raciocínio se transporta para o arranjo dos regimes complementares de Previdência Social, que buscam salvar os grupos de pessoas ‘virtuosas’ que com seu ‘mérito’ promovem a solidariedade de grupo propriamente dita, endogênica e calcada na *identidade*, a que se refere o próprio Ibrahim quando trata, em nossa leitura, equivocadamente, do Regime Geral de Previdência Social.

Nesse ponto, Ibrahim estrutura sua crítica em compreensão jurídica própria do direito financeiro, dissociada da estrutura do direito previdenciário brasileiro, enquanto ancorado no pilar do regime geral de filiação e segurança obrigatória.

A crítica possível quanto ao fato de alguns não serem solidários (podendo) é quanto à ineficácia da fiscalização e da arrecadação, e quanto ao fato de alguns não terem trabalho (querendo) é quanto à imprestabilidade intrínseca da economia em si como solução para a auto-organização da sociedade. A mera assunção de que o sistema previdenciário de filiação obrigatória não serve, porque há exclusão social, é fetichizada (entendendo-se o *fetichismo* não como um atributo da personalidade do respeitável Professor, mas como característica presente na teoria jurídica, intencional ou não, próprio do traço marcante da crença na *ideologia da não-ideologia*), conforme ZIZEK (2009, p. 62-63):

Em nossa época supostamente pós-ideológica, a ideologia funciona cada vez mais de modo fetichista, ao contrário do modo sintomal tradicional. Neste último, a mentira ideológica que estrutura nossa percepção da realidade é ameaçada por sintomas como “retornos do recalçado” – rasgos no tecido da mentira ideológica –, enquanto o fetiche é efetivamente um tipo de envers [avesso] do sintoma. Ou seja, o sintoma é a exceção que perturba a

superfície da falsa aparência, o ponto em que a Outra Cena reprimida irrompe, enquanto o fetiche é a personificação da mentira que nos permite sustentar a verdade insuportável. Vejamos o caso da morte de um ente querido: no caso do sintoma, “reprimido” essa morte, tento não pensar nela, mas o trauma reprimido retorna no sintoma; no caso do fetiche, ao contrário, aceito inteira e “racionalmente” essa morte, mas, ainda assim, agarro-me ao fetiche, a alguma característica que personifica, para mim, a desautorização da morte. Nesse sentido, o fetiche pode ter o papel muito construtivo de permitir que lidemos com a dura realidade: os fetichistas não são sonhadores perdidos em seu mundo particular, são totalmente “realistas”, capazes de aceitar o modo como as coisas são porque, ao se agarrar ao fetiche, conseguem mitigar o impacto total da realidade.

A *realidade* com que não temos disposição para lidar, nesse contexto, é que a fonte da exclusão social é exógena, material e histórica, e reside da subordinação material própria das condicionantes da formação da economia e da sociedade brasileira desde a colonização europeia. O direito não é ruim por conta das consequências nefastas da economia ruim; a economia ruim é que é ruim por conta das consequências nefastas que causa. O português Ilídio das Neves aponta entre as causas exógenas da crise o desenvolvimento econômico incerto, expondo a segurança social perante a economia:

É nesta perspectiva que é acentuado o facto de a segurança social ser um estigma de despesa social, que cativa importantes (porventura excessivos) recursos da economia, expressos na parcela do produto interno bruto que lhe está afecta. É certo que ninguém ainda conseguiu ou até mesmo se propôs definir o que se poderia chamar a <<fronteira financeira>> da segurança social, através da quantificação do valor máximo da parcela do produto interno bruto que deve ser afecta a despesas de protecção social. [...] Não admira, assim que, face ao binómio crítico das pressões conjugadas da evolução demográfica e da hipotética incapacidade futura das economias para suportarem os encargos sociais, se tenha generalizado uma certa desinformação das pessoas, determinada por um discurso tendencialmente pessimista. [...] A ideia de descalabro da segurança social passou a ser um dado adquirido na consciência colectiva, entrou sem dificuldades no discurso corrente através de uma extrema simplificação do raciocínio, que quase poderíamos resumir numa espécie de fórmula de fácil assimilação. Daí o êxito deste processo informativo simples e atraente: evolução demográfica (envelhecimento) + evolução da economia (insuficiência de recursos) = colapso da segurança social. (1998, p. 18)

Tal pensamento leva à descrença no futuro do sistema, que por sua vez, leva à sonegação previdenciária pelos trabalhadores autônomos; bem como à imposição da informalidade para incremento de lucro pelos empregadores que *conseguem* fazê-lo. Além dessas, para Ilídio das Neves, configuram-se também como outras causas

exógenas questões demográficas e o papel social já distorcido dos idosos na sociedade contemporânea, e como causas endógenas a desorganização interna do sistema, a emergência de situações equívocas e a maturação dos regimes (NEVES, 1998, p. 36).

Voltando ao diálogo quanto à formação de uma solidariedade de grupo entre os empregados formais, em Ibrahim, financiados indiretamente por toda a sociedade, parece que a exclusão previdenciária decorrente da desídia dos chamados *free-riders* ou da informalidade dos trabalhadores subordinados, portanto, não é problema de estrutura jurídica, mas sim da informalidade da economia e ineficiência do estado mesmas – quanto à fiscalização do trabalho dos contribuintes individuais – e de insuficiência do modelo econômico de distribuição de renda – quanto às situações de marginalização social e previdenciária propriamente ditas.

Não parece que tenha se formado, portanto, no contexto da estrutura da Previdência Social, de uma solidariedade de grupo entre os privilegiados empregados formais, que deva ser substituída por uma solidariedade social entre todas as *pessoas*.

Assumir isso seria, também, negar o *primado do trabalho* como elemento de socialização, que inclusive eleva as pessoas à condição de *seguradas*.

A proteção de não-trabalhadores, em razão de contingências ambientais, por exemplo, a eventual carga da Previdência Social caso tomassem-se os desastres da natureza como riscos sociais cobertos, como o autor sugere, talvez viesse a operar a superação deste primado; entretanto, este argumento é utilizado para justificar eventual substituição das contribuições sociais sobre o trabalho (que são repassadas indiretamente para toda a sociedade) por impostos propriamente ditos (sendo custeadas diretamente por toda a sociedade). Essa substituição teria o condão, em última análise, de desonerar folhas de pagamento de grandes empresas, maximizando os resultados da exploração do trabalho e da atividade econômica. A relação subjacente, novamente, é econômica.

Aos trabalhadores, nesse modelo, restaria uma garantia pública de proteção mínima em caso de exposição a riscos sociais, decorrente desse rearranjo proposto pelo autor, com a faculdade dos trabalhadores de, a partir de seu *mérito*, *poupar mais* em fundo complementar de Previdência, construindo seu futuro na medida de seu *investimento*. Aqui também se apresenta a relação subjacente: a migração das reservas

previdenciárias, individualizadas, para fundos privados, não só romperia com a solidariedade social historicamente construída, como também implicaria a solidariedade econômica, ou seja, os trabalhadores teriam indisponíveis tais investimentos por longas datas para que tais valores servissem ao incremento de atividades produtivas, e à própria exploração do trabalho, por *small caps* ou *blue ships*⁴³ do mercado financeiro especulativo, que oferecessem maior ou menor rentabilidade para os respectivos fundos. Nesta medida, os trabalhadores é que solidarizariam com o capital volátil, em inversão absoluta da ética da solidariedade social, colocando-se o direito a serviço da economia e a desserviço do povo.

A teorização sobre *novos riscos sociais*, ainda, aproveitando o paradigma do sintoma em Zizek, acima brevemente resumido revela outro problema fundamental, na economia política do primado do trabalho como fonte de integração social. É marca da própria construção do direito capitalista – não apenas da proposta de reforma engendrada por Ibrahim, reiterando-se que se trata de um traço marcante da teoria do direito em geral, e não na pessoalidade do sujeito – o *cinismo* quanto ao real e maior de todos os riscos sociais, que se sabe que existe, mas faz-se que não existe, ou que, existindo, ‘não há o que ou como fazer’, que é o não-trabalho de quem *quer* trabalhar (exército de reserva), e não apenas o selecionado não-trabalho de quem não *consegue* trabalhar (por força das incapacidades, idade avançada etc). Quando o Estado promove assistência à gente supostamente apta, mas sem oferta de trabalho, as bolsas do governo federal, ou, *mutatis mutandis*, o que na teoria se pensou como política de *renda mínima* (VILLELA, LINS e CORREIA, 2003), surgem manifestações, no senso comum, de preconceito e segregação moral oriundos da ética meritocrática individualista.

Relevantes, como esforço de enfrentamento da realidade, os apontamentos de Fábio Luiz dos Passos (2013, p. 83-87), quanto à necessidade da promoção integrada da educação das crianças e da habilitação profissional dos adultos para fomentar a emancipação propriamente dita dos trabalhadores, aumentando seus horizontes de atividade profissional, diminuindo os efeitos da subordinação estrutural e

⁴³ Empresas com ações oferecidas no mercado de capitais que ofereçam maior ou menor rentabilidade em função dos riscos do investimento pela maior ou menor previsibilidade do sucesso dos seus negócios.

diversificando suas possibilidades de capacitação, reduzindo as hipóteses de incapacidade por motivos sociais e culturais, tão recorrentes quanto aos trabalhadores braçais que se expõem a limitações ortopédicas, por exemplo.

A transferência de recursos da contenção para o planejamento, em longo prazo, pode tornar desnecessária a proteção previdenciária propriamente dita, pela efetividade da proteção social antes oferecida por meio da educação e do serviço de reabilitação:

A sociedade e o Estado devem considerar a possibilidade de desenvolvimento da Seguridade Social, superando o modelo de Previdência formatado para uma sociedade pautada na produção industrial, de modo a alcançar a Proteção Social efetiva e duradoura nas hipóteses de incapacidade para o mercado de trabalho, por meio da associação de ferramentas de proteção social já existentes, tais como o seguro-desemprego e programas de qualificação profissional, como condicionantes à concessão dos benefícios previdenciários clássicos, possibilitando o retorno ao trabalho ou a recolocação profissional do cidadão com melhoria de sua condição social, e conseqüente reflexo desta evolução para o Estado e para a sociedade (PASSOS, 2013, p. 87).

A Previdência Social, entretanto, ainda não tem orçamento para oferecer amplos programas de capacitação e habilitação profissional, nem tem em seu estatuto o enfrentamento dos riscos próprios da exclusão capitalista. Torna os mais vulneráveis dependentes de políticas públicas assistenciais localizadas e revogáveis. Aí, novamente, vem a lembrança de Piauí e Mirian, para quem o direito não serve, que estão na Exterioridade da Totalidade, conforme análise feita no Capítulo 1.

Ademais, é porque se considera que a compreensão da solidariedade social na obra de Ibrahim representa um significativo desvio de sentido do princípio.

A crítica a essa racionalidade e a essa prática – que não são mudas, como será visto no tópico 2.2 a seguir, de observação da cristalização da solidariedade social na jurisprudência brasileira – é tecida no item 2.3 adiante. Tem-se por intuito demonstrar que os traumas da Previdência Social brasileira, como exposto, têm fontes exógenas e históricas, não sendo necessariamente atribuíveis ao modelo de financiamento e seletividade ou à sua estrutura jurídica.

A atenção dada à pesquisa de Fábio Zambitte Ibrahim se dá tanto pela raridade da dedicação ao tema da solidariedade social na escola previdenciária nacional

contemporânea – baliza para diálogo e desenvolvimento do olhar crítico respeitosamente construído – quanto pela consonância com a tradução desse princípio e objetivo fundamental da República pela prática jurisprudencial, representada, adiante, pela produção dos cinco tribunais regionais federais da União, que decidem matéria previdenciária, dos tribunais superiores e da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, a ver.

2.2 DISCURSO E PRÁTICA DA SOLIDARIEDADE SOCIAL NA JURISPRUDÊNCIA PREVIDENCIÁRIA

A análise do discurso da solidariedade social na jurisprudência previdenciária é constituída, neste ponto, pela pesquisa eletrônica nos Tribunais Regionais Federais, no Superior Tribunal de Justiça, no Supremo Tribunal Federal e na Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, a partir dos verbetes “previdenciário” e “princípio da solidariedade” ou “solidariedade social”. A hipótese é demonstrar que o princípio tem servido quase que exclusivamente à justificação do caráter contributivo obrigatório, sob perspectiva tributária e financeira. Este trabalho busca contribuir para a crítica dessa sedimentação, sob a perspectiva jurídico-normativa.

Perceba-se que o intento dessa pesquisa será trilhar análise justamente sob a perspectiva jurídico-normativa da *legalidade constitucional*, que anteceda mesmo a teoria da decisão judicial.

Neste meandro, na teoria da justiça e no exercício da equidade que supere a prática utilitarista empreendida sob a lógica da eficiência⁴⁴, vale a lembrança dos trabalhos realizados por José Antônio Savaris, em 2008 e 2011:

⁴⁴ Havendo, neste temário, todo um sistema de pensamento relativo às teorias da Justiça, desde Hart, Rawls, Dworkin e Sandel, bem como os diálogos com o utilitarismo de Bentham, fundamento da primeira Análise Econômica do Direito, de Coase a Posner – que culminaria com a mudança do pensamento de Posner após a crise mundial de 2008, em seu livro *The Failure of Capitalism* (2009) –, presentes nos trabalhos de José Antônio Savaris e Marco Aurélio Serau Jr. (SAVARIS, José Antônio. *Uma teoria da decisão judicial da previdência social – contributo para a superação da prática utilitarista*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011; SERAU Jr, Marco Aurélio. *Economia e Seguridade Social – Análise Econômica do Direito*. Curitiba: Juruá, 2010), passa ao largo a análise

Quando se parte do pressuposto de que o fim ou consequência que se pretende alcançar é a eficiência econômica do sistema de previdência social, quando já não se recorda que esta eficiência não é um fim em si mesmo, antes, pela ampliação e diversidade da base de financiamento (CF/88, art. 194, V), serve como instrumento para a mais perfeita segurança social, a justiça não passa de um detalhe e o melhor funcionamento do aparato de segurança social é frustrado: não há prioridade do justo sobre o bem; deixa-se de tratar o ser humano como um fim em si mesmo e ele então – pretende-se – é um meio à incerta e errática utilidade de todos (SAVARIS, jan/08, p. 5-6).

Em apertada síntese:

E ainda que Posner se esforce para distinguir a teoria ética utilitarista da abordagem econômica do Direito, a metodologia empregada com vistas à maximização da eficiência econômica, sugere, ao contrário do que ele próprio sustenta, que o conceito ético central do utilitarismo – utilidade – foi apenas substituído pela eficiência – maximização da riqueza. [...] De qualquer sorte, Calabresi reconhece a impossibilidade de se pensar o volume de riqueza como um ‘fim em si mesmo’. Ela tem um caráter instrumental e sua avaliação depende de considerações a partir daquilo que ela se presta como instrumento. Neste sentido, a linguagem da justiça é diferente da linguagem da eficiência. Mais do que isso, a ideia de justiça consubstancia um autêntico limite para a eficiência (SAVARIS, 2011, p. 107-109).

A estrutura normativa apta a conferir ampla eficácia ao princípio constitucional da solidariedade social previdenciária é organizada no Capítulo 3, adiante, por meio do qual se pretende demonstrar exaustivamente que o pacto social republicano, firmado para a realização da democracia – para o povo – estrutura a sociedade no capital e no trabalho, servindo o Estado de garante das possibilidades concretas de desenvolvimento da dignidade dos diferentes estratos sociais.

O presente tópico – antes dessa organização – tem o condão e demonstrar a sedimentação existente na experiência previdenciária da metáfora da solidariedade social como *auxílio benevolente* que estrutura a realização do *caráter contributivo* do sistema previdenciário, alinhada com a fundamentação tradicional descrita no tópico 2.1 acima.

A hipótese é de que os tribunais pátrios suscitam a solidariedade social apenas na face de *instrumento de realização do caráter contributivo* do Regime Geral de

acurada neste trabalho, apesar de sua relevância, por necessária delimitação do tema e opção metodológica.

Previdência Social, omissos quanto ao sentido da sua *realização concreta*. Essa sedimentação jurisprudencial, em descompasso com o projeto do Direito Social estruturante da Constituição da República, pode ser explicada, por se assentar nos moldes de racionalidade jurídica tradicionais, pelo individualismo metodológico e fetichizante arraigado na cultura jurídica, que percebe os direitos público e privado, ambos, sob a ótica do sujeito; no caso, sob a perspectiva do *sujeito solidário*, apesar de a Constituição ser semântica e teleologicamente clara no propósito de construir uma *sociedade solidária*, ou seja, que não produza reproduza a exclusão social.

Essa racionalidade individualista se expressa, por um lado, no senso privatista, nas matrizes da teoria da relação jurídica e do processo civil ressarcitório, predominantemente voltadas para a resolução de conflitos patrimoniais e para a garantia da segurança jurídica e estabilidade dos contratos, da família e da propriedade, com efeitos em toda a organização econômica e social. Por outro, no senso publicista, na matriz do *contrato* social liberal, que importa renúncia parcial das liberdades patrimoniais *individuais* em favor do Estado para que este, nas suas funções precípuas, garanta o exercício da própria liberdade.

Sobre esse alicerce a solidariedade social é edificada na expressão dos tribunais pátrios, como ilustram os arestos debatidos adiante: deriva do enunciado civilista da obrigação solidária no ambiente público do contrato social, que se distingue dos contratos bilaterais individuais por não ter caráter sinalagmático. Esse caráter obrigacional, para os fins do direito previdenciário, implica o adimplemento de prestações pecuniárias independentes de contrapartidas diretas, ou seja, sem correspondência necessária a uma contraprestação estatal. Além disso, não obstante, respectivo inadimplemento corresponderá, de fato, nesse raciocínio privatista contratual da solidariedade, à abstenção do Estado.

Essa racionalidade é ilustrada pelos arestos adiante comentados, que correlacionam evidentemente a solidariedade como corolário da segurança, da confiança e da responsabilidade sob a ótica do *financiamento*, ou seja, do *dever individual fundamental contributivo*.

2.2.1 Supremo Tribunal Federal

A jurisprudência do STF traduz a solidariedade na perspectiva do custeio previdenciário. Os arestos, todos, seguem a mesma racionalidade.

À guisa de ilustração, são representativos os seguintes julgamentos: RE 593068/SC⁴⁵; ADI 3138/DF⁴⁶; RE 415454/SC⁴⁷; RE 422268 AgR/SP⁴⁸ e ADI 3128/DF⁴⁹, com ementas em rodapé.

⁴⁵ EMENTA: CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL. TRIBUTÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. REGIME PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÃO. BASE DE CÁLCULO. TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. GRATIFICAÇÃO NATALINA (DÉCIMO-TERCEIRO SALÁRIO). HORAS EXTRAS. OUTROS PAGAMENTOS DE CARÁTER TRANSITÓRIO. LEIS 9.783/1999 E 10.887/2004. CARACTERIZAÇÃO DOS VALORES COMO REMUNERAÇÃO (BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO). ACÓRDÃO QUE CONCLUI PELA PRESENÇA DE PROPÓSITO ATUARIAL NA INCLUSÃO DOS VALORES NA BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO (SOLIDARIEDADE DO SISTEMA DE CUSTEIO). 1. Recurso extraordinário em que se discute a exigibilidade da contribuição previdenciária incidente sobre adicionais e gratificações temporárias, tais como “terço de férias”, “serviços extraordinários”, “adicional noturno”, e “adicional de insalubridade”. Discussão sobre a caracterização dos valores como remuneração, e, portanto, insertos ou não na base de cálculo do tributo. Alegada impossibilidade de criação de fonte de custeio sem contrapartida de benefício direto ao contribuinte. Alcance do sistema previdenciário solidário e submetido ao equilíbrio atuarial e financeiro (arts. 40, 150, IV e 195, § 5.º da Constituição). 2. Encaminhamento da questão pela existência de repercussão geral da matéria constitucional controvertida. (RE 593068 RG, Relator (a): Min. JOAQUIM BARBOSA, julgado em 07/05/2009, DJe-094 DIVULG 21-05-2009 PUBLIC 22-05-2009 EMENT v.02361-08 p. 1636 LEXSTF v. 31, n. 365, 2009, p. 285-295).

⁴⁶ EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 149, § 1.º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (ALTERADO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL n. 41/2003). 1. A norma que fixa alíquota mínima (contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos na União) para a contribuição a ser cobrada pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40 da Constituição da República não contraria o pacto federativo ou configura quebra de equilíbrio atuarial. 2. A observância da alíquota mínima fixada na Emenda Constitucional n. 41/2003 não configura quebra da autonomia dos Estados Federados. O art. 201, § 9.º, da Constituição da República, ao estabelecer um sistema geral de compensação, há ser interpretado à luz dos princípios da solidariedade e da contributividade, que regem o atual sistema previdenciário brasileiro. 3. Ação julgada improcedente. (ADI 3138, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 14/09/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-030 DIVULG 10-02-2012 PUBLIC 13-02-2012).

⁴⁷ EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INTERPOSTO PELO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL (INSS), COM FUNDAMENTO NO ART. 102, III, "A", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, EM FACE DE ACÓRDÃO DE TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO: PENSÃO POR MORTE (LEI N. 9.032, DE 28 DE ABRIL DE 1995). 1. No caso concreto, a recorrida é pensionista do INSS desde 04/10/1994, recebendo através do benefício n. 055.419.615-8, aproximadamente o valor de R\$ 948,68. Acórdão recorrido que determinou a revisão do benefício de pensão por morte, com efeitos financeiros correspondentes à integralidade do salário de benefícios da previdência geral, a partir da vigência da Lei n. 9.032/1995. 2. Concessão do referido benefício ocorrido em momento anterior à edição da Lei n. 9.032/1995. No caso concreto, ao momento da concessão, incidia a Lei n. 8.213, de

24 de julho de 1991. 3. Pedido de intervenção anômala formulado pela União Federal nos termos do art. 5.º, caput e parágrafo único da Lei n. 9.469/1997. Pleito deferido monocraticamente por ocorrência, na espécie, de potencial efeito econômico para a petionária (DJ 2.9.2005). 4. O recorrente (INSS) alegou: i) suposta violação ao art. 5o, XXXVI, da CF (ofensa ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido); e ii) desrespeito ao disposto no art. 195, § 5.º, da CF (impossibilidade de majoração de benefício da seguridade social sem a correspondente indicação legislativa da fonte de custeio total). 5. Análise do prequestionamento do recurso: os dispositivos tidos por violados foram objeto de adequado prequestionamento. Recurso Extraordinário conhecido. 6. Referência a acórdãos e decisões monocráticas proferidos quanto ao tema perante o STF: RE (AgR) n. 414.735/SC, 1.ª Turma, unânime, Rel. Min. Eros Grau, DJ 29.4.2005; RE no 418.634/SC, Rel. Min. Cezar Peluso, decisão monocrática, DJ 15.4.2005; e RE n. 451.244/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, DJ 8.4.2005. 7. Evolução do tratamento legislativo do benefício da pensão por morte desde a promulgação da CF/1988: arts. 201 e 202 na redação original da Constituição, edição da Lei n. 8.213/1991 (art. 75), alteração da redação do art. 75 pela Lei n. 9.032/1995, alteração redacional realizada pela Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998. 8. Levantamento da jurisprudência do STF quanto à aplicação da lei previdenciária no tempo. Consagração da aplicação do princípio *tempus regit actum* quanto ao momento de referência para a concessão de benefícios nas relações previdenciárias. Precedentes citados: RE no 258.570/RS, 1.ª Turma, unânime, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 19.4.2002; RE (AgR) n. 269.407/RS, 2.ª Turma, unânime, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 02/08/2002; RE (AgR) n. 310.159/RS, 2.ª Turma, unânime, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 6.8.2004; e MS no 24.958/DF, Pleno, unânime, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1o.4.2005. 9. Na espécie, ao reconhecer a configuração de direito adquirido, o acórdão recorrido violou frontalmente a Constituição, fazendo má aplicação dessa garantia (CF, art. 5o, XXXVI), conforme consolidado por esta Corte em diversos julgados: RE n. 226.855/RS, Plenário, maioria, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 13.10.2000; RE n. 206.048/RS, Plenário, maioria, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ acórdão Min. Nelson Jobim, DJ 19.10.2001; RE n. 298.695/SP, Plenário, maioria, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 24.10.2003; AI (AgR) n. 450.268/MG, 1.ª Turma, unânime, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 27.5.2005; RE (AgR) no 287.261/MG, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 26.8.2005; e RE no 141.190/SP, Plenário, unânime, Rel. Ilmar Galvão, DJ 26.5.2006. 10. De igual modo, ao estender a aplicação dos novos critérios de cálculo a todos os beneficiários sob o regime das leis anteriores, o acórdão recorrido negligenciou a imposição constitucional de que lei que majora benefício previdenciário deve, necessariamente e de modo expresso, indicar a fonte de custeio total (CF, art. 195, § 5.º). Precedente citado: RE n. 92.312/SP, 2.ª Turma, unânime, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 11.4.1980. 11. Na espécie, o benefício da pensão por morte se configura como direito previdenciário de perfil institucional cuja garantia corresponde à manutenção do valor real do benefício, conforme os critérios definidos em lei (CF, art. 201, § 4.º). 12. Ausência de violação ao princípio da isonomia (CF, art. 5.º, caput) porque, na espécie, a exigência constitucional de prévia estipulação da fonte de custeio total consiste em exigência operacional do sistema previdenciário que, dada a realidade atuarial disponível, não pode ser simplesmente ignorada. 13. O cumprimento das políticas públicas previdenciárias, exatamente por estar calcado no princípio da solidariedade (CF, art. 3.º, I), deve ter como fundamento o fato de que não é possível dissociar as bases contributivas de arrecadação da prévia indicação legislativa da dotação orçamentária exigida (CF, art. 195, § 5.º). Precedente citado: julgamento conjunto das ADI's n. 3.105/DF e 3.128/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Red. p/ o acórdão, Min. Cezar Peluso, Plenário, maioria, DJ 18.2.2005. 14. Considerada a atuação da autarquia recorrente, aplica-se também o princípio da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial (CF, art. 201, caput), o qual se demonstra em consonância com os princípios norteadores da Administração Pública (CF, art. 37). 15. Salvo disposição legislativa expressa e que atenda à prévia indicação da fonte de custeio total, o benefício previdenciário deve ser calculado na forma prevista na legislação vigente à data da sua concessão. A Lei n. 9.032/1995 somente pode ser aplicada às concessões ocorridas a partir de sua entrada em vigor. 16. No caso em apreço, aplica-se o teor do art. 75 da Lei n. 8.213/1991 em sua redação ao momento da concessão do benefício à recorrida. 17. Recurso conhecido e provido para reformar o acórdão recorrido. (RE 415454, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 08/02/2007, DJe-131 DIVULG 25-10-2007 PUBLIC 26-10-2007 DJ 26-10-2007 PP-00042 EMENT VOL-02295-06 PP-01004)

⁴⁸ EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INSS. PENSÃO POR MORTE. LEI N. 9.032/95. APLICAÇÃO RETROATIVA. NÃO OCORRÊNCIA. EXTENSÃO DO AUMENTO A TODOS OS BENEFICIÁRIOS. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. 1. O aumento da pensão por morte, previsto na Lei n. 9.032/95, aplica-se a todos os beneficiários, inclusive aos que já percebiam o benefício anteriormente à edição desse texto normativo. 2. Inexiste aplicação retroativa de lei nova para prejudicar ato jurídico perfeito ou suposto direito adquirido por parte da Administração Pública, mas sim de incidência imediata de nova norma para regular situação jurídica que, embora tenha se aperfeiçoado no passado, irradia efeitos jurídicos para o futuro. 3. O sistema público de previdência social é baseado no princípio da solidariedade [art. 3.º, inciso I, da CB/88], contribuindo os ativos para financiar os benefícios pagos aos inativos. Se todos, inclusive inativos e pensionistas, estão sujeitos ao pagamento das contribuições, bem como aos aumentos de suas alíquotas, seria flagrante a afronta ao princípio da isonomia se o legislador distinguisse, entre os beneficiários, alguns mais e outros menos privilegiados, eis que todos contribuem, conforme as mesmas regras, para financiar o sistema. Se as alterações na legislação sobre custeio atingem a todos, indiscriminadamente, já que as contribuições previdenciárias têm natureza tributária, não há que se estabelecer discriminação entre os beneficiários, sob pena de violação ao princípio constitucional da isonomia. Agravo regimental não provido. (RE 422268 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Primeira Turma, julgado em 31/05/2005, DJ 24-06-2005 PP-00039 EMENT VOL-02197-6 PP-01128). Ipsis literis, mesmo entendimento no RE 441767 AgR/PR e RE 414816 AgR/SC.

⁴⁹ 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 norma de imunidade tributária absoluta. Emenda Constitucional n. 41/2003 (art. 4.º, caput). Regra não retroativa. Incidência sobre fatos geradores ocorridos depois do início de sua vigência. Precedentes da Corte. Inteligência dos arts. 5.º, XXXVI, 146, III, 149, 150, I e III, 194, 195, caput, II e § 6.º, da CF, e art. 4.º, caput, da EC n. 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, submeta-os 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, imunize-lhe 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. 4.º, caput, da EC n. 41/2003. Votos vencidos. Aplicação dos arts. 149, caput, 150, I e III, 194, 195, caput, II e § 6.º, e 201, caput, da CF. Não é inconstitucional o art. 4.º, caput, da Emenda Constitucional n. 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. 4.º, § únic, 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

Em todos esses julgamentos, a solidariedade é entendida como princípio do sistema de financiamento da Previdência Social, reproduzindo-se a lógica da obrigação solidária do direito privado, transportada para o direito público sob a veste de imposição tributária. Os precedentes, invariavelmente, suscitam o princípio da solidariedade no bojo da justificação da finalidade de preservação do equilíbrio financeiro e atuarial e da contributividade.

Em suma, fazem-no com a seguinte leitura, deles extraída:

- a) “o sistema público de previdência social é baseado no princípio da solidariedade [artigo 3º, inciso I, da CB/88], contribuindo os ativos para financiar os benefícios pagos aos inativos⁵⁰” e
- b) “o cumprimento das políticas públicas previdenciárias, exatamente por estar calcado no princípio da solidariedade (CF, art. 3º, I), deve ter como fundamento o fato de que não é possível dissociar as bases contributivas de arrecadação da prévia indicação legislativa da dotação orçamentária exigida (CF, art. 195, §5º)”⁵¹.

Está clara a interpretação dada à solidariedade social, no Excelso, no período de assentamento da eficácia da Constituição de 1988, caracterizado pelos julgamentos da respectiva composição, sem vozes minoritárias em contrassenso, na década de 2000.

A seguir, com fim de sustentar a legitimidade da pesquisa, investigou-se também a postura do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais quanto à aplicação concreta da solidariedade social previdenciária, validando a conclusão feita a partir da análise dos arestos do Supremo. Qual seja: a solidariedade

"cinquenta por cento do" e "sessenta por cento do", constante do art. 4.º, § único, I e II, da EC n. 41/2003. Aplicação dos arts. 145, § 1.º, e 150, II, cc. art. 5.º, caput e § 1.º, e 60, § 4.º, IV, da CF, com restabelecimento do caráter geral da regra do art. 40, § 18.º. São inconstitucionais as expressões "cinquenta por cento do" e "sessenta por cento do", constantes do § único, incisos I e II, do art. 4.º da Emenda Constitucional n. 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. (ADI 3128, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 18/08/2004, DJ 18-02-2005 PP-00004 EMENT VOL-02180-03 PP-00450 RDDT n. 135, 2006, p. 216-218) Ipsis literis, mesmo entendimento na ADI 3105/DF.

