

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
Faculdade de Direito

JOSÉ ANTONIO SAVARIS

**Uma teoria da decisão judicial da Previdência Social:
contributo para superação da prática utilitarista**

São Paulo
2010

JOSÉ ANTONIO SAVARIS

**Uma teoria da decisão judicial da Previdência Social:
contributo para superação da prática utilitarista**

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

Área de Concentração: Direito da Seguridade Social

Orientador: Professor Associado
Dr. Marcus Orione Gonçalves Correia

**Universidade de São Paulo
Faculdade de Direito
São Paulo - 2010**

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

SAVARIS, José Antonio.

Uma teoria da decisão judicial da Previdência Social: contributo para superação da prática utilitarista; orientador Marcus Orione Gonçalves Correia. – São Paulo, 2010.
276 p.

Tese (Doutorado) – Departamento de Direito do Trabalho e Previdência Social.
Área de Concentração: Direito da Seguridade Social.

CDD

Nome: SAVARIS, José Antonio.

Título: Uma teoria da decisão judicial da Previdência Social: contributo para superação da prática utilitarista.

Tese apresentada ao Departamento de Direito do Trabalho e Seguridade Social da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Dedico este trabalho aos meus pais, Laura e Ludovico, pelo seu amor de sempre.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Rafaela, à Isabela, à Mariana Vitória e à Gabriela, pelo amor que compreende tudo.

Ao Professor Doutor Marcus Orione Gonçalves Correia, agradeço pelo imprescindível estímulo quando ainda tateava o que viria a ser uma tese, pela confiança depositada em meu trabalho e pela orientação muito próxima.

Aos amigos Giselle do Amaro e França, Lucylla Telez Merino, Flávio Roberto da Silva, Ricardo Pires Calciorali, Marco Aurélio Serau Júnior, Fernando Marques de Campos, Renato Negretti Cruz e Thiago Barison, agradeço pelo companheirismo e pela convivência no programa de pós-graduação da FDUSP.

Aos professores doutores Eduardo Carlos Bianca Bittar e Gilberto Bercovici, agradeço as valiosas contribuições oferecidas quando do exame de qualificação deste trabalho.

Ao Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, agradeço pelo indispensável apoio institucional. Com este trabalho, procuro responder a um dos objetivos do programa de aperfeiçoamento dos magistrados daquele Tribunal: a divulgação da investigação acadêmica voltada para o interesse da jurisdição.

Ao Prof. Dr. Paulo Márcio Cruz, pelo convívio, pelos diálogos e pelo incentivo de um fiel amigo.

A Deus, pelo dom da vida e por sua fidelidade.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo propor determinados critérios para a realização judicial do Direito em matéria previdenciária. Aponta que recentes decisões previdenciárias da Suprema Corte adotam a ética utilitarista da maximização da satisfação dos interesses do maior número. Estuda os contornos fundamentais do utilitarismo, conjugando as críticas que lhe são dirigidas a partir da filosofia política. Aborda o modo como o utilitarismo adentra ao universo jurídico, destacando sua influência sobre as diferentes correntes teórico-metodológicas da realização judicial do Direito. Investiga, a partir da técnica de estudo de casos, a racionalidade que tem servido de orientação à recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria previdenciária. Aponta a ligação existente entre o contexto histórico de crise econômica internacional – e correlativas políticas restritivas de bem-estar no universo ocidental – e a adoção, pela Suprema Corte, de uma racionalidade formal-instrumental para a solução de problemas previdenciários. Examina o afastamento dessas decisões em relação às exigências dos fundamentos axiológico-normativos do sistema jurídico. Demonstra que tais decisões, embora revestidas com a forma tradicional do modelo positivista-legalista, consubstanciam instrumento utilitarista para a promoção da eficiência econômica do sistema previdenciário. Critica a decisão judicial previdenciária do eixo conceitualista-utilitarista e prescreve que na realização do Direito Previdenciário, o raciocínio judicial deve atender às exigências de constituição equitativa da norma no caso concreto. Finalmente, sustenta que a decisão previdenciária se deve operar de acordo com uma racionalidade substantiva, orientando-se pelo conjunto de valores fundamentais que justificam a existência do direito fundamental à Previdência Social e pelas consequências que, no caso concreto, reafirmam tais fundamentos.

Palavras-chave: decisão judicial; Previdência Social; teoria normativa; formalismo; utilitarismo; consequencialismo; equidade; Supremo Tribunal Federal; proteção contra a necessidade; argumentos de princípio; economia.

ABSTRACT

This present work has for its purpose to consider definitive criteria for the judicial accomplishment of the law in social security theme. It points that recent social security decisions of the Supreme Court adopt the utilitarian ethics of the maximization of the interests of the largest number. It studies the basic contours of the utilitarianism, conjugating the critical that is directed it from political philosophy. It broaches the way as the utilitarianism arrives to the legal universe, detaching its influence on different chains theoretician-methodology of the judicial accomplishment of the law. It investigates, from the technique of study of cases, the rationality that has served as orientation to the recent jurisprudence of the supreme federal court in social security theme. It points the existing linking enters the historical context of international economic crisis – and correlative restrictive politics of well-being in the occidental universe – and the adoption, by the supreme court, of a instrumental rationality to the solution of social security problems. It examines as these decisions keep distance to the requirements of the axiologic-normative of the legal system. It demonstrates that such decisions, even so coated with the traditional form of the positivist-legalist model, traduces a utilitarian instrument for the promotion of the economic efficiency of the social security system. It criticizes the social security judicial decision of the axle utilitarian-conceptualism and prescribes that in the accomplishment of the social security right, the judicial reasoning must take care of to the requirements of equitable constitution of the norm in the concrete case. Finally, it supports that the social security decision must operate in accordance with a substantive rationality, orienting itself for the set of basic values that justify the existence of the fundamental right to the social security and for the consequences that, in the concrete case, reaffirm such beddings.

Keywords: judicial decision; social security; normative theory; formalism; utilitarianism; consequentialism; equity; Supremo Tribunal Federal; protection against need; arguments of principle; economy.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AC	Apelação Cível
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADIN	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AED	Análise Econômica do Direito
Ag	Agravo
AgRg	Agravo Regimental
AI	Ato Institucional
AR	Ação Rescisória
art.	artigo
BGU	Balanço Geral da União
CF	Constituição Federal
cfr.	conforme
Coord.	Coordenador
CPC	Código de Processo Civil
CPMF	Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira
DJ	Diário da Justiça
DJe	Diário da Justiça estadual
DJU	Diário da Justiça da União
DRU	Desvinculação das Receitas da União
EC	Emenda Constitucional
FCEP	Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza
FHC	Fernando Henrique Cardoso
FMI	Fundo Monetário Internacional
Id.	Idem
IGP-DI	Índice Geral de Preços - Disponibilidade Interna
IMPF	Imposto Provisório sobre a Movimentação Financeira
INPC	Índice Nacional de Preço ao Consumidor
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
MI	Mandado de Injunção
Min.	Ministro
MP	Medida Provisória

n.	número
ONG	Organização Não Governamental
Org.	Organizador
p.	página
PIB	Produto Interno Bruto
PU	Pedido de Uniformização
RE	Recurso Extraordinário
RE-AgR	Recurso Especial no Agravo Regimental
Rel.	Relator
REsp.	Recurso Especial
RGPS	Regime Geral de Previdência Social
RI/STF	Regimento Interno/Supremo Tribunal Federal
RPPS	Regime Próprio de Previdência Social
SELIC	Sistema Especial de Liquidação e Custódia
SIAFI	Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal
ss.	seguintes
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Eleitoral
TNU	Turma Nacional de Uniformização
UFMG	Universidade Federal de Minas Gerais
v.	volume
v.g.	<i>verbi gratia</i>

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
PARTE I – A TEORIA ÉTICA UTILITARISTA E A REALIZAÇÃO DO DIREITO	20
CAPÍTULO 1 – A TEORIA POLÍTICA UTILITARISTA E SUA POLEMIZAÇÃO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	24
1.1 A posição ética e política do utilitarismo.....	26
1.1.1 Utilitarismo de ato e utilitarismo de regra	32
1.2 As principais críticas político-filosóficas ao consequencialismo radical – A contraposição da teoria da “justiça como equidade” ao utilitarismo	36
1.2.1 Comparações interpessoais qualitativas de bem-estar – Os limites da métrica utilitarista	40
1.2.2 A prioridade do justo sobre o bem – A nota deontológica da teoria da “justiça como equidade”	45
1.2.3 As bases sociais do autorrespeito e as excessivas exigências motivacionais do princípio da utilidade	48
1.3 A título de conclusão do capítulo	52
CAPÍTULO 2 – O PARADIGMA UTILITARISTA NAS ALTERNATIVAS TEÓRICO-METODOLÓGICAS AO POSITIVISMO JURÍDICO (LEGALISTA E ANALÍTICO-LINGUÍSTICO)	55
2.1 Adjudicação judicial orientada ao pensamento utilitarista	58
2.2 O utilitarismo social de Ihering como saída do modelo lógico formal-subsuntivo ..	63
2.3 Da virada funcionalista de Ihering à jurisprudência dos interesses	69
2.4 A abertura da metodologia jurídica contemporânea à teoria normativa utilitarista ..	74
2.4.1 As racionalidades possíveis para a decisão judicial concreta	74
2.5 A análise econômica do Direito	86
PARTE II – CRISE ECONÔMICA E REALIZAÇÃO CONSEQUENCIALISTA DO DIREITO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL	97
CAPÍTULO 3 – A ATMOSFERA DE AUSTERIDADE E AS REFORMAS DE REDUÇÃO DO NÍVEL DE PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA NO BRASIL NA DÉCADA DE 1990	101
3.1 O processo de reformas previdenciárias restritivas de direitos enquanto instrumento de desempenho fiscal	106

3.2 As principais reformas da Previdência Social após a promulgação da Constituição de 1988	107
3.2.1 A primeira reforma constitucional previdenciária	111
3.2.2 As reformas previdenciárias subsequentes à Emenda Constitucional 20/98.....	113
3.3 A irracionalidade do processo de reformas previdenciárias e seus efeitos na realização do Direito Previdenciário.....	115
CAPÍTULO 4 – A ÉTICA UTILITARISTA NA JURISPRUDÊNCIA PREVIDENCIÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	122
4.1 A dimensão histórica da atuação judicial	123
4.2 A dimensão política da atuação judicial	128
4.3 Segurança jurídica e a suposta ameaça à preservação do sistema previdenciário ...	136
4.4 Isonomia de tratamento e a suposta ameaça à preservação do sistema previdenciário.....	140
4.5 Contribuição sem causa e a suposta ameaça à preservação do sistema previdenciário.....	153
PARTE III – ELEMENTOS PARA UMA TEORIA NORMATIVA DA DECISÃO JUDICIAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL	159
CAPÍTULO 5 – CRÍTICA DA DECISÃO JUDICIAL PREVIDENCIÁRIA DO EIXO CONCEITUALISTA-UTILITARISTA	161
5.1 Crítica do consequencialismo-econômico-utilitarista na realização judicial do Direito Previdenciário	164
5.1.1 Reservas críticas à racionalidade jurídica instrumental.....	166
5.1.2 Inadequação da perspectiva utilitarista na adjudicação do Direito Previdenciário	175
5.1.2.1 A adoção da lógica utilitária da análise econômica do Direito nos problemas de proteção previdenciária	178
5.1.2.2 As insuficiências da instrumentalização das decisões judiciais previdenciárias a um finalismo socioeconômico	186
5.2 A inadequação da perspectiva conceitualista na adjudicação do Direito Previdenciário	191
5.2.1 A persistência do modelo subsuntivo na aplicação do Direito Previdenciário.....	194
5.2.1.1 Novos argumentos da velha metodologia jurídica em matéria previdenciária ...	197
5.2.2 A realização judicial do Direito Previdenciário fora do positivismo jurídico (legalista e analítico-linguístico).....	205

CAPÍTULO 6 – O ARGUMENTO CONSEQUENCIALISTA COMO MOMENTO INTEGRANTE DA JUSTA SOLUÇÃO PARA O CASO A PARTIR DOS FUNDAMENTOS NORMATIVOS PREVIDENCIÁRIOS	217
6.1 A realização judicial do Direito Previdenciário como constituição equitativa da norma para o problema concreto.....	219
6.1.1 O problema hermenêutico da aplicação.....	222
6.1.2 A descrição aristotélica do fenômeno ético como modelo dos problemas hermenêuticos	223
6.1.3 A hermenêutica jurídica como autêntico procedimento das ciências do espírito .	227
6.2 Consequencialismo judicial previdenciário: pressupostos de sua legitimidade	231
6.2.1 A realização judicial do Direito Previdenciário aberta às consequências da decisão concreta	232
6.2.2 A proteção contra a necessidade como o fundamento axiológico-normativo do sistema jurídico previdenciário	244
6.2.3 A título de conclusão da crítica dirigida à jurisprudência previdenciária do Supremo Tribunal Federal.....	258
 CONCLUSÃO	 263
 REFERÊNCIAS.....	 267

INTRODUÇÃO

Na tarefa hermenêutica de esclarecer as condições sob as quais surge uma compreensão, Gadamer resgata a importância de nos reconhecermos em uma determinada situação hermenêutica.

A consciência da situação hermenêutica pressupõe o reconhecimento de que o intérprete é um ser incluído na história e que, por tal razão, agrega ao seu âmbito de visão o conjunto de experiências trazidas pela tradição. Isso significa que ele, intérprete, como um ser histórico, está sujeito aos efeitos dos fenômenos históricos, os quais são, portanto, decisivos para a formação de seus preconceitos e, por consequência, para sua compreensão das coisas. É o que Gadamer denomina *história efetual*¹.

Ao conceito de situação – por representar uma posição que limita as possibilidades de ver – pertence o conceito de *horizonte*, como “o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que pode ser visto a partir de um determinado ponto”².

De outra parte, quando fala da *concepção prévia de perfeição*, uma pressuposição que orienta toda compreensão, o filósofo alemão está a se referir à pressuposição de que aquilo que se nos apresenta afigura-se como uma *unidade de sentido perfeita*. Mas não se pressupõe apenas uma unidade imanente de sentido capaz de guiar o leitor: “pressupõe-se que a compreensão deste seja guiada constantemente também por expectativas de sentido transcendente, que surgem de sua relação com a verdade do que é visado”. Por exemplo, “nós compreendemos os textos transmitidos sobre a base de expectativas de sentido que extraímos de nossa própria relação precedente com o assunto”³. O que está em questão aqui são novamente preconceitos ou opiniões prévias.

Ocorre que essas pré-compreensões que ocupam a consciência do intérprete não se encontram à sua livre disposição. O intérprete, com efeito, “não está em condições de distinguir por si mesmo e de antemão os preconceitos produtivos, que tornam possível a compreensão, daqueles outros que a obstaculizam e que levam a mal-entendidos”⁴.

¹ GADAMER, H. G. **Verdade e Método I**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 5. ed. Tradução de Flavio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2003. p. 396.

² Idem, p. 397.

³ Idem, p. 389.

⁴ GADAMER, H. G. **Verdade e Método I**, p. 391. A verdadeira questão crítica da hermenêutica é distinguir os verdadeiros preconceitos, sob os quais compreendemos, dos falsos preconceitos que produzem os mal-entendidos (p. 395).

Quando se nega os efeitos da história sobre a compreensão na ingenuidade da fé no método próprio das ciências naturais – que conta com uma postura neutra do agente em relação ao resultado –, pode-se ter como consequência uma real deformação do conhecimento⁵. Mas a consciência da história efetual, embora não se operando de modo absoluto, constitui um modelo da realização da própria compreensão, permitindo a identificação do que realmente deve ser questionado e que constitui o verdadeiro objeto de investigação⁶.

A questão é que um preconceito nos determina e não o conhecemos nem o pensamos como um juízo até que o coloquemos em evidência, confrontando-o com a tradição histórica em que nos encontramos situados e com a tradição do texto ou da realidade objeto de compreensão. Esse confronto de nossos preconceitos com a tradição é que os colocaria em evidência:

“O que importa é dar-se conta dos próprios pressupostos, a fim de que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade, podendo assim confrontar sua verdade com as opiniões prévias pessoais”⁷.

Essas linhas iniciais de hermenêutica filosófica apresentam-se como um guia às interrogações que orientaram o presente trabalho.

Diante de precedentes previdenciários de elevada relevância social proferidos pelo Supremo Tribunal Federal no início do século XXI, não se cuidou de investigar sua correção pela perspectiva da justificação puramente dedutiva (própria da lógica formal). Tampouco se partiu da pressuposição antecipada de que os magistrados da Corte Suprema elaboram suas decisões mediante meticulosa ponderação de normas constitucionais, nada mais do que isso. E da mesma forma não se impressionou com aparentes sinais de que o exame constitucional das questões previdenciárias se dava com estrito zelo ao dogma do juiz sacerdote da lei.

⁵ A objetividade e a neutralidade do modelo de conhecimento científico proposto por Descartes serviriam à proposição de enunciados lógicos que pretendem ter validade universal. Mas isso implica, de um lado, o caráter a-social e a-histórico de um tal conhecimento racional e, de outro lado, o distanciamento entre a teoria e a prática. Com efeito, quando se trata, não da contemplação da verdade, mas do uso da vida, na qual a urgência exige decisões rápidas, o método cartesiano não nos é de nenhuma serventia. (PERELMAN, C. *Évidence et preuve*. In: _____. **Justice et raison**. 2. ed. Bruxelas: Éditions de l'Université de Bruxelles, 1970. p. 146-147)

⁶ GADAMER, H. G. **Verdade e Método I**, p. 397-398.

⁷ Idem, p. 358. Como expressa Gadamer a respeito: “A questão portanto não está em assegurar-se frente à tradição que faz ouvir sua voz a partir do texto, mas, ao contrário, trata-se de manter afastado tudo que possa impedir alguém de compreender a partir da própria coisa em questão. São os preconceitos não percebidos os que, com seu domínio, nos tornam surdos para a coisa de que os fala a tradição” (p. 359).

Antes, pretendeu-se avaliar o trabalho dos *intérpretes* da Constituição da República na perspectiva de que suas decisões são tomadas a partir da situação hermenêutica em que se encontram.

Como nós todos, eles estavam lançados no mundo da vida e seu horizonte era delimitado pelas vozes do passado que soam na tradição segundo a qual os sistemas de previdência social, mundo afora, consubstanciam um sério obstáculo ao objetivo primeiro de equilíbrio orçamentário. Não cogitaram perguntar se a teoria dos equilíbrios orçamentários representa uma verdade inexorável ou é fruto de um pensamento ideológico predominante em determinado tempo e lugar. Não se pensou interrogar se, e em que medida, o sistema previdenciário brasileiro se encontrava em crise e, caso positivo, quais as saídas constitucionais para sua sustentação. Tampouco se lembrou do elemento humano para quem foi idealizada a previdência. As *opiniões prévias* e as *expectativas de sentido* que extraíam de sua relação precedente com o assunto, fortemente influenciadas pelos contos midiáticos propagadores da ideologia neoliberal, fizeram-nos perder a relação *com a verdade do que era visado*.

Nessa linha de avaliação, não se demorou coroar a investigação com achados empíricos que demonstrassem que a recente doutrina do Supremo Tribunal Federal em matéria previdenciária encontrava-se embebida da ética utilitarista da promoção da maior satisfação para o maior número, de acordo com um universo de pensamento em que os mais importantes direitos da minoria são desprezados e a diferença social é um dado desprezível.

A partir dessa investigação inicial, reconhecendo-se sempre que o rumo das pesquisas vindouras seria tomado também desde uma *situação hermenêutica*, pretendeu-se desviar da alternativa reducionista que se limitasse a ligar o não reconhecimento de direitos previdenciários pelo Supremo Tribunal Federal a questões de natureza política de índole utilitarista.

A pretensão era, com efeito, mais abrangente. Cuidava-se de procurar respostas ligada à essência da ética utilitarista, suas prescrições aos homens e aos governos. Tratava-se de avaliar sua teoria da justiça e de como essa doutrina ética penetrava no mundo jurídico. Essas reflexões compuseram a primeira parte deste estudo.

O capítulo 1 foi destinado a abordar os principais contornos da teoria ética utilitarista, abrindo-se importante espaço às principais críticas que lhe são formuladas a partir do terreno da filosofia política. Uma vez articuladas essas questões de base, prosseguiu-se, no capítulo 2, com o exame das primeiras correntes teórico-metodológicas

que se ofereceram como alternativas ao formalismo positivista e das racionalidades que orientam a metodologia jurídica contemporânea, tanto quanto necessário a se demonstrar a maneira como elas, nas balizas que propõem, revelam-se permeáveis à teoria ética utilitarista.

Em suma, buscou-se elaborar, na seção inicial, uma reflexão crítica da teoria ética utilitarista e de sua influência sobre o processo de tomada de decisões judiciais.

Para além disso, fazia-se imperioso demonstrar – ainda que não por uma perspectiva metodológica própria da geometria – que a jurisprudência previdenciária, destacadamente do Supremo Tribunal Federal, fazia-se notar como adquirente de uma racionalidade instrumental comprometida com a ética do consequencialismo utilitarista. A tanto foi dedicada a segunda parte deste trabalho.

Para o cumprimento desse objetivo, buscou-se precisar que as decisões previdenciárias que foram objeto de análise crítica se deram em uma conjuntura econômica crítica e em um ambiente político de retração das políticas de bem-estar, desiderato precípua do capítulo 3. É esse contexto histórico que permite observar, mediante a técnica de estudo de casos, a instrumentalização do Direito em vista de finalidades sociais e políticas, ainda que o método tradicional (dogmático-normativo) tenha servido como forma de justificação *a posteriori* da decisão. Em outras palavras, a tarefa judicial objeto de exame foi percebida como cooperadora das opções políticas supostamente destinadas a maximizar a satisfação do interesses comunitários.

Neste sentido, o postulado do equilíbrio financeiro-atuarial dos sistemas previdenciários, tão referido pela jurisprudência utilitarista da Suprema Corte, objeto de análise no capítulo 4, sugere a necessidade de proteção desses regimes de previdência, cuja falência poderia iludir a proteção de milhões de beneficiários. A opção pela suposta preservação de interesses de uma grande coletividade em detrimento do reconhecimento de direitos previdenciários de um indivíduo ou grupo minoritário reflete o núcleo comum das diferentes vertentes do utilitarismo.

Finalmente, era necessário criticar tal modelo de realização judicial do Direito. Ele, afinal de contas e contrariamente à intuição que inspirou a feitura deste trabalho, poderia ser sustentável metodologicamente e os seus resultados poderiam merecer aplausos. Não se chegou a essa conclusão, contudo, ainda que observada a admoestação gadameriana de que “cada vez que tomamos o fenômeno imediato como toda a verdade, esquecemos

praticamente a metade do que realmente é, ou melhor, esquecemos toda a verdade deste fenômeno”⁸.

Enfrentou-se, na terceira parte, questões fundamentais para um trabalho com a pretensão de elaborar uma teoria normativa da decisão judicial da Previdência Social, mediante a superação da prática utilitarista adotada pelo Supremo Tribunal Federal e por decisões outras nessa linha ética inspiradas.

Com tal escopo, o capítulo 5 consiste na sistematização das críticas da decisão judicial previdenciária do eixo conceitualista-utilitarista, a partir do terreno da teoria do Direito. A argumentação deduzida nesse capítulo pretendeu expor: a) as inadequações e as insuficiências de uma adjudicação previdenciária orientada pela racionalidade jurídica instrumental, conducente ao consequencialismo-econômico-utilitarista; b) as inadequações e as insuficiências de uma adjudicação previdenciária orientada pela racionalidade jurídica formal, conducente ao emprego do anacrônico método subsuntivo, próprio do formalismo positivista.

Se não deve permanecer o formalismo positivista e tampouco perseverar o ânimo da ética utilitária, o que remanesceria como critério racional à realização judicial da Previdência Social? Tal interrogação orientou a elaboração do capítulo 6, o qual prescreve que a justa solução para o caso previdenciário não prescinde da associação entre *argumentos de princípio* – princípios como superação do normativismo legalista assumido pelo positivismo jurídico – e *argumentos consequencialistas*, os quais serviriam para a mais equitativa constituição da norma para o problema concreto. Por fim, interroga-se aqui, de um lado, qual o possível – mas ao mesmo tempo necessário – espaço para o consequencialismo previdenciário e, de outro lado, quais os critérios definidores dos efeitos que devem ser levados em conta pela decisão judicial previdenciária.

Colocadas dessa forma as linhas introdutórias ao presente trabalho, impõe-se advertir que a *unidade de sentido perfeita* que pode ser nele encontrada não corresponde a uma construção teórica oferecedora de uma fórmula cuja observância exata é a única a permitir a correção da decisão judicial previdenciária. Ao contrário, reconhece-se que a verdade própria das ciências do espírito não é alcançável pelo método próprio das ciências naturais, na medida em que aquelas detém, como estas, estatuto epistemológico próprio. Com tal proposição não se pretende, portanto, uma teoria que se imponha por ser

⁸ GADAMER, H. G. *Verdade e Método I*, p. 397.

verdadeira ou por apresentar um critério absoluto, mas por fornecer as melhores respostas aos problemas enfrentados⁹.

Ao que se propõe a examinar as ponderações adiante articuladas, suscita-se, com Gadamer, que as busque compreender em sua alteridade e no acontecer da tradição em que elaboradas. Afinal, “Aquele que quer compreender não pode se entregar de antemão ao arbítrio de suas próprias opiniões prévias, ignorando a opinião do texto da maneira mais obstinada e conseqüente possível – até que este acabe por não poder ser ignorado e derrube a suposta compreensão”¹⁰.

⁹ PERELMAN, C. L'Interprétation juridique. In: _____. **Le Raisonné et le Déraisonnable en Droit**: Au-delà du Positivisme Juridique. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1984. p. 110.

¹⁰ GADAMER, H. G. **Verdade e Método I**, p. 358.

PARTE I

A TEORIA ÉTICA UTILITARISTA E A REALIZAÇÃO DO DIREITO

É inegável a relevância da dimensão pragmática do Direito. Mais do que um conjunto de normas abstratas, o Direito de um povo revela sua eficácia na medida em que é observado espontaneamente pelos sujeitos de direito, mas deixa transparecer seu real significado apenas no momento em que é aplicado a um determinado caso concreto, mediante atuação de um órgão jurisdicional.

A lei é o sentido da norma após o ato de interpretação. A norma não diz, senão depois da interpretação. A interpretação que determina a norma apenas é alcançada por meio da concreta resolução dos problemas jurídicos nela fundamentada. O ato judicial decisório não corresponde, portanto, à aplicação da lei, mas à realização do Direito.

Neste sentido, pode-se dizer que o pensamento jurídico recupera o *concreto* depois que o positivismo legalista, com o seu normativismo analítico-dedutivo, o levava a refugiar-se no alienante *abstracto*¹¹. O Direito não é (não é Direito) sem se manifestar na prática e como uma prática¹². É de se reconhecer que

O direito judicativamente afirmado na decisão concreta não era a mera repetitiva reprodução do direito abstracto aplicando, e sim uma reconstitutiva concretização, integração e desenvolvimento prático-normativos desse direito abstracto segundo as exigências do específico problema jurídico do caso decidendo¹³.

As principais proposições deste trabalho emanam da perspectiva metodológica que, não confundindo o Direito com um sistema de normatividade jurídica, percebe a decisão judicial como uma atividade realizadora do Direito:

Sabemos que a realização concreta do direito não se confunde com a mera aplicação de normas pressupostas, embora possa ter nessas normas os seus imediatos critérios. E não se confunde com essa mera aplicação, mesmo quando tenha em normas pressupostas o seu critério, porque na problemático-concreta realização do direito concorrem momentos normativo-constitutivos [...] que a convolam da mera *aplicação* de

¹¹ NEVES, A. C. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I**. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 12.

¹² NEVES, A. C. **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 25.

¹³ Idem, p. 29.

normas para uma verdadeira *criação* (constituição) de direito, posto que no quadro vinculante do direito vigente¹⁴.

De todo modo, ao longo do presente trabalho, utilizar-se-ão indistintamente os termos “realização” e “aplicação” do Direito, exceto quando se pretenda fazer referência específica à “realização” como conceito da concepção metodológica que busca o sentido e a realização da norma na aproximação do Direito à realidade específica do caso concreto.

Parece corresponder ao atual contexto metodológico que a interpretação jurídica não se concebe apenas e estritamente como interpretação da lei, mas como *actus* da realização de Direito. Tal pensamento nos faz romper com a postura formalista de um normativismo que, nada obstante, persiste influenciando o raciocínio jurídico quando da adjudicação do Direito.

Embora historicamente compreendido por diferentes matizes metodológicos, o fenômeno jurídico ainda hoje é excessivamente dimensionado em caracteres rigorosamente lógicos e profundamente sistemáticos, como percebido na perspectiva do positivismo lógico-normativo de Hans Kelsen, que prescrevia a aplicação dos princípios lógicos às normas jurídicas quanto à sua dimensão formal, não se interessando pelo seu conteúdo¹⁵.

De outra parte, os projetos metodológicos desenvolvidos como reação à postura formalista e legalista na aplicação do Direito que buscavam romper com o encantamento científico-positivista da subsunção abrem-se consideravelmente aos encantos da ética social utilitarista e, mais especificamente, à substancial parte da teoria da adjudicação judicial do utilitarista clássico Jeremy Bentham¹⁶.

Como a riqueza dos dados de nosso mundo faz com que determinados direitos fundamentais passem a colidir, no caso concreto, com outros direitos ou valores de dignidade igualmente constitucional, a jurisdição constitucional usualmente recorre – expressa ou implicitamente – à técnica de ponderação de valores envolvidos no caso concreto como técnica de solução de tensões entre os princípios consagrados constitucionalmente.

¹⁴ Trata-se da chamada “mediação judicativo-decisória da concreta realização do Direito”. A realização do Direito apenas se opera pelo “cumprimento histórico-concreto, naquele modo de ser que é a vigência e que lhe permite afirmar-se como efectiva dimensão da prática humano-social”. Não se tem o Direito, portanto, apenas pela construção de um sistema de normatividade jurídica. (NEVES, A. C. **Metodologia jurídica**, p. 25)

¹⁵ BITTAR, E. C. B. Lógica jurídica: uma perspectiva material e pragmática do raciocínio jurídico. In: BITTAR, E. C. B.; SOARES, F. M. (Orgs.). **Temas de filosofia do direito**: novos cenários, velhas questões. Barueri: Manole, 2004. p. 133-176 (p. 143).

Sabe-se que “o conflito entre direitos e bens constitucionalmente protegidos resulta de a Constituição proteger certos bens jurídicos (“saúde pública”, “integridade territorial”, “defesa nacional”, “família”), que podem vir a encontrar-se numa relação de conflito ou colisão concreta com certo ou certos direitos fundamentais”¹⁷.

O problema emerge justamente quando o exame da aplicação de norma concretizadora de direito fundamental em um caso concreto – análise da compressão do direito fundamental – é sustentado por um juízo de proporcionalidade utilitarista, isto é, enviesado a maximizar a salvaguarda do bem coletivo ou a proteção do interesse coletivo, mediante o sacrifício do direito fundamental.

Na perspectiva do utilitarismo, a proporcionalidade não toca, de fato, na necessidade de intervenção no direito fundamental em favor do interesse da comunidade. Antes, partindo da premissa utilitarista de que a máxima felicidade para o maior número justifica a restrição do direito individual, a proporcionalidade leva ao reconhecimento ou reafirmação do direito individual na medida em que sirva como instrumento da maior satisfação coletiva.

A noção do princípio da utilidade e a sua exigência de busca de estados de coisas em que haja maximização da felicidade, interesses ou preferências parece consubstanciar a essência do utilitarismo. Mas com essa ideia vê-se de longe apenas a superfície de uma fonte quase inesgotável de variantes do pensamento utilitarista que, enquanto teoria ética, provê um critério para se distinguir entre uma ação certa e uma ação errada e, por consequência, uma posição sobre a natureza dos julgamentos morais que caracterizam tal ação como certa ou errada.

Se, para Bentham, o único direito e a própria finalidade do Governo é a promoção da maior felicidade da comunidade, ele se recusa a definir o processo de tomada de decisão judicial simplesmente em termos de estrita aderência às leis existentes¹⁸. Com efeito, o ideal de segurança necessário ao Direito e oferecido pelos códigos (núcleo de sua teoria positivista do direito) poderia ser relativizado em face dos ganhos da flexibilização das leis no caso concreto, mediante a aplicação judicial do princípio da utilidade (núcleo de sua teoria da adjudicação judicial).

Se o arranjo das leis por um agente racional deve seguir o princípio da utilidade, sua flexibilização em nome do mesmo princípio implicaria o necessário ajustamento

¹⁶ Deve-se considerar como adjudicação judicial a final decisão judicial que aplica o Direito (a última aplicação judicial do Direito), concluindo o caso em qualquer dos níveis de hierarquia dos órgãos jurisdicionais.

¹⁷ CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 135-136.

¹⁸ POSTEMA, G. J. **Bentham and the common law tradition**. Oxford: Clarendon Press, 1986. p. 360.

judicial da utilidade nos casos particulares, mediante a promoção da máxima satisfação dos interesses das partes e da comunidade.

A presente seção se destina a abordar alguns contornos da teoria ética utilitarista, colocando ênfase nas principais críticas que lhe são formuladas a partir do terreno da teoria política normativa. Bem assimiladas essas questões de base, prossegue-se com o exame das primeiras correntes jusmetodológicas que se ofereceram como alternativas ao positivismo jurídico (do normativismo legalista e do analítico-linguístico) e das racionalidades que orientam a metodologia jurídica contemporânea, tanto quanto necessário à investigação de como elas, em suas prescrições metodológicas, encontram-se abertas à teoria ética utilitarista.

Para o presente trabalho, esta seção tem importância capital, dado que não apenas abre caminho para o entendimento da proposta utilitarista acerca de como deve ser ordenada – por todo agente público – a interação social do ponto de vista moral, mas também identifica traços utilitaristas nas mais variadas concepções metodológicas de adjudicação judicial.

Mais especificamente, o primeiro capítulo se destina a oferecer resposta a duas questões essenciais: o que é o utilitarismo e, afinal, o que há nele de moralmente inaceitável? As críticas nesse capítulo lançadas à teoria ética utilitarista, ao confrontarem-na com a afirmação dos direitos fundamentais, pavimentam o debate mais densamente articulado no capítulo 5, sobre a inadequação de um consequencialismo utilitarista na realização judicial do Direito Previdenciário.

O esforço de identificação de traços da teoria moral utilitarista em diversas propostas metodológicas de adjudicação judicial, objeto do segundo capítulo, para além de indicar a facilidade com que os problemas jurídicos são, ao fim e ao cabo, deixados aos pés do altar utilitarista, consubstancia um importante momento para o trabalho de investigação acerca da existência de fundamentos éticos utilitaristas na doutrina do Supremo Tribunal Federal em matéria previdenciária, objeto principal de análise do capítulo 4.

Conforme se verá adiante, o utilitarismo não honra a fundamentalidade dos direitos das pessoas e, nada obstante, as diversas alternativas metodológicas à concepção mecânica de jurisprudência andam às voltas com as máximas utilitaristas. É isso que se verifica na jurisprudência previdenciária brasileira, o que resulta inaceitável e desafia a emergência de uma teoria normativa da decisão judicial previdenciária que se situe para além do formalismo legalista, mas que não seja tributária da ética utilitarista instrumentalizadora dos direitos.

CAPÍTULO 1

A TEORIA POLÍTICA UTILITARISTA E SUA POLEMIZAÇÃO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A essência da teoria moral utilitarista corresponde à ideia de que a ação correta é aquela que propicia o resultado ótimo em termos de maximização do bem ou utilidades. A ênfase não se dá na avaliação moral da prática humana, em seu significado intrínseco, mas nas consequências que serão por ela ocasionadas. Na busca da felicidade ou da satisfação de preferências ou desejos racionais, a pessoa deve organizar-se de modo a produzir a máxima utilidade líquida possível. O ser humano não agiria racionalmente senão segundo essa regra de ação.

O reflexo da moral utilitarista para a ação individual é o quadro de um ser humano egoísta que estrategicamente busca maximizar suas vantagens. O que há para além de seus objetivos são coisas – meios do quais se pode valer ou obstáculos que devem ser superados – para alcançar o que julga valioso na vida.

O resultado de felicidade ou satisfação pode exigir do agente utilitarista etapas de dor ou privação, pois o que se justifica moralmente é a melhor consequência líquida de um determinado curso de ação. Por isso ele pode impor-se um sacrifício agora em nome de uma maior vantagem posterior.

Por outro lado, é necessário também respeito com a felicidade dos outros, razão pela qual, segundo o utilitarismo político, os arranjos institucionais básicos da sociedade devem estar orientados a buscar a máxima utilidade social possível.

E o que propõe neste sentido a teoria utilitária? Ela sustenta que a sociedade deve agir precisamente de acordo com o mesmo princípio considerado racional para a ação de uma pessoa. Parece mesmo lógico que o que é correto para a ação de uma pessoa seja também correto para a ação de uma associação de pessoas¹⁹.

O utilitarismo social prescreve, então, reformas institucionais orientadas pelo princípio da máxima felicidade ou do maior bem-estar do maior número. Afinal, as pessoas

¹⁹ RAWLS, J. **A theorie of justice**. Cambridge-Mass: Harvard University Press, 1971. p. 23.

têm importância e têm importância igual. Logo, os interesses de cada pessoa devem receber igual peso. Por conseguinte, os atos moralmente corretos maximizarão a utilidade²⁰.

Mas, de acordo com o utilitarismo, o bem-estar do mais humilde dos servos conta igual ao do mais arrogante dos nobres – todos são igualmente destinatários de utilidades –, o que revela a inadequação de sua concepção de justiça distributiva. Com efeito,

A característica marcante da visão utilitarista da justiça é a de que, para ela, não importa, a não ser indirectamente, o modo como a soma das satisfações é distribuída entre os sujeitos, da mesma forma que não importa, também salvo indirectamente, a forma como os sujeitos distribuem as suas satisfações no tempo. Em ambos os casos, a distribuição correcta é aquela que produz a máxima satisfação²¹.

Da mesma forma, se uma dada sociedade é adequadamente arranjada quando maximiza o balanço líquido de satisfação, não há razão para que maiores ganhos de alguns não compensem as perdas, comparativamente menores, de outros. Mais importante do que isso, se o que se pretende é a maximização de utilidades para a sociedade, obtida do conjunto de seus membros, não há razão para que a violação de direitos fundamentais de alguns não possa ser justificada moralmente por um maior bem partilhado por muitos.

Esta visão de cooperação social é a consequência de se estender à sociedade o princípio de escolha aplicável ao indivíduo. Tal como o agente pondera os sacrifícios em favor de uma vantagem maior ao final, a sociedade deveria ser arranjada institucionalmente de modo a obter a máxima utilidade, ainda que para tanto fosse necessário o sacrifício de direitos ou expectativas legitimamente fundadas.

Assim é que a ética utilitarista de maximização da utilidade social defende a promoção de um agregado de bem-estar geral mesmo que em detrimento de direitos fundamentais. Uma ação legislativa, por exemplo, é justificada quando (pretensamente) a maioria se beneficiará de tal medida, não sendo avaliado o impacto negativo às minorias. O utilitarismo respalda as medidas que são adotadas com objetivos de preservação de um interesse social geral, fundado em critérios agregados de desenvolvimento (renda *per capita* nacional, PIB *per capita*), não se levando em conta a situação específica dos socialmente excluídos.

²⁰ KYMLICKA, W. **Filosofia política contemporânea**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 42.

²¹ RAWLS, J. **Uma teoria da justiça**. 2. ed. Tradução de Carlos Pinto Correia. Lisboa: Editorial Presença, 2001. p. 43.

A análise desse confronto entre a ética utilitarista e a pretensão de garantia dos direitos fundada em exigências de justiça consiste o objeto deste capítulo.

1.1 A POSIÇÃO ÉTICA E POLÍTICA DO UTILITARISMO²²

Na medida em que a presente seção tem como objetivo principal avaliar em que termos o utilitarismo e seu arsenal analítico respondem às exigências de proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, a aproximação que se faz dessa posição normativa se dá na estrita medida em que se torna necessário o conhecimento dos traços fundamentais da ética utilitarista e de suas propostas para a realização igual do bem-estar de todos. Muito do que foi e é discutido sobre o utilitarismo não poderia encontrar espaço em um trabalho com tal proposta.

Em sua mais pura e simples forma, o consequencialismo é uma doutrina moral segundo a qual, o ato correto em uma dada situação é aquele que produz o melhor resultado geral, julgado como tal por um ponto de vista impessoal que concede igual peso aos interesses de cada um. A reflexão moral consequencialista tem como versão mais familiar o utilitarismo, o qual, em sua forma clássica, diz que o melhor estado dentre as combinações possíveis é o que contém o melhor balanço líquido agregado de prazer humano, felicidade ou satisfação, isto é, aquele que maximiza utilidades totais ou médias²³.

Com sua origem no final do século XVIII, o movimento filosófico conhecido como utilitarismo, moralismo britânico ou pensamento radical traduz o esforço de avaliar e tratar o mundo a partir de um relativo encantamento com a racionalidade humana que emergiu com a visão Iluminista de mundo que teria caracterizado os séculos XVII e XVIII. Por vezes considerada a primeira escola de pensamento filosófico do mundo anglo-americano, a reflexão utilitarista pode ser caracterizada como positiva, individualista e prática: “A mentalidade Anglo-Americana, contudo, se deixa impressionar principalmente pelos fatos

²² A base do texto desta seção compôs o trabalho “Uma leitura da crítica de John Rawls à teoria moral utilitarista” apresentado no Curso de Pós-graduação junto ao Departamento de Ciência Política da FFLCH da USP, para obtenção dos créditos referentes à disciplina Teorias Contemporâneas da Justiça, de responsabilidade do Professor Dr. Álvaro de Vita. Parte do referido trabalho foi publicada no livro **Direito processual previdenciário**. Curitiba: Juruá, 2008.

²³ SCHEFFLER, S. **Consequentialism and its critics**. New York: Oxford University Press, 1988. p. 1-20.

da experiência individual. Isto faz com que, no desenvolvimento de seu pensamento, se verifique uma identificação entre teoria e prática”²⁴.

O utilitarismo é considerado a teoria ética prevalecente – e, entre outras coisas, a teoria da justiça mais influente – há bem mais de um século, dominando por muito tempo a tradicional economia do bem-estar e das políticas públicas²⁵.

Mas o termo “utilitarismo” não se refere a um grupo de teorias convergentes a um conjunto bem definido de teses fundamentais, podendo-se afirmar que

o que dá unidade a tal série de teorias denominadas utilitaristas é o fato de que elas endossam alguma versão do chamado Princípio da Utilidade, o qual recomenda que dentre várias alternativas de ação se escolhe aquela que provavelmente promoverá o maior saldo positivo de conseqüências desejáveis sobre as indesejáveis²⁶.

O princípio da utilidade reconhece a sujeição imposta pela natureza, segundo a qual a humanidade se sujeita ao governo de dois mestres soberanos: a dor e o prazer. Partindo desse fundamento, a utilidade moldaria um sistema ético destinado a costurar a tela da felicidade pelas mãos da razão e do Direito²⁷.

De fato, ainda que o utilitarismo seja uma teoria moral com muitas faces, há uma ideia central que informa todas elas, qual seja, a de avaliar ações em termos de sua utilidade mais do que em termos de suas propriedades intrínsecas. É assim que os conceitos do bem são mais básicos ou prioritários em relação aos conceitos de direito e obrigação. A ideia atrativa do utilitarismo é, sem dúvida, a importância da promoção do bem-estar por várias formas²⁸.

Em sua forma clássica, a doutrina utilitarista pode ser expressa na combinação de dois princípios: i) o princípio consequencialista, pelo qual a correção ou o erro de uma ação é determinado pela bondade ou maldade dos resultados que a seguem; ii) o princípio hedonista, segundo o qual a única coisa que é boa em si mesma é o prazer e a única coisa má em si mesma é a dor. Assumindo que a felicidade é a soma dos prazeres, o utilitarismo

²⁴ PELUSO, L. A. Jeremy Bentham e seus críticos. In: PELUSO, L. A. (Org.). **Ética e utilitarismo**. Campinas: Alínea, 1998. p. 15-16.

²⁵ SEN, A. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 77.

²⁶ CARVALHO, M. C. M. de. O Utilitarismo, os Direitos e os Deveres Morais. In: PELUSO, L. A. (Org.). **Ética e utilitarismo**. Campinas: Alínea, 1998. p. 223.

²⁷ BENTHAM, J. **An introduction to the principles of morals and legislation**. Oxford: Clarendon Press, 1907. p. 1-2, republicado Dover, Nova York, 2007.

²⁸ DONNER, W. “Mill’s utilitarianism”, in **the Cambridge Companion to Mill**. Cambridge-Mass.: Cambridge University Press, 1998. p. 256.

pode ser expresso na forma de um único princípio, o princípio da maior felicidade: “a correção de uma ação é determinada pela sua contribuição para a felicidade de cada um por ela afetado”²⁹.

J. Bentham foi certamente um dos principais representantes do utilitarismo clássico – com J. S. Mill e H. Sidgwick, entre outros –, defendendo a ideia de que o princípio da utilidade, segundo o qual “a busca da maior felicidade para o maior número das pessoas” deve reger tanto as ações individuais como as sociais. Bentham afirma:

By the principle of utility is meant that principle which approves or disapproves of every action whatsoever according to the tendency it appears to have to augment or diminish the happiness of the party whose interest is in question: or, what is the same thing in other words to promote or to oppose that happiness. I say of every action whatsoever, and therefore not only of every action of a private individual, but of every measure of government³⁰.

A preocupação central dos utilitaristas era a proposição de reformas de ordem prática que facilitassem e sistematizassem a solução dos problemas sociais causados pela incipiente industrialização, alcançando a maximização da felicidade e a diminuição do sofrimento. Como o interesse da comunidade seria a soma dos interesses dos diversos membros que a compõem, uma ação política seria de acordo com o princípio da utilidade se tendesse a aumentar a felicidade da comunidade:

A measure of government (which is but a particular kind of action, performed by a particular person or persons) may be said to be conformable to or dictated by the principle of utility, when in like manner the tendency which it has to augment the happiness of the community is greater than any which it has to diminish it³¹.

Pode ser visto como componente dessa proposta a noção do ponto “ótimo de Pareto” (um resultado tal que não é possível mover-se dele para um caminho que proporcione mais a uma parte, sem tornar pior a condição de outra parte).

²⁹ QUINTON, A. **Utilitarian Ethics**. London: Duckworth, 1989. p. 1.

³⁰ “Por princípio de utilidade entende-se aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que aparenta ter para aumentar ou diminuir a felicidade da parte cujo interesse está em questão: ou, o que é a mesma coisa em outras palavras, segundo a tendência de promover ou comprometer aquela felicidade. Eu digo qualquer ação, e portanto não apenas para qualquer ação de um indivíduo privado, mas também de qualquer medida de governo.” (Tradução livre). BENTHAM, J. **An introduction to the principles of morals and legislation**, p. 2.

³¹ “Uma medida de governo (que não é senão um tipo particular de ação, realizada por uma pessoa ou pessoas) pode ser dita como conforme ou orientada pelo princípio da utilidade, quando da mesma maneira a tendência que tem de aumentar a felicidade da comunidade é maior do que a de diminuí-la.” (Tradução livre). Idem, p. 3.

Para os radicais, a luta contra o sofrimento tinha um significado moral, daí pretendessem contribuir com o combate à pobreza e à injustiça social, pois estas eram expressões de uma ordem injusta, associada ao sofrimento de multidões.

Nesse projeto de ação individual e coletiva, todo agente moral seria responsável pelo sofrimento associado à sua ação, ao passo que a sociedade seria responsável pelo sofrimento associado à sua forma de organização. A luta contra o sofrimento expressaria a vitória do bem contra o mal, daí que o dever da sociedade consista em garantir o bem-estar de todos os seus membros, cada um contando igualmente como os outros. Assim, a questão do bem-estar coletivo é transformada em questão moral, pelo que “as reformas sociais passam a ter sentido como expressão do compromisso moral que cada indivíduo tem em minimizar o sofrimento alheio”³².

Na fundação dessa escola filosófica, percebe-se já uma tendência ao não reconhecimento de direitos senão quando os indivíduos conduzem suas ações para o bem da sociedade. Pode-se mesmo afirmar que havia desde então uma subordinação da garantia dos direitos à circunstância de que as vantagens ou prazeres produzidos (utilidade) com a sua extinção não seriam maiores. A abordagem crítica feita pelos pensadores utilitaristas à ordem estabelecida na sociedade se operava pelo princípio da utilidade, segundo o qual as reformas sociais seriam imperiosas porque resultariam no aumento do bem-estar e da felicidade de todos os membros da coletividade.

É necessário destacar, portanto, que a doutrina utilitarista surgiu como uma crítica radical da sociedade inglesa. Neste sentido, atacava direitos dos que detinham privilégios injustos à custa da maioria, sendo identificada com um programa político progressista porque preocupada com a ampliação da democracia, a reforma penal, as provisões para o bem-estar social etc.³³.

O projeto ético do utilitarismo clássico tinha a pretensão de obedecer à exigência de objetividade e exatidão, e atribuía ao moralista e ao legislador a ideal tarefa da contabilidade moral, uma racional avaliação do custo-benefício das regras morais e das políticas públicas, em termos de prazer ou dor. A famosa concepção benthaniana de “aritmética moral” é extraída da ênfase dada por Beccaria à importância de um sistema racional de legislação penal que faça distinções das dimensões da punição, como intensidade, duração, certeza e proximidade.

³² PELUSO, L. A. Utilitarismo e ação social. In: PELUSO, L. A. (Org.). **Ética e utilitarismo**. Campinas: Alínea, 1998. (p. 13-26), p. 19.

³³ KYMLICKA, W. **Filosofia política contemporânea**, p. 60.

Deve-se a Bentham a sistematização dos princípios fundamentais da ética utilitarista clássica. Esses princípios traduzem uma psicologia descritiva do ser humano. Ligado a cada princípio, segue uma regra moral que descreve o instrumento necessário para que essa psicologia seja colocada em prática.

Nesse sistema moral é definido primeiramente o fim e, então, os meios. Os princípios relativos ao fim são de natureza moral e, orientados pelo princípio de que o prazer deve ser maximizado e a dor minimizada, prescrevem o que deve ser feito em termos do que é certo e errado. Os princípios referentes aos meios são de natureza científica. Valendo-se da psicologia para se perceber a forma como o ser humano se comporta nas diferentes situações, em termos de prazeres e de dores, a razão servirá como meio para identificar o que de fato existe em termos de causa e efeito. Os princípios quanto ao fim são normativos, os princípios quanto aos meios são fatuais³⁴.

O método pretensamente objetivo e exato para a busca da felicidade encontra dificuldades, contudo, desde a realização da aritmética moral – ou cálculo hedonista. O que se tem é uma tentativa de se reduzir à exatidão numérica uma avaliação elevadamente subjetiva do que deve ser considerado prazer, dor ou felicidade para cada um nas mais diversas circunstâncias, uma empresa que se torna ainda mais delicada no caso de interesses contrapostos e conseqüente necessidade de comparação de diferentes indicadores de prazer e dor.

Parece ter procedência, neste sentido, a crítica levantada por Karl Popper ao utilitarismo hedonista em razão da assimetria entre sofrimento e felicidade, ou entre dor e prazer. Segundo o utilitarismo negativo de Popper, a premência pelo auxílio ou diminuição da dor inexistiria para o aumento da felicidade de um homem. Do mesmo modo, é inadequado tratar os graus de dor como graus negativos de prazer:

Do ponto de vista moral, a dor não pode ser pesada pelo prazer e, especialmente, não a dor de uma pessoa pelo prazer de outra pessoa. Em vez de maior felicidade para o maior número, dever-se-ia mais modestamente reclamar o menor quinhão de sofrimento evitável para todos; e, mais, que o sofrimento inevitável – tal como a fome em épocas de inevitável carência de alimentos – seja distribuído tão igualmente quanto possível³⁵.

³⁴ HARRISON, R. **Bentham**. London: Routledge & Kegan Paul, 1983. p. 108-109.

³⁵ POPPER, K. R. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tradução de Milton Amado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1987. Tomo 1, p. 311.

O pretendido modelo ético de constatação objetiva parece, ao fim e ao cabo, depender da preferência do moralista, ainda que este tivesse, como quiseram Bentham e Mill, a utilidade como princípio primeiro. Isso parece ser acolhido expressamente pelo emotivismo de Stevenson e pelo prescritivismo de Hare, para os quais os julgamentos de valor não são declarações de verdadeiro ou falso e, por isso, não são suscetíveis de serem conhecidos. Para essas versões de utilitarismo contemporâneo, os valores últimos são escolhidos, não descobertos. Nessa ética de pura escolha, o único constrangimento imposto ao avaliador são a sinceridade pessoal e a universalidade formal na expressão de suas convicções. Em consequência, não poderia haver restrições objetivas aos fins da moralidade³⁶.

De acordo com a ética utilitarista de preferências, nas decisões políticas e nas recomendações institucionais ou de políticas públicas, um peso igual deveria ser dado à satisfação das preferências de cada pessoa que pode ser atingida pela decisão, pela instituição ou política em questão. A ação correta seria aquela que viesse maximizar a satisfação (líquida) dessas preferências.

De outra parte, a doutrina moral utilitarista contemporânea da linha de um John C. Harsanyi se apressa em observar que a abordagem do utilitarismo de preferências não é a mesma feita pelos utilitaristas do século XIX. Neste sentido, os utilitaristas hedonistas definiam tanto a utilidade social como as funções de utilidade individual em termos de sentimentos de prazer e de dor, ao passo que o utilitarismo ideal, que teria sido proposto por Moore, definia a utilidade social e as utilidades individuais em termos de quantidade de “estados mentais de valor intrínseco”, como os estados mentais envolvidos na filosofia, ciência, apreciação dos trabalhos de arte estética etc. O utilitarismo proposto por Harsanyi define a utilidade social em termos das utilidades individuais e define cada função de utilidade individual em termos de suas preferências pessoais³⁷.

Segundo Rawls, “é impossível negar o caráter imediatamente plausível e atraente” da teoria moral utilitarista, quando propõe que “os termos adequados para a cooperação social são fixados por aquilo que, nas circunstâncias concretas, permita obter a maior soma de satisfações de desejos racionais dos sujeitos”³⁸.

O encantamento com a razão iluminista dos séculos XVII e XVIII pode esclarecer a forte reivindicação utilitarista de racionalidade e objetividade para nossos julgamentos de

³⁶ QUINTON, A. *Utilitarian Ethics*, p. 107.

³⁷ HARSANYI, J. *Morality and the theory of rational behaviour*. In: SEN, A.; WILLIAMS, B. (Orgs.). *Utilitarianism and beyond*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982. (p. 39-62), p. 54.

justiça social, como igualmente sugerir o motivo pelo qual se inaugurava no final do século XVIII um tempo de duzentos anos de predomínio de uma doutrina ética que habilmente liga a teoria à prática e se dirige ao indivíduo, aos atores políticos e aos pensadores com um forte apelo consequencialista.

A busca pelo estado de coisas mais vantajoso, o igual peso dos interesses, o cálculo moral de custo-benefício, a maximização da felicidade e o combate ao sofrimento se encontram entre as categorias conceituais da tradição utilitarista que falam muito alto ao espírito liberal, individualista e racional que liga a comunidade política anglo-saxônica.

1.1.1 Utilitarismo de ato e utilitarismo de regra

Se o consequencialismo puro ou radical fosse aceito como a forma mais apropriada de reflexão ética, não haveria nenhuma atrocidade que não pudesse ser justificada com base no estado de coisas mais benéfico a ser alcançado³⁹. Isso porque se concebe a primazia de uma determinada visão do bem humano – consistente, por exemplo, na máxima satisfação possível de desejos e aspirações individuais – sobre princípios de justiça e do direito. Em uma ética teleológica, os direitos são instrumentais àquela visão do bem humano, são instrumentais à maximização do bem. Assim, atribui-se “um valor supremo a um determinado fim ou concepção da boa vida e subordina tudo o mais o que podemos considerar moralmente significativo – princípios de justiça direitos e deveres – à consecução desse fim”⁴⁰.

Os diversos problemas morais do utilitarismo podem ser tipificados “pela possível defesa utilitarista da tortura de uma criança na frente de milhões de espectadores suficientemente sádicos”⁴¹.

À argumentação de que uma ação moralmente repugnante pode encontrar amparo na ética utilitarista, replica-se “que a natureza da sociedade é tal que estes cálculos produzirão um resultado que, normalmente, será contra tais violações de liberdade”⁴². De

³⁸ RAWLS, J. **A theorie of justice**, p. 26.

³⁹ RAWLS, J. **A theorie of justice**, p. 27.

⁴⁰ VITA, A. de. **A Justiça igualitária e seus críticos**. São Paulo: Unesp, 2000. p. 32.

⁴¹ KOLM, S. C. **Teorias modernas da justiça**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo e Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 511.

⁴² RAWLS, J. **A theorie of justice**, p. 159.

fato, “o utilitarista tende a responder às objeções afirmando que as leis da sociedade e da natureza humana excluem as hipóteses que venham a ser ofensivas aos nossos juízos ponderados”⁴³. Essa “profissão de fé coletiva” teria, contudo, o problema de depender excessivamente das contingências do mundo dos fatos.

O argumento utilitarista pode, contudo, ser sofisticado para enfrentar essa objeção. Surge daí, em substituição ao *utilitarismo de atos*, a proposta de um *utilitarismo de regras*, também denominado *utilitarismo indireto* ou *utilitarismo restrito*. Nesta perspectiva, o que se avalia e deve ser maximizado não é a soma das utilidades de atos ou fatos específicos, mas as utilidades das regras (o estado que se alcança com a regularidade ou a continuidade de determinados atos ou fatos).

De acordo com o utilitarismo direto, o agente deve decidir como agir fazendo cálculos utilitários conscientemente, tentando avaliar como diferentes ações afetariam o bem-estar, ao passo que no utilitarismo indireto a ideia de maximizar a utilidade entra apenas indiretamente: “Ações moralmente corretas são as que maximizam a utilidade, mas é mais provável que os agentes maximizem a utilidade seguindo regras ou hábitos não utilitários do que seguindo o raciocínio utilitário”⁴⁴.

Assim, por exemplo, ainda que de acordo com a ética utilitarista o não cumprimento de promessas possa gerar mais vantagens imediatas aos agentes, a prática continuada do descumprimento levaria a um estado de insegurança tal que as pessoas não mais emprestariam sua confiança aos negócios, o que prejudicaria irremediavelmente a interação socioeconômica.

É assim que John C. Harsanyi e Richard Hare rejeitam o utilitarismo de atos em prol de um utilitarismo de regras, o qual “recomenda que a avaliação consequencial não seja aplicada a atos isolados, e sim a práticas morais e instituições”⁴⁵. Sustentam, portanto, que devemos aplicar o teste de utilidade e, então, executar qualquer ato que seja endossado pelas melhores regras, mesmo que outro ato possa produzir mais utilidade. Em outras palavras, “A cooperação social requer que sigamos regras e, portanto, não devemos avaliar simplesmente as consequências de agir de uma maneira específica nessa ocasião, mas as consequências de tornar regra essa maneira de agir”⁴⁶.

⁴³ RAWLS, J. *A theorie of justice*, p. 159.

⁴⁴ KYMLICKA, W. *Filosofia política contemporânea*, p. 26.

⁴⁵ VITA, A. de. *A Justiça igualitária e seus críticos*, p. 27.

⁴⁶ KYMLICKA, W. *Filosofia política contemporânea*, p. 36.

Segundo uma interpretação do utilitarismo de regras, o conteúdo da moralidade não é especificado pelo princípio da utilidade, e sim por princípios e normas morais substantivos, estabelecendo-se, por exemplo, que os direitos das pessoas devem ser respeitados, que não se deve punir os inocentes, que as promessas e acordos devem ser cumpridos. De acordo com essa visão, é “a adesão geral a essas normas que tem o efeito de maximizar o total líquido de felicidade”. Mas nesses casos o que se tem, então, é que “O princípio da utilidade só desempenha um papel, em um segundo nível de reflexão prática, quando se trata de escolher entre códigos morais distintos”⁴⁷.

Por tais razões,

Não devemos deixar que a sofisticação formal do utilitarismo contemporâneo oculte de nós o fato de que, no nível do conteúdo, os utilitaristas permanecem perfeitamente à vontade com a possibilidade (na verdade, eles estão necessária e profundamente comprometidos com isso) de barganhar os interesses relacionados à vida e à liberdade de um pequeno número de pessoas por uma soma maior de interesses menores de outros⁴⁸.

Para os propósitos do presente trabalho, é importante distinguir a existência do utilitarismo de regras. Uma vez que no capítulo 4 será sustentado que as principais decisões em matéria previdenciária proferidas pelo Supremo Tribunal Federal a partir do final da década de 1990 foram justificadas em termos utilitaristas, desde logo se deve ter presente que as consequências buscadas por essas decisões seriam aprovadas mais facilmente à luz do utilitarismo de regras. Com efeito, embora seja um o caso submetido a julgamento, a avaliação do resultado se opera, via de regra, calculando-se (imaginando-se, na verdade) sua repetição sobre milhares de demandas previdenciárias semelhantes ou o desdobramento da repercussão econômica da referida decisão na relação existente entre o sistema previdenciário e o universo de beneficiários.

Apenas a título de demonstração de que o raciocínio judicial em matéria previdenciária pode-se operar de acordo com essa orientação – preocupação com a repercussão econômica da decisão judicial imaginando-se a regra de existência de uma determinada circunstância – transcreve-se excerto de voto condutor de decisão proferida por instância recursal no âmbito dos Juizados Especiais Federais:

⁴⁷ KYMLICKA, W. **Filosofia política contemporânea**, p. 28.

⁴⁸ WALDRON, J. (Org.). **Theories of rights**. Oxford: Oxford University Press, apud VITA, A. de. **A Justiça igualitária e seus críticos**, p. 29.

[...] Como é cediço, um regime previdenciário deve orientar-se pelos princípios constitucionais consagrados por nossa lei fundamental, dentre os quais o princípio da manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial (§ 5º do artigo 195), assim como os: da solidariedade, da universalidade, da proteção, da obrigatoriedade, da preservação do valor real, ocupa uma posição de destaque.

Não estou a defender uma preponderância, em tese, do princípio do equilíbrio financeiro e atuarial em face dos demais princípios constitucionais, mas não posso fechar os olhos para as conseqüências que resultarão para o sistema previdenciário como um todo. Neste particular, quero destacar os alarmantes dados coletados pela previdência social, nos quais se constata que 40,2 milhões de brasileiros, número correspondente a 56,1% da população ocupada, não contribuem para a previdência social⁴⁹.

Em que pese os argumentos alinhavados pelo ilustre relator, entendo que não é possível aplicar analogicamente, aos benefícios por incapacidade a dispensa da qualidade de segurado. Começo por relembrar que os benefícios por incapacidade (auxílio-doença e aposentadoria por invalidez), ao contrário das aposentadorias são benefícios que em face da maior imprevisibilidade do risco social, possuem uma carência menor de 12 meses e não de 180, razão pela qual não foram abrangidos pela regra de transição do art. 142. Em decorrência, o entendimento de que é possível dispensar a exigência da manutenção da qualidade de segurado, na prática converteria o sistema previdenciário, que deve ser contributivo, em assistencial. Em decorrência, bastaria que alguém tivesse contribuído, em qualquer momento com doze contribuições, para que passasse a contar com um benefício previdenciário no caso de invalidez ou doença, situação que estimularia milhares de segurados a interromperem o fluxo de suas contribuições (grifo nosso)⁵⁰.

Não se trata aqui de avaliar a correção da tese reafirmada pela decisão acima transcrita. O que se pretende, nesta etapa inicial do trabalho, é ilustrar a relevância do reconhecimento de um consequentialismo de regras e que essa posição ética pode ser adotada, expressa ou implicitamente, no processo de tomada de decisão de qualquer natureza, da judicial inclusive.

⁴⁹ PINHEIRO, V. C.; CAETANO, M. A. R. Projeções atuariais para o RGPS, previdência dos servidores públicos federais, militares e assistência social. **Informe da Previdência Social**, n. 5, v. 13, p. 2.

⁵⁰ O referido acórdão restou assim ementado: PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ E AUXÍLIO-DOENÇA. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. As prestações por incapacidade, aposentadoria por invalidez e auxílio-doença não podem ser concedidas quando o segurado vitimado pelo risco social perdeu o vínculo com o sistema. Não é possível a aplicação por analogia do disposto na Súmula n. 2 da Turma Regional de Uniformização da 4ª Região e do art. 3º, § 1º, da Lei 10.666/2003. Pedido de Uniformização conhecido e provido. (IUJEF 2004.70. 95.003509-5, Turma Regional de Uniformização da 4ª Região, Relator p/ Acórdão Daniel Machado da Rocha, DJ 17.02.2006)

1.2 AS PRINCIPAIS CRÍTICAS POLÍTICO-FILOSÓFICAS AO CONSEQUENCIALISMO RADICAL – A CONTRAPOSIÇÃO DA TEORIA DA “JUSTIÇA COMO EQUIDADE” AO UTILITARISMO

Antes da publicação de **Uma teoria da justiça**, de John Rawls, em 1971, o utilitarismo era a perspectiva dominante na filosofia política de língua inglesa. Com a emergência da teoria da “justiça como equidade”, o liberalismo orientado para os direitos tornou-se predominante no mundo anglo-americano de filosofia moral e política⁵¹.

Como foi justamente a teoria da “justiça como equidade” que destronou a teoria política utilitarista no início da década de 1970, a análise crítica dessa doutrina se fará destacadamente pelas lentes de John Rawls, o que não impedirá a aproximação de outros aportes que foram reputados importantes para a consistência do presente trabalho⁵². Deve-se esclarecer também que a adoção dos argumentos liberais-igualitários de John Rawls não implica a adesão à concepção de teoria da justiça por ele elaborada.

Talvez se possa começar uma discussão da crítica ao utilitarismo com duas conhecidas, categóricas e intimamente conectadas afirmações de John Rawls: primeira, o utilitarismo não leva a sério a distinção entre pessoas; segunda, os princípios utilitaristas de justiça seriam rejeitados em uma situação de escolha hipotética que ele chama de “posição original”⁵³.

⁵¹ HART, H. L. A. Between utility and rights. In: RYAN, A. (ed.). **The idea of freedom**, 1979. p. 77-98.

⁵² É importante destacar que a filosofia jurídica de Ronald Dworkin, em sua proposta de superação do utilitarismo enquanto teoria normativa de direito, parte justamente da teoria rawlsiana da primazia dos direitos fundados em exigências de justiça sobre o bem-estar da sociedade (DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002). Críticas contundentes ao utilitarismo podem ser verificadas em Bernard Williams (A critique of utilitarianism. In: SMART, J. J. C.; WILLIAMS, B. **Utilitarianism: for and against**. Cambridge: Cambridge University Press, 1973); Robert Nozick (**Anarquia, Estado e Utopia**. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991); Joseph Raz (**Ethics in the public domain**. Oxford: Clarendon Press, 1994); Amartya Sen (**Collective choice and social welfare**. San Francisco: Holden-Day, 1970; e **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000).

⁵³ O contratualismo rawlsiano parte da premissa moral de igualdade humana fundamental, uma noção forte de igualdade moral. Esse postulado da igualdade se reflete no procedimento da posição original onde pessoas morais (indivíduos não correspondem a uma realidade), dotadas de capacidade de agir e de senso de justiça, definiriam os princípios de justiça que devem ser escolhidos para a estrutura básica (arranjos institucionais, políticos e socioeconômicos) de uma sociedade democrática (aquela cujas instituições políticas e socioeconômicas asseguram a seus membros um “*status* social igual”) e bem ordenada (aquela em que não há graves injustiças institucionais ou entre os cidadãos), campo de aplicação da teoria ideal. Essas pessoas morais – por um véu de ignorância desconhecendo a sorte que lhes reservaria a natureza (em relação aos talentos individuais e aspectos de gênero e raça que lhes seriam conferidos), sua origem familiar, o esforço e a dedicação individual que usualmente nutririam, e sua posição social em uma dada comunidade – deliberariam a respeito dos princípios de justiça que deveriam orientar as instituições sociais fundamentais.

A pretensão utilitarista de ponderar satisfações e insatisfações entre diferentes indivíduos pode ser vista como a consequência de se estender para a sociedade o princípio de escolha aplicável ao indivíduo isolado e, como modo de fazer efetiva esta extensão, fundir todos os sujeitos em um só, pela atividade imaginativa de um espectador imparcial benevolente (capaz de compaixão ou simpatia). É através do recurso à identificação por simpatia que o que é válido para cada sujeito é aplicado à sociedade. E é por essa fusão de todos os sujeitos num só que, na argumentação de Rawls, “o utilitarismo não leva a sério a distinção entre as pessoas”⁵⁴.

De outra parte, a rejeição do princípio da utilidade pelas partes na posição original se daria porque esses princípios exigiriam o sacrifício dos projetos de vida de algumas pessoas para aumentar a satisfação de outras sempre que isso servisse para maximizar a satisfação agregada, e porque o reconhecimento público de tais princípios impediria muitos indivíduos de satisfazer seus interesses racionais que garantem seu autorrespeito.

O que cabe destacar agora, com Rawls, é que o utilitarismo não seria escolhido por pessoas que soubessem, como as partes na posição original o fazem, que cada uma delas tem algum plano de vida racional, além de um sério interesse de longo prazo em levar adiante esse plano. Enquanto indivíduos diversos e portadores de planos distintos, tais pessoas não teriam interesse comparável em maximizar o total agregado de satisfação per se. Então essas pessoas não desejariam aceitar o sacrifício de alguns de seus planos de vida simplesmente para aumentar aquela soma⁵⁵.

Levar a sério a pluralidade dos diversos indivíduos implica reconhecer que eles têm diferentes planos de vida e que são justamente esses planos de vida e aspirações que determinam o que é bom para eles. O “bem humano é heterogêneo porque os objetivos do eu (*self*) são heterogêneos”⁵⁶. O que é bom para uma pessoa, nessa perspectiva, “é determinado pelo que para ela é um plano de vida mais racional a longo prazo, em circunstâncias razoavelmente favoráveis”⁵⁷.

O cuidado com a distinção entre as pessoas e com os direitos individuais não constitui séria preocupação da ética utilitarista, pois “[segundo Rawls] os moralistas utilitários cedo ou tarde teriam de considerar aceitável (nos termos da moralidade utilitarista) a violação de direitos de algumas ou mesmo de muitas pessoas em nome de

⁵⁴ RAWLS, J. **A theorie of justice**, p. 27.

⁵⁵ SCHEFFLER, S. (Ed.). **The rejection of consequentialism**. New York: Oxford University Press, 1994. p. 11.

⁵⁶ RAWLS, J. **A theorie of justice**, p. 554.

⁵⁷ Idem, p. 92-93.

considerações de natureza agregativa”⁵⁸. Na percepção de Vita, “Que cada um tenha uma vida sua para levar, distinta de todas as demais, essa é a razão pela qual não se justifica sacrificar os interesses mais fundamentais de algumas pessoas em benefício do total maior de utilidade que seria alcançado (ou da utilidade média que seria realizada)”⁵⁹. Ademais, as partes na posição original não se veem a si mesmas como inevitavelmente vinculadas à busca de um complexo de interesses fundamentais que possam possuir num dado momento nem se consideram identificadas com essa busca⁶⁰.

A prioridade da liberdade seria, assim, uma causa importante para a rejeição do princípio da utilidade da posição original. Essa ideia da prioridade da liberdade deriva de uma concepção da pessoa que não se reduz a uma pessoa sem caráter ou vontade determinados, como parece exigir o princípio da utilidade.

Por isso, enuncia Rawls, se assumimos “que a pluralidade de sujeitos distintos, com distintos sistemas de objetivos, é uma característica essencial das sociedades humanas, não devemos esperar que os princípios da escolha social sejam utilitaristas”⁶¹. Uma tal sociedade humana, quando bem ordenada, é concebida como uma estrutura de cooperação que irá oferecer vantagens recíprocas aos indivíduos que a ela se encontram institucionalmente ligados. Daí que uma diferença na concepção subjacente da sociedade está implícita na contraposição entre o utilitarismo clássico e a teoria da “justiça como equidade”, já que, para Rawls, na perspectiva utilitarista a sociedade é vista “como a administração eficiente de recursos sociais destinados a maximizar a satisfação do sistema de desejos construído pelo espectador imparcial a partir de diversos sistemas individuais, aceitos como dados”⁶².

Mas a rejeição do utilitarismo na posição original não ocorreria apenas por uma prioridade da liberdade. A reflexão utilitarista encara fortes objeções no que diz respeito à justiça distributiva. Neste sentido, o princípio da utilidade não seria escolhido pelas partes racionais da posição original, pois a justiça da maximização do bem não se preocupa diretamente com a questão da desigualdade e, assim, poderia ser razoavelmente rejeitada pelo indivíduo representativo das posições sociais menos favorecidas.

O alvo utilitarista de agregação máxima de satisfação, utilidade ou bem-estar carrega, ademais, a seguinte implicação distributiva: de um lado, pode exigir a canalização de recursos para os melhores posicionados sempre que isso conduzir a maximização

⁵⁸ VITA, A. de. **A Justiça igualitária e seus críticos**, p. 49.

⁵⁹ Idem, p. 49.

⁶⁰ RAWLS, J. **A theorie of justice**, p. 152.

⁶¹ Idem, p. 29.

⁶² Idem, p. 33.

pretendida; de outro, pode levar as instituições sociais a promoverem o melhor estado de coisas (identificado segundo a quantidade de satisfação total agregada que contêm), ainda que pelo cálculo de satisfação se exija o completo sacrifício dos planos de vida de alguns indivíduos, ainda que o prazer de muitos negue a poucos as necessidades de vida e as condições mínimas para perseguir seus projetos⁶³.

Deveras, a característica marcante da visão utilitarista é a de que, para ela, não importa como a soma das satisfações é distribuída entre as pessoas, desde que tal distribuição produza a máxima satisfação. É assim que a sociedade deve afetar os seus meios de satisfação (direitos e deveres, oportunidades e privilégios e as diversas formas de riqueza), se possível de forma a atingir este máximo. Nenhuma distribuição será preferível a outra, salvo em condições de igualdade, onde uma distribuição mais igualitária é favorecida⁶⁴.