⁵⁰ RE 422268 AgR/SP; RE 441767 AgR/PR e RE 414816 AgR/SC.

⁵¹ RE 415454/SC; ADI 3105/DF e ADI 3128/DF

social é aqui evocada como princípio de direito financeiro, disciplina específica derivada do direito administrativo, permeado pela política de responsabilidade fiscal e sustentabilidade própria da gestão dos bens escassos que são destinados ao atendimento das necessidades públicas. O contexto em que foram proferidos nos julgamentos aqui colacionados evidencia que a matéria *decidendi*, em todos os casos, não trata da inclusão social previdenciária, mas do dever contributivo e das suas consequências jurídicas.

Assume-se, então, que o Supremo Tribunal Federal toma a solidariedade social como princípio de direito financeiro, eficaz sobre a contabilidade pública, que faz também efeito reflexo sobre o direito previdenciário. Tal realidade será abordada no próximo Capítulo, sob o ângulo de que a solidariedade social é também princípio de direito previdenciário com conteúdo jurídico distinto e ainda não usado de maneira adequada como recurso semântico na hermenêutica constitucional previdenciária.

2.2.2 Superior Tribunal de Justiça

A situação não é diferente no Superior Tribunal de Justiça. Com os parâmetros de pesquisa “previdenciário” e “solidariedade social” ou “princípio da solidariedade”, encontramos todos alinhados à eficácia do princípio de direito financeiro no direito previdenciário.

O elemento distintivo fundamental entre as imersões nos arestos do STF e do STJ é que neste último podemos perceber a aplicação concreta, em situações de concessão ou denegação de proteção social em ações individuais.

Em alguns casos, percebem-se julgamentos juridicamente coerentes com a estrutura constitucional de eficácia previdenciária do princípio em análise, traduzindo o alcance da segurança obrigatória, que será demonstrado no Capítulo seguinte.

Por exemplo, o REsp 661783/RJ, de relatoria da Min. Maria Thereza de Assis Moura, transcrito em rodapé, que concedeu a proteção previdenciária em julgamento equitativo no qual o descumprimento da solidariedade social previdenciária – ou seja,

do dever contributivo – não seria suficiente para mitigar a realização da finalidade constitucional de segurança social⁵².

Nesse julgamento, a relatora não suscita expressamente a solidariedade social previdenciária para mitigar a solidariedade social financeira, mas é o que de fato faz. Fica evidente a demonstração dessa contradição interna na afirmação da solidariedade social, que tem realização plena no precedente, apesar de figurar como contra-argumento vencido e não como *ratio decidendi*. Ora, o contra-argumento sucumbente tem feição financeira, a solução do caso concreto é previdenciária, e realiza o fim constitucional de solidariedade.

Ambos se sustentam no mesmo fundamento, a considerar seu caráter complexo e teleológico. Como será visto – e é a expressão literal do texto constitucional – a solidariedade é uma *finalidade* tanto no aspecto social (*objetivo*

⁵² PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA PROPORCIONAL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL E LEI N. 8.213/91. FIM DO TÉRMINO DAS CONTRIBUIÇÕES NA VIGÊNCIA DO DECRETO N. 83.080/79 E ANTES DA CONSTITUIÇÃO DE 1988. QUALIDADE DE SEGURADO. PERÍODO DE GRAÇA. DECRETO N. 89.312/84. APLICAÇÃO DA REDAÇÃO ORIGINAL DO ART. 202, § 1.º, DA CONSTITUIÇÃO. LONGA VIDA CONTRIBUTIVA DO SEGURADO. CONTINUIDADE DE VÍNCULO COM O REGIME. RECURSO ESPECIAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. Conquanto a previsão legal de aposentadoria proporcional tenha efetivamente somente se dado com a Constituição Federal de 1988 e, posteriormente, regulamentada pela Lei n. 8.213/91, quando se deu a interrupção das contribuições da recorrida para a Previdência, em dezembro de 1987, estava em vigor o Decreto n. 89.312/84, que, a teor do seu art. 7.º, § 1.º, "d", estendia-lhe a qualidade de segurado por mais 24 meses. 2. A qualidade de segurado é adquirida pelo exercício laboral de atividade abrangida pela previdência social ou pela inscrição e recolhimento das contribuições por parte dos segurados facultativos. Embora o regime privilegie o recolhimento ininterrupto das contribuições, a suspensão dos pagamentos para a previdência não leva à destituição automática do trabalhador do regime, sendo-lhe assegurado, em certos casos, um lapso temporal protetivo, ao qual a doutrina denominou "período de graça". 3. O período de graça é um esforço do legislador para garantir a proteção previdenciária para quem já estava filiado ao sistema por um período mais significativo, evitando-se a caducidade dos direitos previdenciários pela absoluta desconsideração da vida contributiva do segurado. É, na verdade, um favor legal concedido com base na importância social da previdência. Assim, embora a segurada tenha interrompido suas contribuições em dezembro de 1987, quando a Constituição de 1988 entrou em vigor, ela ainda era segurada da previdência. 4. Inviável a negativa do benefício tendo em vista os inúmeros precedentes desta Corte no sentido de que a perda da qualidade de segurado, após a instituição dos requisitos à fruição do benefício, não impede a sua concessão. 5. Conquanto o sistema previdenciário esteja amparado em um racional sistema de custeio das prestações por ele concedidas, não pode levar a efeito uma política de arrecadação voraz, feita a todo custo, desconsiderando-se toda a vida contributiva da segurada, de 27 anos. 6. O reconhecimento do período de graça à segurada não implica o incentivo à fruição de benefícios previdenciários sem a contribuição correspondente e em nada desestimula a solidariedade social sobre a qual o sistema previdenciário deve estar assentado. O advento da Constituição de 1988 indiscutivelmente veio a beneficiar a recorrida, pois em nenhum momento houve o rompimento do seu vínculo jurídico com o INSS. Aplicação da redação originária do art. 202, § 1.º, da Carta Magna. 7. Recurso Especial ao qual se nega provimento. (REsp 661.783/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/05/2008, DJe 16/06/2008).

fundamental da República insculpido no Art. 3º, I) quanto no financeiro (*finalidade* de preservação do equilíbrio financeiro e atuarial no Art. 201, caput).

Ademais, as referências à solidariedade social no STJ reproduzem o viés financeiro da contabilidade pública que, nos casos concretos, manifestam-se pela realização tributária que independe de contrapartidas do Estado para o contribuinte: REsp 87220/SP⁵³; REsp 640412/SC⁵⁴; RMS 26113/MS⁵⁵; aqui reproduzidos, entre outros.

⁵³ PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÃO AO FUNRURAL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. EMPRESA URBANA. LEGALIDADE DA EXAÇÃO. "A JURISPRUDÊNCIA QUE PREVALECE, ANTE OS TERMOS DA LEI, É A DE QUE A SEGURIDADE SOCIAL E DE RESPONSABILIDADE DE TODA A SOCIEDADE, DE FORMA DIRETA E INDIRETA, PREVALECENDO, NA ESPÉCIE, O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL, SEM QUALQUER CONOTAÇÃO TRIBUTÁRIA OU DE CONTRAPRESTAÇÃO LABORAL. DE NADA IMPORTA QUE A EMPRESA RECORRENTE SEJA EMINENTEMENTE URBANA OU QUE CONSTITUA UMA INDÚSTRIA NA ÁREA URBANA, E QUE JÁ CONTRIBUA PARA A PREVIDÊNCIA, NESSA ÁREA (INSS). A LEI NÃO DISTINGUE A CONDIÇÃO, SITUAÇÃO OU NATUREZA DA EMPRESA. A SEGURIDADE SOCIAL, NA ESFERA RURAL, É OBRIGAÇÃO DE TODOS." POR MAIORIA, NEGOU-SE PROVIMENTO AO RECURSO. (REsp 87.220/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, Rel. p/ Acórdão Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/06/1997, DJ 23/03/1998, p. 15).

⁵⁴ PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. REGIME MUNICIPAL DE PREVIDÊNCIA. CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS AO INSS EM DATA ANTERIOR À EDIÇÃO DA LEI MUNICIPAL HAJA VISTA QUE OS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS ERAM ATÉ ENTÃO FILIADOS AO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA 1. A ausência de indicação da lei federal violada revela a deficiência das razões do Recurso Especial, fazendo incidir a Súmula 284 do STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia." 2. O artigo 82, inciso III, do CPC, dispõe que compete ao Ministério Público intervir: "III - em todas as demais causas em que há interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte." 3. A escorreita exegese da dicção legal impõe a distinção jus-filosófica entre o interesse público primário e o interesse da administração, cognominado "interesse público secundário". 4. Deveras, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração. Nessa última hipótese, não é necessária a atuação do Parquet no mister de custos legis. 5. Hipótese em que se revela evidente a ausência de interesse público indisponível, haja vista tratar-se de litígio travado entre o INSS e Município, onde se questiona o pagamento de contribuições previdenciárias. 6. Ademais, a suposta nulidade somente pode ser decretada se comprovado o prejuízo para os fins de justiça do processo, em razão do Princípio de que "não há nulidade sem prejuízo" ("*pas des nullitè sans grief*"). 7. A Lei Municipal, que criou o sistema próprio de previdência do Município, institui a contribuição social incidente sobre o salário dos servidores municipais e, em razão do Princípio da Anterioridade nonagesimal, previsto no art. 195, § 6.º, da Constituição Federal, fez a mesma incidir, somente, após decorridos noventa dias da sua edição. 8. *In casu*, a ação foi ajuizada com o objetivo de ver declarada a nulidade da NFLD - Notificação Fiscal de Lançamento de Débito, lavrada em razão do não pagamento no período de 09/91 a 11/91, 04/92, 05/92, 08/92, 12/92 a 05/93, 07/93 a 05/95, 07/95 e 08/95. Por sua vez, verifica-se que a Lei Municipal n.º 856, que instituiu sistema próprio de previdência do Município de Otacílio Costa, foi editada em 01.06.1995. Conseqüentemente, somente a partir de 01/09/1995 é que as contribuições previdenciárias poderiam ser exigidas com fulcro naquele diploma normativo, motivo pelo qual os

Os enunciados do princípio da solidariedade, com repetição quantitativa nos arestos do STJ, que cristalizam o sentido que tem sido dado ao instituto, tanto no Regime Geral

débitos anteriores a esta data restaram perfeitamente exigíveis pelo INSS, porquanto, à época, eram os servidores vinculados ao Regime Geral de Previdência Social, que pressupõe, para sua fonte de custeio, o Princípio da Solidariedade Social. 9. Revela acertado, portanto, o aresto recorrido, ao assentar : "(...) No caso dos autos, só adveio regime municipal próprio com a implantação do regime estabelecido pela Lei Municipal n. 856/1995. Antes disso, tinha-se a vinculação dos respectivos servidores ao Regime Geral de Previdência Social, instituído pela Lei 8.212/91, forte no seu art. 13. Não há que se ver nisso nenhuma violação à autonomia municipal. De fato, podia ela instituir regime previdenciário próprio. Não o fazendo, seus servidores se mantinham vinculados ao regime geral, até porque a instituição e manutenção de um regime de previdência social geral é imposição constitucional (art. 201 da CF) e direito constitucional dos trabalhadores(...)" 9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido. (REsp 640.412/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/05/2005, DJ 13/06/2005, p. 176)

⁵⁵ CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE PROVENTOS DE INATIVO. MILITAR. LEI SUL-MATO-GROSSENSE. EC N. 41/03. ARTS. 40 E 42, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL. PRECEDENTES. 1. Tratam os autos de mandado de segurança objetivando afastar o desconto previdenciário de 11% (onze por cento) sobre os proventos de bombeiro militar estadual inativo determinado pela Lei Estadual sul-mato-grossense n. 3.150/05, que instituiu o Regime de Previdência Social do Estado de Mato Grosso do Sul. Liminar indeferida (fl. 21). O TJMS (fls. 148/160), por maioria, denegou a segurança, por entender que não havia ilegalidade e inconstitucionalidade na Lei n. 3.150/05 que determinou o desconto previdenciário aos militares estaduais inativos. Parecer do MPF pelo desprovimento do apelo. 2. A contribuição previdenciária tem como fato gerador a percepção de proventos de aposentadorias ou pensões, na forma do art. 4.º, parágrafo único, da EC n. 41/03, devendo ser instituída pelo ente titular de competência para arrecadá-la em seu território, por lei em sentido material, conforme o art. 150, I, da Constituição Federal. No Estado do Rio de Janeiro, a Lei 4.275/04 materializou a determinação constitucional, normatizando a submissão dos servidores militares às contribuições de natureza previdenciária. 3. O texto do art. 40 da Constituição Federal, alterado pela EC n. 41/03, é claro ao eleger como destinatários de seu comando tanto o funcionalismo civil como o militar; tanto os servidores da ativa como os aposentados. A extensão de tratamento diferenciado e privilegiado aos servidores públicos militares não pode ser permitida, devendo-se consolidar o entendimento de que a 3.150/2005 do Estado do Mato Grosso do Sul apenas disciplinou a matéria sob os auspícios do texto da Carta Maior, fundando-se na solidariedade social e na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da previdência. 4. Em similar linha de pensar, destaco os seguintes julgados: - A Primeira Seção desta Corte tem entendido, a partir do julgamento da Suprema Corte na ADIn 3.105/DF, que é devida a contribuição previdenciária incidente sobre proventos de inativos, inclusive servidores militares. Precedentes (RMS 19.956/RJ, 20.242/RJ e 20.293/RJ, dentre outros). (RMS 20.294/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 13/04/2007). - O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADIn 3.105/DF, declarou a constitucionalidade da EC 41/2003, na parte que estendeu aos servidores inativos e pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, a cobrança da contribuição para o custeio do regime de que trata o art. 40 da Constituição Federal. A nova redação conferida ao art. 40 da Constituição Federal, pela EC 41/2003, tem aplicação tanto aos servidores públicos civis quanto aos militares. Precedentes. (RMS 21.223/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 19/10/2006). 5. Recurso ordinário em mandado de segurança não-provido. (RMS 26.113/MS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/04/2008, DJe 30/04/2008).

de Previdência Social quanto no Regime Próprio dos Servidores Públicos, são os seguintes:

- a) “O regime previdenciário hoje consagrado na Constituição, especialmente após a EC 41/2003, que alterou o art. 40, § 3.º, da CF, tem caráter contributivo, mas traz incorporado um princípio antes previsto apenas para o regime geral da previdência: o princípio da solidariedade. Por força desse princípio, o financiamento da previdência não tem como contrapartida necessária a previsão de prestações específicas ou proporcionais em favor do contribuinte. A manifestação mais evidente do enunciado é a sujeição à contribuição dos próprios inativos e pensionistas”⁵⁶ e
- b) “O regime previdenciário do servidor público, consagrado na Constituição Republicana de 1988, funda-se no princípio da solidariedade (art. 40 da CF), por força do qual o financiamento da previdência não tem como contrapartida necessária a previsão de prestações específicas ou proporcionais em favor do contribuinte”⁵⁷.

Da expressão do STJ, percebe-se, por um lado, que a prática do direito previdenciário propriamente dito passa à margem do enunciado da solidariedade social, que não figura, via de regra, como razão de decidir em casos difíceis.

Ou seja, naqueles em que se torna necessária a coercitividade do instituto da obrigatoriedade da segurança, como realização do objetivo constitucional de solidariedade, resolvem-se pelo enunciado abstrato da equidade ou da justiça os casos concretos, por meio de figuras hermenêuticas que dependem do senso e da convicção judiciais, ficando frustrada sua realização de imediato no próprio ambiente administrativo, o que evitaria a judicialização dos conflitos.

Ainda, nota-se que quando figura como razão de decidir, o princípio da solidariedade surge na casuística do direito tributário, que é, quase sempre, resolvida na sua veste de princípio de direito financeiro, sob a perspectiva do dever fundamental,

⁵⁶ Por todos, trecho da ementa do REsp 731.132/PE, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/10/2008, DJe 20/10/2008.

⁵⁷ Por todos, trecho da ementa do EREsp 512.848/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/03/2009, DJe 20/04/2009.

da obrigação a todos imposta, voltada à realização do caráter contributivo do sistema previdenciário.

2.2.3 Tribunais Regionais Federais

O panorama não é diferente nos Tribunais Regionais Federais, como se demonstra adiante. Neles, o princípio da solidariedade também serve comumente, a exceção da Quarta Região, como fundamento jurídico da arrecadação sem contrapartida direta para os segurados, a ver.

2.2.3.1 Tribunal Regional Federal da 1.ª Região

No TRF da 1.ª Região, o princípio da solidariedade é suscitado com mais frequência para o caso específico de inexistência de contrapartida decorrente da contribuição feita pelos trabalhadores já aposentados, que continuam obrigados por força do Art. 12, §4º da Lei nº 8.212/91, de Custeio da Previdência Social e do Art. 11, §3º da Lei n. 8.213/91, de Benefícios da Previdência Social – LBPS, que julga constitucionais, em realização da eficácia daquele princípio⁵⁸.

Além disso, o princípio da solidariedade também tem servido como fundamento para justificar a irrepitibilidade de contribuições feitas além do teto do

⁵⁸ CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PAGAMENTO EFETUADO POR CONTRIBUINTE APOSENTADO. REMUNERAÇÃO AUFERIDA PELO APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 12, §4º, DA LEI N. 8.212/91 E DO ART. 11, §3º, DA LEI N. 8.213/91. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE. 1. Esta Corte Regional, na esteira da jurisprudência do STF, firmou o entendimento de que é legítima a incidência de contribuição previdenciária sobre a remuneração auferida em decorrência de vínculo laboral, pelo aposentado que retorna à atividade. Trata-se de obediência ao princípio da solidariedade e da reserva legal (art. 201, §11, da CF/88). 2. Precedente do TRF1: AC 2006.38.06.001222-2/MG, Rel. Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, Conv. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (conv.), Sétima Turma, e-DJF1 p.264 de 09/01/2009. 3. Apelação não provida. (AC 0005868-56.1999.4.01.4000 / PI, Rel. JUIZ FEDERAL FAUSTO MENDANHA GONZAGA, 6.ª TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 p.377 de 22/05/2013). No mesmo sentido: AC 0000414-66.2006.4.01.3801 / MG, Rel. JUIZ FEDERAL FAUSTO MENDANHA GONZAGA, 6.ª TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 p.155 de 10/10/2012; AC 0000894-12.2004.4.01.3802 / MG, Rel. JUIZ FEDERAL SILVIO COIMBRA MOURTHÉ, 6ª TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 p.176 de 29/08/2012; AC 0016635-46.2004.4.01.3300 / BA, Rel. JUIZ FEDERAL FAUSTO MENDANHA GONZAGA, 6.ª TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 p.181 de 18/07/2012; entre outros.

salário-de-contribuição por profissionais que exercem atividades concomitantes. A ideia é que, como estão obrigados a recolher por força de disposição legal, não importa que os valores excedentes não venham a integrar o cálculo da aposentadoria: também aqui, a justificção da inexistência de correlação direta entre as contribuições do cidadão e o futuro benefício previdenciário⁵⁹.

Outra ocorrência notável é o uso deste princípio como norma legitimadora da arrecadação previdenciária de ofício na execução trabalhista, que não pode – sob tal fundamento – ser obstada pelo argumento de que o segurado não tem interesse direto na alteração dos salários-de-contribuição no Cadastro Nacional de Informações Sociais – CNIS. Essa falta de interesse pode se dar por ocasião de o período de trabalho a que se referem os créditos trabalhistas não estar contido no período básico de cálculo do benefício previdenciário, por ser, por exemplo, posterior à respectiva concessão, como nos casos anteriores, ou mesmo anterior, em casos de reclamações propostas antes de 1994 com execução posterior a 1999 (eventuais efeitos do Art. 3.º, *caput* da Lei 9.876/99). Nesses casos, a execução fica legitimada, em eficácia concreta do princípio da solidariedade⁶⁰.

⁵⁹ PREVIDENCIÁRIO. PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE. TETO. IMPOSSIBILIDADE DE DEVOLUÇÃO. RECURSO PROVIDO. A Seguridade Social pauta-se pelo princípio da solidariedade e, tendo as contribuições previdenciárias sido recolhidas por determinação legal, em virtude do exercício de atividade profissional remunerada vinculada ao Regime Geral de Previdência Social, não há que se falar em devolução do valor que exceder ao teto do salário de contribuição. (REsp 691.837/AL, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 20/08/2009, DJe 28/09/2009) (AC 0029173-24.1998.4.01.3800 / MG, Rel. JUIZ FEDERAL JOSÉ ALEXANDRE FRANCO, 2.ª TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 p.243 de 04/10/2012)

⁶⁰ PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. SENTENÇA TRABALHISTA QUE RECONHECE TEMPO DE SERVIÇO POR FORÇA DE ACORDO ENTRE AS PARTES. VALOR PROBANTE DE INÍCIO DE PROVA MATERIAL. PRESUMIDA A BOA FÉ DO REQUERENTE. REPETIÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL. (...) 6. Não procede o pedido de restituição das contribuições previdenciárias vertidas após a aludida data porquanto destinada ao custeio do Regime Geral da Previdência Social, não sendo afetas ao contribuinte de forma individualizada, em respeito ao princípio da solidariedade social. Ademais, não há dúvida de que o segurado aposentado que volta ou continua a exercer atividade remunerada reassume ou mantém a qualidade de contribuinte obrigatório da Seguridade Social, a teor do disposto do art. 12, §4º, da Lei n. 8.212/91. (...) (AC 0000946-59.2005.4.01.3806 / MG, Rel. JUÍZA FEDERAL ROGÉRIA MARIA CASTRO DEBELLI, 2.ª TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 p.289 de 12/04/2012).

2.2.3.2 Tribunal Regional Federal da 2.^a Região

O caso da segunda região federal é interessante pois, além de expressões consonantes com as já encontradas nos tribunais superiores e na primeira região – sobremaneira quanto à solidariedade como inexistência de contrapartida –, nela o instituto aparece como fundamento para afastamento da tese da desaposentação. Construiu-se ementa-padrão com enunciado do conteúdo jurídico do princípio da solidariedade apontando sua previsão normativa e indicando a respectiva consequência jurídica que, no contexto (em nota de rodapé), impediria a renúncia do benefício e o aproveitamento das contribuições vertidas após o primeiro jubileamento:

O modelo bismarckiano em que se apoia o direito previdenciário brasileiro tem por base o princípio da solidariedade (arts. 194 e 195 da CF/88), segundo o qual o segurado não contribui para custear o seu próprio benefício, mas, sim, a sua contribuição destina-se, na verdade, a viabilizar o pagamento dos benefícios devidos a todos os que reuniram as condições para o seu gozo e fruição. Neste sistema, eleito pelo legislador brasileiro, a manutenção de seu equilíbrio financeiro e atuarial depende, necessariamente, da existência de fonte de custeio para a concessão de novos benefícios⁶¹.

⁶¹ PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO. DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA AO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA. NECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DOS VALORES PERCEBIDOS PELO SEGURADO-RENUNCIANTE A TÍTULO DE APOSENTADORIA PROPORCIONAL. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA ENTRE SEGURADOS E DA SOLIDARIEDADE. MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO FINANCEIRO E ATUARIAL DO SISTEMA. 1. Não tendo sido manifestada, pelo segurado, a intenção de devolver as parcelas que lhe foram pagas a título de aposentadoria proporcional anterior, não há que se falar em renúncia ao benefício para obtenção de nova aposentadoria em condições mais vantajosas. 2. Afigura-se não razoável que o exercício do direito à renúncia, ainda que admitido, somente surtisse os efeitos que viessem a favorecer ao segurado-renunciante, em prejuízo da Autarquia que, além de surpreendida com a novidade introduzida pela jurisprudência consagradora do instituto da desaposentação, de resto não expressamente previsto em lei, também viesse a arcar com todos os ônus do exercício desse direito por parte de seus milhares de segurados, inclusive no que tange ao não ressarcimento dos valores mensalmente pagos de boa-fé, muitas vezes por longos anos, a título de proventos de aposentadorias. 3. Permitir a desaposentação sem a exigência de devolução dos valores anteriormente recebidos pelo desaposentado criaria odiosa desigualdade em relação aos segurados que, embora reunindo as condições para obter a aposentadoria proporcional, deixaram de requerê-la e continuaram a trabalhar almejando a concessão do benefício integral, confiantes em que seria observada a letra da lei. A mudança das regras do jogo após o início da partida, na hipótese de desaposentação, significaria flagrante desrespeito ao princípio constitucional da isonomia (art. 5.º, caput, da Constituição) e, de forma injusta, deixaria em desvantagem justamente aqueles segurados que se ativeram aos contornos mais estreitos da legislação previdenciária. 4. O modelo bismarckiano em que se apoia o direito previdenciário brasileiro tem por base o princípio da solidariedade (arts. 194 e 195 da CF/88), segundo o qual o segurado não contribui para custear o seu próprio benefício, mas, sim, a sua contribuição se destina, na verdade, a viabilizar o pagamento dos benefícios devidos a todos os que reuniram as condições para o seu gozo e fruição. Neste sistema, eleito pelo legislador brasileiro, a manutenção de seu equilíbrio financeiro e atuarial depende, necessariamente, da existência de fonte de

A ementa se refere ao modelo idealizado por Otto Von Bismarck, na Alemanha, na década de 1880, de financiamento por repartição simples, em que a população ativa, em solidariedade ativa, sustenta os benefícios pagos à população inativa, e não pavimenta a sustentabilidade dos próprios benefícios.

Voltado para a ética do custeio do sistema de previdência básica pública, o TRF da 2.^a Região indica os Art. 194 e 195 da Constituição da República como previsões normativas bastantes do princípio da solidariedade, a despeito do Art. 3.^o, I da Carta Magna e de seu corolário previdenciário contido no Art. 201 – cuja complexidade é enfrentada no Capítulo 3 adiante.

Como expressão cabal da inexistência de contrapartida entre contribuições e benefícios, está – nesse ponto de vista – o fato de que toda a sociedade participa do custeio do sistema previdenciário, mas nem toda ela dele se beneficia: assim como as empresas têm contribuições tanto pela tomada de trabalho quanto pela realização de lucro, por exemplo, sem qualquer retribuição pública, também os aposentados que voltem ao trabalho pode ser destinado esse dever.

2.2.3.3 Tribunal Regional Federal da 3.^a Região

A Região Federal que abriga o Estado de São Paulo também se serve interpretação do princípio da solidariedade social inferindo que o conteúdo da respectiva norma jurídica é a justificação da contribuição sem contrapartida, na perspectiva do financiamento.

Três situações chamam atenção na pesquisa realizada no TRF da 3.^a Região. Duas delas ocorrem em teses de grande repercussão, quais sejam a desaposentação e a incidência do fator previdenciário, e outra que nos julgamentos isolados soa coerente à luz desse contexto e pode ser apontada como um lampejo de dissonância, a ver:

custeio para a concessão de novos benefícios. 5. A devolução dos valores pagos pela Autarquia ao segurado que percebia aposentadoria proporcional e se ‘desaposenta’ constitui a fonte de custeio necessária ao pagamento de sua aposentadoria integral com o resguardo do direito dos demais aposentados, ou seja, sem o rompimento do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário. 6. Apelação da parte autora desprovida. (AC 201250060012983, Segunda Turma Especializada, Rel. Des. Marcelo Pereira da Silva, E-DJF2R 26/09/2013), entre outras dezenas de ocorrências com a mesma redação.

- a) primeiro: o princípio é evocado, assim como na 2.^a Região, como *ratio decidendi* da improcedência da tese da desaposentação, entendimento que foi reiterado após o julgamento da matéria em regime de recursos repetitivos do Art. 543-C do Código de Processo Civil pelo STJ, em sentido diametralmente contrário, em razão da afetação da matéria em repercussão geral pelo STF⁶²;
- b) segundo: exsurge o argumento da *solidariedade entre gerações* para justificar a incidência do fator previdenciário, que achata o valor do benefício de segurados com alta expectativa de sobrevida⁶³.

⁶² PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA PARA SUBSTITUIÇÃO POR OUTRA MAIS VANTAJOSA. CÔMPUTO DE LABOR POSTERIOR À APOSENTAÇÃO. INADMISSIBILIDADE. I - Pedido de desaposentação, consistente na substituição da aposentadoria percebida pela parte autora por outra mais vantajosa, com o cômputo de período laboral posterior ao afastamento, sem restituição dos proventos percebidos. II - O tempo de serviço posterior à aposentadoria não gera direito à nova aposentadoria dentro do Regime Geral de Previdência Social nem pode ser computado para fins de aumento de coeficiente de aposentadoria proporcional. III - Se a lei de regência somente previu o aproveitamento da atividade e das contribuições recolhidas posteriormente à aposentadoria para fins de salário-família e de reabilitação profissional, não pode o Poder Judiciário, em evidente quebra do princípio da Separação de Poderes, exercer função legislativa e permitir que o segurado substitua o benefício em manutenção. IV - Pretensão não encontra amparo no ordenamento jurídico vigente, afrontando o princípio da estrita legalidade que norteia os atos administrativos. V - O fato de o aposentado se tornar contribuinte não leva à necessidade de o Estado oferecer contraprestação, já que vigora, no sistema previdenciário, o princípio da solidariedade entre indivíduos e gerações. VI - Não se ignora o julgamento proferido pelo E. Superior Tribunal de Justiça no RESP n. 1.332.488/SC, submetido à disciplina do artigo 543-C do Código de Processo Civil, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 08/05/2013, DJe 14/05/2013. VII - A matéria em debate também é objeto de análise pelo E. Supremo Tribunal Federal no RE n. 661256/SC, Rel. Min. Ayres Britto, que reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional. VIII - O artigo 102, da Constituição Federal, determina que uma vez reconhecida a existência de repercussão geral da matéria constitucional, a competência para exame da matéria é constitucionalmente atribuída à Corte Suprema. IX - Da manifestação do então Ministro Relator constou ser "oportuna a submissão do presente caso ao Plenário Virtual, a fim de que o entendimento a ser fixado pelo Supremo Tribunal Federal possa nortear as decisões dos Tribunais do País nos numerosos casos que envolvem a controvérsia". X - O artigo 543-C, do Código de Processo Civil, não impede o julgamento do tema de maneira diversa, posto que "mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial" (art. 543-C, § 8º, CPC). XI - Apelo do INSS provido. XII - Prejudicado o apelo da parte autora. XIII - Sentença reformada. TRF3; OITAVA TURMA; AC 00198131-34.2013.4.03.9999, Rel. Juíza Conv. Raquel Perrini. No mesmo sentido, apelações cíveis: 0008411-58.2005.4.03.6104; 0006033-42.2012.4.03.6183; 0019831-34.2013.4.03.9999; 0004336-48.2011.4.03.6109; 0001715-07.2009.4.03.6317, entre outras centenas.

⁶³ PROCESSUAL E PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. CONSTITUCIONALIDADE. - Com a Emenda Constitucional n. 20/98, publicada em 16/12/98, o artigo 201 da Constituição Federal passou a ter nova redação, prevendo, em seu parágrafo 3.º, que a atualização dos salários de contribuição deveria ser feita na forma da lei. Destarte, foi editada a Lei n. 9.876/99 que, ao instituir o fator previdenciário e sua forma de apuração, deu nova redação ao artigo 29 da Lei n. 8.213/91. - Os cálculos dos salários-de-benefício de aposentadorias por tempo de contribuição e por idade concedidos após a vigência da Lei n. 9.876/99

Por fim, o lampejo: reconhece-se que as contribuições previdenciárias não podem ser exigidas a fundo perdido, indiscriminadamente, sobre quaisquer rubricas da folha de pagamento – no caso, de servidores públicos. As contribuições previdenciárias devem incidir exclusivamente sobre verbas remuneratórias, e obedecer não apenas à solidariedade, mas, também, à *regra da contrapartida*. Decide-se não tributar o adicional de férias e a respectiva restituição, pois não haverá contrapartida (gozo de férias) quando da inatividade⁶⁴.

observam, particularmente, o fator previdenciário obtido mediante uso de fórmula que considera idade, expectativa de sobrevida e tempo de contribuição do segurado ao se aposentar. - Cumpre ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) a apuração anual da expectativa de sobrevida da população brasileira, considerando-se a média nacional única para ambos os sexos. - Nos termos do artigo 2.º do Decreto n. 3.266, de 29.11.1999, 'compete ao IBGE publicar, anualmente, até o dia primeiro de dezembro, no Diário Oficial da União, a tábua completa de mortalidade para o total da população brasileira referente ao ano anterior.' - A tábua de mortalidade a ser empregada é a vigente na data do requerimento do benefício, conforme disposto no artigo 32, § 13, do Decreto n. 3.048/1999, com as alterações promovidas pelo Decreto n. 3.265/1999 ('Publicada a tábua de mortalidade, os benefícios previdenciários requeridos a partir dessa data considerarão a nova expectativa de sobrevida'). - O Supremo Tribunal Federal decidiu, no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.110, que não existe inconstitucionalidade no artigo 2º da Lei nº 9.876/99, que introduziu o fator previdenciário no cálculo de benefício, porquanto os respectivos critérios não estão traçados na Constituição, cabendo à lei sua definição, dentro das balizas impostas pelo artigo 201, a saber, preservação do equilíbrio financeiro e atuarial, reconhecendo nas normas legais os elementos necessários ao atingimento de tal finalidade. - A sistemática introduzida se coaduna com o sistema de repartição simples, em que se funda o regime previdenciário, baseado na solidariedade entre indivíduos e gerações e que autoriza o tratamento diferenciado entre aqueles que contribuíram ou usufruirão por tempo maior ou menor. - De igual modo, rechaçada pelo STF a inconstitucionalidade dos artigos 6.º e 7.º da citada lei, no julgamento da medida cautelar na ADI 2110. - Reconhecida, na ADI 2111, a constitucionalidade do artigo 3.º, da Lei n. 9.867/99, que estabeleceu norma de transição, reiterando, na esteira de seus precedentes, que a aposentadoria se rege pela norma vigente quando da satisfação de todos os requisitos exigidos para sua concessão, porquanto somente então se há falar em direito adquirido. - Conquanto se alegue não serem definitivos os julgamentos ocorridos nas ADIs 2.111 e 2.110, ao argumento de que a matéria foi apreciada apenas em sede de medida cautelar, tal posicionamento vem sendo mantido nos julgados recentes do Supremo Tribunal Federal. - Legítima, portanto, a conduta do INSS ao aplicar a fórmula do fator previdenciário no cálculo dos benefícios de aposentadoria por tempo de contribuição ou por idade concedidos a partir de 29/11/1999. - Apelação a que se nega provimento. TRF3, AC 0030213-86.2013.4.03.9999, Rel. Des. Therezinha Cazerta, e-DJF3 Judicial 1 DATA:06/12/2013

⁶⁴ PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. DECISÃO TERMINATIVA. SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS. INEXIGIBILIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE O ADICIONAL DE FÉRIAS E A RESPECTIVA RESTITUIÇÃO. (...) V - O entendimento aqui adotado parte da premissa de que a parcela em discussão não possui natureza salarial e, conseqüentemente, da melhor inteligência dos artigos 1.º, da Lei n. 9.783/99; 4.º da Lei n. 10.887/04; artigos 40, 194 e 195, da CF/88; e 185, da Lei n. 8.112/90, sendo certo que este posicionamento não significa o afastamento da aplicação ou de violação a quaisquer destes dispositivos. Neste ponto, observo que, ao reverso do quanto alegado pela União, os artigos 1.º, da Lei n. 9.783/99, e 4.º, da Lei n. 10.887/04, não trazem um rol taxativo das verbas não remuneratórias pagas aos servidores públicos, cabendo ao intérprete analisar as peculiaridades de cada verba e, com isso, verificar se esta possui ou não natureza jurídica remuneratória. Gize-se, ainda, que o princípio da

Essa regra da contrapartida é analisada com cuidado no Capítulo 3 adiante, no ponto da solidariedade como *realização* da Previdência Social que promova a *solidez* da sociedade capitalista.

Tal análise é relevante, pois a proporcionalidade do benefício em razão das remunerações históricas e das contribuições vertidas pelo segurado é um elemento essencial do sistema atuarial posto, com evidência para o período básico de cálculo estendido para *todo o período contributivo* por força da Lei n. 9.876/99.

A estrutura de repartição se simples bismarckiana, nesse contexto, deixa de ser um atributo dos regimes de previdência para se tornar, de fato, ou um instituto histórico – pois está superado – ou mítico, pois está inauferível pela experiência concreta, ou, ainda, ideológico, pela justificação autopoiética da arrecadação tributária, a ver. Ao se prosseguir esta investigação, parte-se para a 4.^a Região Federal.

2.2.3.4 Tribunal Regional Federal da 4.^a Região

Neste tribunal, o princípio da solidariedade social também tem fundamento normativo indicado no Art. 195, *caput*, como nos acima ilustrados, mas percebe-se um processo de densificação do *sentido* teleológico de solidez social cuja eficácia jurídica busca-se talhar nos Capítulos 3 e 4 deste trabalho, a partir as bases revisitadas no Capítulo 1.

À primeira monta, é notável rara menção com fonte no Art. 3º, III da Constituição da República, como dever do Estado, e não do indivíduo:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR MILITAR TEMPORÁRIO. TRATAMENTO MÉDICO. DANO MORAL. 1. O militar desligado do serviço por força de incapacidade parcial para atividades da vida militar, na hipótese de não adquirir capacidade laborativa, não logrará inserção no

solidariedade (artigos 40, 194 e 195, da CF/88 e 185, da Lei n. 8.112/90), por si, não autoriza a incidência da contribuição previdenciária sobre todas as verbas pagas aos servidores. Afinal, por esta ótica, todas as parcelas pagas aos servidores serviriam de base de cálculo de contribuição, o que, a toda evidência, não é razoável. Portanto, para que haja referida incidência, é preciso que seja observada, também, a regra da contrapartida. Não se verificando esta, tal como *in casu*, não se legitima a exação. Posto isso, a sentença apelada há que ser mantida, reconhecendo-se que não incide contribuição previdenciária sobre o adicional de férias (terço de férias) (TRF3; SEGUNDA TURMA; AC 0001358-98.2011.4.03.610.9-SP, Rel Min. Des. Cecília Mello; e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/09/2013).

mercado de trabalho, nem, portanto, emprego formal que lhe garanta, por meio da vinculação ao regime previdenciário, as garantias do trabalhador segurado, notadamente as licenças médicas e a aposentadoria por invalidez, esta baseada na impossibilidade de se acolher a doença preexistente. 2. A Administração militar tem o dever de providenciar o restabelecimento do cidadão, tendo ou não o serviço militar correlação com a moléstia inaugurada no serviço. Trata-se de princípio de solidariedade social, baseada na valoração da dignidade humana, princípio fundamental da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, III)⁶⁵.

Além disso, ainda que no viés tributário, na 4.^a Região Federal, reconhece-se o fato de que a Previdência seja suportada por todos, não pelo contribuinte específico, com a garantia de segurança obrigatória e concessão da proteção social, apesar da insuficiência de suas contribuições históricas para o custeio daquele benefício.

Na ementa de lavra do Des. Ricardo Teixeira do Valle Pereira, que representa o entendimento reiterado da Quinta Turma daquela Corte, está expresso:

CONSTITUCIONAL PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE DE COMPANHEIRA E MÃE. SEGURADA ESPECIAL. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 25 DA LEI 8.212/91 E 39 DA LEI 8.213/91 EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE ARRECADAÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES SUFICIENTE AO CUSTEIO. REJEIÇÃO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. 1. Adotou o Brasil em matéria de previdência social o denominado regime de repartição, ao influxo, a propósito, do princípio da solidariedade que informa a seguridade social, de modo que o financiamento é de responsabilidade de toda a coletividade, não havendo vinculação entre recolhimentos específicos e benefícios futuros. 2. O financiamento da seguridade não se dá somente com as receitas decorrentes do pagamento de contribuições, mas também de fontes outras (caput do art. 195 da CF, art. 11 da Lei 8.212/91). 3. Não se cogita de inconstitucionalidade do artigo 25 da Lei 8.212/91 e do artigo 39 da Lei 8.213/91 frente aos artigos 195, §§ 5º e 8º, e 201 da CF, pelo fato de a arrecadação decorrente dos recolhimentos feitos com base na receita bruta proveniente da comercialização da produção por parte dos segurados especiais ser inferior às despesas geradas pelo pagamento de benefícios a esta categoria. 4. A concessão do benefício de pensão por morte depende da ocorrência do evento morte, da demonstração da qualidade de segurado do *de cujus* e da condição de dependente de quem objetiva a pensão. 5. Presentes todos os requisitos, fazem jus os autores à concessão do benefício.⁶⁶

⁶⁵ TRF4, AC 2005.71.10.001496-5, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão Márcio Antônio Rocha, D.E. 30/04/2007.

⁶⁶ TRF4, AC 0000129-75.2013.404.9999, Quinta Turma, Relator Ricardo Teixeira do Valle Pereira, D.E. 14/05/2013. No mesmo sentido, TRF4, AC 0013556-42.2013.404.9999, Quinta Turma, Relator Ricardo Teixeira do Valle Pereira, D.E. 27/09/2013, TRF4, AC 0000129-75.2013.404.9999, Quinta Turma, Relator Ricardo Teixeira do Valle Pereira, D.E. 14/05/2013, TRF4, AC 0017849-89.2012.404.9999, Quinta Turma, Relator Ricardo Teixeira do Valle Pereira, D.E. 16/04/2013, entre outros inúmeros.

Essa matriz de entendimento denota um raro aproveitamento do sentido da solidariedade social construído historicamente, que não nega o caráter contributivo e a necessidade de realizar a arrecadação tributária, porém percebe que tais primados não ficam prejudicados pela justa proteção social do caso concreto. Como ver-se-á adiante, esses raciocínios não são antagônicos, apesar do que se induz na casuística, mas complementares – tornando tal princípio em análise instituto pluriunívoco cuja complexidade não tem sido adequadamente dissecada.

O maduro alinhamento, nesse aspecto, das Turmas previdenciárias do TRF da 4.^a Região, resolveria de forma adequada diversas situações concretas em que se decide – como vemos na investigação da jurisprudência reiterada das diversas regiões e dos tribunais superiores – com foco exclusivo na sustentabilidade intrínseca do caso concreto, negando vigência para a densa proposta constitucional de cobertura dos riscos sociais. Por sua vez, a sustentabilidade estrutural não é negligenciada, por que medidas políticas são indicadas para a respectiva promoção, a partir do direito já existente, no Capítulo 5 adiante.

Os arestos do TRF da 4.^a Região ainda chamam aos olhos pela solução diversa – consonante com a do STJ, inclusive anterior a esta, mas dissonante com as três regiões federais anteriormente analisadas – dada à tese da desaposentação, mesmo com enfrentamento do princípio da solidariedade social. É a leitura unânime e reiterada de suas turmas previdenciárias:

A efetivação do direito à renúncia impõe afastar eventual alegação de enriquecimento sem causa do segurado, uma vez que a percepção do benefício decorreu da implementação dos requisitos legais, incluídos nestes as devidas contribuições previdenciárias e atendimento do período de carência. De outra parte, o retorno à atividade laborativa ensejou novas contribuições à Previdência Social e, mesmo que não remetam ao direito de outro benefício de aposentação, pelo princípio da solidariedade, este também deve valer na busca de um melhor amparo previdenciário⁶⁷.

O reconhecimento da possibilidade de desaposentação não pressupõe a declaração de inconstitucionalidade do § 2º do art. 18 da Lei n.º 8.213/91. Ao contrário, a constitucionalidade desse dispositivo legal decorre do princípio da solidariedade, que informa o Sistema da Seguridade Social,

⁶⁷ TRF4, AC 0004747-97.2012.404.9999, Quinta Turma, Relator Rogério Favreto, D.E. 24/05/2012, entre outros.

impondo a toda a sociedade, inclusive ao aposentado que continua exercendo atividade laborativa e/ou volta ao mercado de trabalho, a obrigatoriedade de contribuir para a Previdência, de modo a viabilizar o pagamento de benefícios aos segurados inativos e pensionistas (art. 195 da CF).⁶⁸

As soluções são encontradas nos casos concretos, a exemplo dessas duas ementas, a partir do dever da sociedade de promover a adequada proteção social aos trabalhadores que persistiram em atividade após o jubramento, realizando a solidariedade social *de fato*, e não exigindo deles uma retidão desproporcional diante de um Estado que representasse um fim em si mesmo. O colegiado da Quarta Região federal se apresenta, na matéria, como foco pioneiro da evolução do direito previdenciário.

2.2.3.5 Tribunal Regional Federal da 5.^a Região

A Quinta Região federal, por sua vez, alinha-se às três primeiras – só a Quarta Região destoa das demais na matéria –, tratando da solidariedade exclusivamente no

⁶⁸ TRF4, AC 5001435-05.2011.404.7205, Sexta Turma, Relatora Vivian Josete Pantaleão Caminha, D.E. 24/05/2012, entre outros. Ambos os arestos representam a evolução do debate naquele tribunal, tendo em vista que anteriormente os julgamentos eram permeados por outro sentido – e outra consequência jurídica – do mesmo princípio: PREVIDENCIÁRIO. REAPOSENTAÇÃO APÓS O JUBILAMENTO EM RAZÃO DO DESEMPENHO DE ATIVIDADE VINCULADA AO RGPS. INVIABILIDADE CASO NÃO HAJA RESTITUIÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS. ART. 18, § 2.º, DA LEI N. 8.213/91. INCONSTITUCIONALIDADE AFASTADA. PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. COMPENSAÇÃO. 1. Conquanto seja possível, consoante o entendimento jurisprudencial corrente, a renúncia à aposentadoria deferida pelo INSS (por se tratar de direito patrimonial, logo disponível), não é dado ao segurado, em princípio, agregar tempo posterior ao jubramento para obter novo benefício no mesmo regime em bases mais favoráveis. 2. De acordo a sistemática vigente, o segurado aposentado que continuar a exercer atividade vinculada ao Regime Geral de Previdência Social deve recolher as contribuições previdenciárias correspondentes, fazendo jus apenas ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado, nos termos do art. 18, § 2.º, da Lei n. 8.213/91. 3. Deferida a aposentadoria, resta configurado ato jurídico perfeito, de modo que não se pode pretender o desfazimento unilateral para nova fruição no mesmo regime. 4. As contribuições que o aposentado verte quando continua a exercer atividade laborativa ou retorna ao mercado de trabalho são decorrência do princípio da solidariedade que informa o sistema de previdência (art. 195 da CF), sendo constitucional a regra restritiva prevista no § 2.º do artigo 18 da Lei n. 8.213/91. 5. Somente se mostra viável a concessão de nova aposentadoria com agregação de tempo posterior ao jubramento caso ocorra a devolução valores recebidos do INSS, uma vez que todos os efeitos, inclusive os pecuniários, estariam sendo desconstituídos. 6. Diante da sucumbência recíproca e equivalente, restam compensados os honorários advocatícios. (TRF4, AC 5035441-96.2010.404.7100, Quinta Turma, Relator p/ Acórdão Ricardo Teixeira do Valle Pereira, D.E. 21/07/2011).

sentido do financiamento sem contrapartida direta⁶⁹, na esteira dos precedentes do STJ e com soluções, nos casos concretos, semelhantes ou análogas às já ilustradas nos arestos das demais regiões.

Interessantes, nesta região, são julgamentos específicos sobre a justificação das contribuições de grandes empresas e de empresas urbanas para o funcionamento do Sebrae e do Incra, respectivamente, apesar de estas instituições fomentarem apenas pequenas empresas e o desenvolvimento agrário, decididas com base no dever de solidariedade⁷⁰.

2.2.4 Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais

Para concluir a investigação de jurisprudência, confirmando a hipótese de que há um desvio de sentido – ou ao menos uma perda de compreensão de parte significativa de sentido – do conteúdo jurídico da solidariedade social, visita-se a experiência da TNU.

Além de entendimentos semelhantes aos já expostos na análise da jurisprudência dos tribunais regionais federais, a TNU se distingue por ter adotado o mencionado princípio para enfrentar uma série de situações em sede de concessão de benefícios – e não estritamente de custeio tributário, como a justificação da adoção da primeira contribuição efetiva e pontual como termo inicial do prazo de carência, que

⁶⁹ Sobre contribuições feitas ao PSS que não serão revertidas para a aposentadoria, AC00170357420104058300/PE, Terceira Turma, Rel. Des. Marcelo Navarro, 19/09/2013; sobre a inviabilidade da desaposentação, AC08007702020124058000/AL, Quarta Turma, Rel. Des. Edilson Nobre, 02/05/2013; sobre a impossibilidade de devolução das contribuições do aposentado, AC200983000142983/PE, Primeira Turma, Rel. Des. Francisco Cavalcanti, 22/11/2012; sobre a impossibilidade de se acumularem duas aposentadorias do Regime Geral de Previdência Social, AC 020981000160816/CE, Quarta Turma, Rel. Des. Edilson Nobre, 25/10/2011; sobre a estrutura de funcionamento da entidade de previdência privada, AC20078100017396601/CE, Terceira Turma, Rel. Des. Geraldo Apoliano, 29/04/2010, entre outros.

⁷⁰ “Apesar de o Sebrae ter como objetivo o desenvolvimento das micro e pequenas empresas, a contribuição é recolhida também pelas empresas de médio e grande porte, em virtude do princípio da solidariedade social (art. 195 da Constituição Federal)” AC200185000014408, Quarta Turma, Rel. Des. Hélio Sílvio Ourem Campos, 30/03/2010; “As empresas urbanas, mesmo as não exercentes de qualquer atividade rural, estão sujeitas à contribuição para o Incra, em face do princípio da solidariedade, adotado pela CF/88. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.”: AC0206820000011976, Terceira Turma, Rel. Des. Élio Wanderley de Siqueira Filho, 24/01/2008.

na prática se apropria de tal fato como termo inicial também da *segurança* própria da qualidade de segurado, confundindo os requisitos genéricos⁷¹, e condicionando os efeitos da filiação à inscrição do contribuinte individual.

A crítica a essa construção é fundamentada no Capítulo a seguir, que tem como pressuposto elementar da solidariedade social a *segurança obrigatória*, cujo alcance e efeitos jurídicos desconstroem a possibilidade de interpenetração entre satisfação previdenciária e as exigências contributivas do caso concreto que não pelo cumprimento dos prazos de carência definidos em lei – quando exigidos.

Destaca-se também voto da Juíza Maria Divina Vitória, pois: a) delinea a solidariedade intergeracional para justificar a instituição de contribuições pelos inativos e b) lembra as colocações do Min. Cezar Peluso na ADI 3.105, já colacionada acima – a Relatora Ellen Gracie ficou vencida e o voto de Peluso conduziu a maioria.

Naquele julgamento, Peluso desenhou o caráter híbrido do regime previdenciário de solidariedade social instituído pela Emenda 20/98, que deixou de ser de repartição simples propriamente dita e tampouco imergiu à capitalização individual, o que torna imperativa a releitura do princípio da solidariedade, no caso concreto, em virtude da necessária confluência do princípio da contrapartida⁷².

⁷¹ “4. O objetivo da norma do art. 27, II da Lei n. 8.213/91 é impedir que o segurado, desvinculado do regime geral da previdência social, volte a contribuir apenas quando já enquadrado em alguma das situações que ensejam o pagamento de benefício, efetuando recolhimento retroativo de contribuições e garantindo assim o pagamento de nada mais que o número mínimo de contribuições. Trata-se de norma complementar à prevista no art. 59, parágrafo único, do mesmo diploma legislativo, relativa aos benefícios por incapacidade. 5. A previdência social é regida pelo princípio da solidariedade, devendo os segurados, para se beneficiarem de suas prestações, manterem-se filiados e contribuindo para o regime, não fazendo jus aos seus benefícios aqueles que deixam de contribuir por longo período, vindo a perder a qualidade de segurado, e retornam ao regime apenas quando já enquadrados em alguma das situações que ensejam o recebimento de contraprestações, mediante o pagamento retroativo de contribuições. A exigência do requisito carência e as normas que lhes são correlatas existem para garantir a solidariedade e a sustentabilidade financeira do regime.” (PEDILEF 200971500192165, JUIZ FEDERAL ANDRÉ CARVALHO MONTEIRO, TNU, DOU 08/03/2013).

⁷² “[...] 70. Essas são as razões que fundamentam a instituição de contribuição previdenciária sobre os proventos dos atuais aposentados e pensionistas ou ainda daqueles que vieram a se aposentar. Além de corrigir distorções históricas, as tentativas de saneamento do elevado e crescente desequilíbrio financeiro dos regimes próprios de previdência serão reforçadas com as contribuições dos inativos, proporcionando a igualdade, não só em relação aos direitos dos atuais servidores, mas também em relação às obrigações (alguns grifos no original). Nesse sentido, a EC n. 41/2003 sacramentou uma solidariedade-intergeracional, que, conforme as lições de Leda de Oliveira Pinho, caracterizar-se-ia pela unilateralidade para designar a dependência que existe entre as sucessivas gerações numa mesma sociedade-, que se agrega à ideia de continuidade; como esse tipo de solidariedade envolveria, via de

regra, o fato de que as atuais gerações têm uma dívida relativamente ao passado (solidariedade-dever), de acordo com a qual os ativos de hoje contribuem para os inativos de amanhã, não se pode olvidar que a possibilidade da inversão desta concepção tradicional promovida no caput do art. 40 da Constituição Federal, quando se obrigou os inativos de hoje a também contribuírem para os inativos de amanhã, foi questionada na Adin n. 3.105/DF, na qual o STF reconheceu que não é inconstitucional o art. 4.º, caput, da Emenda Constitucional n. 41, de 19 de dezembro de 2003, que instituiu contribuição previdenciária sobre proventos de aposentadoria e pensões dos servidores públicos da União, chancelando a possibilidade de correção de distorções contributivas passadas que teriam comprometido o equilíbrio financeiro e atuarial presente e futuro (STF, Pleno, Adin n. 3.105/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJU 18.02.2005). No acórdão da aludida Adin, em cujo julgamento de mérito a relatora ficou vencida, são elucidativas as seguintes colocações do Min. Cezar Peluso, cujo entendimento conduziu o julgamento da maioria: de modo diferente do Chile, cujo ordenamento optou por regime essencialmente contributivo e capitalizador, em que cada cidadão financia a própria aposentadoria e contribui para uma espécie de fundo de capitalização, administrado por empresas privadas, com fins lucrativos, nosso constituinte adotou um regime público de solidariedade, em cuja organização as contribuições são destinadas ao custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais. Os servidores públicos em atividade financiavam os inativos e, até a EC n. 3/93, os servidores ativos não contribuam, apesar de se aposentarem com vencimentos integrais, implementadas certas condições. A EC n. 20/98 estabeleceu regime contributivo e, com coerência, obrigou à observância do equilíbrio financeiro e atuarial, enquanto princípios mantidos pela EC n. 41/2003. Teria, com isso, a Emenda instituído regime semelhante ou análogo ao chileno? A resposta é imediatamente negativa. O regime previdenciário assumiu caráter contributivo para efeito de custeio equitativo e equilibrado dos benefícios, mas sem prejuízo do respeito aos objetivos ou princípios constantes do art. 194, § único, quais sejam: i) universalidade; ii) uniformidade; iii) seletividade e distributividade; iv) irredutibilidade; v) equidade no custeio; vi) diversidade da base de financiamento. Noutras palavras, forjou-se aqui um sistema híbrido, submisso a normas de direito público e caracterizado, em substância, por garantia de pagamento de aposentadoria mediante contribuição compulsória durante certo período, o que lhe define o predicado contributivo, sem perda do caráter universal, seletivo e distributivo. Os elementos sistêmicos figurados no tempo de contribuição, no equilíbrio financeiro e atuarial e na regra da contrapartida não podem interpretar-se de forma isolada, senão em congruência com os princípios enunciados no art. 194, § único, da Constituição. Da perspectiva apenas contributiva (capitalização), seria inconcebível a concessão de benefício previdenciário a quem nunca haja contribuído (universalidade e distributividade), e, muito menos, preservação do valor real da prestação (irredutibilidade do valor) e sua revisão automática proporcional à modificação da remuneração dos servidores em atividade (art. 7.º da EC n. 41/2003), o que, na aguda percepção do Min. OCTÁVIO GALLOTTI, não mera atualização, mas elevação do valor intrínseco da verba. Não é esse o perfil de nosso sistema previdenciário. 19. O art. 3.º da Constituição Federal tem por objetivos fundamentais da República: i) construir uma sociedade livre, justa e solidária; ... iii) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. A previdência social, como conjunto de prestações sociais (art. 7.º, XXIV), exerce relevante papel no cumprimento desses objetivos e, nos claros termos do art. 195, caput, deve ser financiada por toda a sociedade, de forma equitativa (art. 194, § único, V), de maneira que, quando o sujeito passivo paga a contribuição previdenciária, não apenas subvenciona, em parte, a própria aposentadoria, senão concorre, como membro da sociedade, para a alimentação do sistema, só cuja subsistência, aliás, permitirá que, preenchidas as condições, venha a receber proventos vitalícios ao aposentar-se. Não quero com isso, é óbvio, sugerir que o valor da contribuição seja de todo alheio à dimensão do benefício, pois o caráter contributivo, o equilíbrio atuarial, a regra da contrapartida e a equidade na repartição dos custos do sistema impedem se exijam ao sujeito passivo valores desarrazoados ou desproporcionais ao benefício por receber, enfim de qualquer modo confiscatórios. Os limites estão postos no sistema e devem ser analisados em conjunto (alguns grifos no original). Com efeito, a solidariedade expressamente consagrada em relação ao regime de previdência próprio dos servidores públicos não autoriza, por sua própria natureza, a quebra da regra da regra da contrapartida ou da proporcionalidade. [...]” PEDILEF 200651510395624, Juíza Federal Maria Divina Vitória, DJU 28/11/2009.

A confluência da *contrapartida* tem papel relevante na sustentação da solidariedade social como solidez na face *capitalista* da sociedade, pelo fato de que a proporcionalidade do valor do benefício pode ser entendida como a superação mínima do cinismo matemático-contábil e também socioeconômico que envolve a vida de retidão e de renúncia do trabalhador honesto, o famigerado ‘homem-médio’, sujeito que presta serviços por décadas nas condições previstas na CLT e tem sua juventude, sua força e sua vida subtraídas pela promessa de descanso digno na inatividade, que acaba maculado pelo achatamento do valor do benefício previdenciário, cuja demonstração é também é feita, adiante.

2.3 PRÁTICA DE REFORMAS POLÍTICAS-LEGISLATIVAS NA CONTRAMÃO DO PACTO DE SOLIDARIEDADE

A história do processo de reformas da Previdência Social, que opera desde o início da década de 1990, com efeitos até o presente, dá-se no contexto de negação dos valores políticos republicanos e democráticos firmados na Constituição de 1988, e de afirmação da exceção da realidade de ordem econômica, própria do cenário de integração econômica internacional pautado nos valores do utilitarismo na gestão da coisa pública, do neoliberalismo na mínima regulação da coisa privada, e do neodesenvolvimentismo como resposta ainda não experimentada à recessão estrutural da sociedade capitalista.

2.3.1 Reformas do sistema de segurança como retrocesso social

Não apenas a Previdência Social, mas os direitos sociais em geral e preponderantemente os direitos do trabalho passam por constantes ameaças de retração, ao ponto de, hoje, as pressões populares não se mobilizarem mais pela melhoria da condição social dos trabalhadores, mas pela proteção e curatela das garantias já conquistadas: se antes se ocupavam posições de *ataque*, no período pós-constitucional, desde o início da década de 1990 no Brasil, ocupam-se posições de *defesa*. Caracteriza-se um cenário propriamente dito de crise do sistema de segurança

social, pautado pelo mencionado processo de reformas pautadas pela retração das garantias sociais, como afirma Ilídio das Neves (1998, p. 6):

[...], o que há de particular neste debate e justifica que nos debruçemos com interesse sobre a questão é o modo como habitualmente é analisado o fenômeno da crise da segurança social. É bem conhecida a tendência para se efetuarem diagnósticos considerando apenas os constrangimentos exógenos ao sistema, em especial os referentes aos dados demográficos e econômicos, ou seja, imputando apenas as causas exteriores às dificuldades atuais e, sobretudo, os problemas futuros da segurança social. Merecem de fato especial atenção a forma como esses diagnósticos são frequentemente feitos e publicitados, sem a ponderação de todos os fatores influentes e não apenas dos que apresentam natureza quantitativa. Mas mesmo em relação a estes, é fundamental ponderar criticamente a tendência determinística que se manifesta na elaboração de projeções quantificadas. [...] A realidade parece ser, porém, algo diferente desse modelo, cingido exclusivamente aos aspectos exógenos e quantitativos, em regra utilizados nos estudos sobre a crise dos sistemas de segurança social. Neste domínio é manifesto haver uma multiplicidade e complexidade de causas determinantes das dificuldades por que passam ou podem vir a passar os regimes de proteção social.

No que toca ao nosso objeto de estudo, desde 1994 percebem-se recortes no Plano de Benefícios, mediante promulgação de leis ordinárias, emendas constitucionais, decretos executivos, portarias e instruções normativas ministeriais em uma política pública amplamente estruturada que implica a postergação do exercício, o achatamento do valor ou mesmo a extinção da possibilidade de gozo dos direitos previdenciários.

Tais medidas fizeram efeitos de retrocesso social sobre todos os trabalhadores, sejam do Regime Geral de Previdência Social ou do Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos, com discurso pautado na necessidade de correção de distorções históricas protegidas pelos direitos adquiridos e de preservação do equilíbrio financeiro e atuarial para a viabilização da perpetuidade do sistema. Dentre elas, evidenciam-se algumas.

No âmbito da Previdência Social, tal processo de enxugamento gerou retração sistemática da proteção social, com a adoção de uma série de medidas focadas no incremento do financiamento do sistema e na revogação ou alteração de normas basilares de direitos sociais, como aponta José Antônio Savaris:

Embora sem ter sido objeto de uma reforma estrutural que a privatizasse ou lhe alterasse o regime para o de capitalização, a previdência social brasileira

sofreu diversas alterações incrementais desde a implantação do modelo previdenciário desenhado pelo constituinte. O Regime Geral de Previdência Social – RGPS, gerido pelo INSS – Instituto Nacional do Seguro Social e destinado basicamente à proteção dos trabalhadores da iniciativa privada, bem como o Regime Próprio de Previdência Social – RPPS, aplicado aos servidores públicos titulares de cargo efetivo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, foram objetos de sucessivas reformas que revelam um sentido de corte de despesas – e de redução do nível de benefícios, portanto – tanto no curto como no longo prazo. [...] É perfeitamente possível discernir esse processo de reformas como parte de uma política sistemática de retração nos programas sociais (SAVARIS, 2008, p. 200).

Consequências disso foram a extinção de alguns direitos como, por exemplo, o abono de permanência e os pecúlios, no caso da Lei 8.870/94; o endurecimento nos requisitos de reconhecimento de outros, como o tempo de serviço rural pela MP 1.523/96 e, invariavelmente, a restrição do alcance dos direitos previdenciários, como a vedação de conversão de tempo comum para obtenção de aposentadoria especial, pela Lei 9.032/95 (Idem).