A decisão utilitária acaba excluindo as obrigações especiais que temos para com pessoas específicas, submetendo sempre o juízo moral ao cálculo da maximização da utilidade. Além disso, o raciocínio utilitarista desconsidera habilitações retrospectivas, pois diz que apenas as consequências prospectivas têm importância:

[...] o valor moral de um ato encontra-se unicamente nas suas propriedades causais de produzir estados de coisas desejáveis. Portanto, o que devo fazer é puxar a alavanca causal que produzirá a quantidade máxima de utilidade para o sistema como um todo⁶⁵.

Em relação aos amigos, família e credores, por exemplo, o agente se encontra sob obrigação maior do que para com outros possíveis beneficiários de suas ações: “Nossas instituições nos dizem que existem tais obrigações especiais e que elas devem ser cumpridas, mesmo que outros, para com os quais não estou obrigado especialmente, se beneficiem mais”⁶⁶.

Devemos honrar nossas obrigações especiais – ainda que outro uso dos recursos viesse a maximizar a felicidade – não porque não nos importamos com os males e benefícios que podem se originar desse ato, mas porque um benefício em particular tem peso especial⁶⁷.

⁶³ SCHEFFLER, S. (Ed.). **The Rejection of consequentialism**, p. 12.

⁶⁴ RAWLS, J. **A theory of justice**, p. 26.

⁶⁵ KYMLICKA, W. **Filosofia política contemporânea**, p. 28.

⁶⁶ Idem.

⁶⁷ Importante, porém, a ponderação de que “A existência de habilitações passadas da parte de pessoas específicas tem preferência parcial com relação à busca utilitária de maximizar o bem geral, ou a limita em parte. Evitar uma queda desastrosa no bem-estar é uma boa razão para usar o dinheiro de maneira

A moralidade utilitarista recomenda igualdade em satisfação de utilidades, em termos de prazer, felicidade, satisfação de preferências, desejos ou escolhas etc. Classicamente, a ética utilitária vê-se mesmo como estritamente igualitária, fundando-se no fato de que adiciona as utilidades dos indivíduos com pesos iguais, de acordo com a máxima de que “cada um deve contar como um, ninguém deve contar como mais de um”. Como as preferências de todos têm igual peso, esta vertente do consequencialismo propugna que a justiça corresponde à satisfação ao máximo das utilidades totais ou médias.

O problema da ética utilitarista em não permitir que as pessoas criem obrigações especiais para com os outros é apenas um aspecto do problema mais amplo de não permitir que as pessoas estabeleçam e busquem seus próprios objetivos⁶⁸.

Com essas primeiras notas, já se pode intuir que a contraposição entre a “justiça como equidade” e utilitarismo resulta de uma distinta concepção de pessoa e de unidade social, e é isso que Rawls argumentou quando pretendeu demonstrar a inadequação da métrica utilitarista para comparação interpessoal de bem-estar e fundamentação de nossos julgamentos de justiça socioeconômica⁶⁹. Essa questão constitui o objeto da próxima seção deste trabalho.

1.2.1 Comparações interpessoais qualitativas de bem-estar – Os limites da métrica utilitarista

É importante inicialmente destacar que a teoria ética utilitarista, tanto quanto a justiça igualitária, parte da noção de se dispensar um tratamento igual e imparcial aos cidadãos relativamente à distribuição de determinados bens, como direitos e liberdades básicos, recursos e posições de responsabilidade em instituições econômicas e políticas.

A divergência entre essas duas teorias políticas normativas surge quando se pretende definir o espaço de avaliação normativa, escolhendo-se em que sentido os indivíduos devem ser tratados de modo igual, o que pressupõe identificar os aspectos da

diferente, mas o mero fato de que pagar o empréstimo não aumenta ao máximo o bem-estar não é uma boa razão. Não pagar o empréstimo simplesmente porque ele não aumenta ao máximo a utilidade é ignorar a natureza especial de nossa obrigação para com o emprestador” (Idem, p. 29).

⁶⁸ KYMLICKA, W. **Filosofia política contemporânea**, p. 34.

⁶⁹ RAWLS, J. Social unity and primary goods. In: SEN, A.; WILLIAMS, B. (Eds.). **Utilitarianism and beyond**. New York: Cambridge University Press, 1982.

vida de uma pessoa que podem ou devem servir de avaliação do nível de bem-estar que usufrui. Como formula Amartya Sen, deve-se buscar igualdade em quê⁷⁰?

Na teoria da justiça de Rawls, a avaliação do bem-estar individual deve levar em conta o acesso que as pessoas têm a determinados direitos, recursos e oportunidades. De modo distinto, o utilitarismo de preferências argumenta que a avaliação do bem-estar individual se deve realizar com base na satisfação de preferências individuais. Da perspectiva do welfarismo subjetivo, deve-se tornar as pessoas tão iguais quanto possível no grau de satisfação que alcançam de suas próprias preferências.

Mas essa métrica utilitarista oferecida para dispensar consideração igual pelo bem-estar de todos é de fato uma resposta perturbadora para todos que acreditam que deve haver um fundamento não subjetivo para estimar e comparar os níveis de bem-estar de diferentes indivíduos⁷¹.

A satisfação de preferências individuais, adotada como critério último para distribuição de recursos escassos, apresenta duas dificuldades para sua aplicação: a) a realização de comparações interpessoais de bem-estar que levem em conta a intensidade das preferências individuais; b) a definição de um procedimento de agregação para o cálculo de uma “função social de utilidade”.

O problema mais fundamental dessa versão do utilitarismo é que algumas categorias de preferências “desafiam qualquer concepção plausível de justiça” e, por essa razão, deveriam ser excluídas de nossos julgamentos de justiça social, o que implicaria o afastamento do princípio da autonomia das preferências. Tais são as preferências ofensivas e as não razoáveis – as excessivas ou modestas⁷².

As preferências ofensivas são aquelas “de natureza discriminatória e/ou cuja satisfação (sempre tendo por foco as decisões de política pública) causa dano à vida, à dignidade humana ou à liberdade de outros”⁷³. No enfrentamento desse problema, Harsanyi argumenta que as preferências claramente antissociais, tais como sadismo, inveja, ressentimento e malícia, devem ser excluídas do cálculo da utilidade social, pois, de acordo com a teoria utilitarista, a boa vontade geral e a compaixão humana são a base fundamental de nosso compromisso moral para com as outras pessoas⁷⁴.

⁷⁰ SEN, A. **Desigualdade reexaminada**. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001.

⁷¹ VITA, A. de. **A Justiça igualitária e seus críticos**, p. 154.

⁷² Idem.

⁷³ Idem, p. 161.

⁷⁴ HARSANYI, J. *Morality and the theory of rational behaviour*, p. 56.

Ainda que se aceite a defesa do princípio da autonomia das preferências, relativamente às preferências ofensivas, resta o problema da variação interpessoal das preferências. Uma vez que as preferências dos indivíduos podem variar, necessitamos de um critério para “arbitrar a razoabilidade das exigências que a satisfação das diversas preferências faz aos outros”⁷⁵.

Ocorre que a razoabilidade das exigências que a satisfação de determinadas preferências faz à sociedade tem de ser aferida a partir de um padrão externo às preferências, na medida em que a ideia de “exigência razoável” nas comparações interpessoais implica observância primeira a suposições de equidade distributiva que necessitam de uma justificação independente dos interesses dos indivíduos.

Chegamos aqui às objeções dos gostos caros e dos gostos modestos:

É contra-intuitivo sustentar que uma pessoa que desenvolveu “gostos caros” deva, para atingir o mesmo nível de satisfação de uma outra cujos gostos e ambições são mais modestos, fazer jus a uma parcela maior dos recursos escassos da sociedade⁷⁶.

Se parece clara a incoerência de uma obrigação moral de satisfação de desejos desarrazoados porque dispendiosos, a inadequação da métrica subjetiva do utilitarismo é ainda mais elevada quando se tem em consideração o grau de exigências necessárias para a satisfação de preferências muito modestas.

O que está em jogo aqui não é apenas o descompasso gerado pelo que Vita denomina “a maleabilidade das preferências”⁷⁷, mas a percepção de que as instituições sociais e a ação pública, pelos bens, recursos e direitos que em primeiro lugar providenciam às pessoas, têm aptidão para condicionar-lhes as preferências, pois

Um bem, um direito ou uma oportunidade podem ser pouco valorizados por uma pessoa, ou mesmo sequer aparecer em sua escala de preferências, pela simples razão de que ela dificilmente pode desenvolver preferências por algo que não percebe (em geral, bastante realisticamente) como parte das circunstâncias de sua vida⁷⁸.

Antes de atentarmos para a satisfação das preferências, uma teoria da justiça deve levar em conta, recorda Rawls, a forma como as metas e as aspirações das pessoas são

⁷⁵ VITA, A. de. **A Justiça igualitária e seus críticos**, p. 162.

⁷⁶ Idem.

⁷⁷ Idem.

⁷⁸ Idem, p. 164.

formadas ou, mais especificamente, de que maneira o arranjo institucional da sociedade afeta seus membros e condiciona em grande parte o tipo de pessoas que eles querem ser:

A estrutura social limita igualmente de diferentes maneiras as esperanças e ambições das pessoas; pois a idéia que têm de si mesmas depende em parte, e com razão, de seu lugar na sociedade e leva em consideração os meios e as oportunidades com os quais elas podem racionalmente contar⁷⁹.

Como isso se aplica especialmente à avaliação das preferências de pessoas que se encontram em uma posição menos favorecida, o problema dos gostos muito modestos constitui “uma das mais graves deformações nos julgamentos de bem-estar social que são produzidas quando avaliamos as circunstâncias das pessoas de acordo com a métrica da utilidade”⁸⁰.

Em crítica que se aplica adequadamente ao utilitarismo, Jon Elster argumenta que o liberalismo negligenciaria a chamada endogeneidade das preferências. Ao referir a importância da formação das preferências endógenas na filosofia política e alertando que uma pessoa pode “aperfeiçoar-se até a morte”, Jon Elster expressa que

O liberalismo advoga a livre escolha do estilo de vida, mas esquece que a escolha é em grande medida previamente limitada pelo meio social no qual as pessoas crescem e vivem. Essas preferências, endogenamente condicionadas, podem bem levar a escolhas cujo resultado último seja a ruína ou miséria evitáveis⁸¹.

Ao levantar os bens primários como via de solução para comparações interpessoais com vistas à justiça social e política, John Rawls lança várias objeções à noção de prioridade das preferências do utilitarismo de comparações ordinais⁸². Em **Uma teoria da**

⁷⁹ RAWLS, J. **Justiça e democracia**. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 18.

⁸⁰ VITA, A. de. **A Justiça igualitária e seus críticos**, p. 165.

⁸¹ ELSTER, J. Auto-realização no trabalho e na política: a concepção marxista da boa vida. **Revista Lua Nova**, n. 25, p. 61-101, 1992, p. 63.

⁸² RAWLS, J. Social unity and primary goods, p. 159-186. Os bens primários constituem uma pluralidade de bens que podem servir para a comparação dos quinhões distributivos dos cidadãos de uma sociedade liberal-democrática justa: “São bens ‘sociais’ no sentido de que ou são distribuídos diretamente por instituições sociais básicas, ou sua distribuição, como nos casos da renda e da riqueza, é regulada por essas instituições” (VITA, A. de. **O liberalismo igualitário: sociedade democrática e justiça internacional**, São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 105-106). De acordo com os princípios de justiça da teoria rawlsiana, a estrutura institucional básica de uma sociedade deveria distribuir os seguintes bens primários sociais: “a) liberdades e direitos fundamentais; liberdade de movimento e de escolha de ocupação, contra um pano de fundo de oportunidades variadas; c) capacidades e prerrogativas de cargos e posições de responsabilidade nas instituições políticas e econômicas da estrutura básica da sociedade; d) renda e riqueza; e) as bases sociais do auto-respeito”. (Idem. VITA, A. de. **O liberalismo igualitário: sociedade democrática e justiça internacional**, São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 105)

justiça, Rawls já havia argumentado que, no que diz respeito à justiça social, é necessário encontrar critérios objetivos para as comparações interpessoais qualitativas e que essas estimativas não podem ser deixadas apenas à intuição. Ainda, é necessário que todos possam reconhecer e aceitar esses critérios objetivos⁸³.

O contraste entre esses dois modos de se fazer comparações interpessoais (satisfação de preferências no utilitarismo e acesso a bens primários, de “justiça como equidade”) resulta de uma distinção de fundo filosófico e explica como eles se relacionam a diferentes concepções de pessoa e de unidade social⁸⁴.

Se na teoria da justiça de Rawls as dificuldades de comparações interpessoais se apresentam como moral e prática, a tradição utilitarista – que muito informa o cânon da racionalidade da teoria econômica contemporânea –, ao buscar medir a satisfação ou bem-estar interpessoal, levanta diversas dificuldades ligadas a conhecimento de outra espécie, isto é, da psicologia e da teoria econômica.

Seguindo a pressuposição da filosofia liberal das diversas e irreconciliáveis concepções de bem, o reconhecimento público de uma compartilhada concepção de justiça (condição de publicidade) é o ponto de partida de “justiça como equidade” para chegar à lista de bens primários como caminho de comparações interpessoais. É o reconhecimento público dessa concepção de justiça que forja a unidade social mais do que o reconhecimento de um bem racional definido antes mesmo dos limites de justiça e que deve ser maximizado, como se tem no utilitarismo.

A noção de uma compartilhada função de preferência de maior ordem é incompatível com a concepção de sociedade bem ordenada de “justiça como equidade”, pois nesta os indivíduos são mobilizados não apenas pelos interesses superiores em desenvolver e exercer seus poderes morais, mas também para progredir em busca de seus fins, de acordo com sua própria concepção de bem e nos limites dos princípios de justiça.

Essa ideia de uma compartilhada função de preferência de maior ordem traz como pressuposto o fato de que as pessoas não possuem determinada concepção de bem em relação à qual se comprometam, mas consideram os diversos desejos e capacidades do “eu” (*self*) como características a serem ajustadas para o mais elevado lugar possível no *ranking* público da maximização da utilidade⁸⁵. Submetidas ao princípio da utilidade, as

⁸³ RAWLS, J. **A theorie of justice**, p. 90.

⁸⁴ RAWLS, J. Social unity and primary goods, p. 183.

⁸⁵ Idem, p. 180.

peças perdem sua individualidade e, compartilhando uma preferência de mais alta ordem, são definidas como pessoas nuas (*bare persons*, na expressão sugerida por John Bennett):

Tais pessoas estão prontas a considerar quaisquer novas convicções e objetivos, e mesmo abandonar relações e lealdades, sempre que isso trouxer a promessa de uma vida com maior satisfação geral, ou bem-estar, de acordo com um *ranking* público⁸⁶.

A característica do utilitarismo, como se viu anteriormente, é a concepção do bem como satisfação de desejo ou preferências. Essa concepção de bem é totalmente compreensiva, no sentido de que leva em conta tudo que pode afetar o bem-estar de alguém, não se restringindo a uma lista limitada de características objetivas das circunstâncias dos indivíduos, como a dos bens primários. Além disso, o princípio público de justiça é a maximização da utilidade, de sorte que a função de utilidade deve levar os julgamentos dos indivíduos de acordo com o que é publicamente vantajoso⁸⁷.

1.2.2 A prioridade do justo sobre o bem – A nota deontológica da teoria da “justiça como equidade”

As raízes kantianas de “justiça como equidade” implicam a assunção da filosofia liberal que traz como pressuposição a existência de conflitantes e incomensuráveis concepções de bem, todas compatíveis com a autonomia plena e autonomia racional da pessoa humana. Como consequência, a unidade social e a ligação dos indivíduos às suas instituições comuns repousam não em uma concepção racional de bem (como satisfação de desejos e preferências), mas em um acordo sobre o que é justo para pessoas morais livres e iguais com diferentes e opostas concepções de bem. É o primeiro princípio de “justiça como equidade” que consubstancia a noção de neutralidade ligada à tolerância liberal:

Cada pessoa deve ter um direito igual a um sistema plenamente adequado de direitos e liberdades básicas iguais, sistema esse que deve ser compatível com um sistema similar garantido para todos; e, neste

⁸⁶ RAWLS, J. Social unity and primary goods, p. 182.

⁸⁷ Idem, p. 178.

sistema, as liberdades políticas iguais, e somente essas liberdades, devem ter seu valor equitativo garantido⁸⁸.

O que é justo precede ao que é bom, no sentido de que “esta concepção de justiça é independente e prioritária à noção de bem no sentido de que seus princípios limitam as concepções de bem que são admissíveis em uma sociedade justa”⁸⁹.

Cabe aqui a observação de que a teoria da justiça como equidade não é deontológica, no sentido de entender os direitos como interdições à ação ou a determinadas condutas. Pretendendo contrastar sua teoria com o utilitarismo, Rawls esclareceu que o caráter deontológico de sua teoria significaria que (i) ou não especifica o conceito de bem independentemente do de justo, (ii) ou não interpreta o conceito de justo como maximização do bem⁹⁰.

Na visão de uma doutrina teleológica, seriam justos os atos e instituições que, entre as alternativas existentes, produzem o maior bem ou, pelo menos, o mesmo bem que qualquer dos outros atos e instituições que podem ser efetivamente escolhidos. Mas isso traduz apenas o componente consequencialista de uma tal doutrina. Mais especificamente, segundo as teorias teleológicas, “o conceito do bem é definido de forma independente do de justo e este é definido como aquilo que maximiza o bem”⁹¹. As teorias teleológicas, como observa Rawls, são atraentes, já que parecem incorporar a ideia da racionalidade, pois “é natural pensar-se que a racionalidade consiste em maximizar algo e que, quando se trata de moral, ela deve consistir na maximização do bem”, sendo mesmo “tentador supor que o dever de ordenar a sociedade por forma a obter o maior bem é uma evidência”⁹².

A objeção que Rawls levanta a uma teoria teleológica não deriva de seu componente consequencialista per se, mesmo porque “todas as doutrinas éticas dignas de nossa atenção tomam as conseqüências [dos atos e instituições] em consideração nos julgamentos de justiça. Uma teoria que o não fizesse seria simplesmente irracional, disparatada”⁹³. Aliás, como bem observado por Vita, “o consequencialismo é uma decorrência necessária de entender a justiça como a “virtude primeira das instituições sociais”⁹⁴. A teoria de Rawls “nos recomenda olhar, antes de mais nada, para os efeitos ou as

⁸⁸ RAWLS, J. **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press, 1983. p. 5.

⁸⁹ RAWLS, J. Social unity and primary goods, p. 160.

⁹⁰ RAWLS, J. **A theory of justice**, p. 30.

⁹¹ Idem, p. 24.

⁹² Idem, p. 25.

⁹³ Idem, p. 30.

⁹⁴ Idem, p. 32.

conseqüências que distintas configurações institucionais têm para a distribuição de encargos e benefícios na sociedade”⁹⁵. Em outras palavras, é possível concebermos a primazia da justiça sobre (as concepções do) o bem em termos essencialmente consequencialistas.

Por outro lado, em uma teoria deontológica, no sentido que Rawls julga pertinente para caracterizar sua própria teoria, os princípios de justiça têm primazia sobre o bem em dois sentidos:

porque podem ser defendidos de uma forma que não pressupõe a validade de nenhuma visão específica do bem [desde que “justiça como equidade” não se fundamente em uma doutrina abrangente do bem]; e porque colocam limites às formas pelas quais os cidadãos podem se empenhar em realizar as concepções do bem que julgam ser verdadeiras⁹⁶.

Se para o utilitarismo clássico o “cálculo do melhor equilíbrio líquido de satisfação não é relevante, a não ser de forma indireta, aquilo sobre que incidem os desejos”⁹⁷, na teoria da justiça de Rawls os princípios de justiça (aceitos antecipadamente pelas partes) restringem os desejos e aspirações, definindo os limites dentro dos quais os sujeitos devem desenvolver os seus objetivos. Nessa perspectiva, a prioridade da justiça é reconhecida “através da afirmação de que os interesses que obrigam à violação da justiça são destituídos de valor”⁹⁸, de modo que, não possuindo qualquer mérito, as exigências a eles respectivas não podem ser impostas.

É preciso destacar que a avaliação consequencial que é pertinente à teoria de Rawls é aquela que tem por objeto os efeitos da estrutura básica (arranjos institucionais políticos e socioeconômicos básicos da sociedade), distanciando-se do utilitarismo de normas porque a avaliação desta posição normativa incorpora outro modelo de preocupações consequencialistas, isto é, se dá em termos dos níveis de utilidade produzidos pelo estado de coisas resultante⁹⁹. Mesmo os preceitos da justiça derivam do objetivo de atingir o melhor resultado no que toca à satisfação. O respeito a certos preceitos de senso comum de justiça (proteção dos direitos e liberdades, ou os que exprimem exigências ligadas ao mérito) se dá enquanto a soma dos benefícios for com isso maximizada. Na visão de Rawls, o utilitarismo tenta considerar as convicções sobre a prioridade da justiça como

⁹⁵ RAWLS, J. *A theorie of justice*, p. 33.

⁹⁶ VITA, A. de. *A Justiça igualitária e seus críticos*, p. 31.

⁹⁷ RAWLS, J. *Uma teoria da justiça*. 2. ed., p. 46.

⁹⁸ *Idem*, p. 47.

⁹⁹ VITA, A. de. *A Justiça igualitária e seus críticos*, p. 34.

uma ilusão social útil, já que a violação costumeira de direitos não se amolda ao princípio da utilidade¹⁰⁰.

1.2.3 As bases sociais do autorrespeito e as excessivas exigências motivacionais do princípio da utilidade

Como se observou anteriormente, desde que o bem corresponda à satisfação do desejo racional e uma vez que o utilitarismo recomenda a maximização do bem, o curso de uma determinada ação política será considerado justo quando o estado de coisas obtido com a intervenção apresente-se vantajoso ou, mais especificamente, desde que produza a maximização da utilidade (em termos de satisfação de preferências, desejos, prazeres, escolhas de eficiência etc.).

A justiça utilitarista coloca em segundo plano a proteção dos interesses fundamentais do indivíduo, visto que estes cedem ao ideal supremo de maximização da utilidade total ou média. Por mais que os utilitaristas clássicos reivindicassem uma harmonia natural de interesses entre o indivíduo e a coletividade, no sentido de que a ação que busca a felicidade geral culmina por realizar mais completamente a felicidade do próprio agente, este argumento tinha como pressuposto a existência de um desejo racional do agente que, na busca da felicidade geral, seguisse o mais racional curso de ação para a consecução de sua própria maior felicidade. Como nem sempre se espera a escolha mais racional sob a perspectiva da felicidade geral, tornou-se necessária à instituição de um sistema de sanções (com destaque para a lei), pelo qual a ação imprópria para a felicidade geral acarretasse danos à felicidade do agente individual. É o que se chama harmonia artificial de interesses:

É mais fácil fazê-los agir corretamente alterando-se as prováveis conseqüências de curto prazo de suas ações, correlacionando sanções legais e outras às ações indesejáveis que eles estavam inclinados a realizar, do que fazê-los perceber os seus erros com as más conseqüências de longo prazo de suas ações para sua felicidade¹⁰¹.

¹⁰⁰ RAWLS, J. *A theorie of justice*, p. 28.

¹⁰¹ QUINTON, A. *Utilitarian Ethics*, p. 8.

Em **Uma teoria da justiça**, Rawls se vale da noção de *strains of commitment* que se poderia traduzir como “tensões do compromisso” ou “vínculos criados pelo compromisso”. Uma concepção de justiça deve passar por um teste de estabilidade. Neste exame, indaga-se se os cidadãos que se encontram sob determinada estrutura institucional terão razões suficientes para honrar os princípios de justiça adotados, submetendo-se à dinâmica da estrutura básica da sociedade.

Na visão de Brian Barry, a ideia de *strains of commitment* se reporta à necessária prudência das pessoas na escolha dos princípios de justiça. Eles devem ser atrativos ao convidar os indivíduos a fazer sacrifícios extraordinários. Mesmo assim, os princípios que imponham uma convivência difícil, tal como o da maximização da utilidade agregada, devem ser rejeitados. É pedir muito das pessoas que elas se esforcem meramente em ordem a conferir mais benefícios a pessoas que já estão muito bem¹⁰².

Daí se falar da imposição de exigências motivacionais aos princípios de justiça. Há motivos para que os cidadãos cumpram seus deveres, enquanto membros de um sistema de cooperação social ou, ao contrário, é possível se reconhecer que existem razões plausíveis para que os princípios de justiça sejam rejeitados, especialmente por aqueles que se encontram em uma posição social inferiorizada?

Em vista disso, diz Rawls, como as partes são capazes de senso de justiça, estão certas do valor dos compromissos recíprocos que assumiram e podem confiar uns nos outros quanto à adesão aos princípios adotados. Elas evitarão acordos cujas consequências não possam aceitar ou aqueles que só dificilmente possam aderir. Mas, uma vez participando do acordo, a parte deve ser capaz de o honrar, ainda que se verifiquem as piores dentre todas as situações possíveis.

Segundo a ética utilitarista, a obediência ao sistema social pode obrigar a que alguns, especialmente os menos favorecidos, renunciem benefícios para que um bem maior se torne disponível ao conjunto. Em razão disso, o esquema não será estável, a menos que aqueles que devem fazer sacrifícios se sintam fortemente identificados com interesses mais amplos do que com os seus próprios¹⁰³. Mas isso não é fácil, já que esses sacrifícios não são solicitados excepcionalmente, como em tempos de emergência social.

Se os princípios de justiça se aplicam à estrutura básica da sociedade e à determinação dos projetos de vida, o princípio da utilidade, de sua vez, requer precisamente um sacrifício desses projetos, o que, tal como sustenta Rawls, representa uma

¹⁰² BARRY, B. **Theories of justice**. Los Angeles: University of California Press, 1989. p. 397-398.

¹⁰³ RAWLS, J. **Uma teoria da justiça**, 2. ed., p. 149.

exigência extrema. A concepção de justiça utilitarista, assim, é ameaçada pela instabilidade, a menos que a simpatia e a benevolência possam ser ampla e intensivamente cultivadas. Do ponto de vista da posição original, seria adotada uma ideia mais realista de estrutura social com fundamento em um princípio de vantagens recíprocas¹⁰⁴.

Conecta-se a esta questão a consideração a respeito do reconhecimento público da atuação dos princípios de justiça e sua implicação para a estabilidade da concepção de justiça. Quando a estrutura básica da sociedade é publicamente percebida, satisfazendo os respectivos princípios por um extenso período de tempo, os indivíduos sujeitos a estes arranjos tendem a agir de acordo com esses princípios e a fazer sua parte junto às instituições que testemunham a atuação desses princípios. Uma concepção de justiça é estável quando o reconhecimento público de sua realização pelo sistema social propicia o surgimento do correspondente senso de justiça (apesar das reconhecidas variáveis das leis da psicologia moral e da presença das motivações para a ação humana).

Aqui podemos conduzir nossa reflexão ao argumento que correlaciona o reconhecimento público dos dois princípios à noção de base social de autorrespeito dos homens: o reconhecimento aumenta o apoio ao autorrespeito e esse sentimento de valor próprio carrega consigo o respeito pelos outros, gerando apoio recíproco e elevando a efetividade da cooperação social¹⁰⁵.

A ideia de autorrespeito e de respeito pelo outro pode ser percebida, tal como a segunda formulação kantiana do imperativo categórico, nos desejos dos homens de se tratarem uns aos outros não como meios, mas como fins em si mesmo. São os princípios de justiça aplicados à estrutura básica da sociedade que manifestam esses desejos. Surge então o questionamento: “Como podemos sempre tratar a cada um como um fim e nunca apenas como um meio?”¹⁰⁶. As propostas se seguem: Primeiro, o postulado não deve ser confundido com o conceito equivalente de justiça formal, daí que não se deve dispensar tratamento a todos pelos mesmos princípios gerais. Segundo, na interpretação do contrato, o fato de se tratarem os homens como fins em si mesmo pressupõe, pelo menos, tratá-los de acordo com os princípios aos quais emprestariam seu assentimento numa posição original de igualdade¹⁰⁷.

¹⁰⁴ RAWLS, J. **A theorie of justice**, p. 178.

¹⁰⁵ Idem, p. 178.

¹⁰⁶ Idem, p. 179.

¹⁰⁷ Idem, p. 180.

Na visão de Rawls, o objetivo de satisfação do interesse racional de cada indivíduo no seu respeito próprio é atingido pelos dois princípios de justiça e não pelo princípio da utilidade média. Observe-se a defesa dos dois princípios da teoria da “justiça como equidade”:

Todos têm liberdades básicas iguais e o princípio da diferença explica a distinção entre tratar os homens apenas como meios e tratá-los também como fins em si mesmo. Considerar as pessoas, na estrutura básica da sociedade, como sendo fins em si mesmo é consentir em renunciar aos ganhos que não contribuem para as expectativas de todos. Pelo contrário, encarar as pessoas como meios implica estar preparado para impor, àqueles que já são menos favorecidos, perspectivas de vida ainda mais baixas, em favor das expectativas mais elevadas de outros¹⁰⁸.

De outra parte, temos suposto que o princípio da utilidade pode exigir que alguns sujeitos que já são menos afortunados aceitem perspectivas de vida ainda mais reduzidas em favor de outros, desde que alcançada a maior utilidade. Ora, considerando-se os fatos gerais de psicologia moral,

é certamente natural que se sinta uma diminuição do respeito próprio, uma redução do sentido da importância que tem o facto de atingirmos os nossos objectivos, quando, sendo já menos afortunados, temos de aceitar perspectivas de vida mais reduzidas em benefícios de outros¹⁰⁹.

No confronto das duas concepções de justiça, Rawls encaminha sua resposta quanto aos princípios orientadores do tratamento das pessoas:

Se as partes aceitarem o critério da utilidade, não poderão dispor do apoio ao seu respeito próprio que é propiciado pelo compromisso público dos outros em estruturar as desigualdades por forma a que todos beneficiem e a garantirem as liberdades básicas para todos¹¹⁰.

A obra de John Rawls sacudiu os alicerces da teoria ética utilitarista, ao evidenciar que ela considerava os direitos fundamentais das pessoas, tanto quanto qualquer recurso material, como meios a serem afetados para se produzir a máxima satisfação coletiva, independentemente da forma de distribuição da satisfação.

¹⁰⁸ RAWLS, J. **Uma teoria da justiça**. 2. ed., p. 151.

¹⁰⁹ Idem.

¹¹⁰ Idem.

1.3 A TÍTULO DE CONCLUSÃO DO CAPÍTULO

Observado como a ética do bem comum a ser maximizado, desde os primórdios o utilitarismo vive em conflito com a justiça, uma vez que não apenas admite, mas até exige a violação de pretensões justificadas, mesmo dos direitos fundamentais e humanos, enquanto isso sirva ao bem coletivo¹¹¹.

O problema do utilitarismo, posto às luzes por Rawls depois de séculos de “mistificação do desmistificador”, é que a ética utilitarista serve à eficiência, cultua a utilidade, lança-se obstinadamente ao alcance da maior soma de prazeres¹¹². Coloca a pessoa humana e a justiça como instrumentos úteis à maior satisfação. Na serenidade da posição original, a adoção de um princípio de utilidade seria uma loucura, pode-se dizer sugere Rawls.

Ao servir a eficiência, atribui às instituições básicas o dever de maximizar os recursos sociais para a maior satisfação do sistema de desejos. Mas a justiça é torta quando a avaliação da utilidade depende dos desejos dos indivíduos, razão pela qual o utilitarismo se enreda na sua própria proposta de medir a satisfação¹¹³. Não faltam réplicas utilitaristas sofisticadas, mas o ponto é que nenhuma delas deixa de reverenciar o principado da utilidade: a maximização do bem, ganhe quem ganhe, perca quem perca.

O culto à utilidade pressupõe a previsibilidade dos estados de coisas futuros, das consequências ou efeitos das reformas, mas também aqui o utilitarismo é obrigado a encarar seus limites, uma vez que ao apostar na engenharia social em grande escala, encara a inexistência de uma teoria que nos permita predizer os efeitos de equilíbrio a longo prazo de grandes reformas sociais¹¹⁴. Mais do que isso, se é difícil prever ou medir as consequências de nossas ações mesmo quando conhecidas, com mais razão os julgamentos sobre o que maximiza a utilidade são imperfeitos. As tentativas de racionalizar as instituições têm mais probabilidade de causar mal do que bem¹¹⁵.

¹¹¹ HOFFE, O. **O que é Justiça?** Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003. p. 43.

¹¹² E mesmo a atraente igualdade de consideração de interesses passa a ser um subproduto da teoria, pois o utilitarismo não se preocupa primariamente com pessoas, mas com estado de coisas. (KYMLICKA, W. **Filosofia política contemporânea**, p. 43)

¹¹³ “Nem mesmo a visão que a abordagem utilitarista tem do bem-estar individual é muito sólida, pois ele pode facilmente ser influenciado por condicionamento mental ou atitudes adaptativas.” (SEN, A. **Desenvolvimento como liberdade**, p. 81)

¹¹⁴ ELSTER, J. A possibilidade da política racional. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 14, n. 39, p. 13-59, fev. 1999.

¹¹⁵ Isso talvez explique porque os utilitaristas contemporâneos sustentam que há boas razões utilitárias para seguir a moralidade cotidiana acriticamente, mostrando-se, como destaca Bernard Williams (**Morality: an**

Lançando-se obstinadamente ao alcance da maior soma dos prazeres, o utilitarismo não trata o ser humano como fim em si mesmo. Fundamentada na utilidade e tendo como objetivo a eficiência, a concepção de pessoa da ética utilitarista pode ser entendida propriamente pela ideia de *bare persons* (pessoas nuas), desvestidas de sua individualidade, vinculando-se a seus interesses superiores na medida em que não se apresentem outros melhores para o bem-estar social. Seus projetos de vida, mesmo quando indivíduos dentre os piores situados, subordinam-se à utilidade e submetem-se ao sacrifício de seus interesses fundamentais em favor dos outros, ainda que estes se encontrem em melhor condição (pela métrica dos bens primários, por exemplo).

É de se concordar com Rawls que o utilitarismo não leva a sério a distinção entre as pessoas. E desde que elegeu a maximização do bem como senhor, permite sacrifícios de baixo para cima, subordina diferentes concepções de bem ao princípio primeiro da utilidade, formulando exigências excessivas, pressupondo motivações humanas de benevolência e não de justiça. Na perspectiva utilitarista, as convicções sobre a prioridade da justiça são consideradas como uma ilusão social útil¹¹⁶.

Desde a perspectiva da filosofia política e da filosofia do direito, percebe-se, portanto, que a teoria ética utilitarista não respeita os direitos mais fundamentais do indivíduo, a menos que tal respeito contribua ao ideal de maximização da felicidade ou do bem-estar geral.

Aproxima-se do conhecimento intuitivo a hipótese de que a concepção utilitarista é absolutamente inconveniente para orientar o processo de interpretação ou aplicação judicial do Direito da Previdência Social, especialmente quando se contrapõe a eficiência econômica ao reconhecimento dos direitos fundamentais sociais de subsistência digna, os quais, de acordo com o princípio da utilidade, subordinam-se ao critério da agregação máxima de satisfação, utilidade, riqueza ou bem-estar.

Em razão de não responder adequadamente às exigências de justiça que fundamentam a proteção dos direitos dos indivíduos, o utilitarismo deve ceder a uma construção que efetivamente promova tais direitos ainda quando forem considerados não adequados para a promoção de determinado ideal coletivo que corresponda à satisfação das preferências ou interesses da maioria.

introduction to ethics. Harper and Row: New York, 1972, p. 102), “surpreendentemente conformistas”. (KYMICKA, W. **Filosofia política contemporânea**, p. 61)

¹¹⁶ RAWLS, J. **Uma teoria da justiça**, 2. ed., p. 45.

Em tais condições, não fosse o caráter imediatamente plausível e atraente da teoria moral utilitarista, impressionaria o argumento de que algumas das principais alternativas metodológicas ao positivismo legalista tendem a deslocar-se justamente dentro de seu quadrante. O exame dessa hipótese consiste no objeto de análise do próximo capítulo.

Uma vez compreendida a influência histórica do pensamento segundo o qual o direito e suas instituições devem estar a serviço do bem-estar e de como ele se manifesta na aplicação do Direito, pode-se então investigar, na segunda parte deste trabalho, em que medida o Direito Previdenciário é aplicado, no Brasil, em função das consequências socioeconômicas da decisão concreta.

CAPÍTULO 2

O PARADIGMA UTILITARISTA NAS ALTERNATIVAS TEÓRICO-METODOLÓGICAS AO POSITIVISMO JURÍDICO (LEGALISTA E ANALÍTICO-LINGUÍSTICO)

O modelo metódico da teoria tradicional positivista partia do pressuposto de que o texto da lei é o objeto de interpretação para posterior aplicação do Direito em um problema concreto. Assim é que a Escola da Exegese se assentava em dois princípios: “o culto da lei” e “a predominância da intenção do legislador na interpretação do texto da lei”¹¹⁷.

Duas eram no século XIX as orientações quanto ao verdadeiro sentido da lei. De um lado, a teoria subjetivista (Savigny) – que pode ser considerada uma consequência metodológica do legalismo pós-revolucionário – compreendia o Direito como “a expressão legislativa da vontade política titulada no poder legislativo”; daí que buscasse a determinação do texto (algo para além do estrito teor verbal que fosse o determinante da indeterminação) na vontade do legislador (*mens legislatoris*). De outro lado, a orientação objetivista (Binding, Wach e Kohler) entendia que a interpretação se deve orientar para o “sentido objectivamente assimilado pelo próprio texto da lei” (*mens legis*)¹¹⁸.

Para alcançar o verdadeiro sentido da lei, seguia-se processo hermenêutico que consistia em uma “verdadeira canonização metódica” constituída por quatro elementos: o elemento gramatical (o elemento básico), o elemento histórico, o elemento sistemático e o elemento teleológico. De qualquer sorte, a importância da letra da lei se verificava em seu *valor negativo* (“o texto delimitaria a interpretação e só seriam admissíveis os sentidos da lei que fossem possíveis segundo o texto”) e em seu *valor positivo* (“de entre aqueles sentidos possíveis, seria mais forte o que melhor ou mais naturalmente correspondesse ao texto”)¹¹⁹.

Na perspectiva analítico-linguística, o objeto de análise é o “texto legal ou os enunciados linguísticos manifestados legislativo-prescritivamente nesse texto”, enquanto o objetivo dessa análise será o de obter, por meio de uma “interpretação semântica”, as “premissas lógico-jurídicas para uma aplicação racional (lógico-dedutiva) do mesmo texto-

¹¹⁷ Na visão de Bonnacese, referido por Castanheira Neves. (NEVES, A. C. **Metodologia jurídica**, p. 98)

¹¹⁸ NEVES, A. C. **Metodologia jurídica**, p. 98-99.

¹¹⁹ Idem, p. 104.

-lei”. Com essa interpretação semântica, mediante um discurso descritivo, “não se faria mais do que a explicitação e determinação da significação (semântica) dos enunciados do texto legal¹²⁰”.

Em sua clássica *Teoria da Argumentação Jurídica*, Robert Alexy chama de início a afirmação de Karl Larenz de que “ninguém mais pode afirmar seriamente que a aplicação das normas jurídicas não é senão uma subsunção lógica às premissas maiores abstratamente formuladas”, para, em seguida, pontuar que “essa constatação de Karl Larenz caracteriza um dos poucos pontos em que há unanimidade dos juristas na discussão da metodologia contemporânea¹²¹”, pois, “em um grande número de casos, a afirmação normativa singular que expressa um julgamento envolvendo uma questão legal não é uma conclusão lógica derivada de formulações de normas pressupostamente válidas¹²²”.

Ao identificar a inadequação de uma metodologia jurídica que busca atribuir ao intérprete do Direito unicamente a tarefa de descobrir o único sentido juridicamente possível dos textos legais, o conteúdo das ponderações antes transcritas converge para um lugar-comum na teoria jurídica¹²³. As ideias de que a lei equivale ao Direito e de que o conjunto sistemático das leis deve ser automaticamente reafirmado pela atuação jurisdicional, que já constituíram classicamente “o método jurídico”, encontram-se ultrapassadas.

A superação da chamada concepção mecânica da função jurisdicional conduz à assunção de que, no processo de aplicação do Direito, com exceção aos casos simples ou rotineiros, o juiz não desenvolve apenas um trabalho puramente cognoscitivo que se reduz a uma operação dedutiva que consiste em extrair uma conclusão a partir de premissas normativas e fáticas.

Tanto no positivismo contemporâneo de Kelsen, Bobbio e Hart, como na concepção tópica e retórica da atuação jurisdicional (Viehweg e Perelman), entende-se que em muitos casos não é possível efetuar, de maneira clara, a subsunção do fato a uma norma jurídica estabelecida¹²⁴. Uma vez que a linguagem jurídica é um tipo de linguagem

¹²⁰ NEVES, A. C. **Metodologia jurídica**, p. 102.

¹²¹ ALEXY, R. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2005. p. 33.

¹²² Idem.

¹²³ NEVES, A. C. **Metodologia jurídica**, p. 17. NEVES, M. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito. In: GRAU, E. R; GUERRA FILHO, W. S. (Orgs.). **Direito Constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 356-357 (p. 364).

¹²⁴ Hans KELSEN (1881-1973) – **Reine rechtslehre** (1934); Norberto BOBBIO (1909-2004) – **Teoria della norma giuridica** (1958) e **Teoria dell'ordinamento giuridico** (1960); Herbert Lionel Adolphus HART (1907-1929) – **The concept of Law** (1961). Theodor VIEHWEG (1907-1988) – **Topik and**

ordinária ou natural especializada, ela é marcada pela ambiguidade e vaguidade. Por consequência, todo texto normativo possui “aquilo que foi designado como textura aberta”¹²⁵.

A superação crítica do positivismo legalista ou analítico-linguístico traduziu a partir da segunda metade do século XIX o esforço de diferentes escolas metodológicas que constituem a emergência e evolução de uma atitude que não mais reduz a decisão jurídica à operação lógica atinente às conexões entre os termos, expressões ou enunciados normativos dos materiais jurídicos (legislação ou precedente).

Ocorre que dentre as principais correntes teóricas e metodológicas que buscavam romper com o encantamento científico-positivista da subsunção, algumas se aproximaram decisivamente de uma ética social utilitarista, a começar pelo utilitarismo social de Ihering e suas marcas na jurisprudência dos interesses, até culminar com a vertente contemporânea da análise econômica do Direito.

De fato, como reação à Escola do direito natural e ao formalismo da Escola histórica alemã, “o direito se torna, na escola utilitarista, o *instrumento* da política e da economia; técnica de controle social instaurada a fim de obter a maximização dos prazeres ou o incremento da potência coletiva do grupo”¹²⁶. E apesar das críticas dirigidas à ética utilitarista, ela “parece insinuar-se em todas as contemporâneas expressões da hermenêutica constitucional, isto nos dois lados do Atlântico”¹²⁷.

Este capítulo guarda a finalidade de examinar o modo pelo qual, por cerca de cento e cinquenta anos, a ética utilitarista influenciaria o processo de tomada de decisões judiciais independentemente da metodologia empregada, tocando – como se verá na segunda parte deste trabalho – a jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal em matéria previdenciária do início deste século.

Jurisprudenz (1953); Chaim PERELMAN (1912-1984) – **La nouvelle rhétorique**: Traité de l’argumentation (1958).

¹²⁵ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 2. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 141.

¹²⁶ VILLEY, M. **Filosofia do Direito**: Definições e fins do direito; os meios do direito. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 250.

¹²⁷ COELHO, L. F. A fundamentação dos direitos humanos. In: KLOCK, A. B.; CAMBI, E.; ALVES, F. B. **Direitos fundamentais revisitados**. Curitiba: Juruá, 2008. (p. 39-88), p. 48-49.

2.1 ADJUDICAÇÃO JUDICIAL ORIENTADA AO PENSAMENTO UTILITARISTA

Quando a subsunção exaure o centro da tarefa judicial, isto é, quando o órgão jurisdicional chamado a decidir um determinado caso nada mais faz do que verificar a exata compatibilidade entre as circunstâncias de fato e o pressuposto normativo genérico e abstrato, o campo para o desenvolvimento do raciocínio judicial é reconhecidamente diminuto.

De fato, será menor o espaço para a argumentação jurídica e, por consequência, para uma justificação judicial que incorpore determinado juízo ou prática moral, quando as premissas de direito estampadas no texto legal forem consideradas exclusivas e excludentes¹²⁸.

Os projetos de codificação do século XVIII e a era de codificação da lei no continente europeu encontravam-se assentados na teoria do direito natural elaborada em torno do ideal humano da liberdade, da conquista e exploração de novos mundos. Com raras exceções, os códigos não passavam todos eles de cópias do Código francês de 1804 e traduziam resultados de modos de racionalizar “os desejos jurídicos resultantes da pressão do interesse na segurança geral [...] na segurança de aquisição e de transação, numa época de expansão comercial e iniciativa industrial”¹²⁹.

Um dos mais importantes modos de racionalizar as aspirações de liberdade individual foi encontrado na teoria analítico-utilitarista, segundo a qual aquilo que proporcionasse a maior soma de felicidade individual deveria ser o padrão do legislador, cabendo ao jurista desenvolver logicamente os princípios universais encontrados pela análise do que lhe era já fornecido na lei e aperfeiçoá-la em seus contornos lógico-sistemáticos. O princípio de que o máximo de autoafirmação individual abstrata e livre era o máximo da felicidade humana norteava, pois, tanto o legislador quanto o jurista¹³⁰.

Foi examinado no capítulo anterior que a obtenção da “máxima felicidade para o maior número” seria a finalidade do Direito, na perspectiva da filosofia utilitarista clássica. Por outro lado, desde Adam Smith e Jeremy Bentham já se levantava a consideração de que as pessoas se comportam de maneira a maximizar suas utilidades – sua felicidade – e

¹²⁸ Os temas da teoria da argumentação serão tocados apenas na medida em que isso seja necessário aos propósitos do estudo. Como já foi aludido, o objetivo central do presente trabalho consiste em analisar a abertura da adjudicação judicial previdenciária à ética utilitarista e a necessidade de superação desse modelo.

¹²⁹ POUND, R. **Introdução à filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1965. p. 32-33.

¹³⁰ Idem, p. 31-32.

que a combinação dos interesses dos produtores e dos consumidores em satisfazer o máximo possível dos seus ganhos levaria automaticamente ao máximo bem-estar comum – a “máxima felicidade para o maior número”¹³¹.

Bentham teve os economistas como amigos e aliados. Fundador do radicalismo, “Continua em voga nos países anglo-saxões – é um dos profetas de nossa sociedade tecnicista”¹³². Para Bentham, essa combinação ótima das utilidades devia ser alcançada pela Lei¹³³. Por isso construiu uma nova ciência da legislação “que deveria conferir aos textos jurídicos o máximo de eficácia e de utilidade, visando o incremento do bem-estar”¹³⁴. De outra parte, a função do jurista era unicamente a de aplicar as leis úteis – fabricadas conscientemente com o objetivo da “maximização do prazer”¹³⁵.

No sentido inverso, Adam Smith cuidava que o maior bem estar comum seria obtido preservando-se a máxima liberdade de ação aos indivíduos, como agentes no mercado. De qualquer forma, ambos temem que a intromissão da burocracia estatal perturbe este mecanismo:

J. Bentham teme, sobretudo, que os funcionários (e os juristas) anteponham os seus interesses próprios ao interesse da felicidade geral procurada pela lei e, por isso, recomenda que haja legislação boa e suficiente para os “por na ordem”; [...]. Adam Smith, pelo contrário, cria nos automatismos sociais, considerando como contraproducente qualquer regulamentação estadual que os limitasse¹³⁶.

De outra parte, as revoluções liberais do século XVIII mantiveram o ideal de poder nacional unificado e absoluto, porém com a decisiva alteração do titular desse poder, de um rei soberano para o povo soberano. Como a vontade do povo soberano se manifestava por meio de leis votadas pelos seus representantes, estas simbolizavam um fortíssimo núcleo de legitimação do sistema político. Explica-se, assim, a antipatia com que os

¹³¹ HESPANHA, A. M. **O caleidoscópio do Direito**: O Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje. Coimbra: Almedina, 2007. p. 203.

¹³² VILLEY, M. **Filosofia do Direito**, p. 320.

¹³³ BENTHAM, J. **An introduction to the principles of morals and legislation**, p. 2, 24, 70 e 178. De fato, o objetivo geral que todas as leis têm ou deveriam ter em comum é o aumento da felicidade da comunidade. Por essa razão, devem tanto quanto possível, em primeiro lugar, excluir tudo que possa subtrair aquela felicidade (BENTHAM, J. **An introduction to the principles of morals and legislation**, p. 170).

¹³⁴ Por isso, a teoria da legislação se exprimiria “sob a forma de proposições *funcionais*: para assegurar a felicidade dos proprietários, um procedimento eficaz consiste em proibir o roubo e em inventar contra o roubo tal espécie de penalidade” (VILLEY, M. **Filosofia do Direito**, p. 250).

¹³⁵ Idem, p. 151.

¹³⁶ HESPANHA, A. M. **O caleidoscópio do Direito**, p. 204. Mas Adam Smith tinha como pretensão o aumento da “riqueza das nações”, não sendo importante a maneira como essas riquezas seriam repartidas (VILLEY, M. **Filosofia do Direito**, p. 156).

juristas que aceitavam a legitimação democrática do poder percebiam todas as formas de manifestação do direito que não fossem de origem legislativa¹³⁷.

Esse contexto histórico-político forjou o absolutismo legalista, emprestando força fundamental à constituição de uma metodologia jurídica que lhe correspondesse:

Neste mundo do legalismo, o papel do intérprete – nomeadamente do juiz, – era muito modesto. Em face do primado absoluto da lei, ao juiz cabia senão aplicá-la, nem sequer a podendo afastar “a pretexto de ela lhe parecer injusta ou imoral” (como se dizia no estatuto judiciário português em vigor entre os anos 30 e os anos 70 do séc. XX [art. 110.º, depois 240.º])¹³⁸.

Assim é que a ideia de autossuficiência da lei e os correspondentes modos mecânicos de julgamento – que impunha ao juiz o exercício de uma operação silogística e que negava de um modo absoluto a possibilidade de criação judicial do Direito, em estrita realização do princípio da separação dos poderes – reafirmaram, pelos cem anos seguintes, o princípio da utilidade referido às exigências individuais para uma livre autoafirmação e, por consequência, para a maior felicidade geral.

Se, contudo, exceto para a concepção metodológica do positivismo jurídico (o positivismo do normativismo legalista e o positivismo analítico-linguístico), é reconhecida a possibilidade do desenvolvimento judicial do Direito pela atividade decisivo-judicatória, impõe-se identificar o norte que passaria a justificar racionalmente a eleição das premissas de Direito, norte este que, ao fim e ao cabo, conduziria o magistrado na busca da mais adequada solução ao caso concreto¹³⁹.

Em um mover – autoconsciente ou não – de insuficiência normativa para a solução dos casos que se apresentam à solução jurisdicional, como se apresentaria a proposta utilitarista para fundamentação do trabalho de adjudicação judicial?

¹³⁷ Com o que se pensou chegar a eliminar todas as demais fontes do Direito. (HESPANHA, A. M. **O caleidoscópio do Direito**, p. 49) É de se notar, todavia, que mesmo nas primeiras décadas do século XIX, diante da “falta de códigos” reconhecida expressamente pela constituição portuguesa de 1822, era aberto “um largo campo à aplicação de direito não legislativo, desde o direito romano com uso moderno (ou seja, a doutrina e a jurisprudência) até à legislação dos países mais cultos e civilizados. Daí que a constituição não pudesse forçar os juizes a obedecer a uma lei que não existia, tendo que lhes deixar um vastíssimo campo de livre escolha do direito a aplicar”. (HESPANHA, A. M. **Hércules confundido: sentidos improváveis e incertos do constitucionalismo oitocentista – o caso português**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 101)

¹³⁸ HESPANHA, A. M. **O caleidoscópio do Direito**, p. 50.

¹³⁹ Deveras, “el Derecho no es solamente un sistema, sino una práctica; y en la práctica jurídica argumentativa se hace uso de muchas premisas que no son enunciados del sistema” (o Direito não é somente um sistema, senão uma prática; e na prática jurídica argumentativa se faz uso de muitas premissas que não são enunciados dos sistemas.” (Tradução livre.) ATIENZA, M. **El derecho como argumentación: concepciones de la argumentación**. Barcelona: Ariel, 2006. p. 222.

Uma vez absorvida a essência da prática utilitarista a partir do exposto no primeiro capítulo, pode-se desde logo intuir que a flexibilização ou extensão das regras espelhadas no texto legal (ou no material jurídico, de forma geral) dar-se-ia de acordo com a maximização dos interesses do maior número, o que implica a inserção, na atividade decisória, de uma prática radicalmente consequencialista, orientada por uma supremacia dos interesses comunitários sobre os interesses individuais.

Encontra-se justamente neste sentido a teoria da adjudicação judicial de Jeremy Bentham. A essa conclusão se chega não apenas a partir do que Bentham entendeu ao longo de toda sua vida como o dever-ser do Direito – um sistema de normas estável apto a proporcionar segurança e, deste modo, assegurar a satisfação das expectativas do maior número –, mas pela leitura que se pode fazer de suas específicas teses acerca da atividade judicial.

Neste sentido, Gerard J. Postema, um dos maiores intérpretes do pensamento benthaminiano ligado à adjudicação judicial, expressa que

Bentham insists that judges ensure that their decisions conform to precedent and to analogies reasonably projectable from precedent, and holds that these rules have practical force only in virtue of the expectations associated with them. But he insists further that judicial deliberation considers only these expectations (or rather the expectation utilities), and should be concerned with the rules and prior decisions *only in so as* they in fact focus public expectations¹⁴⁰.

Em outras palavras, o arranjo normativo manifestaria as expectativas ou interesses dos indivíduos e da comunidade. Mas as expectativas são o fundamento em que a decisão deve repousar. Bentham sustenta, assim, que a decisão é correta apenas quando em concordância com o balanceamento das expectativas – ou dores e prazeres – do caso, tanto quanto o juiz deve fundamentar sua decisão apenas na ponderação dessas expectativas.

Bentham adverte, ainda, o modo como deve ser realizada a ponderação das expectativas:

What then has the judge to do? [Bentham asks]. He must put himself in the place of both: of the parties and also of the public (to measure the strength of his own expectation). He supposes himself first in the

¹⁴⁰ “Bentham insiste que os juízes assegurem que suas decisões se conformam ao precedente e às analogias dele razoavelmente projetadas, e sustentem que estas regras têm força prática somente em decorrência das expectativas associadas com elas. Mas insiste mais que a deliberação judicial considere somente estas expectativas (ou melhor, as utilidades da expectativa), e que deveria se preocupar com as regras e com as decisões anteriores somente enquanto elas focalizem de fato as expectativas públicas.” (Tradução livre.) POSTEMA, G. J. **Bentham and the common law tradition**, p. 211.

situation of one of the parties; then in that of the other. He observes in which of the situations his own expectation to be the strongest, and that party in whose situation he finds his expectation to be the strongest is the party in whose favour he determines (UC, lxix. 238)¹⁴¹.

Nesse sentido, o adequado raciocínio judicial deve penetrar a moldura das regras estabelecidas, encontrando as considerações utilitaristas que lhe subjazem. Poderosos argumentos utilitaristas exigem a conformidade ao precedente – como exigência de segurança e estabilidade –, mas o único princípio da decisão judicial é ainda o princípio da utilidade: “Bentham claims not only that the principle of utility alone must be used as a standard against which past rules of law must be tested (...), but also that the judge must make his decision on the balance of utilities in *each case*”¹⁴².

Segundo Bentham, portanto, a máxima satisfação dos interesses da comunidade poderia ser obtida (i) pela segurança advinda da realização espontânea do código orientado pela ética utilitarista¹⁴³, reafirmada (ii) pela restrição dos juízes a aplicações dedutivas desse conjunto normativo¹⁴⁴, e aperfeiçoada (iii) pelo emprego do princípio da utilidade quando da aplicação do Direito pelo juiz em um caso concreto, especialmente quando careça de normatização específica.

Uma vez assimilados os principais traços normativos da teoria utilitarista para a adjudicação judicial, resta pavimentada a tarefa de identificação de sua influência em diferentes escolas metodológicas do Direito ao longo dos séculos XIX e XX.

¹⁴¹ “O que então o juiz tem de fazer? [pergunta Bentham]. Ele deve colocar-se no lugar de ambos: das partes e também do público (para medir a força de suas expectativas). Ele se põe primeiro na situação de uma das partes; então na situação da outra. Ele observa em qual das situações sua própria expectativa é a mais forte, e a parte cuja situação ele encontra a mais forte expectativa é a parte a favor da qual ele define.” (Tradução livre.) Idem, p. 212.

¹⁴² “Bentham não argumenta apenas que só o princípio da utilidade deve ser usado como um padrão pelo qual as regras jurídicas passadas devem ser testadas, mas também que o juiz deve elaborar sua decisão pela ponderação das utilidades em cada caso.” (Tradução livre.) Idem, p. 215.

¹⁴³ BENTHAM, J. **An introduction to the principles of morals and legislation**, p. 2, 24, 70, 170 e 178. Afinal, “o código deve se inspirar no princípio do utilitarismo: *a maior felicidade para o maior número*, segundo o qual cada uma das disposições do código deve ser avaliada e decidida tendo em conta a utilidade que produzirá para o maior número possível de cidadãos”. (BOBBIO, N. **Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995. p. 100).

¹⁴⁴ POHLMAN, H. L. **Justice Oliver Wendell Holmes & Utilitarian Jurisprudence**. Harvard: Harvard University Press, 1984. p. 90.

2.2 O UTILITARISMO SOCIAL DE IHERING COMO SAÍDA DO MODELO LÓGICO FORMAL-SUBSUNTIVO

Próximo da metade do século XIX, na Alemanha, a jurisprudência dos conceitos (*Begriffsjurisprudenz*) partia da concepção do direito como realidade socialmente “dada” ou “posta” e como unidade sistemática de normas gerais, para buscar um direito unitário e sistemático. Era a expressão máxima da concepção formalista na ciência jurídica¹⁴⁵.

A Escola histórica do direito foi difundida particularmente na Alemanha entre o final do século XVIII e o início do século XIX, e, tendo em Carlos Frederico von Savigny seu principal expoente, pavimentou o caminho do positivismo jurídico que se consolidaria na Alemanha com a recepção do direito romano e a elaboração do Direito por obra da ciência jurídica.

Uma tal ciência do Direito “via o seu maior contributo na compreensão historicamente fiel das fontes jurídicas romanas ainda estimadas como válidas para a actualidade e a sua inserção num sistema de conceitos logicamente inquestionável (e que, nesse aspecto, muito fizera de excelente)”. Com esse objetivo, a jurisprudência dos conceitos “mal podia corresponder às exigências de uma prática do Direito que diuturnamente era colocada perante problemas a que aquelas fontes não conseguiam dar uma resposta satisfatória”¹⁴⁶.

Enquanto isso, em solo francês, a ciência jurídica sofria brusca interrupção de seu desenvolvimento com a corrente de pensamento representada pela Escola da Exegese, “cujo nome indica como ela se limitava a uma interpretação passiva e mecânica do Código”¹⁴⁷, prendendo a ciência jurídica francesa a um exacerbado formalismo. De fato, a Escola da Exegese francesa, que dominou o pensamento jurídico durante boa parte do século XIX, é, provavelmente, a corrente doutrinária que encarnou de um modo mais fiel o espírito de uma concepção mecânica da função jurisdicional¹⁴⁸.

Com respeito ao processo de aplicação do Direito, a denominada concepção mecânica da função jurisdicional propunha um modelo segundo o qual os sujeitos encarregados de realizar a tarefa de aplicação desenvolviam um trabalho de conhecimento reduzido a uma série de operações lógicas.

¹⁴⁵ BOBBIO, N. **Positivismo jurídico**, p. 221.

¹⁴⁶ LARENZ, K. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 57.

¹⁴⁷ BOBBIO, N. **Positivismo jurídico**, p. 78.

¹⁴⁸ ORTEGA, M. S. **La racionalidad jurídica**. Madrid: Tecnos, 1998. p. 75.

A atividade do juiz é restringida a uma comparação dos textos de leis com a descrição dos fatos levados à sua análise; um ato de subsunção dos fatos (premissa menor) à norma (premissa maior) para, de modo silogístico, extrair as consequências nesta previstas, com a emissão da conclusão (sentença).

Partindo da ideia de que o Direito já está criado pelo legislador, no estrito cumprimento do princípio da separação dos poderes, a concepção mecânica nega absolutamente a possibilidade de criação judicial do Direito. A pretensão fundamental dessa concepção consistia, portanto, em “estabelecer com exatidão e de uma vez por todas o sentido ou o significado de todos os termos jurídicos de maneira que fosse possível realizar um raciocínio tão restrito como o que tem lugar em um sistema matemático”¹⁴⁹.

Com o postulado básico de que os Códigos nada deixam ao arbítrio do intérprete e que apenas em casos absolutamente excepcionais a lei é verdadeiramente insuficiente, a Escola da Exegese impôs completamente suas técnicas de raciocínio jurídico no período de 1830 a 1880¹⁵⁰.

Embora Ihering tivesse inicialmente mostrado adesão a essa vertente formalista do positivismo jurídico, em um segundo momento viria abandoná-la justamente em razão de seu distanciamento da realidade social e da vida. A virada se dava em direção a uma concepção funcional do Direito:

A vida não é o conceito; os conceitos é que existem por causa da vida. Não é o que a lógica postula que tem de acontecer; o que a vida, o comércio, o sentimento jurídico postulam é que tem de acontecer, seja isso logicamente necessário ou logicamente impossível¹⁵¹.

No pensamento do Ihering tardio, as fontes últimas dos conceitos jurídicos romanos deveriam ser percebidas em razões psicológicas e práticas, éticas e históricas. Também em sua nova percepção, quando a dialética jurídica “teve de ponderar as consequências dos conceitos e princípios em jogo, determinou-se, essencialmente, pela adequação prática do resultado”¹⁵².

¹⁴⁹ ORTEGA, M. S. **La racionalidad jurídica**. Madrid: Tecnos, 1998, p. 75.

¹⁵⁰ PERELMAN, C. **La lógica jurídica y la nueva retórica**. Tradução de Luís Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1979. p. 38.

¹⁵¹ LARENZ, K. **Metodologia da ciência do direito**, p. 58. Sem embargo, é importante considerar, desde logo, que “A concepção funcional do direito não vê neste senão um meio para alcançar um fim almejado pelo legislador”. (PERELMAN, C. **Lógica jurídica**. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 81)

¹⁵² LARENZ, K. **Metodologia da ciência do direito**, p. 58.

Mas a ruptura do formalismo jurídico operada na segunda metade do século XIX pelo substrato teórico da Jurisprudência dos Interesses (*interessenjurisprudenz*) não faria da ciência do Direito senão um instrumento do que fosse socialmente útil, em um contexto teórico anti-individualista e de supervalorização da prosperidade da comunidade.

Segundo a teoria social de Ihering, doutrina de linhagem confessadamente benthamiana e exposta em seu clássico *Der Zweck im Recht* (A finalidade do direito), “todas as normas morais têm por finalidade a existência e prosperidade da sociedade”¹⁵³.

O utilitarismo social de Ihering, embrião da Jurisprudência dos Interesses, identificava a moral com o que é útil à sociedade.

Embora acolhendo a moral utilitarista, Ihering afastou-se de Bentham quanto à preservação subjetiva do critério da utilidade. Para o jusfilósofo tedesco, era inaceitável que o útil subjetivo servisse de medida ou critério para o útil objetivo e social, o que faria desaguar tal teoria moral no erro eudemonista que não teria sido perdoado¹⁵⁴.

O utilitarismo adequado é o que corresponde ao objetivo de conservação da existência social, no qual se compreende o bem-estar da sociedade.

Para fundamentar sua teoria social, Ihering se vale inicialmente do método dedutivo. A necessidade da moral para a sociedade decorreria de duas noções gerais: a da sociedade como um todo, composto de elementos ou indivíduos, e a da sociedade como um sujeito. Da primeira ideia é extraído o “postulado da ordem e da segurança” da sociedade por meio de normas. Da segunda ideia decorreria o aspecto das “condições vitais da sociedade e, com isso, a aplicabilidade do instinto da autoconservação [...]”¹⁵⁵.

É necessário observar que as duas noções acima referidas são filhas da perspectiva positivista-organicista da sociedade e não poderiam mesmo sugerir algo distinto do que apregoa esta filosofia:

A ordem constitui um postulado absoluto da sociedade [...]. A ordem representa a dependência entre as partes e o todo. A parte deve conformar-se ao todo, se esse houver de existir. A ordem da sociedade significa, destarte, a relação de dependência de seus membros, a observância da conduta que lhes foi traçada pelo plano do todo. Daí se depreende o postulado de uma norma social que predetermine a conduta de cada um dos membros, se os membros já não fizerem o que a ordem

¹⁵³ IHERING, R. von. **A finalidade do Direito**. Tradução de Heder K. Hoffmann. Campinas: Bookseller, 2002. Tomo II, p. 110.

¹⁵⁴ Idem, p. 110.

¹⁵⁵ Idem, p. 111.

social implica – e a necessidade de se assegurar a observância das normas por meio da coerção¹⁵⁶.

Movendo-se no terreno do positivismo sociológico¹⁵⁷, Ihering levanta uma teoria do direito oposta à teoria moral individualista, o que lhe conduz à afirmação de que a ordem jurídica se destina à “configuração da vida social, não da vida puramente individual”¹⁵⁸.

Ihering pretende demonstrar que o conceito do todo aplicado à sociedade contém em si o conceito da ordem, aquele, o da lei, e este último o da coerção. De outro lado, a análise empírica evidenciaria que esses três postulados se realizam na sociedade tanto no domínio do Direito como no da moral. Já a noção de sujeito, transposta para a sociedade, corresponderá a um todo que se afigura como “um ser animado, coordenado na unidade da personalidade”, o que permite compreender que “A relação entre a moral e a sociedade à luz desta concepção exprime-se na fórmula: a sociedade é o sujeito final da moral”¹⁵⁹.

Se a sociedade é dotada de vida, explica-se a conclusão dedutiva da validade, também para ela, do instinto da autoconservação, mesmo porque “Um único pensamento penetra toda a criação: a autoconservação de tudo o que é gerado, o apego de todo ser à existência”¹⁶⁰. A lógica da supremacia da vida social leva Ihering a reconhecer que mesmo a conservação do indivíduo é condicionada pela conservação social.

Por isso, de acordo com o utilitarismo social, o direito deve prestar-se como instrumento da autoconservação social e dos sentimentos de prazer e bem-estar que lhe são inerentes: “Tudo o que é moral, quer objetiva, quer subjetivamente, tanto as normas morais quanto a atitude moral, tem por objetivo a prosperidade da sociedade. O imoral caracteriza-se, pois, por ameaçá-la ou prejudicá-la”¹⁶¹.

A partir dessas ponderações se pode mais facilmente compreender a ligação da teoria do direito de Ihering com o que denomina utilitarismo social. Não existe proposição jurídica que não deva sua origem a um fim, isto é, a um motivo prático. A criação e a explicação das proposições jurídicas singulares gravitam em torno de seus fins práticos. O criador do Direito não são os fins, “mas o sujeito que estabelece esses fins e que prossegue esses fins pela imposição do Direito”¹⁶².

¹⁵⁶ IHERING, R. von. **A finalidade do Direito**, p. 112.

¹⁵⁷ LARENZ, K. **Metodologia da ciência do direito**, p. 57.

¹⁵⁸ IHERING, R. von. **A finalidade do Direito**, p. 112.

¹⁵⁹ Idem, p. 119.

¹⁶⁰ Idem, p. 122.

¹⁶¹ Idem, p. 126.

¹⁶² LARENZ, K. **Metodologia da ciência do direito**, p. 59.

É por isso que “o eixo da obra de Ihering reside verdadeiramente na questão do sujeito dos fins, do sujeito que está por detrás das proposições jurídicas e que, através delas, consegue prevalecer”. Esse sujeito que determina os fins não é o legislador, na medida em que este é visto como “representante de uma comum vontade ou impulso que congrega todos os cidadãos”¹⁶³. Antes, “todas as proposições jurídicas têm por fim a segurança das condições de existência da sociedade” de modo que a “sociedade é o sujeito do fim de todas as proposições jurídicas”¹⁶⁴.

Ihering persistia, contudo, em se apropriar da tese fundamental do credo legalista de seu tempo: a tese positivista do monopólio estatal em matéria de criação do Direito. De outra parte, ao atribuir a cada norma jurídica uma “relação de conteúdo com um fim determinado, benéfico para a sociedade, e por causa da qual a norma existe”, abandona a Jurisprudência dos Conceitos formal em função do que designa utilitarismo social: “O Direito é para ele a norma coerciva do Estado posta ao serviço de um fim social. Para compreender a norma precisa-se menos de uma análise lógica ou psicológica do que uma análise sociológica”¹⁶⁵.

Não constituiu objeto de preocupação de Ihering qualquer dos problemas concernentes à justiça distributiva. Mas, consciente do quadro histórico-social em que se encontrava, deixou de indicar a configuração plena do bem-estar da humanidade, limitando a ambição de seu pensamento à busca, reconhecidamente tingida de indeterminação, da felicidade ou bem da sociedade:

A questão da colocação do bem e felicidade da sociedade, como foi dito, não é uma questão a ser respondida teoreticamente, sob a forma de uma abstrata fórmula teórica da felicidade social – tal teoria reproduziria, apenas, em semelhante tentativa, constantemente o reflexo algo idealizado de sua própria época – mas um problema a ser respondido pela história da humanidade ao desenrolar as páginas de seu livro. Em cada página que vira, já surge o “Verte” para a página subsequente; o fim atingido encerra um novo fim em si. Mas para que se possa mudar de página, é necessário haver lido a anterior até o fim. Cada novo fim tem como pressuposto necessário a conquista do anterior¹⁶⁶.

Embora o que corresponda ao bem da sociedade possa variar de acordo com os condicionantes históricos e culturais – o grau de desenvolvimento de uma determinada comunidade, por exemplo –, o que serve de apoio constante ao utilitarismo social é a

¹⁶³ LARENZ, K. *Metodologia da ciência do direito*, p. 59.

¹⁶⁴ *Idem*, p. 60.

¹⁶⁵ *Idem*, p. 61.

¹⁶⁶ IHERING, R. von. *A finalidade do Direito*, p. 127.

essência de submeter os projetos e direitos dos indivíduos ao bom egoísmo da sociedade na busca do interesse geral. O critério é sempre o da utilidade. O objetivo único, consistente na conservação das condições vitais da sociedade, é calcado na própria natureza das coisas¹⁶⁷.

Deve-se ressaltar que em sua obra mais conhecida no Brasil, *A luta pelo Direito*, Ihering articula sua apologia à luta pelos direitos subjetivos, partindo da ideia de que o interesse para consigo mesmo e a luta pelo direito subjetivo são pressupostos para conservação da própria moral que deve alcançar toda sociedade, para que o Direito, no sentido objetivo, se realize. Trata-se de contribuição da pessoa para a reafirmação do poder para a autoridade da lei: “Todos aqueles que fruem os benefícios do direito devem também contribuir pela sua parte para sustentar o poder e a autoridade da lei; em resumo, *cada qual é um lutador nato pelo direito, no interesse da sociedade*” (grifo no original)¹⁶⁸.

Duas outras exigências do utilitarismo social reclamam atenção pela consistência das ponderações.

A primeira delas manifesta-se óbvia: somente será de utilidade, na perspectiva social, aquilo que se volta à coletividade, pelo que se revela equivocado o fomento do bem-estar da parte em detrimento do todo. Aliás, desde Bentham a comunidade era considerada um corpo fictício, composto de indivíduos considerados como constituindo seus membros, pelo que o interesse da comunidade seria a soma dos interesses dos diversos membros que a compõem¹⁶⁹.

A segunda concerne ao que Ihering chama “utilidade duradoura”, em contraposição à “utilidade transitória”. O que é útil não se determina meramente “conforme suas conseqüências imediatas, diretas, mas simultaneamente, segundo os resultados ulteriores, mediatos”¹⁷⁰. É apenas aquilo que é útil a toda a sociedade duradouramente que realmente pode ser considerado um bem. Isto é, “o resultado global de uma conjunção de efeitos, quer pretéritos, quer futuros, decide quanto ao caráter útil ou pernicioso de algo”¹⁷¹. Em outras palavras:

Útil para o momento é quando o poder público se desvencilha de uma crise financeira mediante confiscos, arquivamentos das dívidas estatais, diminuição da taxa de juros, estipulando contratualmente a emissão

¹⁶⁷ IHERING, R. von. **A finalidade do Direito**, p. 131.

¹⁶⁸ IHERING, R. von. **A Luta pelo Direito**. 16. ed. Tradução de João Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 48.

¹⁶⁹ BENTHAM, J. **An introduction to the principles of morals and legislation**, p. 3.

¹⁷⁰ IHERING, R. von. **A finalidade do Direito**, p. 130.

¹⁷¹ Idem.

excessiva de papel-moeda, mas à vantagem transitória contrapõem-se desvantagens que pesam incomparavelmente mais: o risco que corre a segurança jurídica, o esfacelamento das relações comerciais, prejuízo do crédito do Estado. Então, na realidade, a medida não é útil, em sim nociva¹⁷².

Se as normas morais fossem imperativos sociais que têm por finalidade a subsistência e a prosperidade da sociedade, tanto a Moral quanto o Direito seriam reconduzidos àquilo que é considerável socialmente útil em cada época.

2.3 DA VIRADA FUNCIONALISTA DE IHERING À JURISPRUDÊNCIA DOS INTERESSES

A teoria de direito pragmática de Ihering foi o ponto de partida da *jurisprudência dos interesses*, forma de doutrina teleológica fundada por Philipp Heck¹⁷³. De fato, na linha de Ihering, Heck vem criticar o primado da lógica no trabalho científico do que denominava *jurisprudência dos conceitos*, porque recusava o dogma da limitação do juiz à “subsunção lógica da matéria de facto aos conceitos jurídicos”¹⁷⁴.

A escola de Heck, sem se afastar da ideia positivista de que o Direito é constituído essencialmente por preceitos legislativos¹⁷⁵, propõe-se levar a sério as exigências que a vida demanda à invenção jurídica. Será com apoio no princípio da investigação ou análise dos interesses que o desenvolvimento judicial do Direito se fará em consonância com o postulado da submissão do juiz à vontade da comunidade.

Os interesses são disposições reivindicativas que se referem a bens de cultura, e às suas noções concomitantes, fundamentos e objetos. Essas disposições reivindicativas não são diretamente observáveis. Sua existência é inferida partindo-se dos atos por elas causados ou partindo-se do fato da existência de bases sociais que, segundo a experiência de vida, costumam suscitar tais disposições¹⁷⁶.

Uma vez que a formação do Direito está empiricamente determinada por disposições reivindicativas, e tendo em conta que a teoria do Direito aspira satisfazer os

¹⁷² IHERING, R von. **A finalidade do Direito**, p. 130.

¹⁷³ LARENZ, K. **Metodologia da ciência do direito**, p. 62.

¹⁷⁴ Idem.

¹⁷⁵ Idem, p. 65.

¹⁷⁶ HECK, P. **El problema de la creación del derecho**. Tradução de Manuel Entenza. Granada: Editorial Ariel, 1999. p. 61.

desejos que se apresentam na vida, o esforço específico da *jurisprudência dos interesses* consiste em reduzir as noções normativas que constituem o Direito à imbricação dessas disposições reivindicativas e, igualmente, por preencher as lacunas da lei tendo em consideração todas as disposições reivindicativas afetadas em cada caso¹⁷⁷.

O que se espera do juiz é uma comparação do conflito de interesses que aguarda a decisão com o que foi autoritariamente decidido pela norma, enquanto produto de interesses. Isto é, a análise ou investigação dos interesses acomodados no conteúdo de uma determinada norma jurídica oferecerá juízos de valor utilizáveis para a complementação e ulterior desenvolvimento do Direito¹⁷⁸.

A análise dos interesses pretende explicitar os elementos particulares cuja ativa conexão produziu a representação teleológica do legislador e a escolha de seus meios, isto é, as representações normativas. Enquanto a finalidade da lei é a mesma em normas de diferentes conteúdos, essa diversidade de conteúdos normativos se reporta à diversidade de interesses que foram estimados e delimitados uns frente aos outros¹⁷⁹.

Por essa razão, a investigação dos interesses é mais profunda do que um estudo teleológico da norma, especialmente no âmbito do direito privado, pois em alguns casos somente ela oferecerá juízos de valor de que se valerá o juiz para a solução do conflito de interesses representados no caso concreto¹⁸⁰.

Cumprir notar que, na visão de Heck, ainda que se trate de preceitos jurídicos de direito privado, a análise não se limitará a explicitar somente os interesses privados que a decisão deve sopesar, mas também os interesses comunitários e os da praticabilidade do Direito¹⁸¹.

A jurisprudência dos interesses, assim arquitetada, atendia às exigências de uma ciência jurídica destinada para a prática. Se a tarefa do juiz é complementar as normas jurídicas segundo juízos de valor, a tarefa da ciência jurídica é facilitar aquela difícil missão, prevendo as lacunas, propondo complementações e submetendo ao juiz as considerações decisivas¹⁸².

E em toda operação, em toda formação de conceitos, deve-se tentar não perder de vista que o objetivo final da atividade judicial e da resolução do caso concreto pelo juiz é a

¹⁷⁷ HECK, P. *El problema de la creación del derecho*, p. 61-62.

¹⁷⁸ *Idem*, p. 68.

¹⁷⁹ *Idem*.

¹⁸⁰ *Idem*.

¹⁸¹ *Idem*.

¹⁸² *Idem*, p. 72.

satisfação das necessidades da vida, a satisfação de interesses, quer materiais, quer ideais, presentes na comunidade jurídica¹⁸³.

Para tanto, a dogmática jurídica deve ser completada por uma ciência sociológica do direito, que se justifica diante da necessidade de o trabalho científico precisar o direito aplicável não apenas na perspectiva do conteúdo das normas jurídicas decisivas, mas mediante estudo e destaque das valorações da lei, o fundamento de interesses das prescrições legais. Além disso, exige-se que a ciência jurídica estude a vida, as situações e as necessidades vitais, bem como a ação do Direito na vida¹⁸⁴.

A investigação dos interesses traduzidos em uma norma jurídica consiste em um problema causal, uma investigação histórica. Heck rejeitava a opinião de que o intérprete não deve buscar a vontade empírica do homem legislador, mas apenas conceber a lei segundo o uso linguístico e as necessidades do momento de sua aplicação (teoria da interpretação objetiva da lei)¹⁸⁵.

A suposição de que o pensamento empiricamente real do legislador não basta para a solução de conflitos futuros diminui a segurança da legislação e a própria tarefa de legislar: “Si queremos tomarnos en serio la sumisión del juez a la voluntad de la comunidad, tenemos que preguntarnos también por las ideas empíricas, reales, de los hombres encargados de la legislación”¹⁸⁶.

Mais do que isso, a fundamental exigência metodológica, para Heck, é a de “conhecer, com rigor histórico, os interesses reais que causaram a lei e de tomar em conta, na decisão de cada caso, esses interesses”¹⁸⁷.

Da mesma forma que em Ihering, o legislador como pessoa é substituído pelas forças sociais, aqui chamadas de interesses:

O centro de gravidade desloca-se da decisão pessoal do legislador e da sua vontade entendida psicologicamente, primeiro para os motivos e, depois, para os “factores causais” motivantes. A interpretação, reclama HECK, deve remontar, por sobre as concepções do legislador, “aos interesses que foram causais para a lei”¹⁸⁸.

¹⁸³ LARENZ, K. **Metodologia da ciência do direito**, p. 65.

¹⁸⁴ HECK, P. **El problema de la creación del derecho**, p. 73.

¹⁸⁵ Idem, p. 74.

¹⁸⁶ “Se queremos levar a sério a submissão do juiz à vontade da comunidade, temos que nos perguntar também pelas ideias empíricas, reais, dos homens encarregados pela legislação” (Tradução livre.) Idem.

¹⁸⁷ LARENZ, K. **Metodologia da ciência do direito**, p. 66.

¹⁸⁸ Idem.

Desse modo, como bem observa Larenz, encontra-se subjacente a esta doutrina o conceito positivista de ciência:

Ele vê os interesses relevantes na formação do Direito – incluindo o interesse geral da comunidade jurídica na paz e na ordem – como se não fossem, já em si, abstrações, mas “factos” (no sentido das ciências positivas), e, enquanto factos, “causas eficientes” no processo do acontecer¹⁸⁹.

Talvez inconscientemente aderindo ao conceito positivista de ciência – que fora da matemática e da lógica apenas conhece ciências causais, de modo que um fato só é conhecido cientificamente quando é reconduzido às suas causas físicas, biológicas ou históricas –, Heck sustenta que os interesses selecionados pelo legislador constituem a verdadeira causa do preceito legal, pelo que “há que descobrir precisamente essas causas para se entender correctamente os preceitos, enquanto ‘efeitos’ seus”¹⁹⁰.

O positivismo científico que, por princípio, se limita aos fatos já acabados e verificáveis (o direito seria a “resultante” de uma luta de interesses rivais entre os particulares), ignora a justiça¹⁹¹.

Na percepção de Larenz, encontra-se em Phillip Heck e mais especialmente em Heinrich Stoll uma “segunda linha de idéias que transcende a ‘teoria genética dos interesses’”¹⁹². Nesta perspectiva, o interesse surge como objeto sobre o qual incide a valoração que o legislador previamente fez sua. Do que segue a conclusão do jusfilósofo alemão:

Ora, como cada valoração, correctamente entendida, constitui uma livre tomada de posição do sujeito valorante, tomada de posição que se dirige, sem dúvida, a um critério de valor, mas que não pode ser “causada” por ele, eis que, com introdução do conceito de valor, a simples consideração “causal” das normas jurídicas vem a ser efectivamente abandonada¹⁹³.

O que se pode perceber, então, é que a *jurisprudência dos interesses* culmina por indicar ao juiz que, na solução do caso concreto, aplique os juízos de valor contidos na lei.

Nesse sentido é que tal doutrina, segundo Larenz, “embora não quebrasse verdadeiramente os limites do positivismo [...], teve uma actuação libertadora e fecunda

¹⁸⁹ LARENZ, K. **Metodologia da ciência do direito**, p. 66.

¹⁹⁰ Idem, p. 67.

¹⁹¹ VILLEY, M. **Filosofia do Direito**, p. 184-185.

¹⁹² Idem, p. 68.

¹⁹³ Idem.

sobre uma geração de juristas educada num pensamento formalista e no estrito positivismo legalista”, especialmente quando “aconselhou idêntico processo para o preenchimento das lacunas das leis, abrindo desta sorte ao juiz a possibilidade de desenvolver o Direito não apenas ‘na fidelidade da lei’, mas em harmonia com as exigências da vida”¹⁹⁴.

A virada em direção a uma concepção funcional do Direito (Ihering) e a proposta de solução judicial do caso concreto de acordo com a delimitação das necessidades da vida e dos interesses ou valorações presentes na comunidade jurídica (Heck) refletir-se-iam em diferentes perspectivas que fugiram do modelo metodológico do positivismo jurídico normativista¹⁹⁵.

Por outro lado, a ética utilitarista – presente em Ihering e na jurisprudência dos interesses – pode também acionar o processo de tomada de decisão independentemente da estrutura metodológica adotada, sempre que houver espaço para discurso racional argumentativo ou juízos de preponderância de determinados interesses, valores ou bens para a determinação da norma jurídica aplicável no caso concreto¹⁹⁶.

O que se tem – destacadamente nos casos não rotineiros – é a possibilidade de primeiramente ser definido o resultado correto de acordo com a ética utilitarista, elegendo-se a correspondente premissa de direito para, apenas em um segundo momento, serem buscados os fundamentos que permitem considerar justificado o resultado¹⁹⁷. A este tema é dedicada a seção seguinte.

¹⁹⁴ LARENZ, K. **Metodologia da ciência do direito**, p. 68.

¹⁹⁵ Daí a correção da análise segundo a qual existe “uma influência póstuma da Jurisprudência dos interesses na quase totalidade das abordagens do problema da decisão (judicial) dos casos singulares” (Idem, p. 168).

¹⁹⁶ Parte-se sempre do pressuposto de que no processo de tomada de decisão judicial a tarefa do magistrado não se restringe a um raciocínio lógico-dedutivo de aplicação do Direito. Diante da abertura de determinadas normas jurídicas, especialmente as constitucionais, e da inexistência de plena regulação normativa, por vezes as premissas a serem utilizadas para se chegar a uma solução para o conflito não são acatadas sem maiores problemas, necessitando de um maior esforço quanto às razões do ato de decidir para que haja o efetivo convencimento de todos os destinatários da decisão.

¹⁹⁷ Pode-se formular a assertiva de acordo com os conceitos de justificação externa/justificação interna, originariamente formulados por Jerzy Wróblewski (Justificación de las decisiones jurídicas. In: WRÓBLEWSKI, J. **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica**. Tradução de Arantxa Azurza. Madrid: Civitas, 1985) e difundidos amplamente a partir da Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy (**Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. São Paulo: Landy, 2005. p. 218-226). Nesta linha de expressão, quando não se está diante de um caso simples ou rotineiro, é necessário que uma decisão judicial seja justificada não apenas sob a perspectiva lógico-dedutiva das normas jurídicas (a chamada justificação interna, isto é, a que verifica se a decisão segue logicamente as premissas postas – normativas ou fáticas), mas especialmente no que alude aos argumentos que, na hipótese de possibilidade de escolha e aplicação de uma premissa ou valor em detrimento de outros passíveis de serem invocadas, conduziram à solução emprestada ao conflito (a chamada justificação externa, isto é, a que expressa a fundamentação das próprias premissas).

2.4 A ABERTURA DA METODOLOGIA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA À TEORIA NORMATIVA UTILITARISTA

Na sistematização das diferentes perspectivas jusmetodológicas, Castanheira Neves propõe um arranjo de três principais posições: o normativismo, o funcionalismo e o jurisprudencialismo. E todas elas, é de se destacar, são permeáveis a uma solução judicial segundo a ética utilitarista.

O pensamento normativista postula o Direito como objeto para uma perspectiva “dogmática-cognitiva ou analítico-explicativa e numa intenção de verdade (essencialista, positivista ou empirista)”. Conferindo primazia à *norma*, ele compreende o Direito como um *sistema de normas* e o pensamento jurídico como pensamento intencionalmente referido a normas e com objetivo de aplicação de normas, segundo o “paradigma da aplicação”. É uma perspectiva eminentemente teórica do Direito¹⁹⁸.

De acordo com o modelo funcionalista, o Direito é compreendido como um “instrumento para uma atitude socialmente tecnológica e numa atitude socialmente tecnológica e numa intenção de utilidade e *performance*”. Conferindo primazia a valores ou a fins culturais, políticos, sociais, essa concepção percebe o Direito como *função* ou *meio* para a realização das soluções socialmente mais convenientes; o pensamento jurídico é “funcionalmente convocado pela mediação de normas-regras”, segundo “o paradigma da função”¹⁹⁹. É nesta linha que se instalou na América uma filosofia *pragmática*, “universalmente exportada”, derivada do utilitarismo inglês, sendo a tendência dominante nos Estados Unidos. Por ela, “somos cada vez mais educados para pensar o direito como instrumento de maximização do bem-estar, do “desenvolvimento”, ou de qualquer outro objetivo” – o direito é *social engineering* (Pound)²⁰⁰.

Por fim, a atitude jurisprudencialista compreende o Direito como *validade* (normativa) de realização problemática em que o pensamento jurídico é chamado a resolver *problemas* práticos numa atitude *prático-jurisprudencial* (pensamento jurídico como *pensamento judicativo-decisório*). Ela coloca, assim, ênfase no *caso*, como “*prius*

¹⁹⁸ NEVES, A. C. **Metodologia jurídica**, p. 70.

¹⁹⁹ Idem, p. 54-55.

²⁰⁰ VILLEY, M. **Filosofia do Direito**, p. 400. Essa atitude compreende o pensamento jurídico já não como uma teoria, mas como uma tecnologia – uma “tecnologia social” ou uma “*social engineering*”, na designação de Roscoe Pound, considerado o fundador da jurisprudência sociológica norte-americana. Antes do que uma entidade objetiva com existência autônoma, o Direito assume agora a função de instrumento “submetido e manipulado por uma racionalidade finalística, funcional e tecnológica”. (NEVES, A. C. **Metodologia jurídica**, p. 54)

problemático”, e nos princípios (axiológico-normativos), como “*prius fundamentante*”, o que é próprio da razão prática²⁰¹.

As soluções oferecidas quando da realização do Direito – pela decisão judicial chamada à existência por força de um determinado problema prático – poderão seguir a ética utilitarista independentemente da atitude metodológica adotada pelo julgador, desde que empregada uma racionalidade que lhe corresponda.

Essa hipótese é relevante porque nos auxilia a compreender como atualmente se faz possível o emprego da lógica utilitarista na realização do Direito – destacadamente na realização do Direito Previdenciário pelo Supremo Tribunal Federal –, passados mais de duzentos anos desde os primeiros trabalhos publicados de Bentham.

Para tanto, faz-se necessária uma abordagem panorâmica da problemática da racionalidade, em geral, e da racionalidade jurídica, em particular. Convém advertir que os modelos de racionalidade que serão aqui tratados são aqueles que de alguma forma se projetam sobre o Direito, como combinação de características mais ou menos adequadas às respectivas pretensões teóricas.

2.4.1 As racionalidades possíveis para a decisão judicial concreta

A investigação empírico-sociológica pode começar com a seguinte pergunta: que motivos determinaram ou determinam os funcionários e membros de uma comunidade para conduzirem-se de tal modo que ela pode surgir e subsiste?²⁰²

Quando perguntamos pelas orientações, manifestações e consequências de uma determinada ação, buscamos os possíveis *sentidos mentalizados* que permitem ações conscientemente orientadas:

La acción real sucede en la mayor parte de los casos con oscura semiconsciencia o plena inconsciencia de su “sentido mentado”. El agente más bien “siente” de un modo indeterminado que “sabe” o tiene clara idea; actúa en la mayor parte de los casos por instinto o costumbre²⁰³.

²⁰¹ NEVES, A. C. **Metodologia jurídica**, p. 70-71.

²⁰² WEBER, M. **Economia y sociedad**. Tradução de J. Medina Echevarría e outros. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica. 1977. p. 17.

²⁰³ “A ação real sucede na maior parte dos casos com obscura semiconsciência ou plena inconsciência de seu ‘sentido mentalizado’. O agente mais ‘sente’ de um modo indeterminado do que ‘sabe’ ou tem clara

Ao tratar dos processos econômicos da civilização ocidental, Max Weber apontou que as entidades econômicas apresentam um sentido visado de natureza particular e que somente esse sentido constitui a unidade dos processos de ação e é através dessa que os torna compreensíveis²⁰⁴. Essa formulação é realmente fundamental:

o *sentido* é responsável pela *unidade dos processos de ação* e é através dessa que os torna *compreensíveis*. Ou seja: é somente através do sentido que podemos apreender os nexos entre os diversos elos significativos de um processo particular de ação e reconstruir esse processo como uma unidade que não se desfaz numa poeira de atos isolados. Realizar isso é precisamente *compreender* o sentido da ação²⁰⁵.

No nível propriamente sociológico da análise dos *sentidos mentalizados*, o conceito de *ação social* é substituído pelo de *relação social*, o qual permite observar regularidades de conduta que têm caráter coletivo, “no sentido de que múltiplos indivíduos agem significativamente de maneira análoga”, orientando-se “reciprocamente em conformidade com um conteúdo específico do próprio sentido das suas ações”²⁰⁶.

Assume destacada importância para o desenvolvimento desta seção a modalidade de relação social cujo conteúdo de sentido assume a forma de *validação* de uma ordem (convencional ou jurídica), isto é, o conteúdo de sentido é incorporado pelos agentes como uma regra orientadora da sua conduta na medida em que é aceito como legítimo²⁰⁷.

Como conceito sempre referido a um agir social, a racionalidade, independentemente de seu conteúdo, unifica os comportamentos nas mais diversas épocas, culturas ou temas da vida humana. Por essa razão, a compreensão das diversas propostas jurídico-metodológicas deve iniciar-se pela análise da racionalidade que lhes serve de fundamentação.

Visto que não se pode ter uma noção unívoca de racionalidade, é possível considerá-la também como uma linha de pensamento que se propõe a ter validade objetiva,

idéia; atua na maior parte dos casos por instinto ou costume.” (Tradução livre.) WEBER, Max. **Economia y sociedad**, p. 20.

²⁰⁴ Idem, p. 58-59.

²⁰⁵ COHN, G. **Max Weber**: sociologia. São Paulo: Ática, 1986. p. 28.

²⁰⁶ COHN, G. **Max Weber**, p. 30. Nas palavras de Weber: “La relación social consiste, pues, plena y exclusivamente, en la *probabilidad* de que se actuará socialmente en una forma (con sentido) indicable; siendo indiferente, por ahora, aquello en que a probabilidad descansa” (A relação social consiste, pois, plena e exclusivamente, na *probabilidade* de que se atuará socialmente em uma forma (com sentido) indicável; sendo indiferente, por agora, aquilo em que a probabilidade descansa). (Tradução livre.) WEBER, M. **Economia y sociedad**, p. 25.

²⁰⁷ COHN, G. **Max Weber**, p. 30.

validade esta que se afere pela “capacidade de fundamentação” e pela “criticabilidade” da medição racional-discursiva das afirmações desse pensamento (Habermas)²⁰⁸.

Por esta noção geral, a racionalidade deve ser distinguida em suas três modalidades básicas.

A primeira é uma “racionalidade de pura discursividade ou de exclusiva relação entre proposições num modelo de inferência necessária entre elas”²⁰⁹. A ideia é de uma validade que se afere pela *compossibilidade* lógica entre os elementos proposicionais. Tem-se, pois, uma racionalidade puramente lógica ou do discurso lógico.

A segunda modalidade corresponde à “racionalidade de um discurso de *referência objetiva*”, segundo o esquema sujeito/objeto, com uma validade que se mede pela existência de verdade teórica, isto é, a correspondência à “realidade heterônoma que o objecto (*ob-jectum*) postula”²¹⁰. Devem ser considerados, no entanto, três subtipos de discursos:

- a) Primeiro, o discurso que se alcança pela realidade das próprias coisas ou pela explicação da realidade objetiva em si, isto é, “o discurso da racionalidade em que a validade se identificaria com a *verdade* – e que ia na intenção clássica do pensamento e da filosofia ontológico-metafísicos”²¹¹.
- b) Segundo, o discurso de construções racionais de universalidade explicativa ou teorias, a fixação de leis gerais universais, tendo a validade aferida em uma experiência objetiva. Trata-se do “discurso teórico-explicativo de índole empírico-analítico e procedimental da ciência moderna” em que as teorias são universais hipóteses explicativas que se sustentam num “modelo processual ou procedimental de construção (teórica) e de comprovação (empírica) – pelo que essa sua validade é afinal *validade metodológica*”²¹².
- c) Terceiro, o discurso ainda numa referência objetiva à realidade, mas em que essa realidade é considerada “segundo uma relação funcional (função-efeitos) ou o esquema “técnico” (meio-fim)”, no qual a validade é a adequação funcional ou aptidão instrumental e a racionalidade é eficiência ou eficácia.

²⁰⁸ NEVES, A. C. **Metodologia jurídica**, p. 34-35.

²⁰⁹ Idem, p. 35.

²¹⁰ Idem, p. 35.

²¹¹ Idem, p. 35-36.

²¹² Idem, p. 36.

Trata-se do “discurso funcional ou instrumental e de uma racionalidade funcional técnico-finalística”²¹³.

O terceiro tipo de racionalidade – que não se limita a tornar logicamente possível as proposições ou a propor uma referência objetiva (teórico-especulativa, teórico-explicativa ou funcional-técnica) – é considerado numa atividade *comunicativa*, numa relação entre sujeitos, segundo o esquema sujeito/sujeito. Manifesta-se esta racionalidade em um *discurso argumentativo* – em uma troca comunitária e dialógico-dialética de *argumentos*. Tal discurso não objetiva “nem a inferência ou a demonstração necessárias, nem o conhecimento verdadeiro e a explicação universais, nem a adequação e a aptidão funcionais e técnicas mas a plausibilidade razoável-situacional e prático-contextual”. Não se vê aqui a *necessidade* da compossibilidade (sintático-estutural) ou da *verdade* (a correspondência ou a adaptação à realidade), mas a *validade* em sentido prático estrito (a fundamentação ou justificação comunicativas)²¹⁴. Trata-se da racionalidade *prática*, em que “é excluído o absoluto e o impessoal” e afirmado o *histórico-concreto* e a intencionalidade *pragmática*. Essa racionalidade prática comporta algumas dicotomias.

a) A primeira dicotomia corresponde à conhecidíssima distinção estabelecida por Max Weber entre a *racionalidade axiológica* (*Wertrationalität*), orientada a valores, e a *racionalidade finalística* (*Zweckrationalität*), orientada a fins. Em Weber, a *racionalidade* (prática) *axiológica* determina uma ação pela crença consciente no valor absoluto da conduta (valor ético, estético, religioso), sem qualquer relação com o resultado. De sua parte, a *racionalidade finalística* orienta a ação por meio de expectativas no comportamento tanto de objetos do mundo exterior como de outros homens, expectativas estas que se tornam “condições” ou “meios” para o alcance dos fins, que são racionalmente ponderados e perseguidos²¹⁵. O comportamento da primeira racionalidade se dá de acordo com princípios ou normas ao passo que a última se opera segundo uma estimativa de utilidade da ação. Na *racionalidade* (prática) *finalística*, a própria prática se converte em técnica e a fundamentação cede à instrumentalização²¹⁶.

Desse modo, aproxima-se “a racionalidade prática, como técnica, da última modalidade referida à racionalidade teórica [racionalidade teórica funcional], em termos

²¹³ NEVES, A. C. *Metodologia jurídica*, p. 36.

²¹⁴ Idem, p. 36-37.

²¹⁵ WEBER, M. *Economia y sociedad*, p. 22-23.

²¹⁶ NEVES, A. C. *Metodologia jurídica*, p. 38.

de se acabarem por confundir”²¹⁷. Mais do que isso, a razão teórica se torna, assim, razão prática, e a prática, tecnologia. É assim que “A racionalidade prática seria uma racionalidade científico-tecnológica e transformar-se-ia desse modo no modelo operatório de uma ‘engenharia social’ – a *social engineering* sugerida por E. POUND (*sic*) e retomada por K. POPPER”²¹⁸.

O que se tem aqui, portanto, é que no âmbito de uma racionalidade prática – como a racionalidade argumentativa – abre-se espaço para um finalismo/instrumentalismo que se aproxima decisivamente da racionalidade teórica que ligava o sujeito ao conhecimento do objeto e que tinha sua validade dependente da adequação eficiente do objeto à sua finalidade.

A *racionalidade finalística*, orientando especificamente os pensamentos econômico e político, é tida como a *racionalidade estratégica*, que é a base ou o princípio regulativo das “teorias racionais da decisão” ou “teorias empírico-analítica da decisão prática”. A *racionalidade estratégica*, neste sentido, deverá opor-se à *racionalidade discursiva*. A racionalidade estratégica “traduzir-se-á, pois, na justificação da escolha entre diversas possíveis acções por certos critérios ou regras determinados por um *princípio de optimização na realização de um certo objectivo*”²¹⁹. A justiça da decisão cede a uma racionalidade de optimização funcional ou tecnologicamente calculável, que conforma o pensamento teórico-analiticamente estratégico²²⁰.

b) As categorias da *racionalidade axiológica* e da *racionalidade finalística* podem ser assimiladas respectivamente com a *racionalidade material* e com a *racionalidade formal*, que também são utilizadas na obra weberiana²²¹. Com efeito, a *racionalidade axiológica* corresponderá sempre a uma *racionalidade material*, “pois o acento é decerto posto nos ‘valores’, e assim no sentido material que confere à prática que os refere”. De outra parte, a *racionalidade finalística* verá os “valores” que definem os objetivos práticos com menos relevância do que o correto cumprimento do esquema funcional

²¹⁷ NEVES, A. C. **Metodologia jurídica**, p. 38.

²¹⁸ Idem, p. 39.

²¹⁹ Idem.

²²⁰ Idem, p. 39-40.

²²¹ Uma dicotomia que consubstancia, no universo jurídico, “la inevitable contradicción entre el formalismo abstracto de la lógica jurídica y la necesidad de que se cumplan, a través del derecho, ciertos postulados materiales”(“a inevitável contradição entre o formalismo jurídico abstrato da lógica jurídica e a necessidade de que se cumpram, por meio do direito, certos postulados materiais.”) (Tradução livre.) WEBER, M. **Economía y sociedad**, p. 147.

(função/efeitos) ou do esquema técnico ou instrumental (meio/fim) para alcançar aqueles objetivos práticos²²².

O pensamento orientado à *racionalidade material* pretende que a validade seja expressão de um *fundamento material*:

A conclusão, a posição, a pretensão e decisão práticas têm-se por válidas porque são racionalmente sustentadas ou justificadas por algo materialmente pressuposto que se entende susceptível de dar sentido positivo (justamente fundamentante ou legitimante) à prática – seja esse algo de natureza ontológica, antropológica, axiológica, sociológica, etc.²²³.

Aqui o essencial é o conteúdo e secundário o modo de obtenção, vigorando o princípio da “única solução válida”. A legitimação (validade) se dá pelo fundamento material. De acordo com a *racionalidade formal*, justifica-se ou legitima-se a validade quanto à qualquer atitude prática desde que se expressem por meio do “processo”:

O que neste caso dá validade a qualquer daquelas atitudes práticas deixa de ser um fundamento (material, que se invoque e que se manifestaria no seu conteúdo) para ser o procedimento (decerto orientado por regras convencionadas ou institucionalizadas) que a elas conduziu e as constituiu²²⁴.

Aqui o essencial é o modo de obtenção, e secundário o conteúdo. Portanto, admitem-se nesse modelo soluções de conteúdos diferentes, como por um *princípio de equivalência ou indiferença material*. A legitimação (validade) se dá pelo “processo” (Luhmann).

Enquanto a racionalidade formal é sinônimo de calculabilidade, a racionalidade material coincidirá com a presença de exigências éticas²²⁵.

É importante destacar que todas as racionalidades aludidas têm sido assumidas pelo pensamento jurídico na sua tarefa de realização do Direito. Em seu percurso crítico sobre as assunções de racionalidade, Castanheira Neves considera como determinante a concepção de Direito pressuposta pelo pensamento jurídico e a atitude intencional desse pensamento perante o Direito.

²²² NEVES, A. C. *Metodologia jurídica*, p. 43.

²²³ Idem.

²²⁴ Idem.

²²⁵ WEBER, M. *Economia y sociedad*, p. 83.

Nessa perspectiva, seriam três as atitudes intencionais do pensamento jurídico que se percebem fundadas em determinada racionalidade: a) uma atitude *dogmática-cognitiva* ou *analítico-explicativa* de intenção *teorética* de busca da verdade (essencialista, positivista ou empirista); b) atitude socialmente tecnológica, que tem o Direito como instrumento numa intenção de utilidade e *performance*; c) atitude *prático-jurisprudencial*, que compreende o Direito como validade (axiológico-normativa) de realização problemática, intencionando a determinação do sentido normativo por meio de uma mediação judicativa dos problemas que a solicitam²²⁶.

Primeira: A **atitude dogmática-cognitiva** ou **analítico-explicativa**, que pode ser considerada a atitude tradicional, guarda uma perspectiva teórica. Ela vê o Direito como objeto e o pensamento jurídico, em todos os seus momentos, com uma intenção *teorética* seguindo o princípio de que o jurista cumpriria todas as suas tarefas, aquelas do decidir no concreto, inclusive, mediante o conhecimento. A decisão jurídica, portanto, “seria redutível a um conhecimento” na medida em que o Direito, “a todos os níveis de realização, iria ou *pressuposto* ou *dado*”, excluindo-se, assim, a vontade decisória ou mesmo “uma mediação normativa constitutiva pelo pensamento jurídico”. Nessa linha de orientação, o universo jurídico deve assumir-se numa “intenção de verdade”²²⁷. Por consequência, a pretensão fundamental da concepção de Direito correspondente a esta racionalidade consiste em estabelecer, com exatidão e de uma vez por todas, o sentido ou o significado de todos os termos jurídicos de maneira que faça possível realizar um raciocínio tão estrito como aquele que tem lugar no modelo matemático²²⁸.

Para os propósitos do estudo, especialmente em face do que será apresentado no capítulo 5, é importante identificar o pertencimento do positivismo jurídico (normativista-legalista e analítico-linguístico) à racionalidade formal dessa atitude normativista. De fato, essa concepção normativista e estritamente dogmática do Direito o considera já posto pela decisão política, afirmando ainda que “esse direito imposto seria unicamente aquele a que, na sua objectiva prescrição, o jurista deveria atender (“o direito que é, não o direito que deve ser”). Como consequência dessa racionalidade orientada por uma intencionalidade que culmina na lógica, o normativismo busca “expressar uma legalidade

²²⁶ As linhas centrais das atitudes **normativista, funcionalista e jurisprudencialista** foram adiantadas no item 2.4, *supra*.

²²⁷ NEVES, A. C. **Metodologia jurídica**, p. 49-50.

²²⁸ ORTEGA, M. S. **La racionalidad jurídica**, p. 75.

prescrita e [...] manifestar a verdade de uma dogmática simplesmente reprodutivo-conceitualista ou reprodutivo-analítica”²²⁹.

Assimilando uma dogmática sistemático-conceitual, o positivismo jurídico “abandona o empenho filosófico por uma intenção tão-só metodológica”. Essa dogmática é vista, pois, como um sistema fechado “de uma auto-subsistência racional (lógico-racional) para uma aplicação racionalmente dedutiva ou lógico-subsuntiva – o ‘paradigma da aplicação’”.

Encontra-se aqui a denominada concepção mecânica da função judicial, que propunha um modelo no qual o agente encarregado da realização do Direito desempenham um papel puramente cognitivo que se reduz à realização de uma série de operações lógicas. O trabalho do juiz, assim, limita-se a um puro ato de conhecimento, qual seja, o de compreender o significado da lei e comparar a descrição dos fatos que esta faz com os fatos do caso que reclama sua decisão. Tem-se, portanto, como trabalho judicial o exercício de uma função silogística (a premissa maior vem representada pela norma geral, a premissa menor pelos fatos e a conclusão seria a sentença)²³⁰.

Em tais condições, essa racionalidade e o pensamento jurídico que lhe corresponde tendem a “oferecerem-se de índole formal e a estruturarem-se em termos lógicos, e como uma lógica, tanto no plano da elaboração dogmática como no plano da aplicação decisória [...] por estrita coerência intencional”²³¹.

Negando a importância dos elementos materiais e preocupando-se com as relações e ordens de relações entre proposições, a lógica formal pretende “fornecer uma forma correta de pensar, independentemente do conteúdo material ou da situação concreta em que este pensamento será aplicado”²³².

Mais especificamente, essa concepção nega de um modo absoluto a possibilidade de criação judicial do Direito, de modo que a racionalidade da lei se translada à decisão

²²⁹ Importante a identificação, levada a efeito pelo autor, das diversas concepções de Direito que poderiam ser compreendidas nesta atitude teórica: “postularam esta atitude concepções do direito de pensamentos jurídicos tão diferentes como o *jusnaturalismo* (um certo *jusnaturalismo*, o *jusnacionalismo* normativista), o *positivismo* jurídico (o positivismo do normativismo legalista e o positivismo analítico-linguístico) e o *realismo* jurídico (o realismo sociológico originário de Ehrlich, os realismos escandinavo e americano ou *legal realism*)”. (NEVES, A. C. **Metodologia jurídica**, p. 50). A escola da exegese, que dominou o pensamento jurídico durante boa parte do século XIX, é provavelmente a corrente doutrinária que encarnou de um modo mais fiel o espírito desta concepção mecânica da função judicial. (ORTEGA, M. S. **La racionalidad jurídica**, p. 75)

²³⁰ ORTEGA, M. S. **La racionalidad jurídica**, p. 75.

²³¹ NEVES, A. C. **Metodologia jurídica**, p. 49-52.

²³² MONTEIRO, C. S. **Teoria da argumentação e nova retórica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 28.

judicial, mesmo porque esta só representaria a concretização das prescrições gerais formuladas na norma²³³.

Segunda: A **atitude socialmente tecnológica** compreende o pensamento jurídico como uma tecnologia – uma “tecnologia social” ou uma “*social engineering*”. Concebido como um instrumento – um “meio” ou uma “função” – o Direito não corresponderia a uma “entidade objectiva de autônoma subsistência”, encontrando-se, neste sentido, “submetido e manipulado por uma racionalidade finalística, funcional e tecnológica”²³⁴.

O objetivo da *atitude socialmente tecnológica* é o de

convocar o pensamento jurídico (encarne ele no legislador, no juiz ou no jurista em geral) para a preparação ou a definição, através do Direito, das soluções socialmente mais convenientes – não as soluções axiológico-normativamente válidas e normativamente fundadas, e sim as soluções finalístico-programaticamente mais oportunas ou úteis e instrumentalmente adequadas ou eficazes – no pressuposto de uma básica preferência pela pragmática utilidade (e a sua racional eficiência) relativamente à axiológica justiça (e a sua apelativa normatividade) ou da *performance* relativamente à *validade* – o técnico-sociologismo é sempre um utilitarismo²³⁵.

A decisão jurídica concreta, nessa posição, orientar-se-ia de acordo com o mesmo princípio regulativo das “teorias racionais da decisão” (*rational choice theories*, teorias do *decision making*) ou teorias empírico-analíticas da decisão prática. Mediante um comportamento racional estratégico, “a alternativa jurídica na concreta situação consiste em regra na decisão sobre a questão de saber se um determinado conceito jurídico pode ser considerado como preenchido”, sendo que “a resposta afirmativa ou negativa resultaria de saber que efeitos uma ou outra dessas respostas provocaria e se esses efeitos, referidos ao fim da norma e segundo a perspectiva do decidente [...] seriam ou não desejáveis”²³⁶.

Ainda que o método tradicional (dogmático-normativo) sirva como forma de justificação *a posteriori* da decisão, na verdade “tudo dependeria da determinação concreta das ‘condições de aplicação’ do conceito-norma, já que só em referência a essas condições se poderiam definir as alternativas da norma na situação concreta”²³⁷. Em outras palavras, o fim da norma em abstrato permite verificar se os efeitos decorrentes de sua situação alcançável com uma norma concreta seriam positivos ou negativos, sendo esses efeitos “o

²³³ ORTEGA, M. S. *La racionalidad jurídica*, p. 75.

²³⁴ NEVES, A. C. *Metodologia jurídica*, p. 54.

²³⁵ *Idem*, p. 55-56.

²³⁶ *Idem*.

²³⁷ *Idem*.

critério da valoração que levaria ou não a reconhecer verificadas as condições de aplicação da norma”²³⁸.

Quanto à função judicial, o juiz deve atuar “para além do campo fechado dos direitos subjetivos determinados pela lei – ele é responsável pela conservação e promoção de interesses finalizados por objetivos sócio-económicos e regulados por normas técnicas correspondentes”, competindo-lhe um “‘instrumento dinâmico’ e de oportunidade que o afasta do ‘aplicador passivo de regras e princípios pré-estabelecidos’ e o faz ‘colaborar na realização de finalidades sociais e políticas’”²³⁹.

Esta concepção funcional e sociológica se opõe, como se verifica, às ideias de a atividade judicial ser reduzida a um mero silogismo e à de uma posição passiva do juiz, começando a destacar-se o papel criador da função judicial²⁴⁰.

Terceira: A **atitude *prático-jurisprudencial***, situada no domínio da *racionalidade prática*, em reconhecedora das exigências da *práxis* no sentido próprio, isto é, de uma prática voltada à ação “como *agir* de condição comunitária e sentido intencional, segundo a estrutura sujeito/sujeito, e a distinguir da *techné*, da técnica referida ao proceder como *fazer* de adequação eficiente segundo o esquema meio/fim”²⁴¹.

Essa posição compreende o Direito como *validade* (axiológico-normativa) de realização problemática em que o pensamento jurídico é chamado a resolver *problemas* práticos numa atitude *prático-jurisprudencial* (pensamento jurídico como *pensamento judicativo-decisório*). O Direito apenas obtém realidade por meio dessa realização problemática, isto é, “através de uma sua realização que assuma judicativo-decisoriamente uma específica problematicidade normativa”. O Direito aqui é concebido, portanto, como “problema de uma validade problemático-judicativamente realizanda, a solicitar conseqüentemente um pensamento *prático-jurisprudencial*”²⁴². Em outras palavras, essa concepção argumentativa ou tópico-retórica do raciocínio judicial é caracterizada por um giro ou deslizamento desde o sistema para a decisão discursivo-racionalmente elaborada²⁴³.

A racionalidade prática argumentativa muito dificilmente terá *índole material* e isso é realmente importante porque demonstra a possibilidade de abertura do discurso jurídico à

²³⁸ NEVES, A. C. **Metodologia jurídica**, p. 55-56.

²³⁹ Idem, p. 60.

²⁴⁰ ORTEGA, M. S. **La racionalidad jurídica**, p. 76.

²⁴¹ NEVES, A. C. **Metodologia jurídica**, p. 71.

²⁴² Idem.

²⁴³ ORTEGA, M. S. **La racionalidad jurídica**, p. 78.

orientação utilitarista. Isso porque a natureza material de uma racionalidade prático-jurídica

parece fortemente prejudicada pela reconhecida e inegável insuficiência, tanto extensiva (pela lacunosidade e abertura) como intensiva (pela indeterminação normativa, a vaguidade lingüística, etc.) dos sistemas de direito pressupostos, a solicitarem uma ampla autonomia constitutiva da mediação problemático-decisória tanto no que toca aos critérios invocáveis como às possibilidades judicativas²⁴⁴.

Por essa razão, tanto a racionalidade prática tópico-retórica quanto a racionalidade argumentativa constituiriam racionalidades procedimentais e estariam expostas à *racionalidade finalística* – que permite surgir o utilitarismo como diretor do pensamento jurídico e do raciocínio judicial, particularmente. Isso porque a validade do enunciado normativo dependeria do resultado de um proceder (o discurso racional) e não atenderiam, por si só, as exigências de uma racionalidade jurídica – que tem de ser de natureza material²⁴⁵.

Percebe-se, assim, como as alternativas metodológicas que se apresentam frente ao positivismo de índole normativista-legalista encontram-se abertas à lógica da instrumentalização do Direito e da funcionalização do atuar judicial, uma lógica própria do utilitarismo. Compreende-se, por conseguinte, que não seria impossível a adoção de uma *racionalidade finalística* – ligada à ética utilitarista – no exercício da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quanto mais quando suas decisões reconhecidamente podem afetar de modo decisivo os objetivos sociais, políticos ou econômicos identificados, em determinada conjuntura histórica, como de importante realização.

²⁴⁴ NEVES, A. C. **Metodologia jurídica**, p. 71.

²⁴⁵ Quando sustenta que a racionalidade jurídica não poderá ser apenas processual (ou procedimental), Castanheira Neves expressa que “o decidir jurídico pressupõe e encontra fundamento numa *a priori* validade normativamente vinculante” que confere “sentido à própria comunicação juridicamente participativa”. (NEVES, A. C. **Metodologia jurídica**, p. 73) O juízo proferido “concretamente no jurídico decisório de realização judicativa” não terá de ser “apenas racional-argumentativamente concludente e sim normativamente fundado na validade normativo-dogmática do sistema jurídico vigente”. Esse juízo, com efeito, “não poderá obedecer simplesmente às condições e regras do discurso da razão prática, terá que realizar fundadamente em concreto a validade jurídica”. (NEVES, A. C. **Metodologia jurídica**, p. 74)

2.5 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

O papel de destaque assumido pelos estudos econômicos na área do Direito e o fascínio que se percebe existente em uma – suposta – louvável interdisciplinaridade que se propõe a emprestar racional impulso de utilidade ao fenômeno jurídico recomendam um exame aparte.

Talvez nada seja mais danoso ao projeto humanitário do direito da segurança social do que a colonização do justo e do bem pela surda mecânica dos estatutos econômicos.

Na medida em que o presente trabalho levanta crítica ao pensamento econômico de extração utilitarista na aplicação do Direito Previdenciário, identificando este proceder na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a partir do final do século XX, justifica-se, de fato, uma investigação mais atenta da análise econômica do Direito (ou teoria econômica do direito, ou interpretação econômica do direito, ou Direito e Economia), que tem no mercado o critério de racionalidade e em sua eficiência o elemento justificador do Direito²⁴⁶. Um típico exemplo de emprego de uma racionalidade instrumental de índole formal.

As raízes deste tipo de abordagem econômica podem ser encontradas nos escritos criminais de Beccaria (1770) e em Bentham (1789), os quais tinham como objeto o modo como as normas jurídicas afetam o comportamento dos indivíduos. Em Bentham se encontrou a ideia de que tanto a probabilidade como a magnitude das sanções destinam-se a inibir a prática de crime, de modo que as sanções deveriam ser usadas quando elas realmente pudessem prevenir o ilícito, mas não quando elas não pudessem fazê-lo, como no caso de insanidade²⁴⁷.

A lógica utilitarista de que indivíduos racionais agem de modo a fomentar seu bem-estar ou utilidades se encontra nos alicerces sobre os quais se edificou a análise econômica do Direito. Esta corrente teórica propõe a aplicação da abordagem econômica não apenas nas áreas de regulação econômica, que se revelam imediatamente ligadas à economia (direito da concorrência, comércio internacional, por exemplo), mas também para todas as áreas do direito. A interpretação econômica do Direito é conformada pelo pensamento de que a lógica do Direito guarda estrita correspondência à lógica econômica, o que fez penetrar na práxis jurídica, não sem impulso da agenda teórica do realismo jurídico norte-

²⁴⁶ ATIENZA, M. *El sentido del derecho*, p. 137.

²⁴⁷ SHAVELL, S. *Economic analysis of law*. New York: Foundation Press, 2004. p. 3.

-americano, o raciocínio orientado a medir as consequências econômicas de uma determinada decisão judicial, segundo o critério da eficiência.

Parece importante ligar o perfil atual da análise econômica do Direito, difundido a partir da década de 1960 nos Estados Unidos, com os fundamentos pragmáticos e consequencialistas do Realismo Americano. Se o realismo desde Oliver Holmes se voltava mais para os fatos do que para as normas, colocando ênfase nos efeitos das decisões judiciais, a análise econômica do Direito, também rompendo com o formalismo, propunha-se a identificar em que medida a *common law* se voltava para os resultados que proporcionavam a maximização da riqueza social.

Na perspectiva da análise econômica do Direito, a solução dos problemas jurídicos pressupõe o estudo das suas dimensões econômicas. A eficiência econômico-social de um sistema jurídico apresenta-se como problema fundamental da análise econômica. E a pretensão da análise econômica orienta-se também ao sistema de direito codificado, onde é possível a formulação de regras que adotem critérios que induzam as pessoas a buscar eficiência alocativa²⁴⁸.

Para tanto, a análise econômica concebe o indivíduo como *homo oeconomicus*, isto é, como agente racional maximizador de seu bem-estar em um contexto caracterizado pela escassez de recursos. O comportamento humano responderia às sanções jurídicas de forma muito semelhante ao que responde aos preços.

Os pioneiros da nova análise econômica do Direito foram Ronald Coase e Guido Calabresi²⁴⁹. Em seu famoso artigo “The problem of social cost”, publicado no ano de 1961 no *Journal of Law and Economics*, Coase se valeu de diversas normas e casos jurídicos ingleses e, analisando a relação entre regras de responsabilidade e alocação de recursos, demonstrou que as soluções somente se justificavam com referência a uma análise de custo-benefício e em face de sua aptidão para a melhor alocação de recursos. No mesmo ano de 1961, Calabresi publicou, com objeto semelhante, o artigo “Some thoughts on risk distribution and the law of torts”, no *Yale Law Journal* 70, 499, inserindo a análise econômica em questões jurídicas e referindo que uma análise jurídica adequada pressupõe o tratamento econômico do problema.

²⁴⁸ SZTAJN, R. Notas de análise econômica: contratos e responsabilidade civil. **Revista de Direito Mercantil**, n. 111, p. 9-28. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 28.

²⁴⁹ POSNER, R. **The economics of justice**. Harvard: Cambridge University Press, 1983. p. 4.

Esses trabalhos viriam provocar na fundação do movimento denominado *The Law and Economics*, posteriormente desenvolvido com a contribuição de Richard Posner, Gary Becker e Henry Manne.

Posner, principal cultor da tendência dominante dessa concepção do Direito, colhe justamente o pressuposto básico da economia – todas as pessoas são maximizadoras racionais de suas satisfações em todas as atividades que implicam uma escolha – para orientar sua versão da análise econômica do Direito²⁵⁰. O Direito é visto essencialmente como conduta, e o modelo de conduta racional é a do homem econômico, assim compreendido, reafirme-se, o indivíduo que persegue seu próprio interesse no âmbito do mercado e orienta seu comportamento de acordo com um único valor, a eficiência econômica. É assim que a racionalidade microeconômica seria identificada também no Direito. Por consequência, da mesma forma que a economia, o Direito seria um sistema de distribuição social de recursos que, mantendo o senso de adequação econômica, rege-se pelo princípio da maximização da riqueza²⁵¹.

Mas o pensamento de que a riqueza social é, ela própria, o único componente do valor social, isto é, o valor em si mesmo, consiste numa “retórica descuidada”, pois “um ganho de riqueza social, considerado por si só e separadamente de seus custos ou de outras conseqüências, boas ou más, não é absolutamente um ganho”. Se a riqueza social, porém, fosse um entre outros componentes do valor social, ao lado da justiça, não haveria sentido em se supor que as pessoas admitam trocar justiça por riqueza na sociedade²⁵².

Segundo a análise econômica, no estabelecimento de regras de conduta, o Direito deverá levar em conta os impactos econômicos que decorrerão destas regras, a alocação dos recursos e os incentivos que influenciam o comportamento dos agentes econômicos privados. Assim, por exemplo, os agentes, mesmo que potencialmente oportunistas, abster-se-ão de quebrar os contratos se os custos de descumprir a promessa forem maiores do que os benefícios de fazê-lo.

É de se observar que a teoria econômica do direito, tanto quanto o utilitarismo, percebe na atribuição de benefícios e na imposição de sanções um mecanismo hábil a maximizar uma consequência desejada (a felicidade ou o bem-estar geral, no caso do segundo, e a riqueza social, no caso do primeiro), incrementando o fluxo das relações

²⁵⁰ POSNER, R. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 473.

²⁵¹ ATIENZA, M. **El sentido del derecho**, p. 139.

²⁵² DWORKIN, R. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 365-368.

econômicas. 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 pelo de eficiência – maximização da riqueza²⁵³.

Note-se que mesmo o critério para a verificação da alocação mais eficiente – o ponto “ótimo de Pareto” – presta-se igualmente a identificar a escolha pela qual se obtém a maximização da felicidade média utilitarista.

Aliás, pode-se reconhecer que a parte normativa da teoria política utilitarista foi aprimorada por meio da análise econômica na teoria do direito. Sustentando que todas as questões normativas de uma teoria do direito devem ser resolvidas a partir da ideia de que as instituições jurídicas compõem um sistema cujo objetivo geral é a promoção do mais elevado bem-estar médio dos indivíduos que compõem uma comunidade, a análise econômica reivindica para si a tarefa de oferecer padrões para identificar e medir o bem-estar desses indivíduos²⁵⁴.

Uma aproximação do pensamento posneriano não prescinde da referência à marca fundamental em seu percurso: a chamada virada pragmática, momento em que Posner deixa o individualismo libertário do mercado livre e da eficiência paretiana como principal critério de avaliação, e passa a ter na maximização da riqueza social agregada o mais alto bem e a meta principal, pelo que a ação do mercado passa a ser considerada um valor de segunda ordem²⁵⁵.

A análise econômica do Direito alinhada ao pensamento de Guido Calabresi constitui uma tendência de oposição à marca neoliberal da concepção de Posner, que ocultaria o fato de o poder estar repartido de maneira muito desigual entre os indivíduos que concorrem no mercado, e porque considerava apenas a eficiência – e não a justiça ou equidade – como valor a se tomar em conta. Tomando como ponto de partida a economia de bem-estar, Calabresi reconhece no mercado o mecanismo mais eficiente para alocação de recursos, mas ressalva que se trata de um modelo ideal, suscetível de distorções no

²⁵³ Também no sentido de que a análise econômica do Direito encontra suas raízes no utilitarismo do século XIII é a opinião de Antonio Manuel Hespanha (**O caleidoscópio do Direito**, p. 203).

²⁵⁴ DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**, p. :XI.

²⁵⁵ LINHARES, J. M. A.; ROSA, A. M. da. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 146.

plano concreto. Isso justifica a necessidade de intervenção do Estado para se atentar aos problemas de desenvolvimento sustentável e justiça distributiva²⁵⁶.

Pode-se falar aqui em uma conciliação entre os cálculos econômicos e o mundo dos valores²⁵⁷, mesmo que o Direito, especialmente para a corrente moderada – fora da “Escola de Chicago” – ainda guarde o escopo específico de suprir ou neutralizar as falhas do mercado:

O objetivo da atuação estatal é, assim, claro e delimitado: eliminar (ou reduzir) essas falhas, para que se tenha como resultado o melhor grau de eficiência alocativa possível, ou seja, logre-se obter um ambiente econômico como se falhas não houvesse²⁵⁸.

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 eficiência²⁵⁹.

Comumente, a análise econômica do Direito é apresentada sob duas vertentes: uma positiva ou explicativa e outra normativa ou prescritiva.

A primeira perspectiva diz respeito ao aspecto positivo da teoria econômica do direito. De caráter descritivo, ela se caracteriza pela abordagem do sistema jurídico tal como ele se apresenta, investigando os efeitos das normas vigentes e das decisões judiciais. Em seus devidos termos, aponta que “o direito pode ser mais bem compreendido em termos de maximização da riqueza e busca de benefícios [*rent-seeking*], a primeira sendo o domínio do *common Law*, a segunda o do direito legislado”²⁶⁰. A análise econômica serviria ao Direito porque, de um lado, permitiria a identificação dos efeitos econômicos de determinada norma jurídica ou decisão – analisaria a relação entre custo e benefício das políticas jurídicas e das decisões proferidas – e, de outro lado, explicaria a razão pela qual determinadas normas jurídicas encontram lugar no Direito²⁶¹.

²⁵⁶ ATIENZA, M. **El sentido del derecho**, p. 139.

²⁵⁷ FERRARESE, M. R. **Diritto e Mercato**. Turim: G. Giappichelli Editore, 1992. p. 440.

²⁵⁸ FORGIONI, P. A. Análise econômica do Direito (AED): paranóia ou mistificação? **Revista de Direito Mercantil**, n. 111, p. 9-28. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 24.

²⁵⁹ CALABRESI, G. About Law and Economics: a letter to Ronald Dworkin. **Hofstra Law Review**, n. 8, p. 553-562, 1980, p. 555.

²⁶⁰ POSNER, R. **Problemas de filosofia do direito**, p. 486.

²⁶¹ FORGIONI, P. A. Análise Econômica do Direito (AED): paranóia ou mistificação?, p. 25.

A segunda perspectiva deixa transparecer o aspecto normativo da *Law and Economics*. Indo além da descrição da realidade jurídico-institucional e suas consequências socioeconômicas, ela se qualifica por seu caráter prescritivo, qual seja, o de que “devemos fazer com que o direito se ajuste o máximo possível aos ditames da maximização da riqueza”²⁶², garantindo as condições de liberdade e segurança às transações mercantis²⁶³.

Nisso estariam os verdadeiros benefícios de *Law and Economics*: “[...] Em identificar e deixar claro aos legisladores e juízes as reformas que são – e as que não são – necessárias para o bem da eficiência”²⁶⁴.

Se Posner acaba por reconhecer que as duas vertentes na análise econômica “não são tão separadas assim”, o que ilustraria a falta de um limite claro entre proposições do “ser” e do “dever ser”²⁶⁵, nem por isso deixam de ter procedência as críticas à teoria econômica do direito ao argumento de conter elementos de tipo ideológico. Com efeito, de maneira mais ou menos imperceptível, passa-se do descritivo ao normativo: do fato de as normas (ou certo tipo de normas) perseguirem a eficiência econômica se infere que necessariamente tem de ser assim, e que, por tal razão, a eficiência é o único critério com que medir a justiça de um sistema jurídico²⁶⁶. Para além disso, “os elementos de desigualdade e de conflito existentes no Direito tendem a cobrir-se com um manto de tecnicismo que dá ao poder uma aparência de neutralidade”. E, assim, “a capacidade de traduzir um problema em termos quantitativos o convertesse em uma questão puramente técnica, para cuja solução não é necessário para nada que intervenham juízos de valor”²⁶⁷.

A vertente normativa pretende que se utilize a teoria econômica para prescrever, segundo o critério da maximização da riqueza social, o conteúdo das normas e o valor máximo do ordenamento jurídico. Mas tal préstimo deve ser dispensado, porque inconciliável com outros valores abarcados pelo Direito e transformados em premissas implícitas do ordenamento:

o afastamento da lógica puramente econômica não é uma questão de ojeriza ou preconceito, mas uma imposição a ser atendida tendo em vista o funcionamento, desde seu fundamento jurídico, visando ao dinamismo

²⁶² POSNER, R. **Problemas de filosofia do direito**, p. 486.

²⁶³ ATIENZA, M. **El sentido del derecho**, p. 139.

²⁶⁴ HANSON, J.; HART, M. *Law and Economics*. In: PATTERSON, D. (Ed.). **A Companion to Philosophy and Legal Theory**. Malden: Blackwell, 2005. p. 325.

²⁶⁵ POSNER, R. **Problemas de filosofia do direito**, p. 503.

²⁶⁶ ATIENZA, M. **El sentido del derecho**, p. 138.

²⁶⁷ Idem.

do mercado de acordo com uma lógica também jurídica (e não apenas econômica)²⁶⁸.

Pelo que se articulou até agora, pode-se intuir que a adoção do método da análise econômica para resolução judicial dos problemas envolvendo a Previdência Social implicaria um nefasto juízo deliberativo restritivo, com vistas à redução das despesas públicas e promoção da eficiência. Os princípios que estruturam os direitos sociais fundamentais se curvariam às estratégias para a ótima alocação de recursos segundo a lógica econômica.

Tal intuição restará confirmada após exame dos principais pontos da teoria da decisão judicial de Richard Posner, um pragmatismo jurídico ligado pelo ponto de vista econômico.

Quanto à sua teoria da decisão judicial com fundamento na análise econômica, Richard Posner a formula após a *Pragmatic turn*, uma tentativa de adaptação-correção ou mesmo preservação da *Chicago Trend*, mediante “reavaliação drástica das pretensões de cientificidade e objectividade que dominaram a primeira etapa do movimento”, renunciando à possibilidade “de um sistema pré-determinado (de ‘conceitos e de princípios económicos básicos’) – e com ela a exigência de conceber a prática e o pensamento jurídicos como uma desimplicação lograda deste sistema”²⁶⁹.

A chamada *theory of pragmatic adjudication* de Posner liga-se a uma política welferista – promoção do bem-estar ou riqueza social – a que se chega por trabalho de natureza pragmático-econômica, isto é, um modelo que converte a pragmática da comparação das consequências em um método de escolha racional sustentado no critério único de maximização da riqueza, mas que submete a determinação dos custos e benefícios ao filtro racionalmente objetivo do valor²⁷⁰. Segue daí a imagem do juiz como um maximizador racional (*rational maximizer*).

Para se alcançar tal construção, Posner busca confirmar sua hipótese de que é impossível uma autêntica reflexão metodológica: “[...] there is no such thing as ‘legal reasoning’. Lawyers and judges answer legal questions through the use of simple logic and the various methods of practical reasoning that everyday thinkers use”²⁷¹.

²⁶⁸ FORGIONI, P. A. Análise econômica do Direito (AED): paranóia ou mistificação?, p. 25.

²⁶⁹ LINHARES, J. M. A; ROSA, A. M. da. *Diálogos com a Law & Economics*, p. 146.

²⁷⁰ Idem, p. 166.

²⁷¹ “Não existe algo como raciocínio jurídico. Advogados e juízes respondem questões legais por meio do uso de lógica simples e dos vários métodos de raciocínio prático os pensadores usam a cada dia.”

Mas o ponto de partida do processo de tomada de decisão judicial sempre será um acervo de critérios (*rules and standards*) que repousam em um tecido de conceitos (*concepts*).

Na interpretação do direito escrito, os juízes devem primeiramente extrair o conceito dos textos jurídicos, isto é, interpretar estes textos²⁷². Mas mesmo a interpretação do texto consiste em uma mediação pragmática. A textualidade não é constitutiva da juridicidade²⁷³, pois a essência da interpretação no processo de decisão é orientada às consequências das alternativas decisões. É por isso que “There are no ‘logically’ correct interpretations; interpretation is not a logic process”²⁷⁴.

Na adjudicação judicial da *common law* a tarefa passa a ser a de reconhecer ou determinar os princípios ou políticas que informam ou sustentam o domínio normativo em causa, princípios ou políticas reduzidos a uma ordem de fins²⁷⁵. Os conceitos da *common law* devem ser justificados em razão de sua pertinência a um determinado objetivo público (*public policy*)²⁷⁶.

Para a teoria da decisão judicial de Posner, é fundamental a distinção feita por Herbert Hart entre casos rotineiros (*clear cases*) e casos difíceis (*hard cases*)²⁷⁷. Os casos rotineiros são aqueles que podem ser decididos por técnicas legalistas ou esquemas metódicos em face de um acervo de materiais dados (normas, precedentes e princípios)²⁷⁸.

Mas esses materiais jurídicos, confrontados com os casos difíceis, são incapazes de consumir o processo de tomada de decisão, limitando-se a enquadrar “uma área aberta” (*an open area*) de possibilidades discricionárias²⁷⁹, uma área aberta criada pela incerteza jurídica em que o juiz é um legislador:

Even if judges wanted to forswear any legislative, any political, role and be merely the “oracles” of the law, transmitting directives rather than directing, they could not do so in the conditions in which they find

(Tradução livre.) POSNER, R. A. **The problems of jurisprudence**. London: Harvard University School, 1990. p. 459.

²⁷² Idem, p. 248.

²⁷³ LINHARES, J. M. A.; ROSA, A. M. da. **Diálogos com a Law & Economics**, p. 173.

²⁷⁴ “Inexistem interpretações logicamente corretas; interpretação não é um processo lógico.” (Tradução livre.) POSNER, R. A. **The problems of jurisprudence**, p. 460.

²⁷⁵ LINHARES, J. M. A.; ROSA, A. M. da. **Diálogos com a Law & Economics**, p. 175.

²⁷⁶ POSNER, R. A. **The problems of jurisprudence**, p. 249.

²⁷⁷ Elaboração construída em sua obra **The concept of Law** (1961). HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 2. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

²⁷⁸ POSNER, R. A. **How judges think**. London: Harvard University Press, 2008. p. 76.

²⁷⁹ LINHARES, J. M. A.; ROSA, A. M. da. **Diálogos com a Law & Economics**, p. 243.

themselves. A combination of structural and cultural factors imposes a legislative role on our judges that they cannot escape²⁸⁰.

Daí que a tarefa de preenchimento da área aberta seja apoiada em um pensamento pragmático voltado aos fatos e às consequências da decisão judicial. E aí o exercício pressupõe a especificação das consequências relevantes e os pesos correspondentes, nos limites em que o Direito permite os julgamentos políticos (*policy judgments*). No constrangimento dos juízes às “regras do jogo judicial”, descobrem-se os efeitos juridicamente relevantes²⁸¹.

Neste sentido, a intenção de razoabilidade como critério de relevância de determinadas consequências somente se realiza

se estivermos em condições de estabelecer (ou de garantir) um equilíbrio permanente (não arbitrário ou o menos arbitrário possível) entre consequências imediatas (*case-specific ad hoc consequences*) e consequências mediatas ou sistêmicas (*systemic consequences*)²⁸².

Se os materiais jurídicos, na perspectiva das exigências de autonomia que distinguem as teorias legalistas, prestam-se apenas a enquadrar a área aberta, no pragmatismo jurídico de Posner eles também são convocados como critérios que restringem o espaço de arbítrio do julgador, viabilizando a análise programática (*policy analysis*). Esses materiais são tratados como se fossem programas finais e sua execução táctica permite a realização do equilíbrio entre as consequências imediatas e as consequências sistêmicas, orientando ademais o julgador na seleção dos efeitos relevantes²⁸³.

A execução táctica dos programas finais encontrados nos materiais jurídicos consiste em dar atenção à especificidade-dificuldade do caso encontrado e, invocando o espectro dos efeitos sociais previsíveis, “prosseguir uma sincronização maximizadora dos fins (dos fins escolhidos e pré-determinados pela *rules* e pelos *standards* vigentes)”²⁸⁴. Isso significa

²⁸⁰ “Mesmo se os juízes buscassem evitar qualquer papel político ou legislativo e serem meramente os “oráculos” da lei transmitindo direções em vez de dirigir, eles não poderiam fazê-lo nas condições em que se encontram. Uma combinação de fatores estruturais e culturais impõem um papel legislativo a nossos juízes de que eles não podem escapar.” (Tradução livre.) POSNER, R. A. **How judges think**, p. 372.

²⁸¹ LINHARES, J. M. A.; ROSA, A. M. da. **Diálogos com a Law & Economics**, p. 261.

²⁸² Idem.

²⁸³ Idem, p. 263.

²⁸⁴ Idem.

uma exigência de ir completando os projetos legislativos e de prosseguir (adaptar) políticas (*policies*) jurisprudenciais como concepções não escritas.

Na medida em que se pode identificar o objetivo que subjaz a um princípio jurídico relevante, os princípios, em Posner, são reduzidos a *policies*, objetivos ou programas políticos que se beneficiam de maior consenso²⁸⁵. Esses programas políticos correspondentes a representações sociais consensualmente partilhadas são oferecidos como critérios do equilíbrio socialmente desejável entre consequências imediatas e sistêmicas e, por isso, exigem tática que os maximize. Na área aberta, o que se realiza, então, é uma análise de políticas (*policy analysis*).

E para esta investigação Posner se vale do arsenal teórico e das categorias a que convergem as propostas da análise econômica do Direito (*maximization, utility, self-interest, perfect market, costs of transaction*) para reafirmar a figura do juiz maximizador da riqueza:

Porque se trata ainda de reconhecer que a prática judicial típica se reconduz freqüentemente a uma ponderação custo/benefício especificamente econômica – tanto mais clara quanto mais consensualmente solucionáveis se manifestarem os problemas jurídicos em causa [...] –, reconhecendo simultaneamente que a dificuldade de a representar descritiva e explicativamente assim (agravada decerto nos casos mais duros) se deve exclusivamente ao peso de uma tradição dominante – precisamente aquela que, ao permitir outros recursos (para além daqueles que a *economic analysis* especificamente proporciona), privilegia as exigências (e o quadro estabilizador) de um pragmatismo inespecífico²⁸⁶.

O que importa para a análise econômica do Direito é a maior ou menor eficiência das operações negociais, normas jurídicas e decisões judiciais, pois todas elas afetam a alocação de recursos nos sistemas produtivos.

Na visão de Dworkin, um dos maiores críticos da análise econômica do Direito, o argumento de que “a lei será economicamente mais eficiente se os juízes forem autorizados a levar em conta o impacto econômico de suas decisões” deixa de responder as questões que realmente importam: a) é justo que eles procedam assim? b) podemos considerar critérios econômicos como direito existente? c) decisões com base no impacto econômico têm uma maior ou menor peso moral?²⁸⁷

²⁸⁵ LINHARES, J. M. A.; ROSA, A. M. da. *Diálogos com a Law & Economics*, p. 248.

²⁸⁶ Idem, p. 274.

²⁸⁷ DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*, p. 11.

Como inicialmente destacado, o presente capítulo guarda o objetivo fundamental de demonstrar em que termos a doutrina utilitarista é adotada na realização judicial do Direito, tendo real espaço nas diversas vertentes metodológicas e, portanto, potencialidade atual para influir a concretização normativa pela atuação judicial, como se opera em decisões previdenciárias proferidas pelo Supremo Tribunal Federal a partir da última década do século XX, tal como será examinado no capítulo 4.

Por essa razão, a crítica da análise econômica do Direito se dará na terceira parte deste trabalho, quando se dirigirá crítica geral ao consequencialismo econômico na realização do Direito Previdenciário.

PARTE II

CRISE ECONÔMICA E REALIZAÇÃO CONSEQUENCIALISTA DO DIREITO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL

A primeira parte deste estudo foi dedicada à reflexão crítica da teoria ética utilitarista e de sua influência sobre o processo de tomada de decisões judiciais. Também foi demonstrado que o utilitarismo pode acionar o processo de tomada de decisão independentemente da atitude metodológica adotada pelo julgador sempre quando houver espaço para discurso racional argumentativo ou juízos de ponderação de determinados interesses, valores ou bens, desde que empregada a racionalidade prática formal instrumental.

Que no exercício de sua jurisdição constitucional o Supremo Tribunal Federal seja permeável à orientação utilitarista não deve ser, portanto, causa para perplexidades. E tanto mais isso será compreensível quando, embora esteja a tratar de direitos fundamentais sociais, as decisões utilitárias da Suprema Corte sejam percebidas em um momento histórico-político de crise orçamentária e consonantes com programas legislativos restritivos de direitos previdenciários.

A presente seção é dedicada à análise de decisões previdenciárias proferidas pelo Supremo Tribunal Federal às quais se imputa o emprego de uma racionalidade instrumental propriamente utilitarista. A perfeita distinção da índole utilitarista dessas decisões é alcançada, contudo, pelo discernimento de que elas se operam em uma conjuntura econômica crítica e em um ambiente político de retração das políticas de bem-estar. Afinal, é justamente esse contexto histórico que permite observar, de um lado, a instrumentalização do Direito em vista de finalidades sociais e políticas e, de outro lado, a tarefa judicial como “técnica de gestão que visa promover o desenvolvimento econômico e social ótimo da cidade”²⁸⁸.

Neste sentido, o capítulo terceiro não deixa de pavimentar o caminho analítico proposto no capítulo 4: o exame crítico de decisões previdenciárias elaboradas pelo Supremo Tribunal Federal a partir do final da década de 1990 pressupõe a compreensão de

²⁸⁸ NEVES, A. C. *Metodologia jurídica*, p. 60.

que elas são forjadas em um específico momento histórico de desafio econômico e de um suposto desequilíbrio de contas deste campo da Seguridade Social²⁸⁹.

Cabe ainda uma outra observação introdutória, concernente ao método adotado para a análise histórica das alterações legislativas do sistema previdenciário e para o exame do conteúdo ético das decisões da Suprema Corte.

O método positivista proclama a separação total e rigorosa entre fatos e valores, constatações e julgamentos, pressupondo-se, de acordo com o método pretensamente próprio ao conhecimento nas ciências naturais, a neutralidade axiológica do sujeito em relação ao objeto. Mas o método das ciências naturais, ao exigir um observador neutro e que avalie objetivamente os resultados alcançados com o experimento, é inadequado às ciências sociais.

A perspectiva do presente trabalho não se compagina com essa perspectiva metodológica. Antes, parte da reivindicação de que uma análise teórica descritiva é indissociável da avaliação ou crítica que lhe corresponda. Neste sentido, descrever é avaliar. Mais especificamente, a avaliação reclama uma postura crítica do sujeito; postura aberta, portanto, à subjetividade. Tal orientação evidentemente rompe com a tese central da tradição positivista:

É claro que, no plano da ciência, a interpretação tem se destacado, mais modernamente, por não ser refém da idéia de neutralidade axiológica. Assim, certos ramos da ciência têm-se destacado por entender que há, sim, algum subjetivismo na compreensão de seus fenômenos²⁹⁰.

Assim orientado o presente trabalho, convém reconhecer que a seleção e análise dos materiais humanos, sociais e históricos para a composição do objeto de estudo desta seção foram operadas por uma visão crítica e armada a identificar certa circularidade de implicação entre uma dada realidade histórica – conjunto de fatores políticos, sociais e econômicos – e as decisões judiciais nela produzidas.

²⁸⁹ Para o Secretário do Tesouro Nacional do Governo Lula, Joaquim Levy, como a economia nacional não apresentava nenhum desequilíbrio fundamental, “o primeiro passo para garantir o ambiente de tranqüilidade é ‘a atitude’. Isso significa a sinalização constante do esforço comum de todas as áreas do governo sobre a continuidade da política econômica. Em segundo lugar, diz ele, é afastar alguns fantasmas que rondam o desempenho do Brasil a partir de 2007. ‘Por exemplo, um novo esqueleto na Previdência iria tornar as margens de manobra do próximo governo ainda mais estreitas’, explicou” (**Folha de S. Paulo**, São Paulo, terça-feira, 23 ago. 2005, caderno Dinheiro).

²⁹⁰ CORREIA, M. O. G. Por uma metodologia dos direitos humanos – uma análise na perspectiva dos direitos sociais. **Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social**, Faculdade de Direito da USP, São Paulo, v. 2, n. 4, jul./dez. 2007, p. 119-149 (p. 121).

É evidente que, em menor ou maior grau, as decisões judiciais repercutem no universo socioeconômico. O interessante, porém, é identificar como e em que medida o ambiente socioeconômico repercute em determinadas decisões judiciais a ponto de, em menor ou maior grau, levar a metodologia jurídica a operar, na solução de um problema concreto, de acordo com os postulados do consequencialismo utilitarista.

A fundamental pretensão que esta seção manifesta consiste em demonstrar que desde o final da década de 1990 as principais decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria previdenciária sofrem constrangimentos outros (econômicos, políticos, ideológicos) além dos jurídico-normativos e, por tal razão, orientadas por uma racionalidade instrumental, colocam ênfase nas consequências econômicas e na maximização do bem-estar social.

É necessário admitir desde logo, porém, que não há possibilidade de se comprovar a verdade de tal hipótese, a menos que recusemos o colonialismo metodológico e epistemológico das ciências naturais para reafirmar que, no campo das ciências humanas ou sociais, a verdade que se busca encontrar corresponde a um distinto estatuto epistemológico.

Assegurada por ser evidente (Descartes), a verdade das ciências da natureza, como a física e a biologia, corresponde, tradicionalmente, à noção de exatidão. Essas são as chamadas ciências exatas, modelo da ciência moderna e da ruptura com as verdades alcançadas independentemente da razão. Para se chegar a essa verdade, o caminho a ser perseguido é o da experiência do caso individual e da elaboração de regras universais invariáveis. Há uma busca pela universalização do caso individual como condição para o reconhecimento da verdade. A ideia de previsibilidade é aqui um elemento fundamental.

O caminho de que se valem as ciências experimentais é o método indutivo. Observa determinada particularidade de um fenômeno e, uma vez evidenciada sua repetição, do caso individual extrai uma regra generalizante. Descobrimo-se a verdade, há certeza de que os casos idênticos terão o mesmo resultado. Pelo método indutivo, a experiência geral é formada por um caso individual que confirma a legalidade ou lei geral, de modo que a confirmação nos autoriza a fazer previsões.

De outra parte, os objetos compreendidos pelas ciências humanas ou sociais – o comportamento humano e os fatos sociais – não podem ser descritos ou explicados com base em características exteriores e objetiváveis. Tampouco guardam a nota de previsibilidade ou regularidade. Além disso, nesse universo do saber o sujeito se relaciona com o objeto de conhecimento, a ponto de sua visão de mundo inescapavelmente influenciar o resultado a que alcança.

É inegável que as relações sociais e a prática humana não são uniformes como as experiências naturais, não são lineares assim. Um dos pontos nucleares da hermenêutica filosófica de Gadamer é o de que o método das ciências da natureza é inadequado para o estudo dos fenômenos sociais. A pretensão gadameriana era a de *rastrear por toda parte a experiência da verdade* e legitimar filosoficamente a pretensão de verdade situada fora do âmbito da ciência moderna. Para tanto, fundou o pensamento de que essa legitimação somente pode ser alcançada pelo aprofundamento do *fenômeno da compreensão*²⁹¹.

A verdade absoluta, própria talvez para a geometria, não será encontrada no terreno da vida social. Por essa razão, a conexão entre o substrato político-econômico e as decisões previdenciárias do Supremo Tribunal não se pretenderá demonstrável pelo método científico próprio das chamadas ciências naturais, senão por argumentos que se pretendem dedutivamente válidos.