Depois delas, estabeleceu-se uma série de alterações normativas, inclusive de ordem constitucional, como se vê adiante, sempre restringindo o alcance da proteção previdenciária e dos direitos sociais em geral (Ibidem).

A análise da evolução normativa de cada um dos benefícios previdenciários em espécie, aliada ao endurecimento do reconhecimento dos requisitos genéricos, demonstra os efeitos do retrocesso social causado pelas reformas operadas ciclicamente no sistema, com efeito significativo no cálculo do valor do salário-de-benefício, que atinge quase todas as prestações da Previdência Social, quais sejam as arroladas nos Art. 18 e 29 da Lei de Benefícios.

Como se esmiúça no Capítulo 3 adiante, a expressão constitucional fundamental da política de reformas normativas e racionalização das contas da Previdência Social no chamado processo de retração sistemática foi a alteração dos *caput* dos Art. 40 e 201 da Constituição da República pela Emenda Constitucional n. 20, para instituição do equilíbrio financeiro e atuarial como princípio constitucional previdenciário.

Tal equilíbrio visa à blindagem do sistema perante instabilidades externas, de forma que a arrecadação previdenciária baste – e baste perpetuamente – para o custeio

das prestações previdenciárias, em tendência de desnecessidade, em médio prazo, de financiamento da Previdência Social pela União, apesar da contribuição prevista nos Art. 16 e ss. da Lei 8.212/91, de Custeio da Previdência Social.

A preocupação com a sustentabilidade do sistema no futuro, prevista por Ilídio das Neves em 1998 no trecho acima reproduzido e presente no substitutivo Pepe Vargas, cuja análise segue adiante, parte de premissas e perspectivas pautadas predominantemente no direito financeiro e na responsabilidade fiscal, a exemplo do que expõe Suzani Ferraro (2010, p. 172):

A Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) também trata da matéria ao dispor que deverá estar contida no Anexo de Metas Fiscais da Lei de Diretrizes Orçamentárias (art. 4º, §2º, IV, a) uma avaliação financeira e atuarial dos regimes geral e próprio dos servidores públicos. A inserção desse dispositivo na LRF demonstra a preocupação da lei de gestão fiscal com os sistemas previdenciários e a importância dos planos adequadamente constituídos e altamente equilibrado para o controle das contas públicas. [...] Vale lembrar que o princípio em questão é fundamental no interior de um sistema de repartição, em que as contribuições vertidas destinam-se a financiar prestações e estrutura administrativa à medida que são recolhidas, não havendo formação de poupança para o financiamento futuro do regime previdenciário.

Fábio Zambite Ibrahim (2008, p. 38) adota tais premissas como condicionantes para a manutenção do sistema:

[...] é possível aos administradores do sistema previdenciário a adoção de medidas eficazes, em tempo hábil, para a correção de desvios, de modo a preservar a segurança e a confiabilidade do sistema e evitar sua falência, o que iria excluir a proteção de milhões de segurados.

Entretanto, a adequação das contas têm-se dado em prejuízo exclusivo dos segurados da Previdência Social, numa balança autopoietica que toma o Estado como fim em si mesmo (SAVARIS, 2008, p. 197), com compromisso com a eficiência contábil em detrimento da realização das suas atividades-fins.

Nesse compasso, em 1999, por meio da Lei n. 9.876, implantou-se método atuarial na concessão de benefícios, que torna a renda desproporcional às contribuições históricas, defasando o valor das aposentadorias, com instituição do fator previdenciário, que leva em conta o tempo de contribuição, a idade e a expectativa de

sobrevida do segurado da Previdência Social, gerida pelo Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS). Na prática, este índice reduz sensivelmente o valor da aposentadoria por tempo de contribuição.

Imagine-se quem trabalhou ininterruptamente desde os 18 anos de idade e atenda aos requisitos constitucionais de 30 ou 35 anos de tempo de contribuição: no casos das mulheres, a redução é de até 44%; no dos homens, de até 33%. A finalidade desse índice, quando instituído, era de que o trabalhador preferisse continuar trabalhando por mais alguns anos até que o prejuízo deixasse de ser sensível, evitando-se assim aposentadorias ditas prematuras.

A Lei 9.876/99, editada em consonância com os propósitos reformadores da Previdência Social insculpidos pela Emenda Constitucional n. 20/98, alterou a forma de cálculo dos benefícios previdenciários também para o fim de alterar o período básico de cálculo.

Se até então se consideravam as últimas trinta e seis contribuições em período não superior a quarenta e oito meses, a partir das alterações engendradas no Art. 29 da Lei de Benefícios, passou-se a considerar todo o período contributivo, ou seja, toda a vida de trabalho formal do segurado, para obtenção do salário-de-benefício.

A alteração do período básico de cálculo decorreu de estudos do Ministério da Previdência Social, que demonstravam duas vertentes, em função a) da variação da remuneração em função do tempo, com prejuízo para a faixa da população economicamente ativa de menor escolaridade e b) da possibilidade de programar-se o valor das contribuições nos últimos anos de vida, com vantagem para a faixa populacional de maiores instrução e renda:

A adoção da média curta possui duas implicações relevantes. A primeira está relacionada à regressividade de renda, já demonstrada em artigo de autoria do Ministério da Previdência Social. A evolução salarial de indivíduos de maior escolaridade é crescente, talvez pela maior qualificação e experiência adquirida ao longo da vida laboral. Já a evolução salarial de indivíduos com menor escolaridade é caracterizada por uma curva em formato de parábola, com concavidade para baixo, na qual, após atingido o ápice, o rendimento passa a decair, provavelmente porque pessoas nessas condições têm

dificuldade para recolocação no mercado de trabalho, e, quando conseguem, fazem-no com salários inferiores⁷³.

A possibilidade de se efetuarem recolhimentos em valor mínimo por quase toda a vida contributiva e recolhimentos em valor máximo nos três anos anteriores ao jubramento, com valor máximo de benefício, planejando-se assim o maior benefício com o mínimo aporte contributivo, também motivou a reforma, tendo em vista o alarme produzido pelos gestores da Previdência na predição de déficit, necessidade cada vez maior de financiamento pela União e, por fim, da quebra do sistema:

Na hipótese de se aprovar o Projeto de Lei no 3.299, de 2008, com a extinção do fator previdenciário e o retorno à média curta, sem modificações, a estimativa do Ministério da Previdência Social é que as despesas com a Previdência Social atingirão inviáveis 36,3% do PIB em 2050. [...] Em 2008, dados do Ministério da Previdência Social apontam uma despesa total com benefícios previdenciários de R\$ 204,2 bilhões. Considerando que o IBGE divulgou um Produto Interno Bruto – PIB de R\$ 2,9 trilhões em valores correntes para o mesmo período, constata-se que essas despesas representaram 7,0 % do PIB no ano passado⁷⁴.

A mudança do período básico de cálculo para toda a vida contributiva – considera-se toda a vida contributiva e descartam-se as 20% (vinte por cento) menores contribuições, nos termos do referido Art. 29 e seus incisos – torna o benefício previdenciário produto linear proporcional às remunerações atualizadas de toda a vida produtiva, o que de fato parece mais razoável – do ponto de vista da necessidade de financiamento adequado pelos contribuintes ativos – do que a tomada em consideração, apenas, dos últimos três anos de serviço/contribuição.

Por sua vez, a instituição do fator previdenciário aproximou ainda mais o sistema brasileiro da estrutura da capitalização individual, à medida que, levando em conta o tempo de contribuição e a expectativa de sobrevivência do segurado na equação de um redutor das aposentadorias prematuras, torna – em tese – igual o dispêndio total com o segurado desde a concessão do benefício e até o limite etário estatístico,

⁷³ BRASIL, Comissão de Finanças e Tributação. Parecer do Relator, Dep. Pepe Vargas, com Substitutivo ao Projeto de Lei n. 3.299/2008. Disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/699966.pdf>. Último acesso em 20/01/2014

⁷⁴ Idem.

aposente-se ele mais cedo (com renda mensal menor) ou mais tarde (com renda mensal maior).

A pretexto de inibir aposentadorias prematuras – o que não fez⁷⁵ –, o fator previdenciário criou desproporção notável entre o salário base da contribuição mensal anterior à aposentadoria e o benefício resultante da sua concessão. Tanto é que o fator previdenciário médio em 2007, para os homens, foi de 0,703. Já para as mulheres, foi de 0,638. Redução que impactou diretamente no valor dos benefícios concedidos desde então, com economia considerável de despesa à União:

Essa lógica redutora propiciou uma economia de mais de R\$ 10 bilhões, no período de 2000 a 2007, conforme informações divulgadas pela imprensa, a partir de dados do Ministério da Previdência Social⁷⁶.

Às custas, exclusivamente, da instituição do fator previdenciário em prejuízo dos beneficiários da Previdência Social. Outras fatias consideráveis de despesa foram cortadas por outros motivos, que não serão enfrentados nesse estudo, mas que por isso não são menos alarmantes: por exemplo, a simples alteração de peritos *ad hoc* para peritos concursados, que incorporam a capacitação promovida pela União e endurecem os requisitos para reconhecimento de incapacidades laborativas, reduziu a quantidade de benefícios sensivelmente:

Um bom exemplo de economia já observada diz respeito à concessão dos benefícios de auxílio doença e auxílio acidente. Entre os anos de 2001 a 2004, o crescimento médio anual do quantitativo dos benefícios emitidos foi de cerca de 28,1 %, já nos anos de 2005 a 2008, de -3,2 %. A redução está ligada às medidas de gestão tomadas pelo Ministério da Previdência Social, a partir de outubro de 2005, tais como a implantação da Cobertura Previdenciária Estimada – COPESS e a substituição dos médicos peritos credenciados por médicos concursados. Após a adoção das medidas, o estoque do quantitativo de benefícios decresceu de R\$ 1,6 bilhão, ao final de 2005, para R\$ 1,3 bilhão, ao final de 2008. Estimamos que a economia,

⁷⁵ “Em 1992, a média das idades das aposentadorias por tempo de contribuição para homens foi de 54,29 e para mulheres foi de 51,63 anos, muito próximas às verificadas em 2007, de 54,83 e 51,83 anos, respectivamente. Os grandes decréscimos ocorreram entre 1995 e 1998. Nesse ínterim travou-se a discussão, no âmbito do Congresso Nacional, da reforma previdenciária.” BRASIL, Comissão de Finanças e Tributação. Parecer do Relator, Dep. Pepe Vargas, com Substitutivo ao Projeto de Lei nº 3.299/2008. Disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/699966.pdf>. Último acesso em 20/01/2014.

⁷⁶ BRASIL, Comissão de Finanças e Tributação. Parecer do Relator, Dep. Pepe Vargas, com Substitutivo ao Projeto de Lei n. 3.299/2008. Disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/699966.pdf>. Último acesso em 20/01/2014

apenas em 2008, decorrente da diminuição de cerca de 300 mil benefícios tenha sido superior a R\$ 2 bilhões⁷⁷.

É de se apontar que em todo o período, desde a década de 1990, sucateou-se a estrutura da administração previdenciária e não se promoveu a suficiente capacitação de servidores ou adequação da atividade administrativa à jurisprudência consolidada dos tribunais, enquanto o sistema informático que serve ao Ministério da Previdência e Assistência Social, durante anos, operou erros materiais de cálculo de concessão de benefícios.

Tais situações permitiram a industrialização e a mercantilização do direito previdenciário, seja na esfera privada – na advocacia e no ensino jurídico – seja na pública – no próprio judiciário, em ambas imperando metas de desempenho e produtividade próprias de empresas, que primam pela quantidade e, via de regra, desprezam a qualidade dos serviços, desumanizando, por todos os lados, o efetivo acesso do trabalhador à Justiça.

Entre 1995 e 2008, desde a Lei n. 9.032 e até a Lei n. 11.718, impuseram-se condições restritivas para o reconhecimento de tempo de serviço, de condições especiais de trabalho em exposição a agentes nocivos à saúde do trabalhador, do trabalho rural e do regime de economia familiar do segurado especial, num cinismo burocrático aviltante dos princípios da primazia da realidade e das finalidades constitucionais de proteção do trabalhador.

Com interpretação distorcida da Emenda Constitucional n. 20/98, a despeito da redação clara do seu Art. 4.º, criou-se exigência da prova das contribuições como acesso aos benefícios, em detrimento da história de informalidade e da inércia ou insuficiência das entidades legitimadas para a fiscalização do trabalho.

Em decorrência da má interpretação do Art. 195, §5.º da Constituição, na racionalidade distorcida do postulado da finalidade de preservação do equilíbrio financeiro e atuarial da mencionada EC n. 20, importaram-se preceitos de direito financeiro, direcionados pelo legislador ordinário, para as sentenças dos casos

⁷⁷ BRASIL, Comissão de Finanças e Tributação. Parecer do Relator, Dep. Pepe Vargas, com Substitutivo ao Projeto de Lei n. 3.299/2008. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=699966&filename=Parecer-CFT-07-10-2009

concretos, que promovem cotidianamente a sonegação material da garantia constitucional previdenciária da segurança obrigatória.

Em 2001, com a Lei n. 10.259, instituíram-se os Juizados Especiais Federais que, sob a sedução da celeridade no pagamento e da informalidade da instrução, promovem a exclusão social em manadas, tratando-se da política pública judiciária de gestão da prova pericial das incapacidades para o trabalho, que eleva o perito médico a *senhor* do direito, sem comunicação com a garantia processual do devido processo legal.

Com a Emenda Constitucional n. 45, em 2004, remeteu-se a competência previdenciária da matéria acidentária para a justiça comum, não especializada, estranha aos princípios do direito do trabalho e alheia aos métodos do processo trabalhista. Isso para não falar da cínica separação de competências jurisdicionais – que vem desde 1988 – das matérias previdenciária e trabalhista, com a justiça federal estruturalmente organizada para mediar o conflito entre a União e os cidadãos, em distorção dos sentidos de interesse público e interesse estatal, que cria.

Em 2009, por meio da Lei n. 11.960, que alterou a Lei n. 9.494/97 e em seu Art. 1º-F instituiu o calote propriamente dito, furtando os segurados do pagamento de juros moratórios e correção monetária nos créditos judiciais.

Tais medidas constituem retrocesso social por excelência, repellido pelo sistema constitucional, como sustentou Luís Roberto Barroso (2001, p. 158):

Adeptos a esta teoria encontram-se os doutrinadores Ingo Wolfgang Sarlet, Flávia Piovesan e Luís Roberto Barroso, dentre outros. Verifica-se, com Barroso, que, em que pese o princípio do não-retrocesso social não estar explícito, assim como o princípio da dignidade da pessoa humana (para alguns, questão controvertida), detém plena aplicabilidade, uma vez que é consequência do sistema jurídico-constitucional. Ora, se uma lei, ao implementar um mandamento constitucional, ele se incorpora ao patrimônio legal da cidadania e não pode ser inteiramente suprimido.

Para Ingo Sarlet,

A garantia de intangibilidade desse núcleo ou conteúdo essencial de matérias (nominadas de cláusulas pétreas), além de assegurar a identidade do Estado brasileiro e a prevalência dos princípios que fundamentam o regime democrático, especialmente o referido princípio da dignidade da pessoa humana, resguarda também a Carta Constitucional dos ‘casuísmos da

política e do absolutismo das maiorias parlamentares (SARLET, 2003, p. 354).

[...] Negar reconhecimento do princípio da proibição de retrocesso significaria, em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte (SARLET, 2004, p. 162).

O princípio implícito da vedação do retrocesso social, portanto, de aplicação imediata, na forma do Art. 5º, §1º, direito tão fundamental quanto os demais expressos na Carta Magna, é aviltado frontalmente pelos retalhos causados ao sistema previdenciário.

2.3.2 Projeto de reforma em debate

Não bastassem as medidas já tomadas, a urgência por nova reforma da previdência é um dos temas mais delicados da pauta do Congresso Nacional.

Por um lado, está o aumento significativo nos últimos vinte anos (de 2,5 em 1988 para 7,5 em 2009) do peso relativo das despesas com o custeio de benefícios previdenciários e assistenciais no PIB – com alarme na projeção desses gastos quando refletidos no envelhecimento da população nas próximas décadas.

Por outro, está a importância histórica que os direitos previdenciários representam para os trabalhadores, tanto na privilegiada topografia de pilar constitucional esculpida em 1988, no plano jurídico, quanto na constatação, no plano prático da realidade da vida dessas pessoas, de que os aposentados que dependem do Regime Geral de Previdência Social, em regra, não tiveram condições de acumular capital que gerasse renda para usufruto na terceira idade. Destaque-se que mais de 70% dos beneficiários da Previdência social recebem benefícios no valor equivalente ao salário mínimo.

Estudos legislativos – a exemplo da exposição de motivos do substitutivo apresentado pelo deputado Pepe Vargas (PT/RS) ao projeto de lei 3299/2008 e de um parecer do Centro de Estudos da Consultoria do Senado, elaborado por Meiriane

Nunes Amaro em 02/2011 – situam a postura alarmante da premência de uma nova reforma da previdência social, após as duas ocorridas em 1998 e em 2003. Para esses estudos, as reformas já empreendidas foram fundamentais para adequação à política de responsabilidade fiscal, mas foram insuficientes para garantir a solvabilidade do sistema em longo prazo, devido à impossibilidade de aumentar as alíquotas das contribuições sociais, que já estão entre as maiores do mundo, e a iminência do aumento da proporção da população idosa – que em 2010 era de 10,0% de maiores de 60 anos e em 2050 será de 29,8%.

O próprio Ministério da Previdência Social, gestor dos dados utilizados no parecer com substitutivo elaborado pelo Dep. Pepe Vargas, Relator do PL 3.299/08 na Comissão de Finanças e Tributação, ora em análise, creditou a economia à contratação por concurso público. Prova de que o controle de capacitação dos peritos também contribui para a sonegação da proteção previdenciária aos segurados que, com os peritos ‘não capacitados’ pela Previdência, alcançariam outra sorte.

O relatório com substitutivo ao PL 3.299/08, apresentado pelo Dep. Pepe Vargas, traz dados que traduzem resultados das reformas pautadas na análise econômica do direito e na juridicidade do princípio do equilíbrio atuarial e da eficiência contábil das contas da Previdência, após dez anos de vigência da EC 20/98:

Ainda de acordo com o Ministério da Previdência Social, o ano de 2008 apresentou uma expressiva redução na necessidade de financiamento do Regime Geral de Previdência Social, devido a uma combinação de arrecadação com crescimento elevado e despesa com benefícios previdenciários com incremento moderado. A necessidade de financiamento passou de R\$ 49,0 bilhões, em 2007, para R\$ 37,2 bilhões, em 2008, resultado de uma arrecadação líquida de R\$ 167,0 bilhões frente a uma despesa com benefícios previdenciários de R\$ 204,2 bilhões. Comparando estes resultados com o ano de 2007, observa-se que a necessidade de financiamento diminuiu 24,1% (-R\$ 11,8 bilhões). Já a arrecadação líquida e as despesas com benefícios previdenciários cresceram 9,2% (+R\$ 14,0 bilhões) e 1,1% (+R\$ 2,2 bilhões), respectivamente, entre o acumulado de 2008 e 2007⁷⁸.

Não bastante, persiste a ameaça da potencial falência do sistema (previsto dez anos antes por Ilídio das Neves, já mencionado), no discurso oficial:

⁷⁸ BRASIL, Comissão de Finanças e Tributação. Parecer do Relator, Dep. Pepe Vargas, com Substitutivo ao Projeto de Lei no 3.299/2008. Disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/699966.pdf>. Último acesso em 20/01/2014

De acordo com estudo divulgado pela Secretaria de Políticas de Previdência Social, o impacto das despesas previdenciárias avançará dos atuais 6,3% para 11,2% em 2050, levando em consideração apenas o envelhecimento natural da população, sem qualquer alteração na legislação vigente⁷⁹.

Enquanto a preocupação legislativa reside exclusivamente no encontro de contas, a proteção previdenciária encontra tendência crônica de sucateamento, tendo em vista, para os beneficiários, a redução no valor dos benefícios, a perda de compra diante do salário mínimo e, para os candidatos a benefícios que dependam de instrução administrativa, a absoluta falta de proteção previdenciária, diante do enrijecimento dos critérios para verificação dos requisitos, via de regra incapacidades, tempo de serviço informal ou dependência não presumida.

A redução no valor dos benefícios decorrente das alterações nas regras de cálculo do salário-de-benefício e da renda mensal inicial, por meio da Lei 9.876/99, cujas disposições pretendem-se revogar pelo PL 3.299/08, é a expressão do mencionado sucateamento. O substitutivo proposto pelo Deputado Pepe Vargas, não bastasse toda a incompatibilidade com a realização das funções precípua da Previdência Social, padece de vício de inconstitucionalidade formal absoluta, reconhecida pelo Dr. Arnaldo Faria de Sá, relator do PL 3299/08 na Comissão de Constituição e Justiça, por agredir frontalmente o processo constitucional legislativo e usurpar a competência do Poder Legislativo⁸⁰.

⁷⁹ Idem.

⁸⁰ Quanto à juridicidade, as proposições acima aludidas estão, de igual modo, em conformação com os princípios e regras do ordenamento jurídico vigente. Ademais, seus textos se ajustam às prescrições da Lei Complementar n. 95, de 1998, alterada pela Lei Complementar n. 107, de 2001, o que revela a boa técnica legislativa empregada. (...) *Não cabe, porém, dizer isso em relação ao substitutivo do relator da Comissão de Finanças e Tributação, eis que contém insanáveis vícios de inconstitucionalidade e de injuridicidade.* [...] Com efeito, o art. 3.º do aludido substitutivo, na nova redação que pretende dar ao § 10 do art. 29 da Lei n. 8.213, de 1991, intenta estabelecer limite de idade para a aplicação do fator previdenciário, o que é inconstitucional e injurídico, visto que essa matéria só pode ser veiculada pela Constituição Federal. É dizer, não é admissível, por lei ordinária, fixar limite de idade para a concessão de benefício, salvo se já houver anterior previsão constitucional expressa. [...] Além disso, os incisos VII e VIII do art. 4.º, do mesmo substitutivo pretendem estabelecer obrigações ao Poder Executivo, o que viola o princípio da separação dos Poderes, insculpido no art. 2.º da Constituição Federal. (Fórmula 95/85 – soma da idade e contribuição). [...] Por derradeiro, o art. 6.º do mencionado substitutivo, ao determinar a proibição da União de transferir recursos voluntários aos demais entes federados no caso de descumprimento do art. 4.º, incorre, de igual modo, em vício de inconstitucionalidade e de injuridicidade, porquanto a Constituição Federal estabelece, expressamente, em seu art. 163, I, a competência da lei complementar para dispor sobre finanças públicas e assuntos correlatos. [...] Assim, não pode a lei ordinária dispor sobre essa matéria, por tratar-se de reserva

As demais propostas de reforma, a despeito do mencionado Projeto de Lei, atentas ao inchaço tributário e à tendência demográfica, consistem na restrição dos requisitos de concessão dos benefícios tanto no regime dos servidores públicos quanto no regime geral, gerido pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Exemplos são:

- a) a instituição de teto máximo para servidores públicos – com a instituição de previdência complementar para este setor – no regime geral, de idade mínima de 60 anos para homens e mulheres para aposentadoria por tempo de contribuição;
- b) o alargamento da carência das aposentadorias programáveis de 15 para 25 anos;
- c) a imposição da prova do grau de dependência mesmo para cônjuges e filhos nas pensões por morte;
- d) a desvinculação do piso dos benefícios ao valor do salário mínimo com consequente vinculação apenas à inflação e o fim de critérios diferenciados a professores, mulheres e trabalhadores rurais.

Os movimentos sociais, atentos a esse processo, fazem contrapartida a esse apelo econômico e têm exercido, com assento nas comissões próprias, a defesa do interesse dos trabalhadores – sejam dos já aposentados ou dos em atividade – que têm seus direitos adquiridos ou em formação.

A pressão pela queda do fator previdenciário é tamanha a ponto de ter sido aprovada a lei 12.254/10 para essa finalidade, vetada à época pelo presidente Lula. Lembre-se que o fator previdenciário reduz em até 50% as aposentadorias prematuras, a partir de um cálculo estabelecido em 1999, que leva em conta o tempo de contribuição, a idade e expectativa de sobrevivência.

específica de lei complementar, consoante prevê o referido dispositivo constitucional. Pelas precedentes razões, manifestamos nosso voto da seguinte maneira: i) pela constitucionalidade, juridicidade e boa técnica legislativa do Projeto de Lei n. 3.299, de 2008, principal, e dos Projetos de Lei n. 4.447, de 2008, e 4.643, de 2009, apensados; (...) ii) pela inconstitucionalidade e injuridicidade do substitutivo do relator da Comissão de Finanças e Tributação, ficando, em decorrência, prejudicada a análise da técnica legislativa empregada [Disponível na consulta legislativa do PL 33.299/08].

Outra proposta, aprovada em 4 de abril de 2012, é o elástico do direito à pensão por morte para filhos até os 24 anos, e não apenas até os 21, para que se garanta oportunidade de formação universitária, a exemplo do que já ocorre na pensão civil alimentícia.

A identificação desse ponto de tensão entre a finalidade social e os reflexos econômicos das políticas públicas voltadas à previdência social traduz a essência da tensão política entre o ideário do estado social de direito e o pensamento utilitarista neoliberal, como já mencionado no tópico anterior, e revela o desvio de sentido na prática da solidariedade social no período pós-constitucional.

Para José Antônio Savaris (2011), já referido, a análise econômica do direito previdenciário, com olhos voltados para a contabilidade fria da relação custo-benefício, que acaba sempre por propor redução de despesas, não atende à finalidade própria da previdência social, de promover a adequada proteção social na cobertura dos riscos da vida. Nesse aspecto, o processo de retração sistemática dos direitos previdenciários – que ganhará novo Capítulo com a próxima reforma –, manifesta-se como retrocesso social em prejuízo dos cidadãos.

Esse prejuízo, para os defensores da reforma, é necessária medida de solidariedade dos aposentados – ou daqueles que sofrerão os efeitos da nova reforma – em favor do equilíbrio atuarial do sistema e, em última instância, das futuras gerações. Não parece lógico, todavia, que dos idosos, doentes e inválidos se exija a solidariedade de que deveriam ser, de fato, destinatários. Inverte-se o sentido da solidariedade.

Em relação ao fator previdenciário, por sua vez, lembra-se que as aposentadorias prematuras não foram inibidas. Depois de doze anos de vigência e cerca de R\$ 40 bilhões de economia, o governo estuda extingui-lo para instituir, em seu lugar, a chamada fórmula 85/95 como requisito para concessão das aposentadorias por tempo de contribuição, no pacote da nova reforma da Previdência. A repercussão dessa notícia – que não é nova, já que a proposta está na pauta do Congresso desde o início do governo Dilma – gera expectativa entre os trabalhadores que estão contando os dias para requerer suas aposentadorias. É preciso, então, aclarar os reais efeitos das novas regras.

Sob essa proposta, mulheres deverão alcançar 85 pontos, homens 95, entre anos de idade e anos de tempo de contribuição, para conseguir a aposentadoria integral por tempo de contribuição. Assim, no exemplo acima, de quem trabalhou de forma contínua desde os 18 anos de idade e cumpriu as atuais exigências constitucionais para concessão de aposentadoria – 30 e 35 anos de tempo de contribuição –, somará $48 + 30 = 78$ (mulheres) ou $53 + 35 = 88$ (homens). Se hoje essas pessoas conseguem se aposentar, apesar do prejuízo causado pelo fator previdenciário, como se vê acima, depois da instituição dessa nova regra elas passarão a não ter o direito ao benefício, nas mesmas condições. Vão precisar de mais sete pontos entre anos de idade e de trabalho formal – pelo menos mais três anos e meio na ativa – para conseguir se aposentar.

Assim, o prejuízo muda de feição, mas não fica menor. O benefício, de fato, quando concedido, anos mais tarde, não terá o decréscimo de até 44% do fator previdenciário. Nesses três anos e meio, entretanto, o segurado deixará de receber a aposentadoria – 42 prestações mais três abonos anuais – e ainda pagará 42 meses de contribuições. Dando contornos concretos, imagine-se um benefício que seja reduzido de 1,5 mil para cerca de mil reais pelo fator previdenciário, nas regras atuais. Com a nova regra, não sofrerá esse desconto, mas na prática o prejuízo é evidente: 45 mil reais a título de aposentadoria que deixará de receber, mais cerca de 7,4 mil reais em contribuições, ambos referentes ao período de três anos e meio sem o benefício. Ou seja, substitui-se um prejuízo mensal de quinhentos reais por outro de mais de cinquenta mil reais.

O dito fim do fator previdenciário, nesse caminho, é apenas a continuação do processo de retração da proteção social que dialoga com as demandas – sempre urgentes – por crescimento econômico. Também nesse caso, no final das contas, os aposentados, depois de financiarem o sistema previdenciário ao longo da vida, ao invés de contar com o financiamento adequado e proporcional de seus benefícios pela população ativa, passam a ser também financiadores do sistema econômico. As pessoas se tornam, assim, instrumentos de realização da economia. É o avesso, nada mais.

CAPÍTULO 3

O CONTEÚDO JURÍDICO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL PREVIDENCIÁRIA

Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...].

No Capítulo 2, foram engendrados a radiografia e o diagnóstico de como tem sido interpretado o princípio da solidariedade social no direito previdenciário pós-constitucional, seja na doutrina, na jurisprudência ou na produção legislativa. Ao perceber o desvio de sentido ou a insuficiência do sentido dado ao instituto para dar conta do seu significado historicamente construído, fruto da experiência e da evolução da sociedade e do direito, passa-se à releitura – à reconstrução – do conteúdo jurídico e do sentido do mencionado princípio, conforme pesquisa exposta no Capítulo 1.

Para tanto, remonta-se, adiante, à análise jurídica da sua estrutura normativa, que dá subsídio para a realização de sua eficácia jurídica, em diálogo integrativo entre os pilares constitucionais do sistema previdenciário, demonstrando que estes pilares não são, necessariamente, princípios conflitantes objetos de juízo de ponderação na casuística, mas princípios e regras confluentes que derivam, todos, do princípio fundante do sistema previdenciário e do próprio Estado e do direito, que é a solidariedade social.

A interpretação conforme a solidariedade social de tais pilares – e a dinâmica prática do seu conteúdo normativo –, quais sejam eles a filiação obrigatória, o caráter contributivo e a finalidade de preservação do caráter financeiro e atuarial, acena com soluções substanciais para diversas situações em que se percebe, atualmente, na atividade administrativa e jurisdicional concretas, o avesso da solidariedade, que é a exclusão da proteção social, por vezes com justificação semântica no próprio princípio em análise, conforme se acaba de ilustrar, em diversas situações, no Capítulo 2.

Parte-se, então, da análise da construção jurídica e da topografia normativa constitucional.

3.1 CONSTRUÇÃO JURÍDICA

A promulgação da Constituição da República, apesar de permeada pelas paixões da energia reativa ao período de privação de liberdades do regime militar, consiste em ato jurídico estruturante da República, resultante de intenso conflito de interesses econômicos e integrante de um processo internacional de afirmação da democracia e de direitos dos homens, minimamente necessários para a perpetuação da sociedade capitalista (BARROSO, 2002, p. 41). De fato, a ausência estrutural desses direitos é conhecida pela experiência e levou os Estados civilizados ocidentais a crises econômicas profundas e às guerras do século XX (SOUTO MAIOR, 2011, p. 242 e ss.; 357 e ss.).

Resultou a declaração dos objetivos fundamentais de, entre outros, promover a paz social, a previsibilidade das relações sociais e a perpetuação do Estado, *a construção de uma sociedade livre, justa e solidária*. Assim se estruturou a solidariedade social na Constituição da República em 1988: *finalidade* de perpetuação do estado e da sociedade, no pacto social de coexistência pacífica.