²⁹¹ GADAMER, H. G. *Verdade e Método I*.

CAPÍTULO 3

A ATMOSFERA DE AUSTRIDADE E AS REFORMAS DE REDUÇÃO DO NÍVEL DE PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA NO BRASIL NA DÉCADA DE 1990

Fundada no primado do mercado (ensino, previdência e planos de saúde privados, privatizações de empresas públicas, delegações de serviços públicos), a hegemonia neoliberal expressa o discurso ideológico de equilíbrio fiscal e rigoroso controle de gastos públicos, buscando a expansão do espaço de livre exploração econômica pela iniciativa privada e um ambiente institucional propício a assegurar o retorno do capital investido²⁹².

Essa hegemonia propicia a emergência de uma atmosfera de austeridade robustecida pelo discurso da crise orçamentária da Previdência Social e, pela via jurídico-constitucional do princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, eleva o princípio da eficiência econômica a valor fundamental, exigindo reformas legislativas tendentes a assegurar formalmente a sustentabilidade deste sistema de proteção social²⁹³. Isso é mais facilmente identificado quando se percebe que

a globalização impõe “restrições” à capacidade regulatória dos entes estatais, impulsionando inclusive uma revisão do próprio papel da regulação jurídica como monopólio do Estado e, de certa forma, promove uma “colonização” da legalidade/legitimidade do direito pela eficácia/eficiência da economia²⁹⁴.

²⁹² Sobre a emergência da ideologia neoliberal, suas contradições e implicações no mundo jurídico, favor conferir: CRUZ, P. M. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo**. Florianópolis: Diploma Legal, 2001. p. 241-242; AZEVEDO, P. F. de. **Direito, Justiça Social e Neoliberalismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 96-97. ANDERSON, P. Balanço do Neoliberalismo. In: SADER, E.; GENTIL, P. (Org.). **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático**. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996. SILVA, C. A. da. **O Direito Econômico na Perspectiva da Globalização**. São Paulo: Renovar, 2000. p. 71-81, 83, e 115-116. CAMARGO E GOMES, M. E. A. Apontamentos sobre alguns impactos do projeto neoliberal no processo de formação de tutelas jurídico-políticas. In: MARQUES NETO, A. R. *et al.* **Direito e Neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar**. Curitiba: EDIBEJ, 1996. MOREIRA, M. M.; GIAMBIAGI, F. Políticas neoliberais? Mas o que é o neoliberalismo? **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 13, p. 171-190. COSTA NETO, N. D. de C.. A ideologia neoliberal e a globalização econômica: o impacto no campo dos direitos fundamentais. **Boletim dos Procuradores da República**, ano IV, n. 44, dez./2001. BARROS, A. T. A embalagem pública do privado. **Revista Veritas**, v. 41, n. 164, dez./1996, Porto Alegre: EDIPUCRS, p. 737-759. SAVARIS, J. A. **Pedágio: pressupostos jurídicos**, Curitiba, Juruá Editora, 2004, 126-136.

²⁹³ Diz-se que as reformas legislativas apenas formalmente se destinam a fortalecer o sistema de Seguridade Social na perspectiva econômica porque, se de um lado elevam as receitas e, restringido direitos, reduzem as despesas com as prestações da Seguridade Social, de outro persistem em prorrogar as desvinculações das receitas da Seguridade Social para qualquer outra finalidade orçamentária (DRU).

²⁹⁴ MORAIS, J. L. B. de. Crises do Estado, democracia política e possibilidades de consolidação da proposta constitucional. In: CANOTILHO, J. J. G.; STRECK, L. L. **Boletim da Faculdade de Direito**

Não se deve desconsiderar, assim, o poder de decisão de comunidades supranacionais, de organizações não governamentais (ONGs) e de organizações econômicas que, no bojo de um capitalismo financeiro,

esvazia de poder as autoridades eleitas, deixando-as mesmo sem comporem um Poder de Estado, fragilizando o modelo democrático moderno, alicerçado nos pressupostos da decisão vinculante tomada por órgãos representativos do conjunto da comunidade interessada²⁹⁵.

As medidas de austeridade fiscal, fortemente recomendadas pelo FMI e pelo Banco Mundial tanto aos países industrializados como aos em desenvolvimento, constituem a base que influenciou não apenas na adoção de reformas legislativas restritivas de gastos sociais (direitos sociais), mas, como se pretenderá demonstrar, também na prática judicial. As alterações operadas na Previdência Social apresentam fundamento utilitarista porque se destinariam, em princípio, a oferecer garantia de sustentabilidade do sistema previdenciário para o presente e para o futuro, ainda que em curto prazo traduza diminuição dos valores destinados a pagamento dos serviços sociais. Mas, em primeiro lugar, essas reformas seriam destinadas a tornar o sistema previdenciário eficiente economicamente, de maneira a fazê-lo alcançar superávit e a colaborar para o equilíbrio do orçamento da União. Neste caminho de obsessivo controle de finanças públicas com vistas à eficiência econômica, os direitos sociais prestacionais são percebidos como um obstáculo inconveniente.

E isso se passa assim porque grupos de interesses em escala mundial (atores econômicos orientados pelo lucro) politizam problemas e exercem pressões junto a atores políticos (direcionados pelo poder). Com isso se observa a mudança na intervenção política que se dirige a atrair investimentos privados:

Ou seja, vislumbra-se, concomitantemente, a desconstrução do Estado Nacional e de seu projeto de bem-estar, o que não significa necessariamente o desfazimento das estratégias interventivas, mas, sobretudo, o seu redirecionamento para responder a outros interesses que não aqueles veiculados pela “questão social”, como se vê das políticas financeiras e tributárias de “atração” de investimentos privados ou de proteção de determinados setores da economia e, desde a perspectiva da globalização e da instabilidade econômica decorrente, percebe-se um

STVDIA IVRIDICA, 89 – Entre discursos e culturas jurídicas. Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 22.

²⁹⁵ MORAIS, J. L. B. de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 29.

crescimento de poderes excepcionais de que lança mão o Estado, na tentativa de tratar das crises econômicas que se apresentam²⁹⁶.

A partir da globalização, então, “a instabilidade econômica aumentou e o recurso aos poderes de emergência para sanar as crises econômicas passou a ser muito mais utilizado, com a permanência do estado de emergência econômico”²⁹⁷.

É por essa razão que os direitos sociais e, mais especificamente, os direitos que correspondem a deveres estatais positivos de proteção social (educação, saúde, assistência e previdência social) são o campo de batalha de medidas de emergência e da adversidade constitucional iniciada na década de 1990, tal como os direitos sociais da Constituição de Weimar (1919), depois de serem percebidos como meras expressões políticas ou como programa para o legislador, foram o campo de batalha dos decretos de emergência a partir de 1930²⁹⁸.

O postulado do equilíbrio financeiro-atuarial dos sistemas previdenciários sugere a necessidade de proteção desses regimes de previdência, cuja falência poderia iludir a proteção de milhões de beneficiários²⁹⁹. Todavia, a pressão por reformas derivada do déficit não diminui com a obtenção do equilíbrio das contas, pois, na verdade, os objetivos políticos são diferentes daqueles que inspiraram o arranjo institucional do *welfare state*³⁰⁰.

É importante dizer que esses diferentes objetivos políticos não conduziram as nações – que se pretendem guias – a um progresso moral, social ou mesmo econômico. Ao contrário, com a economia norte-americana novamente em recessão – porque fundada nas premissas falsas dos “exuberantes anos 90” – não mais podem ser ocultadas as falhas do projeto neoliberal de ênfase na liberação do capital financeiro e rigor fiscal.

Joseph Stiglitz, economista norte-americano e professor da Columbia University, com a vivência do exercício de diversos cargos diretamente ligados às fontes doutrinárias do equilíbrio fiscal³⁰¹, deixa transparecer o modo como a política da redução do déficit, de

²⁹⁶ MORAIS, J. L. B. de. Crises do Estado, democracia política e possibilidades de consolidação da proposta constitucional, p. 20.

²⁹⁷ BERCOVICCI, G. **Constituição e estado de exceção permanente**. Atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue, 2004. p. 179.

²⁹⁸ Idem, p. 29.

²⁹⁹ Trata-se de um imediatismo de feição utilitarista que se manifesta na redução ou sacrifício atual de direitos de pessoas desfavorecidos em favor da maximização do bem-estar coletivo.

³⁰⁰ PIERSON, P. The new politics of the Welfare State. *In World Politics*, 48(2), p. 143-179, 1996.

³⁰¹ Joseph Stiglitz foi Chefe do Comitê de Política Econômica da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), participou da administração Clinton como Presidente do Conselho de Consultores Econômicos (1995-1997) e atuou como Senior Vice President e Chief Economist do Banco Mundial (1997-2000), sendo exonerado em razão de ter expressado dissenso em relação às políticas assumidas por essa instituição internacional.

um remédio econômico contingente – histórica e mais recentemente determinada nos Estados Unidos em 1992 – transformou-se em orientação global de permanente observância, forçando a retração das políticas sociais, fenômeno tanto mais grave nos países em desenvolvimento:

De todos os erros que cometemos nos exuberantes anos 90, o pior foi causado pela falta de firmeza em relação aos nossos princípios e por uma falta de visão. Tínhamos princípios. No início do governo, muitos de nós sabíamos *contra* o que éramos. Éramos contra o conservadorismo de Reagan. Sabíamos da necessidade de um papel maior e diferente para o governo, da necessidade de maior atenção com a população pobre, de prover educação e proteção social para todos e da necessidade de proteção ambiental. A visão míope focada nas finanças, no déficit, nos levou a deixar de lado essa agenda^{302/303}.

A redução do déficit é, porém, um mito neoliberal, quando apresentada como medida adequada a qualquer contexto macroeconômico. Sustenta-se que, se um país estiver em recessão e apresentar grandes déficits, o corte dos déficits trará a prosperidade novamente, “Mas quase todos os economistas recomendam, ao contrário, uma política fiscal expansionista, impulsionada, se necessário, por déficits maiores”³⁰⁴.

Se as flutuações econômicas sempre fizeram parte do capitalismo, sendo o déficit público importante como medida expansionista para recuperação econômica, é manifestamente inadequada uma vinculante política legislativa de orçamento equilibrado³⁰⁵. Note-se, a respeito, o testemunho de Stiglitz:

O que achei mais perturbador quando passei de presidente do Conselho de Consultores Econômicos da Presidência para economista-chefe do Banco Mundial foi que o FMI e o Tesouro Americano, com muita freqüência, pareciam impingir no exterior posições que eram precisamente o oposto daquilo pelo qual havíamos lutado no plano interno. Dentro do país lutávamos contra a privatização da Seguridade Social, enquanto a promovíamos no exterior. No plano interno, lutamos contra a emenda de orçamento equilibrado, que teria restringido nossa capacidade de utilizar uma política fiscal expansionista na eventualidade de uma retração da

³⁰² STIGLITZ, J. E. **Os exuberantes anos 90**: uma nova interpretação da década mais próspera da história. Tradução de Sylvia Maria S. Cristóvão dos Santos, Dante Mendes Aldrighi, José Francisco de Lima Gonçalves, Roberto Mazzer Neto. São Paulo: Companhia das Letras, 2003. p. 53.

³⁰³ Abrindo espaço para “a instabilidade social que freqüentemente aparece quando há subinvestimento em gastos sociais” (Idem, p. 78).

³⁰⁴ Idem, p. 281.

³⁰⁵ Laura Tyson, ex-Presidente do Conselho de Consultores Econômicos e ex-Presidente do Conselho Econômico Nacional – dos Estados Unidos – “considera a derrota da idéia da emenda do orçamento equilibrado uma das maiores realizações da administração Clinton” (Idem, p. 108).

atividade econômica; mas no exterior impusemos políticas fiscais contracionistas em países que caminhavam para a recessão³⁰⁶.

Com a emergência da globalização na década de 1990 e sua livre circulação de capitais, são estabelecidos ainda novos limites para autoridade dos Estados nacionais e restringida a discricionariedade na formulação da política fiscal e monetária³⁰⁷.

O desenvolvimento de políticas sociais, sinalizando expansão do déficit orçamentário, pode sugerir que o governo não pagará suas contas. Uma vez que medidas supostamente lesivas podem implicar fuga dos capitais, tem-se pressão por políticas restritivas de déficit, de modo a aumentar a capacidade do estado em atrair investimentos privados. A competição entre Estados nacionais pela atração de capitais pode conduzir a um processo de ajustes de política social e econômica análogo ao mecanismo do “*race to the bottom*”³⁰⁸.

De outra parte, a globalização necessita de maior flexibilidade nos empregos e salários, e especialmente os menos qualificados serão condenados ao desemprego a menos que salários e benefícios sociais sejam reduzidos. O envelhecimento da população igualmente faz com que nossos compromissos com o seguro social sejam repensados. Também a instabilidade da família implica a erosão da tradicional capacidade de se manterem os lares, de um lado, e crescimento dos riscos de pobreza, de outro, na medida em que as famílias são chamadas a absorver os novos riscos advindos do mercado de trabalho³⁰⁹.

³⁰⁶ STIGLITZ, J. E. **Os exuberantes anos 90**, p. 244.

³⁰⁷ ESPING-ANDERSEN, G. **Social foundations of postindustrial economies**. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 2; ESPING-ANDERSEN, G. After the Golden Age? Welfare State Dilemmas in a Global Economy. In: ESPING-ANDERSEN, G. (Ed.). **Welfare States in transition**. National Adaptations in a Global Economies. London: Sage Publications, 1996; PIERSON, P. Post-Industrial pressures on the mature Welfare States, p. 80.

³⁰⁸ A expressão “*race to the bottom*” (“corrida para o fundo”) corresponde à escolha de políticas sociais (extensão de programas sociais ou nível de benefícios, por exemplo), orientada não pelas reais possibilidades orçamentárias, mas pelo objetivo de se evitar desestímulo ao investimento privado, em termos comparativos com outros estados. Trata-se de uma interação estratégica entre estados, portanto. Há um interessante trabalho de Jan K. Brueckner, com o título “em que é analisada a migração de beneficiários de programas sociais entre estados da federação estadunidense, em razão do nível de benefícios oferecidos, e o quanto essa *welfare migration* afeta as escolhas de política de proteção social. Por meio de estudos teóricos e empíricos, o autor conclui que em apenas alguns casos se identifica a migração de carentes. De todo modo, as restrições de benefícios impostas evidenciam que a *welfare migration* é uma preocupação das autoridades políticas, isto é, os estados atuam como se a *welfare migration* fosse importante, conduzindo a uma corrida para o fundo e proporcionando níveis sub-ótimos de benefícios. (BRUECKNER, J. K. Welfare reform and the race to the bottom: theory and evidence. **Southern Economic Journal** 66, no. 3, 2000, p. 505. Disponível em: <<http://www.questia.com/PM.qst?a=o&d=5001165444>>. Acesso em: 13 dez. 2009)

³⁰⁹ ESPING-ANDERSEN, G. **Social foundations of postindustrial economies**, p. 2.

Não é por acaso que o Brasil atravessa desde a década de 1990 um processo de controle fiscal que tem como um dos momentos culminantes a edição da Lei Complementar 101, de 04.05.2000, intitulada Lei de Responsabilidade Fiscal.

Também não é por acaso que gradualmente se impõe aos beneficiários do Regime Geral da Previdência Social e igualmente do Regime Próprio de Previdência Social dos servidores públicos, sensível redução do nível dos benefícios e maior dificuldade de acesso às prestações previdenciárias, e, quanto aos aposentados, uma elevação crescente de sua participação no custeio da Seguridade Social.

Isso ocorre porque das ações públicas que envolvem gastos orçamentários, além da fração orientada ao mercado financeiro, como pagamento de juros e encargos de dívidas, e daquela destinada a investimentos, assumem grande relevância os gastos sociais, em razão de sua magnitude no PIB³¹⁰. No universo do gasto social total, as despesas das áreas de Previdência Social e Benefícios a servidores responderam na década de 1990 pela maior parte do crescimento do gasto e representaram mais de dois terços de todos os recursos federais empenhados em atividades sociais no final da década^{311/312}.

3.1 O PROCESSO DE REFORMAS PREVIDENCIÁRIAS RESTRITIVAS DE DIREITOS ENQUANTO INSTRUMENTO DE DESEMPENHO FISCAL

Já é possível notar que a alteração da realidade socioeconômica brasileira a partir da década de 1980 não é a única motivação para as reformas previdenciárias de caráter restritivo que foram implementadas ainda no curso inicial do processo de universalização dos direitos de proteção social. De fato, o alargamento do raio de proteção social pela Constituição da República de 1988 se operou, como visto anteriormente, na contramão do

³¹⁰ São diversas as áreas de atuação relativas ao gasto social federal, como, por exemplo: educação e cultura, saúde, alimentação e nutrição, saneamento e meio ambiente, previdência social, assistência social, emprego e defesa do trabalhador, organização agrária, ciência e tecnologia, habitação e urbanismo, treinamento de recursos humanos e benefícios a servidores.

³¹¹ MEDEIROS, M. **O que faz os ricos ricos**: o outro lado da desigualdade brasileira. São Paulo: Hucitec: Anpocs, 2005. p. 159-160.

³¹² Mas os números da Previdência Social realmente impressionam? O economista Luís Nassif, em coluna publicada com o título de “A malandragem estatística”, bem anota: “O economista especializado em contas públicas apresenta detalhamento minucioso das despesas públicas, em que saltam à vista os gastos com Previdência Social. Estão lá o número e o discurso: é aquele número que ameaça nosso futuro. Em nenhum momento há a mais leve menção ao peso da conta de juros. Nem mesmo quando confronta o déficit nominal (que inclui os juros) com os gastos da Previdência. Os juros estão lá, mas camuflados nos dados gerais” (**Folha de S. Paulo**, São Paulo, quinta-feira, 09 dez. 2004, caderno Dinheiro).

processo de formação do consenso neoliberal. Também a estratégia reformista que buscava o resgate da “dívida social”, rejeitando a sujeição das políticas sociais às medidas de ajuste macroeconômico e que inspirou a adoção da seguridade social no processo constituinte foi sendo esvaziada no período de 1987 e 1992, pelo movimento conservador de contrarreforma³¹³. É assim que em uma atmosfera de declínio do *welfare state*, a Previdência Social, antes de alcançar o ideal constitucional, entrou na agenda de reformas desde o início dos anos 90, experimentando processos de retração, destacadamente sob a arquitetura ideológica de que o sistema previdenciário brasileiro seria muito benevolente, deficitário e que definitivamente não se sustentaria a longo prazo.

A seguinte seção se destina a examinar o processo de reformas previdenciárias realizadas a partir da década de 1990 e sua pertinência a uma política de retração sistemática do *welfare state*, isto é, uma persistente política de governo que coordena esforços para cortes de programas sociais com vistas à redução do déficit fiscal – promoção de eficiência econômica orçamentária.

3.2 AS PRINCIPAIS REFORMAS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL APÓS A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Desde a concepção adotada em sua Lei Orgânica (Lei 3.807, de 26.08.1960), a Previdência Social sempre se revelou um campo aberto a reformas. Ora se buscando o ajuste de um sistema que foi arquitetado com algumas imperfeições que o desvinculavam dos ideais de solidariedade e de redistribuição e das técnicas financeiras e atuariais, ora com a intenção de adaptar o modelo previdenciário às modificações identificadas no campo social, ora se perseguindo o equilíbrio financeiro do sistema mediante a redução de despesas previdenciárias com o pagamento de benefícios, o fato é que as reformas e alterações legislativas se sucedem de modo intenso desde o ano de 1966, quando da edição do Decreto-lei 66, de 21 de novembro, que aportou alterações que consubstanciam o que pode ser considerada a primeira reforma previdenciária após a unificação da legislação referente aos diversos Institutos de Aposentadorias e Pensões³¹⁴.

³¹³ FAGNANI, E. Política social e pactos conservadores no Brasil: 1964/92. **Economia e sociedade**, n. 8, p. 183-238, 1997.

³¹⁴ A unificação dos Institutos e Pensões com a criação do Instituto Nacional de Previdência Social ocorreria na mesma data, por força do Decreto-lei 72, de 21.11.1966.

Para as pretensões do presente trabalho, contudo, não se justificaria a elaboração de toda retrospectiva histórica do mover legislativo no campo previdenciário, senão uma análise das alterações legislativas que, após a Constituição da República de 1988, consubstanciaram uma persistente política de diminuição do nível de proteção previdenciária que, pela densidade ideológica que carregava, foi capaz de influenciar importantes julgamentos do Supremo Tribunal Federal.

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 na Constituição da República de 1988. 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 prazo³¹⁵.

É perfeitamente possível discernir esse processo de reformas como parte de uma política sistemática de retração nos programas sociais. O processo de *programmatic retrenchment*³¹⁶ se verifica não apenas como uma questão de diminuição de orçamento, mas também como o emprego de um novo modelo dos programas de bem-estar, no qual a noção de provisão social é substituída por uma direção de atuação estatal mais residual. Na observação de Pierson, longe de ser simplesmente uma questão de cortes imediatos de despesa pública, a retração é um fenômeno complexo e multifacetado³¹⁷.

Governos interessados no encurtamento dos programas sociais podem decretar políticas que diminuam despesas imediatamente, como podem ordenar mudanças cujos efeitos não serão sentidos senão após muitos anos, mesmo porque os defensores das políticas reducionistas buscam estratégias que escondam a magnitude dos custos,

³¹⁵ Parte do texto que integra esta seção formou a base do trabalho “O processo de reformas da previdência social brasileira como política de retração sistemática do *welfare state*” apresentado no Curso de Pós-graduação junto ao Departamento de Ciência Política da FFLCH da USP, para obtenção dos créditos referentes à disciplina Sistemas de proteção social e políticas sociais em perspectiva comparada, de responsabilidade da Professora Dra. Marta Teresa da Silva Arretche. O referido trabalho foi publicado com alterações na **Revista de Previdência Social**, n. 328, p. 197-215, São Paulo: LTr, mar. 2008.

³¹⁶ PIERSON, P. **Dismantling the Welfare State? Reagan, Thatcher, and the politics of retrenchment**, p. 4.

³¹⁷ Idem, p. 17.

minimizando consequências negativas de curto prazo e, por conseguinte, diminuindo a visibilidade dos impopulares programas de redução³¹⁸.

A primeira alteração significativa operada no Regime Próprio dos Servidores Públicos surgiu com a EC 03, de 17.03.1993, que dispôs expressamente que “As aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais serão custeadas com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores”. Haveria ali uma alteração da concepção no que toca à aposentadoria do servidor público, tida até então como remuneração do servidor na inatividade ou um prêmio pelo exercício da função pública pelo tempo disposto na legislação regente.

No Regime Geral de Previdência Social – RGPS, as alterações significativas da Lei de Benefícios da Previdência Social (Lei 8.213, de 24.07.1991) iniciaram-se com a Lei 8.870, de 15.04.1994, que aboliu duas prestações previdenciárias: o abono de permanência em serviço, para o segurado que, fazendo jus à aposentadoria integral por tempo de serviço, permanecesse em atividade sem requerer o benefício; os pecúlios, devidos ao segurado aposentado que continua a exercer atividade remunerada. Cumpre destacar que até se percebia uma lógica na extinção desses pecúlios, na medida em que o mesmo ato legislativo trouxe também a isenção para o aposentado por idade e por tempo de serviço que exerce ou volta a exercer atividade do RGPS.

A seguir, a Lei 9.032, de 28.04.1995, trouxe o que se pode dizer uma verdadeira reforma na legislação previdenciária ordinária: a) exigência de contribuição previdenciária do segurado aposentado que continua a exercer atividade remunerada, sendo que ele somente faria jus, em termos de contrapartida, ao salário-família, ao auxílio-acidente e à reabilitação profissional ; b) excluiu a “pessoa designada” do rol de dependentes, isto é, vedou a possibilidade de o segurado designar dependentes para recebimento de pensão por morte e auxílio-reclusão; c) alterou os critérios de cálculo da renda mensal inicial dos benefícios acidentários, equiparando-os à sistemática dos demais benefícios previdenciários, bem como alterou os critérios de cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria especial, pensão por morte, aposentadoria por invalidez e auxílio-doença; d) extinguiu a possibilidade de a atividade exercida pelo segurado ser considerada especial por pertencer este a determinada categoria profissional – com o consequente direito à contagem diferenciada de tempo de contribuição e aposentadoria antecipada –, passando a exigir a

³¹⁸ PIERSON, P. **Dismantling the Welfare State? Reagan, Thatcher, and the politics of retrenchment**, p. 14.

efetiva exposição aos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos pelo desempenho do trabalho permanente do segurado, não ocasional nem intermitente, como condição ao reconhecimento da atividade especial; e) vedou a possibilidade de conversão do tempo de atividade comum para fins de obtenção de aposentadoria especial; f) estendeu o auxílio-acidente para além das hipóteses de acidente de trabalho; g) passou a vedar a acumulação de pensão deixada por cônjuge ou companheiro, ressalvado o direito de opção pela mais vantajosa; h) revogou o direito de incorporação de 50% do auxílio-acidente ao valor da pensão por morte.

Pouco mais de um ano após a publicação da Lei 9.032/95, o governo federal editou a Medida Provisória 1.523, de 11.10.1996, com quatro disposições intimamente ligadas às condições de acesso a benefícios previdenciários, sendo duas alusivas ao aproveitamento do tempo de serviço rural exercido antes de 24.07.1991 para fins de aposentadoria. Se a Lei 8.213/91 possibilitava a utilização do tempo de serviço rural exercido em tempo anterior à sua edição, independentemente do recolhimento das contribuições a ele correspondentes, para fins de concessão de aposentadoria no Regime Geral da Previdência Social – RGPS (Lei 8.213/91, art. 55, § 2º) ou no Regime Próprio de Previdência Social, a referida medida provisória buscou tratar a questão da seguinte forma: a) em se tratando de aproveitamento de tempo de serviço rural dentro do Regime Geral da Previdência Social, o segurado que não recolhesse as contribuições correspondentes à atividade rural exercida teria sua aposentadoria por tempo de serviço fixada no valor de um salário mínimo, de modo que apenas a indenização das contribuições permitiria o cômputo do tempo rural para aposentadoria por tempo de serviço, calculada com base nas contribuições do segurado; b) no caso de aproveitamento do tempo de serviço rural ou de outra atividade que não era de filiação obrigatória no Regime Geral da Previdência Social – RGPS, para fins de concessão de aposentadoria no regime de previdência dos servidores públicos, mediante o que se denomina contagem recíproca do tempo de contribuição, passava a ser imprescindível o recolhimento das contribuições em relação ao tempo da atividade rural, nos termos da atual redação do artigo 96, IV, da Lei 8.213/91. A terceira inovação consistia na proibição de acumulação de aposentadoria concedida por Regime Próprio com aposentadoria por idade do Regime Geral, possível nos termos do artigo 48, § 2º, da Lei 8.213/91. Por fim, o tempo de serviço rural sem o recolhimento das contribuições a ele

correspondentes não mais poderia ser considerado no cálculo do valor da renda mensal dos benefícios, como permitia o artigo 107 da Lei 8.213/91³¹⁹.

Com a Lei 9.528, de 10.12.1997, fruto de conversão de várias medidas provisórias, operou-se mais uma vez uma série de alterações no sistema previdenciário, dentre as quais se destacam: a) a exclusão do menor sob guarda do rol dos dependentes; b) a exclusão do auxílio-acidente do rol das prestações devidas ao segurado aposentado que permanece ou retorna a exercer atividade remunerada; c) a manutenção do auxílio-acidente, antes vitalício, até a véspera da concessão de uma aposentadoria e a integração de seu valor no salário-de-contribuição para o cálculo de aposentadoria; d) a previsão de que os agentes nocivos que conduzem ao enquadramento da atividade como especial seria definido por ato do Poder Executivo e não mais por lei específica; e) a fixação do prazo de 30 dias para requerimento da pensão por morte, sob pena de se receber a referida prestação apenas a partir da data do requerimento e não mais da data do óbito.

3.2.1 A primeira reforma constitucional previdenciária

Após várias mudanças realizadas na legislação ordinária, veio à luz a primeira reforma constitucional previdenciária, com a promulgação da Emenda Constitucional 20, de 15.12.1998.

A proposta de emenda constitucional encaminhada pelo Governo Fernando Henrique Cardoso ao Congresso Nacional tinha por escopo conferir um novo desenho ao modelo previdenciário nacional, reformando-o em alguns aspectos fundamentais relacionados tanto às condições de acesso à aposentadoria do Regime Geral e do Regime Próprio dos servidores públicos (o regime das forças armadas foi mantido intacto), como aos parâmetros que emprestavam estrutura à Previdência Social.

Essa proposta teve sucesso parcial. No âmbito do Regime Próprio de Previdência Social – a que se vinculam os servidores públicos titulares de cargo efetivo – respeitados os direitos adquiridos, a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição passou a

³¹⁹ No entanto, com exceção da disciplina relacionada à utilização do tempo de serviço rural para aposentadoria no Regime Próprio de Previdência Social, as referidas inovações da MP 1.523/96 tiveram sua eficácia suspensa pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – (MC) ADI 1664-0/DF. Posteriormente, deixaram de ser convalidadas pela reedição de medida provisória ou conversão em lei.

depende também do cumprimento de idade mínima de 60 anos, se homem, e 55 anos, se mulher, observada a regra transitória para os servidores já filiados em tempo anterior à publicação da EC 20/98, dos quais se exige idade mínima de 53 anos, se homem, e 48 anos, se mulher e um tempo adicional de contribuição correspondente a 20% do tempo de contribuição que faltava para o servidor se aposentar na data da publicação da Emenda 20. A proposta governista naufragou, porém, na parte em que determinava a incidência de contribuições previdenciárias sobre aposentadorias e pensões do setor público e aplicação de um redutor (de até 30%) sobre as aposentadorias e pensões dos servidores com maior remuneração. Também não foi aprovado o fim paridade, mediante a desvinculação entre os reajustes salariais dos servidores ativos e os reajustamentos das aposentadorias e pensões no âmbito do setor público.

No que se refere ao Regime Geral, a regra da idade mínima para aposentadoria, certamente o ponto nuclear da reforma, foi rejeitada por um voto, tornando-se exigível apenas no caso de aposentadoria proporcional por tempo de contribuição. Quanto à aposentadoria integral por tempo de contribuição, a Emenda 20 estabeleceu como requisito definitivo, para os que se encontrassem ou não filiados ao RGPS até sua promulgação, 35 anos de contribuição para homem e 30 para mulher.

Por outro lado, a Emenda Constitucional 20/98 consagrou expressamente que a organização da Previdência Social deve observar critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, com o que se pretendia acentuar a natureza contributiva da política previdenciária e o caráter de contrapartida do benefício assegurado. A partir daí ganharia força sem precedentes o pensamento de que o valor do benefício deve levar em conta não apenas o volume das contribuições recolhidas pelos segurados, mas igualmente o tempo em que este ficará em gozo da prestação previdenciária.

A mesma emenda constitucional estabeleceu um limite máximo para os benefícios mantidos pelo RGPS de R\$ 1.200,00 (à época equivalente a dez salários mínimos). Dispôs, ainda, que os benefícios pagos, a qualquer título, pelo INSS, ainda que à conta do Tesouro Nacional, e os não sujeitos ao limite máximo de valor fixado para os benefícios concedidos pelo RGPS passariam a observar os limites fixados para o teto do funcionalismo público, que corresponde ao valor dos subsídios de um ministro do Supremo Tribunal Federal (CF/88, art. 248). Ainda de relevante, emprestou contornos de seletividade aos benefícios do salário-família e do auxílio-reclusão, que passaram a ser destinados apenas a pessoas de baixa renda (EC 20/98, art. 13), e determinou a aplicação do RGPS ao servidor público que

ocupa cargo em comissão ou temporário, na forma da atual redação do artigo 40, § 13, da Constituição da República.

3.2.2 As reformas previdenciárias subsequentes à Emenda Constitucional 20/98

Foi sobre os fundamentos de uma previdência social que primaria pelo equilíbrio financeiro e atuarial que menos de um ano após a Emenda 20 foi publicada a Lei 9.876, de 26.11.1999, que dentre outras providências alterou radicalmente os critérios de cálculo dos benefícios previdenciários em dois golpes. De um lado, alterou o período básico de cálculo para a definição do salário-benefício das prestações previdenciárias, isto é, o período cujas contribuições são consideradas no cálculo do benefício. De outro, foi criado o fator previdenciário, uma espécie de tablita obrigatoriamente aplicável no cálculo da renda mensal da aposentadoria por tempo de contribuição e facultativamente na aposentadoria por idade, mecanismo que influencia o valor desses benefícios a depender de critérios como tempo de contribuição, idade e expectativa de sobrevida do segurado ao se aposentar.

Isso significa que, se em tempo anterior à Lei 8.870/94 o sistema previdenciário contava com o abono de permanência em serviço para estimular o segurado que houvesse cumprido os requisitos legais para aposentadoria a continuar em atividade sem requerer o benefício, com a Lei 9.876/99 o que se tem é um desestímulo à aposentadoria pela ameaça implícita de concessão de um benefício menos vantajoso, já que quanto menos tempo de contribuição contar o segurado e maior for sua expectativa de sobrevida ao se aposentar, menor será o valor do benefício. Antes se concedia um benefício em caso de não requerimento de aposentadoria. A ideia de atribuição de prêmio. Agora o que se tem é uma redução de valor, no caso de requerimento do benefício. A ideia de imposição de pena.

O fator previdenciário, produto de uma fórmula legal de difícil explicação, pode igualmente elevar a média das contribuições, aumentando, por conseguinte, a renda mensal das aposentadorias por tempo de contribuição e por idade, destacadamente nos casos em que o segurado conta com longo tempo de contribuição, idade elevada e baixa expectativa de sobrevida.

A mesma Lei 9.876/99 buscando tornar a Previdência Social mais atrativa, determinou a extensão do salário-maternidade à segurada que trabalha por contra própria

(segurada contribuinte individual) e à que não exerce atividade remunerada (segurada facultativa).

Poderiam ser citadas outras mudanças realizadas no Regime Geral de Previdência Social após o ano de 1999, mas o certo é que, a partir da década atual, as alterações paramétricas mais profundas se deram no Regime Próprio de Previdência Social dos servidores públicos.

Neste sentido, a Emenda Constitucional 41/03, proposta pelo Governo Lula, foi muito além de uma simples adaptação do sistema aos novos fatores biométricos e sociais ou de um ajuste fiscal. Não tratou apenas de correção de eventuais distorções ou de implementação de requisitos mais rigorosos, como aumento da idade, tempo de contribuição e introdução de mecanismos que diminuem o nível do benefício, tais como coeficientes atuariais à semelhança do fator previdenciário, mas, resumidamente dispôs:

a) fim da integralidade, passando o benefício a ser calculado pela média das remunerações usadas com base para as contribuições; b) fim da paridade; c) redução do valor da pensão; possibilidade de instituição de um regime complementar obrigatório, por intermédio de entidades fechadas de natureza pública, para os novos servidores por lei ordinária; e) instituição da contribuição dos inativos; e f) revogação da norma de transição do art. 8º da EC 20/98³²⁰.

A articulação das principais mudanças realizadas na Previdência Social brasileira permite identificar que se colocou em curso, na década de 1990, um processo de reformas sistematicamente restritivas, fundadas na necessidade de novas políticas de bem-estar para um novo cenário socioeconômico e uma atmosfera de austeridade.

Neste sentido, é possível perceber-se que, no período de quinze anos, operou-se restrição não apenas do campo de proteção previdenciária, com a extinção de prestações previdenciárias, inclusive, como igualmente há uma diminuição do conteúdo dos benefícios, especialmente no caso das aposentadorias por tempo de contribuição. Também se pode identificar uma substituição da lógica que determinava a contrapartida previdenciária às contribuições vertidas pelos trabalhadores, fundada na inconstitucionalidade da exigência de contribuição sem causa suficiente, pela lógica que autoriza a exigência de contribuições para a seguridade social dos trabalhadores sem repercussão no nível de seu benefício, fundada em uma perspectiva de solidariedade que impõe ao obreiro aposentado o dever de

³²⁰ ROCHA, D. M. As aposentadorias dos servidores públicos e as reformas constitucionais. In: ROCHA, D. M.; SAVARIS, J. A. (Coords.). **Curso de Especialização em Direito Previdenciário**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 179.

contribuir para a seguridade social sem qualquer perspectiva de ampliação de cobertura previdenciária³²¹.

3.3 A IRRACIONALIDADE DO PROCESSO DE REFORMAS PREVIDENCIÁRIAS E SEUS EFEITOS NA REALIZAÇÃO DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO

O breve estudo das reformas promovidas na legislação previdenciária brasileira reafirma a preocupação comum de que “os modernos sistemas de segurança social europeus estão, de um modo geral, demasiadamente politizados, no sentido que as práticas políticas e o interesses políticos, muitas vezes conjunturais, levaram pouco e pouco a crer que na segurança social tudo é passível de decisão, de modificação”, de maneira que “a segurança social tornou-se um verdadeiro laboratório de sucessivas experiências”. A política ter-se-ia apropriado dos sistemas de segurança social, “o que deu origem a distorções e incoerências, quantas vezes com facturas financeiras meramente implícitas, escondidas, para se revelarem no futuro”³²².

Mas o direito à Segurança Social não é ou não dever ser considerado uma dádiva mais ou menos arbitrária do Estado, “um simples produto *ad hoc* do poder legislativo conjunturalmente actuante”, mas antes “o reconhecimento pelo Estado de determinados valores, como são os princípios de justiça distributiva e da segurança jurídica, bem como da regra da boa-fé na produção e na aplicação do direito”³²³.

Nada obstante, o longo processo de reformas previdenciárias e, talvez mais do que tudo, a Emenda Constitucional 20, de 15.12.1998, ao consagrar expressamente que a organização da Previdência Social deve observar critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial – com o que se pretendia acentuar a natureza contributiva da política previdenciária e o carácter de contrapartida do benefício assegurado –, influíram no pensamento jurídico em matéria previdenciária.

Com efeito, a partir de então, três pensamentos ganhariam força sem precedentes.

³²¹ A alteração da concepção do conceito de contrapartida previdenciária será melhor compreendida a partir do estudo integrante do item 4.5, *infra*.

³²² NEVES, I. das. **Crise e reforma da segurança social: Equívocos e Realidades**. Lisboa: Edições Chambel, 1998. p. 131.

³²³ *Idem*, p. 168-169.

Primeiro, o entendimento de que a crise previdenciária – o “problema Previdência Social” – seria tão real e ameaçadora das possibilidades da Seguridade Social que atingiu, pelas reformas reputadas indispensáveis, direitos em estágio de aquisição e direitos já consolidados de todos servidores públicos civis, dos magistrados – agentes públicos responsáveis pela aplicação do novo Direito –, inclusive. É como se a severidade dos termos da reforma previdenciária fosse, ela própria, a justificacão acerca da necessidade de sua aprovaçao. Uma falácia lógica: assume-se que o antecedente é verdadeiro porque o conseqüente o foi.

Segundo, a ideia de que as reformas restritivas de direitos e as que buscam a elevaçao da receita da Seguridade Social constituiriam uma inafastável estratégia para preservaçao do equilíbrio financeiro e atuarial da Previdência Social e, por conseguinte, para a própria subsistência desse sistema de proteçao social.

Terceiro, a noçao de que a necessidade de preservaçao do equilíbrio financeiro e atuarial, agora um princípio constitucional, abrir-nos-ia a visao para o fato de que (i) a Previdência Social é deficitária, (ii) os recursos da Seguridade Social são insuficientes e que (iii) não subsistirão, exceto se geridos com austeridade.

A hipótese de a Previdência Social não deter condições de honrar o pagamento de prestaçoes previdenciárias para esta ou para a próxima geraçao de inativos, considerada a partir de então como plausível, reclama atençao para a fragilidade do sistema, de que a imensa maioria dos indivíduos depende ou poderá depender. E então se desloca a ênfase: o polo fraco e carente de proteçao deixa de ser o indivíduo que se encontra em condiçao adversa, envolvido em uma contingência social de necessidade, para ser o sistema, que pode ruir financeiramente, certamente um mal indesejado por todos³²⁴.

Seria o Supremo Tribunal Federal imune a esses apelos de índole coletivista, nada obstante o reconhecido impacto econômico de suas decisoes em matéria previdenciária? A resposta a esta interrogaçao convoca o estudo oferecido no capítulo seguinte.

É preciso reconhecer, neste passo, o fio condutor do processo de reformas previdenciárias: a reduçao do campo de proteçao social e a elevaçao de receitas fiscais, a pretexto da necessidade de preservaçao do equilíbrio orçamentário da Previdência Social, mas em busca, na verdade, da eficiência econômica e de geraçao de excedentes para alívio financeiro do orçamento fiscal.

³²⁴ SAVARIS, J. A. O princípio constitucional da adequada proteçao previdenciária: um novo horizonte de segurancas social ao segurado aposentado. **Revista de Previdência Social**. São Paulo: LTr, n. 326, p. 5-16, jan. 2008.

Sobre a conexão entre o orçamento da União e o da Seguridade Social, devem ser destacados três aspectos que colocam em xeque a racionalidade das reformas restritivas de direitos previdenciários.

Em *primeiro lugar*, é preciso lembrar que o orçamento da Seguridade é uno e que a exigência de solidariedade para com a pessoa carente fundamenta a arrecadação das contribuições sociais para a Seguridade Social. O estabelecimento da reserva previdenciária (afetação dos valores arrecadados dos trabalhadores e aqueles incidentes sobre a folha de salários das empresas ao pagamento de benefícios do Regime Geral da Previdência Social – CF/88, art. 167, XI)³²⁵ evidentemente não impede que concorram para este fim os recursos provenientes de outras fontes de custeio da Seguridade Social³²⁶.

Em outras palavras, o financiamento das prestações da Previdência Social se opera, no sistema constitucional, com entrada de recursos para a Seguridade Social (CF/88, art. 195), cujas ações são destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social (CF/88, art. 194). No mesmo sentido, dispõe o artigo 195, § 2º, da Constituição, que

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.

Segundo o sistema constitucional, não se fala de modo fragmentado em financiamento da Previdência Social. A construção se deu em torno do financiamento da Seguridade Social, cujo orçamento é composto de diversas fontes de custeio e não apenas das contribuições previdenciárias dos trabalhadores e do empregador – da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei – sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho (CF/88, art. 195, I, *a*, e II)³²⁷.

³²⁵ **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. (redação emprestada pela Emenda Constitucional 20/98)

³²⁶ Deve-se anotar que também eram reservados ao custeio da Previdência Social dez centésimos por cento do produto da arrecadação da Contribuição Provisória sobre a Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira – CPMF (CF/88, ADCT, art. 84, 2º, II). A contribuição em questão será exigida até 31.12.1997, ao que se tem do artigo 90 do ADCT da CF/88, regra introduzida pelo artigo 3º da EC 42/03.

³²⁷ As Contribuições Sociais para a Seguridade Social de que trata o artigo 195, I, *a* e II são conhecidas como contribuições previdenciárias porque, de um lado, tradicionalmente compunham o núcleo da receita destinada ao pagamento dos benefícios previdenciários e, de outro, não podem ter destino diverso que não o pagamento destes benefícios (CF/88, art. 167, XI). Mas não é legítimo afirmar que os demais

Assim, compreendido o fluxo dos recursos que tocam o pagamento dos benefícios previdenciários, percebe-se que não se deve falar em déficit orçamentário da Previdência Social, partindo-se da perspectiva equivocada de que as contribuições dos trabalhadores e das empresas sobre os rendimentos do trabalho devem ser suficientes para o pagamento dos benefícios previdenciários³²⁸.

Em *segundo lugar*, o princípio do equilíbrio financeiro-atuarial não deve ser confundido com o princípio econômico da eficiência, isto é, não deve ser compreendido em seu sentido político-ideológico de maximização dos ganhos da Previdência Social, para que tivesse por significado a eficiência econômica do sistema previdenciário.

Por equilíbrio financeiro compreende-se que as “reservas matemáticas efetivamente constituídas sejam suficientes para garantir os ônus jurídicos das obrigações assumidas, presentes e futuras”³²⁹. O equilíbrio atuarial, de seu turno, traduz as

idéias matemáticas (v.g. taxa de contribuição, experiência de risco, expectativa de média de vida, tábuas biométricas, margem de erro, variações, e da massa, etc.) e as relações biométricas que, de igual modo, tornem possível estimar as obrigações pecuniárias em face do comportamento da massa e o nível da contribuição e do benefício³³⁰.

Um plano técnico-atuarial representa o suporte atuarial do esquema de benefícios adotado³³¹, de maneira a compatibilizar, para o presente e para o futuro, em termos de estimativa, o ingresso de receitas com o volume de despesas. Equilíbrio atuarial, em resumo, reclama a existência de reservas matemáticas suficientes para a sustentabilidade do sistema previdenciário³³².

Embora o cálculo atuarial tenha “aplicação mais intensa e alargada nos regimes financeiros de capitalização”, é também “importante nos regimes financeiros de repartição,

recursos e contribuições que compõem o orçamento da Seguridade Social (CF/88, art. 195) não podem ou não devem ser destinados ao Regime Geral da Previdência Social, para pagamento dos benefícios de prestação continuada. (SAVARIS, J. A. Traços elementares do sistema constitucional da seguridade social. In: ROCHA, D. M.; SAVARIS, J. A. (Coords.). **Curso de Especialização em Direito Previdenciário**. Curitiba: Juruá, 2006. v. 1, n. 61 (p. 93-163), p. 136)

³²⁸ SAVARIS, J. A. Traços elementares do sistema constitucional da seguridade social, p. 137.

³²⁹ MARTINEZ, W. N. **Princípios de direito previdenciário**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2001. p. 95.

³³⁰ Idem, p. 95.

³³¹ NEVES, I. das. **Dicionário técnico e jurídico de proteção social**. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 529.

³³² A incorporação do princípio do equilíbrio financeiro e atuarial ao texto constitucional – com o advento da Emenda Constitucional 20/98 – não implica uma revolução na Previdência Social, bastando referir que ainda com a edição da Lei Orgânica da Previdência Social (Lei 3.807/60) era criado o Serviço Atuarial, órgão de colaboração do Departamento Nacional da Previdência Social para a preparação do “Plano de Custeio da Seguridade Social” (art. 89, XII) e que detinha outras várias atribuições definidas por este diploma legal (SAVARIS, J. A. Traços elementares do sistema constitucional da seguridade social, p. 138).

sobretudo face às variáveis atendíveis na evolução demográfica e do crescimento do produto interno bruto^{333/334}.

Parece crucial para a distinção entre o equilíbrio financeiro-atuarial e o postulado da eficiência econômica o entendimento de que, enquanto esta exige a maximização dos recursos com vistas à geração de excedentes, o equilíbrio financeiro-atuarial orienta-se à justa combinação entre receitas e despesas. De fato, “plano **desequilibrado** é aquele com **déficit ou superávit**, ambos reclamando providências do administrador, a serem equacionadas imediatamente³³⁵”.

Em *terceiro lugar*, o equilíbrio financeiro e atuarial da Seguridade Social, compreendido comumente como eficiência econômica, é importante à política de rigidez fiscal brasileira, não porque as despesas de seguridade deixariam de comprometer o orçamento da União, mas porque, mediante a obtenção de superávit da Seguridade Social, os recursos que deveriam ser afetados às ações desse sistema de proteção social podem ser atribuídos a qualquer outra destinação orçamentária, especialmente por meio das desvinculações das receitas da União.

De fato, nada obstante o arranjo do financiamento da Seguridade Social se tenha realizado de modo a viabilizar o equilíbrio financeiro necessário à preservação desse complexo programa social, *vis-à-vis* a ampliação do campo de proteção social projetada pela Constituição, a própria Constituição previu a possibilidade de autorização legislativa específica para utilização de recursos do orçamento fiscal e da Seguridade Social para suprir necessidade ou cobrir déficit de empresas, fundações e fundos (CF/88, art. 167, VIII). Como consequência da referida permissão constitucional de desvinculação de receitas, valores que deveriam ser destinados à Seguridade Social são constantemente guiados a destinos diversos³³⁶.

Por outro lado, as desvinculações das receitas decorrentes das contribuições sociais para a Seguridade Social são autorizadas – sempre provisoriamente – desde a Emenda Constitucional de Revisão 1/94, que determinou a afetação de 20% do produto da

³³³ NEVES, I. das. **Dicionário técnico e jurídico de proteção social**, p. 137.

³³⁴ Compreendendo-se o cálculo atuarial como “Técnica específica que, mediante o recurso a cálculos matemáticos, à análise estatística, demográfica, econômica e financeira, ao método das probabilidades, bem como à ponderação de tabelas técnicas relativas à morbidade, invalidez e mortalidade, procede ao cálculo da estrutura técnica das taxas contributivas dos regimes de segurança social, da evolução dos custos das prestações, designadamente das pensões, dos rendimentos, da inflação, dos movimentos dos fluxos financeiros da segurança social, etc., elaborando estimativas, construindo cenários e definindo projecções, isto é, quantificando, nos seus vários elementos, a estrutura e o funcionamento dos regimes de segurança social”. (NEVES, I. das. **Dicionário técnico e jurídico de proteção social**, p. 136)

³³⁵ MARTINEZ, W. N. **Princípios de direito previdenciário**, p. 95. Grifo nosso.

³³⁶ SAVARIS, J. A. Traços elementares do sistema constitucional da seguridade social, p. 153-154.

arrecadação de todos os impostos e contribuições da União ao Fundo Social de Emergência, criado pela mesma Emenda de Revisão. Este Fundo Social seria instituído para os exercícios de 1994/1995. De outra parte, a EC 10/96 criou o Fundo de Estabilização Fiscal em lugar do Fundo Social de Emergência, para o período de janeiro de 1996 a 30.06.1997, com a mesma afetação de 20% das contribuições e impostos arrecadados pela União. Ainda, a EC 17/97 prorrogou o Fundo até 31.12.1999, com a mesma vinculação. A partir de 2000, sem a afetação de 20% ao Fundo – que restou extinto –, inicia-se a Desvinculação das Receitas da União (DRU) de impostos, contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, por força da EC 27/00, que fazia referência ao período de 2000 a 2003 (ADCT, art. 76).

De outra parte, a EC 42/03 deu nova redação ao artigo 76 do ADCT, prorrogando a desvinculação de vinte por cento da arrecadação da União de impostos, contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, de órgão, fundo ou despesa, no período de 2003 a 2007. Mais recentemente, a Emenda Constitucional 56/2007 prorrogou até 2011 a Desvinculação das Receitas da União (DRU), emprestando a seguinte redação ao artigo 76 do ADCT:

É desvinculado de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2011, 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.

O efeito orçamentário da liberação das receitas da Seguridade Social pode ser visualizado a partir da tabela abaixo, que nos permite dimensionar a repercussão extremamente maléfica da Desvinculação das Receitas da União no domínio da Seguridade Social. Também é possível verificar que, uma vez desconsideradas como despesas as importâncias retiradas da Seguridade Social pela via da DRU, o orçamento da Seguridade Social seria superavitário nos anos de 2002 e 2004 a 2006.

Tabela 1 – Receitas e Despesas da Seguridade Social – R\$ milhares

Descrição	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Total de Receitas da Seguridade (1)	152.006.419	172.951.834	213.153.563	250.955.824	274.611.497	313.616.029	339.324.237
Despesa Total da Seguridade ² (2)	170.988.635	197.841.982	230.798.015	265.091.450	303.251.267	335.583.806	371.035.614
Resultado da Seguridade (3 = 1 - 2)	-18.982.215	-24.890.148	-17.644.451	-14.135.627	-28.639.769	-22.765.511	-32.778.305
Desvinc. de Receitas da União-DRU (3)	19.652.058	23.613.132	29.812.684	33.258.873	33.948.353	39.030.570	39.580.914
Result. Seguridade + DRU (5 = 3 + 4)	669.842	-1.277.015	12.168.232	19.123.246	5.308.584	17.062.793	7.869.537

Fonte: SIAFI e BGU

Extraído do "Relatório e Parecer Prévio sobre as Contas do Governo da República"

(1) Excluídas as receitas e despesas intraorçamentárias, exceto a receita com a Contribuição Patronal do Servidor Ativo

(2) Foi considerada a despesa empenhada até 31 de dezembro.

(3) Os recursos da Desvinculação das Receitas da União – DRU foram calculados sobre contribuições sociais, exceto contribuições previdenciárias, contribuição do salário educação e parcela da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira – CPMF destinada ao Fundo de Combate Erradicação da Pobreza – FCEP.

É, então, impróprio falar-se seriamente em equilíbrio financeiro e atuarial da Seguridade Social ao tempo em que se admitem – com estranhável silêncio – as desvinculações das receitas da Seguridade Social³³⁷. Essas desvinculações consistem, na realidade, em um histórico atentado contra qualquer possibilidade de se organizar um fundo solidário entre gerações³³⁸.

Com essas ponderações, permite-se avançar na análise do caráter eminentemente econômico-utilitarista dos argumentos lançados na realização do Direito da Previdência Social a partir do final da década de 1990, os quais, como se verá adiante, preponderam em detrimento de uma racionalidade jurídica material que permitiria a reafirmação dos direitos fundamentais sociais.

Com efeito, os grandes debates que poderiam ocorrer no sítio do direito fundamental à segurança social são reduzidos a uma opção entre o reconhecimento dos direitos dos indivíduos à proteção social e a defesa do – ou suposta contrariedade ao – equilíbrio financeiro e atuarial, percebido com o propósito de manter o sistema previdenciário funcionando eficientemente, mas aplicado, na verdade, como exigência de maximização da disponibilidade financeira da Seguridade Social (eficiência econômica). Mas, nestes termos, não se pode racionalmente debater.

³³⁷ É de se reconhecer que “o orçamento da seguridade social tem sido peça de ficção, pois não tem sido efetivamente montado e acompanhado, não havendo, para qualquer ano, a publicação de sua execução”. (ROCHA, D. M. **O Direito Fundamental à Previdência Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 162)

³³⁸ A utilização das reservas da previdência e o problema da dívida da União com o sistema perpassam todo o processo de unificação da Previdência Social, desde o início da década de 1940. As reservas previdenciárias foram – e ainda seriam – utilizadas para sustentação dos investimentos estatais, sem retorno para o sistema, sendo mesmo percebidas como “contribuição dos trabalhadores à consecução de um *projeto nacional*”. Desde que os recursos não eram utilizados “em investimentos que retornassem às instituições previdenciárias, de modo a compensar a redução progressiva das reservas – que decorreria do amadurecimento do sistema com o envelhecimento da população e o declínio da razão da dependência –, a previdência social brasileira ficaria marcada por um descompasso entre os mecanismos de financiamento e a natureza dos dispêndios efetuados”. (DELGADO, I. G. **Previdência Social e mercado no Brasil**. São Paulo: LTr, 2001. p. 150)

CAPÍTULO 4

A ÉTICA UTILITARISTA NA JURISPRUDÊNCIA PREVIDENCIÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Nas décadas de 1970 e seguintes, a concepção social-funcionalista do Direito ganhou impulso pela conjugação de dois fatores culturais que repercutiram significativamente no universo jurídico.

O primeiro deles é a plena afirmação político-social do “Estado-providência” e “o espírito funcionalisticamente tecnológico-instrumental e pragmático-utilitarista que ele generalizou”. Em um ambiente no qual o conhecimento ia deixando de ser um caminho à verdade para tornar-se instrumento de controle e exploração, a *razão instrumental* “era agora o único *logos* aceitável porque igualmente assim o impunha a ‘sociedade tecnológica’ entretanto triunfante”³³⁹.

De outro lado, o forte cientificismo decorrente do domínio avassalador das ciências e das técnicas, justificado pelos seus êxitos em todas as áreas e em todos os níveis, “não deixou de atingir o pensamento jurídico (sempre ávido epígono dos pensamentos triunfantes) e de levá-lo a procurar também ele nas ciências e nas técnicas a base última”³⁴⁰.

A prática humano-social correspondente ao pensamento jurídico, passando a ser vista menos como “agir” (*práxis*) do que como “fazer” (*technê*), assumiria agora uma função sobretudo sociológica, tornando-se estritamente funcionalista:

Nem tardaria que o “social” se especificasse, como que numa hipertrofiante preferência determinante, quer na política – o direito apenas ou em último termo “função política” (a “teoria crítica do direito”, o “uso alternativo do direito”) – quer no económico – o direito “função económica” ou da eficiência económica (Law and Economics: a “análise económica do direito”)³⁴¹.

³³⁹ NEVES, A. C. **A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia**: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 52. Na conhecida referência de Max Horkheimer à racionalidade instrumental, “Tendo cedido em sua autonomia, a razão tornou-se um instrumento. No aspecto formalista da razão subjetiva, sublinhada pelo positivismo, enfatiza-se a sua não-referência a um conteúdo objetivo; em seu aspecto instrumental, sublinhado pelo pragmatismo, enfatiza-se a sua submissão a conteúdos heterônomos. A razão tornou-se algo inteiramente aproveitado no processo social. Seu valor operacional, seu papel de domínio dos homens e da natureza tornou-se o único critério para avaliá-la.” (HORKHEIMER, M. Meios e Fins. In: _____. **Eclipse da razão**. São Paulo: Centauro, 2002. p. 29)

³⁴⁰ NEVES, A. C. **A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia**, p. 52.

³⁴¹ Idem, p. 53.

A inclinação de uma dada política pública à maximização das receitas orçamentárias atende os apelos de eficiência econômica do sistema previdenciário, de prosperidade da nação e maximização do bem-estar social geral. E a teoria ética utilitarista aprovaria tal política ainda que ela fosse implementada em detrimento de um plano previdenciário apto a assegurar uma vida digna para aqueles que se veem atingidos por circunstâncias que lhe minam a capacidade produtiva ou lhe retiram a fonte de subsistência³⁴².

Como foi visto anteriormente, o sistema de Seguridade Social, percebido primordialmente em sua feição de despesas, sofre o choque da atmosfera de austeridade, tornando-se objeto de sucessivas reformas restritivas de direitos sociais – alteração na elaboração ou produção do direito no que se pode dizer “americanização perversa da Seguridade Social”³⁴³. Por outro lado, como será adiante demonstrado, passa a ser objeto de análise judicial mais restritiva, pela alteração na racionalidade que orienta a interpretação ou aplicação do Direito da Previdência Social.

4.1 A DIMENSÃO HISTÓRICA DA ATUAÇÃO JUDICIAL

O discurso de crise econômica da Previdência Social e a implementação de sucessivas reformas restritivas fundamentadas em razões de Estado pode impressionar o intérprete ou aplicador do Direito³⁴⁴. É importante reconhecer, de fato, os efeitos dos fatos históricos – os efeitos da ambiência – sobre o raciocínio judicial. Os fatores políticos, sociais e econômicos têm potencialidade para, a título ilustrativo, conduzir o juiz previdenciário a perceber na norma constitucional que determina a organização da Previdência Social mediante observação de “critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial” uma necessária busca pela eficiência econômica, um valor a ser sempre

³⁴² Também é neste sentido o pensamento de Dworkin, segundo o qual “É bem mais provável que a [análise utilitarista] oferecesse muito pouco para as pessoas certas, pois, não é só concebível, mas também plausível, que a prosperidade dos Estados Unidos, e a média de bem-estar de seus cidadãos, viesse a sofrer se o país tivesse de instituir um plano eficiente de previdência social que oferecesse uma vida digna para todos os que não conseguissem empregar-se ou tivessem filhos para criar”. (DWORKIN, R. **A virtude soberana – A teoria e a prática da igualdade**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 464)

³⁴³ VIANNA, M. L. T. W. **A americanização (perversa) da seguridade social no Brasil**: estratégias de bem-estar e políticas públicas. Rio de Janeiro: IUPERJ: UCAM, 2000.

³⁴⁴ Isto se compreende pelo princípio hermenêutico-filosófico gadameriano da história efetual.

considerado na solução de controvérsias de fato ou na interpretação e na realização das normas jurídicas previdenciárias.

O exame crítico das principais decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria previdenciária pressupõe a compreensão de que elas são forjadas em um específico momento histórico de desafio econômico e de um suposto desequilíbrio de contas deste campo da Seguridade Social³⁴⁵.

É justamente em um contexto de crise econômica e de responsabilidade fiscal que o Poder Judiciário – destacadamente o Supremo Tribunal Federal – é convocado a oferecer soluções para os problemas alusivos à realização do Direito da Previdência Social.

Uma vez que a realização do Direito não se perfaz mediante critérios exclusivamente legais, especialmente nos casos difíceis, hipótese em que a argumentação jurídica é confortada por apelos de ordem moral ou política, a jurisprudência redutora do Direito Previdenciário é forjada a partir de uma concepção radicalmente consequencialista, destacadamente mediante a avaliação dos impactos das decisões judiciais sobre o orçamento da Seguridade Social.

É, assim, potencializada a problemática alusiva ao custeio da Previdência Social, “sempre às voltas com questões ligadas ao caixa”, a ponto de se colocar em plano secundário os constrangimentos constitucionais³⁴⁶.

Que o Supremo Tribunal Federal leva em consideração a repercussão de natureza econômica, social ou política de suas decisões parece não existir dúvidas. De fato,

Beira o truísmo a afirmação de que, no exercício da jurisdição constitucional, não pode o Judiciário desconsiderar os efeitos concretos que suas decisões produzem. Como poder político, o Judiciário não pode

³⁴⁵ Para o Secretário do Tesouro Nacional do Governo Lula, Joaquim Levy, como a economia nacional não apresentava nenhum desequilíbrio fundamental, “o primeiro passo para garantir o ambiente de tranqüilidade é ‘a atitude’. Isso significa a sinalização constante do esforço comum de todas as áreas do governo sobre a continuidade da política econômica. Em segundo lugar, diz ele, é afastar alguns fantasmas que rondam o desempenho do Brasil a partir de 2007. ‘Por exemplo, um novo esqueleto na Previdência iria tornar as margens de manobra do próximo governo ainda mais estreitas’, explicou” (**Folha de S. Paulo**, São Paulo, terça-feira, 23 ago. 2005, caderno Dinheiro).

³⁴⁶ A referência é do Ministro do STF Marco Aurélio, quando de seu voto no julgamento da ADIN 1103-1/DF, julgamento em 18.12.1996, DJ 25.04.1997, ocasião em que foi declarada inconstitucional a exigência de contribuição social para a seguridade social por empregador, pessoa jurídica que se dedica à produção agroindustrial, na forma instituída pelo artigo 25, § 2º, da Lei 8.870/94. Esses “constrangimentos constitucionais” assegurariam a efetividade dos direitos fundamentais sociais, como o direito à Previdência Social. Quando são colocados em segundo plano, por supostas razões orçamentárias (necessidades de preservação do sistema previdenciário no futuro), percebe-se uma nota de sacrifício desses direitos fundamentais no presente.

furtar-se à responsabilidade sobre as conseqüências dos seus julgados, invocando o mote ultrapassado do *fiat justitia et pereat mundus*³⁴⁷.

Nosso sistema jurídico reconhece expressamente a existência e a legitimidade de tal prática judicial, como se percebe na possibilidade de modulação dos efeitos temporais das decisões do Supremo Tribunal que declaram a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, nos termos das Leis 9.868, de 10.11.1999, e 9.882, de 03.12.1999. A adoção da doutrina prospectiva na declaração de ineficácia das leis inconstitucionais, em lugar da tradição jurídica que reconhecia a nulidade da lei inconstitucional, com efeitos *ex tunc*, pressupõe considerações sobre os resultados práticos das decisões, especialmente os que dizem respeito a razões de segurança jurídica e excepcional interesse social³⁴⁸.

Da mesma forma, a partir da Lei 11.418, de 19.12.2006, que acrescentou o artigo 543-A do Código de Processo Civil, o conhecimento do recurso extraordinário é condicionado à demonstração da repercussão geral, para o que deve ser considerada a existência, ou não, “de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa” (CPC, art. 543-A, § 1º).

Mas essas referências a disposições legais expressas captam apenas algumas centelhas da prática consequencialista (orientada a resultados) da jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal. E também não demonstram os critérios que devem ser tomados em conta na aplicação de efeitos prospectivos (não retroativos) quando da declaração da inconstitucionalidade.

Constitui uma das fundamentais tarefas do presente trabalho a identificação de uma inclinação consequencialista – de extração econômico-utilitarista – na jurisprudência previdenciária do Supremo Tribunal Federal no final do século XX e início do século XXI. Pretende-se demonstrar, mediante a técnica de estudo de casos, que importantes decisões em matéria previdenciária se orientam a prender a prática judicial a uma aplicação rígida e

³⁴⁷ SARMENTO, D. Eficácia temporal do controle de constitucionalidade: [o princípio da proporcionalidade e a ponderação de interesses] das leis. **Revista de Direito Administrativo**, n. 212, p. 27-40, abr./jun. 1998, p. 36.

³⁴⁸ **Lei 9.868/99, art. 27.** “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”. **Lei 9.882/99, art. 11.** “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

inflexível das regras e costumam ser determinadas, expressa ou implicitamente, por considerações econômicas de natureza utilitarista.

Duas são as dificuldades, contudo, para que a análise empírica evidencie a maximização da utilidade. A primeira é que se tem um número relativamente pequeno de questões previdenciárias analisadas pelo Supremo Tribunal Federal. A segunda é que, não raras vezes, a decisão judicial se expressa apenas em termos jurídicos, não deixando transparecer o fundamento moral ou político que lhe dá suporte. A premissa de que parte o julgador é implícita, sofisticada, não declarada:

[...] o tradicional método dogmático-normativo não seria na realidade o determinante das soluções-decisões concretas, [...] não passaria esse método de uma forma de justificação ou legitimação *a posteriori* dessas decisões, obtidas na verdade por pragmáticas ponderações teleológicas aferidas pelos efeitos, e daí desde logo que fosse lícito pensar a substituição daquele método tradicional por esquemas metódicos da racionalidade deste tipo de ponderações – o que seria justamente conseguido pela aplicação à decisão jurídica da científico-analítica “teoria da decisão”³⁴⁹.

Mas ainda que o universo de casos não seja amplo, o importante é a demonstração de que o mecanismo opera e que pode conduzir ao resultado, e não propriamente a generalização.

Percebe-se que a prática judicial em matéria previdenciária assume esses fortes contornos econômicos quando a ideologia neoliberal da iminência de irreversível crise fiscal logra exercer forte influência sobre a imaginação dos juízes, de modo que estes passam a buscar regras e procedimentos que contribuem para aumentar a riqueza da sociedade e, pretensamente, assegurar a manutenção do sistema previdenciário.

O corte epistemológico se justifica por ter sido no final da década de 1990 o marco temporal a partir do qual o Supremo Tribunal Federal, em face da nova Constituição da República, se viu realmente desafiado a deliberar entre a reafirmação dos novos direitos sociais de seguridade social e as exigências econômicas de eficiência e equilíbrio fiscal. É a partir de então que se permite a identificação de cálculo judicial da utilidade entre a proteção/promoção dos direitos fundamentais de segurança social e a promoção/proteção das metas político-fiscais do Governo Federal que foram recomendadas pela agenda de ajuste estrutural neoliberal. Essa é a década em que se iniciam as reformas previdenciárias restritivas de direitos, impulsionadas por forte pressão ideológica neoliberal e sinais de

³⁴⁹ NEVES, A. C. **Metodologia jurídica**, p. 58.

crise institucional entre Executivo e Judiciário, quanto ao que este não satisfazia as preferências daquele no que se referia à meta central de estabilização fiscal.

De outra parte, embora o problema referente a soluções judiciais econômico-utilitaristas pudesse ser buscado em outros campos do Direito, tanto quanto o interesse público de estabilização fiscal se encontre em rota de colisão com direitos individuais, o objeto da presente seção limita-se ao exame verticalizado dos efeitos dessa racionalidade no campo da Previdência Social, porque é nesta seara que se logra perceber o legado da ação política restritiva de direitos sobre o trabalho judicial de solução de controvérsias.

A ideia nuclear é a de que a ambiência de crise fiscal e o processo de reformas restritivas pelo qual passou a Previdência Social a partir de meados da década de 1990 engendraram um modo de aplicar o Direito Previdenciário marcado pela primazia da eficiência econômica sobre a adequada proteção previdenciária da pessoa humana.

É preciso destacar, ainda, que a escolha pelo exame das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal se deve ao fato de que, com a constitucionalização do sistema da Seguridade Social em 1988, as principais decisões em matéria previdenciária são oferecidas por este Tribunal. Também é de se reconhecer a forte influência das decisões da Suprema Corte sobre todas os demais órgãos jurisdicionais.

Os traços identificados na recente doutrina do STF poderiam, nada obstante, ser encontrados, de modo mais ou menos sistemático, em decisões singulares e colegiadas proferidas pelo órgão jurisdicional chamado a realizar o Direito da Previdência Social³⁵⁰.

A abertura própria do texto constitucional, por outro lado, faz da jurisdição constitucional um campo propício à técnica de argumentação por princípios e à ponderação de valores com tendência ao emprego de solução político-pragmática das controvérsias.

³⁵⁰ É preciso observar ainda que o emprego da racionalidade finalística do utilitarismo econômico na adjudicação judicial previdenciária pode-se dar em duas dimensões: na interpretação dos fatos ou qualificação dos fatos (o exame das questões de fato, a verificação pelo juiz da existência dos fatos constitutivos do direito reivindicado); na interpretação do direito ou definição da norma jurídica aplicável (o exame da questão de direito e aplicação da norma jurídica no caso concreto). Isso significa uma prática judicial que, pelo ângulo dos fatos ou pela perspectiva do direito, impõe maior rigor no exame do direito à Previdência Social. Uma tarefa de elevada importância consistiria em investigar como e em que medida o consequencialismo econômico influencia a argumentação em relação aos fatos (os problemas da prova), pois eles apresentam importância decisiva para a maior parte das decisões jurídicas. Neste sentido, a preocupação com os efeitos econômicos da decisão pode conduzir a um juízo restritivo no reconhecimento da existência e na qualificação jurídica de determinados fatos. O enfoque deste trabalho é dado à realização da norma jurídica no caso (interpretação e aplicação do Direito). Embora muito do que se sustentará nos capítulos 5 e 6 possa ser aplicado também à interpretação dos fatos (especialmente a idéia da equidade para o caso), o tema demandaria um agudo estudo. O enfretamento, aqui, retiraria, de um lado, a ênfase que se pretende dar à constituição equitativa da norma jurídica e, de outro lado, diminuiria a importância do tema que pode ser estudado separadamente.

A análise que se oferece nesta Seção é permeada pela noção de que, na perspectiva do discurso argumentativo ou da ponderação dos interesses constitucionalmente protegidos e que se encontram em conflito em um caso concreto, o Supremo Tribunal Federal tem conferido prevalência ao princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, compreendido agora – consciente ou inconscientemente, expressa ou implicitamente – como princípio da eficiência econômica (maximização dos recursos), o que se busca alcançar pela redução de despesas ou elevação de receitas da Previdência Social.

Em uma ambiência de rigidez fiscal instaurada pelo projeto neoliberal no início da década de 1990, impõe-se investigar se – e até que ponto – a doutrina do Supremo Tribunal Federal, nesta conjuntura, tem subordinado a realização dos direitos previdenciários ao postulado da eficiência econômica e, não menos importante, o modo como esta exigência é traduzida em termos jurídicos. E, neste sentido, como adiante será defendido, a forma de justificação ou legitimação *a posteriori* dessas decisões – obtidas, na verdade por considerações pragmáticas aferidas pelos efeitos – se opera pelo emprego do tradicional método dogmático-normativo na referência que se faz ao princípio constitucional do equilíbrio financeiro-atuarial da Seguridade Social (CF/88, art. 195, § 5º: “nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido, sem a correspondente fonte de custeio total”).

4.2 A DIMENSÃO POLÍTICA DA ATUAÇÃO JUDICIAL

Se o assombro econômico parece reclamar, por si só, a devida atenção por parte do juiz, exigindo respostas ou soluções responsáveis – orientadas pelos resultados –, parece relevante colocar em foco, na perspectiva da relação entre os Poderes da República, o constrangimento experimentado pelo Poder Judiciário em ordem a assumir a função de “*longa manus* da intervenção político-social ou de um seu mero álibi legitimante”³⁵¹.

O papel político do Judiciário no processo decisório do sistema político não deve ser ignorado, pois os tribunais e juízes, mesmo quando se mantêm constrangidos por critérios estritamente jurídicos, acabam tomando decisões que influenciam o curso ou mesmo criam políticas públicas. Esse impacto que o Judiciário – especialmente o federal – tem nas políticas públicas pode ser percebido (*i*) pelo alto índice de ações de diversa

natureza apresentadas à Justiça para impugnação, modificação ou adoção de uma política pública, (ii) pelas decisões judiciais que vetam ou atrasam a implementação dessas políticas públicas ou mesmo (iii) pelo papel (informal) do Judiciário na fase de deliberação³⁵².

O reconhecimento do fenômeno da intervenção judicial em políticas públicas deveria indicar suficientemente que a realização do Direito não é operada exclusivamente por critérios jurídicos, mas igualmente por diversos fatores políticos. Ainda que mais facilmente se admita a conotação política das decisões dos tribunais superiores, especialmente as elaboradas pelo Supremo Tribunal Federal, é comumente desvalorizada a influência da política no processo de tomada das decisões judiciais.

É impressionante como a ultrapassada visão de Montesquieu, segundo a qual o juiz é a boca que pronuncia as palavras da lei, um ser inanimado que não lhe pode moderar nem a força nem o rigor, tem potencialidade para até hoje silenciar o relevante debate sobre a real posição do Poder Judiciário em nosso sistema político, servindo ademais para a difusão da ideia de que a metodologia do positivismo jurídico (legalista e analítico-linguístico) não apenas é a que deve ser observada pelo juiz na solução do caso concreto, mas é igualmente aquela que é de fato empregada³⁵³.

Ocorre que na afirmação da tutela judicial dos direitos humanos fundamentais como a propriedade, a liberdade individual e as liberdades sociais, o constitucionalismo atribuiu poderes aos juízes para limitar a ação dos legisladores e dos administradores. Essa expansão do domínio dos litigantes e dos juízes na segunda parte do século passado faz

³⁵¹ NEVES, A. C. **Metodologia jurídica**, p. 61.

³⁵² TAYLOR, M. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil, **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, v. 50, n. 2, 2007, p. 229-257. A ciência política passou a reconhecer, há pelo menos meio século (desde Robert Dahl, 1957), o papel político do Judiciário como uma instituição para tomada de decisões sobre questões políticas (DAHL, R. The concept of power. In: **Behavioral Science**, v. 2, jul. 1957, p. 201-215). De outra parte, em sua clássica *Political Jurisprudence* (1960), que se tornou uma grande expressão para a maioria das pesquisas de ciência política orientada ao Judiciário nas décadas seguintes, Martin Shapiro formula seu argumento central de que distante de serem independentes e neutros, os tribunais são atores significativos na política. Não apenas pelo poder de veto, mas pela determinação, em alguns casos, de realização de políticas públicas a despeito de ausência de previsão legal.

³⁵³ Perceba-se, a esse respeito, a visão do Ministro Cezar Peluso, externada quando do julgamento da ADI 3105-DF (adiante abordado). O mencionado ministro reafirmou “a velha convicção de que a esta Corte não cabe a tarefa de, sob os mais nobres propósitos, substituir-se aos órgãos republicanos competentes para legislar e para definir políticas públicas, nem tampouco de se fazer intérprete de aspirações populares que encontram, nas urnas, o instrumento constitucional de expressão e decisão” (STF, Plenário, ADI 3105/DF, Rel. p/ Acórdão Min. Cezar Peluso, j. em 18.08.2004, DJ 18.02.2005, p. 250). Essa manifestação foi secundada pelo então Ministro do STF Nelson Jobim, segundo o qual, deve ficar “muito clara a divisão e a distinção entre aqueles que têm voto na sociedade e podem definir políticas públicas daqueles que não as tomam, legitimadas pelo único processo democrático que até agora conhecemos: o processo eleitoral” (STF, Plenário, ADI 3105/DF, Rel. p/ Acórdão Min. Cezar Peluso, j. em 18.08.2004, DJ 18.02.2005, p. 446-447).

com que seja extremamente difícil para os estudiosos de ciência política que se dedicam à pesquisa empírica dos órgãos de governo ou da atuação governamental evitarem incursão sobre a relação do Direito com políticas públicas, o que pode corresponder ao significado da expressão “*law and courts*”³⁵⁴.

Pode-se dizer, de fato, que a percepção dos juízes como atores políticos é provocada pela Constituição da República. Ela limita o poder estatal e garante direitos, prestando-se como instrumento para a realização da justiça social e para a promoção dos direitos. A extensão dos direitos sociais assegurados constitucionalmente e a capacidade do Poder Judiciário de exercer controle de constitucionalidade das leis e atos normativos (em um sistema institucional de *checks and balances*) propiciaram aumento da intervenção judicial no campo público. Tal conjuntura conduz o Judiciário a um papel ativo na vida coletiva e a ele outorga uma significativa posição no processo de decisão política, tornando-o um “co-autor de políticas públicas”, dado o controle dos juízes sobre várias medidas do governo, especialmente as diretamente relacionadas com a política orçamentária e de finanças públicas³⁵⁵.

Mas reconhecer isso não implica aceitar uma concepção instrumental do Direito ou a legitimidade de uma racionalidade jurídica finalística e sem consideração a exigências ou valores éticos.

Por outro lado, a identificação dos importantes efeitos das decisões judiciais sobre o arranjo socioeconômico politicamente estabelecido, não é necessária uma grande retrospectiva.

Uma das principais questões previdenciárias já apreciadas pelo Judiciário nos orienta, com todas as luzes, à conexão entre as decisões judiciais e o eventual risco de grave lesão à economia pública.

Trata-se das ações coletivas propostas por associações de aposentados e pensionistas que buscavam ordem judicial provisória de reajuste das prestações previdenciárias, mediante o índice de 147%. O mérito da causa dizia respeito à inteligência do disposto nos artigos 58 e 59 do ADCT, que determinavam a equivalência salarial dos benefícios mantidos pela Previdência Social ao tempo da promulgação da Constituição até

³⁵⁴ Para estes autores, os tribunais fazem parte do *government*, têm natureza política e devem ser estudados pelas mesmas teorias e pelo mesmo método da análise empírica aplicados pelos cientistas políticos para outros atores e instituições políticas (SHAPIRO, M.; SWEET, A. S. *Law, Courts and Social Science*. In: **On law, politics and judicialization**. Oxford University Press, 2002. p. 1-18).

³⁵⁵ SADEK, M. T. El poder judicial y la magistratura como actores políticos. In: **El Brasil de Lula: Diputados y Magistrados**. Leôncio Martins Rodrigues y María Tereza Aina Sadek. Buenos Aires: La Crujía y PNUD, 2004.

quando da efetiva implementação dos novos Planos de Custeio e de Benefícios da Previdência Social.

O Superior Tribunal de Justiça havia deliberado pela manutenção da ordem provisória – execução imediata da sentença, nos termos do artigo 130 da Lei 8.213/91, então em vigor – de reajuste de 147%, decisão que foi suspensa pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento das Suspensões de Segurança 471-9/DF e 472-7/DF, oportunidade em que foi realçada, na ementa do acórdão, “a possível desestabilização das finanças da Previdência Social, em detrimento de todos os trabalhadores ativos e inativos, do presente e do futuro” (j. em 13.04.1992, DJ 04.06.1993).

Não é sem importância notar a alegação deduzida pelo INSS em seu requerimento de suspensão de segurança, sobre o risco de se tornar inviável o sistema previdenciário brasileiro acaso fosse reconhecido o direito dos beneficiários:

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

O que se pode observar é que, desde então, o INSS levantava o argumento – posteriormente percebido como triunfal³⁵⁶ – de desequilíbrio orçamentário da Previdência Social e da inexistência da fonte de custeio total, como se de criação ou majoração de benefício se tratasse a ordem judicial de revisão, e não de reparação judicial de lesão sofrida pelos titulares de benefícios previdenciários em razão de ilegalidade operada pela Administração Previdenciária quanto à sistemática de reajustamento determinado pela Constituição da República³⁵⁷.

³⁵⁶ Este argumento, como se verá adiante, acabou sendo acolhido pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do RE 415.454/SC

³⁵⁷ Havia, em verdade, fundadas dúvidas sobre a veracidade dos números apresentados pela autarquia previdenciária. Segundo o professor Aníbal Fernandes, “Na crise dos 147%, durante o governo Collor, dizia-se que não havia dinheiro para pagar a diferença devida aos segurados. Só que no Ministério havia uma contabilidade do dia que dizia: ‘ontem nós tínhamos tanto, gastamos tanto, aplicamos tanto’, o que demonstrava que havia uma pequena fábula à disposição. A Zélia (*ex-ministra Zélia Cardoso de Mello*) acabou confessando no Congresso que o FMI exigia um X de reservas. E foram buscá-las no superávit da

Prossegue-se na breve retrospectiva. No ano de 1997, diante da decisão da Suprema Corte que determinou o reajuste salarial de 28,86% a servidores públicos civis da União, o então presidente da República chegou a expressar: “Eles [os ministros do STF] não pensam no Brasil”³⁵⁸.

O fato desembocou em crise institucional entre o Executivo e o Judiciário e o ponto fundamental era justamente o impacto econômico da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal:

Segundo FHC, essa decisão “exige um rigor adicional no controle das despesas públicas e na manutenção de níveis adequados de dispêndio com a folha de pessoal”. Na nota, o presidente afirma que o aumento concedido pelo STF não vai comprometer o Plano Real. Para ele, ainda é difícil avaliar o impacto da decisão do STF sobre as contas públicas. “O governo reafirma sua determinação em não permitir, em hipótese alguma, que o impacto de eventuais decisões judiciais sobre a folha de salários do setor público comprometa as metas de desempenho fiscal necessárias à sustentação do Plano Real”, diz a nota divulgada por FHC³⁵⁹.

Três anos depois, diante das seguidas derrotas no processo de privatização do Banco Banespa, o então advogado-geral da União e hoje Ministro do STF, Gilmar Mendes, chegou a expressar que “o autismo é um mal complicado no Judiciário”³⁶⁰. Note-se o contexto da crítica de irresponsabilidade judicial – pelo fato, diga-se, de o Judiciário não se submeter ao projeto econômico do governo federal:

Previdência. E isso não é segredo nenhum...”. (Disponível em: <<http://www.seesp.org.br/imprensa/133aposentadoria.htm>>. Acesso em: 07 jan. 2009)

³⁵⁸ Importa retratar o momento: “O presidente disse: ‘Não é justo que se atrapalhe o que está sendo montado ao longo do tempo’. Em dezembro do ano passado, o governo chegou a calcular em R\$ 7 bilhões anuais as despesas extras com a concessão desse reajuste a todo o funcionalismo – a folha de pagamento da União consome cerca de R\$ 40 bilhões ao ano. Ainda segundo esses cálculos, o pagamento das parcelas atrasadas consumiria R\$ 20 bilhões. Ontem, porém, o governo não quis confirmar os valores. O presidente Fernando Henrique Cardoso criticou a decisão antes do término do julgamento.– Às 16h05, quando apenas 5 dos 9 ministros do STF haviam votado, FHC reclamou dos ministros, que davam vantagem aos servidores. ‘Pena que eles não pensam no Brasil’, disse FHC, em frente a um grupo de fotógrafos” (**Folha de S. Paulo**, São Paulo, 20 fev. 1997, caderno Brasil).

³⁵⁹ No dia seguinte, noticiava-se que o presidente FHC “usou a decisão do Supremo Tribunal Federal de dar aumento a servidores públicos para fazer *lobby* pelas reformas administrativa e previdenciária [...]. Em nota oficial divulgada ontem, FHC afirmou que a decisão do STF confirma a ‘urgência da aprovação de efetiva reforma administrativa e previdenciária’” (**Folha de S. Paulo**, São Paulo, 20 fev. 1997, caderno Brasil). Por outro lado, para o presidente do Senado, Senador Antonio Carlos Magalhães, o STF havia prestado “desserviço” ao País (**Folha de S. Paulo**, São Paulo, 22 fev. 1997, caderno Brasil). No mesmo dia, noticia-se a reunião do Conselho de Reforma do Estado, presidido pelo então Ministro da Administração Bresser Pereira, órgão que teria emitido nota que pregava a aceitação da decisão do STF, mas também a reforma administrativa (**Folha de S. Paulo**, São Paulo, sábado, 22 fev. 1997, caderno Brasil).

³⁶⁰ **Folha de S. Paulo**, São Paulo, quinta-feira, 06 jul. 2000, caderno Brasil.

Advogado-geral da União diz que Judiciário é autista – Ele (Gilmar Mendes) alega que a não-privatização do banco provoca grave lesão à ordem econômica. Segundo Mendes, os juízes não estão “sensíveis” a essa argumentação porque consideram R\$ 189 milhões “dinheiro de bolso” (quantia pequena). Ele comparou esse valor aos recursos públicos desviados na construção do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo. “Foram desviados R\$ 169 milhões e foi um escândalo. R\$ 189 milhões é muito dinheiro”³⁶¹.

Seriam os magistrados alheios à expressão de magnitude político-econômica dos problemas concretos levados a julgamento? Trata-se de uma pergunta retórica a que se impõe uma resposta negativa. A história recente do Supremo Tribunal Federal sugere a permeabilidade dos atores judiciais aos acontecimentos históricos que rondam o processo de tomada de decisão e a consciência daqueles quanto à importância dos efeitos de suas decisões. Neste particular, o presente trabalho se aproxima da matéria que traduz o centro de suas atenções, isto é, a tensão existente entre direitos individuais e o interesse econômico coletivo consubstanciado na eficiência do orçamento fiscal.

O precedente a que se faz agora referência é dos mais significativos no campo tributário após a promulgação da Constituição da República de 1988, não apenas pela resposta interpretativa oferecida a aspectos normativos importantes do novo sistema constitucional tributário, mas especialmente pelo impacto econômico da decisão. Por seis votos contra cinco, o Supremo Tribunal Federal, no RE 150.764-1/PE, em 16.12.1992 (DJ 02.04.1993), declarou a inconstitucionalidade de dispositivos legais que elevavam alíquota do Finsocial, contribuição social destinada à Seguridade Social.

Colhe-se de trecho do voto desempate, proferido pelo Ministro Sydney Sanches, a impressão de que a sessão de julgamento era objeto de aproximada atenção:

Início o meu voto, dizendo que a imprensa continua confusa a respeito das matérias em que o Presidente tem direito a voto. O presidente vota sempre quando há matéria constitucional, haja ou não empate; vota sempre, quando há matéria administrativa; vota sempre, quando há matéria regimental; e, também, nos demais casos, quando há empate. Aqui, vota por dois motivos: a matéria é constitucional e há empate³⁶².

Por outro lado, fica claro no voto desempate o dilema de reafirmação dos direitos individuais em face do relevante interesse público de natureza econômica:

³⁶¹ **Folha de S. Paulo**, São Paulo, quinta-feira, 06 jul. 2000, caderno Brasil. Gilmar Mendes, então Advogado-geral da União, foi nomeado ministro do Supremo Tribunal Federal em 20.06.2002, por indicação de Fernando Henrique Cardoso, então presidente da República.

³⁶² RE 150.764-1/PE, p. 1.586.

Não há possibilidade de se salvar o dispositivo, por mais nobre que seja o propósito interpretativo desta Corte, ainda que para preservar o respeitabilíssimo interesse público do Tesouro, da Previdência e da Seguridade Social. Por mais nobre que seja esse interesse, não é possível sacrificar princípios intocáveis da Constituição, que, também a meu ver, ficaram profundamente atingidos^{363/364}.

Teria o Supremo Tribunal Federal alcançado o mesmo resultado hermenêutico se estivesse diante de uma conjuntura econômica crítica? Independentemente da resposta que se levante a esta questão, o espaço para a incerteza que ela manifesta nos situa na porção nuclear da problemática aqui proposta: em momentos históricos de – alegada – crise orçamentária da Seguridade Social –, é possível identificar-se uma tendência jurisprudencial pragmático-utilitarista que faz pouco dos direitos fundamentais de proteção social?

Argumentos periféricos articulados no julgamento do Recurso Extraordinário 376.846-8/SC, concluído em 24.09.2003 e publicado no DJ de 02.04.2004³⁶⁵, indicam delicada questão econômica subjacente ao problema da adequação/constitucionalidade dos índices adotados para reajustamento dos benefícios de prestação continuada mantidos pela Previdência Social, para o efeito de satisfazer a garantia assegurada no artigo 201, § 4º, da Constituição da República.

De fato, uma análise inclinada a distinguir algo para além dos argumentos jurídicos formal e logicamente deduzidos revela-se hábil a identificar, no seio do Supremo Tribunal Federal, o pensamento de que as consequências econômicas da decisão judicial devem ser levadas em conta, uma vez que a Previdência Social já se encontraria em situação de desequilíbrio orçamentário: “O Governo, quando toma empréstimo – e o faz continuamente, inclusive em matéria da Previdência Social, sabemos por conta do **déficit**, que hoje é explícito – paga SELIC”³⁶⁶.

³⁶³ RE 150.764-1/PE, p. 1.587.

³⁶⁴ No mesmo julgamento, expressava o Ministro Marco Aurélio, Relator para o Acórdão: “Senhor Presidente, não me preocupa o problema de caixa do erário, como também não preocupa aos demais Ministros que integram esta Corte. Preocupa-me, sim, a manutenção, a intangibilidade da ordem constitucional”. (RE 150.764-1/PE, Rel. Min. Marco Aurélio, p. 1.542)

³⁶⁵ Neste significativo precedente, o STF rejeitou o pleito de reajustamento dos benefícios pelo IGP-DI, porque “os percentuais adotados excederam os índices do INPC ou destes ficaram abaixo, num dos exercícios, em percentual desprezível e explicável, certo que o INPC é o índice mais adequado para o reajuste dos benefícios, já que o IGP-DI melhor serve para preços no atacado, porque retrata basicamente, a variação de preços do setor empresarial brasileiro”. Tal orientação alinha-se à doutrina do Supremo Tribunal Federal no sentido de que “a presunção da constitucionalidade da legislação infraconstitucional realizadora do reajuste previsto no art. 201, § 4º, C.F., somente pode ser elidida mediante demonstração da impropriedade do percentual adotado para o reajuste”. (RE 376.846-8/SC, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 24.09.2003, DJ 02.04.2004)

³⁶⁶ RE 376.846/SC, Min. Gilmar Mendes, p. 1.116.

E esse suposto desequilíbrio orçamentário decisivamente seria agravado por decisão que impusesse à Administração Previdenciária um dever que guarda referência a direito de milhares de seus beneficiários:

Neste julgamento, decidiremos a sorte, em primeiro lugar, da Carta da República, a supremacia da Carta da República; em segundo lugar, de milhares de sofridos beneficiários da Previdência Social. Os jornais de hoje veiculam que se tem, nessa matéria, um “esqueleto” – o qual se pretende quebrar, talvez sem se deixar sequer sair do armário – da ordem de vinte e sete bilhões. Mas esse “esqueleto” representa o que deixou de ser satisfeito, considerado o direito assegurado constitucionalmente. É justamente a diferença entre o que pago, a título de benefício, e o que deveria ter sido satisfeito³⁶⁷.

Pretende-se deixar consignado que uma leitura atenta de alguns precedentes do Supremo Tribunal em matéria previdenciária deixa transparecer a orientação utilitarista ou economicista de sua jurisprudência, especialmente a partir da década de 1990. Esta tendência nem sempre será traduzida em termos expressos e isso nos auxiliará a discernir entre o que os juízes dizem pensar (análise da constitucionalidade do ato normativo) e aquilo que realmente pensam (a necessidade do sistema previdenciário reduzir seus custos).

De todo modo é possível nesses precedentes se perceber o desenvolvimento do raciocínio moral utilitarista, que se dá em dois níveis:

No primeiro, o nível teórico, teríamos de tentar descobrir as regras ou princípios de moral que, como máximas de conduta, tendem a proporcionar, a longo prazo, a maior felicidade média possível dentro da comunidade. No segundo, o nível prático, deveríamos aplicar as máximas assim escolhidas a casos concretos³⁶⁸.

E talvez esse discernimento nos auxilie a compreender uma das razões – talvez a principal – de o Supremo Tribunal ter reconhecido como legítima a sistemática de reajustamento dos benefícios previdenciários quando “a perda é um fato notório”, quando “Em sua consciência, ninguém nega que, ano a ano, está havendo a perda quanto aos benefícios previdenciários”³⁶⁹. Afinal, “por que cargas d’água o Poder Público não adotou esse mesmo índice para corrigir os salários de contribuição? Dir-se-ia: para manter a

³⁶⁷ RE 376.846/SC, Min. Marco Aurélio, p. 1.056.

³⁶⁸ DWORKIN, R. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 350.

³⁶⁹ RE 376.846/SC, Min. Marco Aurélio, p. 1.060.

equação econômico-financeira, haver uma sobra de caixa, um superávit e, assim, assegurar a continuidade da obrigação para com os titulares dos benefícios³⁷⁰.

É incerto o horizonte de efetividade da cláusula constitucional da preservação do valor real dos benefícios previdenciários – como de resto dos demais direitos constitucionais previdenciários – não apenas em razão de uma aparente dificuldade prática em se aferir a adequação dos critérios eleitos pelo legislador, mas também em face do impacto orçamentário que proporciona e, por essa consequência, o desafio que traduz para a preservação de um sistema previdenciário eficiente em termos econômicos, isto é, voltado para a maximização de seus recursos e geração de excedentes³⁷¹.

4.3 SEGURANÇA JURÍDICA E A SUPOSTA AMEAÇA À PRESERVAÇÃO DO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO

Para ilustrar o manejo de argumentação do tipo que está sob exame, talvez seja adequado iniciar a análise com a transcrição de parte do voto proferido pelo Ministro Cezar Peluso, quando do julgamento da ADI 3104/DF em setembro de 2007. Nesta ação, o STF deixou de reconhecer o direito dos servidores públicos filiados a Regime Próprio de Previdência Social às regras transitórias estabelecidas pela EC 20/98 e que haviam sido mutiladas pela EC 41/03. Embora se imputasse à alteração normativa a inconstitucionalidade por afronta a valores como segurança jurídica, proteção da confiança do cidadão e boa-fé administrativa, e ainda que a questão tenha sido solucionada na perspectiva da inexistência de direito adquirido a regime jurídico, a ponderação operada pelo Ministro Peluso, voltada às possíveis consequências econômicas da decisão judicial, expressa uma linha de pensamento que parece permear o raciocínio jurídico deduzido em algumas decisões deste Tribunal:

³⁷⁰ RE 376.846/SC, Min. Carlos Britto, p. 1.067.

³⁷¹ Os critérios de reajustamento dos benefícios previdenciários seriam orientados por interesses aparentemente contrapostos: De um lado, haveria o “juízo da administração pública sobre os índices que deva usar para manter o equilíbrio econômico-financeiro e atuarial do caixa da Previdência. Esse é o problema que cabe à administração pública avaliar, escolhendo os índices que considere mais adequados àquele escopo”. De outro lado, haveria a questão sobre a análise da adequação do índice usado para a correção do benefício em face da garantia constitucional dos segurados” (RE 376.846/SC, Min. Cezar Peluso, p. 1.115). Mas, na verdade, o princípio do equilíbrio financeiro-atuarial deve ser visto como instrumental em relação aos direitos de Previdência Social.

Mas não é só o problema da segurança jurídica, o problema, também, é avaliar o custo e a viabilidade econômica de certas prestações estatais [...] [Os problemas de providência e de gerenciamento do sistema] podem aniquilar os sistemas e pôr a perder os próprios direitos reconhecidamente adquiridos. Vossa Excelência imagine uma situação de caos – não diria estar próxima ou longínqua, mas concebo hipoteticamente que ela possa um dia chegar –, em que fosse decretada a falência prática do sistema previdenciário, a ponto que o Estado já não pudesse responder pela aposentadoria daqueles que, há tanto tempo, dependem dela para sobreviver. Como fazemos?³⁷²

É importante ressaltar que o argumento econômico e a preocupação com a maximização do bem-estar geral não fizeram parte do voto aportado pelo Ministro Peluso, oportunidade em que apenas foram articulados, para a rejeição da tese da ADI 3104/DF, argumentos ligados à teoria do direito, como os conceitos de direito adquirido e possibilidade de alteração do quadro jurídico de aposentadoria dos servidores públicos.

Isso parece apontar que uma coisa é fundamentação jurídica formal para acolhimento ou rejeição de determinada tese previdenciária; outra é a dimensão concernente aos efeitos políticos, econômicos ou sociais da decisão judicial. Essa dimensão, orientada à eficiência econômica e à maior utilidade possível do sistema previdenciário compreendida em uma perspectiva de maximização das riquezas da nação – maximização das receitas orçamentárias da Seguridade Social – nem sempre se manifesta de maneira expressa.

É já plenamente possível perceber, contudo, o quanto a moral utilitarista inspira a doutrina constitucional previdenciária do Supremo Tribunal:

A necessidade da justiça para subsistência da sociedade é o único fundamento dessa virtude, e como nenhuma qualidade moral é mais valorizada do que ela, podemos concluir que esta característica de utilidade é, de modo geral, a mais energética, e aqui tem o controle mais completo sobre nossos sentimentos³⁷³.

No mesmo julgamento, o Ministro Menezes de Direito, sem investigar a questão da necessidade da reforma restritiva de direito implementada pela EC 41/03, lança mão do que se pode perceber um verdadeiro trunfo para a legislação que reduz o nível de proteção social ou que majora as receitas da Seguridade Social, qual seja, o argumento da

³⁷² Argumento deduzido no julgamento da ADI 3104/DF (p. 176-177), realizado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em que foi relatora a Ministra Carmen Lucia, j. em 26.09.2007, DJ 09.11.2007. É difícil não recordar, a propósito, do quanto já foi expresso anteriormente no sentido de que o utilitarismo tenta considerar as convicções sobre a prioridade da justiça como uma ilusão social útil, já que a violação costumeira de direitos não se amolda ao princípio da utilidade. (RAWLS, J. **A theory of justice**, p. 28)

³⁷³ HUME, D. **Uma investigação sobre os princípios da moral**. Tradução de José Oscar de Almeida Marques. Campinas: Editora UNICAMP, 1995. (Coleção Repertórios), p. 63.

preservação da viabilidade do sistema previdenciário, mediante a necessária consideração à regra do equilíbrio financeiro e atuarial. Examinemos suas palavras:

[...] ninguém discute mais hoje que o regime previdenciário tem natureza contributiva e solidária e, ao mesmo tempo, que deve levar em conta o equilíbrio financeiro e atuarial. Daí, endogenamente, pela própria regra, a possibilidade de alteração desse regime para que ele tenha a natureza contributiva e solidária e, ao mesmo tempo, leve em consideração o equilíbrio financeiro e atuarial, que lhe dá viabilidade³⁷⁴.

Ainda que não ostensivamente, já é possível identificar o postulado econômico da eficiência na roupagem técnico-jurídica correspondente à exigência de equilíbrio financeiro e atuarial do sistema de Seguridade Social. Percebe-se também que a mera alegação de desequilíbrio orçamentário e de necessidade de reformas previdenciárias culminou por justificar a alteração restritiva do regime previdenciário³⁷⁵. Mas, como ressaltou o Ministro Carlos Britto no mesmo julgamento, ao referir a exigência de se examinar a nova normatização sob as lentes do princípio da proporcionalidade, “não é da lógica do sistema colocar à disposição da entidade mantenedora do sistema todo o futuro, toda a situação jurídica do servidor estatutário”, levando-o a uma situação de “precariedade extrema”³⁷⁶.

A tendência utilitarista-coletivista da jurisprudência do STF no julgamento em análise se mostra com maior vigor quando examinada a partir do voto e debate realizados pelo Ministro Marco Aurélio.

Se uma das principais objeções levantadas contra a ética utilitarista diz respeito à aprovação de sacrifício de direitos individuais, se assim for necessário, para a maior prosperidade da nação ou maior satisfação líquida de preferências, as intervenções do Ministro Marco Aurélio tocam justamente o raciocínio de que o – suposto³⁷⁷ – objetivo de

³⁷⁴ ADI 3104/DF, p. 157.

³⁷⁵ Na análise do enfraquecimento das políticas nacionais pelos mercados globais (despolitização das decisões legislativas), Teubner assinala a percepção de Luhmann, quanto à circularidade do processo de criação de direito: “os autores reportam-se o tempo todo à validade de normas jurídicas cujo fundamento de validade é totalmente questionável. E é justamente essa praxe permanente de criar uma fama jurídica – uma verdadeira evocação de mitos jurídicos e não, por exemplo, uma decisão de uma instância central capaz de positivizar direito influenciada pelo *lobby* de atores privados – que dá validade ao novo direito”. (TEUBNER, G. Regimes Privados: Direito neo-espontâneo e constituições dualistas na sociedade mundial. In: _____. **Direito, sistema e policontextualidade**. Tradução de Brunela Vieira de Vincenzi et al. Piracicaba: Unimep, 2005. p. 115)

³⁷⁶ ADI 3104/DF, p. 162.

³⁷⁷ O presente trabalho é permeado pela noção de que as alterações levadas a efeito no sistema previdenciário a partir do início da década de 1990, em nome da busca ou preservação de seu equilíbrio financeiro e atuarial são, na realidade, injustificáveis. Em primeiro lugar, porque as reformas não partem de nenhum estudo técnico que logre correlacionar as receitas às estimativas de despesas da Seguridade

maximização das receitas orçamentárias do Sistema de Seguridade Social é buscado ainda que ao preço do sacrifício dos direitos individuais:

Articulou-se com a questão da Previdência. Volto a contar uma história, mas esta é verdadeira: em 1993, quando da criação de um tributo que surgiu masculino e, depois, se tornou feminino, o Imposto Provisório sobre a Movimentação Financeira, um emérito varão desta República – Ministro da Saúde, o professor Jatene –, veio em peregrinação ao Supremo – não estive em meu Gabinete e não sei por quê – para ressaltar que o IMPF visava a salvar a saúde.

[...]

Provisório, mas já se disse que o “P” contido na sigla é o “P” de permanente. A saúde foi salva? Será que o sacrifício de um valor maior que é a estabilidade, a segurança jurídica, será que mediante o sacrifício dos servidores públicos, bodes expiatórios, haverá a salvação da Previdência Social? Será que, com o sacrifício de um valor básico – e paga-se um preço por viver em uma democracia, e ele é módico, ao alcance de todos –, o respeito às regras estabelecidas, ter-se-á a salvação da Previdência?³⁷⁸

A preocupação com a eficiência econômica da Previdência Social parece conduzir o Supremo Tribunal Federal a duas categorias centrais do utilitarismo: a do espectador imparcial e a do legislador ideal.

Na perspectiva utilitarista, se é racional que um indivíduo, agindo de acordo com o princípio da utilidade e na busca do que entende lhe ser bom, pode balancear suas próprias perdas com os seus próprios ganhos, sacrificando-se agora em nome de uma mais elevada vantagem posterior, a sociedade como um todo deve adotar o mesmo princípio de escolha racional que se aplica a um sujeito isolado. Daí a concepção do espectador imparcial, assim considerado o indivíduo perfeitamente racional que, experimentando o desejo dos outros como se fossem dele próprio, avalia a intensidade desses desejos e atribui-lhes o valor adequado em um sistema único. E é orientado por essa avaliação que o legislador ideal tentará maximizar a satisfação dos desejos, ajustando as regras do sistema social³⁷⁹.

Social. Em segundo lugar porque não se pode sequer falar seriamente em preservação de equilíbrio atuarial ante um arranjo normativo que contempla desvinculações das receitas da Seguridade Social. Neste contexto, as modificações normativas significam, em regra, aproximações para redução de despesas orçamentárias com restrição de direitos das pessoas mais frágeis de nossa sociedade, ao tempo em que as Desvinculações das Receitas da União extraem tal economia de recursos e tanto mais para qualquer outra finalidade orçamentária.

³⁷⁸ ADI 3104/DF, p. 184.

³⁷⁹ Sobre o espectador imparcial e a ênfase dada à simpatia, deve-se notar que “É através da concepção do espectador imparcial e do recurso à identificação por simpatia, que conduzem ambos à indagação imaginária, que o princípio que é válido para cada sujeito é aplicado à sociedade. É este espectador que é concebido como procedendo à necessária articulação dos desejos de todos os sujeitos num sistema único

De acordo com a teoria ética utilitarista, a decisão correta é, essencialmente, um “problema de administração eficiente”. Não considerando seriamente a pluralidade de sujeitos, o utilitarismo submete os direitos garantidos pela justiça ao cálculo dos interesses sociais³⁸⁰.

A concepção normativa adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 3104 parece apontar para o mesmo sentido. O apelo economicista encontrado no princípio do equilíbrio atuarial acaba sendo traduzido na preocupação dos julgadores do Supremo Tribunal Federal com a sustentabilidade orçamentária da Previdência Social e, mais do que isso, com a maximização da eficiência econômica da Seguridade Social. Mas a salvaguarda de tais objetivos somente é observada naquilo que demande a restrição – ou não extensão – de direitos de proteção social ou a elevação das contribuições sociais para a Seguridade Social exigidas dos beneficiários. É como se de fato existisse um fundo solidário intergeracional ou um planejamento ou idealização de equilíbrio atuarial. É como se de maneira nenhuma um suposto equilíbrio não fosse abalado pelas desvinculações de receitas da Seguridade Social e repassados a qualquer destinação do Orçamento Fiscal.

Daí a absoluta pertinência da crítica antiutilitarista de Dworkin:

Dizer que, se os indivíduos têm esses direitos, no longo prazo, o conjunto da comunidade como um todo estará em melhor situação não é uma resposta. Essa idéia – a de que os direitos individuais podem conduzir à utilidade geral – pode ou não ser verdadeira, mas ela é irrelevante para a defesa dos direitos enquanto tais, pois quando afirmamos que alguém tem um direito de expressar livremente suas opiniões, no sentido político relevante, queremos dizer que ele tem o direito de fazê-lo, mesmo quando não for de interesse geral³⁸¹.

4.4 ISONOMIA DE TRATAMENTO E A SUPOSTA AMEAÇA À PRESERVAÇÃO DO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO

Passemos à reflexão crítica dos fundamentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do RE 415.454/SC. Tal julgamento versava sobre tese sustentada por milhares de pensionistas que buscavam revisão de seu benefício com apoio

e coerente. É mediante esta construção que uma pluralidade de sujeitos se funde num só” (RAWLS, J. **Uma teoria da justiça**, 2. ed., p. 44). O tema foi explorado com maior profundidade no capítulo 1.

³⁸⁰ RAWLS, J. **Uma teoria da justiça**, 2. ed., p. 44-46.

³⁸¹ DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**, p. 417-418.

no princípio constitucional da isonomia e na adequação em se aplicar a nova lei mais benéfica (Lei 9.032, de 28.04.1995) aos benefícios concedidos anteriormente à sua edição. A tese da autarquia recorrente era no sentido de que, por força do princípio *tempus regit actum*, os critérios de cálculo da renda mensal de um benefício devem observar a legislação vigente ao tempo de sua concessão. A não observância de tal princípio ofenderia a regra da irretroatividade da lei e o princípio da proteção do ato jurídico perfeito. Encerraria ainda admissão da “majoração de benefício sem a correspondente fonte de custeio total”, o que seria vedado não só para o legislador, mas também ao aplicador da lei ao caso concreto (CF, art. 195, § 5º).

Será de muita valia a transcrição de alguns excertos da ementa correspondente ao referido julgamento. Como se vê:

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, § 5º). Precedente citado: RE 92.312/SP, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 11.04.1980.

[...] 13. 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). Precedente citado: julgamento conjunto das ADIs 3.105/DF e 3.128/DF, Relª. Minª. Ellen Gracie, Rel. p/ o acórdão, Min. Cezar Peluso, Plenário, maioria, DJ 18.02.2005.

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 de sua concessão. A Lei n. 9.032/1995 somente pode ser aplicada às concessões ocorridas a partir de sua entrada em vigor.

Certamente que o pensamento subjacente à decisão da Suprema Corte no RE 415.454/SC é permeado pela imaginação de desequilíbrio nas relações jurídicas e nas finanças públicas que a interpretação favorável às pensionistas poderia causar. Embora esse fosse um dos principais argumentos encontrados no recurso da autarquia previdenciária, esta jamais se preocupou em demonstrar a existência ou não da correlação entre os valores referentes à criação, majoração ou extensão de benefício ou serviço da Seguridade Social,

e a sua correspondente fonte de custeio total, de modo que não se poderia concluir, senão mediante exercício de presunção – ou ficção – que a solução pela aplicação imediata da nova lei a todos os pensionistas violava o princípio do equilíbrio atuarial – ou da precedência do custeio³⁸².

O que se pode perceber já das razões que levaram o Ministro Gilmar Mendes a submeter ao Plenário do Supremo Tribunal Federal o exame do RE 415.454/SC, é a saliência do elemento consequencialista a sugerir uma subordinação dos direitos previdenciários de subsistência aos – novos – objetivos econômicos da política pública previdenciária:

Quanto ao mérito, nos termos do § 3º do art. 21 do RI/STF, submeto à apreciação deste Plenário matéria de considerável relevância, tanto em razão da repercussão econômica do caso como no que concerne à possibilidade do reconhecimento de direitos previdenciários decorrentes da própria política de regularização atuarial da Previdência Social em nosso país (RE 415.454/SC, p. 1.041)³⁸³.

Na visão do relator Ministro Gilmar Mendes, cujo voto conduziu a decisão colegiada que culminou por não reconhecer o direito de revisão dos benefícios de pensão por morte, além de ser apropriada ao caso a aplicação do princípio *tempus regit actum*, não era possível se desconsiderar “a preservação do equilíbrio financeiro e atuarial e, de outro, o caráter contributivo de perfil institucional do sistema previdenciário”, de modo que o acórdão que havia reconhecido o direito à revisão da pensão por morte pela lei nova mais benéfica, “ao estender a aplicação dos novos critérios de cálculo a todos os beneficiários

³⁸² A trajetória de análise desta questão pelo STF é interessante. De uma parte, pela voz de sua 2ª Turma, a Suprema Corte vinha decidindo no sentido de que a questão não encerrava matéria constitucional, razão pela qual deixava de conhecer dos recursos extraordinários interpostos pelo INSS (por exemplo, RE-AgRg 441.771/PR, 2ª Turma, julgamento em 30.05.2005, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 05.08.2005). De outra parte, por intermédio de sua 1ª Turma, o STF conhecia dos recursos interpostos pela referida autarquia previdenciária, sendo o juízo favorável aos beneficiários da pensão por morte (por exemplo, RE-AgRg 422.268-0/SP, julgamento em 31.05.2005, Rel. Min. Eros Grau, DJ 24.06.2005). A questão seguiu, então, à análise do Plenário, cumprindo averbar que o Ministério da Previdência Social estimava impacto imediato de R\$ 8 bilhões e de R\$ 40 bilhões para pagamentos futuros. No julgamento da questão pelo Plenário, realizado quase doze anos após a publicação da Lei 9.032/95, o STF conheceu do recurso do INSS e, por sete votos a quatro, decidiu que a pensão por morte deve ser regida pela legislação vigente ao tempo do óbito. A lei nova mais benéfica somente seria aplicável às pensões por morte concedidas em decorrência de óbitos posteriores à edição da Lei 9.032/95.

³⁸³ Enquanto o voto condutor sugere a subordinação do direito previdenciário à exigência constitucional de equilíbrio atuarial e financeiro da Seguridade Social, o Ministro Ayres Britto reafirmava que o direito “à previdência social não é servil ou instrumental de nenhum outro”, mas direito de tipo substantivo ou material que gravita em sua própria órbita (RE 415.454/SC, p. 1.108). Quanto à previdência social, referiu-se tratar de “genuína atividade estatal de obrigatório desempenho” que, apesar de sua compostura econômica, antes da exigência de equilíbrio financeiro-atuarial, reflete: “Modalidade de política pública de caráter permanente, por ser uma das justificativas lógicas da própria existência do Estado brasileiro (visto que *umbilicalmente* ligada à concretização dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho)” (RE 415.454/SC, p. 1.112).

sob o regime das leis anteriores, acabou por negligenciar a imposição constitucional de que lei que majora o benefício da “pensão por morte” deve, **necessariamente**, e de modo **expresso**, indicar a fonte de custeio total” (grifo no original). Como deixou expresso, “não é possível interpretar essa legislação previdenciária inovadora de modo apartado das condicionantes orçamentárias previstas no § 5º, do art. 195, da CF”³⁸⁴.

Em outras palavras, em face da inexistência de disposição legal expressa a determinar a aplicação da nova lei aos benefícios previdenciários mantidos em tempo anterior à sua vigência, não haveria “outra alternativa hermenêutica”, pela exigência contida no princípio da precedência do custeio, senão a de que a Lei 9.032/95 devia ser interpretada no sentido de se lhe conferir aplicação imediata aos benefícios futuros³⁸⁵.

É extremamente intrigante como o voto do Ministro Relator expressa que a própria elevação da pensão para as novas concessões veio acompanhada de medidas de contenção de custos e incremento de arrecadação – de maneira, segundo se sustenta, a atender a exigência constitucional da precedência do custeio. Mas surpreendentemente deixa de apontar de que maneira se logra discernir que os ajustes quanto ao custeio não seriam hábeis a cobrir a elevação do valor das pensões por morte mantidas ao tempo da inovação legislativa, mas apenas daquelas que seriam concedidas a partir de então.

Segundo essa linha de raciocínio, percebe-se, assim, no princípio da precedência do custeio, “exigência operacional do sistema previdenciário que, dada a realidade atuarial disponível, não pode ser simplesmente ignorada, mesmo quando expressamente determinada pelo legislador ordinário”³⁸⁶.

A “realidade atuarial assumida pelas políticas públicas previdenciárias”³⁸⁷ – o que quer que isto signifique, mas com especial sabor, permita-se-nos dizer, se emprestar à Previdência Social o caráter de administração eficiente – conformaria as possibilidades de interpretação e os limites na aplicação do Direito Previdenciário.

Por fim, nota-se a nítida inquietude do Ministro Relator Gilmar Mendes com a estabilidade e com a eficiência da economia do sistema previdenciário:

³⁸⁴ RE 415.454/SC, p. 1.060, destaques no original. Mas em seu voto o Ministro Eros Grau já observara: “[...] a assertiva de que ‘a lei que majora o benefício da ‘pensão por morte’ deve, necessariamente e de modo expresso, indicar a fonte de custeio total’, eis que incidiria aí o § 5º do art. 195 da Constituição, também não me convence. O argumento prova demasiado – provaria que o art. 3º da Lei 9.032/95, no quanto confere nova redação ao art. 75 da Lei 8.213/91, é inconstitucional” (RE 415.454/SC, p. 1.075). Isto é, mesmo em relação à elevação do coeficiente específico das novas pensões por morte não houve expressa referência à fonte de custeio total.

³⁸⁵ RE 415.454/SC, p. 1.060.

³⁸⁶ RE 415.454/SC, p. 1.062.

³⁸⁷ RE 415.454/SC, p. 1.062.

A seguridade social, autêntica realidade institucional disciplinada constitucionalmente entre nós, obriga o legislador a promulgar um complexo normativo que assegure sua existência, funcionalidade e utilidade pública e privada³⁸⁸.

Essa preocupação é compartilhada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, para quem existe uma “forte necessidade de manter-se um rigoroso equilíbrio atuarial e financeiro no âmbito deste regime”³⁸⁹. Daí que essa *forte* necessidade de um *rigoroso* equilíbrio atuarial e financeiro seja acomodada pela

obediência ao princípio da hierarquia das leis, razão pela qual apenas em uma situação excepcional poderá o juiz resolver uma controvérsia sem recorrer a uma norma preestabelecida [expressamente, antecipe-se], hipótese em que lança mão, no dizer de Bobbio, de um “juízo de equidade”³⁹⁰.

Segundo o pensamento do Ministro Lewandowski, a aplicação do direito da Seguridade Social se deve operar – ao que se pode identificar com vistas à melhor concretização do princípio da eficiência econômica, subtendido na “forte necessidade de manter-se um rigoroso equilíbrio atuarial e financeiro” – apenas com apoio em normas expressas: “No caso dos autos, o julgador, ao dar uma interpretação à lei em que atribui a alguém um direito sem expressa autorização normativa, à evidência, está criando um novo direito e, conseqüentemente, atuando na anômala condição de legislador positivo”^{391/392}.

O que se infere da visão expressa pelo Ministro Lewandowski é uma estreita correlação entre o princípio da precedência do custeio e a limitação imposta ao juiz previdenciário para, como projetou Montesquieu, ser a boca da lei, reconhecendo apenas direitos expressos no texto normativo:

Com efeito, a regra do art. 195, § 5º, da CF, que prevê a existência de uma fonte de custeio, não se dirige apenas ao legislador, mas também ao aplicador da norma previdenciária. Desconsiderá-la, a ponto de conferir a alguém um benefício não previsto expressamente em lei, é subverter o regime ao qual ele se submete, tornando inviável o próprio sistema no transcorrer do tempo³⁹³.

³⁸⁸ RE 415.454/SC, p. 1.066.

³⁸⁹ RE 415.454/SC, p. 1.084.

³⁹⁰ RE 415.454/SC, p. 1.085.

³⁹¹ RE 415.454/SC, p. 1.086.

³⁹² Em suas palavras: “Em se tratando de normas previdenciárias, cumpre levar em consideração, sem prejuízo de reconhecer-se seu caráter assistencial, **a exigência imposta pelo texto constitucional de que os benefícios delas decorrentes tenham viabilidade financeira**” (RE 415.454/SC, p. 1.087).

³⁹³ RE 415.454/SC, p. 1.086.

O método próprio da escola da exegese ou da jurisprudência dos conceitos – o positivismo legalista, a delícia dos formalistas – é assim convocado dos escombros da metodologia jurídica do século XIX para servir como instrumento adequado à redução de custos públicos e à administração eficiente.

Mas, se tal método, no final do século XVIII, era conveniente à emancipação da classe burguesa em face do arbítrio absolutista, impedindo que o indivíduo fosse atingido pelo Príncipe à míngua de regra jurídica expressa, revela-se agora perverso aos pobres do século XXI, pois toda riqueza da argumentação jurídica contemporânea não poderia reconhecer nenhum direito de solidariedade ou de proteção social que não tenha sido expressamente disposto pelo legislador.

De acordo com a construção do Ministro Lewandoski, não há necessidade de que “toda a lei instituidora de benefício previdenciário tenha, obrigatoriamente, de prever, de forma expressa, a respectiva fonte de custeio”, o que lhe permite presumir que a alteração das regras de cálculo dos benefícios dos novos pensionistas se “fez com observância dos parâmetros que garantem o equilíbrio atuarial e financeiro do sistema previdenciário”³⁹⁴, mas não assim para fatos pretéritos ou mesmo a fatos pendentes. As coisas ficam assim conservadoramente arranjadas: todos os direitos criados, majorados ou estendidos expressamente pelo legislador comportariam a presunção de respeito à regra da precedência de custeio – presunção pouco aplicável no contexto de reformas restritivas iniciadas na década de 1990. Da mesma forma, novos direitos, novos requisitos de acesso e novas regras de cálculo, se expressamente dispostos por lei, atenderiam a exigência contida no princípio da precedência do custeio. Mas qualquer identificação de direito, alteração/flexibilização de requisitos ou majoração do valor de benefícios levadas a efeito pelo juiz sem apoio exclusivamente em uma regra expressa traduziria ofensa ao princípio da precedência do custeio. Impressiona, no particular, a acentuação do trabalho do legislador e a imposição de retorno das funções judiciais a uma concepção inflexível e, por isso, superada de separação dos Poderes. Despreza-se, com isso, toda tarefa jurisprudencial que tem servido e deve ainda servir ao desenvolvimento do Direito, especialmente no âmbito do direito social de proteção à vida dos necessitados, por auxílio em forma de recursos materiais de natureza alimentar.

É inevitável a correlação do entendimento que se encontra em exame com o que Michel Crozier identificava ainda na década de 1970 na França, quando, em seu clássico *O*

³⁹⁴ RE 415.454/SC, p. 1.090.

Fenômeno Burocrático, assinalava que toda dominação traduz-se em busca de uma estratégia fundamentalmente semelhante, qual seja, deixar a máxima liberdade de manobra ao dominante, impondo, ao mesmo tempo, as restrições mais estritas possíveis ao campo de liberdade de decisão do dominado³⁹⁵.

É importante destacar que a disposição constitucional da precedência da fonte de custeio em relação ao benefício tem como exclusivo destinatário o legislador ordinário. Essa norma não pode ser compreendida como uma limitação à atuação jurisdicional de concessão ou de revisão de um benefício previdenciário. Isso porque a atividade jurisdicional não cria, majora ou estende prestação da Seguridade Social desvinculadamente dos fundamentos normativos do direito vigente.

Era neste sentido, aliás, o entendimento prevalecente no Supremo Tribunal Federal:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se, de modo unânime e uniforme, no sentido da auto-aplicabilidade das normas inscritas no art. 201, §§ 5º e 6º, da Constituição da República. A exigência inscrita no art. 195, § 5º, da Carta Política traduz comando que tem, por destinatário exclusivo, o próprio legislador ordinário, no que se refere à criação, majoração ou extensão de outros benefícios ou serviços da Seguridade Social³⁹⁶.

A reafirmação desta leitura se operou em vários precedentes do STF em que se reconhecia a autoaplicabilidade das normas constitucionais que asseguravam o piso de um salário mínimo para o benefício que substitui o rendimento do trabalhador ou seu salário-de-contribuição (CF/88, art. 201, § 5º – redação original) e a gratificação natalina dos aposentados e pensionistas com base no valor de dezembro (CF/88, art. 201, § 6º – redação original)³⁹⁷. Neste mesmo sentido, o Supremo Tribunal deliberou que

a aplicação do artigo 40, § 5º, CF – para fixá-la no valor correspondente a totalidade dos vencimentos do servidor morto – que, segundo assentado pelo STF (MI 211, Plenário, 10.11.1993, Velloso; RE 140.863, 1ª Turma, 08.02.1994, Galvão, DJ 11.03.1994), não depende de observância do artigo 195, § 5º, CF, que o STF considera regra limitativa de criação de

³⁹⁵ CROZIER, M. **O fenômeno burocrático**: ensaio sobre as tendências burocráticas dos sistemas de organização modernos e suas relações, na França, com o sistema social e cultural. Brasília: UnB, 1981.

³⁹⁶ AI 151.106-AgRg, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 26.11.1993.

³⁹⁷ Neste sentido: Ag 147.470-0 (AgRg), Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJU, 13.08.1993; RE 151.082-1 (AgRg), Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJU 20.08.1993; Ag 149.953-3 (AgRg), Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJU 01.07.1993; Ag 152.407-4 (AgRg), Rel. Min. Néri da Silveira, Segunda Turma, DJU 10.09.1993; Ag 152.797-9 (AgRg), Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJU 03.09.1993; Ag. 152.805-3 (AgRg), Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJU 03.09.1993.

novos benefícios e, por isso, endereçada ao legislador ordinário e inaplicável aqueles criados diretamente pela Constituição³⁹⁸.

Por outro lado, a lógica da máxima liberdade de manobra de que fala Crozier parece haver sido confirmada em posterior decisão emanada do mesmo Supremo Tribunal, em sede de mandado de injunção, ocasião em que foi concedida aposentadoria especial a servidor público filiado a Regime Próprio de Previdência Social independentemente de autorização legislativa expressa³⁹⁹.

Ainda que louvável a alteração da doutrina da Suprema Corte quanto às efetivas possibilidades do mandado de injunção – deixando para trás entendimento que, quanto aos efeitos desse remédio constitucional, aproximava-o da ação direta de inconstitucionalidade por omissão –, causa estranheza a circunstância de haver sido desconsiderado, no caso, o argumento da precedência de custeio, pouco antes considerado inafastável pressuposto para o reconhecimento judicial de um direito previdenciário. Talvez porque se tratasse de momento histórico estratégico de reafirmação do Supremo Tribunal na constelação política constitucional pela via do mandado de injunção – tal como manifestado quando disciplinou supletivamente o direito de greve dos servidores públicos civis⁴⁰⁰. Talvez porque o impacto econômico da decisão concessiva de aposentadoria especial seria limitado ao caso concreto e, por força do precedente, a um universo relativamente pequeno de trabalhadores. Ou talvez porque o argumento de equilíbrio atuarial constitua, ao fim e ao cabo, uma mera saída de conveniência para decisões consequencialistas consideradas socialmente úteis naquilo que, em tese, emprestam eficiência ao orçamento da Seguridade Social.

Prosseguindo na análise do julgamento das revisionais da pensão por morte, cumpre notar que, na mesma linha do voto condutor, o Ministro Joaquim Barbosa, partindo da premissa da existência de um arranjo atuarial ideal da Previdência Social – que proporcionaria um equilíbrio ótimo e inafastável entre receitas e despesas para o presente e para o futuro – expressou:

Entendo que a extensão pleiteada não é possível porque: a) existe uma demanda operacional do sistema previdenciário intimamente vinculada à

³⁹⁸ RE 170.574/BA, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, j. em 26.08.1994.

³⁹⁹ MI 721-7/DF, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 30.08.2007, DJ 30.11.2007. Importa observar que a Constituição da República reclamava integração legislativa definidora das condições em que o benefício seria devido (CF/88, art. 40, § 4º).

⁴⁰⁰ Cumprindo notar que, quanto a esta matéria, o STF emprestou à sua decisão efeitos *erga omnes*. MI 670/ES, Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, j. em 25.10.2007, DJ 31.10.2008; MI 708/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 25.10.2007, DJ 31.10.2008; MI 712/PA, Rel. Min. Eros Grau, j. em 25.10.2007, DJ 31.10.2008.

realidade atuarial disponível; b) o cumprimento das políticas públicas previdenciárias, calcado no princípio da solidariedade (CF, art. 3º, I), deve ter como fundamento o fato de que não é possível haver dissociação entre as bases contributivas de arrecadação e a necessária dotação orçamentária exigida pela Constituição (CF, art. 195, § 5º)⁴⁰¹.

Mas a referida “realidade atuarial disponível” não poderia constituir óbice ao reconhecimento de um direito previdenciário pelo Poder Judiciário e, reafirme-se, é absolutamente desconsiderada pelo poder reformador quando se trata de determinar a Desvinculação das Receitas da União.

Contrasta com o pensamento majoritário a orientação oferecida pelo Ministro Carlos Britto, o qual, de uma perspectiva principiológica, concluiu pelo direito de extensão dos critérios da nova lei para os benefícios em tempo anterior a ela concedidos:

Seja porque as relações de previdência consubstanciam direitos sociais que, quanto mais adensados, mais concretizam os dois precitados fundamentos da República Federativa do Brasil (“dignidade da pessoa humana” e “valores sociais do trabalho”), seja pelo caráter alimentar das aposentadorias e pensões⁴⁰².

De outra parte, a sustentação atuarial-financeira constituiria um dever que recai sobre o Estado e uma garantia dos segurados. O princípio do equilíbrio financeiro e atuarial operaria:

a) como norma que tem por destinatários imediatos os Poderes Executivo e Legislativo, que são as instâncias de co-produção da lei em sentido formal, na matéria; b) como norma de garantia da auto-sustentação de um pecúlio coletivo que não pode deixar de ser tão perene quanto bastantemente suprido⁴⁰³.

Mais do que isso, colhe-se do voto do Ministro Carlos Britto importante contribuição contra a falácia do primado do equilíbrio atuarial (primado da eficiência, reconheça-se). Não deixando de observar a regra inserta no artigo 250 da Constituição da República, introduzido pela Emenda Constitucional 20/98⁴⁰⁴, assinala que

⁴⁰¹ RE 415.454/SC, p. 1.094-1.095.

⁴⁰² RE 415.454/SC, p. 1.121.

⁴⁰³ RE 415.454/SC, p. 1.128.

⁴⁰⁴ CF/88, art. 250. “Com o objetivo de assegurar recursos para o pagamento dos benefícios concedidos pelo regime geral da previdência social, em adição aos recursos de sua arrecadação, a União poderá constituir fundo integrado por bens, direitos e ativos de qualquer natureza, mediante lei que disporá sobre a natureza e administração desse fundo.”

a possibilidade de criação de multitudinário fundo de reserva, a se dar do lado de fora do esquema tributário de contribuições, já significa o quê? O reconhecimento, pela própria Constituição, do equilíbrio factualmente instável ou intrinsecamente precário entre fontes de suprimento financeiro do subsistema e os respectivos itens de despesas^{405/406}.

Também é importante apontar o entendimento do Ministro Celso de Mello sobre a matéria. De modo distinto da maioria – que vislumbrava desnecessidade da lei indicar especificamente a fonte de custeio –, ele registrou que não se revela constitucionalmente possível a extensão, em sede jurisdicional, da majoração de benefício previdenciário quando inexistente, na lei, a indicação da fonte de custeio total. A majoração do benefício dependeria, assim, da indicação da contrapartida e da observância do princípio da reserva de lei, segundo o qual é vedada, em matérias a ele sujeitas, qualquer intervenção, a título primário, de órgãos estatais não legislativos.

Na opinião do Ministro Celso de Mello, o princípio da reserva de lei impõe, à administração e à jurisdição, a necessária submissão aos comandos fundados em norma legal, não cabendo ao Judiciário, portanto, atuando na “anômala condição de legislador positivo, [...] proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento”, o que implicaria “evidente transgressão” ao princípio constitucional da separação de poderes^{407/408}.

Mas é na violação ao princípio da precedência da fonte de custeio e ao postulado do equilíbrio atuarial que o Ministro Celso de Mello vê um fundamento

impregnado de extremo relevo jurídico-constitucional e que basta, por si só, para tornar inaplicável a Lei 9.032/05 ao benefício previdenciário da

⁴⁰⁵ RE 415.454/SC, p. 1.129.

⁴⁰⁶ O mesmo Ministro Carlos Britto, ao sustentar a desnecessidade da lei que aumenta o campo de proteção da seguridade social, de indicar especificamente a fonte de custeio total, arrola exemplos de criação ou incremento solitários (sem correspondente destinação ou contrapartida em benefícios) de novas fontes de custeio da Seguridade Social: Lei Complementar 84/1996, arts. 1º e 2º, que instituiu contribuição social das empresas e pessoas jurídicas outras; Lei Complementar 110/2001, que instituiu contribuições sociais devidas pelo empregador em caso de despedida de empregado sem justa causa; Medida Provisória 2.158-35/2001 (art. 93, II, alínea *b*), que revogou totalmente a LC 85/96, que concedia isenção de contribuições sociais previstas na LC 70/91; Lei 10.684/2003, art. 22, que majorou a base de cálculo (de 12 para 32%) da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido das empresas de que trata o inciso III do art. 15 da Lei 9.249/95.

⁴⁰⁷ RE 415.454/SC, p. 1.167.

⁴⁰⁸ Essa via de reflexão já havia sido externada pelo Ministro Celso de Mello quando do julgamento, pelo STF, do RE 376.846/SC, j. em 24.09.2003, para o efeito de fazer prevalecer os critérios de reajustamento dos benefícios previdenciários eleitos pelo legislador, exceto se demonstrado o esvaziamento do alcance do princípio da preservação do valor real dos benefícios previdenciários, por uma atuação arbitrária do Parlamento.

pensão por morte concedido anteriormente à vigência desse diploma legislativo que alterou o art. 75 da Lei n. 8.213/91⁴⁰⁹.

Do mesmo voto depreende-se que a nova lei, em relação às pensões anteriores, teria deixado de indicar a fonte de custeio, embora, neste particular, tal como o fizeram os Ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski, percebe atendida a exigência constitucional em relação ao comando de novos critérios em relação a pensões futuras. Não se logra discernir com base em que, precisamente, se pode concluir pela presunção da existência das fontes de custeio apenas para as pensões posteriores à edição da nova lei, de modo que a interrupção lógica do raciocínio jurídico assola o voto desses três julgadores, quanto a este aspecto.

Outrossim, o Ministro Celso de Mello reporta-se ao entendimento exposto pelo Ministro Lewandowski de que a exigência da indicação da fonte de custeio se dirige não apenas ao legislador, mas também ao aplicador da norma previdenciária⁴¹⁰. Mas se, evidentemente, o juiz não detém atribuição constitucional para criar uma imposição tributária, resta-lhe negar situação previdenciária vantajosa ao segurado que não esteja prevista expressamente em lei, quando não tornará “inviável o próprio sistema no transcorrer do tempo”⁴¹¹.

E é assim que o princípio da precedência do custeio total, intimamente conectado ao postulado do equilíbrio atuarial, visaria

garantir a equação econômico-financeira do sistema de previdência e traduz exigência que, além de configurar requisito operacional que vincula o legislador e o aplicador da legislação previdenciária, qualifica-se como pressuposto constitucional necessário à viabilização da própria existência e funcionalidade do sistema de seguridade social⁴¹².

Quanto ao mais, segundo o entendimento do Ministro Celso de Mello, qualificam-se como “constitucionalmente ilegítimas tanto a instituição ou majoração de um benefício

⁴⁰⁹ RE 415.454/SC, p. 1.169.

⁴¹⁰ E, neste sentido, altera radicalmente sua anterior maneira de compreender a questão, pois, tal como antes referido, compartilhava da tese de que o princípio da precedência de custeio se dirigia exclusivamente ao legislador. Como se pode verificar: “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se, de modo unânime e uniforme, no sentido da auto-aplicabilidade das normas inscritas no art. 201, §§ 5º e 6º, da Constituição da República. A exigência inscrita no art. 195, § 5º, da Carta Política traduz comando que tem, por destinatário exclusivo, o próprio legislador ordinário, no que se refere à criação, majoração ou extensão de outros benefícios ou serviços da Seguridade Social.” (AI 151.106-AgRg, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 26.11.1993)

⁴¹¹ RE 415.454/SC, p. 1.169.

⁴¹² RE 415.454/SC, p. 1.170.

sem a correspondente fonte de custeio quanto a exigência de contribuição sem a correspondente outorga de benefício”⁴¹³.

De sua vez, a Ministra Ellen Gracie manifestou-se convencida de que a extensão dos novos cálculos para benefícios anteriores poderia comprometer a continuidade do sistema de previdência social. Tal pensamento consubstancia nítida demonstração de subordinação de determinados direitos – ou de direitos que poderiam ser reconhecidos como tais – à imperatividade do argumento econômico, o qual implica, em última análise, a necessidade de redução de custos do sistema previdenciário em prejuízo dos segurados, mas com um suposto nobre propósito da preservação do sistema público de interesse coletivo. Confira-se:

É imprescindível para a permanência do sistema de previdência social que a forma de cálculo do coeficiente do benefício obedeça, necessariamente, a fonte de custeio considerada pela lei vigente à época do fato gerador. No caso de alteração dessa forma de cálculo, mostra-se imperiosa a necessidade de indicação da nova fonte de custeio, fato que não foi observado pelas decisões que determinaram a mera revisão do cálculo das pensões por morte já devidas antes da edição da Lei 9.032/95⁴¹⁴.

O que se pode observar é que o entendimento manifestado nessas decisões judiciais se realiza em meio a uma atmosfera de restrição de direitos sociais que se forma a partir do discurso ideológico que expressa a Seguridade Social como sistema de despesas crescentes que se apresenta como inviável no médio e longo prazo. Esse discurso ideológico aponta para um discurso da severidade. O discurso forma uma ótica, limitando o horizonte de compreensão. É uma limitação ideológica no que não se consegue enxergar aspectos fundamentais da realidade social.

Se o Supremo Tribunal não demonstrou como é possível considerar-se satisfeita a exigência de prévia fonte de custeio total pela Lei 9.032/95 apenas em relação às pensões por morte concedidas posteriormente à edição desse diploma legal; se confere prioridade ao princípio do equilíbrio atuarial a ponto de nele ver pressuposto de permanência do sistema previdenciária, relegando os demais princípios constitucionais aplicáveis à Seguridade Social a uma condição periférica; se o conteúdo do que se denomina equilíbrio atuarial melhor responde ao conceito de eficiência econômica; se se exige do aplicador da norma previdenciária uma postura tão mecânica que somente reconheça direitos na medida

⁴¹³ RE 415.454/SC, p. 1.172.

⁴¹⁴ RE 415.454/SC, p. 1.184.

em que expressamente dispostos pela lei, quando não deverá indicar a fonte de custeio – seja lá o que isso possa significar na prática; se o reconhecimento de direitos de proteção previdenciária derivados da aplicação de princípios constitucionais intimamente ligados aos fundamentos de nosso Estado de Direito pode implicar violação ao equilíbrio atuarial e ao princípio da separação de poderes. Se as coisas se passaram assim no julgamento da revisional das pensões por morte, impõe-se concordar com a manifestação lançada pelo Ministro Eros Grau na Questão de Ordem em Recurso Extraordinário 353.657-5/PR quando, referindo-se ao caso em exame, expressou que o Supremo Tribunal “tem sido rigoroso, algumas vezes impiedoso, com os economicamente frágeis”⁴¹⁵.

De outro ângulo, na medida em que os votos condutores parecem inspirados na escolha orientada às consequências de preservação do sistema previdenciário com custos menores em detrimento do reconhecimento de direitos, individualmente considerados, permite-se notar, além da inclinação a conferir primazia aos efeitos econômicos de suas decisões – com vistas à maximização dos recursos do sistema previdenciário –, a existência de traços utilitaristas na doutrina do Supremo Tribunal Federal.

Deveras, a mais recente doutrina do Supremo Tribunal Federal é aquela que, de modo expreso ou não, revela-se preocupada com o equilíbrio financeiro e atuarial – entenda-se, eficiência econômica – da Seguridade Social.

O discurso utilizado para implementação das reformas restritivas, compreendido em seu objetivo último de redução do déficit público, se tornou, segundo esta perspectiva, norma jurídica de mais alto quilate e é acriticamente reproduzido pela maioria dos atuais magistrados do STF. Tais julgadores passam, então, a compor decisões orientadas ao resultado que – supostamente – maximiza a satisfação do interesse comunitário de preservação do sistema previdenciário, mas que, na verdade, implica a restrição – ou o sacrifício - de direito fundamental.

⁴¹⁵ RE 353.657/PR, p. 716.

4.5 CONTRIBUIÇÃO SEM CAUSA E A SUPOSTA AMEAÇA À PRESERVAÇÃO DO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO

No julgamento das ações revisionais da pensão por morte acima examinado, o Ministro Celso de Mello valeu-se do argumento atuarial para sustentar a ilegitimidade dos novos critérios legislativos para benefícios concedidos em tempo anterior à lei nova.

Pode-se afirmar, quanto a um dos aspectos sustentados, que o referido julgador revelou-se fiel a um conceito consequente de equilíbrio atuarial – objetivo pretendido pelo princípio da precedência do custeio (CF/88, art. 195, § 5º).

De fato, embora a construção adotada pelo Ministro Celso de Mello padeça do equívoco de se exigir a indicação de prévia fonte de custeio como pressuposto para a revisão judicial de benefícios previdenciários, e ainda que parta da noção de que tenha sido obtido institucionalmente um equilíbrio atuarial ideal que deve ser preservado pela lógica da contrapartida, encontra-se algo de positivo no raciocínio que sustenta: se não pode haver novo benefício sem correspondente custeio, não pode haver nova contribuição sem retribuição.

Recorde-se que na percepção de Celso de Mello, à evidência melhor afinada com a ideia de equilíbrio financeiro e atuarial – e não com a ideia de eficiência econômica e geração de excedentes –, qualificam-se como “constitucionalmente ilegítimas tanto a instituição ou majoração de um benefício sem a correspondente fonte de custeio quanto a exigência de contribuição sem a correspondente outorga de benefício”⁴¹⁶.

Mas ao tempo do julgamento das revisionais da pensão por morte essa noção não mais retratava o pensamento dominante no seio do Supremo Tribunal Federal e é importante destacar, quanto a este aspecto, que a mudança de concepção do que se compreende por princípio do equilíbrio atuarial – cristalizada no julgamento da ADI 3105/DF – pode ser chamada a ilustrar o viés utilitarista de tonalidade economicista na jurisprudência previdenciária do Supremo Tribunal Federal.

Desde o julgamento da ADI 790-4/DF (j. em 26.02.1993, DJ 23.04.1993) a Suprema Corte vinha afirmando o entendimento de que o princípio do equilíbrio atuarial (CF/88, art. 195, § 5º – “nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido, sem a correspondente fonte de custeio”) indicava uma correlação entre, de um lado, contribuições e, de outro, benefícios e serviços.

⁴¹⁶ RE 415.454/SC, p. 1.172.

A partir dessa premissa, indagava-se acerca da “causa suficiente” à majoração de contribuições sociais para a seguridade social. Se nenhum benefício pode ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio, também não poderia haver elevação das contribuições sociais para a seguridade social sem causa suficiente, isto é, sem que fosse necessária para o custeio ou extensão da seguridade social.

Esse foi o ponto principal levantado pelo relator Ministro Marco Aurélio para, naquele caso, declarar a inconstitucionalidade da regra do artigo 9º da Lei 8.162/91, que determinava a majoração da alíquota relativa à contribuição social dos servidores públicos federais ao tempo em que o ônus decorrente das aposentadorias corria à conta do Tesouro Nacional (Lei 8.112/90, art. 231, § 2º).

A mesma orientação foi assumida no julgamento da ADI 2010-2/DF, proferido em 30.09.1999, Relator Ministro Celso de Mello, ocasião em que ficou ementado:

Sem causa suficiente, não se justifica a instituição (ou a majoração) da contribuição de seguridade social, pois, no regime de previdência de caráter contributivo, deve haver, necessariamente, correlação entre custo e benefício.

A existência de estrita vinculação causal entre contribuição e benefício põe em evidência a correção da fórmula segundo a qual não pode haver contribuição sem benefício, nem benefício sem contribuição. Doutrina. Precedente do STF⁴¹⁷.

Como se pode notar, sobrelevava-se o caráter retributivo do sistema previdenciário, de modo que foi então julgada inconstitucional a exigência de contribuições para a Seguridade Social dos servidores públicos inativos e pensionistas também em razão da ausência de causa suficiente, qual seja, o oferecimento de uma nova retribuição, um novo benefício ou um novo serviço. Nas palavras do Ministro Relator Celso de Mello:

Se é certo, portanto, que nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total (CF, art. 195, § 5º), não é menos exato que também não será lícito, sob uma perspectiva estritamente constitucional, instituir ou majorar contribuição para custear a seguridade social sem que assista, àquele que é compelido a contribuir, o direito de acesso a novos benefícios ou a novos serviços⁴¹⁸.

O pensamento que então predominava no Supremo Tribunal percebia o princípio da precedência do custeio (CF/88, art. 195, § 5º) como desdobramento ou exigência do

⁴¹⁷ STF, Plenário, ADI 2010/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 30.09.1999, DJ 12.04.2002.

⁴¹⁸ ADI 2010/DF, p. 146.

postulado de equilíbrio atuarial, daí por vezes também identificar no referido enunciado normativo o próprio princípio do equilíbrio atuarial. Mais do que isso, em sua essência, o princípio da precedência do custeio – ou do equilíbrio atuarial – demandaria uma causa suficiente, em termos de contrapartida de benefícios, como condição para a instituição ou majoração de contribuições sociais para a seguridade social.

Mas esse raciocínio não prevaleceria no julgamento da ADI 3105/DF, concluído em 18.08.2004, quando foi examinada a constitucionalidade da instituição de contribuição dos servidores públicos inativos e pensionistas veiculada pela Emenda Constitucional 41/03.

Nesta decisão o Supremo Tribunal Federal veiculou entendimento de que o princípio da solidariedade social reclamaria a participação dos servidores inativos e pensionistas no custeio da Seguridade Social ainda que ausente qualquer contrapartida em termos de benefício.

A partir de então, percebe-se o princípio constitucional do equilíbrio atuarial essencialmente como uma norma de precedência do custeio, segundo a qual não é possível a criação, majoração ou extensão de prestação da Seguridade Social sem uma anterior indicação do custeio correspondente. E como visto acima, a condicionante constitucional, na leitura da Suprema Corte, estender-se-ia ao juiz na realização do Direito Previdenciário, o qual não poderia, diante de um problema concreto, reconhecer direito à proteção previdenciária senão mediante uma designação legal expressa.

Consta da ementa do julgado, no particular, que a exigência de contribuição social para a Seguridade Social dos servidores inativos e pensionistas decorreria da “obediência aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como os objetivos constitucionais de universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento”⁴¹⁹.

A nota de solidariedade introduzida de modo expreso pela Emenda Constitucional 20/98 no artigo 40, *caput*, da CF/88, serviria para justificar a participação dos servidores inativos e pensionistas no custeio da Seguridade Social. A suposta “transmutação do regime previdencial”, segundo o ministro relator, teria sido ditada por fatores político-legislativos, tais como

o aumento da expectativa de vida do brasileiro e, conseqüentemente, do período de percepção do benefício, bem como a preocupação permanente com o dito equilíbrio financeiro e atuarial do sistema, tudo isso aliado à queda da taxa de natalidade e à diminuição do acesso aos quadros

⁴¹⁹ STF, Plenário, ADI 3105/DF, Rel. p/ Acórdão Min. Cezar Peluso, j. em 18.08.2004, DJ 18.02.2005.

funcionais públicos. Essa equação, de crescente pressão financeira sobre uma estrutura predominante solidária e distributiva, conduziria a inexorável desproporção entre servidores em atividade e aposentados, tendendo ao colapso de todo o regime⁴²⁰.

Referindo-se à supostamente reconhecida “crise estrutural dos sistemas previdenciários”, o Ministro Cezar Peluso, em seu voto condutor, alinha-se aos propósitos socioeconômicos da Emenda Constitucional 41/03, o que resta ainda mais evidente quando transcreve excerto da exposição de motivos do referido ato normativo. Dentre tantos apontamentos, cumpre registrar a essência da motivação legislativa:

66. Inúmeras são as razões que determinam a adoção de tal medida, cabendo destacar o fato de a Previdência Social ter, essencialmente, um caráter solidário, exigindo, em razão desta especificidade, que todos aqueles que fazem parte do sistema sejam chamados a contribuir para a cobertura do vultoso desequilíbrio financeiro hoje existente, principalmente pelo fato de muitos dos atuais inativos não terem contribuído para o recebimento dos seus benefícios ou terem contribuído, durante muito tempo, com alíquotas módicas, incidentes sobre o vencimento e não sobre a totalidade da remuneração, e apenas para as pensões, e, em muitos casos, também para o custeio da assistência médica (que é um benefício da seguridade social e não previdenciário)⁴²¹.

Neste mesmo sentido, o voto do então Ministro Nelson Jobim ressaltou a importância do equilíbrio atuarial para a viabilidade financeira do sistema previdenciário no futuro: “A visão que prepondera no equilíbrio atuarial não é o individual, ou seja, o direito individual de receber aquilo que pagou, mas o sistema como um todo e a sua necessidade de ser auto-suficiente, de ser viável financeiramente”⁴²².

O que causa espécie é a circunstância de se considerar causa suficiente a ideia de necessidade de equilíbrio para a aceitação da restrição dos direitos sociais, e não a demonstração de que a restrição é necessária para a manutenção do equilíbrio. Por outro lado, despreza-se a realidade histórica de superávits da Previdência Social – que a União tomou para si – e as demais alternativas que poderiam ser consideradas para a manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial.

A lógica da solidariedade da contribuição dos servidores inativos para com os futuros inativos também se encontra no Regime Geral da Previdência Social, que impõe ao segurado aposentado que permanece ou volta a exercer atividade remunerada o dever de

⁴²⁰ ADI 3105/DF, p. 221.

⁴²¹ ADI 3105/DF, p. 221.

⁴²² ADI 3105/DF, p. 442.

contribuir para a Seguridade Social sem que qualquer contrapartida efetiva lhe seja oferecida pelo sistema previdenciário (Lei 8.213/91, art. 18, § 2º). E ela foi igualmente chancelada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante o juízo de que a contribuição previdenciária incidente sobre a remuneração do segurado aposentado que continua ou volta a exercer atividade abrangida pelo RGPS.

está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social (CF/88, art. 195), corolário do princípio da solidariedade, bem como no art. 201, § 11, da CF/88, que remete, à lei, os casos em que a contribuição repercute nos benefícios. Asseverou-se, ainda, tratar-se de teses cuja pertinência ao caso resulta, com as devidas modificações, da decisão declaratória da constitucionalidade da contribuição previdenciária dos inativos do serviço público (ADI 3105/DF e ADI 3128/DF, DJU 18.02.2005)⁴²³.