A solidariedade social é, sob a perspectiva jurídico-constitucional, um *objetivo fundamental*, sentido de estruturação do direito derivado, que alcance – ou que tente alcançar – a almejada segurança social. Uma dessas derivações é a criação da Previdência Social e sua estrutura deve ser lida nesse *sentido*, sem perder de vista os motivos históricos e finalidades precípuas de sua construção normativa.

A primeira derivação desse objetivo é a sua *realização concreta*, que é a filiação obrigatória em um Regime Geral, ou seja, a integração social compulsória decorrente da inserção na sociedade econômica pelo trabalho. Da integração social em si decorrem direitos de proteção social, sem os quais teríamos uma sociedade mais doente, mais desigual, menos civilizada, menos segura e menos previsível: desses riscos surge a necessidade da *segurança social* (ROCHA, 2006, p. 21 e ss.).

Outra dessas derivações, como *condição instrumental* de realização da segurança social, é o financiamento da Previdência Social, que se dá pelo *caráter contributivo*. Desde a sua criação, estão estatuídas obrigações pecuniárias às pessoas

não expostas aos riscos sociais, ou seja, aos trabalhadores em atividade, quais sejam, as contribuições previdenciárias (CALCIOLARI, 2012, p. 73).

Por sua vez, na década de 1990, adveio a terceira derivação. Promoveram-se reformas estruturais na economia política internacional, com efeito nos direitos internos dos países, incluído o Brasil (SAVARIS, 2011; SERAU JÚNIOR, 2010), as quais estruturam – ou pretendem estruturar, ao menos no plano discursivo – a *sustentabilidade autossuficiente* e a *solidariedade social intergeracional*, com efeitos na inauguração do método atuarial de cálculo de benefícios e das contribuições pelos inativos e na vinculação do poder legislativo a preceitos de responsabilidade fiscal e atuarial: é a elevação a princípio constitucional da *finalidade de preservação do equilíbrio financeiro e atuarial*, que rege o direito financeiro e limita, portanto, a atuação legiferante (FERRARO, 2010, p. 175 e ss.).

A estruturação normativa dessas derivações, pilares constitucionais edificado sobre o alicerce constituído pelo objetivo fundamental no direito previdenciário se aperfeiçoou após as mencionadas reformas constitucionais. A primeira foi promulgada em 1998 – Emenda Constitucional n. 20 –, estruturante do Regime Geral de Previdência Social (Art. 201, *caput*⁸¹), sobre um tripé definido por: a) filiação obrigatória, b) caráter contributivo e c) preservação do equilíbrio financeiro e atuarial. A segunda foi promulgada em 2003 – Emenda Constitucional n. 41 –, que previu Regime Próprio de servidores públicos em bases semelhantes: a) assegurado a todos os servidores públicos; b) caráter contributivo e solidário; c) observância de critérios de preservação do equilíbrio financeiro e atuarial (FERRARO, 2010, p. 27 e ss.). Deste pilar decorre, percebe-se, a *regra* da precedência do custeio (Art. 195, §5º da CR), a que está vinculado o legislador decorrente.

Essa estrutura é muito bem definida e articulada juridicamente: a filiação obrigatória no Regime Geral e a segurança a todos os servidores no Regime Próprio assumem a *unicidade* e a *solidez* da sociedade; o caráter contributivo e solidário prevê o consórcio de todos na realização do fim comum; a preservação do equilíbrio de

⁸¹ 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: (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998).

contas determina comedimento ao constituinte derivado e ao legislador ordinário, evitando os conhecidos populismos insustentáveis de períodos eleitorais.

Apesar do caráter preceptivo próprio do microsistema do direito financeiro, voltado como baliza para a elaboração do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias, da lei do orçamento anual e de leis que versem sobre a criação, majoração ou ampliação da cobertura de benefícios previdenciários (FERRARO, 2010, p. 135 a 160), o enunciado da preservação do equilíbrio econômico e atuarial, tomou lugar incompatível com sua essência no discurso hermenêutico e na prática casuística, em descompasso com o sentido da norma definido pelo sistema de solidariedade social, que tem, originariamente, como destinatários, os agentes políticos legiferantes, e não os magistrados do caso concreto.

A análise do conteúdo jurídico de cada um dos alicerces da previdência social brasileira ajuda, com efeito, a desconstituir esses silogismos, falácias discursivas ancoradas em premissas inválidas, nem sempre intencionais. Vamos aos alicerces.

3.1.1 Conteúdo do objetivo fundamental: o pacto social como sentido vinculante de interpretação das normas

A solidariedade social tem fundamento último no pacto social que leva à criação-constituição do Estado e do direito para dar viabilidade à coexistência pacífica e à perpetuação da sociedade (EWALD, 1986, p.349 e ss.).

No contexto da sociedade capitalista, em sua inevitável lógica pecuniária balizada na relação multidualética entre capital; propriedade; trabalho e salário, torna-se necessário estruturar um regime de Previdência Social para que obtenham renda, substitutiva ao salário, aqueles que involuntariamente não disponham de força para o trabalho, embora dele dependessem para a subsistência, por não serem proprietários de bens que gerem frutos-rendas ou de meios de produção que gerem frutos por meio do trabalho de outrem.

A previsível ocorrência estatística dos riscos sociais gera necessidade imperativa de estatuir-se, no plano jurídico com mediação estatal, um regime de

solidariedade em que se obrigue à coletividade a manutenção dos *não-trabalhadores*, os desvalidos da literatura previdenciária.

Isso porque tais riscos sociais de fato impõem a impossibilidade involuntária de acesso ao trabalho, aliada à previsível falta de cultura de investimentos de ativos ou excedentes financeiros pelos trabalhadores assalariados, o que torna evidente a impossibilidade de subsistência sem a continuidade da percepção do salário. Além disso, verifica-se a lógica econômica de redução de custos de produção e de estímulo da perpetuação da dependência dos trabalhadores do senhorio nas tradicionais relações de emprego.

3.1.1.1 A solidariedade social previdenciária como princípio constitucional fundamental

Dessa necessidade nasce a Previdência Social. Nela se fundamenta e, a partir dela, organiza-se. É porque – por ser o começo – tem lugar de *princípio*, e de princípio *fundamental*, do direito previdenciário, como ensinam Érica Paula Barcha Correia e Marcus Orione Gonçalves Correia (2008, p. 99), ao lembrarem Pedro Vidal Neto:

Consoante a doutrina, em entendimento unânime, este é o mais importante princípio e, por isso, denominado fundamental, ou seja, uma vez ausente, impossível falar-se em seguridade social. Tal afirmação prende-se ao fato de a seguridade social abranger toda uma coletividade, tendo por contribuintes aqueles que, com capacidade contributiva, contribuem em favor daqueles desprovidos de renda. Entendimento outro não é o adotado por Pedro Vidal Neto quando afirma que o princípio da solidariedade é o princípio fundamental, “pois a solidariedade social está nas raízes da Seguridade Social, impelindo todas as pessoas a conjugarem esforços para fazer face às contingências sociais, por motivos altruístas ou não, desde que os males que afligem cada indivíduo podem vir a ser sofridos pelos demais e, de qualquer modo, atingem toda a comunidade”.

A condição de princípio fundamental da solidariedade social do direito em geral e no direito previdenciário em específico é de fundamental relevância para a interpretação integrada das normas que estruturam o direito previdenciário, tendo em vista os motivos históricos e econômicos que levaram a sociedade a construir para si essa *necessidade* de criação de um regime de previdência para os trabalhadores

expostos às contingências que lhes impeçam de trabalhar e realizar seu papel na divisão social do trabalho do modo de produção capitalista.

Foram os valores filosóficos da liberdade individual que desestruturaram os grupos familiares e a obrigação moral inevitável de solidariedade próxima foram as necessidades criadas pela ideologia da acumulação que incutiram o fetiche da mercadoria, a socialização no consumo e a dependência – para o acesso ao trabalho, que dá acesso à integração – de acesso a instrumentos de informação, transporte, habitação cujo uso é segregado pela possibilidade de consumo, como aponta Erich Fromm (1995, p. 101 e ss.);

O capitalismo moderno necessita de homens que cooperem sem atrito e em amplo número; que queiram consumir cada vez mais; e cujos gostos sejam padronizados e possam ser facilmente influenciados e previstos. Necessita de homens que se sintam livres e independentes, não submissos a qualquer autoridade, ou princípio, ou consciência – e contudo desejosos de ser mandados, de fazer o que se espera deles, de adequar-se em fricção à máquina social; que possam ser guiados sem força, dirigidos sem líderes, impulsionados sem alvos – exceto o de produzir bem, estar em movimento, funcionar, ir adiante. [...] Qual é o resultado? O homem moderno é alienado de si mesmo, de seus semelhantes e da natureza. [...] Transformou-se num artigo, experimenta suas forças de vida como um investimento que lhe deva produzir o máximo lucro alcançável sob as condições de mercado existentes. As relações humanas são essencialmente as de autômatos alienados, cada qual baseando sua segurança na posição mais próxima do rebanho e em não ser diferente por pensamentos, sentimentos ou ações. [...] Nossa civilização oferece muitos paliativos que ajudam as pessoas a se tornarem conscientemente inconscientes dessa solidão: antes de tudo, a estrita rotina do trabalho mecânico, burocratizado, que as auxilia a permanecerem sem conhecimento de seus desejos humanos mais fundamentais, da aspiração de transcendência e unidade.

Nessa esteira, para todos os atos socializantes da vida civil, torna-se necessário o dinheiro, e o dinheiro – para os trabalhadores, que são os destinatários da política pública constitucional de solidariedade social em comento – viria somente por meio do trabalho; sendo impossível o trabalho, nessa relação material-dialética, entendeu-se *necessária* a Previdência Social.

Quanto à positivação constitucional brasileira e a finalidade ambivalente do princípio em abordagem, prosseguem Correia e Correia (2008, p.101):

Trata-se de princípio constitucional explícito (Art. 3.º, I e 195, caput, da Constituição Federal). Embora vislumbrado sempre sob a lógica do custeio,

deve ser tratado também para fins da concessão com justiça social dos benefícios. Caso contrário, bastaria solidariedade no custeio, pouco importando esta no instante da distribuição dos benefícios, o que romperia o pacto de fidúcia que deve informar, como elemento constitutivo, qualquer ato jurídico de seguridade social.

Trata-se, portanto, de *princípio fundamental* previdenciário, esculpido no Art. 3.º, I da Constituição de 1988 como *objetivo fundamental* da República, que consiste na “*construção de uma sociedade livre, justa e solidária*”. A par de hastear no mesmo enunciado os objetivos de *liberdade e justiça*, que dariam pano para mangas de uma tecelagem inteira, chama atenção o verbo *construir*.

A finalidade de *construção*, como mandamento motriz desse princípio, opera um duplo reconhecimento: a) o reconhecimento histórico de que não tivemos, até então, *de fato*, uma sociedade livre, justa e solidária, que quer se construir; e b) o pacto social de ruptura, positivado na Constituição como reconhecimento da insatisfação do povo brasileiro com a experiência histórica de aprisionamento, injustiça e exclusão sociais das relações de poder político e econômico que geraram a realidade concreta de desigualdade social, espoliação do povo, privilégio de interesses privados escusos e desvio de finalidade na gestão dos bens e receitas públicos, desrespeito às liberdades individuais e todo tipo de relações subjacentes corrosivas a qualquer modelo de democracia, perspectivas desenvolvidas no item 1.4 acima.

A *construção* da sociedade solidária passa pelo reconhecimento das diferenças e das necessidades dos diferentes para que se possam promover políticas aptas à promoção da inclusão social e da civilidade digna de todos, para que a partir daí tenham chance, na sociedade individualista e capitalista, de desenvolverem suas habilidades, preferências e liberdades, que devam ser respeitadas pela coletividade, o que se pode inferir a partir das aspirações filosóficas da alteridade transportadas para a realização da democracia material, desenvolvidas no item 1.3 deste trabalho.

O exercício dos direitos sociais, positivados em atendimento ao objetivo fundamental de solidariedade social, neles incluídos os direitos ao trabalho e à previdência social, nesse ponto de vista, é condição de realização da dignidade humana, a partir da qual, e somente a partir dela, podem-se realizar as aspirações de liberdade de todo:

É justamente neste sentido que assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos Poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um – condição dúplice, esta, que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade. [...] Como tarefa (prestação) imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade [...]. (SARLET, 2003, p. 207)

A teoria jurídica da consolidação da efetividade da dignidade humana, por meio do direito previdenciário, tem sido bordada sobre a perspectiva da interpretação judicial. Os critérios hermenêuticos têm se aprofundado com parâmetro na teoria da justiça equitativa de John Rawls (RAWLS, 2008) na teoria da decisão judicial em diálogo e superação com a racionalidade utilitarista de Jeremy Bentham, com aderência no início do século XX, e da análise econômica da eficiência do direito, colonizada por Richard Posner, confeccionada na década de 1960 e difundida a partir da década de 1970, inspiradora da economia política e da teoria do estado neoliberal (SAVARIS, 2011; SERAU JÚNIOR, 2010).

Esta pesquisa, apesar dessa colonização discursiva no direito previdenciário, tem a intenção de contribuir para um diálogo de interpretação *antecedente*, que demonstre a possibilidade de realização da justiça social com fonte na imperatividade do *direito*, e não com fonte necessária no senso de equidade do *juiz*, apesar de seu relevante e inexorável papel interpretativo, sobremaneira do juiz constitucional:

Na posição que antecede a interpretação constitucional “jurídica” dos juízes (Im Vorfeld juristischer Verfassungsinterpretation der Richter), são muitos os intérpretes, ou, melhor dizendo, todas as forças pluralistas públicas são, potencialmente, intérpretes da Constituição. O conceito de “participante do processo constitucional” (am Verfassungsprozess Beteiligte) relativiza-se na medida que se amplia o círculo daqueles que, efetivamente, tomam parte na interpretação constitucional. A esfera pública pluralista (die pluralistische Öffentlichkeit) desenvolve força normatizadora (normierende Kraft). Posteriormente, a Corte Constitucional haverá de interpretar a Constituição em correspondência com a sua atualização pública (HÄBERLE, 1997, p. 41)

Diálogo que transcenda a dependência da discricção judicial, que delimite, na moldura constitucional democrática, a discricionabilidade resultante das aspirações pessoais ou políticas dos juízes:

Enfim, fica demonstrado que no processo de decisão / aplicação de uma norma ao caso concreto, o ato de dar um sentido jurídico deve ser atrelado à ideia de sistema constitucional para que arbitrariedades sejam evitadas, sem ignorar que a formação do juízo e da consciência do aplicador traz, em si, uma abertura inafastável, porque sempre dependente da racionalidade hermenêutica impregnada com a condição de 'ser-no-mundo' do intérprete, formadora de sua pré-estrutura de compreensão, ou ainda da antecipação de sentido que pode ocorrer de um giro na estrutura linguística, causado pelo inconsciente MARRAFON (2008, p. 187).

Para além dos antagonismos entre o positivismo e o pós-positivismo jurídicos, a serem analisados brevemente adiante, é necessário sustentar a legalidade constitucional no Estado de Direito – sobremaneira após a relevante afirmação dos valores republicanos e democráticos de 1988 – em sua *positividade*, e deixar para a abstração hermenêutica nos casos concretos as situações que de fato exijam juízos de ponderação ou razoabilidade, e essas situações não são todas, tendo em vista a preceptividade das normas, ou seja, a *força da lei* que se manifeste pelo *sentido* imperativo dos princípios e pela *validade* das regras em situações em que o conflito antinômico seja apenas aparente.

3.1.1.2 A normatividade dos princípios como relevância prática da posição topográfica da norma da solidariedade social previdenciária

A solidariedade social, nesse contexto, apresenta-se, infirmou-se acima, como *princípio* e norte hermenêutico cogente para os fins daquela *construção*, que se apresenta juridicamente, no direito da Seguridade Social, pela estruturação constitucional do Regime Geral de Previdência Social, da Assistência Social e do Sistema Único de Saúde, a partir do Art. 194 da Carta Magna, em sistema interligado de normas por tal norte integradas entre si, que exploramos adiante, nos tópicos seguintes. Como afirma Crisafulli (apud Bonavides, 2008, p. 257),

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerado como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.

Antes de talhá-las, é fundamental transitar por algumas lições comezinhas de direito constitucional que ficam marginalizadas na casuística exegética do direito previdenciário, para que se possa compreender o respectivo conteúdo jurídico – daquelas normas – em consonância com o enunciado de solidariedade social e em dissonância com a experiência pós-constitucional, absolutamente desviada, conforme se percebe na exaustiva radiografia feita no Capítulo 2 deste trabalho.

Tais lições atinem com a teoria material dos princípios jurídicos, em sua *normatividade/preceptividade, conteúdo, destinatários, eficácia, dimensões e valores*, com baliza no discurso do direito constitucional, em Paulo Bonavides, Luis Roberto Barroso, André Ramos Tavares e Ruy Samuel Espíndola (LEITE, 2003).

3.1.1.2.1 Normatividade/preceptividade das normas programáticas

As declarações fundamentais que iniciam as Constituições rígidas escritas desde as primeiras afirmações dos Estados liberais modernos têm caráter político de manifesto ou plataforma revolucionária de sociedades que, em seu tempo e espaço, objetivavam romper com as estruturas de poder anteriormente estabelecidas. Assim também sucede com o enunciado da liberdade, da justiça e da solidariedade social e os princípios que estruturam a Constituição de 1988, na nossa sociedade contemporânea. Se antes o intuito era frear as ingerências do Estado absolutista e declarar as revolucionárias liberdades privadas; mais tarde, por excelência na Constituição de Weimar, foi frear os abusos das explorações sociais justificadas teoricamente como exercício daquelas mesmas liberdades, com os valores revolucionários da intervenção nas relações econômicas pelo Estado, com medidas afirmativas de compensação que buscassem algum conteúdo material de dignidade aos desiguais. O caráter *programático* dessas afirmações políticas é fruto de um compromisso, de um pacto

social que tem como conteúdo, quando construído democraticamente, a vontade de um povo que decide o que quer fazer dali para frente (BONAVIDES, 2008, p. 230 e ss.).

Essas declarações fundamentais, por serem afirmações políticas, tiveram sua normatividade questionada por mais de um século, dada a força da ideologia privatista que guiava a racionalidade da velha hermenêutica exegética positivista, que tinha nos princípios gerais de direito fontes normativas terciárias, somente evocáveis na falta de regra válida para o caso concreto, ou seja, subsidiariamente (BONAVIDES, 2008, p. 262 e ss.). Exemplo disso é o próprio caso brasileiro, cuja Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942 (Decreto 4.657), em seu artigo 4.º, preceitua que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Se durante o período de afirmação do positivismo jurídico amadureceu a justificação da *normatividade* dos princípios, com resistências aos seus graus de abstração, generalidade e ideologia, na fase pós-positivista da doutrina hermenêutica, os princípios passaram a ser tratados, de modo inequívoco e consolidado, como direito propriamente dito (BONAVIDES, 2008, p. 263).

Apesar de sua índole política, mesmo aos positivistas se tornou irrefutável o argumento de que, assim como as outras normas, são encartados formalmente em documento jurídico, e, em seu caso específico, no documento mais relevante de todos no respectivo ordenamento, qual seja a Constituição: constituem de modo material os valores republicanos e democráticos, cuja eficácia reside na orientação para a construção *conforme* do próprio direito decorrente e na interpretação – também *conforme* – do direito construído (BONAVIDES, 2008, p. 264 e ss.).

Para estruturar a justificação dos princípios como espécies de normas aptas a produzir efeitos, sobremaneira tendo em vista seu caráter *programático* e, em algumas situações, a impossibilidade de serem fundamento direto e imediato da aplicação do direito – o que no período pré-positivista havia colocado em xeque o caráter jurídico das Constituições (BONAVIDES, 2008, p. 232) e, mais tarde, no positivista, sofreu intensa resistência⁸² –, a doutrina hermenêutica ocupou-se de tratar o caráter jurídico-

⁸² “[...] inaugurava-se assim a segunda fase – até agora não ultrapassada – de programaticidade das Constituições. Programaticidade que nós queremos seja jurídica, e não programática, isto é, sem

material das normas programáticas. Este derivaria da coercitividade jurídica da constituição de fato, fonte viva de direito e que represente a essência da vontade do povo⁸³, para então demonstrá-lo às minúcias.

Essa demonstração é feita por meio da distinção quanto à eficácia, aos seus destinatários, para explicar suas funções e admitir os valores políticos que os sustentam (BONAVIDES, 2008, p. 237 e ss.). A partir daí, visa a discernir as situações em que eles surgem como soluções hermenêuticas, tendo em vista os conflitos entre princípios, entre regras, entre regras e princípios e, por fim, evidenciar as situações em que *não há conflito*, tornando-se desnecessárias, nesses últimos casos, as técnicas de superação de antinomias propostas pelos chamados pós-positivistas.

3.1.1.2.2 Destinatários das normas programáticas

A doutrina antiga dividia as normas constitucionais entre as dirigidas ao legislador, a que chamava *programáticas*, e as dirigidas aos cidadãos e aos juízes, denominadas *preceptivas*. Nessa classificação, as normas programáticas não seriam preceptivas, não conteriam preceitos jurídicos propriamente ditos, ou seja, não teriam eficácia concreta.

Esta classificação sofreu críticas desde Kelsen, que não corroborava da validade do critério da imperatividade, de modo que passou pela doutrina italiana e alcançou as diversas classificações, culminando com as noções americanas, de Pontes

positividade. [...] Direitos sociais concernentes às relações de produção, ao trabalho, à educação, à cultura, à previdência, representavam uma estupenda novidade, um campo por inteiro distinto, desconhecido ao Direito Constitucional clássico. Mas dificilmente as declarações que os inseriam se prestavam a uma redução jurídica fácil, de modo a fazê-los ingressar no corpo da Constituição dotados já de aplicabilidade direta e imediata. Os princípios sociais enunciados pela Constituição oferecem obstáculos muito mais sérios a uma conversão em direitos subjetivos correlatos do que os antigos direitos da liberdade proclamados ao alvorecer do constitucionalismo”. (BONAVIDES, 2008, p. 233).

⁸³ “[...] O panfleto de Lassale sobre a essência das constituições desferiu a crítica teórica mais lacerante que já se fez sobre a eficácia das normas exaradas nas Constituições rígidas e formais”, às quais “contrapôs [...] a Constituição real, viva, dinâmica, quase palpável, conjunto de forças sociais e econômicas indomáveis, que formam, frente à Constituição rígida, aquela corrente subterrânea e invisível, cujas águas o formalismo é impotente para represar [...]. Por essa via, chega-se afinal, à Constituição portadora de uma determinada concepção de vida ou de um determinado sistema de valores, exprimindo componentes espirituais de uma realidade cultural: é o conceito de Constituição formulado por Smend. Independentemente da valoração positiva, não vê ele outro sentido senão aquele nas proposições constitucionais” (BONAVIDES, 2008, p. 234).

de Miranda e mesmo de José Afonso da Silva, bem como de italianos mencionados por Bonavides, que estabelecem classificação tripartite relativamente semelhante (BONAVIDES, 2008, p. 241).

Nessa organização tripartite, as normas são preceptivas, inclusive as programáticas, de modo que umas são destinadas aos *legisladores*, (i) preceptivas programáticas propriamente ditas, sem aplicabilidade direta aos cidadãos e juízes (*non self executing provisions*) e que estabelecem um programa político de construção do direito; outras são auto-aplicáveis (*self executing provisions*), de maneira que as que não dependem de regulamentação (ii) têm aplicabilidade direta e imediata e as que dependem, por fim, (iii) têm aplicabilidade direta e mediata, com eficácia *contível* pela futura regulamentação (BONAVIDES, 2008, p. 242).

Crisafulli faz uma objeção absolutamente relevante para essa discussão que importará na compreensão da *filiação obrigatória* e do *caráter contributivo* como baldrames do sistema previdenciário, tendo em vista que os destinatários imediatos das normas programáticas em sentido estrito são os legisladores. Sua tese é “de que as normas programáticas propriamente ditas têm eficácia *imediata* sobre os comportamentos estatais, obrigando e vinculando o poder discricionário dos órgãos do Estado” (BONAVIDES, 2008, p. 243).

A relevância se dá pela hipótese, a verificar nos itens 3.1.2 e 3.1.3 adiante, de que as disposições constitucionais do Art. 201, *caput* e 195, da Carta Magna, não podem ser objetos de conflito na casuística. Isso se deve a suas estruturas de normas programáticas em sentido estrito, voltadas ao legislador, que estruturou os Planos de Custeio e Benefícios do Regime Geral de Previdência Social, e está limitado às suas disposições na reforma contínua do direito vigente, cumprindo as determinações constitucionais neles contidas, em realização do princípio geral de solidariedade social.

3.1.1.2.3 Eficácia das normas programáticas

A partir de tal desenho, colore-se, no conteúdo, a eficácia das normas programáticas. São de fundamental relevância para este trabalho os resultados da demonstração teórica de Crisafulli, trazido a nós por Bonavides (2008, p. 247):

1. O reconhecimento da eficácia normativa das disposições constitucionais exclusivamente programáticas, as quais enunciam verdadeiras normas jurídicas, que são por isso preceptivas, tanto quanto as demais, se bem que dirigidas tão somente, de maneira originária e direta, aos órgãos estatais e antes de tudo, com certeza, pelo menos aos órgãos legislativos.

2. O reconhecimento, no vigente ordenamento, da natureza propriamente obrigatória do vínculo que deriva das normas constitucionais programáticas para os órgãos legislativos, como consequência da eficácia formal prevalente de sua fonte (a Constituição) com respeito às outras leis ordinárias.

3. O reconhecimento, por isto, da invalidade das leis subsequentes, que estejam em contraste com as normas constitucionais programáticas e, segundo a corrente doutrinária que parece preferível, também das disposições de leis preexistentes, se contrastarem e enquanto contrastarem com tais normas.

(...)

Toda norma que se árvore funcionalmente como norma-princípio ou norma básica, servindo de fundamento a uma ou mais normas particulares subordinadas – escreve Crisafulli –, é sem dúvida deste ponto de vista, e nessa acepção, também, programática. Faz ele entrar assim em tal categoria os chamados princípios gerais.

É importante inferir, dessa leitura, que os princípios possam ou ter conteúdo exclusivamente programático mencionado no reconhecimento n. 1 acima – como normas programáticas propriamente ditas – ou também estrutura complexa, que envolva programa aplicável, porém aperfeiçoável como, por exemplo, as garantias sociais trabalhistas e previdenciárias, que podem ser ampliadas conforme o programa social da Constituição, que inspirem tanto o legislador decorrente quanto a interpretação casuística na constituição de direitos subjetivos; ou, ainda, contenha normas direta e imediatamente aplicáveis – que constituam direitos individuais públicos e subjetivos oponíveis ao Estado –, mesmo que afirmadas nesse contexto de inauguração dos direitos sociais, por se tratarem de aspirações axiológicas materialmente democráticas da sociedade, como ensina Friedrich Müller (2003, p. 110):

Entre o tipo de legitimidade de uma *democracia popular*, que exigiria quanto à forma de governo “um povo de deuses”, segundo Rousseau, e o tipo de legitimidade de uma democracia formal burguesa, que a cada quatro anos atrai às urnas um número cada vez menor de cidadãos eleitores “enfasiados diante da política” [*politikverdrossene Wahlbürger*], insinua-se [*schiebt sich*], conforme a proposta aqui apresentada, o largo pedestal de operações legitimatórias [*Legitimierungsleistung*] de uma democracia levada

a sério, que reside no *cumprimento das pretensões do 'status negativus' e do 'status positivus' do povo-destinatário, de toda a população.*

A inserção das aspirações axiológicas – os valores – na teoria material da Constituição, como fonte primária do direito, é trabalho do discurso pós-positivista, a ver adiante.

3.1.1.2.4 Dimensões

Os princípios constitucionais, programáticos ou não, de uma ou outra forma, terão eficácia suprema sobre todo o direito⁸⁴. Sua incidência sobre as demais normas operará – prosseguimos balizados pelo discurso da hermenêutica apresentado por Bonavides, para mais tarde trabalhar sobre tais estacas – pelas dimensões *fundamentadora, interpretativa, supletiva, integrativa, diretiva e limitativa*. Em tais dimensões, ele opera sobre as demais normas, conferindo-lhes a razão de existência, o sentido de interpretação, a delimitação do seu alcance e a integração de normas aparentemente conflitantes (BONAVIDES, 2008, p. 283).

3.1.1.2.5 Valores

Após todo o esforço teórico para justificar a juridicidade das normas constitucionais programáticas, a doutrina se assentou em reconhecer na Constituição a fonte primária de todo direito, mesmo com sua construção a se edificar sobre estacas de *valores* de cunho político – o recrudescimento da ideologia⁸⁵ do discurso normativista positivista da separação entre político e jurídico leva à constatação de que *tudo é político*, sobremaneira aquilo que se afirma, também no direito, como

⁸⁴ “Admitido definitivamente por normas, são normas-valores com positividade maior nas Constituições do que nos Códigos; e por isso mesmo providos, nos sistemas jurídicos, do mais alto peso, por constituírem a norma de eficácia suprema. Essa norma não pode deixar de ser o princípio.” (BONAVIDES, 2008, p. 276).

⁸⁵ Trata-se da crítica da ideologia, ainda que brevemente feita na conclusão deste trabalho, acenando para a necessidade de aprofundamento da pesquisa das *relações subjacentes* em uma próxima jornada, em razão da peculiaridade da matéria.

*apolítico*⁸⁶, que discursa como ciência, mas opera, de fato, como eventual instrumento de obstrução da justiça social e de manutenção das relações materiais econômico-sociais – o que se evidencia por meio da análise histórico-teleológica da afirmação constitucional (BONAVIDES, 2008, p. 245):

A análise histórico-teleológica, que nenhum texto constitucional dispensa e a que não se pode forrar nenhum constitucionalista, é talvez o instrumento interpretativo mais poderoso de que dispõe a hermenêutica das normas constitucionais, sobretudo da norma programática. [...] Dentre as normas jurídicas, sujeitas todas ao inevitável influxo do desenvolvimento histórico, a programática é a que melhor reflete o conteúdo profundo dos valores em circulação e mudança na Sociedade, sendo por isso mesmo aquela cujo caráter técnico-jurídico mais fraco e impreciso se mostra.

Os valores da solidariedade, histórica e dialeticamente construídos conforme investigação talhada no Capítulo 1, deste trabalho, dão sentido ao princípio da solidariedade social no direito previdenciário.

Tal sentido implica consequências jurídicas vinculantes aos seus destinatários: as normas que criam deveres aos legisladores os obrigam a, em seus termos, legislar; as normas que criam garantias para os cidadãos obrigam os juízes a, sem seus termos, decidir, em perfeita harmonia integrativa e sem conflitos de princípios que exigissem as soluções hermenêuticas do pós-positivismo.

3.1.1.3 Distinções fundamentais entre regras e princípios: o caso dos pilares do direito previdenciário

A doutrina constitucional majoritária distingue regras e princípios em função do conteúdo, estrutura e aplicação.