É evidente que a leitura que se fez do sistema de Seguridade Social é aquela que encerra compromisso com o canonizado *slogan* conservador “equilíbrio atuarial”, percebido, na leitura do Supremo Tribunal Federal, com todo rigor de um seguro privado no que de sinalagmático e meritocrático expresse, mas sem a “virtude” privada de não exigir o prêmio sem correspondente cobertura ou contrapartida, tal como o faz nossa Previdência Social Beverigiana, em nome de uma solidariedade que agiganta os grandes e aproxima os pobres dos mais pobres – pela escolha política de fazer incidir contribuições previdenciárias de quem se encontra em gozo de aposentadoria, como se tal constituísse alternativa única.

A série de julgamentos examinados neste capítulo demonstra suficientemente que a doutrina previdenciária do Supremo Tribunal Federal se amolda à ideia de uma “engenharia social”, pois compreende a ordem jurídica “como a tarefa ou uma série de grandes tarefas de engenharia social, como um meio de eliminar fricções e evitar desgastes, na medida do possível, e satisfazer as inumeráveis necessidades humanas com base numa reserva relativamente pequena de bens materiais”⁴²⁴. Mais especificamente, há uma coincidência entre essa doutrina constitucional-previdenciária e a interpretação

⁴²³ STF, Informativo 439, de 04 a 08.09.2006 (STF Plenário, RE 437.640/RS, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, j. em 02.03.2007). Neste mesmo sentido: AgRg AI 668.531, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, j. em 30.06.2009, DJ 20.08.2009; AgRg RE 364.083, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, j. em 28.04.2009, DJ 21.05.2009.

⁴²⁴ POUND, R. Las grandes tendencias del pensamiento jurídico, *apud* NEVES, A. C. **Metodologia jurídica**, p. 73)

utilitarista de que “os indivíduos somente possuem direitos na medida em que conduzem suas ações para o bem da sociedade”⁴²⁵.

O objetivo dessa atitude tecnológica ou funcionalista é, recorde-se, o de convocar o pensamento jurídico para a realização das soluções socialmente mais convenientes, como materialização da “preferência por uma pragmática utilidade”, objetivo este a implicar “que o jurista, de ‘prudente’ ou sujeito de juízos práticos de validade e normativos, passaria a ‘engenheiro’ ou técnico social”⁴²⁶.

Se a preocupação é de antemão fixada com a necessidade de subsistência dos sistemas previdenciários em uma conjuntura de “vultoso desequilíbrio financeiro”, os fundamentos normativo-axiológicos que reclamam a edificação de um sistema de proteção social podem dobrar-se diante daquele objetivo, por meio de um simples juízo de conveniência.

Estaríamos diante de um direito social tão contingente assim? Seria o direito à segurança social *uma dádiva mais ou menos arbitrária do Estado*? Teria sido possível ou exigível, nos casos examinados, solução judicial que se revelasse de acordo com a essência material da racionalidade jurídica? Que dizer da visão instrumentalista da função judicial? Como se percebe a adjudicação judicial previdenciária aberta à ética utilitarista, embora revestida da forma conceitualista?

A formulação dessas perguntas abre caminho à parte final deste trabalho, na qual são dirigidas críticas às concepções formalistas e funcionalistas da função judicial, bem como apresentadas as propostas teóricas para a adjudicação judicial em matéria previdenciária.

⁴²⁵ PELUSO, L. A. Utilitarismo e ação social, p. 19.

⁴²⁶ NEVES, A. C. **Metodologia jurídica**, p. 55.

PARTE III

ELEMENTOS PARA UMA TEORIA NORMATIVA DA DECISÃO JUDICIAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

A preocupação central que serviu de justificativa para o desenvolvimento do tema e que orientou a investigação e o encaminhamento do presente trabalho decorreu da seguinte percepção: em momento histórico marcado por um difuso sinal de crise econômica internacional, algumas das principais questões de natureza previdenciária foram solucionadas pelo Supremo Tribunal Federal a partir de um raciocínio orientado às consequências econômicas de suas decisões.

O que se intuía – e que foi posteriormente confirmado por atenta observação de precedentes da Corte Suprema que resultou no capítulo 4 *supra* – é que algumas decisões judiciais se mostravam tendentes a reafirmar, à feição utilitarista, o ideal comunitário de preservação dos sistemas previdenciários, os quais se encontrariam diante de um iminente colapso econômico. Os ministros do Supremo Tribunal Federal se encontravam, na expressão gadameriana, sob o signo da “história efetual”, isto é, sob o impacto da realidade histórica sobre sua compreensão. Não se pode mesmo ignorar os efeitos dos fenômenos históricos na tarefa hermenêutica⁴²⁷.

Ocorre que a crítica ao emprego de tal modelo de racionalidade (formal-instrumental) no universo jurídico previdenciário e, tanto mais, a proposição de como se deve dar a realização judicial do Direito da Previdência Social, não prescindiriam do elemento teórico descritivo.

Por essa razão as duas primeiras partes deste estudo se evidenciaram preponderantemente analítico-descritivas.

Neste sentido é que a primeira seção foi dedicada à reflexão crítica da teoria ética utilitarista e de sua influência sobre o processo de tomada de decisões judiciais. Igualmente pretendeu-se, naquela parte inicial, demonstrar que o utilitarismo pode acionar o processo de tomada de decisão independentemente da atitude metodológica adotada pelo julgador sempre que houver espaço para discurso racional argumentativo, ainda que o revestimento formal dado a essa argumentação apele ao método tradicional do positivismo formalista.

⁴²⁷ GADAMER, H. G. **Verdade e Método II**, complementos e índice. 2. ed. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 511.

A abordagem descritiva marcou igualmente a segunda parte deste estudo, quando se buscou demonstrar o emprego de uma racionalidade instrumental propriamente utilitarista nas principais decisões previdenciárias proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nesta última virada de século, caracterizando, tal postura, uma resposta judicial pragmático-consequencialista *vis-à-vis* o cenário econômico de restrições orçamentárias e de crise financeira dos sistemas previdenciários.

Nesta última parte, o trabalho busca prescrever critérios para fundamentação da decisão judicial em matéria previdenciária. É neste sentido que recusa, de um lado, o formalismo positivista e, de outro lado, a adoção de argumentos consequencialistas de natureza política que, por sua própria natureza, revelam-se desvinculados da intencionalidade normativa que funda o sistema jurídico e, especificamente, o sistema jurídico previdenciário.

Qual seria, portanto, o espaço para a realização judicial do Direito Previdenciário fora das hipóteses taxativamente previstas em lei? Que fundamentos hermenêuticos podem ser chamados a justificar a importância da dimensão pragmática na aplicação do Direito? Em que medida a jurisprudência deve orientar-se por tais fundamentos e que obstáculos tem de enfrentar para a reafirmação de uma constituição equitativa da norma para o problema concreto? Por fim, em que termos se pode falar em um necessário consequencialismo judicial previdenciário?

Em suma, nos capítulos seguintes se concentram os principais fundamentos teóricos para a superação da hegemônica metodologia jurídica conceitualista-utilitarista em matéria previdenciária. Tal superação se dá pela emergência de uma teoria normativa que manifesta a seguinte exigência: a decisão judicial previdenciária deve ser produto de argumentação jurídica com base em princípios, de modo a se alcançar uma pretendida constituição equitativa da norma no caso concreto, a qual tanto mais ajustada a esse caso será quanto considere as suas consequências em relação aos postulados axiológico-normativos que fundamentam o sistema previdenciário.

CAPÍTULO 5

CRÍTICA DA DECISÃO JUDICIAL PREVIDENCIÁRIA DO EIXO CONCEITUALISTA-UTILITARISTA

A presente proposição teórica emerge a partir de reflexões crítico-teóricas sobre o raciocínio judicial que se percebe predominante nas principais decisões judiciais previdenciárias no final do século XX e início do século XXI. Esse raciocínio judicial, permeado por uma constante preocupação com o impacto econômico das decisões previdenciárias, não permite aproximar o direito posto das exigências de equidade e de justiça e se revela cheio de cerimônias para a construção ou desenvolvimento judicial do Direito Previdenciário.

O obstáculo fundamental a ser transposto para uma decisão judicial de acordo com o Direito é o caminho atraente da racionalidade formal, que consubstancia tanto o decidir segundo a forma e alheio a valores, quanto o decidir de acordo com os fins ou resultados, mas igualmente avesso ao universo axiológico que fundamenta um sistema de proteção social.

A racionalidade formal constitui a linha de pensamento encontrada no utilitarismo judicial, isto é, nas decisões judiciais que, independentemente do método adotado para a solução de problemas concretos, valem-se do fundamental princípio da ética utilitarista: a maximização da utilidade ou do bem estar; a promoção de objetivos ou metas coletivas, ainda que à custa dos direitos dos indivíduos ou de grupos minoritários.

Essa mesma racionalidade inspira o conceitualismo judicial, assim entendida a concepção de Direito segundo a qual a decisão judicial deve voltar-se decisivamente para o material jurídico (leis ou precedentes), dele buscando extrair, mediante uma lógica formal, o significado da norma, ainda que tal proceder conduza a um resultado injusto, iníquo ou mesmo ridículo. É o caso típico do positivismo jurídico legalista e analítico-linguístico, que podem ser simbolizados pela jurisprudência mecânica.

Nenhuma das atitudes acima descritas se revela comprometida com resultados do mundo da vida ligados aos valores que fundam o Direito e justificam a estruturação de um sistema de proteção previdenciária.

O instrumentalismo não vislumbra valor no Direito, senão enquanto instrumento para a maximização dos interesses comunitários. Há, aqui, grande equívoco e arrogância judicial. Imagina-se que o juiz é um colaborador de políticas públicas e um agente sem o

qual não se alcança o ótimo da Comunidade. O formalismo do positivismo legalista e analítico-linguístico não incide em erro menor, mas por subestimar a tarefa judicial. Acentuando a certeza e a segurança na aplicação do Direito, desconsidera a importância do trabalho com valores em vista do caso concreto, sequer imaginando a possibilidade de a realização do Direito se dar senão quando da constituição da norma pela decisão judicial frente o caso concreto.

Justamente porque o formalismo não se compromete com valores, deixa aparentar uma neutralidade supostamente inquestionável. Por essa mesma razão, o argumento utilitarista pode expressar-se na forma tradicional do chamado “método jurídico”. Trata-se da camuflagem instrumentalista. Decide-se, primeiro, qual o estado de coisas desejáveis segundo o princípio da utilidade. Expressa-se, depois, de acordo com a premissa de direito a que tal pensamento possa reconduzir-se, seguindo-se uma lógica formal que a une à premissa de fato, até a conclusão final:

Começa-se aí por observar que o tradicional método dogmático-normativo não seria na realidade o determinante das soluções-decisões concretas, que não passaria esse método de uma forma de justificação ou legitimação *a posteriori* dessas decisões, obtidas na verdade por pragmáticas ponderações teleológicas aferidas pelos efeitos, e daí desde logo que fosse lícito pensar a substituição daquele método tradicional por esquemas metódicos da racionalidade deste tipo de ponderações – o que seria justamente conseguido pela aplicação à decisão jurídica da científico-analítica “teoria da decisão”⁴²⁸.

Nos chamados casos difíceis, quando a tarefa judicial não pode limitar-se à aplicação dos termos de uma regra de validade inquestionável, a decisão aparentemente pode ser gerada tanto por argumentos de princípios, como por argumentos de política (*policy*)⁴²⁹. Mas a “tese dos direitos” sustenta que “as decisões judiciais são caracteristicamente geradas por princípios, não por políticas”⁴³⁰.

⁴²⁸ NEVES, A. C. **Metodologia jurídica**, p. 58.

⁴²⁹ DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**, p. 131.

⁴³⁰ Idem. Seria mais apropriado referir que as decisões judiciais devem ser geradas por princípios. Uma coisa é o que os juízes deveriam fazer e outra, distinta, aquilo que realmente fazem. Embora Dworkin levante os argumentos de princípios como aqueles que são chamados pelos juízes na solução dos casos difíceis, mais acertado seria referir que os juízes “deveriam” lançar argumentos de princípios, e não de políticas. Assim também se dá quando Dworkin sustenta não estarem os juízes “submetidos a lobistas, grupos de pressão ou a cobranças do eleitorado” (DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**, p. 133). Já não é mais possível esconder, contudo, a influência da opinião pública sobre a atuação judicial, especialmente naquelas decisões de maior repercussão social ou econômica. De outra parte, as principais decisões do Supremo Tribunal Federal, cujos ministros são escolhidos pelo Presidente da República, não são isentas de sofrer diversos mecanismos de pressão. É o que se extrai do capítulo 4 deste trabalho, acrescente-se.

Embora realmente haja espaço para uma atuação judicial fundada em argumentos de política – o capítulo 4 foi dedicado todo ele à análise de um atuar jurídico instrumental –, a repartição das funções democráticas prestar-se-ia como obstáculo a essa postulação: os juízes não são eleitos e, por não deterem conexões políticas de responsabilidade com os cidadãos ou grupos de interesses, não devem criar o Direito, estabelecendo, em seus gabinetes, “compromisso entre objetivos e finalidades individuais em busca do bem-estar da comunidade como um todo”⁴³¹.

É necessário, portanto, que uma teoria normativa da decisão judicial previdenciária, ainda que busque destacadamente a superação da prática utilitarista, ofereça suas críticas à irmandade conceitualista-utilitarista. Aliás, não é apenas o revestimento neutro de uma decisão judicial orientada aos resultados que irmana o “método jurídico” ao propósito utilitarista. A realidade socioeconômica do Brasil no final do século XX, momento histórico de retração das políticas de bem-estar, demonstra que o utilitarismo-econômico exigirá o emprego da jurisprudência mecânica, como uma tendência à “não concessão fora do texto”. Neste sentido, a flexibilização dos requisitos para reconhecimento judicial de um direito previdenciário, em nome da equidade, ameaçaria o cumprimento de determinada meta coletiva, tal como a eficiência econômica do sistema previdenciário. É o caso da solução judicial oferecida pelo STF às ações revisionais de pensão por morte. Mais do que isso, a legitimidade de leis restritivas de direitos (por exemplo, a disposição de novas regras de aposentadoria dos servidores públicos) ou impositivas de novos deveres (por exemplo, a exigência de contribuição dos aposentados e servidores públicos inativos à Seguridade Social), não foram avaliadas a partir de uma perspectiva argumentativo-constitucional. Antes, foram explicadas com letras metódicas, e justificadas a partir de sua perspectiva instrumental em relação aos fins públicos considerados e ideologicamente difundidos como preponderantes naquele momento histórico.

O presente capítulo se destina a demonstrar a necessidade de superação da prática utilitarista na aplicação judicial do Direito Previdenciário, tanto quanto da prática formalista do positivismo jurídico que, não bastasse todas as conexões com um utilitarismo que instrumentaliza direitos fundamentais, revela-se, ele próprio, uma lamentável realidade da prática judicial que, em solo de direitos fundamentais sociais, não faz senão amesquinhar a potencialidade que encerra um sistema de proteção social previdenciária.

⁴³¹ DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**, p. 133.

5.1 CRÍTICA DO CONSEQUENCIALISMO-ECONÔMICO-UTILITARISTA NA REALIZAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO

As perspectivas sociológico-tecnológicas e político-sociais, que desde a jurisprudência dos interesses passaram a caracterizar o pensamento jurídico em crescente intensidade, porque colocadas como oposição superadora ao formalismo positivista, apresentam-se, aparentemente, em uma linha de orientação material, teleológica e de social tutela de bens jurídicos⁴³².

Esse critério metodológico também concorreria para a indispensável

consideração da relevância social das decisões jurídicas e não menos para a sua indispensável lucidez e correcto esclarecimento [...], ao mesmo tempo que seria factor de anulação do tradicional e falso *álibi* da irresponsabilidade do julgador na correcta aplicação do direito, chamando-o antes à consciente e assumida responsabilidade do seu poder constitutivo socialmente interventor⁴³³.

Para além disso, o atualmente reconhecido

poder normativo-juridicamente criador do juiz [...] implicaria as mesmas intenções e haveria de mobilizar os mesmos critérios que correspondem ao legislador na sua político-social programação legislativa [...] e então, do mesmo modo que o direito legislativo, também o “direito judicial” não pode verificar-se sem a orientação pelos efeitos⁴³⁴.

Por outro lado, a previsão empírica dos efeitos reais dos juízos de valor subtrair-lhes-ia a irracionalidade emotiva, emprestando-lhes fundamentos objetivos para uma viável racionalização⁴³⁵.

As principais críticas que se voltam contra o utilitarismo a partir da filosofia política foram articuladas no primeiro capítulo deste trabalho. Por elas se nota fundamentalmente em que medida a organização social pautada pela ética utilitarista implica a subordinação dos direitos individuais e fundamentais à satisfação de preferências do maior número de pessoas.

⁴³² DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**, p. 199.

⁴³³ NEVES, A. C. **Metodologia jurídica**, p. 199.

⁴³⁴ *Idem*, p. 200.

⁴³⁵ *Idem*.

Se a teoria política normativa utilitarista essencialmente prescreve um arcabouço institucional arranjado em torno do critério consequencialista do cálculo da maior felicidade geral – ou da maior satisfação das preferências, ou do maior bem-estar geral –, o emprego dessa orientação na argumentação jurídica conduziria o órgão jurisdicional encarregado pela decisão a buscar, no caso concreto, dentre as soluções possíveis, aquela que acarretasse o máximo de bem-estar para o maior número⁴³⁶.

A presente seção consubstancia uma crítica à atitude jurídica pela qual a decisão judicial deve corresponder a um instrumento para a realização de objetivos sociais. A prescrição fundamental é a de que a adjudicação judicial previdenciária não pode, alheando-se dos fundamentos axiológico-normativos que estruturam o sistema de proteção social, pautar-se por uma lógica utilitarista em que a avaliação do impacto econômico da decisão guarda preponderância sobre o exame das implicações humanas – sobre as pessoas afetadas – dela advindas.

A crítica dessa concepção funcional do direito não prescinde do exame da racionalidade que orienta tal posição metodológica. Por essa razão, propõe-se compor uma crítica sistemática da *racionalidade tecnológico-estratégica* que, em detrimento de uma *racionalidade orientada por uma validade normativa fundamentante*, foi prestigiada na realização utilitarista do Direito da Previdência Social pelo Supremo Tribunal Federal⁴³⁷.

Com esse objetivo, a presente seção é dividida em dois eixos críticos: Em um primeiro momento, dirige-se crítica a esta atuação jurisdicional orientada pelos resultados considerados social ou economicamente mais úteis, que considera o Direito apenas enquanto condição e possibilidade para a consecução de certos fins. A crítica subsequente é realizada de modo mais particular à atitude funcional-utilitarista na realização do Direito Previdenciário propiciada pela racionalidade instrumental assumida pelo pensamento jurídico. Também nesta segunda parte, lança-se crítica específica à análise econômica do Direito no contexto da realização judicial do Direito Previdenciário.

⁴³⁶ O caminho pelo qual se faz possível a incorporação da ética utilitarista no raciocínio judicial foi objeto de exame do capítulo 2. De outra parte, no capítulo 4 foi evidenciada a expressão de considerações utilitaristas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

⁴³⁷ Para utilizar as expressões de Castanheira Neves. (NEVES, A. C. **Metodologia jurídica**, p. 63)

5.1.1 Reservas críticas à racionalidade jurídica instrumental

A abordagem da racionalidade jurídica, realizada no capítulo 2, demonstrou que tanto o discurso de uma racionalidade teórica (racionalidade teórica funcional), como o de uma racionalidade prático-argumentativa (racionalidade prática finalística) consubstanciam o pensamento jurídico que percebe o Direito como instrumento numa intenção de utilidade e *performance*, orientando uma atitude socialmente tecnológica.

Se o discurso teórico tem como referência objetiva a realidade, mas essa realidade é avaliada segundo o esquema “técnico” (meio-fim), considera-se a verdade objetiva na perspectiva da adequação funcional ou aptidão instrumental da realidade. Trata-se, como visto, do “discurso funcional ou instrumental”, cuja racionalidade é a eficiência ou a eficácia⁴³⁸.

O discurso argumentativo afirma o *histórico-concreto* e a intencionalidade *pragmática*. Revestido de uma racionalidade *prática* que também pode operar-se segundo uma estimativa de utilidade da ação (e não apenas com referência a valores), caracteriza-se, nesta última perspectiva, como um discurso cuja racionalidade seria de índole científico-tecnológica, que se transformaria no modelo operatório de uma “engenharia social” – a *social engineering* de Roscoe Pound.

É importante recordar, portanto, que no âmbito de uma racionalidade prática – como a racionalidade argumentativa – abre-se espaço para um finalismo/instrumentalismo que se aproxima decisivamente da racionalidade teórica que ligava o sujeito ao conhecimento do objeto e que tinha sua validade dependente da adequação eficiente do objeto à sua finalidade:

Aproxima-se deste modo a racionalidade prática, como técnica, da última modalidade referida à racionalidade teórica [racionalidade teórica funcional], em termos de se acabarem por confundir⁴³⁹.

A racionalidade instrumental oferece suporte a um programa metódico que se politizou drasticamente (politização do método jurídico), na linha do que Teubner vê como uma adaptação do direito moderno à lógica da política: “o leque vai desde a interpretação

⁴³⁸ NEVES, A. C. *Metodologia jurídica*, p. 36.

⁴³⁹ *Idem*, p. 38.

teleológica pela orientação nas políticas e pela ponderação de interesses até o *impact assessment* e a orientação nas conseqüências⁴⁴⁰.

A jurisprudência sociológica (*sociological jurisprudence*) de Roscoe Pound pode ser considerada como o movimento metodológico precursor desse instrumentalismo jurídico-tecnológico⁴⁴¹. Mas não se deve minimizar a influência de Ihering na propagação da concepção funcional do Direito desde a segunda metade do século XIX⁴⁴². Seu utilitarismo social marca a essência da jurisprudência sociológica, que considera o Direito como um meio para alcançar de modo mais eficaz a segurança dos interesses sociais⁴⁴³.

Nestes termos, embora Ihering tenha emprestado fundamento à ideia de que toda proposição jurídica tem de ser vista também teleologicamente – na sua função social –, sua teoria positivista-utilitarista faz do Direito “o joguete dos interesses que em cada caso são dominantes na sociedade”⁴⁴⁴. Porque, fundamentando o Direito no “existir contingente e na evolução do poder dos organismos sociais”, no dizer de Erik Wolf, o utilitarismo social “exerceu sem dúvida uma influência estimulante sobre a crítica e a reforma do Direito, mas teve também um efeito destrutivo sobre a substância ética da ordem jurídica e do sentimento jurídico”⁴⁴⁵.

Com efeito, ao buscar o sentimento jurídico na utilidade social, Ihering exclui o momento axiológico do Direito, de modo a permitir que a lei pudesse tornar-se um puro instrumento da política do poder. E o jurista, como percebe Larenz, não passaria de um “técnico do exercício do poder”⁴⁴⁶.

Essencialmente na linha de pensamento de Ihering, Pound buscou levantar um novo ponto de vista do Direito, fazendo-o em termos de engenharia:

Let us speak of a change from a political or ethical idealistic interpretation to an engineering interpretation. Let us think of the problem of the end of law in terms of a great task or great series of tasks of social engineering. Let us say that the change consists in thinking not of an

⁴⁴⁰ TEUBNER, G. Regimes Privados: Direito neo-espontâneo e constituições dualistas na sociedade mundial. In: _____. **Direito, sistema e policontextualidade**. Tradução de Brunela Vieira de Vincenzi et al. Piracicaba: Unimep, 2005. p. 105-126, p. 117.

⁴⁴¹ NEVES, A. C. **Metodologia jurídica**, p. 54.

⁴⁴² A visão funcional do Direito tornou-se dominante por volta do fim do século XIX, após gradativa mudança de perspectiva impulsionada pelo empreendimento de Ihering. (PERELMAN, C. **Lógica jurídica**, p. 70)

⁴⁴³ POUND, R. **The spirit of the common law**. Cambridge: Marshall Jones Company, 1921. p. 207.

⁴⁴⁴ LARENZ, K. **Metodologia da ciência do direito**, p. 62.

⁴⁴⁵ Idem.

⁴⁴⁶ Idem.

abstract harmonizing of human wills but of a concrete securing or realizing human interests⁴⁴⁷.

De seu lado, a jurisprudência é pensada como uma ciência de engenharia social cuja competência corresponde àquela parte do campo social em que pode obter-se a ordenação de relações humanas por meio da ação da sociedade politicamente organizada⁴⁴⁸.

A engenharia social dos utilitaristas buscava uma harmonização entre os interesses individuais e as possibilidades da comunidade, partindo da premissa da insuficiência dos meios materiais de existência, isto é, “enquanto os desejos, preferências e reivindicações humanas são infinitos, os meios materiais para satisfazê-los são finitos”⁴⁴⁹.

Por essa razão, a tarefa da ordem jurídica consistiria em prevenir conflitos e eliminar o desperdício, segundo uma racionalidade de

conservação de bens de existência em ordem a fazê-los servir o máximo possível, bem como [de] prevenção das fricções e eliminação do desperdício no seu uso e gozo humanos, de modo que se cada um não pode ter tudo o que reivindica, pode ao menos ter tudo que é possível⁴⁵⁰.

O trabalho de Pound identificou na tradição da *common law* o que ele percebia como um critério utilitarista, consistente em assegurar tantos interesses possíveis com o mínimo sacrifício de outros. Isto é, desde que as demandas não podem ser conjuntamente satisfeitas, elas devem ser realizadas tanto quanto possível com o mínimo sacrifício das demais. Por este critério se justificava, por exemplo, a função social da propriedade, a adequação social da liberdade de expressão e as restrições à liberdade contratual, todas hipóteses de um certo prevalectimento dos interesses comunitários sobre os interesses individuais.

Mais do que isso, Pound percebia que os mais fundamentais interesses sociais dependem do respeito aos interesses individuais. Assim, por exemplo, uma vez dependente

⁴⁴⁷ “Vamos falar de uma mudança de uma interpretação política ou ética idealista para uma interpretação de engenharia. Vamos pensar no problema do fim do Direito em termos de uma grande tarefa ou grande série de tarefas de engenharia social. Vamos dizer que a mudança consiste em pensar não em uma abstrata harmonização de desejos humanos, mas de uma segurança concreta ou realizadora dos interesses humanos.” (Tradução livre.) POUND, R. **The spirit of the common law**, p. 195-196.

⁴⁴⁸ POUND, R. **Las grandes tendencias del pensamiento jurídico**. Barcelona: Ediciones Ariel, 1950. p. 200.

⁴⁴⁹ “[...] while individual claims, wants and desires are infinite, the material means of satisfying them are finite.” (POUND, R. **The spirit of the common law**, p. 196)

⁴⁵⁰ “[...] as one of conserving the goods of existences in order to make them go as far as possible, and of precluding friction and eliminating waste in the human use and enjoyment of them, so that where each may not have all that he claims, he may at least have all that is possible.” (POUND, R. **The spirit of the common law**, p. 196)

o progresso social ou econômico da espontânea iniciativa do indivíduo, emergiria o interesse social na livre ação do indivíduo e na própria vida individual⁴⁵¹.

Remetido ao domínio das ciências sociais, como a economia, a ciência política e a sociologia, o pensamento jurídico é chamado a preparar ou definir, por meio do Direito, “as soluções socialmente mais convenientes” ou “finalístico-programaticamente mais oportunas ou úteis e instrumentalmente adequadas ou eficazes” e não “as soluções axiológico-normativamente válidas e normativamente fundadas”⁴⁵².

Tem-se então por fundamento a preferência pela “pragmática utilidade (e a sua racional eficiência) relativamente à axiológica justa (e a sua apelativa normatividade)”. Segue-se a primazia da performance sobre a validade e, nesta lógica, “os valores se substituem pelos fins (subjectivos) e os fundamentos (normativos) pelos efeitos (empíricos) e em que a legitimação axiológica ou a “legitimação por normas” cede o seu lugar à “legitimação pelos efeitos”⁴⁵³.

O Direito se reduziria deste modo a uma estratégia político-social funcional e finalisticamente programada. O legislador teria em suas escolhas uma tática de realização ou execução consequencial, enquanto o Poder Judiciário em sua tarefa de aplicação do Direito – que mais se aproxima do objeto central do presente trabalho –, consubstanciaria “uma instituição funcionalmente adequada a essa estratégia/tática”⁴⁵⁴.

Em relação às categorias ideais que formulou François Ost, essa instrumentalização da função judicial corresponderia ao modelo judicial jurídico-político do *juge-entraîneur*: “Du juge-entraîneur on attend désormais, aux termes du modèle normatif-technocratique, qu’il participe à la réalisation de politiques déterminées et assure, pour ce faire, le meilleur règlement des intérêts concernés”⁴⁵⁵.

⁴⁵¹ POUND, R. **Las grandes tendencias del pensamiento jurídico**, p. 191. Ocorre que o utilitarismo social é sistematizado como um Direito instrumental em um contexto então existente de supremacia dos direitos individuais clássicos. Buscava-se, com a engenharia social, minar a área de absolutismo dos direitos de liberdade e de propriedade, flexibilizando-os a partir dos interesses sociais e econômicos. O problema é quando, justamente a partir de uma atitude tecnológica de engenharia social, os interesses sociais são percebidos pelo Supremo Tribunal Federal, gentil colaborador das políticas públicas ditadas por supostas razões de Estado, como reivindicação de negativa de concessão de direitos sociais prestacionais a determinados indivíduos, em homenagem a um suposto interesse social e suas exigências de restrição de condutas que interfiram no progresso econômico, político ou cultural.

⁴⁵² NEVES, A. C. **Metodologia jurídica**, p. 55.

⁴⁵³ *Idem*.

⁴⁵⁴ *Idem*.

⁴⁵⁵ “Do ‘juge-entraîneur’ (juiz-treinador) passa-se a esperar, nos termos do modelo normativo-tecnocrata, que ele participe da realização de políticas determinadas e assegure, por isso, a melhor regulamentação dos interesses envolvidos” (OST, F. Juge-pacificateur, juge-arbitre et juge entraîneur. Trois modèles de justice. In: GERARD, P.; OST, F.; KERCHOVE, M. (Orgs.). **Fonction de juger, et pouvoir judiciaire: transformations et déplacements**. Bruxelas: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1983. p. 47)

Nessa significação política da interpretação jurídica, o juiz tecnocrata teria uma importante função de prevenção e orientação, sendo responsável não apenas pela definição do campo dos direitos subjetivos determinados pela norma e os valores que consubstancia, mas pela conservação e pela promoção de interesses buscados pelos objetivos socioeconômicos que foram regulados pelo sistema de normas técnicas correspondentes⁴⁵⁶.

À ideia do juiz colaborador na realização de finalidades sociais e políticas corresponde um Direito onde as obrigações jurídicas que por ele deveriam ser asseguradas “tomam a forma de directivas flexíveis ou *Standards*, onde os direitos subjectivos aos quais ele assegura a sanção tomam a forma de interesses”⁴⁵⁷.

É assim que na perspectiva da realização tecnológica do Direito, o juiz, considerado “um homem que responde a diferentes estímulos sociais e pessoais”⁴⁵⁸, é convocado a atuar como agente de mudança social, de acordo com um “método substancial, pragmático e instrumental”⁴⁵⁹.

Nesse contexto é perfeitamente possível discernir o elevado grau de contingência que passaria a caracterizar o direito à proteção previdenciária:

Cuando lo que existe no basta para todos, ha de procurarse que rinda hasta el límite máximo. Por eso, La tarea que incumbe a las ciencias sociales es la de hallar la manera de conseguir que el proceso de satisfacer las necesidades humanas resulte cada vez menos costoso, que pueda funcionar con menos desgaste, que sea más eficaz para satisfacer continuamente una mayor suma de necesidades humanas. En la medida en que estos objetivos puedan ser alcanzados o impulsados por el orden jurídico, pertenecen al campo de la ciencia del Derecho⁴⁶⁰.

Conhecer quanto e quando a atribuição judicial de direitos interfere na maximização do bem-estar social, contudo, é um dos grandes desafios impostos ao juiz economicamente engajado, o qual necessitaria de grandes informações para tomar decisões econômica e socialmente desejáveis. Neste sentido, mesmo Pound descobriu “que os

⁴⁵⁶ OST, F. Juge-pacificateur, juge-arbitre et juge entraîneur, p. 47.

⁴⁵⁷ NEVES, A. C. **Metodologia jurídica**, p. 60.

⁴⁵⁸ DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**, p. 7.

⁴⁵⁹ NEVES, A. C. **Metodologia jurídica**, p. 60.

⁴⁶⁰ “Quando o que existe não basta para todos, tem de buscar-se que renda até o limite máximo. Por isso, a tarefa que incumbe às ciências sociais é a de encontrar a maneira de conseguir que o processo de satisfazer as necessidades humanas resulte cada vez menos custoso, que possa funcionar com menos desgaste, que seja mais eficaz para satisfazer continuamente uma maior soma de necessidades humanas. Na medida em que esses objetivos possam ser alcançados ou impulsionados pela ordem jurídica, pertencem ao campo da ciência do Direito.” (Tradução livre.) POUND, R. **Las grandes tendencias del pensamiento jurídico**, p. 208.

juristas não possuem o treinamento ou o equipamento estatístico necessário para descrever instituições complexas de um modo que não seja introspectivo ou limitado⁴⁶¹.

Também aqui a visão econômica e utilitarista do Direito é obrigada a encarar seus limites, uma vez que, ao apostar na engenharia social em grande escala, enfrenta a inexistência de uma teoria que permita prever os efeitos de equilíbrio a longo prazo de grandes reformas sociais⁴⁶².

[...] as ciências sociais estão a anos-luz de permitir-nos prever os efeitos do equilíbrio líquido global de longo prazo das grandes mudanças institucionais. Por outro lado, argumento que a engenharia social de detalhe, através do planejamento marginal ou de tentativa e erro, é de pouca valia para remediar esse déficit teórico, pois essa metodologia permite apenas estimar efeitos locais, parciais, de curto prazo ou de transição⁴⁶³.

Esse é também um dos eixos do pensamento gadameriano:

É muito fácil cair nesse tipo de tentação. Por mais incertas que possam ser as bases efetivas que podem possibilitar um domínio racional sobre a vida social, as ciências sociais se vêem confrontadas com uma necessidade de fé que as arrasta formalmente e as conduz para fora e para longe de seus próprios limites⁴⁶⁴.

Neste sentido é a conhecida objeção de Niklas Luhmann à “argumentação a partir do resultado” ou da pretensão de fazer depender as decisões jurídicas das consequências reais nela pressupostas:

Se se quiser lançar mão das consequências jurídicas como pontos de orientação ou até de justificação [...] tem que se dispor de antolhos que impeçam de ver todas as consequências, as consequências das consequências, os eventuais efeitos-limite das consequências agregadas de uma multiplicidade de decisões⁴⁶⁵.

O mesmo autor, na percepção de Castanheira Neves, levanta três fundamentos principais para criticar a decisão jurídica que pretenda ter o seu critério nos efeitos:

⁴⁶¹ DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**, p. 7.

⁴⁶² ELSTER, J. A possibilidade da política racional. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, n. 14, v. 39, p. 13-59, fev. 1999.

⁴⁶³ ELSTER, J. Reflexões sobre a transição para o socialismo. **Revista Lua Nova**, n. 22, p. 107-129, dez. 1990, p. 114.

⁴⁶⁴ GADAMER, H. G. **Verdade e Método II: complementos e índice**. 2. ed. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 511.

⁴⁶⁵ LUHMANN, N. Rechtssystem und Rechtsdogmatik, 1974, p. 15, *apud* LARENZ, K. **Metodologia da ciência do direito**, p. 320.

esses modelos inseririam a contingência nas decisões jurídicas, com sacrifício da exigível certeza; atentariam, pela variação resultante da concreta oportunidade implicada, contra o princípio da igualdade; seriam incapazes de realizar a principal função social do direito, que é, segundo ele, a redução da complexidade pela subsistência de um sistema diferenciado ou dogmaticamente autónomo⁴⁶⁶.

A crítica que Castanheira Neves levanta à concepção funcional do Direito toca o centro da preocupação que permeia este estudo, quando vê nela a subversão do sentido da função judicial no quadro do Estado de Direito:

Se levarmos a sério e às últimas conseqüências a perspectiva em causa, o que teremos afinal é um sistema político-jurídico em que o direito deixa de ser tanto uma normatividade de *garantia* como uma *axiologia* ou um sistema de validades materiais pressupostos que se subtraia à contingência decisória numa intenção regulativa, e converte-se ele próprio num instrumento de todo relativizado ao *a posteriori* da própria *performance*, relativizado às suas conseqüências de momento e variáveis⁴⁶⁷.

E, como se estivesse frente à intervenção do Supremo Tribunal Federal no programa de reformas previdenciárias da década de 1990, sentencia o mestre português:

[...] a função judicial (enquanto paradigmática instituição do Estado-de-Direito) não passará de uma funcional *longa manus* da intervenção político-social ou de um seu mero *álibi* legitimante. Num caso, desaparecerá o Estado de Direito, transformando num Estado de mera administração, e, sob princípio, *salus populi suprema lex*, o direito volta a ser, maquiavélica, totalitária ou tecnologicamente “o que é útil ao povo”; no outro caso, teremos uma real desnaturação instrumental da justiça” – para o dizermos com ESSER – e o “fim da actividade jurisdicional no seu autêntico sentido”⁴⁶⁸.

A função judicial instrumental converte-se, neste sentido, em uma função administrativa, com igual “intenção finalístico-consequencial e o seu princípio estratégico-eficiente”, o que lhe subtrai o sentido dentro do Estado de Direito. Com efeito, o que distingue a função judicial das demais funções capitais do sistema político-jurídico desse tipo de Estado é, “no princípio de um estatuto de independência e como “terceiro parcial”, o assumir e o actuar (fazendo cumprir) a “reserva de direito” que dá dimensão de “direito” ao Estado (ao sistema político-social) e à comunidade geral”⁴⁶⁹.

⁴⁶⁶ NEVES, A. C. *Metodologia jurídica*, p. 60.

⁴⁶⁷ *Idem*, p. 61.

⁴⁶⁸ *Idem*.

⁴⁶⁹ *Idem*, p. 62.

De outra parte, essa reserva e dimensão de Direito

se traduzem, simultaneamente, nas *garantias* que formalmente o princípio da legalidade é chamado a oferecer nos vários domínios jurídicos em que se afirma e na *axiologia* específica que materialmente postula e que se encontra uma sua expressão nos “direitos fundamentais”, embora decerto neles não se esgote⁴⁷⁰.

Sem um sistema de validades formais e materiais, não se tem Direito – “o direito que o Estado-de-Direito intenciona, e sem a assunção desse sistema de validades para concretamente o impor ou o fazer cumprir, de modo jurisdicional, não temos a função judicial exigida pelo Estado-de-Direito”⁴⁷¹.

Por essa razão, a racionalidade jurídica “não poderá ser uma racionalidade tecnológico-estratégica, haverá de ser uma racionalidade orientada por uma validade normativa fundamentante, nem esta admite ser reduzida por aquela”⁴⁷².

Afinal de contas, como bem articula Castanheira Neves,

[...] a aceitação metodológica da perspectiva fundamentalmente finalístico-conseqüencial, em que os efeitos seriam os critérios (cfr. H. ROTLEUTHNER, *Rechtssystem y Rechtsdogmatik*, cit., p. 31 ss.) ou que aceitaria como topos decisivo o da “aplicação do direito” orientada pelos “efeitos” (cfr. H. ROTLEUTHNER, *Rechtssystem y Rechtssoziologie*, p. 210 ss.), converteria, por sua vez, o pensamento jurídico numa “engenharia social” (v. *supra*) e a ciência jurídica numa “ciência social” (ciência político-social), também no sentido estrito da expressão (cfr. H. ROTLEUTHNER, *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, p. 117; Id., “Zur Methode einer folgenorientierter Rechtsanwendung”, in A.R.S.P., Beiheft n. folge, p. 13 e 97 ss.; *Método Jurídico*, p. 257 e 275 ss.)⁴⁷³.

Neste sentido também é a preocupação de Marcus Orione:

A realidade é que, dentro de um sistema em que se busca a unidade política, a atuação jurisdicional tem limites certos dentro do próprio sistema, não sendo possível ao juiz a total reinvenção do direito, uma reinvenção completamente inédita e inauguradora do sistema. O que é possível, isto sim, e isso nos preocupa, em relação aos direito sociais (em especial ao direito da segurança social), é a idéia de que a atuação jurisdicional é reveladora dos desejos, de todas as finalidades, de todos os princípios e de todos os desígnios do sistema. Dentro deste contexto, poderíamos verificar que a atuação jurisdicional, embora não sendo

⁴⁷⁰ NEVES, A. C. *Metodologia jurídica*, p. 62.

⁴⁷¹ Idem.

⁴⁷² Idem, p. 63.

⁴⁷³ Idem, p. 196.

totalmente originadora do direito, é extremamente relevante, por meio da interpretação *in concreto*, como “reinvenção” diária do direito⁴⁷⁴.

O emprego da racionalidade funcionalmente consequencial faz com que a concreta realização do Direito entenda-se em termos tão só político-sociais que eliminam a especificidade e a autonomia da normatividade jurídica enquanto tal. Neste sentido, essa perspectiva converteria a normatividade jurídica “num quadro lingüístico vinculadamente delimitador de possibilidades decisórias que se orientariam, afinal e concretamente, pelos efeitos ou em função das alternativas constituídas em referência aos efeitos”⁴⁷⁵.

Além disso, o cânone metodológico da orientação pelos efeitos:

(i) colocaria em risco “a diferenciação intencional e a autonomia dogmática do sistema jurídico e, portanto, a essencial função social que essas diferenciação e autonomia possibilitam” (N. Luhmann);

(ii) “seria incompatível com a vinculação à lei postulada pelos Estados de legalidade constitucionalmente democrática, uma vez que a ‘consideração dos efeitos’ revelaria por decisão autónoma do juiz e possivelmente contra os efeitos legais” (Koch/Rüssmann);

(iii) inseriria uma “contingência nas decisões judiciais, que atentaria de modo inaceitável contra a certeza do direito” (N. Luhmann);

(iv) sacrificaria “o princípio da igualdade e a exigência normativa da universalidade” pela “individualizante oportunidade da determinação pelos efeitos caso por caso” (N. Luhmann e Koch/Rüssmann);

(v) prende-se ainda ao problema da legitimidade da decisão porque se os efeitos são, em geral, entidades empíricas que se oferecem a uma análise objetivo-racional, “o certo é que os efeitos concretos a ter em conta e visados como critério pela decisão não serão evidentemente quaisquer efeitos, mas efeitos pretendidos ou desejáveis, efeitos por que se opta entre outros contrários ou pensáveis com ele em alternativa, e, assim, efeitos qualificados e seleccionados também por valorações, por juízos de valor” (Koch/Rüssmann)⁴⁷⁶.

⁴⁷⁴ CORREIA, M. O. G. Interpretação do direito da segurança social. In ROCHA, D. M.; SAVARIS, J. A. (Coords.). **Curso de Especialização em Direito Previdenciário**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 249-268 (p. 252).

⁴⁷⁵ NEVES, A. C. **Metodologia jurídica**, p. 196-197.

⁴⁷⁶ Idem, p. 199-200.

Como consequência disso, o modelo decisório inspirado na ética utilitarista, produto de uma racionalidade finalística, não cumpre a exigência de realização do Direito como solução de um problema concreto de acordo com uma validade normativa vinculante. O decisivo, para a realização do Direito, são os fundamentos normativos, e não os efeitos empíricos ou o impacto de determinado direito sobre as metas coletivas.

É certo que “A Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta de seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, *necessariamente*, a parte mais fraca”⁴⁷⁷.

Importa resgatar, pois, a ideia de que a racionalidade prática do Direito não deve submeter-se à racionalidade cognitivo-instrumental da técnica e da ciência.

5.1.2 Inadequação da perspectiva utilitarista na adjudicação do Direito Previdenciário

A concessão de prestações previdenciárias não é efeito colateral da política previdenciária, mas sua razão de ser. A ênfase na repercussão econômica das decisões judiciais consagra, porém, a primazia da eficiência. Isso implica perceber como externalidade negativa a formação de novos caminhos de proteção previdenciária quando da realização jurisdicional do Direito. Nessa perspectiva, a não outorga de benefício previdenciário em um caso concreto é percebida como atribuição de benefício, vantagem, prazer ou bem ao sistema previdenciário e, por conseguinte, a todos seus beneficiários do presente e do futuro.

É importante começar uma reflexão crítica da aplicação utilitarista do Direito Previdenciário com a seguinte pergunta retórica: Seria a justiça um valor de segunda importância no direito à segurança social, desde que cedeu sua primazia à conveniência de um arranjo normativo propício à eficiência econômica e à geração de excedentes?

Admitida a resposta como afirmativa, teremos por esclarecida a razão pela qual, ao tempo em que não é computada a contrapartida contributiva da União na condição de empregadora do regime de previdência que instituiu, o servidor público inativo e o pensionista do Regime Próprio são chamados a contribuir para este mesmo regime de

previdência, em nome de valores como a universalidade do custeio e a solidariedade. Também assim entenderíamos porque motivo o segurado aposentado do Regime Geral da Previdência Social que permanece ou volta a exercer atividade remunerada deve contribuir para a seguridade social sem que qualquer contrapartida efetiva lhe seja oferecida pelo sistema previdenciário⁴⁷⁸ ou mesmo porque o Supremo Tribunal Federal “tem sido rigoroso, algumas vezes impiedoso, com os economicamente frágeis”⁴⁷⁹.

Se as instituições de uma sociedade já não guardam a necessidade de serem justas – a ponto de construírem uma trajetória desviante de recursos da seguridade social, não há porque se manterem perplexidades. Seria então razoável que fosse potencializada a problemática alusiva ao custeio da Previdência Social, “sempre às voltas com questões ligadas ao caixa”, a ponto de se colocar em plano secundário os constrangimentos constitucionais⁴⁸⁰. Com menos dificuldades também receberíamos os desafios de um país de muitos pobres e de uma Seguridade Social em estágio inicial de desenvolvimento em face do irreparável prejuízo ocasionado ao orçamento da saúde, da assistência e da previdência social pelas desvinculações das receitas da Seguridade Social, em nome do princípio neoliberal dos orçamentos equilibrados⁴⁸¹.

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: 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. A Seguridade Social pode então justificadamente deixar de amparar o cidadão para que este, mesmo ao

⁴⁷⁷ HESSE, K. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 25.

⁴⁷⁸ Essas questões foram decididas pelo Supremo Tribunal Federal e analisadas no capítulo 4 deste trabalho.

⁴⁷⁹ Excerto do voto do Ministro do STF Eros Roberto Grau proferido na Questão de Ordem em Recurso Extraordinário 353.657-5/PR, referindo-se ao caso em que o STF julgou a revisão da renda mensal das pensões por morte do Regime Geral da Previdência Social em desfavor dos titulares dessa prestação previdenciária.

⁴⁸⁰ A referência é do Ministro do STF Marco Aurélio, quando de seu voto no julgamento da ADIN 1103-1/DF, julgamento em 18.12.1996, DJ 25.04.1997, ocasião em que foi declarada inconstitucional a exigência de contribuição social para a seguridade social por empregador, pessoa jurídica que se dedica à produção agro-industrial, na forma instituída pelo artigo 25, § 2º, da Lei 8.870/94.

⁴⁸¹ Cabe o destaque: enquanto a Constituição da República determina, em seu artigo 195, que a Seguridade Social será financiada mediante recursos provenientes do orçamento da União, além das contribuições sociais cuja instituição autoriza, o que se tem é o inverso, isto é, a participação de recursos do orçamento da seguridade social para atendimento de conveniências do orçamento fiscal.

custo de sua vida – e quando menos ao custo de uma doença evitável ou de uma desnutrição alimentar –, ampare o Estado para que este, segundo critérios esotéricos, promova, com a alcançada disponibilidade de recursos, a maior utilidade possível, a maior segurança possível para a presente geração e para a próxima.

De forma expressa ou não, articula-se o pensamento de que as questões econômicas da Previdência Social levam a uma leitura restritiva das possibilidades judiciais quanto ao reconhecimento de um direito previdenciário. E estaria nesses aspectos econômicos o elemento subjacente ao entendimento de que, por força de norma constitucional (CF/88, art. 195, § 5º), não é possível o reconhecimento judicial de direito de previdência fora do que resultar expresso do texto legal. Seria indispensável, afinal, a indicação da prévia fonte de custeio.

Há uma ideia de impossibilidade fática, de uma moldura intransponível, de uma intangibilidade da equação financeira e atuarial perfeitamente arranjada pelas diretrizes constitucionais, o arranjo legislativo correspondente, e a aplicação dos recursos afetados à Seguridade Social. Isso não ocorre, todavia.

A pretensão real é apenas a que diz respeito ao corte de despesas sociais, seja pela diminuição do nível dos benefícios da Seguridade Social, seja pela Desvinculação das Receitas da União.

Se estivéssemos, contudo, diante de séria previsão de comprometimento das possibilidades de manutenção da Seguridade Social, qual seria a saída constitucional? Negar o direito fundamental à saúde, à previdência ou à assistência? Restringir ao máximo seu reconhecimento judicial, tal como operou a Suprema Corte?

Quando a Constituição entra em conflito com a realidade, ela não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca:

Ao contrário, existem pressupostos realizáveis (*realisierbare Voraussetzungen*) que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição. Somente quando esses pressupostos não puderem ser satisfeitos, dar-se-á a conversão dos problemas constitucionais, enquanto questões jurídicas (*Rechtsfragen*) em questões de poder (*Machtfragen*)⁴⁸².

Ao se colocar toda ênfase em uma suposta crise econômica da Seguridade Social, a ideia que surge primeiramente é a da necessidade de redução progressiva das despesas.

⁴⁸² HESSE, K. **A força normativa da Constituição**, p. 25.

Olvida-se, contudo, o dado trivial de que a própria Constituição previu eventual desequilíbrio entre os recursos orçamentários e as necessidades sociais, oferecendo como *pressupostos realizáveis*: a) a possibilidade de instituição de outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, para além daquelas dispostas pela Constituição (CF/88, art. 195, § 4º); b) a garantia de recursos suficientes para o pagamento dos benefícios concedidos pelo Regime Geral da Previdência Social, mediante a possibilidade de constituição, pela União, de fundo integrado por bens, direitos e ativos de qualquer natureza (CF/88, art. 250)⁴⁸³.

Essas linhas introdutórias consubstanciam o norte de críticas que este trabalho, nas duas seções seguintes, levanta à adoção da lógica utilitarista na adjudicação oferecida nos problemas concretos envolvendo os direitos de proteção previdenciária.

5.1.2.1 A adoção da lógica utilitária da análise econômica do Direito nos problemas de proteção previdenciária

Medir as consequências econômicas é emprestar importância à eficiência, o que, em relação ao Direito da Previdência Social, faz (a) prestigiar a maximização das riquezas do sistema previdenciário (depósito de expectativas coletivas) em detrimento do indivíduo e suas necessidades, e (b) esquecer dos importantes fundamentos éticos que tocam singularmente a matéria previdenciária e justificam o correlativo sistema de proteção.

Percebendo nos efeitos o “critério radicalmente decisivo” e segundo um princípio autônomo de eficiência, buscar-se-á medir o

resultado específico ou rendimento particular segundo um cálculo socialmente global de rendimento: uma decisão será eficiente se maximizar o global rendimento líquido, se as vantagens que produza (relativamente aos por eles [efeitos] beneficiados) for superior aos prejuízos que porventura provoque (relativamente aos por eles [efeitos] atingidos), no sistema ou no subsistema em que a decisão opere (seja a sociedade em geral, seja um domínio específico de actuação e decisão)⁴⁸⁴.

⁴⁸³ E como expressa o Ministro Carlo Britto, “a possibilidade de criação de multitudinário fundo de reserva, a se dar do lado de fora do esquema tributário de contribuições, já significa o quê? O reconhecimento, pela própria Constituição, do equilíbrio factualmente instável ou intrinsecamente precário entre fontes de suprimento financeiro do subsistema e os respectivos itens de despesas” (RE 415.454/SC, p. 1.129).

⁴⁸⁴ NEVES, A. C. **Metodologia jurídica**, p. 67.

Com efeito, a tendência de primazia das consequências sistêmicas de uma decisão judicial – assimilando-as aos efeitos de uma regra em abstrato – e a pressuposição de que elas podem promover/realizar ou ameaçar/violar determinado bem público (“histórico-culturalmente ‘sentido’ como ‘aquisição comum’”), autoriza a classificação dessas consequências entre positivas ou negativas.

No acervo dos bens públicos que podem ser afetados pelas consequências das decisões encontram-se desde a previsibilidade da decisão, o pluralismo e o liberalismo políticos, a preservação dos mercados competitivos, a separação dos poderes,

Num edifício que culmina na trindade exemplar da “estabilidade política”, “prosperidade econômica” e “felicidade individual” – e na concertação-concretização de opções (se não de argumentos) liberais, pragmáticos e econômicos que a tornam reflexivamente plausível⁴⁸⁵.

É importante, neste momento, compreender o caminho apontado pela teoria posneriana, ainda concebida como a vertente ortodoxa da análise econômica do Direito:

[Ela] nos ensina a reconhecer que os juízes norte-americanos agem tipicamente como *constrained pragmatics*, constituindo esta hipótese global de uma procura orientada por consequências (imediatas e sistêmicas) inscrita no “jogo judicial” – determinada por diversos estímulos e constrangimentos, mas também compossível com distintos critérios e com as *policies’ analysis* que os traduzem (alguns plenamente consensuais, outros significativamente mais controversos) – o denominador comum empiricamente mobilizável (“adequadamente descritivo” do comportamento do juiz) que estará em condições de alimentar a grande teoria positiva da área aberta⁴⁸⁶.

Pois é justamente essa observação de Posner que nos permite identificar o grau de contingência que passa a afetar os direitos fundamentais – como os direitos de proteção previdenciária: na perspectiva econômica, eles passam a ser considerados como direitos instrumentais da prosperidade econômica geral e não mais como pressupostos da dignidade do ser humano atingido por uma contingência adversa.

Da mesma forma, tal constatação nos permite compreender a importância da ideologia da crise orçamentária, a caracterizar cada vez de modo mais pacífico a eficiência econômica da Seguridade Social como bem público de destacada posição, o verdadeiro princípio que se encontra subjacente à política de reafirmação do equilíbrio financeiro e

⁴⁸⁵ NEVES, A. C. **Metodologia jurídica**, p. 219.

⁴⁸⁶ LINHARES, J. M. A.; ROSA, A. M. da. **Diálogos com a Law & Economics**, p. 272.

atuarial deste campo de proteção social – política de inquestionável necessidade, mas de manifestação e propósitos que na realidade se mostram tortuosos.

Tendo como objetivo o estabelecimento de instituições jurídicas estáveis e capazes de oferecer os melhores incentivos ao desenvolvimento socioeconômico, a relevância em nosso país das considerações de caráter econômico de uma decisão judicial parece ser inquestionável, especialmente após as reformas administrativas da década de 1990 e a adoção do gerencialismo de extrato liberal – modelo de gestão tomado das empresas privadas (que se encontram em mercado competitivo) – orientado à redução de custos e à eficiência.

Por outro lado, como ficou demonstrado no capítulo 4, o uso de ponderações econômicas na interpretação/aplicação do Direito da Previdência Social, tendentes a promover uma eficiência de custos, passou a encontrar fundamento em normas de superior hierarquia, isto é, no princípio constitucional da precedência do custeio (CF/88, art. 195, § 5º) e no princípio da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial da Previdência Social, incorporado na Constituição pela Emenda Constitucional 20/98 (CF/88, arts. 40, *caput*, e 201, *caput*).

Sem embargo, ao se invocar o modelo de distribuição das consequências assimilado pelas normas previdenciárias, colocando-se ênfase nos argumentos relativos a objetivos políticos previdenciários – atualmente reduzidos à noção de eficiência econômica –, relega-se indevidamente a segundo plano os argumentos de princípio, que exigem a passagem da *ratio legis* para a *ratio juris*⁴⁸⁷.

Quanto a esses aspectos, vale a pena transcrever a pretensão posneriana:

Uma vez que a maximização da riqueza não é apenas um guia para o julgamento com base no *common law*, mas também um valor social genuíno, e o único que os juízes têm condições favoráveis de promover, ela oferece não somente a chave para uma descrição exata do que cabe aos juízes fazer, mas também o referencial perfeito para a crítica e a reformulação⁴⁸⁸.

⁴⁸⁷ Um componente fundamental da presente teoria da decisão judicial da Previdência Social parte da distinção dworkiana entre argumentos de princípio e argumentos de política. Fiel à racionalidade jurídica material que o presente trabalho postula, sustentar-se-á no capítulo 6 que a vinculação à intencionalidade normativa – percebida nos fundamentos de valor que se manifestam em princípios gerais de direito – exige a adoção de argumentos de princípio, e não argumentos de política. Estes últimos, ancorados em uma racionalidade instrumental, padecem das vicissitudes examinadas no item 5.1.1, *supra*.

⁴⁸⁸ POSNER, R. **Problemas de filosofia do direito**, p. 484.

Por essa razão, “Se os juízes não estão sendo capazes de maximizar a riqueza, o analista econômico irá pressioná-los a alterar sua prática ou doutrina da melhor maneira possível”⁴⁸⁹. Mais do que isso, em algo que se aproxima do substrato ideológico do objetivo de equilíbrio econômico da Previdência Social pretendido com a Emenda Constitucional 20/98 – como foi abordado no capítulo 3 –, “o analista insistirá – junto a qualquer legislador suficientemente imune a pressões de grupos de interesses para poder legislar em nome do interesse público – num programa voltado para a promulgação exclusiva de legislação que se ajuste aos ditames da maximização da riqueza”⁴⁹⁰.

Mas “não está claro por que a riqueza social é um objetivo digno”⁴⁹¹. É necessário ademais perguntar se, pelo menos, uma sociedade com mais riqueza é melhor porque a riqueza é instrumental para outro objetivo ou valor conceitualmente independente. Aí cumpre diferenciar, na articulação dworkiana, se a riqueza se sustentaria por uma afirmação instrumental fraca, uma afirmação instrumental forte, ou como um falso alvo⁴⁹².

Por uma afirmação instrumental fraca se sustentaria meramente que, às vezes, incrementos na riqueza social levará a bons resultados. Mas afirmar que, às vezes, buscar a riqueza causará melhorias de outros tipos é algo “tedioso e desorientador”:

tedioso porque ninguém contestará a afirmação, e desorientador porque a teoria deve, então, ser nomeada não de acordo com a riqueza, mas de acordo com o verdadeiro objetivo, até agora não especificado, a que às vezes se considera que a riqueza serve⁴⁹³.

A análise econômica do Direito, nesta perspectiva, revela-se incompleta, pois não especifica o verdadeiro objetivo de valor social a ser alcançado pela maximização da riqueza – e tampouco como ele poderia ser causalmente provocado. De fato:

Os argumentos [da análise econômica], então, devem destacar categorias específicas de decisões judiciais e explicar por que era plausível os juízes suporem que uma norma promovendo a riqueza social tinha a probabilidade, por essa razão, de promover algum objetivo social independente valorizado por esses juízes – a utilidade, o *maximin*, o alívio da pobreza, o poder econômico do país em assuntos externos, ou algum outro objetivo⁴⁹⁴.

⁴⁸⁹ POSNER, R. **Problemas de filosofia do direito**, p. 484.

⁴⁹⁰ Idem.

⁴⁹¹ DWORKIN, R. **Uma questão de princípio**, p. 356.

⁴⁹² Idem, p. 371.

⁴⁹³ Idem.

⁴⁹⁴ Idem.

Segundo uma afirmação instrumental forte, os juízes devem buscar unicamente a riqueza em algum tipo de casos especificados, independentemente de ela produzir o verdadeiro objetivo, embora não necessitem buscar a maximização da riqueza como único padrão de suas decisões em todos os casos em que são chamados a solucionar.

Na visão dworkiana, Richard Posner sugere, neste sentido, que “a maximização da riqueza é um valor porque uma sociedade que considera a maximização da riqueza seu padrão central de decisões políticas desenvolverá outras características atraentes”⁴⁹⁵, como o respeito aos direitos individuais, o encorajamento e a recompensa a uma série de virtudes “protestantes”, e o impulso das pessoas para criar benefícios mútuos.

O problema é definir quais os direitos individuais são reconhecidos pela sociedade e se este reconhecimento se opera segundo alguma avaliação independente da maximização da riqueza. Ou seja, não é adequado

oferecer uma afirmação instrumental a favor da maximização da riqueza que leve ao reconhecimento de certos direitos individuais, se tudo o que se pode dizer a favor do valor moral desses direitos é que são direitos que um sistema de maximização da riqueza reconheceria⁴⁹⁶.

Mas se, de acordo com a análise econômica do Direito, o uso do padrão de maximização da riqueza no contexto judicial atribui aos direitos um caráter instrumental, de tal maneira que promovam a maximização da riqueza, como ver na riqueza um instrumento dos direitos – que somente são reconhecidos na perspectiva da maximização da riqueza?

Segue o problema da instrumentalização dos direitos que nos toca mais de perto, pois Posner

é explícito ao dizer que a mesma avaliação deve ser usada para determinar os direitos humanos mais fundamentais dos cidadãos, inclusive seu direito à vida e ao controle de seu próprio trabalho em vez de ser escravo de outros. Ele considera uma importante virtude da maximização da riqueza o fato de que ela explica por que as pessoas têm esses direitos⁴⁹⁷.

Da mesma forma, é inaceitável a alegação de que a maximização da riqueza tem valor instrumental na medida em que aumenta o número de pessoas que beneficiam outras,

⁴⁹⁵ DWORKIN, R. **Uma questão de princípio**, p. 373.

⁴⁹⁶ *Idem*, p. 374.

⁴⁹⁷ *Idem*, p. 375.

de modo que uma sociedade que buscasse exclusivamente a riqueza também chegaria mais perto dos ideais de justiça distributiva. Isso porque os ideais de justiça distributiva devem ser especificados ou, pelo menos, concebidos independentemente da maximização da riqueza:

Será incorreto dizer que a justiça distributiva é qualquer estado de coisas que seja produzido pela maximização da riqueza. Isso porque a afirmação de que a maximização da riqueza leva à justiça distributiva seria mera tautologia⁴⁹⁸.

Eis o problema central da análise econômica do Direito: ela se sustenta em uma mera presunção de que a riqueza é um componente do valor, quando, reconheça-se,

não faz nenhum sentido como objetivo social, mesmo entre outros, sendo ademais implausível que a riqueza social seja fortemente instrumental para um objetivo social porque promove a utilidade ou algum outro componente do valor social melhor do que faria uma teoria instrumental fraca⁴⁹⁹.

Tendo como meta a eficiência econômica – maximização da riqueza social –, a análise econômica do Direito não focaliza a dimensão de conquista dos direitos sociais ou a justiça das normas ou decisões que se destinam a prover meios indispensáveis de manutenção e desenvolvimento às pessoas que se encontram em contingências adversas. Assim, por exemplo, em uma perspectiva econômica, a prestação previdenciária devida às gestantes, antes de ser vista como reconhecimento de exigência ética, é percebida na dimensão de seu custo social:

Esse custo social pode ser encontrado em muitos outros casos de normas simples. Ocorreu quando se aumentou os benefícios às mulheres grávidas, fazendo com que mulheres à procura de emprego fossem submetidas, nos exames admissionais, a testes de gravidez, e em muitos outros casos. A garantia de privilégios para alguns, acaba por impor custos a outros. Esses custos é que devem preocupar o estudioso do Direito na análise da legislação e não meramente a complexidade, ou não, da norma⁵⁰⁰.

Na elaboração e na realização do Direito Previdenciário, a avaliação econômica pode implicar orientação a um resultado eficiente, assim entendido o que proporciona a

⁴⁹⁸ DWORKIN, R. **Uma questão de princípio**, p. 381.

⁴⁹⁹ *Idem*, p. 393.

⁵⁰⁰ SZTAJN, R. *Notas de análise econômica: contratos e responsabilidade civil*, p. 76.

maximização da riqueza social. Mas o modelo econométrico pressupõe redução do nível de proteção social ou maior rigor na análise do direito a prestações previdenciárias.

Com efeito, partindo-se do pressuposto econômico de que os recursos são escassos e de que os agentes são racionais e maximizadores de utilidade, cada indivíduo buscará dar aos seus recursos a melhor alocação em ordem a maximizar seu bem-estar. Segue o pensamento: Se os recursos são escassos, a escassez atinge a todos indiscriminadamente, de modo que, em tese, os potenciais beneficiários do sistema previdenciário pagam o preço da ineficiência alocativa das entidades gestoras. Desse modo, a restrição de acesso de algumas pessoas às ações da Seguridade Social diminui o custo social, contribuindo para a eficiência do sistema, maximizando-lhes a riqueza e diminuindo o grau de escassez que lhes afetava.

Diz-se que, em tese, os potenciais beneficiários do sistema previdenciário pagam o preço da ineficiência alocativa das entidades gestoras porque eventuais excedentes de receitas da Seguridade Social são transferidos, por força das desvinculações das receitas da União, para outras destinações orçamentárias, para pagamento de encargos da dívida externa, inclusive. Com esse raciocínio, pode-se mesmo afirmar que a maximização dos ganhos de grandes investidores do Tesouro Nacional pressupõe alocação eficiente dos recursos da Seguridade Social. O capital tem, então, duas fortes linhas de interesses na redução das despesas da Seguridade Social: primeira, pela redução dos encargos sociais necessários ao custeio, os quais aumentam o preço das mercadorias ou serviços aos consumidores; segunda, pela elevação da segurança no recebimento oportuno da contrapartida prometida quando do investimento levado a efeito pelo capital externo de risco.

A redução do campo de proteção social parece ser a consequência necessária da adoção dos postulados da análise econômica do Direito, os quais se revelam sedutores em face do cenário institucional – socioeconômico e cultural – da realidade brasileira.

De fato, quanto menos intervenção – na educação, previdência social ou infraestrutura, por exemplo –, maior a economia de recursos públicos e as possibilidades de se chegar ao superávit orçamentário, muito próprio da atmosfera de rigor fiscal, que consubstancia a delícia do discurso neoliberal, desde que pressuposto necessário ao adequado funcionamento do mercado globalizado.

Eis aí o ponto de chegada do raciocínio economicamente orientado ou da preocupação com o impacto econômico das decisões: o primado da eficiência sobre o direito de proteção humana contra a necessidade, com a subjacente noção de que a

satisfação de um direito social pode implicar o sacrifício de toda coletividade, pela variação negativa do poder aquisitivo da moeda em razão do déficit público, com os graves danos causados à economia em geral.

Nesta perspectiva, os direitos econômicos, sociais e culturais seriam, ao final, prejudiciais ao desenvolvimento da vida econômica e social como um todo, pois pressupõem reservas de custeio que implicam o aumento do custo das empresas, com a repercussão final nos produtos e serviços entregues ao mercado de consumo. Mas o acolhimento dessa tese passa pela consideração excludente de que o ser humano não traduz um valor em si, mas um valor relativo à funcionalidade do sistema⁵⁰¹. Mas “O Direito existe também para subjugar os determinismos econômicos”⁵⁰².

Para os fins do presente trabalho é importante destacar também um importante componente da análise econômica do Direito aplicada ao caso concreto. Ele é referido por Melvin Aaron Eisenberg, citado por Andrés Roemer. Trata-se do fato de que o modo econômico de analisar o Direito conduz ao pensamento de que as consequências a serem medidas devem ser aquelas resultantes da generalização da decisão em casos semelhantes.

Los abogados tienden tradicionalmente a pensar en términos particulares. Los economistas, por el contrario, tienden a pensar en términos matemáticos o en términos abstractos. Un resultado importante del derecho y la economía ha sido un énfasis mayor en la generalización del pensamiento jurídico⁵⁰³.

A importância dessa nota própria ao exame econômico do Direito encontra-se na circunstância de que eventuais juízos de equidade, levados a efeito justamente em face de determinadas particularidades do caso concreto, tendem a ser vistos em sua dimensão generalizante. Uma decisão judicial previdenciária que culmina por atribuir determinado direito mediante a elaboração de um juízo de equidade poderia ser questionada a partir de seus efeitos percebidos por um método universalizante que nos interpelasse: determinado juiz pensa em conceder determinado bem previdenciário flexibilizando um certo requisito legal. Seria eficiente que todos os juízes assim realizassem em casos semelhantes? Seriam desejáveis – ou suportáveis – os custos dessas decisões? Somente no caso das duas

⁵⁰¹ CAMARGO, R. A. L. “Custos dos direitos” e reforma do Estado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 108.

⁵⁰² FORGIONI, P. A. Análise Econômica do Direito (AED): paranóia ou mistificação?, p. 25.

⁵⁰³ EISENBERG, 1991, p. 2, *apud* ROEMER, A. **Introducción al análisis económico del derecho**. México: Fondo de Cultura Económica, 1994. p. 20.

respostas serem afirmativas é que o juízo de equidade poderia ser operado de acordo com a *Law and Economics*.

Dessa forma, a análise econômica, pautada pelo critério da eficiência – maximização das riquezas – relega a segundo plano as necessidades e as diferenças das pessoas, para colocar em seu lugar a prosperidade geral. Como a atribuição de direitos interfere na alocação final de recursos, ela passa a gozar de realçada importância na perspectiva da eficiência.

Instrumentalizando o direito à proteção previdenciária em razão da maximização da riqueza social, a análise econômica do Direito pretende enquadrar um espaço no qual esses direitos são reivindicáveis; um espaço móvel cuja restrição progressiva, nada obstante a desconsideração pela efetivação dos direitos, apenas faria a sociedade se aproximar de seu objetivo econômico, que pretende parecer fundamental também para a manutenção do sistema de proteção social, segundo compreensão já popularizada acerca da excelência das instituições eficientes em custos.

5.1.2.2 As insuficiências da instrumentalização das decisões judiciais previdenciárias a um finalismo socioeconômico

Resgatemos a lapidar objeção de Luhmann às decisões judiciais orientadas exclusivamente a resultados:

Se se quiser lançar mão das conseqüências jurídicas como pontos de orientação ou até de justificação [...] tem que se dispor de antolhos que impeçam de ver todas as conseqüências, as conseqüências das conseqüências, os eventuais efeitos-limite das conseqüências agregadas de uma multiplicidade de decisões⁵⁰⁴.

Não se cuida de sustentar a ruptura com o pensamento voltado a resultados na aplicação do Direito⁵⁰⁵, mas a ponderação de Luhmann parece impor-se ao órgão jurisdicional chamado a decidir um caso individual no campo da Previdência Social que reduz a complexa problemática dos direitos de solidariedade e justiça sociais, presumindo

⁵⁰⁴ LUHMANN, N. *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 1974, p. 15, *apud* LARENZ, K. **Metodologia da ciência do direito**, p. 320.

⁵⁰⁵ “Quem não se preocupa com o resultado de suas ações é simplesmente insano.” (VITA, A. de. *O lugar dos direitos na moralidade política*. **Lua Nova**, São Paulo, v. 30, n. 30, p. 5-34, 1993, p. 34)

que a consequência econômica de um juízo indeferitório de proteção social será a economia de recursos orçamentários e que, a partir da presumida economia, ter-se-iam ainda duas consequências sociais desejáveis a toda coletividade: (1) o fortalecimento financeiro das instituições públicas responsáveis por esses serviços sociais; (2) a mais eficaz alocação, no presente ou no futuro, dos recursos salvaguardados pela decisão denegatória, isto é, emprego de recursos em hipóteses que mais fortemente ou indubitavelmente justifiquem a ação protetora da Previdência Social.

Essas presunções voltam as costas para as consequências sociais da tragédia moral de uma necessidade humana vital que foi exposta e que não foi curada. Dado que a pessoa não disponha de recursos materiais (propriedades, poupança individual etc.) para prosseguir em sua vida com autonomia e dignidade, a chaga persistirá e a ruína daquele a quem foi negada a dignidade e se encontra à deriva contribui para um quadro de deterioração social. Tal necessidade impulsionará a pessoa carente a buscar, em face da necessidade de sobrevivência e sempre em condição de insegurança e inferioridade, ações de solidariedade na informalidade das relações que se travam no seio da sociedade; uma sociedade que financia a Seguridade Social de forma direta e indireta, que contempla resignadamente o desvio desse financiamento para outras destinações orçamentárias⁵⁰⁶, e que ao final recebe o encargo de buscar, por ações caritativas desarticuladas, a concretização da universalidade perseguida pela Constituição.

Como outra face da moeda, para a pessoa que está a receber julgamento, tais presunções traduzem potencial imediato de exclusão social e marginalização. Esses efeitos, imagináveis no contexto de uma crescente desigualdade social, podem dificultar ainda mais a coesão social e ameaçar a segurança de todos, a segurança social. Mesmo que o problema de vida deixe de existir no processo judicial solucionado e a pessoa não mais esteja presente para o julgador, eles continuam presentes no mundo⁵⁰⁷.

⁵⁰⁶ Já se teve oportunidade de apontar, no capítulo 3, seção 3.3, que parte dos recursos constitucionalmente destinados ao orçamento da Seguridade Social são desafetados para emprego em qualquer outra finalidade orçamentária, especialmente por força da Desvinculação das Receitas da União (DRU).

⁵⁰⁷ As afirmações articuladas nos dois últimos parágrafos já sinalizam a visão que permeia o presente estudo e que constitui, como se verá no capítulo 6, pressuposição fundamental desta teoria normativa da decisão judicial previdenciária: por exigência da racionalidade material, que se postula a mais adequada para o universo jurídico, os efeitos reais das decisões judiciais que devem ser levados em consideração não são os econômicos, mas aqueles que se relacionam com os fundamentos axiológico-normativos do sistema jurídico da Previdência Social, destacadamente o princípio da proteção da pessoa contra o estado de necessidade. O dado da realidade que mais importa é a vida humana e suas possibilidades de preservação digna em face do resultado jurídico da decisão. Deve-se mirar, portanto, nas consequências humanas da decisão previdenciária, e não em suas consequências econômicas.

Nada obstante, em um sentido utilitarista a comunidade pode ser considerada melhor como um todo “porque o nível médio ou coletivo do bem-estar comunitário aumentou [pela eficiência supostamente alcançada com decisões denegatórias de benefícios], apesar de o bem-estar de alguns indivíduos [presumivelmente destituídos de recursos para subsistência digna] ter diminuído”⁵⁰⁸.

Por outro lado, tais presunções de economia de recursos ignoram a realidade de que os recursos orçamentários da Seguridade Social não são definitivamente vinculados a este sistema de proteção social, mas que, antes, pela liberdade de circulação entre esferas orçamentárias, são recursos sem dono e que poderão ser alocados para qualquer outra finalidade, mesmo para remuneração do capital financeiro que se deleita com a honradez de nossa República, na firme convicção de uma remuneração excepcionalmente lucrativa.