Quanto ao *conteúdo*, destacam-se os princípios como normas que identificam valores a serem preservados ou fins a serem alcançados. Trazem em si, normalmente, um conteúdo axiológico ou uma decisão política. Isonomia, moralidade, eficiência, são *valores*. Justiça social, desenvolvimento nacional, redução das desigualdades regionais, são *fins*

⁸⁶ Vemos com frequência os publicistas invocarem tais disposições para configurar a natureza política e ideológica do regime, o que aliás é correto, enquanto naturalmente tal invocação não abrigar uma segunda intenção, por vezes reiterada, de legitimar a inobservância de algumas determinações constitucionais. Tal acontece com enunciações diretivas formuladas em termos genéricos e abstratos, às quais comodamente se atribui à escusa evasiva da programaticidade como expediente fácil para justificar o descumprimento da vontade constitucional (BONAVIDES, 2008, p. 245).

públicos. Já as regras limitam-se a traçar uma conduta. A questão relativa a valores ou a fins públicos não vem explicitada na norma porque já foi decidida pelo legislador, e não transferida ao intérprete. Daí ser possível afirmar que regras são descritivas de conduta, ao passo que princípios são valorativos ou finalísticos (BARROSO e BARCELLOS, 2003, p. 112).

Pois bem sob tal prisma, dentre os pilares do direito previdenciário enumerados no início deste Capítulo, enquadram-se como princípios exclusivamente a solidariedade social e a preservação do equilíbrio financeiro e atuarial, *finalidades* encartadas em diferentes momentos históricos pelo constituinte originário e derivado. Os preceitos da filiação obrigatória, do caráter contributivo e da precedência do custeio, estranhos a esta condição, descrevendo condutas do legislador, obrigado a criar medidas assecuratórias da proteção social obrigatória e das contribuições sociais a partir das hipóteses de incidência descritas na constituição, bem como as providências para as respectivas arrecadação, fiscalização e cobrança.

Com relação à *estrutura* normativa, tem-se que o relato de uma regra especifica os atos a serem praticados para seu cumprimento adequado. Embora a atividade do intérprete jamais possa ser qualificada como mecânica – pois a ele cabe dar o toque de humanidade que liga o texto à vida real –, a aplicação de uma regra normalmente não envolve um processo de racionalização mais sofisticado. Se ocorre o fato previsto em abstrato, produz-se o efeito concreto prescrito. Já os princípios indicam fins, *estados ideais* a serem alcançados. Como a norma não detalha a conduta a ser seguida para sua realização, a atividade do intérprete será mais complexa, pois a ele caberá definir a ação a tomar. (BARROSO e BARCELLOS, 2003, p. 112)

Também aqui separam-se dos princípios-fim de solidariedade social e preservação do equilíbrio financeiro e atuarial a filiação obrigatória, o caráter contributivo e a precedência do custeio, pois delimitam a conduta do legislador, já satisfeita pela regulamentação da matéria na legislação atinente.

A natureza de regra dos preceitos da filiação obrigatória, do caráter contributivo e da precedência do custeio ficam ainda mais evidentes se absorvidas as teorias convencionais – assimiladas no direito brasileiro as construções pós-positivistas de Alexy (BARROSO e BARCELLOS, 2003, p. 110) e Dworkin (2010, p.43) de distinção entre regras e princípios a partir do critério da *aplicação*, segundo o qual

Regras são proposições normativas aplicáveis sob a forma *tudo-ou-nada* (*all-or-nothing*). Se os fatos nela previstos ocorrerem, a regra deve incidir, de modo direto e automático, produzindo seus efeitos. Uma regra somente deixará de incidir sobre a hipótese de fato que contempla se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor. Sua aplicação se dá, predominantemente, mediante *subsunção* [...] *Princípios* contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir. [...] Deve-se reconhecer nos princípios uma dimensão de peso ou importância. (BARROSO e BARCELLOS, 2003, p. 110).

Aqui novamente a aparência de não-princípios, de regras, da filiação obrigatória, do caráter contributivo e da precedência do custeio é corroborada, pois diante do fato natural *trabalho* necessariamente decorre a constituição de um crédito tributário e de uma relação de filiação obrigatória, relações concomitantes e juridicamente distintas em seus conteúdos e efeitos. Não há como o sistema ser mais ou menos contributivo, ou como a filiação ser mais ou menos compulsória, ressalvada a regra específica dos segurados facultativos (Art. 13 da Lei n. 8.213/91). Não há, por fim, como o legislador transigir em ser mais ou menos obediente em relação à precedência do custeio: se quiser legislar criando, majorando ou estendendo direito previdenciário, *necessariamente* deverá criar ou definir a correspondente base de financiamento.

3.1.1.4 Cinco problemas fundamentais na prática do direito previdenciário em detrimento da estrutura constitucional de solidariedade social

Tais métodos levam em conta, no processo de integração de normas nos casos concretos, a identificação das normas em pauta – a definição das espécies das normas importa para a solução no plano da *validade* (tratando-se de regras), ou na *ponderação/sopesamento/integração axiológica* (tratando-se de princípios) – para avaliar a existência ou não de conflito/colisão entre elas.

A superação desses conflitos aparentes passa pela demonstração, em todos os casos, do *modus operandi* da integração normativa do direito previdenciário à luz do princípio da solidariedade social, e busca contribuir para a superação da dificuldade – e dos erros graves – de interpretação do binômio *filiação obrigatória x caráter*

contributivo, ou da aplicação da *precedência do custeio* como razão de decidir na casuística.

Percebe-se, a partir da experiência do discurso da solidariedade social no direito previdenciário (Capítulo 2), em contraste com o breve enunciado da hermenêutica constitucional da deontologia desse discurso, que deveria pautar essa experiência, cinco problemas fundamentais na aplicação do direito previdenciário:

- a) o mais recorrente, demonstrado em larga escala no Capítulo anterior, qual seja a resolução de casos com fundamento direto no princípio da solidariedade ou de outros princípios, sem enfrentamento e com desprezo das regras cogentes e estatuídas em obediência a esses mesmos princípios, sobremaneira das respectivas consequências jurídicas;
- b) há diversas *regras* perfeitamente *integráveis* sendo tratadas na jurisprudência como *princípios conflitantes*, liquidificados gratuitamente no discurso pós-positivista dominante, a partir do teorema da precedência do mandamento de otimização mais apropriado para o caso concreto elaborado por Robert Alexy ou da integração da *unidade do valor* de Ronald Dworkin (BARROSO e BARCELLOS, 2003, p. 110; DWORKIN, 2010, p. 23 e ss.);
- c) essas situações que se apresentam como *conflitos de princípios* – que nem sempre são princípios, mas regras – aparecem como problemas hermenêuticos de interpretação que encontram argumentos de solução na teoria da *justiça*, como subsídio à estrutura de fundamentação de decisões judiciais, em última instância ameaçando o governo do povo pelo governo dos juízes (vide discussões, que não enfrentaremos neste trabalho, relativas ao ativismo judicial, à subjetividade, o relativismo e o discurso da *razoabilidade*); quando deveriam estruturar a vinculação democrática de um normativismo que torne imperativa a realização das vontades políticas do povo, e não das quase sempre implícitas convicções políticas dos magistrados;
- d) as estruturas das normas tributárias e previdenciárias propriamente ditas, em seus enunciados e hipóteses de consequências jurídicas, seja de

realização dos deveres – nas tributárias –, seja de realização dos direitos – nas previdenciárias – são interpenetradas sem método, sem adstrição com a legalidade e com interpenetração inconstitucional das regras de custeio e benefício, apesar de serem autônomas, independentes e interconectadas, nos casos concretos, exclusivamente pelo preenchimento dos prazos de carência, quando exigidos por lei;

- e) o abandono da formação histórica do trabalho em si no Brasil, representada pelo processo econômico de exploração das relações informais ou precárias de trabalho nos ambientes rurais e urbanos, comerciais ou domésticos – pautadas na máxima exploração com a mínima contrapartida, desde a colonização do país, do trabalho escravo de índios e negros; do trabalho imigrante; do trabalho assalariado e do trabalho terceirizado em relações de subordinação messiânica – associado a outro abandono – o da história de desvio finalidade pública da gestão dos recursos da Previdência Social, saqueados por décadas com construção superfaturada de obras públicas apologéticas do civismo nacionalista nos períodos desenvolvimentista e militar – como métodos de interpretação do direito constitucional do trabalho e da previdência social decorrentes da vontade social contida nos respectivos princípios, amplamente escorados por regras infraconstitucionais aptas à realização da proteção social desses trabalhadores e não incompatíveis com o primado da *contributividade*, são de fato problemas fundamentais na aplicação do direito previdenciário. Tais situações, como se afirmou no início deste Capítulo, são o *avesso* da solidariedade. A partir desses problemas, pontuamos o conteúdo normativo-constitucional da estrutura do direito previdenciário, para após tentar solucioná-los no plano da legalidade constitucional vinculante, antecedente ao da hermenêutica casuística da teoria da justiça e da decisão judicial. Essas últimas discussões são importantes para interpretação do direito previdenciário, entretanto, parece, devem ser suscitadas apenas após os juízos de validade e incidência das normas constituídas.

3.2 CONTEÚDO NORMATIVO DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS E DO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO DECORRENTE A PARTIR DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL

Tanto o Regime Geral de Previdência Social (RGPS) quanto o Regime Próprio de Servidores Públicos (RPSP) têm como alicerces, na ordem constitucional de solidariedade social, a *filiação obrigatória*, o *caráter contributivo* e a *finalidade de preservação do equilíbrio financeiro e atuarial* e no RGPS, a *precedência do custeio*.

A abordagem que ora se faz é relativa ao RGPS, onde estão os problemas enumerados acima, que alcançam o objeto deste trabalho específico, tendo em vista que no RPSP as relações jurídicas são formais e o Estado faz – deve fazer – o controle de remunerações, contribuições e cálculo de benefícios, não havendo problemas de exclusão social propriamente dita de servidores públicos, mas, sobretudo, de achatamento e retração de seus benefícios.

No ambiente do serviço público, as situações mais notáveis de precariedade social são as terceirizações de serviços, realizados por trabalhadores em regime celetista e sem responsabilidade civil direta do Estado pela gestão de suas remunerações, controle de jornada e contribuições sociais pelas empresas intermediárias (JAKUTIS, apud SOUTO MAIOR e GNATA, *orgs.*, 2013, p. 23 e ss; CARVALHO, apud SOUTO MAIOR e GNATA, *orgs.*, 2013. p. 68 e ss.).

Cada um será estudado, adiante, como membro de um organismo atrelado à espinha dorsal constituída pelo Art. 3.º, I da Constituição da República, princípio fundamental da convivência social por meio da construção da *justiça social* que estatui a república democrática – que *quer ser* republicana e democrática – brasileira.

3.2.1 Conteúdo jurídico da *filiação obrigatória*: a segurança social em sentido estrito como *realização concreta* da solidariedade social no direito previdenciário

3.2.1.1 Dispositivos constitucionais

Trata-se, inicialmente, da *filiação obrigatória*, preceituada no Art. 201, *caput*, que se comunica diretamente com os Art. 3.º, I; Art. 6.º e Art. 193, todos da Constituição da República;

3.2.1.2 Norma

A norma contida consiste na abrangência da proteção social previdenciária a todos os *trabalhadores* que, após se inserirem na sociedade como tal, deixem de conseguir trabalhar, por circunstâncias externas à sua vontade, próprias das limitações biológicas ou circunstâncias constitucionalmente eleitas como *justas* para deferimento de tal cobertura. A filiação obrigatória vincula, portanto, todas as pessoas que *realizem atividades remuneradas* no país – que trabalhem – ao RGPS, à exceção dos servidores públicos civis e militares, que têm regimes distintos.

A escolha pela proteção de todos *trabalhadores* – e não de todos os *empregados* ou todas as *pessoas* – é fundada no *primado do trabalho* da ordem social brasileira (Art. 193 da CR); na diversidade de formas de relações de trabalho; e no caráter *sociológico* da solidariedade social capitalista. A integração social do sujeito, sua possibilidade de pertencimento à sociedade, realiza-se por meio do trabalho.

Ao assumir que o conteúdo ideológico da libertação ou da dignificação do homem no trabalho renderia profundo debate, toma-se em conta o pressuposto alcançado na análise sociológica do Capítulo 1: o trabalho *socializa* o homem, e a sua parte ativa na solidariedade social econômica se dá pelo exercício de uma função nessa engrenagem, compatível com suas aptidões e oportunidades – ou com a falta de aptidões e oportunidades, no exército de reserva do mercado, nos termos da economia política ou da sociologia positivista.

O sistema de proteção social alcança também os que *ainda* não ingressaram na sociedade ativa, os que não *querem* ou não conseguem fazê-lo, por meio da própria previdência, quando na condição de dependentes, ou por meio da assistência social, havendo comprovada necessidade de atuação do Estado por insuficiência de meios próprios no núcleo familiar. Os que trabalham e não fazem parte dessas últimas, seja qual for a relação jurídica que tutele a atividade remunerada, estarão *obrigatoriamente* filiadas ao Regime Geral de Previdência Social, por força desse preceito estruturante do sistema previdenciário. Do *trabalho* decorre, portanto, o direito fundamental social à Previdência Social, previsto no Art. 6.º e instrumentalizado pela norma contida no Art. 201, *caput* da Constituição da República.

3.2.1.3 Natureza jurídica da norma

A norma contém uma regra complexa de caráter ambivalente, decorrente do princípio da solidariedade social. A partir do paradigma proposto pela teoria hermenêutica quanto à afirmação da preceptividade das normas constitucionais, exposta no início desse Capítulo, pode-se afirmar que a filiação obrigatória, em função de seus destinatários, conteúdo e eficácia integrativa – critérios adiante abordados – é *regra programática* propriamente dita enquanto direcionada do constituinte originário para o legislador decorrente, dando *sentido e limites* para a criação do Plano de Benefícios, sendo *preceptiva* para o legislador, por um lado, e *regra preceptiva de aplicabilidade direta porém com eficácia diferida* (até a criação do Plano de Benefícios, que a pavimenta) para os cidadãos, garantindo a realização do direito social fundamental à Previdência Social previsto no Art. 6.º da Constituição e promovendo o objetivo de construção da sociedade solidária.

Tem natureza de regra-preceito constitucional, pois não há como a filiação ser mais ou menos obrigatória aos segurados obrigatórios, ressalvada a amplitude de inclusão dos segurados facultativos. Ela é ou não é obrigatória – no caso brasileiro é, por escolha constitucional –, ou seja, a norma nela contida é válida, não é flexível, como são os princípios no discurso hermenêutico constitucional.

Nessa esteira, a *filiação obrigatória* é a concretização da solidariedade social previdenciária propriamente dita, em seu intrínseco aspecto material-teleológico.

3.2.1.4 Normas decorrentes estatuídas em integração conforme ao preceito da filiação obrigatória

São normas diretamente decorrentes, úteis para a tutela das situações individuais e estatuídas no Plano de Benefícios em integração conforme ao preceito da filiação obrigatória, corolário essencial do objetivo fundamental de solidariedade social previdenciária:

- a) o Art. 11, que define os *segurados obrigatórios*, descrevendo as respectivas categorias e as condutas das quais acarreta, e apenas das quais acarreta, a qualidade de segurado, para fins de atendimento ao correlato requisito genérico de proteção previdenciária em caso de necessidade ou de possibilidade de gozo de benefício;
- b) o Art. 15, II, que mantém a *qualidade* de segurado do trabalhador por um período de graça posterior à cessação das contribuições de quem *deixou de exercer atividade remunerada*, independentemente de contribuições quando houver prova da continuidade do trabalho, tratando-se o ócio (voluntário ou não) do trabalhador de condição *sine qua non* para fixação do termo inicial do prazo nele contido; e
- c) o Art. 27, I, e II que garante para diversas categorias de segurados a contagem do prazo de carência desde o início do trabalho e exclui, per si tal direito das demais categorias, mostrando-se necessária a interpretação sistemática com o princípio da solidariedade quanto aos trabalhadores domésticos; com as normas específicas e posteriores aos contribuintes individuais que prestem serviços para pessoas jurídicas; e com as normas que excepcionam a exigência de contribuições dos segurados especiais;
- d) o Art. 55, que estabelece parâmetros para o *reconhecimento* do trabalho para fins previdenciários; combinado com o Art. 4.º da Emenda Constitucional n. 20/98, que garante o reconhecimento do trabalho para

fins previdenciários independentemente de prova do recolhimento das contribuições previdenciárias correlatas pelo tomador de serviços ou pela pessoa obrigada a vertê-las.

3.2.2 Conteúdo jurídico da *finalidade* de preservação do equilíbrio financeiro e atuarial: a condição de sustentabilidade e perpetuação da solidariedade social previdenciária

3.2.2.1 Dispositivo constitucional

A Emenda Constitucional n. 20 de 1998 realizou a primeira reforma estrutural no sistema de previdência social, editada no contexto do ideário neoliberal da década de 1990, que tinha como primado o discurso da responsabilidade fiscal, que veio acompanhado da prática de retração das políticas públicas sociais conquistadas na década anterior. Esse momento foi caracterizado pela inserção da finalidade estruturante, dos regimes de previdência, de preservação do equilíbrio financeiro e atuarial:

Tais alterações introduzidas pelas reformas importaram em mudanças estruturais nos sistemas de previdência, especialmente em relação aos servidores públicos. Ademais, o novo modelo previdenciário preencheu lacunas até então existentes, dando ênfase ao caráter contributivo e à necessidade de equilíbrio financeiro e atuarial, além de estabelecer normas gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência nos âmbitos federal, estadual, municipal e distrital (FERRARO, 2010, p. 28).

A afirmação dessa finalidade se caracterizou pela argumentação da inviabilidade de perpetuação das garantias sociais como idealizadas sem o correspondente lastro capital em médio e longo prazo, tendo em vista o aumento quantitativo relativo da população economicamente inativa (FERRARO, 2010, p. 29).

Com isso, a gestão pública passou a ser pautada pelos primados da eficiência – que se tornou princípio constitucional explícito da Administração Pública (Art. 37, *caput*) e da filosofia transportada do utilitarismo para o atual estágio da teoria da análise econômica do direito, que em apertada síntese justifica os sacrifícios

individuais em prol da otimização do bem da coletividade, sob critérios de custo-benefício da intervenção estatal em questões sociais (SAVARIS, 2011, p.27 e ss).

No seio do direito previdenciário, tal finalidade estruturante também foi expressamente eleita como princípio constitucional, mediante alteração no *caput* do Art. 201 da CR, expendida para incluí-la.

3.2.2.2 Norma

A finalidade de preservação do equilíbrio financeiro e atuarial tem como conteúdo normativo a diretriz e, limite e condição, para os legisladores derivados, de levar em conta no planejamento e elaboração dos orçamentos, da lei de diretrizes orçamentárias e do plano plurianual, além da eventual criação, majoração ou extensão de benefícios previdenciários.

Esta norma é corolário do princípio da solidariedade social intergeracional, atenta à sustentabilidade necessária ao financiamento das despesas relativas à Seguridade Social, de modo a garantir a efetividade dos direitos sociais, no caso, atinentes aos benefícios previdenciários:

Ademais, a sobrevivência do sistema previdenciário depende, necessariamente, de um equilíbrio entre despesas (benefícios concedidos e prestações a serem pagas) e receitas (contribuições sociais). Este equilíbrio, por sua vez, deve ser observado pelo legislador quando faz novas leis. O legislador, informado dos critérios orçamentários disponíveis, bem como das perspectivas de incremento de receita e da impossibilidade constitucional de futura redução dos benefícios já concedidos, poderá visualizar as necessidades sociais que precisam ser melhor atendidas, presumindo os parâmetros de sobrevivência do sistema (FERRARO, 2010, p. 171).

3.2.2.3 Natureza jurídica da norma

Está claro que tal norma visa a se estabelecer como meta da gestão pública, visando à perpetuação do sistema previdenciário, tornando-o sustentável, e impedindo o desvio de recursos da Previdência Social para finalidades diversas do respectivo financiamento, por meio da inclusão do Art. 167, XI, que determina a afetação da

receita à despesa: contribuições previdenciárias servem para financiar benefícios previdenciários.

É certo que pouco mais tarde, a partir da Emenda Constitucional n. 27, de 2000, criou-se a cláusula de exceção do Art. 76 do ADCT, também ilustrado acima, desvinculando parte de todas as receitas da União, inclusive as contribuições previdenciárias, de afetações pré-determinadas⁸⁷.

De toda sorte, a Administração Pública não tem liberdade discricionária para se servir dessas receitas ao seu alvedrio, conforme ocorrera nas décadas anteriores, como se sabe.

O ponto é que a meta de preservação do equilíbrio financeiro e atuarial, no contexto da reforma previdenciária de 1998, assim como as normas descritas no tópico antecedente, é *princípio geral de caráter programático propriamente dito*, em torno do qual orbita o direito financeiro para fim de financiamento da Previdência Social.

Este princípio tem preceptividade imediata sobre a atividade legiferante derivada, com fim de a ela impor sentido, condições e limites, de forma a garantir a efetividade dos direitos sociais constitucionalmente deferidos.

Corolários desta finalidade são as normas do Art. 195, em seus parágrafos 1.º, 2.º, 4.º, 5.º e 10, também de direito financeiro; e 6.º, 7.º, 8.º, 9.º, 11, 12 e 13, estas de direito tributário e concretizadoras do caráter contributivo do sistema, destinadas à conformação do legislador ordinário, que não pode elaborar o orçamento anual, a lei de diretrizes orçamentárias ou criar leis previdenciárias sem a respectiva observação, como concluímos acima.

3.2.2.4 Regras constitucionais informadas pelo princípio do equilíbrio financeiro e atuarial – bases de sustentação e perpetuação da efetividade dos direitos sociais previdenciários

O Art. 195 traz em seu corpo regras de direito financeiro e de direito tributário, informadas concomitantemente pelos princípios do equilíbrio financeiro e

⁸⁷ Sobre a Desvinculação das Receitas da União – DRU, o discurso do déficit da Previdência Social e a política pública de gestão orçamentária, ver CALCIOLARI, 2012, p. 111 e ss.

atuarial e da solidariedade social, que devem ser observadas pelos legisladores. Vamos às de direito financeiro, informadas pelo princípio do equilíbrio financeiro e atuarial:

§ 1.º - As receitas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinadas à seguridade social constarão dos respectivos orçamentos, não integrando o orçamento da União.

Este dispositivo obriga os legisladores a incluir expressamente as receitas destinadas à seguridade social na elaboração dos orçamentos dos entes federativos, distribuindo-lhes competência-dever.

§ 2.º - 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.

Aqui, fixa-se a lei de diretrizes orçamentárias como moldura da proposta de orçamento, *limitando*, também nesse aspecto, a atuação do legislador. Além disso, *obriga* os agentes envolvidos à obediência da construção democrática da proposta de orçamento, sem a qual a proposta incorre de vício de formal e fica sujeita ao controle judiciário de constitucionalidade.

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

No § 5.º, por sua vez, encontramos a razão de ser dessa laboriosa interpretação sistemática. Assim como as demais normas do Art. 195, este § também impõe uma determinação ao legislador derivado, condicionando sua competência legislativa.

Em seus termos, qualquer lei que venha a criar uma nova espécie de benefício, a par das já criadas no Plano de Benefícios; majorar os índices específicos ou abranger a cobertura de alguma das espécies já existentes, deverá também dispor sobre a respectiva fonte de custeio, ou seja, instituir a contribuição social que sustente a criação da nova espécie ou aumentar a alíquota da existente, ou ampliar a hipótese de incidência, respeitando-se, no que couber, o disposto no parágrafo anterior e a reserva de lei complementar (Art. 195, §4.º c/c Art. 154, I da CR).

Nesse contexto, de definição de balizas para os legisladores das estruturas tributária e financeira, instrumentalmente necessárias para a sustentação da Previdência Social, a criação e majoração de benefícios não se confundem com a concessão e a revisão de benefícios previdenciários, expedientes absolutamente estranhos ao conteúdo e aos destinatários da norma.

A preceptividade do Art. 195, §5.º é, portanto, voltada para o legislador, tão somente, assim como todas as demais normas do Art. 195, à exceção do seu §3.º, que preceitua sanção tributária para as pessoas jurídicas, que são contribuintes e responsáveis tributárias absolutamente estranhas às relações previdenciárias de que sejam titulares os indivíduos que lhes prestem serviços.

Assim, trata-se de uma regra, pontual e clara de responsabilidade fiscal própria do direito financeiro, voltada para o legislador derivado, e não um princípio de direito de direito previdenciário que possa, em qualquer hipótese, ser suscitado na casuística.

§ 10. A lei definirá os critérios de transferência de recursos para o sistema único de saúde e ações de assistência social da União para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e dos Estados para os Municípios, observada a respectiva contrapartida de recursos. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998).

O §10, também tratando de direito financeiro e também voltado ao legislador, para quem autoriza a definição de critérios para destinação de recursos para saúde e assistência sociais, corrobora com todo o contexto ora concatenado.

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. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998).

Art. 76. São desvinculados de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2015, 20% (vinte por cento) da arrecadação da União de impostos, contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, já instituídos ou que vierem a ser criados até a referida data, seus adicionais e respectivos acréscimos legais. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 68, de 2011).

As disposições do Art. 167, XI da CR e 76 do ADCT, por fim, contêm a afetação financeira da receita previdenciária à despesa previdenciária e a desafetação excepcional de parte dessa receita, ao alvedrio da União – a desvinculação de receitas da União (DRU), respectivamente:

Tais percepções não negam, frise-se, a coercitividade do caráter contributivo do Regime Geral de Previdência Social, cuja estrutura infraconstitucional de integração normativa é esboçada adiante. Afirmam, entretanto, que as normas constitucionais estruturantes do princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, das regras decorrentes e do custeio da Previdência Social, à exceção, repita-se, do Art. 195, §3.º, têm preceptividade restrita aos legisladores derivados, sendo estas últimas regras constitucionais programáticas que fogem, dada a técnica legislativa, à natureza de princípio que têm as normas do Art. 195, *caput*, integrado ao 201, *caput*, ambos no labor de construir a solidariedade solidária almejada no Art. 3.º, I, todos da CR, que seja sustentável ao longo do tempo.

3.2.3 Conteúdo jurídico do caráter contributivo: a *condição instrumental* da realização da solidariedade social previdenciária

3.2.3.1 Dispositivo constitucional

O terceiro pilar do sistema constitucional previdenciário é o *caráter contributivo*, essencial para a viabilidade material da entrega do direito previdenciário, preceituado no Art. 201, *caput*, que se comunica diretamente com os Art. 194 e 195, *in totum*, e é regido pelos objetivos estruturantes – e princípios propriamente ditos – da solidariedade social e do equilíbrio financeiro e atuarial.

3.2.3.2 Normas

A Constituição da República, nesta face da solidariedade, impõe *deveres fundamentais* para o Estado e a sociedade, que pretendem ser *condição instrumental* bastante para o financiamento das ações destinadas a assegurar os direitos relativos à

seguridade social. O cumprimento desses deveres é operacionalizado mediante instituição de contribuições sociais, majoritariamente entendidas como espécies de tributos, em razão do que são regidas por toda a estrutura do direito tributário e do processo fiscal:

Não coincidentemente foi esta a fórmula adotada pelo Código Tributário Nacional e, em parte, pela nossa Constituição (notadamente pelo Art. 145, que inaugura o Sistema Tributário Nacional). Assim, as contribuições sociais, por não apresentarem laços claros de bilateralidade, caracterizam-se, indubitavelmente, como tributos não vinculados a qualquer agir estatal, tendo natureza jurídica específica de imposto. Assim, reforçamos a afirmação clássica de Geraldo Ataliba de que ‘Nenhum tributo, até agora, designado contribuição, no Brasil – salvo a de melhoria – é contribuição verdadeira, no rigoroso significado do conceito, que se centra na materialidade da hipótese de incidência’ (CALCIOLARI, 2012, p. 82).

As dotações orçamentárias de tais tributos são afetadas – regidas, portanto, após a realização dos créditos tributários, pelo direito financeiro – à realização das políticas públicas de seguridade social, nomeadamente a concessão e manutenção de benefícios previdenciários e assistenciais e do sistema de saúde:

Acreditamos, permeados por uma interpretação sistêmica a dirigente da Constituição [...] que a preocupação constitucional com as despesas da Seguridade Social e com a implantação de uma sociedade justa e solidária permeia também a Ordem Tributária. Assim, a afetação constitucional é forma de vincular tanto o legislador tributário quanto o ordenador de despesas com políticas destinadas à redução das desigualdades econômicas, garantida desse modo a saúde, a assistência e as políticas de previdência (CALCIOLARI, 2012, p. 83).

Por conta disso, as contribuições previdenciárias assumem a feição *tributária* do sistema de solidariedade, distinta da feição *previdenciária* da solidariedade:

O que dizemos é que o valor solidariedade, que para alguns é critério informador exclusivo das contribuições sociais, é valor que permeia toda a Constituição e, em especial o Sistema Tributário Nacional. A preocupação solidária e redistributiva (que em parte é tributária – pela capacidade contributiva – e em parte orçamentária, ao destinar recursos à Seguridade Social) permeia a interpretação desta e de outras figuras tributárias (CALCIOLARI, 2012, p. 83)

Na feição tributária, todos – não apenas os trabalhadores, mas também todos os contribuintes arrolados nos incisos do Art. 195 – têm uma limitação impositiva de

sua liberdade patrimonial em favor da sociedade, subsumindo-se na ética da racionalidade obrigacional do direito privado de *responsabilidade solidária*, por todos os *sócios* signatários do *contrato social*, pela manutenção do bem comum em favor de todos.

Do *trabalho*, assim como de todas as hipóteses de incidência previstas na Constituição, decorre, portanto, o *dever fundamental de contribuição à Previdência Social*, previsto nos Art. 149 e 195 e Art. 201, *caput* da Constituição da República.

3.2.3.3 Natureza jurídica das normas

A estrutura jurídico-normativa da realização do caráter contributivo tem sede constitucional direta nas disposições do Art. 195, que em seu *caput* enuncia o mencionado dever de financiamento, em seus incisos prevê as hipóteses de incidência das contribuições previdenciárias e, em seus parágrafos, estabelece diversas disposições voltadas à elaboração de diretrizes orçamentárias, dos orçamentos anuais e de responsabilidade fiscal. Importantes também são as cláusulas de afetação e exceção dos Art. 167, XI, e Art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

No bojo da conceituação na doutrina hermenêutica, quanto à preceptividade das normas constitucionais, exposta no início desse Capítulo, infere-se que o caráter contributivo também é regra programática derivada dos princípios integrados da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, ou enquanto direcionados do constituinte para o legislador decorrente, dando *sentido e limites* para a criação do Plano de Custeio, sendo *preceptivo* para o legislador.

Também tem natureza de regra constitucional, assim como a filiação obrigatória, pois não há como o RGPS ser mais ou menos contributivo. Ele é ou não é contributivo – no caso brasileiro é, por escolha constitucional –, ou seja, é válido e ponto, não é sopesável, permeável ou ponderável, como são os princípios no discurso hermenêutico constitucional. Ele não tem o caráter ambivalente da filiação obrigatória, que é fonte de direitos fundamentais, pois, apesar de afirmar deveres fundamentais e prever as hipóteses de incidência das contribuições, tais deveres somente poderiam ser instrumentalizados por meio da instituição legal dos tributos previstos, o que ocorreu

com a necessária promulgação do Plano de Custeio, contido na Lei n. 8.212/91 e nas leis que a alteraram posteriormente.

Mais do que isso, o caráter programático propriamente dito, ou seja, de princípio preceptivo/vinculante para o legislador decorrente que estabelece um *programa de trabalho* com balizas bem definidas de responsabilidade fiscal, ganha relevância em função do destinatário. Não se trata, como no caso dos direitos fundamentais individuais – como as liberdades privadas e os direitos sociais – de normas diretamente voltadas para os cidadãos e os magistrados nos casos concretos. Direcionam-se para o legislador decorrente, protegendo a *república* – a coisa de todos, o bem comum – de irresponsabilidades imediatistas por parte do governo, definindo limites para o *programa* de atuação futura, que independa das variações casuísticas de alternância de poder de grupos político-partidários nas sucessivas legislaturas. Senão, veja-se adiante.