A ênfase instrumental da atuação judicial na realização de uma determinada política previdenciária, com vistas à redução de custos e maximização dos resultados orçamentários da Seguridade Social, pode conduzir ao perecimento da potencialidade protetora que pretensamente almeja salvaguardar, o que se revela contraditório.

Não respeita a lógica a pretensão de evitar a denegação futura de direitos previdenciários mediante atuação judicial restritiva ou denegatória desses direitos no presente. Uma tal atuação judicial se encontra bem alinhada com o argumento político-econômico de combate à “frouxidão” – no sentido de que a sabedoria requer dureza –, assim relatado por Sen: “Essas coisas, adverte-se com pose austera, podem vir a ser favorecidas posteriormente, quando o processo de desenvolvimento houver produzido frutos suficientes: o necessário aqui e agora é ‘dureza e disciplina’”⁵⁰⁹.

Isso talvez seja explicado pela circunstância de que os resultados positivos da Seguridade Social, na verdade, são desvinculados desta finalidade para qualquer outra destinação orçamentária e porque não são levados a sério nem os direitos do presente, nem os direitos do futuro; Tal como historicamente foram menosprezados os recursos da Previdência Social, que foram desviados para financiar diversos projetos desvinculados de sua função assecuratória⁵¹⁰.

⁵⁰⁸ DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**, p. 358.

⁵⁰⁹ SEN, A. **Desenvolvimento como liberdade**, p. 51.

⁵¹⁰ É sempre importante lembrar: “Os recursos previdenciários, que na primeira metade do século XX já haviam sido largamente utilizados em investimentos que favoreciam o empresariado industrial brasileiro, durante a ditadura também serviram para alimentar o ideal de construção de um “Brasil grande”. Assim, a previdência financiou a construção da Usina Hidroelétrica de Itaipu, Ponte Rio-Niterói, Transamazônica e usinas nucleares de Angra dos Reis. Estes empreendimentos, somados aos recursos da previdência que foram utilizados inclusive para a construção de Brasília, segundo cálculos da professora

Segue daí a tirania da política previdenciária restritiva do campo de proteção e do nível de benefícios, ao tempo em que admite a aplicação de recursos originariamente destinados à proteção social para outras finalidades orçamentárias sem sequer a promessa de encontro de contas futuro⁵¹¹.

É portanto impróprio o raciocínio judicial que, orientado às exigências de eficiência, inclina-se a definir a norma de decisão para o caso concreto segundo suas consequências econômicas, com o objetivo de maximizar os resultados orçamentários da Seguridade Social.

As exigências do bem comum sempre implicaram uma tendência de aplicar o Direito com a ideia de reafirmação da comunidade, dos direitos sociais ou de igualdade. Trata-se de uma limitação da esfera da autonomia do indivíduo, mas naquilo que esta autonomia representa a força diante da impotência do outro. Nesse sentido são as limitações da propriedade pela sua função social, as limitações da autonomia contratual, os constrangimentos impostos ao desenvolvimento econômico pela imposição de interesses difusos a um meio ambiente equilibrado.

A genialidade da ideologia neoliberal consistiu em fazer tocar a esfera de direitos individuais à proteção social pretensamente em nome do bem comum, em nome de um interesse social de fachada. Mas esse interesse social à preservação dos recursos destinados ao sistema de segurança social não passa de um interesse coletivista que só serve para encobrir a pretensão dos agentes econômicos mais fortes em restringir, no nível opressivo, o desperdício com que adjetiva as despesas sociais com pessoas vulneráveis e inúteis a seu grande propósito individualista de dominação econômica e política.

É por essa razão que, nas linhas do pragmatismo econômico-utilitarista, ao se negar um direito social prestacional, cuida-se prestigiar um todo de relevantes propósitos sociais limitados em seus recursos e, por consequência, uma grande massa de potenciais beneficiários, quando na realidade, toda economia de recursos ao – incomparável – preço da condição digna da vida humana, por si só repugnante, implica tão somente maior proveito para os agentes economicamente mais fortes, seja no presente, seja no futuro. Daí

da UFMG, Eli Gurgel, equivalem a 69,7% do PIB, em 1997 (UNAFISCO-SINDICAL, 2003). E, como ocorreu com os recursos utilizados no início do século para propiciar a industrialização do país, o dinheiro utilizado nunca voltou para os cofres da previdência” (BATICH, M. **Previdência do trabalhador**: uma trajetória inesperada. São Paulo Perspec. [online]. 2004, v. 18, n. 3, p. 33-40. ISSN 0102-8839. DOI: 10.1590/S0102-88392004000300004).

⁵¹¹ Afinal, “Quem se apropria de vastas quantias em dinheiro, enquanto ainda há necessidades a atender, age como tirano, dominando e distorcendo a distribuição de segurança e bem-estar social” (WALZER, M. **Esferas da justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 101).

a indagação de Popper: Até onde estamos capacitados para admitir que os meios (maus) realmente conduzirão ao fim esperado (bom)?⁵¹²

Uma visão superficial do engajamento judicial consequencialista em matéria de direitos sociais prestacionais poderia oferecer a ideia de que ele se propõe romper com o formalismo normativista mediante a assimilação dos dados da realidade (econômica, sobretudo). Mas uma leitura mais atenta desse – eventualmente ingênuo – proceder metodológico deixa transparecer sua faceta de contribuição à satisfação dos interesses idealizados como coletivos, ao preço do sofrimento dos mais vulneráveis e da violação da dignidade humana (por sua exposição à necessidade).

Ao expressar que devemos levar os direitos a sério, Dworkin pretende justamente demonstrar que as políticas não devem ser consideradas justificadas pelo fato de produzirem mais benefícios do que danos, ainda que restringindo os direitos dos cidadãos.

Especialmente diante dos direitos fundamentais – que geralmente corresponderiam a direitos morais –, não é justificção suficiente de uma política restritiva de direitos o argumento de que ela aumentará a utilidade geral. Temos que tratar os direitos mais importantes e fundamentais como tais. Não se pode afirmar, então,

que o governo está justificado ao desconsiderar um direito com base em razões de pouco peso, que seriam suficientes se nenhum direito desse tipo existisse. Ele não pode afirmar que o governo está autorizado a agir baseando-se simplesmente no juízo de que seu ato provavelmente produzirá, no cômputo geral, um benefício para a comunidade. Essa suposição tornaria despropositada sua pretensão a um direito, e revelaria que ele usa a palavra “direito” em outro sentido que não o forte, necessário para conferir à sua alegação a importância política que normalmente se imagina que tenha⁵¹³.

Impõe-se reconhecer que os direitos às ações da Seguridade Social derivam da crença no valor intrínseco igual dos seres humanos.

É justamente essa crença

que exprimimos quando dizemos, com Kant, que enquanto outras coisas têm um preço ou valor para pessoas, somente a vida humana está acima de qualquer preço, isto é, tem dignidade; e que aquilo que tem dignidade não pode ser tratado somente como meio e sei sempre ao mesmo tempo como um fim em si mesmo⁵¹⁴.

⁵¹² POPPER, K. R. **A sociedade aberta e seus inimigos**, p. 354.

⁵¹³ Direito “em sentido forte” corresponderia àquele que é protegido contra interferência estatal sem razões especiais que a justifiquem (DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**, p. 294).

⁵¹⁴ VITA, A. de. O lugar dos direitos na moralidade política, p. 9.

Não é moral ou juridicamente aceitável a instrumentalização do direito à vida digna (pela satisfação de necessidades fundamentais) em nome de fins reputados socialmente mais convenientes. Segundo a sólida formulação kantiana,

no reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade [...] Esta apreciação dá pois a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade⁵¹⁵.

Evidentemente que o raciocínio judicial que coloca na mesma balança a manutenção digna de uma pessoa pela segurança social, de um lado, e a redução das despesas com proteção social visando a maximização de reservas para aplicação na proteção de outros potenciais beneficiários no presente ou no futuro – ou para a maximização de recursos destinados a comporem o orçamento fiscal e emprego em outras finalidades – coloca um preço na vida humana, ferindo-lhe a dignidade e lhe tratando como uma coisa cujo valor é apenas relativo e ponderável.

E aqui mais facilmente se pode perceber como a justiça da decisão cede a uma racionalidade de otimização funcional ou tecnologicamente calculável que conforma o pensamento teórico-analiticamente estratégico⁵¹⁶.

Não se deve, porém, “cruzar a linha que separa tratar alguém como um ser humano e como nosso próximo e tratá-lo como um recurso para o benefício de outros”⁵¹⁷.

5.2 A INADEQUAÇÃO DA PERSPECTIVA CONCEITUALISTA NA ADJUDICAÇÃO DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Na situação metodológica do normativismo legalista que o positivismo jurídico assumiu, opera o esquema funcional segundo o qual a *criação* do direito compete ao legislador e a sua *aplicação* ao juiz⁵¹⁸.

⁵¹⁵ KANT, I. Fundamentos da metafísica dos costumes. In: **Os Pensadores – Kant (II)**. Tradução de Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980. p. 103-162 (p. 134 e 141).

⁵¹⁶ KANT, I. Fundamentos da metafísica dos costumes, p. 39-40.

⁵¹⁷ DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**, p. 18.

⁵¹⁸ A emergência e os principais contornos da chamada concepção mecânica da jurisprudência foram alinhavados no capítulo 2 deste trabalho.

A exatidão da ciência jurídica, tão buscada no século XIX é inadequada à solução de impasses de sobrevivência no século XXI. Em matéria previdenciária, parece existir um mito de que os “requisitos milimétricos” para acesso às suas prestações são imposições inelutáveis para a concessão da proteção social. Isso decorre da ideia de que o método geométrico cartesiano, com a evidência de seus axiomas e de suas deduções, deveria servir de modelo universal para todas as ciências⁵¹⁹. De outro lado, o crescente prestígio das ciências matemáticas e da natureza permitiu que esse modelo dedutivo experimental por mais de três séculos se impusesse até ao pensamento dos juristas e isso persiste quando se perde de vista a especificidade da disciplina jurídica:

Mas se fosse assim, se houvesse, em questão de justiça, para cada problema uma solução a um só tempo necessária e única que pareceria tão evidente a todo ser dotado de razão quanto a solução de um problema de aritmética, chegando cada qual necessariamente à mesma resposta, não seria de modo algum necessário designar juízes para dizer o direito⁵²⁰.

Como nosso problema diz respeito especialmente à prática jurídica judiciária, na criação da norma individual contida no julgamento judicial é importante, ainda e sempre, escapar das redes da lógica formal do positivismo jurídico, que buscam impor ao sujeito do julgamento uma subserviência religiosa ao sagrado domínio das leis.

Si la justice pouvait se passer de jugement, si on pouvait la mécaniser, les machines pourraient dire le droit d'une façon beaucoup plus rapide e beaucoup moins coûteuse que l'homme. Mais, les machines n'ont pas de jugement, e c'est pourquoi, dans toutes les situations délicates, le recours au juge est indispensable⁵²¹.

O objetivo fundamental de um sistema de segurança social é a proteção da pessoa agravada por uma contingência social adversa.

Essa condição adversa pode levar a pessoa a uma condição aviltante – pela ausência de recursos para autoprover-se, pela inexistência de condições ou real liberdade para

⁵¹⁹ Mas as “certezas matemáticas não têm condições de responder aos problemas suscitados pela dimensão mais ampla das relações humanas e suas mais variadas indagações e controvérsias” (MONTEIRO, C. S. **Teoria da argumentação e nova retórica**, p. 33).

⁵²⁰ PERELMAN, C. **Ética e Direito**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 516.

⁵²¹ “Se a justiça não necessitasse de um julgamento, se fosse possível mecanizá-la, as máquinas poderiam dizer o direito de uma maneira muito mais rápida e muita menos onerosa que o homem. Mas, as máquinas não têm [o poder] de julgamento, e isso porque, em todas as situações delicadas, recorrer ao juiz é indispensável.” (Tradução livre.). PERELMAN, Le champ de l'argumentation, 1970, p. 146, *apud* BITTAR, E. C. B.; ALMEIDA, G. A. de. **Curso de filosofia do direito**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 446.

planejar e fazer de sua vida algo valioso, por ter de submeter-se a qualquer mecanismo de trabalho ou auxílio informal para suprir suas necessidades vitais e, finalmente, por ter reduzida sua autoconfiança, sua autonomia, e saúde física e psicológica.

Em um estágio mais avançado, a concorrência de determinadas circunstâncias cujos efeitos são desfavoráveis ainda que evitáveis pode levar uma pessoa à morte – pela fome, pela subnutrição, pelo frio ou por uma morbidez desnecessária⁵²².

Se o sistema de regras não deve ser considerado como algo completo e autossuficiente, sem antinomias ou lacunas, é inadequado pensar um desenvolvimento judicial do Direito apenas em sua dimensão analítica ou lógica, o que reforçaria uma função declarativa da atuação judicial.

Neste sentido, os pressupostos epistemológicos da teoria da argumentação de Chaïm Perelman se voltam contra a base do formalismo jurídico positivista. Isso porque, de um lado, o Direito constitui um campo de raciocínios não formais e, de outro lado, ao contrário do que sustentava Decartes, o resultado da interpretação jurídica não se revelará como uma verdade irrefragável, de acordo com a ideia de *evidência*⁵²³.

Quando é posta a tarefa de identificação do direito de uma pessoa à proteção social pela manifestação da Seguridade Social é essencial compreender que a interpretação e a aplicação do Direito apresentam um caráter constitutivo e não apenas declaratório. Isso implica aceitar que o direito de uma pessoa à sobrevivência digna não será analisado por uma métrica inflexível ou definido por uma concepção mecânica insensível aos apelos da pessoa necessitada. Como se fora possível ao legislador prever todas as hipóteses para aplicação do Direito ou adequado reduzir o universo dos fatos às previsões gerais editadas

⁵²² Da mesma forma como se buscou, na seção anterior (nota 507), enfatizar a consequência humana da decisão judicial previdenciária como a que deve preponderantemente ser objeto de avaliação do julgador, adotando-se tal fundamento contra a argumentação do consequencialismo econômico, as afirmações articuladas nos dois últimos parágrafos antecipam contornos de essencial componente desta teoria normativa da decisão judicial previdenciária: na perspectiva da racionalidade jurídica material, as exigências de justiça do caso afastam a ideia de uma aplicação do Direito de acordo com a lógica formal. Faz-se necessário uma constituição da norma, diante do caso concreto, segundo a *ratio juris* e a equidade. Com este objetivo, os efeitos reais das decisões judiciais devem ser levados em consideração, mas apenas aqueles que se relacionam com os fundamentos axiológico-normativos do sistema jurídico da Previdência Social, destacadamente o princípio da proteção da pessoa contra o estado de necessidade. O dado da realidade que mais importa – e os dois últimos parágrafos o apontam – é a vida humana e suas possibilidades de preservação digna em face do resultado jurídico da decisão. Deve-se mirar, portanto, não apenas o conjunto de normas, mas também o caso concreto e, nele, as consequências humanas da decisão previdenciária.

⁵²³ PERELMAN, C.; OLBRECHTS-TYTECA, L. **Traité de L'Argumentation**: la nouvelle rhétorique. 5. ed. Bruxelas: Éditions de l'Université de Bruxelles, 1998. p. 4. É de se notar que a pretensão do método cartesiano era a de transpor as certezas matemáticas para todos os campos do conhecimento (PERELMAN, C. La Philosophie du Pluralisme et la Nouvelle Rhétorique. **Revue Internationale de Philosophie**, n. 127-128, 1979. p. 5-17 (p. 14-15).

pelo legislador⁵²⁴. Como se a certeza ou segurança prometida pela aplicação inflexível sustentada pelo modelo lógico-subsumtivo pudesse disfarçar as incoerências de um método descomprometido com uma pauta axiológica e, por isso, indiferente ao valor da vida humana e às consequências da denegação dos meios necessários para sua preservação no caso concreto.

Uma vez admitida a inadequação dos postulados da metodologia da subsunção, pode-se reconhecer no juiz o agente responsável pela produção de normas jurídicas que extrai de textos normativos e dos fatos atinentes à individualidade de um determinado caso. Essas normas jurídicas devem ainda ser objeto de ponderação para a solução do caso. Mas “isso não é fácil para os servos da *subsunção*”⁵²⁵.

5.2.1 A persistência do modelo subsumtivo na aplicação do Direito Previdenciário

Não bastasse a ligação histórica do Direito brasileiro à escola franco-germânica – de tradição positivista formalista, especialmente a francesa – coopera para a subsistência de traços da jurisprudência mecânica o sistema brasileiro de recrutamento de juízes, cujo critério seletivo prioriza a memorização de textos legais, doutrinários e jurisprudenciais. Da mesma forma, as exigências de eficiência na prestação jurisdicional têm o condão de constringer o magistrado a empregar metodologia redutora da problemática jurídica, de onde se percebe a persistente sedução do modelo subsumtivo tradicional.

Em matéria previdenciária tal metodologia implicaria a exigência inflexível de cumprimento de requisitos legais, uma prática formalista que viria ao encontro do discurso da não criação judicial do Direito com fundamento no postulado da necessidade de precedência de custeio⁵²⁶.

⁵²⁴ Algo aceitável para o pensamento jurídico predominante do século XVIII, testemunha da codificação. Há duzentos anos atrás, de fato, cuidava-se ter resolvido o problema da ordenação social com a instauração de um quadro normativo sistematicamente perfeito, completo e tendencialmente estável, capaz de resolver por si só qualquer problema que a vida jurídica pudesse oferecer. Uma utopia que se encontra hoje definitivamente desfeita.” (ENTERRÍA, E. G., *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Madri: Civitas, 1999. p. 103)

⁵²⁵ GRAU, E. O futuro do Direito. In: NUNES, A. J. A.; COUTINHO, J. N. M. (Coords.). **O Direito e o futuro – o futuro do Direito**. Coimbra: Almedina, 2008. p. 587-607 (p. 589).

⁵²⁶ Como foi destacado em várias passagens deste e do quarto capítulo, um dos argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal em uma das principais decisões previdenciárias do início do século XXI – caso das ações revisionais da pensão por morte, estudado capítulo 4, seção 4.4 (Isonomia de tratamento e a suposta ameaça à preservação do sistema previdenciário) –, é o de que o princípio da precedência do

É o caso, por exemplo, da solução judicial oferecida pelo Superior Tribunal de Justiça para o problema relativo ao modo como deve ser comprovada a situação de desemprego para fins de extensão do período de graça⁵²⁷. Segundo a Lei de Benefícios da Previdência Social (Lei 8.213/91), o prazo de cobertura previdenciária independentemente de contribuição por parte do segurado pode ser aumentado em doze meses “desde que comprovada essa situação pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social” (art. 15, § 2º).

Em inúmeros casos, o segurado se encontra desempregado, mas não se encontra registrado como tal junto ao Ministério do Trabalho. Deveria o juiz recusar a possibilidade de comprovação da condição de desemprego por outros meios de prova, ainda que se encontre em jogo um direito fundamental social à prestação de natureza alimentar? A resposta já foi dada como afirmativa, segundo o STJ:

a falta de anotação na CTPS de novo contrato de trabalho, por si só, não pode ser admitida como prova de desemprego para os fins do acréscimo de que trata o parágrafo 2º do artigo 15 da Lei nº 8.213/91, uma vez que a lei exige que o segurado tenha comprovado situação de desemprego pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social⁵²⁸.

O legalismo ignora a realidade da vida, emprestando destaque decisivo ao comando textual da legislação⁵²⁹.

Também do Superior Tribunal de Justiça se pode extrair outro exemplo de formalismo na aplicação do Direito Previdenciário, agora relativo ao direito de obtenção de benefício por incapacidade (auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez). Trata-se de questão ligada ao próprio conceito de incapacidade para o trabalho.

custeio, segundo o qual “nenhuma prestação da seguridade social poderá ser criada, majorada ou estendida sem a correspondente fonte de custeio total” (CF/88, art. 195, § 5º), implica a impossibilidade de o juiz conceder um benefício previdenciário fora dos casos expressamente determinados pela legislação.

⁵²⁷ Tradicionalmente se refere que a manutenção da qualidade de segurado – vínculo do trabalhador com a Previdência Social – dar-se-á enquanto este se encontrar contribuindo. O artigo 15 da Lei 8.213/91, porém, traz hipóteses extraordinárias de manutenção da qualidade de segurado, dispondo sobre o chamado *período de graça*, assim considerado o tempo em que o segurado mantém esta condição independentemente de contribuições.

⁵²⁸ REsp. 627.661/RS, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. em 26.05.2004, DJ 02.08.2004.

⁵²⁹ Antecipe-se, porém, que a atual jurisprudência do STJ se dá no sentido da possibilidade de comprovação da condição de desemprego por qualquer meio de prova, para fins de extensão do período de manutenção da qualidade de segurado sem contribuição, e não apenas mediante prova de registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho. Igualmente neste sentido a Súmula 27 da Turma Nacional de Uniformização: “A ausência de registro em órgão do Ministério do Trabalho não impede a comprovação do desemprego por outros meios admitidos em Direito”.

Tenha-se em consideração um segurado da Previdência Social que, embora portador de uma incapacidade funcionalmente parcial, encontra-se, na verdade, incapacitado para o exercício de qualquer atividade que possa lhe garantir subsistência. O laudo pericial atesta que esse trabalhador se encontra incapacitado de forma parcial e definitiva. Mas pelas suas condições pessoais, a incapacidade se torna total e definitiva. É o caso típico do trabalhador braçal, que desempenha suas atividades mediante intenso esforço físico. Uma vez que se encontre incapacitado para o exercício de atividades que demandem esforço físico acentuado, conte com idade relativamente avançada e não apresente formação social ou educacional para desempenho de função que dispense tal esforço físico, ele se encontra, na verdade, sem condições reais de autoprover-se. A baixa qualificação e a reduzida aptidão para atividades estranhas às credenciais apresentadas pelo trabalhador implicam ausência de reais condições para o desempenho de qualquer trabalho decente. Ele estaria, portanto, inapto para o exercício de qualquer atividade, e não apenas para as atividades que demandem acentuado esforço físico. Seria o caso, nessa perspectiva, de aposentadoria por invalidez (incapacidade total), e não de auxílio-doença (incapacidade parcial).

Coloca-se, então, a interrogação: é dado ao juiz reconhecer as condições pessoais do trabalhador para a atribuição do direito à aposentadoria por invalidez ou deve-se ater ao resultado (incapacidade parcial ou total) a partir de uma perspectiva médico-biológica?

Segundo a solução oferecida pelo Superior Tribunal de Justiça no AgRg no REsp. 674.036/PB, a lei não autorizaria o juiz a reconhecer as condições sociais do trabalhador, de maneira que “Estando o Autor incapacitado apenas parcialmente para o trabalho, não faz jus à aposentadoria por invalidez”. Neste sentido, “O argumento da dificuldade de obtenção de outro emprego, em face da idade avançada, baixo nível intelectual, não pode ser utilizado para a concessão do benefício, por falta de previsão legal”⁵³⁰.

A análise da incapacidade para o trabalho deve levar em conta, contudo, não apenas a limitação de saúde da pessoa, mas igualmente a limitação imposta pela sua história de vida e pelo seu universo social. O formalismo ignora isso⁵³¹.

⁵³⁰ AgRg no REsp. 674.036/PB, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, j. em 09.11.2004, DJ 13.12.2004, p. 453.

⁵³¹ Antecipe-se, igualmente em relação a este tema, que a jurisprudência do STJ já oferece sinais de alteração de sua orientação (STJ, REsp. 200701516769, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, unânime, DJ 17.09.2007). Também no sentido da possibilidade de considerar os aspectos pessoais e sociais relevantes do trabalhador, encontra-se a jurisprudência da Turma Nacional de Uniformização (PU 200583200097920, Rel. Juiz Federal Edilson Pereira Nobre Júnior, DJU 14.05.2007; TNU, PU 2007.83.00.50.5258-6, Rel. Juíza Federal Maria Divina Vitória, DJ 02.02.2009).

Embora outros exemplos pudessem ser chamados a demonstrar a franca aplicação do Direito Previdenciário a partir da lógica conceitualista do positivismo jurídico legalista ou analítico-linguístico, afigura-se de maior importância abrir outra linha de investigação, qual seja, a de que o método subsuntivo nem sempre se apresenta de modo expreso, senão igualmente mediante uma retórica discursiva que busca ocultar o que de fato hospeda: a pobreza e a fragilidade de um formalismo legalista.

5.2.1.1 Novos argumentos da velha metodologia jurídica em matéria previdenciária

É relevante examinar em que medida é oferecida à lógica formal, própria do legalismo positivista, uma sofisticada roupagem de argumentação constitucional, com a intenção de justificar uma metodologia que restringe a tarefa do juiz da segurança social à descoberta do significado do que foi estabelecido na lei e à sua mais fiel aplicação a partir de uma perspectiva analítico-linguística.

Esta análise pode ser iniciada a partir da construção elaborada pelo Supremo Tribunal Federal no RE 415.454/SC – ação revisional das pensões por morte – em torno do princípio da precedência de custeio, também chamado de equilíbrio atuarial⁵³².

O Supremo Tribunal Federal orientou que a condicionante de que nenhuma prestação da Seguridade Social pode ser criada, majorada ou estendida, sem a correspondente fonte de custeio total (CF/88, art. 195, § 5º) dirige-se não apenas ao legislador, mas também ao juiz, que não poderia, à luz desse entendimento, identificar no sistema jurídico hipóteses de concessão ou majoração de benefício sem expressa previsão legal. Recorde-se, quanto a este aspecto, a argumentação do Ministro Ricardo Lewandowski:

Com efeito, a regra do artigo 195, § 5º, da CF, que prevê a existência de uma fonte de custeio, não se dirige apenas ao legislador, mas também ao aplicador da norma previdenciária. Desconsiderá-la, a ponto de conferir a alguém um benefício não previsto expressamente em lei, é subverter o regime ao qual ele se submete, tornando inviável o próprio sistema no transcorrer do tempo⁵³³.

⁵³² O referido precedente foi objeto de análise no capítulo 4, seção 4.4 (Isonomia de tratamento e a suposta ameaça à preservação do sistema previdenciário).

⁵³³ RE 415.454/SC, p. 1.086.

O constrangimento do juiz à lei, em matéria de concessão ou revisão de benefícios previdenciários, decorreria de imperativo constitucional (o princípio da precedência do custeio).

O que realmente se percebe, contudo, é o emprego de elegante linha de argumentação de raiz constitucional que se aperfeiçoa distorcendo o conteúdo de princípios constitucionais que terminam por ser invocados para reforçar o ideal de que o Direito se resume ao que está na lei. Assim operou a Suprema Corte em relação ao princípio da precedência do custeio – ou princípio do equilíbrio atuarial – no caso em referência. Sem observar o confronto dos diversos princípios postos constitucionalmente, o STF simplifica - e aparentemente sofisticada – o que, na realidade, é algo mais complexo.

Quanta erudição constitucional se suporta para ao fim e ao cabo identificar-se, como no julgamento acima referido, a vitória da pretensão mecanicista de ver o juiz assumir a ultrapassada figura de servo e boca da lei, e de fazê-lo baixar sua testa diante da suposta onipotência de um texto legislativo.

É realmente importante verificar que muitos raciocínios práticos da jurisprudência previdenciária, embora referidos a uma meticulosa ponderação de princípios ou a uma bem posta hermenêutica constitucional, não passam, em pleno secularismo, de verdadeiros altares consagrados ao culto da lei⁵³⁴. Isso significa valer-se da nova hermenêutica constitucional para fazer permanecer o velho modelo subsuntivo.

Neste sentido, no campo do Direito da Seguridade Social, *v.g.*, também é comum a afirmação – geralmente orientada à subsunção – de que os direitos de proteção social se operam do modo escolhido pelo legislador, por força do princípio constitucional da seletividade (CF/88, art. 194, III)⁵³⁵.

Mas será mesmo que “O princípio da seletividade das prestações de seguridade social impede que a interpretação da legislação previdenciária crie benefícios e beneficiários que o legislador não selecionou nem distribuiu”?⁵³⁶ Será tão diminuto assim o significado desse princípio constitucional?

O princípio da seletividade e distributividade significa mais do que a tarefa parlamentar de identificação das contingências e das hipóteses de vulnerabilidade social

⁵³⁴ Toma-se aqui, de passagem, a expressão de Paolo Grossi. (GROSSI, P. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Florianópolis, Fundação Boiteux, 2004. p. 46)

⁵³⁵ CF/88, art. 194: “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. III – seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços.”

⁵³⁶ TRF3ª Região, AC 98030669745, Rel. Des. Marisa Santos, Nona Turma, j. em 27.10.2003, DJ 20.11.2003.

que devem ser compreendidas no campo de aplicação da Seguridade Social. Ele “consagra um critério distintivo para a escolha das prestações previdenciárias disponibilizadas”⁵³⁷, qual seja, “o atendimento distinto e prioritário dos mais carentes” para “distribuição de renda em busca da efetiva justiça social”⁵³⁸. O critério da seletividade propicia ao legislador, assim, “uma espécie de mandato específico, com o fim de estudar as maiores carências sociais”, para conferir-lhes prioridade em relação às demais⁵³⁹.

Em sendo a Seguridade Social um instrumento para erradicação da pobreza, redução de desigualdade e injustiça sociais, com vista à promoção da dignidade de cada ser humano, não deverá haver fantasma que se situe fora de seu domínio.

A ideia da seletividade, como princípio dessa seguridade social de marca universalizante, traduz mais do que a delegação ao legislador para a especificação da escolha constitucional das contingências, critérios para concessão de proteção social e identificação dos destinatários.

Excepcionada a disciplina da matéria que a Constituição reservou para si, é evidente que cabe ao legislador, em princípio, selecionar os dados da realidade, imprimindo-lhes os efeitos jurídicos que reputar social e politicamente adequados. Essa seleção realizada pelo legislador, em qualquer que seja o campo do Direito, é própria da função legislativa. Se fosse este o conteúdo do princípio da seletividade da Seguridade Social, não seria necessária sua expressão no artigo 194, III, da Constituição da República⁵⁴⁰.

A seletividade e a distributividade devem ser vistas como o reflexo do princípio da equidade na participação do custeio. É irradiação do princípio da igualdade material no domínio da cobertura social, tanto quanto a equidade – tendo mais acuidade do que a capacidade contributiva – é irradiação do princípio da igualdade material no campo do custeio da Seguridade Social.

⁵³⁷ BALTAZAR JUNIOR, J. P.; ROCHA, D. M. **Comentários à lei de benefícios da previdência social**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 39.

⁵³⁸ UGATTI, Uendel Domingues. **O princípio constitucional da contrapartida na seguridade social**. São Paulo: LTr, 2003. p. 40.

⁵³⁹ CUNHA, L. C. F. princípios de direito previdenciário na Constituição da República de 1988. In: FREITAS, V. P. (Coord.). **Direito Previdenciário: aspectos materiais, processuais e penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 15-40 (p. 35).

⁵⁴⁰ E ainda aqui cabe a referência de que parte da doutrina entende que este princípio da seletividade pode ser determinado apenas pelo legislador constituinte, tal como se opera em relação à definição dos beneficiários da prestação continuada da Assistência Social (CF/88, art. 203, V). Nessa perspectiva, não caberia ao legislador ordinário a tarefa de seleção para ações prioritárias da Seguridade Social (CORREIA, E. P. B.; CORREIA, M. O. G. **Curso de direito da seguridade social**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 101).

Assim compreendida, a seletividade aperfeiçoa a universalidade, exigindo, pela lógica da justiça distributiva, a maximização da proteção social a grupos de baixa renda, mediante a presunção de que algumas contingências sociais afetam mais decisivamente determinadas pessoas de modo a ameaçar-lhes a capacidade de manutenção.

Essas contingências não teriam impacto significativo em termos de cobertura social para outras pessoas, em relação às quais não haveria sentido falar em riscos de subsistência e, portanto, não haveria sentido falar em atuação dos mecanismos de proteção social na ótica da Seguridade Social.

O princípio da seletividade guarda a noção de focalização de política social com implicações redistributivas. Por isso a conjugação dos conceitos “seletividade” e “distributividade” trabalhada no artigo 194, III, da CF/88.

Com essas observações, pretende-se sustentar que o princípio da seletividade não deve ser contraposto ao princípio da universalidade e tampouco justificativa rasa para uma alegada inflexibilidade dos critérios de acesso às prestações de proteção social.

Antes, a seletividade destina-se a complementar a universalidade, mediante a identificação do nível de proteção social orientada não apenas às contingências sociais intrinsecamente consideradas, mas àquilo que elas podem, em relação a determinadas pessoas, de fato causar perda substancial de recursos para subsistência com dignidade.

A seletividade não consiste, portanto, na mera seleção pelo legislador das contingências sociais que devem ser objeto de juridicização. A tarefa de seleção de fatos e atribuição de efeitos normativos, mediante juízo de valor, insista-se, é própria da função legislativa. Trata-se, antes, de uma seleção para melhor distribuição, isto é, seleção para redistribuição em nome da igualdade (redução das desigualdades sociais e promoção da justiça social).

Nessas condições, as prestações seletivas (que levam em conta as receitas disponíveis do indivíduo), completam “por baixo” o exercício do direito à proteção social de base contributiva⁵⁴¹. A proteção seletiva se observa expressamente em nosso sistema de Seguridade Social em sua disciplina do benefício assistencial ao carente (CF/88, art. 203, V), do salário-família ao trabalhador de baixa renda e do auxílio-reclusão a dependente de baixa renda (CF/88, art. 201, IV)⁵⁴². Essa proteção é restrita ao grupo de pessoas

⁵⁴¹ NEVES, I. das. **Direito da segurança social**. Coimbra: Coimbra, 1996. p. 37.

⁵⁴² Em equivocada interpretação do princípio da seletividade, que deve levar em conta a necessidade da pessoa que pretende o benefício, o STF manifestou entendimento no sentido de que o benefício de auxílio-reclusão, destinado aos dependentes do segurado, deve ser concedido apenas quando o segurado recluso for considerado trabalhador de baixa renda, não se levando em consideração o grau de carência

insuficientemente protegidas pela atuação geral da Seguridade Social. Isso implica não apenas segurança social para dignidade, mas segurança social como sistema de transferências de renda.

Embora nosso sistema previdenciário contemple benefícios seletivos, a seletividade tem seu campo próprio nas ações assistenciais:

[...] o direito à assistência ou solidariedade social é definido mediante a aplicação do *princípio da seletividade*, no sentido de que a proteção social se destina a grupos específicos da sociedade ou a certas pessoas pertencentes a esses grupos, que se encontram “à margem” de um certo rendimento estipulado. Esta perspectiva implica considerável personalização das prestações ou, pelo menos, o seu ajustamento, mais ou menos elevado, à situação econômica concreta⁵⁴³.

Uma vez exposto o que se pensa sobre o princípio da seletividade, impõe-se investigar se procede a assertiva anteriormente realizada, de que tal princípio é perversamente considerado para o efeito de condicionar a atribuição de direitos de segurança social à malha fina do modelo subsuntivo.

Para ilustrar a tendência redutora na aplicação do princípio da seletividade, valemo-nos de excerto de ementa de julgado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em que ficou disposto:

Não há previsão na legislação previdenciária nem interpretação plausível que autorize o pagamento do benefício de pensão por morte ao curatelado, tão-somente em virtude dessa condição, sob pena de violação aos princípios da legalidade, **da seletividade** e da imprescindibilidade de previsão da correspondente fonte de custeio, fundamentos básicos do sistema previdenciário⁵⁴⁴. (Grifo nosso.)

de seus dependentes: “[...] Segundo decorre do art. 201, IV, da Constituição, a renda do segurado preso é que a deve ser utilizada como parâmetro para a concessão do benefício e não a de seus dependentes. II – Tal compreensão se extrai da redação dada ao referido dispositivo pela EC 20/1998, que restringiu o universo daqueles alcançados pelo auxílio-reclusão, a qual adotou o critério da seletividade para apurar a efetiva necessidade dos beneficiários [...]” (STF, RE 587365, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. em 25.03.2009, Repercussão Geral – DJe-084). Mas se o benefício se deve aos dependentes que, de súbito, veem-se desprovidos de meios de subsistência pela reclusão do segurado, é ilógico medir a sua necessidade pela remuneração mensal do segurado, remuneração esta já inexistente a partir da reclusão. Neste sentido: “Portanto, ao considerar a renda do segurado e não a renda do dependente, para fins de limitação na concessão do benefício, a Emenda Constitucional conspirou contra a própria finalidade do instituto.” (CORREIA, E. P. B.; CORREIA, M. O. G. **Curso de direito da seguridade social**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 304)

⁵⁴³ NEVES, I. das. **Direito da segurança social**, p. 281.

⁵⁴⁴ TRF 3ª Região, AC 2001.03.99.038177-01, Rel. Des. Federal Jediael Galvão, Décima Turma, j. em 27.03.2007, DJ 18.04.2007. Não se pretende examinar a (in)adequação da solução dada à causa, isto é, o não reconhecimento, no caso concreto, do direito do curatelado à pensão por morte. O que há de relevante, para os propósitos do presente trabalho, é demonstrar em que medida os princípios

Segundo se extrai do voto do relator, não seria possível “excepcionar demasiadamente a legislação previdenciária, criando uma categoria de beneficiários que a lei não indicou”, razão pela qual

Não há falar em equidade, interpretação extensiva ou teleológica para estender a dependência econômica prevista em lei a outras situações que a própria lei não abarcou, por mais justificável que possa parecer [...] sob pena de violação aos princípios da legalidade, da seletividade e da imprescindibilidade de previsão da correspondente fonte de custeio, fundamentos básicos do sistema previdenciário⁵⁴⁵.

Assim, *por um lado*, a referência ao princípio da legalidade reivindica que apenas o que é abarcado pela – e nos termos da – lei é de ser concedido ao indivíduo. Certamente que essas “leis devidas a circunstâncias passageiras ou justificadas por considerações de pura oportunidade”⁵⁴⁶, compreendidas na perspectiva reducionista do positivismo, aprisionam o raciocínio jurídico e a lógica do pensamento jurídico. E é assim que “Em nome de um formalista e teoricamente superado ideal de objetividade, a chamada ciência do direito despreza a discussão dos conteúdos históricos e contingentes do direito positivo⁵⁴⁷, de modo que “sob o neutro instrumental teórico da dogmática são contrabandeadas teses ideológicas que apesar de não ficarem explícitas acarretam obscurantistas conseqüências”⁵⁴⁸.

Por outro lado, o princípio da precedência de custeio, tal como orientado pelo Supremo Tribunal Federal no caso das revisionais da pensão por morte, seria chamado a impedir o reconhecimento judicial de direitos para além daqueles expressamente previstos na legislação, em relação aos quais se presume tenha sido previamente indicada a fonte de custeio.

Por sua vez, o princípio da seletividade, absolutamente desconectado com seu real significado, mas oferecendo nota de *elegantia juris* ao arsenal retórico da lógica formal, estaria a sugerir que somente podem ser objeto de proteção do sistema de Seguridade Social as hipóteses e sujeitos selecionados pelo legislador:

constitucionais são equivocadamente invocados para reforçar o ideal de que o direito se resume ao que está na lei.

⁵⁴⁵ TRF 3ª Região, AC 2001.03.99.038177-01, Rel. Des. Federal Jediael Galvão, Décima Turma, j. em 27.03.2007, DJ 18.04.2007, p. 3-4.

⁵⁴⁶ PERELMAN, C. **Ética e Direito**, p. 299.

⁵⁴⁷ CUNHA, R. M. C. da. **O caráter retórico do princípio da legalidade**. Porto Alegre: Síntese, 1979. p. 24.

⁵⁴⁸ Idem, p. 25.

A legislação previdenciária não prestigiou os segurados empresários com a possibilidade de perceberem o benefício de auxílio-acidente. Trata-se de decorrência da aplicação do princípio constitucional previdenciário da seletividade. Impossibilidade jurídica do pedido presente. Correta a extinção do processo sem exame do mérito⁵⁴⁹.

A consequência de se conceber a seletividade como o poder de escolha do legislador – como se tal não existisse em toda atividade legislativa – é o engessamento da atividade judicial do Direito Previdenciário, pois se a lei seleciona os sujeitos e as hipóteses de cobertura, seleciona igualmente os requisitos de acesso e os meios de sua comprovação. A jurisprudência previdenciária estaria fadada, assim, a render-se a um método formalista de conotação subjuntiva. A luva não apenas serviria de metáfora para ilustrar a subsunção enquanto perfeita adequação da norma (premissa maior) aos fatos (premissa menor), mas também para corresponder à perda do tato na prática da atividade judicial previdenciária, justamente em uma área do Direito em que a sensibilidade é fundamental.

É justamente nesta perspectiva que “O progresso do direito significa atingir o máximo de coerência: seja para proporcionar a segurança, a exatidão das sentenças, seja para a eficácia do ‘controle social’. Os lógicos vão concorrer para sua criação, e velar pelo seu funcionamento”⁵⁵⁰.

O juiz não aplicará de forma mecânica a lei, mas apenas se isso não implicar reconhecimento de direito fundamental à proteção previdenciária fora das hipóteses expressamente previstas pelo legislador. O juiz não mais é “La bouche de la loi”, desde que seu raciocínio não implique concessão de um benefício previdenciário fora dos critérios milimétricos estabelecidos textualmente pela legislação previdenciária. É, assim, amplo o espaço ao discurso racional na tarefa de aplicação do Direito Previdenciário, se dentro da moldura – tornada inflexível pela ideologia da crise – da não atribuição de direitos previdenciários fora das hipóteses taxativamente previstas em lei.

Esse raciocínio escandaliza as contemporâneas teorias do direito, pois “todas as regras têm uma penumbra de incerteza em que o juiz tem de escolher entre alternativas”⁵⁵¹. Com efeito, desde Hart se acentuava o caráter ambíguo do material jurídico (textos legais e precedentes), a plurivocidade e a vagueza dos termos linguísticos, bem como o papel criativo do juiz quando da aplicação do Direito:

⁵⁴⁹ TRF4, AC 1999.04.01.019190-9, Sexta Turma, Rel. Eliana Paggiarin Marinho, DJ 04.10.2000.

⁵⁵⁰ VILLEY, M. *Filosofia do direito*, p. 250.

⁵⁵¹ HART, H. L. A. *O conceito de direito*, p. 17.

Não restam dúvidas de que os tribunais proferem os seus julgamentos de forma a dar a impressão de que as suas decisões são a consequência necessária de regras predeterminadas cujo sentido é fixo e claro. Em casos muito simples, tal pode ser assim; mas na larga maioria dos casos que preocupam os tribunais, nem as leis, nem os precedentes em que as regras estão alegadamente contidas admitem apenas um resultado. Nos casos mais importantes há sempre uma escolha. O juiz tem de escolher entre sentidos alternativos a dar às palavras de uma lei ou entre interpretações conflitantes do que um precedente “significa”. É só a tradição de que os juízes “descobrem” o direito e não o “fazem” que esconde isto e apresenta as suas decisões como se fossem deduções feitas com toda a facilidade de regras claras preexistentes, sem intromissão da escolha do juiz⁵⁵².

Também em seu pós-escrito à segunda edição da obra **O conceito de direito**, publicado em 1993, Hart destaca a ideia de uma “retórica familiar do processo judicial” que encoraja a ideia de que não existem, num sistema jurídico desenvolvido, casos carentes de regulação jurídica:

Mas com que grau de seriedade se deve aceitar tal ideia? Há, claro, uma longa tradição europeia e uma doutrina de divisão de poderes que dramatizam a distinção entre o Legislador e o Juiz e insistem em que o Juiz deve aparecer, em qualquer caso, como sendo aquilo que é, quando o direito existente é claro, ou seja, um mero “porta voz” do direito, que ele não cria ou molda. Mas é importante distinguir a linguagem ritual utilizada pelos juízes e juristas, quando os primeiros decidem os casos nos tribunais, das suas afirmações mais reflexivas sobre o processo judicial⁵⁵³.

Sem embargo, a criação judicial do Direito não se opera na maior parte das vezes de modo ostensivo:

É verdade que, quando certas leis ou precedentes concretos se revelam indeterminados, ou quando o direito explícito é omissivo, os juízes não repudiam os seus livros de direito e desatam a legislar, sem a subsequente orientação do direito. Muito frequentemente, ao decidirem tais casos, os juízes citam qualquer princípio geral, ou qualquer objectivo ou propósito geral, que se pode considerar que determinada área relevante do direito exemplifica ou preconiza, e que aponta para determinada resposta ao caso difícil que urge solução [...]. Mas embora este último processo, seguramente o retarde, a verdade é que não elimina o momento de criação judicial de direito, uma vez que, em qualquer caso difícil, podem apresentar-se diferentes princípios que apóiam analogias concorrentes, e um juiz terá frequentemente de escolher entre eles, confiando, como um legislador consciencioso, no seu sentido sobre aquilo que é melhor, e não

⁵⁵² HART, H. L. A. **O conceito de direito**, p. 16-17.

⁵⁵³ *Idem*, p. 337.

em qualquer ordem de prioridades já estabelecida e prescrita pelo direito relativamente a ele, juiz⁵⁵⁴.

De fato, “É uma verdade muito óbvia que nem todas as normas jurídicas, nem mesmo todas as normas legisladas ‘em forma verbal escrita’, podem sempre dar uma resposta clara a cada questão prática que surja”⁵⁵⁵.

É por essas razões que a prática jurisprudencial previdenciária desmente os efeitos de uma compreensão perversa dos princípios constitucionais previdenciários invocados pela doutrina conceitualista. Como se verá adiante, não poucos são os casos em que, em maior ou menor grau, o rigor da legislação é abrandado, no caso concreto, pela lógica da razoabilidade, por razões de justiça e equidade, e pela reafirmação de princípios constitucionais intimamente ligados aos postulados fundantes do sistema de proteção social: o bem supremo da vida, a vida com a dignidade que merece um ser humano, vida digna de ser vivida; o combate à pobreza e ao que ela carrega consigo (fome, subnutrição, exclusão, perda da autoestima, doenças evitáveis); a redução das desigualdades sociais com vistas ao ideal de justiça social.

5.2.2 A realização judicial do Direito Previdenciário fora do positivismo jurídico (legalista e analítico-linguístico)

Historicamente a matéria previdenciária revela-se como singular domínio a reivindicar uma atuação judicial refratária ao agulhão formalista. Ainda que algumas decisões possam ser percebidas isoladamente como manifestação de um entendimento caritativo, pode-se dizer, não obstante, que a exigência de preservação da vida humana estimula um espírito équo de aperfeiçoamento judicial do sistema de proteção social. Tal aperfeiçoamento visa atender às realidades da vida e da sociedade, com vistas a promover antes o cumprimento do nobre desiderato previdenciário, do que o imaginário objetivo de uma regra voltada a si mesma.

Isso porque o “juiz não poderá limitar-se ao cálculo de um autômato, mas deverá recorrer a todos os recursos da argumentação, tanto em sua deliberação íntima, em sua

⁵⁵⁴ HART, H. L. A. **O conceito de direito**, p. 338.

⁵⁵⁵ MACCORMICK, N. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 83.

tomada de decisão, quanto na redação de uma sentença que comprometerá sua responsabilidade pessoal”⁵⁵⁶.

A ideia de que o Direito não pode fazer-se surdo à realidade das coisas anima o aplicador do Direito Previdenciário a buscar a lógica de um *sistema de proteção à pessoa destituída de meios de subsistência*, tendo-a sempre em consideração no momento da solução de um problema concreto – e, em princípio, ligado a uma determinada norma jurídica.

Partindo de uma premissa de que a regra não diz tudo – fundamento avesso à lógica mecanicista – é que o extinto Tribunal Federal de Recursos chegou a sumular o entendimento de que “Atendidos os demais requisitos, é devida a aposentadoria especial, se perícia judicial constata que a atividade exercida pelo segurado é perigosa, insalubre ou penosa, mesmo não inscrita em regulamento” (Súmula 198, DJ 02.12.1985).

Estava-se diante de uma legislação previdenciária que era percebida como a única fonte declarativa da natureza especial de uma determinada atividade profissional, pelo *enquadramento* de categorias profissionais que elegeu ou de agentes nocivos que taxativamente fez reunir em decretos regulamentares. O extinto Tribunal Federal de Recursos consolidou a orientação, porém, de que é devida a aposentadoria especial sempre que reconhecida, *em cada caso*, a natureza especial da atividade, “mesmo que não inscrita em regulamento”, fazendo explodir o quadrado supostamente inflexível que havia sido marcado pela legislação previdenciária, e aproximando a especial proteção às diversas situações de vida que escapavam pelos dedos da pretensamente onipotente mão legislativa.

O mesmo tribunal também alterou o critério legal para concessão de pensão por morte à dependente de segurado da Previdência Social. Enquanto estava expresso na legislação previdenciária que “Não terá direito à prestação o cônjuge desquitado, ao qual não tenha sido assegurada a percepção de alimentos...” (Lei 3.807, de 28.08.1960, art. 14), o extinto Tribunal Federal de Recursos sumulou o entendimento de que “A mulher que dispensou, no acordo de desquite, a prestação de alimentos, conserva, não obstante, o direito a pensão decorrente do óbito do marido, desde que comprovada a necessidade do benefício” (Súmula 64, DJ 17.12.1980). A lei veiculava, em princípio, uma regra clara e absoluta de inexistência de direito previdenciário. A aplicação dessa norma para todos os casos, porém, levaria a situações em que a mulher desquitada, mesmo que necessitada de recursos para subsistência, recursos que poderiam ser reivindicados junto ao ex-cônjuge a

⁵⁵⁶ PERELMAN, C. *Ética e Direito*, p. 516.

qualquer tempo, jamais poderia receber a proteção previdenciária pelo óbito deste. O tribunal dispôs, por tal razão, que a necessidade, verificada *caso a caso*, poderia justificar a concessão do benefício⁵⁵⁷.

Ainda no âmbito do extinto Tribunal Federal de Recursos nasce outra tese igualmente importante em matéria previdenciária: a perda da qualidade de segurado não é óbice à concessão da aposentadoria por idade. Com efeito, nada obstante a legislação previdenciária expressasse que a aposentadoria por velhice era apenas devida ao segurado⁵⁵⁸, o mencionado Tribunal de Recursos orientou que é “impossível negar a aposentadoria previdenciária, que decorre das contribuições, as quais não se nega tenham sido recolhidas desde muito anos”⁵⁵⁹. Na Apelação Cível 91.871/PE, foi acolhida a tese de que “esses dois requisitos [idade e carência] podem ser preenchidos, pelo segurado em épocas diferentes, não sendo necessário, portanto, que o segurado esteja trabalhando, quando completar a idade prevista para a aposentadoria por velhice”. Segundo esta linha de pensamento,

desde que o segurado tenha realizado (sessenta) 60 contribuições mensais, preencheu o 1º requisito, ficando o seu direito à aposentadoria diferido para a época em que preencher o 2º requisito, isto é, completar 65 (sessenta e cinco) anos, se do sexo masculino, ou 60 (sessenta), se do sexo feminino (TRF, Rel. Min. Carlos Madeira)⁵⁶⁰.

No seio do Superior Tribunal de Justiça, a tese foi adotada desde o Recurso Especial 13.392-0/PE, por meio de decisão emblemática. Não dando aplicação à regra segundo a qual a perda da qualidade de segurado importa em caducidade de todos os direitos a ela inerentes, foi decidido que (i) o desemprego não frustra a aposentadoria e que (ii) “negar aposentadoria ao desempregado, pelo singelo motivo de não estar empregado, é confiscar-lhe um pecúlio construído ao longo dos anos, à custa do salário”, de modo que (iii) se os pressupostos carência e idade são adimplidos, a aposentadoria incorpora-se ao patrimônio do contribuinte. A não concessão de aposentadoria implicaria um confisco,

⁵⁵⁷ Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 336: “*A mulher que renunciou aos alimentos na separação judicial tem direito à pensão previdenciária por morte do ex-marido, comprovada a necessidade econômica superveniente*”.

⁵⁵⁸ “A perda da qualidade de segurado importa na caducidade dos direitos inerentes a essa qualidade” (Lei 3.807, de 28.08.1960, art. 7º).

⁵⁵⁹ TFR, Apelação Cível 45.723/PB, Rel. Min. Américo Luz, DJ 20.06.1979.

⁵⁶⁰ *Idem*.

“tanto mais, quando atinge um operário pernambucano – um pobre integrante de categoria social onde o desemprego é a regra e a desinformação, um estigma”⁵⁶¹.

O condicionamento da outorga da aposentadoria por idade à manutenção do vínculo contributivo do segurado com a Previdência Social constituía um pressuposto de difícil aperfeiçoamento pelo interessado, pois ordinariamente o trabalhador encontra emprego formal até quando se encontra com sua plena capacidade produtiva. As chances para sua inserção ou permanência no mercado de trabalho formal diminuem sensivelmente com o avanço da idade. Como consequência dessas inegáveis forças sociais que conduziam o trabalhador idoso para a economia informal, para o subemprego ou para o desemprego, a manutenção da qualidade de segurado mediante o recolhimento de contribuições previdenciárias se revelava um desafio.

Compreendido a partir dessa realidade social, o pressuposto da manutenção da qualidade de segurado ao tempo do cumprimento do requisito etário implicaria a expulsão, do sistema protetor, do trabalhador idoso que, apesar de ter perdido a qualidade de segurado, havia trabalhado e contribuído por vários anos à Previdência Social. Estariam justamente os idosos lançados a um espaço de sombra de proteção social.

As exigências de equidade do sistema, neste caso, recomendaram a concessão do benefício independentemente da análise do caso concreto, sempre que cumpridos os requisitos de idade avançada e tempo mínimo de contribuição ao sistema previdenciário.

A premissa de direito firmada pela jurisprudência previdenciária ao arpejo de condicionante legislativa expressa, de tão elevado o grau era o apelo ético que portava, acarretou a alteração legal no sentido em que foi judicialmente realizado o Direito. A partir da edição da Medida Provisória 83/2002, convertida na Lei 10.666/03, reconheceu-se expressamente a possibilidade de concessão de aposentadoria por idade ainda que o trabalhador, à data em que completa o requisito etário, não detenha a qualidade de segurado⁵⁶².

Muito ainda de correção metodológica na realização do Direito Previdenciário mereceria consistir objeto de reflexão, como, por exemplo, as seguintes orientações pretorianas:

⁵⁶¹ STJ, 1ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 17.03.1993, DJ 26.04.1993.

⁵⁶² O Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03) reproduziu a norma contida no art. 3º, § 1º, da Lei 10.666/03, dispondo, em seu artigo 30; *verbis*: “**Art. 30.** A perda da condição de segurado não será considerada para a concessão da aposentadoria por idade, desde que a pessoa conte com, no mínimo, o tempo de contribuição correspondente ao exigido para efeito de carência na data de requerimento do benefício”.

- reconhecimento judicial das uniões homossexuais como união estável para fins previdenciários, com o efeito de reconhecer o companheiro homossexual como dependente preferencial e seu direito à pensão por morte, independentemente de expressa previsão legal⁵⁶³. Afinal, “O vácuo normativo não pode ser considerado obstáculo intransponível para o reconhecimento de uma relação jurídica emergente de fato público e notório”⁵⁶⁴.
- Flexibilização da exigência de prova material para comprovação de tempo de serviço de trabalhadores rurais boias-frias, a despeito da exigência contida no artigo 55, § 3º, da Lei 8.213/91, em razão da informalidade com que é exercida a profissão e a dificuldade de comprovar documentalmente o exercício da atividade rural nessas condições⁵⁶⁵.

⁵⁶³ “CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. ABRANGÊNCIA NACIONAL DA DECISÃO. HOMOSSEXUAIS. INSCRIÇÃO DE COMPANHEIROS COMO DEPENDENTES NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. [...] 5. O princípio da dignidade humana veicula parâmetros essenciais que devem ser necessariamente observados por todos os órgãos estatais em suas respectivas esferas de atuação, atuando como elemento estrutural dos próprios direitos fundamentais assegurados na Constituição. 6. A exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas. 7. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. 8. As noções de casamento e amor vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos e formas de manifestação e institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais. 9. A aceitação das uniões homossexuais é um fenômeno mundial – em alguns países de forma mais implícita – com o alargamento da compreensão do conceito de família dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feita de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. 10. O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas. 11. Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como possível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, deve a relação da Previdência para com os casais de mesmo sexo dar-se nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (art. 16, I, da Lei 8.213/91), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão.” (TRF4, AC 2000.71.00.009347-0, Sexta Turma, Relator João Batista Pinto Silveira, DJ 10.08.2005)

⁵⁶⁴ TRF4, AC, processo 2000.04.01.073643-8, Sexta Turma, Rel. Des. Federal Nylson Paim de Abreu, DJ 10.01.2001.

⁵⁶⁵ Neste sentido: “Está consolidado, no Superior Tribunal de Justiça, o entendimento de que, considerada a condição desigual experimentada pelo trabalhador volante ou bóia-fria nas atividades rurais, é de se adotar a solução *pro misero* para reconhecer como razoável prova material o documento novo, ainda que preexistente à propositura da ação originária” (AR 3.005/SP, Rel. Min. Paulo Gallotti, Terceira Seção, j. em 26.09.2007, DJ 25.10.2007, p. 119). “Cuidando-se de trabalhador rural que desenvolve atividade na qualidade de bóia-fria, deve o pedido ser analisado e interpretado de maneira ‘sui generis’, uma vez que a jurisprudência tem se manifestado no sentido de acolher, em tal situação, a prova exclusivamente testemunhal (art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil)” (APELREEX 200970990023521, João

- Manutenção do benefício de pensão por morte à mulher que contraía novas núpcias, ainda que a legislação previdenciária determinasse a imediata cessação do benefício com o casamento (Lei 3.807/60, art. 39, *b*), segundo entendimento do extinto Tribunal Federal de Recursos consagrado na Súmula 170: “Não se extingue a pensão previdenciária, se do novo casamento não resulta melhoria na situação econômico-financeira da viúva, de modo a tornar dispensável o benefício”.
- A determinação ao Poder Público de imediata obediência aos comandos constitucionais que foram considerados autoaplicáveis pelo STF, tais como as decisões que asseguraram, a partir da promulgação da Constituição da República de 1988: a) o piso de um salário mínimo para o benefício que substitui o rendimento do trabalhador ou seu salário-de-contribuição (CF/88, art. 201, § 5º – redação original)⁵⁶⁶; b) a gratificação natalina dos aposentados e pensionistas com base no valor de dezembro (CF/88, art. 201, § 6º – redação original)⁵⁶⁷; o valor da pensão por morte correspondente à totalidade dos vencimentos do servidor falecido (CF/88, art. 40, § 5º – redação original)⁵⁶⁸.

Batista Pinto Silveira, TRF4 – Sexta Turma, 27.10.2009). “A exigência legal de apresentação de prova material, enquanto instrumento à demonstração do implemento das condições ao gozo do benefício, deve adequar-se ao objeto da prova. Se o tempo de serviço do diarista rural, pela natureza da atividade, não é documentado, e se o legislador constitucional não o excluiu da proteção previdenciária, imperativo que se relativize a exigência, admitindo-se mínima prova documental e adotando-se a solução *pro misero*, para que a forma não se sobreponha ao direito material.” (PU 200370040001067/PR, DJU 30.06.2004)

⁵⁶⁶ Assim, a título ilustrativo: “BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO – PISO – FONTE DE CUSTEIO. O preceito inserto no par. 5. do artigo 201 da Constituição Federal, no que revela que nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo, e auto-aplicável, não estando jungido, sequer, à regra do par. 5. do artigo 195 também do Diploma Maior, que versa sobre a impossibilidade de criar-se, majorar-se ou estender-se benefício sem a correspondente fonte de custeio total”. (AI 147452 AgRg, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, j. em 13.04.1993, DJ 30.04.1993, p. 7.568 Ement., v. 1.701-03, p. 451)

⁵⁶⁷ Neste sentido: CONSTITUCIONAL – PREVIDENCIÁRIO – VALOR MÍNIMO DO BENEFÍCIO – FONTE DE CUSTEIO – CF, ART. 195, PAR. 5. – APLICABILIDADE IMEDIATA DA NORMA INSCRITA NO ART. 201, PARÁGRAFOS 5. E 6., DA CARTA POLÍTICA – PRECEDENTES – AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. – A jurisprudência de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal firmou-se, de modo unânime e uniforme, no sentido da auto-aplicabilidade das normas inscritas no art. 201, parágrafos 5. e 6., da Constituição da República. – A garantia jurídico-previdenciária outorgada pelo art. 201, parágrafos 5. e 6., da Carta Federal deriva de norma provida de eficácia plena e revestida de aplicabilidade direta, imediata e integral. Esse preceito da Lei Fundamental qualifica-se como estrutura jurídica dotada de suficiente densidade normativa, a tornar prescindível qualquer mediação legislativa concretizadora do comando nele positivado. Essa norma constitucional – por não reclamar a *interpositio legislatoris* – opera, em plenitude, no plano jurídico, todas as suas conseqüências e virtualidades eficaciais. – A exigência inscrita no art. 195, par. 5., da Carta Política traduz comando que tem, por destinatário exclusivo, o próprio legislador, no que se refere à criação, majoração ou extensão de outros benefícios ou serviços da seguridade social. A aplicabilidade do conteúdo normativo do art. 201, parágrafos 5. e 6., da Constituição, por revelar-se plena, imediata e integral, não depende, por isso mesmo, da indicação de qualquer específica fonte de custeio” (AI 154156 AgRg, Relator(a): Min. Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 03.08.1993, DJ 27.08.1993, p. 17.026, Ement., v. 1714-05,

- A equiparação do trabalhador rural boia-fria ao segurado empregado rural ou ao segurado especial, para fins de recebimento de salário-maternidade ou benefício por incapacidade, independentemente do recolhimento de contribuições à Previdência Social, embora o artigo 143 da Lei 8.213/91 apenas assegurasse a essa categoria a concessão de aposentadoria por idade⁵⁶⁹.
- A preservação da qualidade de segurado da pessoa que deixa de contribuir para a Previdência Social por período superior ao prazo legal de doze meses, em virtude de males incapacitantes, sem previsão legal⁵⁷⁰.

p. 844). Também neste sentido: Ag 147.470-0 (AgRg), Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJU, 13.08.1993; RE 151.082-1 (AgRg), Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJU 20.08.1993; Ag 149.953-3 (AgRg), Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJU 01.07.1993; Ag 152.407-4 (AgRg), Rel. Min. Néri da Silveira, Segunda Turma, DJU 10.09.1993; Ag 152.797-9 (AgRg), Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJU 03.09.1993; Ag. 152.805-3 (AgRg), Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJU 03.09.1993.

⁵⁶⁸ Neste sentido: “PENSÃO – PROVENTOS – VENCIMENTOS – VALOR. A teor do par. 5. do artigo 40 da Carta Política da República, a pensão corresponde à “totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido”. Eis o mandamento constitucional a sofrer temperamento próprio à legitimidade quantitativa da parcela. O que se contém na parte final do preceito outro sentido não possui senão o de enquadrar o valor da pensão nos limites próprios aos proventos e vencimentos, sob pena de submissão da regra asseguradora da totalidade referida ao legislador ordinário. MANDADO DE INJUNÇÃO – IMPROPRIEDADE. Se o preceito constitucional e de eficácia imediata, exsurge a carência da impetração. ACÓRDÃO – REDAÇÃO – RETARDAMENTO. A redação do acórdão faz-se à luz das notas taquigráficas. Atraso na juntada destas, após revisão pelos autores dos votos, não pode ser atribuído àquele designado para formalizá-lo. Na hipótese vertente, o julgamento encerrou-se em 10 de novembro de 1993, tendo sido feita a conclusão dos autos para redação do acórdão em 10 de julho de 1995, restando liberado o processo em 13 seguinte”. (MI 211, Relator: Min. Octávio Gallotti, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 10.11.1993, DJ 18.08.1995, p. 24.893, Ement., v. 1796-01, p. 1). Ainda neste sentido: RE 140.863, 1ª Turma, 08.02.1994, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 11.03.1994; RE 170.574/BA, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, 26.08.1994.

⁵⁶⁹ TRF4, AC 2009.70.99.002216-4, Turma Suplementar, Rel. Eduardo Tonetto Picarelli, DE 05.10.2009. PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. DECLARATÓRIA DE TEMPO DE SERVIÇO RURAL. APELO. DECISÃO MONOCRÁTICA. AGRAVO LEGAL. MATÉRIA PACIFICADA. Agravo legal tendente à reforma de decisão unipessoal. – Início de prova material corroborado e ampliado por prova depoimentos testemunhais unânimes, harmônicos e coesos. – Desnecessidade de que o princípio de prova documental se refira a todo o interstício que se pretende reconhecer. – Tempo de serviço rural trabalhado pelo autor, na condição de “boia-fria”. – Situação em que o segurado é considerado empregado competindo, ao empregador o recolhimento das contribuições previdenciárias e, ao INSS, a oportuna fiscalização e cobrança. – Entendimento jurisprudencial consolidado sobre a matéria vertida nos autos. – Agravo legal improvido. (AC 200703990313480, Juíza Anna Maria Pimentel, TRF3 – Décima Turma, 09.09.2009)

⁵⁷⁰ Como, por exemplo: “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADA. NÃO-OCORRÊNCIA EM RAZÃO DE MOLÉSTIA INCAPACITANTE DE QUE ACOMETIDA A AUTORA. REQUISITOS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO ATESTADOS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM DE MODO A PERMITIR O PERCEBIMENTO DO BENEFÍCIO. SÚMULA 7/STJ. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. 1. Para efeito de concessão de aposentadoria por invalidez, não há que se falar em perda da qualidade de segurado, tendo em vista que a interrupção no recolhimento das contribuições previdenciárias ter decorrido de circunstâncias alheias à vontade do beneficiário, qual seja, ter sido acometido de moléstia incapacitante. 2. Havendo o Tribunal local decidido pela presença de todos os requisitos necessários à concessão do benefício, com esteio nos elementos de prova contidos nos autos, modificar tal entendimento seria desafiar a Súmula 7/STJ.

- A possibilidade de comprovação da condição de desemprego por qualquer meio de prova, para fins de extensão do período de manutenção da qualidade de segurado sem contribuição, e não apenas mediante prova de registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho (Lei 8.213/91, art. 15, §2º)⁵⁷¹.

Sem embargo do relativamente extenso número de orientações jurisprudenciais que mereceriam mais detida abordagem, é necessário pausar aqui as considerações ilustrativas da superação do modelo subsuntivo pela jurisprudência previdenciária.

A pausa guarda a finalidade de levantar as seguintes ponderações: Não se deve ignorar, em nome de uma matemática legalista, os princípios que justificam a fundação de um sistema de proteção social que leva em conta, como valor primordial, a dignidade humana que se resguarda pela proteção previdenciária à vida. Por outro lado, é correto sustentar que a prática previdenciária – acertadamente – opera fora dos quadrantes legais expressamente definidos. Não se pode argumentar seriamente, portanto, que a realização do Direito da Previdência Social não se dá tradicionalmente por meio de flexibilizações ou adequações de suas normas para com a realidade da vida e da sociedade.

Diante dessas premissas, impõe-se questionar, talvez mais do que tudo: Que tipo de constrangimento sofreu a doutrina previdenciária do Supremo Tribunal Federal para que, a partir do final da década de 1990, voltasse sua atenção para os efeitos econômicos de suas decisões? De que linha argumentativa se valeu o Supremo Tribunal Federal para que, apesar da tradição evolutiva do Direito Previdenciário pela jurisprudência, expressasse com todas as letras que é ilegítima a concessão de benefício previdenciário fora do texto legal?⁵⁷² Essa influência toca ou pode tocar a jurisprudência previdenciária de modo geral?

3. Agravo regimental desprovido”. (AGA 200801541119, Min. Og Fernandes, STJ – Sexta Turma, 09.12.2008)

⁵⁷¹ Neste sentido: “PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. REQUISITOS. QUALIDADE DE SEGURADO MANTIDA. REGISTRO NO ÓRGÃO DO MINISTÉRIO DO TRABALHO. DESNECESSIDADE. RECURSO IMPROVIDO. 1. Nos termos do § 4º do art. 15 da Lei 8.213/91, ocorre a perda da qualidade de segurado “no dia seguinte ao do término do prazo fixado no Plano de Custeio da Seguridade Social para recolhimento da contribuição referente ao mês imediatamente posterior ao do final dos prazos fixados neste artigo e seus parágrafos”. 2. “A ausência de registro em órgão do Ministério do Trabalho não impede a comprovação do desemprego por outros meios admitidos em Direito” (Súmula 27/TNU). 3. Recurso especial improvido. (REsp. 922.283/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, j. em 11.12.2008, DJe 02.02.2009). “A ausência de registro em órgão do Ministério do Trabalho não impede a comprovação do desemprego por outros meios admitidos em Direito” (Súmula 27, da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais).

⁵⁷² Nada obstante, a afirmação da Suprema Corte se revela absolutamente incoerente com as diversas decisões que ela própria proferiu meses depois, as quais criaram e concederam benefícios sem previsão em lei, pela via de mandado de injunção. Esse proceder foi objeto de crítica no capítulo 4, subcapítulo 4.4 (Isonomia de tratamento e a suposta ameaça à preservação do sistema previdenciário).

A doutrina do Supremo Tribunal Federal também pode influir o raciocínio judicial empregado no processo de tomada de decisão previdenciária?

Como resposta a essas perguntas oferece-se a seguinte hipótese.

De uma ideia fundamental de equilíbrios orçamentários como resposta à crise fiscal fortemente sentida na década de 1990, experimentou-se no Brasil uma persistente política de governo que coordenou esforços para cortes de programas sociais com vistas à redução do déficit fiscal. No campo da Seguridade Social, a preocupação se volta à eficiência econômica do sistema de proteção social, seja para não sobrecarregar o deficitário orçamento fiscal, seja para aliviá-lo, mediante geração de recursos excedentes. No domínio da Previdência Social, a meta seria alcançada pela maximização das receitas (redução de direitos e elevação das contribuições), ao pretexto de se lograr o equilíbrio financeiro e atuarial. A suposta crise orçamentária da Previdência Social invadiu o pensamento jurídico, levando de roldão a jurisprudência previdenciária do Supremo Tribunal Federal, que passou a ver na preservação econômica do sistema previdenciário – e sua independência dos demais recursos orçamentários – o objetivo maior de suas decisões.

Constrangida pela suposta realidade de crise orçamentária da Seguridade Social e posta diante de problemas de elevada repercussão social e econômica, a Suprema Corte passa a oferecer soluções judiciais com vistas às suas consequências econômicas. Neste sentido, subordinou a realização de direitos previdenciários – pretensamente – ao objetivo comunitário de equilíbrio orçamentário, adotando uma racionalidade formal-instrumental conforme a ética utilitarista. Com essa suposta finalidade comunitária em consideração, o Supremo Tribunal Federal rejeita pretensões de beneficiários da Previdência Social pensando salvaguardar, com isso, o interesse comunitário de preservação dos sistemas previdenciários, bem ao estilo “a maior felicidade para o maior número”.

E se o cumprimento desse objetivo reclamar não apenas o uso do método subsuntivo para solução de problemas concretos, mas sua consagração como o único válido na aplicação do Direito Previdenciário, que assim seja. E é assim que o Supremo Tribunal Federal passa a conhecer de recurso extraordinário sob fundamento de violação ao princípio da precedência de custeio para, ao fim e ao cabo, expressar que nenhuma prestação previdenciária pode ser concedida ou aumentada judicialmente sem autorização expressa da legislação previdenciária, na qual se presume a indicação da correspondente fonte de custeio.

Que momento vivencia, então, a jurisprudência previdenciária? De um lado, persiste a influência do clássico método jurídico da subsunção. Verifica-se, ainda, a adoção

de discurso constitucional que, em última análise, faz chegar às mesmas conclusões a que chegaria a chamada jurisprudência mecânica. É inegável, de outro lado, que a ideologia da crise afeta também os magistrados, sendo razoável supor que eles, de modo geral, passem a oferecer soluções decisórias de acentuada responsabilidade econômica. Por último, a doutrina do Supremo Tribunal Federal – de *não concessão fora do texto legal* –, ela própria, influi o raciocínio judicial que se emprega no processo de tomada de decisão previdenciária, tanto pelo caráter vinculante de algumas de suas decisões, quanto porque elas podem persuadir os demais órgãos jurisdicionais a seguirem-lhe a linha de pensamento, uma vez que o desenho institucional judiciário faz chegar ao Supremo Tribunal Federal os problemas previdenciários mais importantes. Aliás, o STF, em princípio, daria a última palavra a toda discussão que envolvesse reconhecimento de direitos fora do texto, que à sua análise chegaria – com repercussão geral, inclusive – por suposta violação ao princípio da precedência do custeio (equilíbrio atuarial).

Das respostas a estas questões alcança-se o pensamento de que o raciocínio jurídico correlativo ao desenvolvimento judicial do Direito Previdenciário, manifestado nas decisões antes mencionadas – que, como exceção a confirmar a regra, mesmo após a década de 1990 não se prenderam ao formalismo ou à lógica meramente economicista – encontra-se com sua subsistência seriamente ameaçada, podendo-se falar em uma tendência à *não concessão fora do texto legal*. O prudente trabalho jurisprudencial, neste sentido, pouco pode contra a força dominante da ética utilitarista, especialmente em alegados tempos de crise, quando se tende estreitar, ainda mais, as possibilidades do desenvolvimento judicial do Direito Previdenciário.

Emerge neste contexto a necessidade de superação da ética utilitarista na realização do Direito Previdenciário, a fim de que este direito social, de estatura constitucional e de dignidade fundamental, não se transforme em mero interesse submetido ao ocaso da conveniência política e econômica.

Não é bastante superar o dogma da literalidade da lei, segundo o qual a norma se encontra no texto legislativo e pronta para ser simplesmente aplicada pelo juiz, de acordo com o esquema do tradicional normativismo⁵⁷³. É necessário firmar o direito constitucional do indivíduo à proteção previdenciária contra a pretensão utilitarista de promover, à custa daquele, os objetivos comunitários de cada época. É preciso recusar a ética de que se valeu

⁵⁷³ NEVES, A. C. *Metodologia jurídica*, p. 17.

o Supremo Tribunal Federal para atribuir ao direito fundamental previdenciário um caráter excessivamente contingente:

Isso não deve ser visto sob a contingência meramente econômica. A discussão transcende a questão meramente econômica, porque, na verdade, temos que ter em vista a paz social. A equação a ser encontrada não deve levar em consideração apenas elementos de natureza contingenciais, que acabam esfacelando a força normativa da Constituição, que só vai ser preservada onde os direitos individuais e direitos sociais são preservados, sem ceder a pressões de natureza meramente contingenciais e fáticas⁵⁷⁴.