É porque as normas dos incisos e parágrafos têm natureza distinta daquela contida no *caput* do Art. 195, que estatui a face tributária do princípio da solidariedade: trata-se de *regras* de direito tributário e financeiro e que vinculam a respectiva ação legiferante. A natureza de princípio, como ver-se-á, esgota-se no *caput* do Art. 195, associado ao Art. 201 – solidariedade social de financiamento e equilíbrio financeiro como condição instrumental da solidariedade social –, como descrito acima, tendo em vista que a validade das normas descritas nos seus incisos e §§ são pontuais, diretas, definidas e claras na função de limitar, dando moldura, direção e sentido para a atividade do legislador.

3.2.3.4 Destinatários

Para fim de ilustração que permita interpretar de modo sistemático o Art. 195, o qual dá contornos ao caráter contributivo do Regime Geral de Previdência Social e realiza a *condição instrumental* do princípio da solidariedade – em paralelo a respectiva *realização concreta*, contornada pela filiação obrigatória –, reproduz-se a seguir as duas normas, para que, lado a lado, evidencie-se o caráter programático em sentido estrito, representado por enunciados próprios do direito financeiro e do direito

tributário, em regra destinadas aos legisladores derivados, já desincumbidos da missão, cumprida, de estatuir as contribuições sociais e o plano de custeio da Previdência Social em adstrição aos mandamentos constitucionais correlatos.

3.2.3.5 Regras constitucionais realizadoras do preceito do caráter contributivo:

Art. 195, caput e incisos; § 4.º; §6.º; 7ºo; §8.º; §9.º e a sanção tributária do §3.º

Dispõe o texto constitucional:

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: (Vide Emenda Constitucional n. 20, de 1998).2

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998).2

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; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998).2

b) a receita ou o faturamento; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998).2

c) o lucro; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998).2

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; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998).2

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. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 42, de 19.12.2003).2

O Art. 195 estabelece que o financiamento da seguridade social será feito por toda a sociedade, mediante recursos públicos e contribuições sociais, estatuindo as respectivas hipóteses de incidência, necessárias ao molde da matriz tributária que tenha aptidão, após a instituição de lei – a ser feita pelo legislador –, para constituir os créditos tributários correlatos.

A necessidade de lei para instituir as contribuições sociais decorre do princípio da legalidade estrita, expediente legislativo hábil a direcionar o Poder Executivo para regulamentar todos os atos administrativos bastantes a fim de realizar a receita tributária.

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

Neste ponto, o constituinte permite ao legislador derivado promover a expansão da arrecadação em função de futura e eventual necessidade pública que a justifique, endurecendo o quórum legislativo – reservando-se o objeto ao procedimento de lei complementar previsto no Art. 154, I da CR – para legitimação inequívoca do processo democrático.

§ 6.º - 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".

A regra contida no §6.º impõe dever de abstenção à Administração Pública no curso do prazo nonagesimal previsto no Art. 150, III, b da CR, em seus termos.

§ 7.º - São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

§ 11. É vedada a concessão de remissão ou anistia das contribuições sociais de que tratam os incisos I, a, e II deste artigo, para débitos em montante superior ao fixado em lei complementar. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998).

Os §§7.º e 11 dispõem sobre limitações do poder de tributar, respectivamente estabelecendo imunidades – a que chama isenção, apesar da fonte constitucional – às mencionadas entidades beneficentes e vedando perdões de dívidas nos casos ali descritos.

§ 8.º 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998).

§ 9.º 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 47, de 2005).

Os §§ 8.º e 9.º, por suas vezes, tratam de elementos da estrutura das contribuições sociais previdenciárias, de modo que definem a base de cálculo das contribuições no contexto da economia rural e dispõem sobre as alíquotas das contribuições sobre a tomada de serviços, fruto da pressão de setores econômicos por ocasião da EC 47/05.

§ 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. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 42, de 19.12.2003).

§ 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. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 42, de 19.12.2003).

Os §§ 12 e 13, por fim, autorizam o legislador a disciplinar inacumulabilidade de contribuições em determináveis setores produtivos, consistindo em medidas de desoneração da economia.

São todas as enumeradas, portanto, regras constitucionais de direito tributário, hábeis à materialização da solidariedade social em sua face *liberal* em sentido estrito: limitam parcialmente a *liberdade* patrimonial dos indivíduos e entidades públicas e privadas, mediante instituição de tributos, em prol dos fins comuns; no caso, a realização das atividades-fins da Previdência Social.

Mais do que isso, como demonstrado, são todas direcionadas para o legislador, que deve agir nos estritos limites dessas autorizações constitucionais, sob pena de ofensa ao estado de direito, ao regime democrático e às liberdades privadas, regentes do princípio da legalidade, em todas as suas dimensões.

Por fim, transcreve-se a sanção tributária do Art. 195, §3.º

§ 3.º - A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

A norma do Art. 195, §3.º é a única exceção ao de caráter programático propriamente dito das demais regras aqui encartadas: ela traz uma sanção de

aplicabilidade direta e eficácia imediata para as pessoas jurídicas em débito com o sistema de seguridade social. Esta regra visa à garantia de realização, pelas empresas que se relacionem com o poder público, dos seus deveres tributários relativos às contribuições sociais, seja em relação àquelas em que são contribuintes propriamente ditas ou naquelas em que tem o dever de retenção na fonte, responsáveis tributários pelas contribuições devidas pelos trabalhadores em razão dos serviços prestados por eles a elas prestados.

3.2.3.6 Normas decorrentes estatuídas em integração conforme ao preceito do caráter contributivo

Tendo em vista que a realização do caráter contributivo é matéria de direito tributário, a análise abandona do direito previdenciário propriamente dito e alcança o plano de custeio da previdência social, Lei 8.212/91 e legislação complementar, no item 3.3.2 adiante.

3.3 EFICÁCIA DAS NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS INTEGRADAS DIRETAMENTE AO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL PREVIDENCIÁRIA

Neste tópico, são esboçados os efeitos jurídicos das normas acima descritas, de maneira a integrarem os pilares de sustentação do sistema previdenciário, à luz do princípio da solidariedade.

A esta altura, espera-se já ter concretude a feição revigorada da solidariedade social, que romper com sua definição clássica permeada pelo individualismo metodológico e alcance seu contexto de consolidação da democracia na fase atual do Direito Social. Qual superada seja tal definição, já anacrônica – não por deficiente, mas por insuficiente –, com respeito aos ilustres Professores:

Se a principal finalidade da Previdência Social é a proteção da dignidade da pessoa, não é menos verdadeiro que a solidariedade social é verdadeiro princípio fundamental do Direito Previdenciário, caracterizando-se pela cotização coletiva em prol daqueles que, num futuro incerto, ou

mesmo no presente, necessitem de prestações retiradas desse fundo comum LAZZARI e CASTRO, 2009, p. 49)

A sustentação elaborada neste trabalho busca romper com esse paradigma da *cotização* na casuística, não substituindo, mas complementando o conceito de solidariedade social, acrescentando a ele, inexoravelmente, a promoção dos fins sociais intrínsecos à Previdência Social, que estão estruturados juridicamente para a realização concreta, mas que expõe os trabalhadores informais e outros contingentes à marginalidade. Adiante, propõem-se algumas soluções interpretativas, com seguro substrato jurídico, para a justa promoção da inclusão social no regime de *segurança* obrigatória.

3.3.1 Normas aptas à realização concreta da solidariedade social – sentido e extensão da filiação obrigatória

3.3.1.1 Realização das condutas descritas no Art. 11 da Lei 8.213/91

O efeito jurídico típico da filiação obrigatória e decorrente segurança obrigatória, expressada nos casos concretos pela qualidade de segurado, é a *segurança previdenciária obrigatória*, em toda a extensão descrita na introdução acima.

E tal segurança é deferida a *todas as pessoas* que realizem os verbos núcleos das condutas típicas ou das hipóteses de incidência previstas no Art. 11 do Plano de Benefícios – que trabalhem ou sejam contratados para trabalhar, ou exerçam atividades ali descritas –, a emprestar os linguajares dos direitos penal e tributário para fins de demonstração do fenômeno da subsunção: realizada a conduta prevista no tipo; ocorrido o fato descrito na hipótese de incidência, automaticamente se está diante de um crime ou de um crédito tributário. Se, mais tarde, houver investigação e denúncia ou lançamento de ofício e promoção do executivo fiscal, tratar-se-á de matéria distinta, o fato é que incidu a norma penal, incidu a norma tributária.

Se o indivíduo realiza qualquer das atividades remuneradas previstas nos incisos e suas alíneas do referido Art. 11, então estará compulsoriamente filiado ao

RGPS, e a consequência jurídica típica disso, prevista no respectivo *caput*, é uma só: tratar-se-á de segurado obrigatório, ou seja, *obrigatoriamente se tratará de segurado*.

Realizada qualquer de tais atividades, como empregado, doméstico, eventual, contribuinte individual ou segurado especial, independentemente de qualquer ato administrativo correlato ou de qualquer outra condição, o trabalhador terá para si a incorporação do requisito genérico *qualidade de segurado* para fins de proteção social previdenciária.

A relação da segurança obrigatória com a inscrição previdenciária e com a realização do aporte contributivo é importante; o tópico seguinte demonstra a sua eficácia jurídica sistemática e integrada, em comunicação com o enunciado da filiação obrigatória. Entretanto, é de se ressaltar que a consequência jurídica típica, automática e bastante da *realização de atividade profissional remunerada* é a *qualidade de segurado* da previdência.

Esta afirmação não é uma elucubração abstrata. Sua relevância prática tem-se mostrado determinante na casuística para a entrega ou para a sonegação da proteção social nos casos concretos. Há tensão latente entre a realidade histórica da economia informal brasileira, de um lado, e, de outro, a má compreensão da estrutura de solidariedade social por parte de juristas não afetos à disciplina.

Não raro, confunde-se a estrutura de requisitos genéricos e pressupõe-se que a efetiva verificação dos aportes contributivos é condição para obtenção da qualidade de segurado, enquanto é condição, única e exclusivamente, para obtenção da *carência*, outro requisito genérico, pelos contribuintes individuais.

Isso ocorre por conta do pouco trânsito com a estrutura normativa do custeio previdenciário, que gera presunção dos recolhimentos para os empregados, eventuais, domésticos e mesmo para contribuintes individuais que prestam serviços para empresas. Essa confusão gera, intencionalmente, ou não, a exclusão social previdenciária de pessoas que renderam suas vidas, involuntariamente, ao trabalho subordinado informal ou formal com remunerações ‘por fora’.

Neste ponto, torna-se importante a compreensão sistemática da filiação obrigatória em função do sistema de solidariedade social construído constitucionalmente, a partir da experiência histórica da sociedade brasileira.

Essa experiência é pautada por distorções decorrentes da cultura coronelista-messiânica, que pressupõem a oferta de trabalho como dádiva-favor impositiva, ao trabalhador, da eterna gratidão ao senhorio. A consciência da dignidade e da titularidade de direitos sociais ainda está em processo de afirmação, e o direito previdenciário atual lida com histórias de vidas produtivas passadas em períodos anteriores às movimentações populares que iniciaram a inserção dessa cultura no cotidiano das classes trabalhadoras (SOUTO MAIOR, 2011).

A estrutura jurídica de solidariedade social garante a proteção obrigatória decorrente do trabalho independente da formalização do empregatício, bastando a prova do trabalho e das remunerações para fins previdenciários. O regime processual probatório, entretanto, deve ser compatível e coerente com o sentido constitucional da solidez social. A exigência legal de *início de prova material*, do Art. 55, §3.º da Lei n. 8.213/91, não pode servir de armadilha discursiva que esterilize na casuística a finalidade constitucional precípua do sistema previdenciário, que é a correção daquelas distorções históricas.

3.3.1.2 Termo inicial do prazo definido no Art. 15, II da Lei n. 8.213/91

O Art. 15 da Lei de Benefícios trata de diversas situações em que o trabalhador mantém a qualidade de segurado, à parte de contribuir para o sistema, ou seja, permanece filiado obrigatoriamente, garantindo-se-lhe obrigatoriamente – repete-se com intenção de evidência – a segurança previdenciária em caso de necessidade.

Nas hipóteses dos seus incisos, o trabalhador mantém essa qualidade independente de estar, de fato, trabalhando ou contribuindo para a Previdência.

O Art. 15, II, interpretado literal e sistematicamente, sob influxo do princípio geral da solidariedade social e do princípio específico da filiação obrigatória, coerentes com os propósitos constitucionais de realização de justiça social, concede o prazo de 12 meses – dilatável por mais 12 ou 24 meses nos termos dos seus §§ 1.º e 2.º, após a cessação da atividade remunerada ou do início da suspensão ou licença do contrato de trabalho.

O termo inicial do prazo prescrito em lei, portanto, é a cessação das contribuições do segurado *que deixou de exercer da atividade remunerada*, porquanto durante o respectivo exercício ele realiza as condutas definidas no já exposto Art. 11 e, em razão disso, é segurado obrigatório, independentemente do adimplemento das contribuições pelo responsável tributário, em obediência ao caráter contributivo, que se analisa adiante. Tudo se dá em estrita coerência legal e constitucional, conforme a malha interpenetrante que foi tecida com fim de adequada proteção social dos trabalhadores.

Torna-se relevante, a considerar a prática administrativa e judicial dissonantes, lembrar que o termo inicial do curso do prazo, nesta hipótese, não depende apenas da cessação das contribuições no caso concreto. Se o almejasse, assim teria feito o legislador, conforme o fez, expressamente, no Art. 15, III, em que não fez tal observação – deixar de exercer atividade – para o facultativo, para o qual, de fato, só o que importa é a cessação das contribuições. Em suma: a cessação de contribuições do trabalhador informal – que continua exercendo atividade remunerada após tal cessação – não prejudica a manutenção da qualidade de segurado da Previdência Social, por não se enquadrar em qualquer das hipóteses do Art. 15 do Plano de Benefícios.

3.3.1.3 Termos iniciais dos prazos de carência, definidos no Art. 27, I e II da Lei n. 8.213/91

Como dito acima, o Art. 27, I, garante aos trabalhadores – empregados e avulsos – a data da *filiação* como termo inicial da contagem do prazo de carência para acesso às prestações previdenciárias em caso de ocorrência dos fatos descritos na lei como requisitos específicos para a respectiva concessão – os riscos sociais.

A eleição da data da *filiação*, ou seja, da data em que o indivíduo obrigatoriamente está filiado, aquela em que *inicia o exercício de qualquer atividade remunerada que caracterize o vínculo de emprego ou a prestação de serviços*, nos termos do Art. 11, I (empregados) e VI (avulsos), deu-se pelo legislador como corolário vinculante do enunciado da filiação obrigatória, inspirado no objetivo de construção de uma sociedade solidária. Isso porque a data da filiação não se confunde

com as datas da pluralidade de atos burocráticos necessários para a efetivação da inscrição do trabalhador no Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS), da informação da existência daquele vínculo de trabalho por parte do tomador de serviços e da confirmação do recolhimento das respectivas contribuições previdenciárias nos sistemas eletrônicos bancários e administrativos – atos de responsabilidade do mencionado tomador de serviços, como ver-se-á adiante, nas normas realizadoras do caráter contributivo.

Tanto é garantido esse efeito para os empregados e avulsos que a lei tratou de excluí-lo de modo expresso para os demais trabalhadores, propriamente o doméstico, o contribuinte individual, o especial e o facultativo, nos termos do inciso II do mesmo Art. 27. Por sua vez, esta norma traz outros cinco problemas, em função do princípio da solidariedade, em análise.

3.3.1.3.1 Efeito sobre a contagem o prazo de carência, e não sobre a qualidade de segurado, garantia regida sob o preceito de solidariedade social

Impede a norma o início da contagem dos prazos de carência, até o início do efetivo recolhimento de contribuições, para tais categorias de trabalhadores, mas *não exclui deles a qualidade de segurados*, ou seja, eles continuam como destinatários de segurança obrigatória em relação às prestações que independem de carência, previstas no Art. 26 da mesma Lei de Benefícios, hipótese na qual é consoante a tal princípio.

3.3.1.3.2 Iniquidade sobre os empregados domésticos dissonante com o preceito constitucional de solidariedade

A norma promove por si a exclusão social dos empregados domésticos, que não são diretamente obrigados a fazer o recolhimento de suas contribuições, como são os contribuintes individuais que prestem serviços exclusivamente para pessoas físicas, em razão de que não atende à finalidade constitucional de construção da sociedade solidária, da justiça social e da redução das desigualdades sociais, calando-se sobre o aspecto cultural de semi-escravização, reificação e aprisionamento do trabalho

doméstico (COSTA; SOARES apud SOUTO MAIOR e GNATA, orgs., 2013. p. 175 e ss; VIEIRA apud SOUTO MAIOR e GNATA, orgs., 2013. p. 195 e ss.). Esse silêncio não foi rompido – ao menos quanto ao início da contagem da carência previdenciária, assim como quanto à exclusão da proteção acidentária – pela Emenda Constitucional n. 72/2013, dos Trabalhadores Domésticos, e a norma é conflitante com a diretriz constitucional de solidariedade em sua feição teleológica.

3.3.1.3.3 Distinção entre contribuintes individuais que prestem serviços para pessoas físicas e para pessoas jurídicas, para interpretação dos prazos dos incisos I e II em função do sujeito responsável pela retenção das contribuições e à luz do princípio da solidariedade

A norma não foi alterada expressamente, por ocasião da Lei n. 10.666/03, para distinguir as figuras dos contribuintes individuais que prestam serviços exclusivamente para pessoas físicas, e os que prestam serviços também ou apenas para pessoas jurídicas, devendo, portanto, ser interpretada sistematicamente com aquela norma, tendo sido por ela derogada parcialmente. Tal distinção tornou-se relevante, pois, a obrigação de reter, na fonte, os recolhimentos previdenciários, quanto a estes últimos, é da pessoa jurídica a quem prestem serviços, nos termos do Art. 4.º da Lei n. 10.666/03, assim como ocorre quanto aos empregados em decorrência do disposto no Art. 30, I da Lei n. 8.212/91, de Custeio da Previdência Social. Assim, os contribuintes individuais que prestam serviços para pessoas jurídicas se equiparam aos empregados quanto à *inexistência do dever pessoal de verter as contribuições espontaneamente*, que é o critério distintivo entre os destinatários dos incisos I e II do Art. 27 da Lei n. 8.213, incidindo sobre eles a norma contida no inciso I do referido dispositivo legal, computando-se a carência a partir do início da prestação de serviços para a pessoa jurídica, em integração ao enunciado constitucional de filiação e segurança obrigatórias e do objetivo de solidariedade.

3.3.1.3.4 Autonomia e independência das relações previdenciária e tributária na tutela previdenciária dos contribuintes individuais que prestam serviços para pessoas físicas e inadimplentes com suas obrigações sociais, à luz do preceito constitucional de solidariedade e segurança obrigatória

Trata, como expresso no primeiro item acima, exclusivamente o início da contagem do prazo de carência, e não da qualidade de segurado, razão pela qual não tem sentido a discussão quanto à possibilidade ou não de verterem-se as contribuições do contribuinte individual que presta serviço exclusivamente para pessoas físicas – e tenha a obrigação de vertê-las espontânea e pessoalmente, nos termos do Art. 30, II da Lei n. 8.212/91 de Custeio a Previdência Social.

Como as relações jurídicas previdenciária e tributária são autônomas e independentes, conectando-se no caso concreto exclusivamente na verificação dos prazos de carência, e como não há norma em direito previdenciário que preveja a exclusão *previdenciária* em decorrência do inadimplemento, a irregularidade e informalidade desse tipo de trabalho impedem somente o início da contagem de *carência* para as prestações *que a exigem*, ou seja, mantém-se a proteção das demais, tendo em vista a manutenção da qualidade de segurado. Isso faz efeito, nomeadamente, quanto aos benefícios devidos aos dependentes – a considerar que o Art. 18, §1.º da Lei de Benefícios afasta a proteção acidentária desses trabalhadores, situação que também é incompatível com o princípio da solidariedade, não raros os casos de contribuintes individuais que realizam adequadamente seus recolhimentos e, diante de acidentes, são excluídos da proteção social previdenciária diante da prova da natureza acidentária da incapacidade.

3.3.1.3.5 A contagem do prazo de carência e a atualidade da qualidade específica de segurado dos trabalhadores rurais à luz dos preceitos de solidariedade e segurança obrigatórias

Como a norma inclui os segurados especiais (Art. 11, VII da Lei n. 8.213/91), a leitura isolada poderia fazer parecer que, para eles, os prazos de carência do Art. 24

também só seriam contados a partir da primeira contribuição vertida sem atraso. Entretanto, por força da excepcional regra do Art. 39, I, para esta categoria de segurados tal prazo tem contagem função da prova do exercício de atividade rural, ainda que descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício. É necessária para tanto, integradas tais normas, a *atualidade* da condição de segurado especial, mas não a prova de contribuições, quando se tratar de prestação em valor do salário mínimo. As provas de contribuições e remunerações somente serão exigíveis caso tenha o benefício calculado com base no salário-de-benefício.

A relevância da interpretação conforme o princípio da solidariedade, na matéria, é aquela que atine à falta desse requisito atualidade em relação ao benefício programável por idade, uma vez que se pode tratar de segurado que tenha preenchido o respectivo prazo de carência exclusivamente com atividade rural (Art. 48, § 2.º da Lei n. 8.213/91) ou satisfazendo tal condição com enquadramento em outras categorias de segurado (§ 3.º do mesmo Art. 48, neste caso sem a redução do requisito etário garantida àqueles no Art. 201, § 7.º, II da CR).

A interpretação literal de tais dispositivos levaria à exclusão social em todos os casos de migração de trabalhadores rurais para o meio urbano após décadas de dedicação ao trabalho rural e em razão de necessidades de tratamento de saúde ou mesmo da vontade de realização existencial junto da família, quanto aos cujos filhos tenham migrado para o ambiente urbano antes dos pais, situação recorrente na história do trabalho na urbanização do Brasil no século XX.

Se essa migração se desse, no caso concreto, antes do requerimento e concessão do benefício previdenciário, e o trabalhador tivesse perdido a *qualidade atual de trabalhador rural*, provavelmente teria problemas de enquadramento nas referidas hipóteses do Art. 48, que se destinam a trabalhadores rurais. Malogrados entendimentos de algumas turmas recursais e tribunais nesse sentido, que, para fins da aposentadoria híbrida do mencionado § 3.º, permitem a inserção de períodos em outras categorias de segurança obrigatória no *interregno* do prazo de carência, mas não em seu *final*.

Tudo pela isolada leitura do termo *trabalhador rural*, que implicaria a *atualidade* em debate, em absoluta anacronia com a história de vida do trabalhador e

com as nuances corriqueiras da formação da sociedade em função da história do desenvolvimento econômico do país, que não podem ser ignorados na leitura constitucional dos direitos sociais.

A interpretação conforme a filiação e segurança obrigatórias, corolários essenciais da solidariedade social, mitiga essa exigência da atualidade da condição de trabalhador rural, garantindo-se-lhe o direito adquirido e a extensão dos efeitos do Art. 3.º, §1.º da Lei n. 10.666/03, mesmo em caso de perda da qualidade de segurado ou, especificamente, de perda da qualidade de trabalhador rural, desde que tenha mantido esta qualidade por, no mínimo, período equivalente ao prazo de carência exigido em lei.

3.3.1.4 Reconhecimento do tempo de trabalho para fins previdenciários, nos termos do Art. 55, combinado com o Art. 11 e disciplinado pelo Art. 4.º da EC n. 20/98

O processo de reformas da Previdência Social pautado pelas aspirações de eficiência financeira, responsabilidade fiscal e equilíbrio atuarial endógenos do sistema previdenciário, como já inferido cujas normas exploramos no tópico adiante – relativo ao conteúdo jurídico do *caráter contributivo* – trouxe em si, por ocasião da promulgação da Emenda Constitucional n. 20, de 16/12/1998, a substituição do benefício programável típico *aposentadoria por tempo de serviço*, previsto nos Art. 52 e ss. da LBPS, pela *aposentadoria por tempo de contribuição*, disciplinado no Art. 201, §7.º, I da Constituição, com regras transitórias definidas no Art. 9.º da própria EC n. 20.

O enunciado constitucional do caráter contributivo do Regime Geral de Previdência Social, em sua redação original, já pressupunha que os planos de previdência atenderiam aos riscos sociais *mediante contribuição*, mas com as alterações da EC n. 20, aliando ao caráter contributivo a finalidade de preservação de equilíbrio e alterando a disciplina das aposentadorias programáveis em função das contribuições em si, e não do trabalho em si, passou a ocupar especial atenção da mencionada política pública previdenciária de sustentabilidade endógena, dando a

aparência de que tais enunciados contradizem ou colidem com o enunciado de filiação obrigatória e proteção social em razão do trabalho.

Nessa esteira, em sua leitura rasa, a contagem do tempo de trabalho passaria a ser feita, para fins de acesso aos benefícios, em função das *contribuições*, e não mais em função do *serviço*. Entretanto, na construção dessa reforma não houve consenso político quanto a esta passagem de paradigmas, tendo em vista o sem-número de situações em que o trabalhador, que quanto precária tenha sido sua história de vida mais dependerá da Previdência Social, não tem a aptidão material para a prova material exauriente dos vínculos de trabalho em si, quanto menos das contribuições correlatas.

Não houve consenso, inferimos em última análise, pois o intuito reformador era colidente, nesse aspecto, ao princípio da solidariedade, fundante da Previdência Social.

Diante do impasse, como se sabe, construiu-se a norma aberta do Art. 4.º da EC 20, disciplinando o que virá a ser entendido como tempo de contribuição, para os seus fins, quando houver esse consenso: o que até então era tido como tempo de serviço, continua sendo entendido, para todos os fins, como tempo de contribuição, até que se defina a matéria.

Em razão disso, mantém-se a vigência do Art. 55 da Lei n. 8.213, que reconhece como tempo de contribuição o tempo de serviço exercido pelo trabalhador em quaisquer das situações do Art. 11, já mencionado acima, além das situações excepcionais que enumera.

O Art. 4.º da EC 20/98, portanto, garante a vigência e eficácia plenas da estrutura sistemática de filiação e segurança obrigatórias, mesmo no contexto do caráter contributivo – cuja coercitividade é indubitável e analisada adiante –, caso contrário a filiação passaria a ser *condicional*, e portanto inconstitucional, colidindo com as bases interpretativas que exploramos neste trabalho.

Integradas tais normas em função do aspecto teleológico do princípio da solidariedade social, que dá razão de ser para todo o sistema de Previdência Social, realiza-se o sentido da construção da solidez da sociedade por meio do alcance normativo da filiação obrigatória, explorado neste tópico.

A sustentação disso, naturalmente dando-se por meio da instituição e afetação de contribuições sociais, construiu-se pelas normas integradas de realização da condição instrumental de realização da solidariedade social, que é o caráter contributivo, a tecer a partir de agora.

3.3.2 Normas aptas à realização da condição instrumental da solidariedade social – sentido e extensão do caráter contributivo

3.3.2.1 Normas efetivadoras do caráter contributivo

Como mencionado anteriormente, o plano de custeio da previdência social, a Lei n. 8.212/91 e legislação complementar são os instrumentos de materialização do caráter contributivo do sistema previdenciário.

Definem os contribuintes, as contribuições, as bases-de-cálculo, as alíquotas, prazos, a forma de arrecadação e recolhimento e sanções para o inadimplemento, ou seja, todos os elementos das contribuições sociais cujas hipóteses de incidência estão previstas nos incisos do Art. 195 da Constituição da República.

Não bastante, há também diversas entidades públicas e da sociedade civil entre cujas atividades-fins precípua está promover fiscalização e arrecadação previdenciária bem como a Lei n. 6.830/80, de execuções fiscais, que disciplina o processo judicial, de competência federal, apto a realizar a coercitividade estatal constritiva do patrimônio daqueles que faltam com o dever de recolher tais contribuições. Percebe-se nisso toda uma complexa estrutura de cristalização do caráter contributivo do Regime Geral de Previdência Social.

Para os fins deste trabalho, analisam-se com maior profundidade, adiante, as consequências jurídicas do inadimplemento tributário, sob o influxo do princípio da solidariedade social, a propósito da larga adoção desse princípio como cláusula de exclusão da proteção previdenciária.

3.3.2.2 Consequência jurídica do inadimplemento tributário em face do preceito do caráter contributivo: o executivo fiscal

Para os casos de inadimplemento, estão a serviço da arrecadação um sem-número de agentes administrativos, na Receita da Fazenda, nas Delegacias, no Ministério Público e na Justiça do Trabalho, bem como entidades representativas dos trabalhadores, como associações e sindicatos, garantida toda a sistemática tributária de lançamento de ofício, promoção do executivo fiscal e da constrição patrimonial judicial coercitiva.

Ora, a consequência jurídica do inadimplemento tributário é tributária, administrativa e eventualmente judicial, e corresponde à constrição patrimonial decorrente do processo executivo fiscal.

Não há norma em direito que preveja a exclusão social previdenciária em decorrência da falta das contribuições no caso concreto, à exceção do Art. 27, II, que não tira a qualidade de segurado do contribuinte individual inadimplente, apenas impede a contagem do respectivo prazo de carência para fins dos benefícios que o exigem. Tanto é que, por força das disposições do Art. 30, I; Art. 33, 5.º e Art. 37 da Lei n. 8.212/91, e Art. 4.º da Lei n. 10.666/03, é responsabilidade do tomador de serviços verter as contribuições previdenciárias dos empregados a seu serviço, ainda que estes sejam, tecnicamente, os contribuintes. Em caso de inadimplemento, o demandado pelo fisco é o responsável tributário, ou seja, o tomador de serviços. Tais disposições estão associadas às do Art. 55, *caput*; 27, I e 29, §3.º e 29-A da Lei n. 8.213/91, que garantem a soma do tempo de trabalho informal ou desprovido do lastro contributivo como tempo de contribuição e para efeitos de carência, bem como a consideração das remunerações comprováveis do período para fins de composição do salário-de-benefício.

Das organizações normativa, administrativa e instrumental do sistema de custeio, garantido pelos meios judiciais coercitivos, percebe-se que o caráter contributivo do sistema previdenciário e do Regime Geral de Previdência Social tem realização plena no direito pátrio.

Como preceitua a velha lição do direito previdenciário clássico, a relação jurídica previdenciária, de direito público, tem a peculiaridade da inexistência de caráter *sinlagmático* entre contribuição e benefício, ou seja, não tem correlação direta com a relação jurídica tributária instrumental paralelamente constituída. Ou seja, do descumprimento do dever fundamental tributário não acarreta a perda do direito fundamental previdenciário, garantido pelo preceito da filiação obrigatória. Assim, também, por isso, a falta de contribuições previdenciárias no caso concreto, juridicamente, dada a estrutura normativa integrada aplicável à matéria, não tem efeitos previdenciários, senão para fins da contagem do período de carência dos contribuintes individuais que prestem serviços exclusivamente para pessoas físicas, na forma do Art. 27, II da Lei de Benefícios, preservadas as garantias de realização dos créditos tributários pela União, a serviço dos agentes administrativos competentes para tanto.

O problema da antiguidade dos períodos informais pretéritos, que, em razão da prescrição e da decadência tributárias quinquenais impede a satisfação dos respectivos créditos tributários – e na prática tem ajuridicamente dificultado o acesso a prestações previdenciárias –, seria resolvido pelo reconhecimento da natureza não tributária das contribuições previdenciárias, por sua especial finalidade social – de custeio de benefícios que ainda serão pagos –, que teria aptidão para garantir os créditos de vínculos antigos, como ocorre com as obrigações trabalhistas fundiárias, de prescrição trintenária.

Tal construção teórica, sabe-se, lamentavelmente não prevaleceu, posto ser mansa a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto ao entendimento de que elas têm, enfim, natureza tributária, sujeitando-se aos mencionados prazos quinquenais, esculpidos nos Art. 173 e 174 do Código Tributário Nacional, garantindo-se a segurança jurídica dos antigos tomadores de serviço e sonogando a segurança social dos antigos prestadores de serviço, os trabalhadores.

3.4 A RECONSTRUÇÃO DO SENTIDO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL POR MEIO DA INTEGRAÇÃO DOS PILARES CONSTITUCIONAIS DO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO

Da leitura dos enunciados da filiação obrigatória, do caráter contributivo e da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial à luz do princípio e objetivo fundamental da República da solidariedade social, fundamento de existência da Previdência Social, é possível compreendê-los de forma clara: não estabelecem em si os conflitos hermenêuticos internos ou antinomias aparentes que se difundem na incompreensão do sentido constitucional do direito previdenciário, mas se complementam para dar viabilidade à realização da finalidade precípua da Previdência Social.

Somente num regime de filiação obrigatória, que proteja a todos os trabalhadores; de caráter contributivo, que preveja a participação deles e de outros contribuintes para o financiamento do sistema; e que preserve o equilíbrio de contas, protegendo os cidadãos contra os históricos imediatismos populistas e privatarias espoliantes, empreendidos pelos governos de ocasião às custas do sistema previdenciário, é possível existir uma Previdência Social que seja efetiva e tenha condições de se perpetuar, buscando assim, ao menos no limite dos seus fins, a dita *segurança* social – que compreenda a semântica da previsibilidade, da *previdência* – diante das situações de não-trabalho involuntário na sociedade capitalista.

Entretanto, o assentamento jurisprudencial das finalidades constitucionais de realização do sistema de solidariedade social não tem se dado em mansa coerência com os motivos constitucionais originários ou mesmo com os motivos da própria reforma previdenciária.

Tendo em vista a dificuldade em se estabelecer limites à subjetividade nos julgamentos, em razão do postulado da *livre convicção* do magistrado e de todos os esforços discursivos na tentativa de compreensão do processo hermenêutico, as normas constitucionais de direito financeiro e tributário em comento se tornam, em alguns tribunais, a *ratio decidendi* da exclusão social previdenciária casuística. Isso se dá, para o espanto do jurista mais versado, a pretexto, justamente, do *princípio da*

solidariedade social, que é compreendido isolada e equivocadamente como exigência imposta ao cidadão de que contribua a fundo perdido – sem correspondência sinalagmática entre contribuição e benefício – ou que, não contribuindo, não tendo sido *solidário* para com seus pares, entenda-se *fora* do sistema previdenciário.

Essa prática acontece em detrimento da estrutura jurídica do enunciado da solidariedade social, brevemente talhada acima, e, sobretudo, da sistematização da eficácia do caráter contributivo, que tem sanções jurídicas existentes, claras e expressas para o inadimplemento tributário, nenhuma delas impositiva da extinção da *qualidade de segurado* e da *proteção social* nas situações individuais.

A ausência de efetivos aportes contributivos no caso concreto, portanto, não está relacionada, em qualquer aspecto, com eventual ofensa ao caráter contributivo do sistema previdenciário e com a inobservância da exigência da preservação do equilíbrio atuarial, normas que não são destinadas ao magistrado em jurisdição previdenciária, mas ao legislador ordinário.

Todos os instrumentos de realização da receita existem e se relacionam, como já exposto, para fins da relação jurídico-tributária que é paralela, autônoma e independente da relação jurídica-previdenciária, que com ela apenas e tão somente se comunica na verificação dos prazos de carência, quando exigidos, para o gozo de benefícios previdenciários.

Os conflitos hermenêuticos que se criam na jurisprudência – é necessário dialogar com a experiência concreta –, são prática da tensão discursiva da ideologia não declarada, mas presente, pautada inadvertidamente pela análise *econômica* do direito em detrimento da própria análise *jurídica* do direito em si, construído politicamente na história recente de afirmação da democracia.

A evolução do sistema de solidariedade social nos 25 anos da Constituição da República denota a necessidade de se compreender sua afirmação como processo em constante construção, porque o discurso, infectado pela ideologia contraconstitucional, tem aptidão para, de um lado, fetichizar as garantias sociais, evocando-as, hasteando-as, proclamando-as seletivamente quando de fato não alcançam seus fins ontológicos, e de outro, impor condições formais e processuais que inviabilizem a realização daqueles fins, com a intenção declarada e, portanto, cínica, quando paralela à

romantização do humanismo constitucional, de enxugar as contas e restringir o alcance das prestações do sistema previdenciário (ZIZEK, 1996).

A missão do intérprete, em busca do amadurecimento da cultura constitucional, de colocar pingos nos is e estratificar todas as camadas da estrutura do financiamento e da realização do direito previdenciário, separando as normas de direito tributário e financeiro das de direito material previdenciário propriamente dito, é capaz de romper com essa prática discursiva, desconectada de juridicidade, de negar, na experiência prática, as garantias previstas no discurso normativo constitucional.

Elementos essenciais para a essa estratificação acurada são a compreensão histórica da razão de ser das afirmações constitucionais, bem como a interpretação sistemática dos pilares da Previdência Social, à luz o fundamento de existência do Estado, qual seja, a solidariedade social.

Dessa estratificação, extraímos a face biunívoca da solidariedade social: a *participação da sociedade* – face tributária – tem sentido somente em função da construção da *solidez da sociedade* – face previdenciária –, por meio da realização do sistema de segurança obrigatória, que leve em conta as distorções históricas da formação da sociedade e da economia do país.

CONCLUSÃO

Este trabalho foi iniciado sob a percepção de que o discurso da proteção social do direito previdenciário está refém, na prática, de uma leitura distorcida do instituto da solidariedade social, pautada na análise do direito previdenciário a partir dos deveres tributários do caso concreto, na particularidade individual de cada situação casuística.

A prática administrativa de rigor na averbação de tempo de trabalho e de remunerações do trabalhador para fins previdenciários privilegia empregados formais e gera a exclusão sistêmica de pessoas expostas ao trabalho informal, à subordinação estrutural e à terceirização artificial.

A aparência de que esse processo colide com os propósitos constitucionais e com a própria legalidade do direito previdenciário levou à investigação sobre a afirmação histórica da solidariedade social, em três pilares: a) as perspectivas metodológicas das éticas crítico-material e histórico-dialética da solidariedade social; b) a teoria jurídica do Direito Social como pressuposto da realização da democracia; e c) o terreno institucional semeado pela Constituição da República de 1988.

Essa investigação encontrou a evidência de que a produção da exclusão social se confunde com as formações da economia e da própria sociedade brasileiras, de modo que a evolução da teoria jurídica, a partir de bases filosóficas propugnantes da emancipação do povo, propõe-se como instrumento de reorganização social e ruptura com aquelas bases, até então materialmente aristocráticas e, portanto, antidemocráticas.

Apesar da discussão trilhada na década seguinte à promulgação da Constituição de 1988, quanto ao caráter programático das normas constitucionais e do conteúdo político da Constituição dirigente, o fato é que os direitos sociais previdenciários se encontram regulamentados e têm positividade legal bastante para a realização concreta dos seus fins constitucionais democráticos.

Nessa esteira, a solidariedade social previdenciária encontra realização concreta no sistema de *filiação obrigatória*, que provê segurança obrigatória, e decorre do início trabalho, fato natural da vida apto a diversas consequências jurídicas, entre

elas a segurança – obrigatória – as contagens de tempo de trabalho e do prazo de carência para as prestações que o exigem.

Do *trabalho* decorre, então, a proteção social, realizando-se o fim de solidariedade social em caso de exposição aos riscos sociais eleitos, que exponham o trabalhador ou seus dependentes à indisponibilidade do salário como contrapartida do trabalho, ou seja, caso a realização do trabalho se torne materialmente impossível por conta da incapacidade, idade, maternidade, morte etc.

Esta, apesar de lição comezinha do direito previdenciário, não é a consequência jurídica do discurso da solidariedade social, nem na doutrina nem na jurisprudência e tampouco na produção normativa pós-constitucionais. Elegem-se como destinatários os *contribuintes*, sonogando-se proteção previdenciária, inclusive na esfera judicial, sob pretexto de realização do *caráter contributivo* e da *precedência do custeio*, que seriam princípios conformadores da relação jurídica previdenciária.

Diante do impasse, pareceu necessário e útil trilhar este caminho.

Ao revisitar a exegese constitucional, à luz do princípio fundamental da solidariedade social, percebe-se que os pilares do Regime Geral de Previdência Social, de filiação obrigatória e caráter contributivo não são intrinsecamente conflitantes, nem mesmo após a elevação da finalidade de preservação do equilíbrio financeiro e atuarial a princípio constitucional previdenciário.

Tal conclusão repousa na legalidade constitucional e na própria argumentação positivista possível, ainda que nos distanciássemos das compreensões democráticas vinculantes do sentido da solidariedade social. Isso porque desde este princípio fundamental, em seu caráter preceptivo imediato para o próprio constituinte, criaram-se tais pilares; e a partir deles, em seus caracteres preceptivos imediatos para o legislador; criaram-se os planos de custeio e benefícios da Previdência Social, com normas definidas e consequências jurídicas suficientemente claras, que em momento nenhum implicam a exclusão previdenciária em caso de inadimplemento tributário.

A *filiação obrigatória*, nesse influxo, apresenta-se como *realização concreta* da solidariedade social, conferindo segurança obrigatória a qualquer trabalhador que se exponha aos riscos sociais. Como o ônus de retenção das contribuições é sobretudo o tomador de serviços, mostra-se inexigível a prova do adimplemento das contribuições

sociais como condição para o acesso à segurança social. Esta condição se traduz da conjugação dos Art. 11 e 55 da Lei de Benefícios, permeados pelo Art. n. 4. da Emenda Constitucional n. 20, é o *trabalho*, ou o tempo de trabalho, a depender da espécie de prestação previdenciária almejada. Em última análise, a filiação obrigatória é a fonte constitucional de irradiação da relação jurídica previdenciária, que se manifesta nos casos concretos pelo reconhecimento da qualidade de segurado.

O *caráter contributivo*, por sua vez, apresenta-se como *condição instrumental* necessária de existência e perpetuação – a perpetuação à luz do princípio da finalidade de preservação do equilíbrio financeiro e atuarial – do sistema previdenciário, e é realizado pelas obrigações tributárias que decorrem da diversidade da base contributiva.

Os créditos decorrentes dessas obrigações se concretizam a partir de fatos geradores próprios e alheios ao trabalho, constituindo créditos tributários cujos inadimplementos têm consequências fiscais, administrativas e eventualmente judiciais. Entretanto, em norma nenhuma, há consequências previdenciárias, à exceção do início da contagem do prazo de carência, quando exigido, especificamente nos casos dos contribuintes individuais que prestem serviços exclusivamente para pessoas físicas.

Há um forte aparato institucional para realizar o caráter contributivo, com bases de transferência de informações administrativas e créditos bancários automatizadas, diferentes entidades legitimadas para a arrecadação, fiscalização e cobrança em caso de inadimplemento, além das possibilidades coercitivas de constrição patrimonial.

Daí a separação sistemática entre as relações jurídicas previdenciária e tributária decorrente do trabalho: são autônomas e independentes e instrumentalmente conectadas nos casos concretos pela verificação do prazo de carência e para cálculo de benefícios, quando exigidas.

Não há regência ou interseção possível, na casuística – e apesar da experiência de desvio do discurso da solidariedade social percebida neste trabalho –, do princípio da finalidade de preservação do equilíbrio financeiro e atuarial ou das regras da precedência do custeio ou do caráter contributivo para o caso concreto.

Este princípio e estas regras regem o direito financeiro e o direito tributário, estranhos à relação jurídica previdenciária casuística e *indisponíveis* como razão de decidir no caso concreto, sob pena de violação do princípio da solidariedade social, na medida da aptidão para produzir exclusão e injustiça sociais e, em última, a formalista e irresistível instância, da legalidade constitucional normativa vinculante.

Sob a perspectiva da racionalidade do Direito Social e/ou, ainda, da hermenêutica da legalidade constitucional, conclui-se que:

- a) a *solidariedade social* é objetivo fundamental da República e princípio fundamental da Seguridade Social, que, na Previdência Social, tem sua realização concreta no enunciado de filiação e segurança obrigatórias;
- b) afigura-se a *filiação obrigatória* como direito previdenciário fundamental, corolário intrínseco do direito fundamental social à Previdência Social, cuja efetividade é concretizada pelas normas de segurança obrigatória, com reconhecimento da qualidade de segurado e termo inicial dos prazos de carência a partir do início do vínculo de trabalho;
- c) o *caráter contributivo* (Art. 201) e a *precedência do custeio* (Art. 195, 5.º da CR) não se mostram como princípios, por não serem valoráveis, sopesáveis, comprimíveis, expansíveis ou ponderáveis ou racionalizáveis nos casos concretos: são regras programáticas fundamentais, estruturantes do sistema previdenciário, de preceptividade imediata e direcionada para o legislador, que legislou e a concretizou por meio das Leis n. 8.212 e n. 8.213/91, com os retalhos realizados mais tarde nelas e na própria Constituição, que preveem as consequências jurídicas da proteção social obrigatória e da arrecadação tributária;
- d) a finalidade de preservação do *equilíbrio financeiro e atuarial* é princípio fundamental de direito financeiro, condição de sustentabilidade e perpetuação do sistema previdenciário, e tem como conteúdo a imposição de limites à atuação do legislador decorrente e da administração pública, sob os princípios da responsabilidade fiscal e da eficiência da gestão de recursos; tal princípio é estranho e juridicamente desconectado da realização concreta das relações jurídicas previdenciárias nos casos

concretos, apesar da conexão instrumental operada pela delimitação legal do período básico de cálculo e do cálculo do salário-de-benefício, regras gerais, vigentes e também indisponíveis nos casos concretos.

Tais conclusões se afiguram úteis para contribuir à superação da dicotomia entre a linguagem utilitarista do financiamento e a realização do direito previdenciário no trato casuístico, para romper com a produção da exclusão social decorrente e, de certa forma, enfrentar a realidade material da complexa organização social brasileira, em suas raízes messiânicas e escravagistas da *dádiva na oferta de trabalho*, que favorecem vínculos informais, com aumento de lucro e sonegação de tributos, com prejuízo exclusivamente dos trabalhadores, por ocasião da necessidade financeira quando da impossibilidade material de *trabalhar*.

A pretensa refundação da solidariedade social no direito previdenciário, contida nesse trabalho, abre possibilidade para uma miríade de reinterpretações na microfísica casuística, ao verificar-se, no direito material e no direito processual, a produção da exclusão social pela fetichização do direito.

O enfrentamento da realidade na Exterioridade, ou seja, na percepção de que o direito não serve à universalidade sobre que discorre, de maneira que produz uma massa de trabalhadores invisíveis ou inexistentes perante a Previdência Social, instiga à criatividade necessária para repensar uma série de temas, por exemplo:

- a) a própria eleição de riscos sociais operada na Constituição da República;
- b) as bases da seletividade na concessão de benefícios;
- c) o acesso material à justiça por meio do processo eletrônico;
- d) a necessidade de aferição realista e atenta das condições ambientais nocivas à saúde do trabalhador;
- e) meios de tributação efetiva dos profissionais autônomos,
- f) critérios de inclusão social efetivos e customizados para as necessidades específicas das mulheres, casais homoafetivos, estrangeiros, trabalhadores rurais em geral e de novas profissões ou de profissões localizadas regionalmente no país;

- g) promoção, aperfeiçoamento e expansão do serviço de reabilitação e instituição do serviço de habilitação;
- h) readequação do valor dos benefícios de profissionais que continuam na ativa e da duração de benefícios de dependentes jovens, a partir daqueles serviços mencionados acima.;

A releitura a justificação da solidariedade social, que a distancie da perspectiva individual patrimonialista do contrato social do Estado liberal clássico, e a ressignifique na perspectiva social, como realização plena do fim constitucional de construção de uma sociedade materialmente solidária, permite que esses, entre outros temas, aperfeiçoem a Previdência Social como instrumento de promoção da adequada proteção social, em busca do equilíbrio possível entre, por um lado, a atual exclusão social de quem dela não dispõe e, de outro, a também atual superproteção de quem goza de suas prestações, apesar de não estar exposto à indisponibilidade de renda bastante para a subsistência.

Com esta releitura, a eficácia concreta da solidariedade social previdenciária se conforma ao seu enunciado historicamente construído, fruto da experiência da humanidade, para construção de uma sociedade sólida, por meio do direito que sirva, concretamente, à democracia e demonstre que a realização possível dos sujeitos, neste plano, somente se dá pelo *encontro* com o *outro*.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W. e HORKHEIMER, Max. Sociedade. In: FORACCHI, Marialice Mencarini e MARTINS, José de Souza. *Sociologia e sociedade* (Leituras de introdução à Sociologia). Rio de Janeiro: LTC, 2008, 27.^a tiragem.

_____. *Introdução à sociologia*. Trad.: Wolfgang Leo Maar. São Paulo: Unesp, 2008.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.

AMARAL Jr. O contrato sob o direito social. in: *Crítica: novos estudos*. 07/1999, n. 54, p. 180.

ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Título Original: Liquid Modernity. Tradução: Plínio Dentzien, autorizada da edição inglesa publicada em 2000 por Polity Press, Oxford, Inglaterra. Jorge Zahar Editor, 2001.

_____. *La modernidad líquida fue una previsión acertada del cambio de paradigma cultural?* Irekia – Gobierno Abierto; 2012 (vídeo disponível para carregamento gratuito na internet).

_____. *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *O princípio da solidariedade*. Disponível em <http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca9.pdf>. Último acesso em 20/01/2014.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BRASIL, Comissão de Constituição e Justiça. *Parecer do Relator, Dep. Arnaldo Faria de Sá, com complementação de voto aos PL 3299/08, 4447/08 e 4643/09*. Disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/714772.pdf>. Último acesso em 20/01/2014.

BRASIL, Comissão de Finanças e Tributação. *Parecer do relator, dep. Pepe Vargas, com Substitutivo ao Projeto de Lei n. 3.299/2008*. Disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/699966.pdf>. Último acesso em 20/01/2014.

BRASIL, *Projeto de Lei n. 3.299/2008*. Disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/555712.pdf>. Último acesso em 20/01/2014.

BRITO, Edvaldo. *Limites da revisão constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1993.

CALCIOLARI, Ricardo Pires. A crise de efetividade dos direitos sociais e a desvinculação de receitas. In: SAVARIS, José Antônio. ROCHA, Daniel Machado da. *Curso de Especialização em Direito Previdenciário*. v. 3 Custeio da Seguridade Social. Curitiba: Juruá, 2010, p. 35.

_____. *O orçamento da seguridade social e a efetividade dos direitos sociais*. Curitiba: Juruá, 2009.

CANELA Jr., Osvaldo. Crise entre as formas de expressão do poder estatal: o papel do judiciário na efetivação dos direitos fundamentais sociais. In: *A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: um novo modelo de jurisdição*. São Paulo: Universidade de São Paulo, no prelo.

CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 22. ed. rev. ampl.e atualizada até a Ementa Constitucional n. 52/2006. São Paulo: Malheiros, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CHUEIRI, Vera Karam de. Agamben e o estado de exceção como zona de indeterminação entre o político e o jurídico. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Crítica da modernidade – diálogos com o direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 93-107.

CLÈVE, Clemerson Mèrlin. *Desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 19 de julho de 2012.

CORREIA, Érica Paula Barcha e CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Curso de direito da seguridade social*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O que é Direito Social. in: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.) *Curso de direito do trabalho*. v. 1 – *Teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, p. 26.

_____. A reforma previdenciária e os direitos sociais adquiridos. In: SAVARIS, José Antônio. ROCHA, Daniel Machado da. *Curso de especialização em direito previdenciário*. v. 1, Direito Previdenciário Constitucional. Curitiba: Juruá, 2010. p. 231.

COSTA, Francisco Pereira; SOARES, Marcele Carine dos Praseres. A diarista, o vínculo de emprego e os direitos trabalhistas: perspectivas histórica, legislativa e jurisprudencial. Uma proposta de inclusão social. In: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz e GNATA, Noa Piatã Bassfeld. (Orgs.) *Trabalhos marginais*. São Paulo: LTr, 2013. p. 175 e ss,

CRUZ, Paulo Márcio. *Fundamentos do direito constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001.

CRUZ, Renato Negretti. *A teoria dos sistemas e a força normativa constitucional do sistema jurídico sanitário*. São Paulo: Faculdade de Direito da USP – Dissertação de mestrado, 2007.

DEJOURS, Christophe. *A banalização da injustiça social*. Trad. Luiz Alberto Monjardim. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2012.

DURKHEIM, Emile. *As regras do método sociológico*. Trad. Maria Isaura Pereira de Queiroz. 8. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1977.

_____. *Da divisão do trabalho social*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge e Londres: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

_____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 210.

DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão*. Trad. Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

DUSSEL, Enrique. *Filosofia da libertação: crítica à ideologia da exclusão*. São Paulo: Paulus, 1995.

EWALD, François. *L'Etat providence*. Paris: Bernard Grasset, 1986.

FACHIN, Melina Girardi. *Fundamentos dos direitos humanos: teoria e práxis na cultura da tolerância*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

FERRARO, Suzani Andrade. *O equilíbrio financeiro e atuarial nos regimes de Previdência Social: RGPS – Regime Geral de Previdência Social, RPPS – Regime Próprio de Previdência Social, RPP – Regime de Previdência Privada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERREIRA, C. D.; MACHADO, A. M. F.; CARDOSO, Evorah Lusci Costa; FERRAO, B.; FRANCO, L.; BRAGA, Marco Aurelio; GUERRA, M.; PUCCI, R. *O Judiciário e as Políticas Públicas de Saúde no Brasil: o caso AIDS*. In: CARDOSO, Evorah Lusci C; FERRÃO, Brisa L de M; FRANCO, Leandro A; Vinícius C; NAHOUM, André Vereta ; BRAGA, Marco Aurélio C; OLIVEIRA, Ana Carolina C. de; GUERRA, Marcele G; PUCCI, Rafael D (Org.). Prêmio Ipea 40 Anos - Ipea-Caixa 2004: monografias premiadas. 1. ed. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2005, p. 387-431.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Foucault, o direito e a 'sociedade da normalização'. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Crítica da modernidade: diálogos com o direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 109-127.

FOUCAULT, Michel. *A hermenêutica do sujeito*. Curso dado no Collège de France (1981-1982). Trad. Márcio Alves da Fonseca e Salma Tannus Muchail. 3. ed. São Paulo: WMF, 2010.

_____. *A ordem do discurso: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970*. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. 21. ed., São Paulo: Edições Loyola, 2011.

_____. Verdade e poder. In: *A microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

FREITAS, Ney José de. Globalização, neoliberalismo e direito do trabalho. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Repensando a teoria do estado*. Belo Horizonte: Forum, 2004.

FREUD, Sigmund. O mal-estar na civilização. In. *Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud*. v. 21 (1927-1931) *O futuro de uma ilusão, O mal-estar na civilização e outros trabalhos*. Rio de Janeiro: Imago, 1974.

FROMM, Erich. *A anatomia da destrutividade humana*. 2. ed. Trad. Marco Aurélio de Moura Matos. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987.

_____. *A arte de amar*. Rio de Janeiro: Itatiaia, 1995.

_____. A teoria da frustração-agressão. In: *Anatomia da destrutividade humana*. Trad. Marco Aurélio de Moura Matos. 2. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987.

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

GODOY, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GNATA, Noa Piatã Bassfeld. Crítica aos limites do controle jurisdicional de políticas públicas em direitos sociais. In.: *Revista Espaço Jurídico*. v. 12, n. 2, 2011. p. 182-195.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista 'procedimental' da Constituição (Die offene gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und 'prozessualen' verfassungsinterpretation)*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição (Die normative Kraft der Verfassung)*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *A previdência social no estado contemporâneo: fundamentos, financiamento e regulação*. Niterói: Ímpetus, 2011.

_____. *Curso de direito previdenciário*. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2008.

JAKUTIS, Paulo Sérgio. Às suas ordens (ela, eles, eu). In: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz e GNATA, Noa Piatã Bassfeld. (Orgs.) *Trabalhos marginais*. São Paulo: LTr, 2013, p. 23 e ss.; CARVALHO, Fábio Gonzaga de. In: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz e GNATA, Noa Piatã Bassfeld. (Orgs.) *Trabalhos marginais*. São Paulo: LTr, 2013. p. 68 e ss.

JUDT, Tony. *O mal ronda a Terra: um tratado sobre as insatisfações do presente*. Trad. Celso Nogueira. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.

KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 76.

LAZZARI, João Batista. CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. *Manual de direito previdenciário*. 11. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

LEBRUN, Jean-Pierre. *O futuro do ódio*. Org. Mario Fleig; Trad. João Fernando Chapadeiro Corrêa. Porto Alegre: CMC, 2008.

LEITE, George Salomão (Org.) *Dos princípios constitucionais – considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

LÉVINAS, Emmanuel. *Entre nós: ensaios sobre a alteridade*. Petrópolis: Vozes, 2004.

LIMA, Abili Lazaro de Castro. *Globalização econômica política e direito – análise das mazelas causadas no plano político-jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

LÖWY, Michael. *As aventuras de Karl Marx contra o barão de Münchhausen*. São Paulo: Cortez, 2009.

LUGON, Luiz Carlos de Castro. Ética na concretização dos direitos fundamentais. In: SCHAFFER, Jairo. *Temas polêmicos do constitucionalismo contemporâneo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

MACHADO, Rafael Bicca. TIMM, Luciano Benetti (coord.) *Função social do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARX, Karl. *Crítica da filosofia do direito de Hegel – Introdução*. 1843. São Paulo: Boitempo, 2005.

MARRAFON, Marco Aurélio. *Hermenêutica e sistema constitucional: a decisão entre o sentido da estrutura e a estrutura do sentido*. Florianópolis: Habitus, 2008.

MARTINS, Daniele Comin. *O direito social de Georges Gurvitch*. Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-direito-social-de-georges-gurvitch>. Publicado em 07/11/2011. Último acesso em 20/01/2014.

MATTOS, Marcelo Badaró. *Trabalhadores e sindicatos no Brasil*. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NEVES, Ilidio das. *Crise e reforma da segurança social: equívocos e realidades*. Lisboa, 1998.

OLIVEIRA, Donato de. *O método da filosofia da libertação, segundo Enrique Dussel*. Disponível em http://www.revistahumanas.org/donato_artigo1.pdf. Último acesso em 20/01/2014.

OLIVEIRA NETO, Francisco José et al. *Constituição e estado social: os obstáculos à concretização da Constituição*. São Paulo: Coimbra e Revista dos Tribunais (co-edição), 2008.

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

PATU, Gustavo. NERY, Patuza. *Ministérios estudam idade mínima para aposentadoria*. In: *Folha Online – Poder*. São Paulo. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/poder/880822-ministerios-estudam-idade-minima-para-aposentadoria.shtml>. Último acesso em 20/01/2014.

PICCHIONI, Marta Serra Young. *Modernidade líquida*. Resenha in: *Revista ACOALFAPLP: Acolhendo a alfabetização nos países de língua portuguesa*, São Paulo, ano 2, n. 3, 2007. Disponível em: <<http://www.mocambras.org>> e ou <<http://www.acoalfaplp.org>>. Publicado em: setembro 2007.

PONTES, Alan Oliveira. *O princípio da solidariedade social na interpretação do direito da seguridade social*. Domínio Público da biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Largo de São Francisco. São Paulo, 2006.

RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2008

ROCHA, Daniel Machado. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social – Lei n. 8.213/91 atualizada até a MP n. 529, de 7 de abril de 2011*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

RUZIK, Carlos Eduardo Pianowski. Locke e a Formação da Racionalidade do Estado Moderno: o Individualismo Proprietário entre o Público e o Privado. In: FONSECA, Ricardo. (Org.) *Repensando a teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SABINO, Marco Antonio da Costa, Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais: o caso da Saúde, in: *O controle jurisdicional de políticas públicas*, Gen-Forense, 2011.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. Rio de Janeiro e São Paulo: Record, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão (Org.) *Dos princípios constitucionais – considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 198 e ss.

_____. *Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, n. 2, 2004.

SAVARIS, José Antônio. Benefícios programáveis do Regime Geral da Previdência Social – Aposentadoria por tempo de contribuição e aposentadoria por idade. In: SAVARIS, José Antônio. ROCHA, Daniel Machado da. *Curso de especialização em direito previdenciário*. v. 2. Benefícios da seguridade social. Curitiba: Juruá, 2010. p. 103.

_____. O princípio constitucional da adequada proteção social previdenciária: um novo horizonte de segurança social ao segurado aposentado. In: *Revista de Previdência Social*. n. 326. São Paulo, 2008.

_____. O processo de reformas da previdência social brasileira como política de retração sistemática do *welfare state*. In: *Revista de Previdência Social*. n. 328. São Paulo, 2008.

_____. *Uma teoria da decisão judicial da previdência social: contributo para superação da prática utilitarista*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011.

_____. STRAPASSON, Carlos Luiz (coord.). *Direitos fundamentais da pessoa humana: um diálogo latino-americano*. Curitiba: Alteridade, 2012.

SCHWARTZMAN, Simon. *Introdução ao pensamento de Georges Gurvitch*. 1964. Disponível em <http://www.schwartzman.org.br/simon/gurvitch.htm>. Último acesso em 20/01/2014.

SENNETT, Richard. *A corrosão do caráter: consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo*. Trad. de Marcos Santarrita. 5. ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Record, 2001.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. *Economia e seguridade social: análise econômica do direito*. Curitiba: Juruá, 2010.

SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à teoria dos custos dos direitos*. v. 1, *Reserva do possível*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2010.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Curso de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho*. v. 1, pt. 1, São Paulo: LTr, 2011.

TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da hermenêutica constitucional*. São Paulo: Método, 2006.

TAVARES, Marcelo Leonardo. Princípios constitucionais dos direitos fundamentais e o limite à reforma da previdência social. In: SAVARIS, José Antônio. ROCHA,

Daniel Machado da. *Curso de especialização em direito previdenciário*. v.1, Direito Previdenciário Constitucional. Curitiba: Juruá, 2010.

VIANNA, Cláudia Salles Vilela. Benefícios previdenciários – Forma de cálculo a apuração da renda mensal inicial. In: SAVARIS, José Antônio. ROCHA, Daniel Machado da. *Curso de Especialização em Direito Previdenciário*. v. 2. Benefícios da previdência social. Curitiba: Juruá, 2010.

VIANNA, Cláudia Salles Vilela. ***Previdência social: custeio e benefícios***. São Paulo: LTr, 2005.

VIEIRA, Regina Stela Corrêa. Cuidadoras: a invisibilidade do trabalho de cuidado e o papel do direito em seu reconhecimento. In: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz e GNATA, Noa Piatã Bassfeld. (Orgs.) *Trabalhos marginais*. São Paulo: LTr, 2013, p. 195 e ss.

VILLELA, José Corrêa; LINS, Carlos Otávio Bandeira; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Renda Mínima*. São Paulo: LTr, 2003.

WESTPHAL, Vera Herweg. Diferentes matizes da ideia de solidariedade. In: *Revista Katálisis*. v. 11, Florianópolis: Scielo, 2008.

ZIZEK, Slavoj. Como Marx inventou o sintoma. In: ZIZEK, Slavoj (Org.). *Um mapa da ideologia*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

_____. *Living in the end times*. Londres e Nova Iorque: Verso, 2010.

_____. *Primeiro como tragédia, depois como farsa*. São Paulo: Boitempo, 2009.