Resgatando a visão de Paolo Grossi⁵⁷⁵, Eros Grau faz referência à tensão entre forças opostas que percorrem o Direito: uma tendente à rigidez, orientada à tutela da segurança jurídica e da liberdade individual, e a outra tendente à elasticidade, sensível à função da interpretação no desenvolvimento do Direito. Essas forças traduziriam as exigências fundamentais que se manifestam no Direito:

a da [i] certeza e liberdade individual garantidas pela lei no sistema do direito burguês e a da sua [ii] contínua adequação ao devir social, garantida pela interpretação. Aquela apenas será assegurada na medida em que o *texto* vincule o intérprete; esta demanda criatividade que pode fazê-lo ir além do *texto*⁵⁷⁶.

Mas o devir social perseguido pela criatividade eventualmente chamada a fundamentar uma decisão judicial em matéria de Previdência Social com elevada repercussão econômica – ou que pode se tornar um precedente a implicar outros tantos que, em seu conjunto, traduzem considerável impacto econômico – tende a corresponder à suposta necessidade de preservação do sistema coletivo dos direitos sociais, mediante a restrição ou negação de direitos dos indivíduos à proteção previdenciária⁵⁷⁷.

Em outras palavras, não se obtém um genuíno progresso em termos de reconhecimento dos direitos sociais de proteção se, fugindo do enredamento da subsunção, o jurista se lança ao altar da ética utilitarista, julgando-se agir na situação pós-positivista e

⁵⁷⁴ CORREIA, M. O. G. Interpretação do direito da segurança social, p. 263.

⁵⁷⁵ GROSSI, P. Assolutismo giuridico e diritto privato. Milano: Giuffrè, 1998, p. 358-359, apud GRAU, Eros. O futuro do Direito, p. 589.

⁵⁷⁶ GRAU, E. O futuro do Direito, p. 589.

⁵⁷⁷ Não é demais salientar que o problema não é apenas a injustiça da economia de recursos sociais à custa do direito fundamental. Também é grave a circunstância de que os valores que deixam de ser aplicados na proteção previdenciária – que advém do orçamento da Seguridade Social – são destináveis a qualquer outra finalidade orçamentária (pagamento de juros da dívida, inclusive). Não se economizaria - à custa do direito fundamental -, portanto, para beneficiar o fundo de reservas da Previdência Social, o qual sequer logra ter existência.

compenetrado no relevante interesse social que estaria a reclamar preservação, a saber, a eficiência econômica do sistema de proteção social.

É neste sentido que o presente estudo se aproxima das críticas de esquerda à teoria jurídica positivista-utilitarista, exemplarmente condensadas por Dworkin:

O formalismo do positivismo jurídico força os tribunais a substituir uma justiça substantiva mais densa, que solaparia políticas sociais conservadoras, por uma concepção fraca de justiça processual, que a promoveria. [...] o utilitarismo econômico é injusto nas suas conseqüências, porque perpetua a pobreza como instrumento para a eficiência, e deficiente na sua teoria da natureza humana, porque concebe os indivíduos como átomos auto-interessados da sociedade, em vez de seres inerentemente sociais, cujo sentido de comunidade é uma parte essencial do seu próprio sentido de identidade⁵⁷⁸.

Importa, assim, reafirmar uma racionalidade material no discurso jurídico previdenciário e por ela superar, a um só tempo, as pretensões do eixo conceitualista-utilitarista na realização judicial do Direito da Previdência Social.

Essa é a proposta do último capítulo do presente estudo.

⁵⁷⁸ DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*, p. XIII.

CAPÍTULO 6

O ARGUMENTO CONSEQUENCIALISTA COMO MOMENTO INTEGRANTE DA JUSTA SOLUÇÃO PARA O CASO A PARTIR DOS FUNDAMENTOS NORMATIVOS PREVIDENCIÁRIOS

Uma teoria normativa da decisão judicial previdenciária deve oferecer critérios válidos de orientação ao processo de tomada de decisão judicial. Pelo emprego de seu esquema metódico não se alcançarão, contudo, conclusões concretas apodícticas e excludentes. Sua pretensão não é a de elaborar uma fórmula pela qual se possa indicar a correta solução aos mais diversos problemas previdenciários. Antes, a presente construção passa, ela própria, pela ideia de que a solução jurídica adequada se realiza apenas diante do caso e das consequências exteriores que a decisão judicial lhe empresta.

A presente teoria propõe superação da ética utilitarista na realização judicial do Direito da Previdência Social. Essa reflexão parece igualmente nortear Castanheira Neves quando expressa:

O esquema metódico até aqui esboçado postula uma racionalidade normativa de fundamentação e não uma racionalidade político-social de índole consequencial: o concreto juízo decisório deverá encontrar a sua validade nos fundamentos normativo-jurídicos que convoque e assimile, não a sua justificação nos efeitos político-sociais que se proponha ou realize⁵⁷⁹.

Mas se recusa a submissão da racionalidade metodológico-jurídica a um programa instrumental, a presente proposta não se satisfaz, por outro lado, com a adoção de uma racionalidade formal absolutamente alheia ao caso concreto, no que também é acompanhada pela doutrina de Castanheira Neves. Com efeito, o professor lusitano rejeita o modelo formal de lógica dedução normativa como alternativa à perspectiva finalístico-consequencial, uma vez que tal modelo não significaria mais do que “a definição sistemático-estrutural e metódica do pensamento jurídico segundo o esquema lógico-subsumtivo da determinação do direito”, revelando-se, ademais, alheia a uma “intencionalidade normativo-material e de justeza problemático-concreta”⁵⁸⁰.

⁵⁷⁹ NEVES, A. C. *Metodologia jurídica*, p. 196.

⁵⁸⁰ *Idem*, p. 196-197.

Trata-se da reafirmação da racionalidade material no discurso jurídico previdenciário como meio de superação do eixo conceitualista-utilitarista na realização judicial do Direito da Previdência Social.

Trata-se, ainda, de assumir que o Direito é uma *validade* normativa (com possível mediação normativa e dogmática) que se realiza no problema concreto, de modo que o pensamento jurídico se aperfeiçoa como pensamento judicativo-decisório.

Nessa linha de pensamento, o objeto principal de reflexão é o problema oferecido pelo caso, enquanto os princípios axiológico-normativos guardam a primazia na fundamentação da solução. Trata-se, pois, de uma posição “que compreende o direito como validade (*axiológica-normativa*) de realização problemática e em que o pensamento jurídico é chamado a resolver *problemas* práticos numa atitude *prático-jurisprudencial*”⁵⁸¹.

A decisão judicial previdenciária deve manifestar-se em um discurso argumentativo, próprio ao domínio da racionalidade prática de índole material – *racionalidade prática axiológica (Wertrationalität)* –, perspectiva que se amoldaria à concepção metodológica jurisprudencialista, na classificação de Castanheira Neves.

É indispensável que se cumpra, por meio da realização do Direito, os postulados materiais que justificam ou exigem a organização de um sistema de proteção previdenciária.

A reafirmação da racionalidade material no discurso jurídico previdenciário pressupõe dois pensamentos fundamentais e reciprocamente complementares.

De uma parte, emerge a ideia de que o Direito é realizado no – e de acordo com o – caso, de modo a fazer alcançar a justiça para o problema concreto (a justeza das normas – materialmente compreendidas – ao caso concreto). De outra parte, sustenta-se que é também fundamental para a realização judicial do Direito que se considerem os resultados reais ou externos da decisão, mas somente aqueles que confirmem o autêntico sentido dos valores que justificam e alicerçam o sistema jurídico de proteção previdenciária. O pensamento consequencialista complementa o primeiro na medida em que a ideia de justiça para o caso não prescinde dos efeitos reais sentidos pelas pessoas por força da

⁵⁸¹ NEVES, A. C. **Metodologia jurídica**, p. 71. É perfeitamente cabível a observação: “Decerto que as perspectivas teórico-normativas, o jusnaturalismo e o positivismo jurídico, na ‘verdade’ que se propunham não deixavam de ver a expressão de uma validade (uma validade onto-axiológica ou antropológico-axiológica no jusnaturalismo, e a validade de uma legalidade, no positivismo jurídico), simplesmente, enquanto a visavam como *objecto*, não só apagavam nessa intencionalidade teórica o seu verdadeiro sentido normativo como, e já por isso, não compreendiam que uma validade normativa enquanto tal convoca sua histórica realização concreta e que esta não é cumprida apenas pela força do enunciado e determinação gerais da sua normatividade, antes exige sempre uma mediação judicativa na solução dos problemas que a solicitam” (*idem*).

decisão judicial. Por outro lado, o argumento pelos efeitos é, nestes termos, vinculado à axiologia normativa de que parte o processo de decisão para o caso concreto.

O presente capítulo se destina essencialmente a justificar os pensamentos acima expostos e, para o que mais de perto interessa ao núcleo da tese, investigar o fundamento axiológico específico do sistema de proteção previdenciária que serve como legítimo critério ao consequencialismo previdenciário.

6.1 A REALIZAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO COMO CONSTITUIÇÃO EQUITATIVA DA NORMA PARA O PROBLEMA CONCRETO

Já foi articulado anteriormente sobre a necessidade de se entender a aplicação judicial do Direito como um momento constitutivo, daí poder falar-se mesmo em realização concreta do Direito, mediante a atividade judicativo-decisório em face de um problema concreto. Na perspectiva de uma racionalidade material, exigem-se soluções normativas específicas para o caso submetido a julgamento.

A noção fundamental é a de que “a realização concreta do direito não se confunde com a mera aplicação de normas pressupostas, embora possa ter nessas normas os seus imediatos critérios”⁵⁸².

Parte-se, assim, da premissa da existência de uma verdadeira criação judicial do Direito, ainda que no quadro do Direito vigente:

Criação cujo reconhecimento é hoje um lugar comum e sem a qual não seria pensável o também universalmente reconhecido direito jurisprudencial (“direito judicial”, *Richterrecht*), enquanto elemento integrante do sistema de direito vigente e mesmo do próprio positivo *corpus iuris*⁵⁸³.

A infinitude de casos e problemas jurídicos transtorna, afinal, a pretensão insensível e universalista do modelo normativista:

É uma verdade muito óbvia que nem todas as normas jurídicas, nem mesmo todas as normas legisladas “em forma verbal escrita”, podem sempre dar uma resposta clara a cada questão prática que surja. Quase qualquer norma pode se provar ambígua ou obscura em relação a algum contexto questionado ou questionável de litígio. Como as normas são formuladas em linguagem, elas apresentam (como H. L. A. Hart

⁵⁸² NEVES, A. C. **Metodologia jurídica**, p. 17.

⁵⁸³ *Idem*.

salientou) uma trama aberta e são vagas pelo menos no que diz respeito a certos contextos⁵⁸⁴.

Reconhecendo que a compreensão plena do Direito “transcende a análise exclusivamente da norma”, pensa-se o fenômeno jurídico como “instância da realidade” que não pode ser reduzida “às categorias e modelos rígidos da lógica formal”⁵⁸⁵.

Por isso é necessário superar a ideia de “aplicação lógico-dedutiva segundo um esquema silogístico-subsuntivo” que iludia o real problema da aplicação do Direito:

Iludia o problema, porquanto, sem considerar a sua específica problematicidade jurídico-concreta, o que verdadeiramente fazia era converter um postulado político (“só a lei pode criar direito”, “a decisão judicial não deve criar direito, mas deve limitar-se a aplicá-lo”) num prescrito esquema metódico (“a aplicação do direito é lógico-subsuntiva ou actua um modelo de dedutividade próprio do estritamente lógico”), ocultando assim o *problema jurídico* desta concreta aplicação sob um seu pretendido (e aproblemático) modelo lógico⁵⁸⁶.

A aplicação do Direito da Previdência Social que não leva em conta a dimensão real do problema concreto que reivindica solução culmina por prender o sistema previdenciário em uma lógica formal e insensível às diversas particularidades do caso. A subsunção, ademais, custa a própria efetividade do sistema previdenciário, mina a sua razão de ser, coloca em risco a vida desprovida de recursos para subsistência.

Para além disso, a aplicação do Direito apenas em termos formais se revela metodologicamente insustentável,

porque, em primeiro lugar, a *analítica* dessa postulada aplicação tão-só lógica revelava que ela era afinal e realmente determinada por ponderações normativas e intenções práticas – ponderações e intenções essas exigidas não apenas para vencer a distância normativa entre o abstracto da norma e o concreto do caso decidendo [...], mas sobretudo pelo próprio e particular mérito jurídico do caso (pelas suas particulares questões jurídico-normativas)⁵⁸⁷.

Se o pensamento jurídico era considerado *ciência* em sua tarefa de conhecimento dogmático das normas abstratas, também deveria ser reconhecida a *jurisprudência* na

⁵⁸⁴ MACCORMICK, N. *Argumentação jurídica e teoria do direito*, p. 83.

⁵⁸⁵ GRAU, E. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 36.

⁵⁸⁶ NEVES, A. C. *Metodologia jurídica*, p. 28.

⁵⁸⁷ Idem, p. 29.

decisão concreta. Além disso, “o momento jurisprudencial mostrava-se, como tal, normativamente constitutivo nesse seu decidir concreto”⁵⁸⁸.

O juiz cria a norma, portanto, realizando o Direito por meio da decisão oferecida ao caso concreto. Na perspectiva da realização judicial do Direito Previdenciário, torna-se insustentável o pensamento de que uma norma constitucional destinada a prover o necessário arranjo financeiro para as ações legislativas de criação, majoração ou extensão de prestações da Seguridade Social (CF/88, art. 195, § 5º) implicaria o retorno do método jurídico formal em toda a sua expressão, como reconheceu o Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 415.454.

O Direito judicialmente afirmado na decisão concreta não pode ser, portanto, “a mera e repetitiva reprodução do direito abstracto aplicando, e sim uma reconstitutiva concretização, integração e desenvolvimento prático-normativos desse direito abstracto segundo as exigências do específico problema jurídico do caso decidendo”⁵⁸⁹.

É assim que, “Atuando sobre o caso específico, a interpretação *in concreto* (aplicação), tem uma função revitalizadora do direito”⁵⁹⁰.

Em seu mais importante trabalho, *Verdade e Método*, publicado no ano de 1960 e traduzido para a língua portuguesa em 1997, Hans-Georg Gadamer desenvolve uma teoria geral da compreensão e da interpretação modelada na experiência da arte, sustentando essencialmente que a verdade nas ciências do espírito se revela mesmo sem a utilização do método⁵⁹¹. Mais especificamente, a verdade das ciências do espírito não é empiricamente demonstrável pelo método próprio das ciências naturais – indução e neutralidade axiológica do sujeito⁵⁹².

Nessa mesma obra, Gadamer reconhece expressamente que o engenho de sua hermenêutica filosófica guarda como momento crucial a tese de que a compreensão não pode ser vista de forma dissociada da aplicação. Isso constitui o problema fundamental da hermenêutica e, no que concerne ao presente trabalho, um componente essencial da tese aqui proposta: a realização do Direito somente pode-se dar na mediação entre a pretensão

⁵⁸⁸ NEVES, A. C. **Metodologia jurídica**, p. 29.

⁵⁸⁹ *Idem*.

⁵⁹⁰ CORREIA, M. O. G. *Interpretação do direito da segurança social*, p. 250.

⁵⁹¹ A partir da justificação da verdade da arte, Gadamer busca um conceito de conhecimento e de verdade que corresponda ao todo de nossa experiência hermenêutica, especialmente no conjunto das ciências do espírito, onde “estamos às voltas com verdades que suplantam fundamentalmente o âmbito do conhecimento metodológico” (GADAMER, H. G. **Verdade e Método I**, p. 31).

⁵⁹² No centro da hermenêutica filosófica gadameriana, está a proposição de que o que se denomina método na ciência moderna “só se caracteriza como exemplar nas ciências da natureza”, pois “não existe nenhum método próprio para as ciências do espírito” (GADAMER, H. G. **Verdade e Método I**, p. 62).

da norma e a realidade do caso concreto, não sendo adequada a compreensão da norma sem esta mediação.

Justifica-se, assim, exame da incursão gadameriana sobre o problema hermenêutico da aplicação e suas conexões com a ética aristotélica, de modo a deitar as raízes da parte propositiva deste trabalho, quanto à adequada realização judicial do Direito Previdenciário, nos pertinentes apontamentos da filosofia hermenêutica quanto à aplicação do texto interpretando em um caso concreto.

6.1.1 O problema hermenêutico da aplicação

De acordo com a filosofia hermenêutica gadameriana, compreender é corrigir o Direito, complementando-o mediante sua aplicação a uma situação concreta, aplicação esta orientada pelo paradigma do saber ético aristotélico.

Para Gadamer, o núcleo do problema hermenêutico é que a tradição como tal deve ser compreendida cada vez de modo diferente, pelo que compreender passa a ser um caso especial da aplicação de algo geral a uma situação concreta e particular.

Dedicando-se ao conceito da aplicação, que é retomado da hermenêutica tradicional com um sentido novo porque essencialmente ligado ao conceito ontológico da compreensão, Gadamer diz que a aplicação não pode significar uma operação subsidiária, complementar ou ocasional à compreensão hermenêutica, mas uma parte integrante da própria compreensão. Mais do que isso, a aplicação determina o fenômeno da compreensão “desde o princípio e no seu todo”⁵⁹³.

O acontecer da compreensão apresenta em sua estrutura, assim, não apenas a interpretação⁵⁹⁴, mas também a aplicação⁵⁹⁵. Aliás, como se reivindica para a hermenêutica um caráter eminentemente prático, a noção da aplicação como um momento integrante da estrutura da compreensão consubstancia um de seus mais fundamentais conceitos: “a

⁵⁹³ GADAMER, H. G. **Verdade e Método I**, p. 426.

⁵⁹⁴ “[...] compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão.” (GADAMER, H. G. **Verdade e Método I**, p. 406)

⁵⁹⁵ “[...] na compreensão sempre ocorre algo como uma aplicação do texto a ser compreendido à situação atual do intérprete.” (GADAMER, H. G. **Verdade e Método I**, p. 407)

aplicação é um momento tão essencial e integrante do processo hermenêutico como a compreensão e a interpretação”⁵⁹⁶.

A compreensão adequada de um texto, como a lei, somente pode ser feita de acordo com as pretensões que esse texto apresenta, e ele deve ser compreendido a cada situação concreta de uma maneira nova e distinta, pois “compreender é sempre aplicar”. Esse processo (que se dá com referência a uma situação concreta) tem como pressuposição estar dentro de um “acontecer da tradição”⁵⁹⁷. A própria compreensão se mostra como um acontecer da tradição. É por tal razão que a tarefa da hermenêutica, do ponto de vista filosófico, “consiste em perguntar pelo tipo de compreensão e de ciência é esta que é movida em si mesma pela própria mudança histórica”⁵⁹⁸.

Se a hermenêutica tradicional – que constitui o processo metodológico do positivismo jurídico legalista e analítico-linguístico – está longe de enfrentar essa resposta, mesmo porque distingue os momentos da interpretação cognitiva normativa daquela reprodutiva, separando a aplicação do momento do conhecimento, Gadamer vê como necessário que se volte a determinar a hermenêutica das ciências do espírito a partir da – adequada – hermenêutica jurídica e teológica para, a partir de seu padrão, verificar o modo de ser da compreensão daquelas.

6.1.2 A descrição aristotélica do fenômeno ético como modelo dos problemas hermenêuticos

Gadamer explica a aplicação como momento integrante da hermenêutica a partir da ética de Aristóteles. Uma vez que a ética, tanto quanto a hermenêutica, envolve o problema

⁵⁹⁶ GADAMER, H. G. **Verdade e Método I**, p. 407.

⁵⁹⁷ O significado do termo *tradição* (*Überlieferung* ou *Tradition*) não é livre de problematização. Tal afirmação é ilustrada pelo estudo de Alberto Antonio Santiago (“Tradição: um caminho na contramão da história?: Contribuições para o esclarecimento do conceito de tradição na obra *Wahrheit und Methode* de Hans-Georg Gadamer”), dissertação de mestrado apresentada junto ao Programa de pós-graduação da PUC/SP no ano de 2009. Mas é possível navegar no discurso gadameriano entendendo a tradição como uma herança que envolve todo fenômeno da compreensão. Significa, neste sentido, critérios históricos relativos a uma determinada cultura que jazem acima de nós vindo do passado. Daí falar-se, por exemplo, em tradição cristã, tradição histórica, tradição ocidental, tradição utilitarista etc. O texto, objeto de compreensão, insere-se dentro de uma determinada tradição, tanto quanto o intérprete na sua.

⁵⁹⁸ GADAMER, H. G. **Verdade e Método I**, p. 408.

de um conhecimento aplicado, a análise aristotélica servirá como uma espécie de modelo dos problemas inerentes à tarefa hermenêutica⁵⁹⁹.

Aristóteles operou delimitação entre saber ético da *phronesis* e saber teórico da *episteme*, esta tendo como paradigma o saber inalterável da matemática. De outro lado, como o que é bom para o homem se dá cada vez na “concreção da situação prática em que ele se encontra, então o saber ético deve chegar a discernir de certo modo o que é que a situação concreta exige dele, ou, dito de outro modo, aquele que atua deve ver a situação concreta à luz do que se exige dele em geral”⁶⁰⁰. As ciências do espírito, em oposição à ciência teórica, fazem parte estritamente do saber ético, pois são “ciências morais”: “Seu objeto é o homem e o que este sabe de si mesmo”. E o verdadeiro problema do saber ético de que trata Aristóteles em sua ética é “o direcionamento que o saber imprime ao fazer”⁶⁰¹.

Essa conjuntura de aplicação do saber ético à prática, “que expressa a própria essência da reflexão ética”, empresta relevância moral ao problema do método, “pois também o problema hermenêutico se aparta evidentemente de um saber puro, separado do ser”⁶⁰².

O saber prévio pretende guiar um agir, contendo em si a aplicação do saber em cada tarefa concreta. Se isso é exemplar para o que os gregos chamam *techne* (a habilidade que tem o artesão que sabe produzir certas coisas), com dificuldade era aplicado por Sócrates e Platão para o ser humano, exercendo uma função eminentemente crítica na política, pela inconstância do que se costuma chamar a arte da política. Mas o próprio conhecimento do artesão não era o verdadeiro saber que constituía o homem e o cidadão como tais⁶⁰³.

Pode-se relacionar, assim, a análise aristotélica do saber ético com o problema hermenêutico das modernas ciências do espírito. Aristóteles reconhece que o que se adquire de antemão na *techne* é um verdadeiro domínio da coisa, e é isso que, de certo modo, se exige também do saber ético. Mas embora a consciência moral exija que a atuação seja previamente guiada, esse saber prévio como experiência não é suficiente para uma decisão eticamente correta⁶⁰⁴.

⁵⁹⁹ Afinal, o intérprete não buscaria compreender o que diz a tradição e o que constitui o sentido e o significado do texto, mas aplicá-la a si mesmo, o que pressupõe conhecimento acerca da situação hermenêutica concreta na qual se encontra (GADAMER, H. G. **Verdade e Método I**, p. 426).

⁶⁰⁰ GADAMER, H. G. **Verdade e Método I**, p. 412.

⁶⁰¹ Idem, p. 414.

⁶⁰² Idem.

⁶⁰³ Idem, p. 415.

⁶⁰⁴ Idem, p. 417.

Na visão de Gadamer, Aristóteles busca delimitar o saber ético frente ao saber teórico e mesmo frente ao saber técnico. Com este objetivo, formula essa diferença chamando o saber ético de um “saber-se” (*Sich-Wissen*), isto é, um saber para si (*Für-sich-Wissen*), destacando três momentos principais:

1. Uma técnica se aprende e pode também ser esquecida, ao passo que o saber ético não pode ser aprendido e nem esquecido. Na medida em que nos encontramos sempre na situação de quem precisa atuar eticamente e assim já devemos possuir sempre o saber ético, daí a importância do problema da aplicação: somente se pode aplicar o que se possui previamente, mas sem referência a uma determinada situação que a justiça exige, não é possível determinar o que é justo. É no caso concreto que poderá ser medida ou especificada a justiça, o que se pode visualizar na análise aristotélica da *epieikeia* (equidade). O que para a *techne* seria uma falha da regra geral ou um modelo diferente do previsto de antemão, para o saber ético uma eventual alteração na aplicação não é uma “imperfeição dolorosa”, mas aperfeiçoamento para o caso concreto: “Aristóteles mostra que toda lei é geral e não pode conter em si a realidade prática em toda a sua concreção, na medida em que se encontra numa tensão necessária com relação ao concreto da ação”⁶⁰⁵.

Para Gadamer, fica claro que a hermenêutica jurídica encontra na aplicação seu verdadeiro lugar, pois a lei é sempre deficiente, não em si mesma, mas porque, frente ao ordenamento a que se destinam as leis, a realidade humana é sempre deficiente e não permite a sua simples aplicação⁶⁰⁶.

Em face da inevitável deficiência de toda lei vigente, para Aristóteles – e Gadamer – a ideia do direito natural é totalmente imprescindível e se torna particularmente atual onde se trata da ponderação da equidade, a única que, atuando na generalidade da lei, realmente encontra o que é justo. Segundo Gadamer, o que Aristóteles demonstra aqui “vale para todos os conceitos que o homem tem com respeito ao que ele deve ser, e não somente para o problema do direito”⁶⁰⁷.

2. O saber ético abrange de modo especial os fins e os meios e com isso se distingue também do saber técnico. Com efeito, como somente se sabe como agir diante do caso concreto, modifica-se fundamentalmente a relação conceitual entre meios e fins, pela qual também se pode distinguir o saber técnico do saber ético. Isso porque quando há uma *techne*, é necessário aprender para se saber eleger os meios idôneos. O saber ético, ao

⁶⁰⁵ GADAMER, H. G. *Verdade e Método I*, p. 419.

⁶⁰⁶ Idem.

⁶⁰⁷ Idem, p. 421.

contrário, requer sempre uma deliberação interior, um “buscar conselho consigo mesmo sobre aquilo que lhe confere validade enquanto saber”⁶⁰⁸. O próprio fim adequado não é mero objeto de um saber, pois não há uma determinação prévia daquilo que se orienta a vida no seu todo (não há um uso dogmático da ética, como tampouco um uso dogmático do direito natural):

Antes, a doutrina das virtudes de Aristóteles apresenta formas típicas de justo meio, que convém adotar no ser e no comportamento humano, mas o saber ético que se guia por essas imagens diretrizes é o mesmo saber que deve responder à exigência da situação a cada momento⁶⁰⁹.

E, acrescentando profundidade ao saber ético, completa Gadamer:

Também não existem meras considerações sobre a idoneidade dos meios que sirvam para alcançar os fins éticos, já que a ponderação dos meios é, ela mesma, uma ponderação ética, e só através dela se concretiza, por sua vez, a correção ética do fim adequado⁶¹⁰.

O único saber que pode completar o saber moral é, portanto, um saber do que é em cada caso (*Jeweiligen*)⁶¹¹.

3. No saber ético há uma relação para consigo mesmo muito característica. A capacidade de julgamento ético (*synesis* – compreensão com a qual seguimos o outro que nos conta de si) pressupõe um deslocar-se para “a plena concreção da situação em que o outro deve atuar”. Da mesma forma, “O homem que compreende não sabe nem julga a partir de um simples estar postado frente ao outro sem ser afetado, mas a partir de uma pertença específica que o une com o outro, de modo que é afetado com ele e pensa com ele”⁶¹². Esse pertencimento a uma situação do outro também diferencia o saber ético do saber em geral e, em certo sentido, do saber técnico, ao implicar uma “concreção no instante”⁶¹³.

Nessa perspectiva, a diferença em relação ao saber técnico ficaria ainda mais clara em outros tipos de reflexão ética, como na tolerância e no discernimento, nos quais se verificaria a disposição de se reconhecer o direito particular do outro e, em consequência, a propensão a ser indulgente e perdoar.

⁶⁰⁸ GADAMER, H. G. *Verdade e Método I*, p. 422.

⁶⁰⁹ *Idem*, p. 423.

⁶¹⁰ *Idem*.

⁶¹¹ *Idem*.

⁶¹² *Idem*, p. 424.

⁶¹³ *Idem*, p. 425.

6.1.3 A hermenêutica jurídica como autêntico procedimento das ciências do espírito

Seria a dinâmica da *phronesis* aristotélica pressuposto também para a compreensão do fenômeno jurídico? Nossa intuição diria que sim, dado que o Direito deve guardar, necessariamente, uma dimensão ética que se reporte aos valores que lhe são fundamentais.

Porém, mais do que isso, a hipótese gadameriana é no sentido de que a hermenêutica jurídica é caso exemplar do procedimento hermenêutico das ciências do espírito.

Dedicando-se à análise da divergência entre a hermenêutica jurídica e a hermenêutica histórica, a partir de casos em que uma e outra se ocupam do mesmo objeto, – os casos em que textos jurídicos devem ser interpretados juridicamente ou compreendidos historicamente –, Gadamer investiga o comportamento do historiador jurídico e do jurista com respeito a um mesmo texto jurídico dado e vigente.

Em parte valendo-se de Emilio Betti, Gadamer procura encontrar os elementos que permitem distinguir as tarefas de um e de outro, bem como os pontos comuns a ambos. Sua primeira constatação é a de que o jurista parte para a interpretação do texto atraído pela necessidade de satisfação de um caso concreto, ao passo que o historiador do direito buscará no sentido da norma um fenômeno histórico mais geral que deverá expressar, ele próprio, um sentido. Para o jurista, o conteúdo normativo deve ser determinado em relação ao caso em que deve ser aplicado e para a determinação *com exatidão* desse conteúdo ele não pode prescindir de um conhecimento histórico do sentido originário. De outro lado, embora o historiador do direito aparentemente tenha em mente apenas o sentido originário da lei, seu valor e intenção no momento em que foi promulgada, o fato é que, para Gadamer, “só existe conhecimento histórico quando em cada caso o passado é entendido na sua continuidade com o presente, e isto é o que realiza o jurista na sua tarefa prático-normativa”⁶¹⁴. A situação hermenêutica seria a mesma para ambos, especialmente nesse exemplo de compreensão de uma lei ainda em vigor.

Mas o trabalho do dogmático poderá assemelhar-se ao contexto da hermenêutica histórica em outras condições, por exemplo, quando o historiador se volta a analisar culturas jurídicas do passado? Para Gadamer, a hermenêutica jurídica está “em condições de recordar em si mesma o autêntico procedimento das ciências do espírito”, pois nela se

⁶¹⁴ GADAMER, H. G. *Verdade e Método I*, p. 430.

verifica “o modelo de relação entre passado e presente [quando o juiz adapta a lei transmitida às necessidades do presente] que estávamos procurando”⁶¹⁵.

Na mediação jurídica a interpretação da lei jamais será uma tradução arbitrária. Ao contrário, compreender e interpretar significam conhecer e reconhecer um sentido vigente, intermediando-se a “ideia jurídica” da lei com o presente (que é a própria sua história). De qualquer modo, o exemplo serve para esclarecer o que é que determina nossa relação com qualquer tradição. Se o verdadeiro objeto da compreensão histórica não são os eventos, mas seu significado, “esta compreensão não estará descrita corretamente, se se fala de um objeto existente em si e do modo como é abordado pelo sujeito”. Em toda compreensão histórica está implícito “que a tradição que nos alcança dirige sua palavra ao presente e deve ser compreendida nessa mediação” ou melhor “como mediação”⁶¹⁶.

Assim, pontifica Gadamer, “o caso da hermenêutica jurídica não é portanto um caso excepcional, mas está em condições de devolver à hermenêutica histórica todo o alcance de seus problemas, restabelecendo assim a velha unidade do problema hermenêutico, na qual o jurista e o teólogo se encontram com o filólogo”⁶¹⁷.

A pertença à tradição é uma das condições para a compreensão nas ciências do espírito, o que inclui a hermenêutica jurídica. Gadamer se apraz em lembrar, neste sentido, que a tradição não é uma condição restritiva da compreensão, mas, antes, uma das condições que a tornam possível. Para tanto, no mundo jurídico, a única pertença à lei que se exige é que a ordem jurídica seja reconhecida como válida para todos, sem exceção.

A tarefa de interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, ou seja, uma tarefa de aplicação (complementação produtiva do Direito) reservada ao juiz. A ideia de uma ordem jurídica implica que a decisão judicial não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma justa ponderação do conjunto, não se sustentando a ideia de uma dogmática jurídica perfeita, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença como um simples ato de subsunção⁶¹⁸.

Essa tarefa de concretizar um universal e de aplicá-lo a si mesmo parece ter nas ciências históricas do espírito uma função muito diferente. Porém, tal como o juiz procura encontrar a justiça e o sentido da norma se dá apenas quando de sua aplicação, a exigência

⁶¹⁵ GADAMER, H. G. *Verdade e Método I*, p. 430.

⁶¹⁶ *Idem*, p. 431.

⁶¹⁷ *Idem*.

⁶¹⁸ *Idem*, p. 433.

hermenêutica imposta ao historiador é a de compreender o significado de um texto a partir da situação concreta na qual foi produzido⁶¹⁹.

Há, pois, uma necessária tarefa de mediar “o outrora e o hoje, o tu e o eu”, que é o que Gadamer pretende dizer com *aplicação* e que também a hermenêutica jurídica reconhece como tarefa sua⁶²⁰.

Quanto à tarefa do historiador em relação a um texto transmitido no passado, para Gadamer é fundamental a percepção de que o objeto do historiador não é, na verdade, um dado texto que se põe à compreensão (este seria o trabalho do filólogo). O texto deve ser compreendido como um documento “cujo sentido real deve ser procurado além de seu sentido literal, por exemplo, comparando-o com outros dados que permitam avaliar o valor histórico de uma tradição”⁶²¹. Para o historiador, “é uma suposição fundamental que a tradição deva ser interpretada num sentido diferente do que os textos exigem por si mesmos”, de maneira que para além dos textos ou por detrás deles, juntamente com outros materiais históricos (restos históricos), seja compreendido seu significado histórico⁶²². Uma vez que o sentido de um texto não se deixa compreender imediatamente, é necessário interpretá-lo. Quando o historiador não se contenta com as manifestações da vida, quando não confia no que o fenômeno representa imediatamente, ele interpreta os dados da tradição para chegar ao verdadeiro sentido que, a um só tempo, se manifesta e se oculta nesse acontecer da tradição.

Por outro lado, o historiador se comporta com os textos (testemunhos dos fatos históricos) como o juiz com as testemunhas (que o levarão aos fatos). Os testemunhos não são seu verdadeiro objeto, mas “mero material para a verdadeira tarefa: no caso do juiz, encontrar o direito; no caso do historiador, determinar o significado histórico de um acontecimento no conjunto de sua autoconsciência histórica”⁶²³.

O que se busca expressar com o saber ético com vistas à aplicação do Direito remonta, de fato, à antiga e ainda candente lição de Aristóteles:

[...] a lei é sempre uma declaração geral; no entanto, existem casos que não podem ser abrangidos numa declaração geral. Por isso, em questões das quais seja necessário falar em termos gerais, mas não seja possível fazê-lo de forma correta, a lei leva em consideração a maioria dos casos,

⁶¹⁹ GADAMER, H. G. *Verdade e Método I*, Idem, p. 439.

⁶²⁰ Idem, p. 437.

⁶²¹ Idem, p. 441.

⁶²² Idem.

⁶²³ Idem, p. 444.

embora tenha consciência do erro que isso implica. [...] Assim sendo, quando a lei formula uma regra geral e depois disso surge um caso que é exceção à regra, é correto, ali onde o pronunciamento do legislador é imperfeito e errôneo por causa de seu poder absoluto, retificar o defeito, decidindo como o próprio legislador decidiria se estivesse presente na ocasião [...]. Essa é a natureza essencial do equitativo: é uma retificação da lei onde esta é imperfeita por causa de sua generalidade⁶²⁴.

A unidade do conjunto da tradição é o verdadeiro objeto hermenêutico do historiador – como a unidade jurídica é o objeto do jurista. Para o historiador, cada texto se junta com outras fontes e testemunhos formando a tradição. Tanto quanto o juiz, o historiador deve compreender essa unidade mediante a tarefa de aplicação, pois o que interessa àquele é o conjunto da tradição histórica que ele deve mediar com o presente de sua própria vida⁶²⁵.

Por essas razões é que Gadamer chega a invocar o modelo exemplar da hermenêutica jurídica para toda prática hermenêutica: “Quando se sabe autorizado a realizar a complementação do direito, dentro da função judicial e frente ao sentido original de um texto, o que faz o jurista é exatamente aquilo que ocorre em qualquer tipo de compreensão”⁶²⁶.

E, de fato, as prescrições jurídicas não são interpretadas na realização do Direito senão através de uma **dialética** “entre a sua intencionalidade normativa e a realidade problemático-decidenda (os casos concretos decidendos) que inteiramente lhes recusa o “platonismo de regras”, segundo o qual

as prescrições jurídicas são, por um lado, entidades auto-significantes ou contêm como um “em si” a sua significação e, por outro lado, pré-determinam a sua própria aplicação, no sentido de que a sua significação é critério único e decisivo da sua aplicação ou de que conhecer a significação é condição suficiente para essa aplicação⁶²⁷.

Nessa dialética – entre intencionalidade normativa e realidade do caso concreto – é que “se traduz verdadeiramente a interpretação como momento daquela realização e em que

⁶²⁴ ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco, parte V. In: MORRIS, C. (Org.). **Grandes filósofos do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 16. É a partir da linha aristotélica de compreensão da equidade, anote-se, que Perelman questiona: “Mas que fazer se o próprio poder legislativo legisla de modo iníquo, se um Estado soberano se porta de modo criminoso? Seria razoável, nesse caso, continuar, apesar de tudo, a sustentar a doutrina do positivismo jurídico segundo a qual ‘a lei é a lei’, seja qual for seu conteúdo? (PERELMAN, C. **Ética e Direito**, p. 436).

⁶²⁵ GADAMER, H. G. **Verdade e Método I**, p. 446.

⁶²⁶ Idem.

⁶²⁷ NEVES, A. C. **O Actual problema metodológico da interpretação jurídica – I**, p. 185.

as prescrições vêm afinal constituída a sua significação e o seu sentido juridicamente decisivos”⁶²⁸.

Como fenômeno ético, o Direito terá sua compreensão determinada apenas diante do caso concreto, quando de sua final constituição.

Por essa razão se faz necessário superar o método jurídico que percebe o Direito apenas como forma, decorrente que é de um pensamento jurídico de índole simplesmente cognitivo-analítico e lógico-dedutivo, que ignora, por isso, a realidade da vida. Mais do que isso, é preciso reafirmar a criação ou realização do Direito pelo trabalho judicial que decide um problema concreto, de maneira a deixar bem claro que a tradição evolutiva da jurisprudência previdenciária segue o caminho próprio do Direito, não assim a recente doutrina do Supremo Tribunal Federal.

6.2 CONSEQUENCIALISMO JUDICIAL PREVIDENCIÁRIO: PRESSUPOSTOS DE SUA LEGITIMIDADE

Dada a índole eminentemente prática da hermenêutica, considera-se que a aplicação da norma ao caso concreto é parte integrante do fenômeno da compreensão e, portanto, da própria constituição do Direito.

Não é de muita valia, porém, atenuar-se o rigor do método analítico-gramatical se é instrumental a racionalidade que orienta o processo de tomada de decisão judicial previdenciária.

De fato, a superação da lógica formal pela lógica informal da argumentação não assegura a correção do resultado da adjudicação judicial exceto se respeitada, em sua essência, a lógica argumentativa e, por conseguinte, a necessidade de uma fundamentação racional do raciocínio jurídico, de acordo com os valores e normas que alicerçam um determinado sistema jurídico.

Ao reduzir o problema do caso concreto ao falso embate entre o direito fundamental do indivíduo e a necessidade coletiva de preservação do equilíbrio orçamentário, o órgão jurisdicional chamado a decidir culmina por emprestar preponderância às aspirações que supostamente correspondem ao interesse coletivo, maximizando a utilidade social ainda que mediante o sacrifício dos direitos dos indivíduos

⁶²⁸ NEVES, A. C. **O Actual problema metodológico da interpretação jurídica – I**, p. 185.

ou grupos ligados à questão previdenciária que chama solução⁶²⁹. As decisões do Supremo Tribunal Federal que foram examinadas no capítulo 4 deste trabalho ilustram muito bem isso.

Esse problema reclama a superação da ética utilitarista na realização judicial do Direito Previdenciário.

Se o saber ético depende do caso para alcançar uma constituição equitativa da norma para o problema concreto, impõe-se indagar se a solução segundo as exigências do específico problema jurídico deve, afinal, levar em consideração as consequências que ela geraria. Em outras palavras, a solução judicial depende apenas das circunstâncias particulares do problema jurídico oferecido pelo caso decidendo ou também dos efeitos práticos que ela propicia? Ou ainda, os efeitos da decisão podem ser considerados como uma dimensão do caso concreto a reclamar a devida consideração?

Pretende-se examinar, portanto, se é adequadamente realizada a atividade judicativo-decisória sem que se considerem seus efeitos sobre a vida das partes e o universo social ou se deve haver um espaço próprio para decisões judiciais previdenciárias consequentialistas. Neste último caso, que consequências deveriam importar à luz de uma racionalidade jurídica não apenas formal, mas substantiva – e ligada a uma pauta axiológico-normativa?

6.2.1 A realização judicial do Direito Previdenciário aberta às consequências da decisão concreta

É momento de dirigir atenção ao elemento argumentativo concernente à escolha das consequências das decisões judiciais.

⁶²⁹ Mas a atribuição de uma determinada prestação previdenciária não deve ser vista como um dilema decorrente do conflito de interesses entre a presente necessidade de segurança social de um indivíduo, de um lado, e o interesse dos demais filiados (eventuais futuros beneficiários) na permanência, no sistema, dos valores por todos recolhidos, de outro lado. A análise concreta do direito à Previdência Social não deve corresponder, da mesma forma, a uma ponderação dos supostos interesses em conflito: a necessidade de segurança social de um indivíduo e a conveniência de desenvolvimento de uma determinada política econômico-previdenciária. Isso porque, de um lado, a política previdenciária tem sua razão de ser na proteção do indivíduo. De outro lado, como será adiante objeto de consideração, são inegáveis os efeitos positivos de natureza estabilizadora da Previdência Social na atividade econômica, seja como componente estabilizador da produção das empresas, seja como fator de estabilização das relações de trabalho (NEVES, I. das. **Crise e reforma da segurança social**, 1998, p. 59).

Se o que mobiliza o presente estudo é o ânimo de oferecer alternativa teórico-metodológica ao consequencialismo utilitarista – de índole marcadamente econômica – na realização judicial do Direito Previdenciário, antecipar-se-ia um primeiro pensamento no sentido de que a reação a tal modelo metodológico deveria constituir um retorno à ética deontológica, absolutamente ligada ao fundamento jurídico-normativo e sem qualquer consideração aos resultados ou efeitos das decisões judiciais. Mesmo porque quando se lançaram as críticas ao consequencialismo econômico-utilitarista na realização judicial do Direito Previdenciário (5.1.1) parecia nada restar à defesa da argumentação jurídica consequencialista.

De fato, há uma forte suposição de que a alternativa entre formalismo e consequencialismo não é resolvida senão por uma disjunção excludente⁶³⁰. Mas a recusa de submissão da racionalidade metodológico-jurídica a um programa instrumental não significa aceitar a redução dessa racionalidade ao modelo que define o pensamento jurídico segundo o esquema lógico-subsuntivo da determinação do Direito⁶³¹.

O que demonstra a justiça da decisão para o caso é a proporção dos termos em que solucionado o problema jurídico em relação aos resultados finais provocados pela realização do Direito na espécie. Trata-se de avaliar a justiça da ponderação entre os critérios da norma abstrata (*intencionalidade normativa*) e as exigências do caso concreto que reclama a adjudicação judicial (*realidade problemático-decidenda*)⁶³². Não haveria realmente uma constituição equitativa da norma para o problema concreto se não fossem avaliadas as consequências futuras da decisão, que consubstanciam, afinal, seu verdadeiro significado sobre a vida dos indivíduos e da comunidade.

De acordo com a conhecida dicotomia elaborada por Max Weber entre a “ética da convicção” (*Gesinnungsethik*), de caráter deontológico, e a “ética da responsabilidade” (*Verantwortungsethik*), de índole teleológica⁶³³, parte-se aqui da concepção de que é também fundamental para a realização judicial do Direito da Previdência Social que se tome em conta o resultado da decisão.

⁶³⁰ MACCORMICK, N. On legal decisions and their consequences. *New York University Law Review*, v. 58, May 1983, n. 2, p. 239-258 (242).

⁶³¹ NEVES, A. C. *Metodologia jurídica*, p. 196.

⁶³² É de se lembrar que a adjudicação judicial deve ser considerada como a decisão judicial final que aplica o Direito (a última aplicação judicial do Direito), concluindo o caso em qualquer nível de hierarquia dos órgãos jurisdicionais.

⁶³³ WEBER, M. A política como vocação. In: _____. *Ciência e Política: Duas Vocações*. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1993. p. 113.

Fala-se aqui, portanto, de uma perspectiva – vinculada aos valores e ao sistema normativo – que se orienta pela ética da responsabilidade, no sentido de que o juiz é responsável pelas previsíveis consequências de suas decisões. As consequências reais das decisões judiciais não devem ser imputadas à dureza da lei, às contingências econômicas, “ao mundo, à tolice dos homens ou à vontade de Deus, que assim criou os homens”. Ao contrário, o agente deve entender “que não pode lançar a ombros alheios às consequências previsíveis de sua própria ação”⁶³⁴. Afinal, “Quem não se preocupa com o resultado de suas ações é simplesmente insano”⁶³⁵.

Na obra em que expõe as teses fundamentais de sua teoria da argumentação jurídica, *Legal reasoning and legal theory*, publicada em 1978, Neil MacCormick desenvolve interessante linha de investigação sobre a adoção de elementos consequencialistas nos argumentos jurídicos oferecidos pela jurisprudência anglo-saxônica, concluindo, pelos casos que examina, que não apenas é comum o emprego desse tipo de argumento, mas que os juízes reconhecem que de fato devem levar essas questões em consideração⁶³⁶.

No âmbito da teoria do direito, todos parecem estar seguros de que *alguma espécie* de consequencialismo tem *alguma parte* na argumentação, mas é muito menos claro saber *que espécie e que parte*⁶³⁷. Seguem-se as perguntas de MacCormick: Existe alguma sorte de consequência particularmente relevante para as decisões judiciais? Por quais padrões de avaliação as consequências devem ser sopesadas e julgadas melhores ou piores, aceitáveis

⁶³⁴ WEBER, M. A política como vocação, p. 113-114.

⁶³⁵ VITA, A. de. O lugar dos direitos na moralidade política, p. 34.

⁶³⁶ MACCORMICK, N. **Argumentação jurídica e teoria do direito**, p. 195-206. Diversas são as críticas lançadas à teoria da argumentação jurídica de MacCormick. Uma boa sistematização delas pode ser encontrada na obra “As razões do Direito”, de Manuel Atienza (ATIENZA, M. **As razões do Direito: Teorias da argumentação jurídica**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003. p. 139-155). Ressalva-se, desde logo, que não se trata de assumir o conjunto de proposições dessa teoria jurídica, senão aquelas que, nos termos aqui empregados, fundamentam a adoção de argumentos consequencialistas, como se verá adiante.

⁶³⁷ John Dewey, um dos mais importantes filósofos americanos da primeira metade do século XX, sustentou de modo original que o pensamento judicial segue uma “lógica de procura e descoberta”, de índole instrumental, de acordo com a qual as regras jurídicas e princípios são ‘hipóteses de trabalho, precisando ser constantemente testadas em conformidade com o seu desempenho na aplicação a situações concretas’. Essa lógica jurídica instrumental ‘é uma lógica *relativa a conseqüências preferencialmente a antecedentes*, uma lógica de predição de probabilidades preferencialmente a uma de dedução de certezas’. (DEWEY, J. *Logical Method and Law*. Cornell Law Quartely., n. 1º, 1924, p. 17, apud GOLDING, M. **Filosofia e teoria do direito**. Tradução de Ari Marcelo Solon. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010. p. 144. Ao lado dessa lógica de pesquisa e descoberta, existiria a “lógica da exposição”, de índole formal, “que está em jogo quando juízes declaram aos outros as razões justificantes das conclusões a que eles podem ter chagado (*sic*) de outra maneira. Fundamentos são oferecidos de maneira que a decisão não apareça como uma sentença arbitrária, e para que possa indicar uma regra a ser usada em casos similares no futuro” (GOLDING, M. **Filosofia e teoria do direito**, p. 144).

ou inaceitáveis?⁶³⁸ Em outras palavras, “que ‘responsabilidade’ deve o julgador-decidente especificamente assumir, que ‘conseqüências’ deverá ele concretamente considerar?”⁶³⁹

Partindo da distinção hartiana entre “*clear cases*” e “*hard cases*”, MacCormick reconhece que nos primeiros o juiz comumente se reporta a regras de direito que não são ambíguas, valendo-se de uma *justificação dedutiva de primeira ordem* que pode ser uma suficiente justificação⁶⁴⁰.

Mas nos casos difíceis as regras jurídicas exigem interpretação e justificação de ordem mais elevada. Em casos tais, a justificação dedutiva é possível apenas após a solução do problema interpretativo, sendo necessária, portanto, uma *justificação de segunda ordem* que mostra que a interpretação é necessária. A *justificação de segunda ordem* compreende dois elementos argumentativos: o primeiro pretende servir à decisão indicando que a regra interpretada de uma dada maneira apresenta conseqüências aceitáveis (argumentação consequencialista); o segundo pretende servir à decisão demonstrando que a regra interpretada de um modo tal está em concordância com o sistema jurídico existente (argumentação pela coerência ou coesão)⁶⁴¹.

Na medida em que as decisões jurídicas tratam do *mundo real*, fazendo-o no contexto de todo o corpo do sistema de direito normativo, elas “devem fazer sentido no mundo e devem também fazer sentido no contexto do sistema jurídico”⁶⁴².

A justificação de segunda ordem envolve, pois, a verificação de possíveis deliberações ou alternativas reciprocamente opostas, por meio da comparação de uma com a outra, rejeitando-se aquelas que não satisfazem às exigências de fazer sentido no mundo e fazer sentido no contexto do sistema normativo.

⁶³⁸ MACCORMICK, N. On legal decisions and their consequences, p. 241.

⁶³⁹ NEVES, A. C. **Metodologia jurídica**, p. 203.

⁶⁴⁰ MACCORMICK, N. **Argumentação jurídica e teoria do direito**, p. 24. Contudo, como observa o mesmo autor: “Não se pode dizer se o caso com que nos deparamos é fácil ou difícil enquanto não tivermos refletido sobre os princípios, bem como sobre a norma ou normas aplicáveis à primeira vista” (MACCORMICK, N. **Argumentação jurídica e teoria do direito**, p. 302).

⁶⁴¹ MACCORMICK, N. **Argumentação jurídica e teoria do direito**, p. 137.

⁶⁴² Idem, p. 131. Em importante texto onde sustenta a fundamentalidade do direito à Previdência Social, Marcus Orione expressa essencialmente essa conhecida ideia de MacCormick: “A teoria do direito constitucional, já se reconhece, tem um pouco de ciência da realidade e outra tanto de ciência normativa. Não se pode, no entanto, deixar que os elementos de ciência da realidade tomem conta por completo da interpretação constitucional, sob pena de o aspecto normativo ser relegado a segundo plano. Da mesma forma, para que a Constituição tenha força normativa não basta uma interpretação meramente literal. Na realidade, já dizia *Konrad Hesse*, a força normativa da Constituição decorre da confluência dos dois fatores (realidade/norma) que a informam”. (CORREIA, M. O. G.; CORREIA, E. P. B. (Coord.). **Direito Previdenciário e Constituição**, São Paulo: LTr, 2004. p. 25-43 (p. 38)

O primeiro elemento essencial da justificação da segunda ordem é a argumentação de natureza consequencialista. Ela surge do exame dos efeitos das alternativas decisórias e mesmo até o ponto de “examinar os tipos de decisão que teriam de ser tomados em outros casos hipotéticos que poderiam ocorrer e que se enquadrariam nos termos da deliberação”⁶⁴³. Também ela apresenta um “caráter intrinsecamente avaliatório”, pois indaga “sobre a aceitabilidade ou inaceitabilidade dessas conseqüências”, demonstrando-se, justamente por essa razão, ao menos em parte, subjetiva⁶⁴⁴.

O segundo elemento fundamental da justificação da segunda ordem é o que diz com a exigência da deliberação fazer sentido no sistema jurídico enquanto corpo *coeso* e *coerente* de normas “cuja observância garante certos objetivos valorizados que podem todos ser buscados em conjunto de modo integral”⁶⁴⁵.

Pela exigência de coesão, por mais desejável que seja uma deliberação a partir de fundamentos consequencialistas “ela não pode ser adotada se estiver em contradição com alguma norma válida e de caráter obrigatório do sistema”⁶⁴⁶. A rejeição da deliberação seria imposta, em tais condições, em razão de “seu conflito insolúvel com (a contradição de) normas válidas e estabelecidas”⁶⁴⁷.

Já a coerência requer a consonância da deliberação com um princípio racional que possa explicar ou justificar o tratamento sugerido. A escolha entre os modelos ou padrões possíveis deve oferecer solução coerente com o sistema jurídico, traduzindo “valores inteligíveis e mutuamente compatíveis”. A nova deliberação deve, pois, encontrar-se coerente com o sistema jurídico, chamando suas diversas normas, em face dos casos concretos, como manifestação dos princípios mais gerais: “a exigência de coerência é atendida apenas até onde deliberações novas oferecidas possam ser inseridas no âmbito do corpo existente do princípio jurídico geral”⁶⁴⁸.

⁶⁴³ MACCORMICK, N. **Argumentação jurídica e teoria do direito**, p. 133.

⁶⁴⁴ Idem, p. 133-134. A marca subjetiva da análise consequencialista reside na circunstância de que “Os juízes, ao avaliar as conseqüências de possíveis deliberações opostas, podem atribuir pesos diferentes a critérios diferentes de avaliação; podem divergir quanto ao grau de injustiça percebida ou do inconveniente previsto que resultará da adoção ou rejeição de uma determinada deliberação”. Esse juízo subjetivo leva à relevância dos “fundamentos das preferências de valor que moldam nosso raciocínio mas que não são demonstráveis por ele” (MACCORMICK, N. **Argumentação jurídica e teoria do direito**, p. 134).

⁶⁴⁵ Idem, p. 135.

⁶⁴⁶ Ressalve-se o que MacCormick denomina “estratagemas para a conciliação” (entre as conseqüências e o sistema), isto é, a possibilidade de se interpretar uma lei ostensivamente conflitante de modo a evitar essa contradição.

⁶⁴⁷ MACCORMICK, N. **Argumentação jurídica e teoria do direito**, p. 138.

⁶⁴⁸ Idem, p. 136.

Na medida em que o teste da coerência envolve reflexões sobre os valores do sistema e uma vez que a argumentação consequencialista é intrinsecamente avaliatória, as duas argumentações interagem e se sobrepõem. Em outras palavras, “existe um inter-relacionamento necessário entre os argumentos consequencialistas e o tipo de argumento ditado exigência de ‘coerência’”⁶⁴⁹.

O juízo quanto à aceitabilidade das consequências deve-se operar, portanto, em consonância com os valores ou princípios fundamentais do sistema jurídico, não havendo nenhuma razão para que a avaliação das consequências se dê “em termos de uma única escala, como, por exemplo, a escala benthamita de agregados supostamente mensuráveis de prazeres e dores”⁶⁵⁰.

Tal pensamento se alinha à ideia aqui sustentada de que a realização do Direito deve-se dar a partir de uma racionalidade preponderantemente comprometida com os fundamentos axiológico-normativos de um determinado sistema jurídico. Isso significa, de um lado, recusar a adjudicação judicial formalista, apurada por meio de um raciocínio de lógica formal correspondente a uma racionalidade fechada a valores. De outro lado, o emprego da racionalidade material resiste à instrumentalização do Direito para a realização de objetivos sociais, políticos e econômicos convenientes em determinado momento histórico, o que é próprio do utilitarismo social. Isso porque a racionalidade instrumental, orientando ações segundo metas ou objetivos comunitários – ainda que abarcados expressa ou implicitamente pelo Direito vigente – também é fechada a valores.

Livre da perspectiva formal, a realização judicial do Direito é orientada pelos resultados que reafirmam o conjunto axiológico-normativo de um determinado direito vigente. Deve-se buscar, portanto, segundo a ética da responsabilidade, as consequências externas da decisão que reforcem os princípios que alicerçam o sistema jurídico. Especificamente em relação à problemática previdenciária, cumpre investigar, na solução

⁶⁴⁹ MACCORMICK, N. **Argumentação jurídica e teoria do direito**, p. 142.

⁶⁵⁰ Idem, p. 134. Segundo Manuel Atienza, em trabalho publicado no ano de 1989 (MACCORMICK, N.; BANKOWSKI, Z. *Principles of statutory interpretation*. In: SUMMERS, R. S.; MACCORMICK, N.; BELL, J. **Legal reasoning and statutory interpretation**; Rotterdam lectures in jurisprudence; 1986-1988. Jan van Dunné, Gouda Quint Bu Arnhem, 1989), Maccormick parece ter desenvolvido e modificado um pouco a sua concepção da interpretação: “Na sua opinião há três níveis de interpretação: o nível semântico ou lingüístico, o nível contextual e o nível valorativo e consequencialista. Os argumentos lingüísticos têm prioridade no processo interpretativo, mas precisam ser complementados com argumentos que estabeleçam o contexto da interpretação, seja na dimensão diacrônica (argumentos genéticos ou históricos) seja no aspecto sincrônico (argumentos sistemáticos em geral). A escolha final entre interpretações rivais ocorre de acordo com argumentos consequencialistas” (ATIENZA, M. **As razões do Direito**: Teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003. p. 151).

judicial do caso concreto, as consequências que respeitam ou prestigiam o conjunto de (normas-valores-princípios) que fundamentam ou justificam a existência de um sistema de proteção previdenciária.

É importante, a esta altura, firmar-se a distinção teórico-política entre os padrões normativos que não se confundem com as regras (princípio e política) para, também a partir da “tese dos direitos” de Dworkin, encontrar na associação entre argumentos de princípio e argumentos consequencialistas um passo fundamental à proposição do presente trabalho. Diz Dworkin:

Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade⁶⁵¹.

Quanto aos fundamentos essenciais da justificação política, “os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo”, ao passo que “Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo”⁶⁵².

A concessão de um subsídio para a indústria automobilística ao argumento de que irá acelerar o crescimento econômico seria, assim, um exemplo de argumento de política; O argumento em favor das leis de acessibilidade das pessoas com deficiência a espaços públicos, segundo o qual eles têm direito à igualdade de acesso, é um argumento de princípio.

Nos chamados casos difíceis, quando a tarefa judicial não pode limitar-se à aplicação dos termos de uma regra de validade inquestionável, aparentemente a decisão

⁶⁵¹ DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**, p. 36. Ou, como em outra passagem aponta Dworkin: “Os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos” (DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**, p. 141).

⁶⁵² DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**, p. 129. Ou, em outra versão: “Os argumentos de princípio tentam justificar uma decisão política que beneficia alguma pessoa ou algum grupo mostrando que eles têm direito ao benefício. Os argumentos de política tentam justificar uma decisão mostrando que, apesar do fato de que os beneficiados não têm direito ao benefício, sua concessão favorecerá um objetivo coletivo da comunidade política” (DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**, p. 452).

pode ser gerada tanto por argumentos de princípios, como por argumentos de política (*policy*)⁶⁵³. Segundo a “tese dos direitos”, em sua feição normativa, os juízes devem usar argumentos de princípio e evitar argumentos de política⁶⁵⁴. Mais do que isso, as decisões judiciais seriam caracteristicamente geradas por princípios, não por políticas⁶⁵⁵.

Embora realmente haja espaço para uma atuação judicial fundada em argumentos de política – o capítulo 4 foi dedicado todo ele à análise de um atuar jurídico instrumental – a repartição das funções democráticas prestar-se-ia como obstáculo a essa postulação: os juízes não são eleitos e, por não deterem conexões políticas de responsabilidade com os cidadãos ou grupos de interesses, não devem criar o Direito politicamente, estabelecendo, em seus gabinetes, “compromisso entre objetivos e finalidades individuais em busca do bem-estar da comunidade como um todo”⁶⁵⁶.

Igualmente não seria apropriada ao Direito a imposição de um novo dever, criado depois de determinado fato, apenas para melhorar a eficiência econômica global⁶⁵⁷. Da mesma forma, não se deve aceitar o não reconhecimento de um determinado direito – em tese, existente no sistema jurídico – ponderando sua existência em face dos interesses de uma determinada política econômica, como o desenvolvimento e fortalecimento de uma economia capitalista.

De outra parte, o argumento de política não se submete de modo significativo à “consistência articulada”, assim entendida a coerência necessária entre os fundamentos adotados por uma determinada decisão política e hipotéticas decisões futuras, de modo que estas sejam compreendidas como uma sustentação da mesma política. De seu lado, um argumento de princípio pode oferecer uma justificação para uma decisão particular

⁶⁵³ DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**, p. 131.

⁶⁵⁴ Idem, p. 452.

⁶⁵⁵ DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**, p. 131. Seria mais apropriado referir que as decisões judiciais devem ser geradas por princípios, limitando a tese à sua índole normativa. Uma coisa é o que os juízes deveriam fazer e outra, distinta, aquilo que realmente fazem. Embora Dworkin levante os argumentos de princípios como aqueles que são chamados pelos juízes na solução dos casos difíceis, mais real soaria referir apenas que os juízes “deveriam” lançar argumentos de princípios, e não de políticas. Assim também se dá quando Dworkin sustenta não estarem os juízes “submetidos a lobistas, grupos de pressão ou a cobranças do eleitorado” (DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**, p. 133). Isso porque já não é mais possível esconder a influência da opinião pública sobre a atuação judicial, especialmente naquelas decisões de maior repercussão social ou econômica. De outra parte, as principais decisões do Supremo Tribunal Federal – cujos componentes, lembre-se, são escolhidos pelo Presidente da República – não são isentas de sofrer diversos mecanismos de pressão. É o que se extrai do capítulo 4 deste trabalho, acrescente-se. É importante notar que se encontra neste sentido também a crítica de Kent Greenawalt à tese dos direitos (Policity, Rights and Judicial Decision, **Georgia Law Review**, 11, 1.033-1.035, 1977), que encontrou resposta de Dworkin no Apêndice à obra *Levando os direitos a sério*. (DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**, p. 451-457).

⁶⁵⁶ DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**, p. 133.

⁶⁵⁷ Idem, p. 151.

“somente se for possível mostrar que o princípio citado é compatível com decisões anteriores que não foram refeitas, e com decisões que a instituição está preparada para tomar em circunstâncias hipotéticas”⁶⁵⁸.

As decisões, assim, “parecem certas isoladamente”, mas “não podem fazer parte de uma teoria abrangente dos princípios e das políticas gerais que seja compatível com outras decisões igualmente consideradas certas”⁶⁵⁹.

O modelo decisório inspirado na ética utilitarista (argumento de política) não satisfaz a exigência de realização do Direito como solução de um problema concreto de acordo com uma validade normativa vinculante. O decisivo, para a realização do Direito, são os fundamentos normativos em sua ligação com o caso concreto, e não os efeitos empíricos ou o impacto de determinado direito sobre as metas coletivas.

Na medida em que “Os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual” e “os argumentos de política são destinados a estabelecer um objetivo coletivo”⁶⁶⁰, a colonização dos primeiros pelos últimos, tal como se opera na visão utilitarista, implica a subordinação ou instrumentalização dos direitos aos objetivos.

Se o que está em jogo é o direito de um indivíduo ou grupo à Previdência Social – e não a conveniência de reafirmação de um determinado objetivo comunitário ou de uma dada política econômica –, deve-se orientar o raciocínio judicial – e a argumentação jurídica que lhe corresponde – segundo os princípios que fundamentam ou justificam a existência de um sistema essencial de proteção social. De fato, “a interpretação no sistema de segurança social é uma interpretação essencialmente de princípios e [...] os princípios revelam os conceitos constitucionais dentro de um patamar de unidade político-constitucional”⁶⁶¹.

⁶⁵⁸ DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**, p. 138. Isso não significa a ideia de universalização em abstrato da decisão concreta, isto é, um juízo universalizante que não leva em consideração as particularidades de cada caso. Não é demais deixar aqui registrado que a recente doutrina previdenciária do Supremo Tribunal Federal oferece um caso exemplar de não observância de “consistência articulada”. Efetivamente. No julgamento das ações revisionais de pensão por morte, encerrado em 08.02.2007, a Suprema Corte decidiu ser indevida a concessão ou revisão de benefício previdenciário sem expressa previsão legal e sem a correspondente fonte de custeio total (RE 415.454). Pouco mais de seis meses depois, em 30.08.2007, em sede de mandado de injunção, concedeu aposentadoria especial a servidor público sem previsão legal e – evidentemente sem expressa previsão legal da fonte de custeio – sem que nenhum dos componentes da Suprema Corte realizasse ligeira menção ao princípio do equilíbrio financeiro e atuarial (MI 721).

⁶⁵⁹ DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**, p. 137.

⁶⁶⁰ *Idem*, p. 141.

⁶⁶¹ CORREIA, M. O. G. *Interpretação do direito da segurança social*, p. 268.

É importante reconhecer – com Dworkin e MacCormick – que a argumentação com princípios não significa necessariamente uma justificação não consequencialista. Antes, nada impede que considerações consequencialistas sejam feitas a partir de um argumento de princípio⁶⁶². O que é decisivo é saber se, de acordo com o sistema normativo lido a partir de seus princípios e igualmente do cálculo das consequências da decisão, o direito existe. Se justifico a existência de um direito por razões de justiça ou equidade e em face das consequências de minha decisão, então eu argumento por princípio. Se, porém, levo em conta que a atribuição desse direito contribuirá para um objetivo coletivo da comunidade política, o argumento é político.

A fundamentação da decisão judicial previdenciária deve ser baseada em argumentos a partir de princípios, esses padrões normativos que, consubstanciando exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade, justificam ou reclamam a existência do direito à Previdência Social⁶⁶³.

Deve-se, além disso, atentar para os efeitos externos da decisão naquilo que afetam essas normas e exigências de justiça que se encontram a ela subjacentes, buscando, no caso concreto, a solução equitativa que reafirme o conjunto axiológico-normativo que justifica a individuação do objetivo político previdenciário.

A adjudicação judicial previdenciária não se deve dar pela via do utilitarismo econômico, que implica a adoção de *argumentos de política* próprios de uma racionalidade instrumental e que, por isso, escapa da pauta axiológica que funda nosso sistema jurídico de proteção previdenciária⁶⁶⁴.

A realização judicial do Direito Previdenciário deve orientar-se por uma racionalidade material aberta às exigências de justiça do caso concreto e, por isso, igualmente aberta às consequências externas da decisão. Com efeito, na defesa dos direitos sociais, o juiz

deve atuar sabendo que, como cidadão, a sua participação pode, em diversos casos, provocar, ainda mais, o aumento dos excluídos do processo democrático. Dentro desse contexto, pede-se um juiz que,

⁶⁶² DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**, p. 454-455.

⁶⁶³ Na mesma perspectiva, mas formulando-se por meio de uma proposição negativa: o juiz não deve orientar-se a partir um raciocínio judicial instrumental que, expressa ou implicitamente, busca justificar a decisão previdenciária naquilo que serve de fomento a um objetivo – econômico, político ou social da comunidade – a ser alcançado (argumento de política).

⁶⁶⁴ O utilitarismo econômico pode, aliás, fulminar qualquer possibilidade de desenvolvimento judicial do Direito Previdenciário em tempos de suposta crise econômica, como demonstrado no capítulo 4 deste trabalho.

muitas das vezes, não conseguimos vislumbrar capaz de existir. A postura tradicional, do juiz não envolvido e passivo, como mero convidado de pedra do processo, não é mais tolerável⁶⁶⁵.

Isso significa a recusa do método positivista e da neutralidade que ele pretende sustentar.

A partir do século XVIII, a emergência do positivismo filosófico propõe condicionar o caráter científico (no sentido moderno) das ciências sociais ou humanas aos ideais de objetividade e neutralidade com resultados previsíveis. O positivismo coloca as ciências humanas ou sociais em um impasse: valerem-se do estatuto epistemológico próprio das ciências naturais, mediante adoção do método correspondente, ou não terem reconhecida sua cientificidade.

O pensamento filosófico positivista, quando absorvido para análise das ciências humanas, nos conduz pelas vias de uma neutralidade imaginária, pelo caminho do sujeito isento e indiferente ao resultado do processo. É o caminho em que o agente do conhecimento considera o outro e seus direitos como objeto. É um trabalho de coisificação do humano. A ideia de neutralidade axiológica, de sua vez, é nitidamente vinculada à estabilidade da ordem, ao direito como um sistema ideal e à continuidade das coisas do modo como elas estão.

O problema é que a tradicional imparcialidade do juiz é intimamente conectada à perspectiva positivista de neutralidade, no processo de conhecimento, do sujeito em face do objeto. De acordo com esta visão de mundo, o resultado é o que é, custe o que custar, uma consequência inafastável do processo de investigação da verdade que teria contado com a isenção do sujeito. A neutralidade do sujeito garantiria a correção do resultado tanto quanto a neutralidade do juiz asseguraria a justiça da sentença⁶⁶⁶.

Essa abordagem, evidentemente, é irreconciliável com a ética da responsabilidade assumida neste trabalho. As consequências importam.

De outra parte, as consequências que merecem avaliação são aquelas que permitem a decisão ter “*sentido no mundo*” sem deixarem de ter sentido “*no sistema normativo*” (MacCormick). Os efeitos a serem avaliados e reafirmados pelo juiz são aqueles que se revelam como cumprimento concreto dos fundamentos axiológico-normativos do sistema jurídico. Esses fundamentos normativos deverão ser encontrados em princípios e não em

⁶⁶⁵ CORREIA, M. O. G. **Teoria e prática do poder de ação na defesa dos direitos sociais**. São Paulo: LTr, 2002. p. 83.

⁶⁶⁶ SAVARIS, J. A. **Direito processual previdenciário**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 51.

metas ou objetivos políticos (Dworkin). Deve-se argumentar com os princípios – não com objetivos comunitários –, considerando as consequências concretas que, de acordo com esses princípios, reforçam a reivindicação do direito. Deve-se argumentar com as consequências concretas – não ignorá-las –, desde que considerando sua importância para a realização dos princípios normativos que emprestam forma ao sistema jurídico – e não para o cumprimento de metas os objetivos coletivos.

Cabe ao juiz responder, assim, por consequências que confirmem concreto-realmente o autêntico sentido dos valores e do sistema normativo que o vinculam⁶⁶⁷.

Não se limitando, dessa forma, à racionalidade decisória estritamente apriorística e axiomático-dedutiva – “sem consideração pragmática das circunstâncias concretas da situação problemático-decisório” – o juiz deve navegar “numa fundamentação normativa material que garanta a consonância prática entre os fundamentos invocados e o conteúdo normativo-concreto da sua realização”, fundamentação esta que é “situacional-pragmaticamente referida e assume-se constitutiva e concretamente responsável”⁶⁶⁸.

O raciocínio judicial deve considerar o problema concreto a decidir – incluindo-se as consequências reais da decisão sobre os agentes envolvidos – para atender às exigências de constituição equitativa da norma no caso concreto, orientando-se pelo conjunto de valores fundamentais que inspiram a preservação previdenciária da pessoa humana em condições decentes (os fundamentos axiológico-normativos de nosso sistema de proteção previdenciária) e pelas consequências que reforçam tais fundamentos.

Resta demonstrada, assim, a única consideração dos efeitos da decisão aceitável pelo pensamento metodológico-jurídico, na medida em que reconhece o direito com uma ética de responsabilidade, atuando, porém, na imanência intencional da juridicidade (da axiológica normatividade jurídica)⁶⁶⁹.

É oportuno, ainda, fazer referência aos níveis de racionalidade legislativa estruturados pela teoria da legislação oferecida por Manuel Atienza, pois, em termos, são aplicáveis à criação judicial do Direito. Isso se dá especialmente em relação à racionalidade teleológica e à racionalidade ética.

Se se pretende implantar um projeto de legislação dirigido a realizar determinados objetivos (racionalidade teleológica), a racionalidade ética desempenha um papel

⁶⁶⁷ NEVES, A. C. **Metodologia jurídica**, p. 203.

⁶⁶⁸ Idem, p. 203-204.

⁶⁶⁹ Idem, p. 204-205.

importantíssimo, controlando esses objetivos, colocando limites e mostrando o que não é legítimo a partir da perspectiva dos valores éticos⁶⁷⁰.

Com maior razão, na realização judicial do Direito, as consequências práticas de uma decisão que devem ser avaliadas são aquelas que se revelam de acordo com o conjunto de valores e normas jurídicas que estruturam o sistema jurídico. A racionalidade material que se pretende impor à tarefa de adjudicação judicial previdenciária coincide, afinal, com a presença de exigências éticas.

É precisamente esse o espaço para o consequencialismo judicial e tal substrato teórico serve de apoio à ideia de que o juiz previdenciário é responsável pelos – e deve levar em consideração os – efeitos externos provocados por suas decisões.

Resta, porém, aproximar o anteparo metodológico aqui sustentado da singularidade problemático-previdenciária, de modo a examinar que sorte de consequências devem ser avaliadas quando da adjudicação especificamente previdenciária. Isso implica investigar os princípios (e não metas) que justificam e oferecem estruturação ao sistema jurídico previdenciário⁶⁷¹. Serão eles, ao final, que colocarão luzes sobre a natureza das consequências que devem ser avaliadas e, por fim, julgadas boas ou más, aceitáveis ou inaceitáveis.

6.2.2 A proteção contra a necessidade como o fundamento axiológico-normativo do sistema jurídico previdenciário

Definir as consequências que podem e devem ser levadas em consideração na realização judicial do Direito Previdenciário pressupõe análise dos valores que consubstanciam os princípios que fundamentam um sistema de proteção previdenciário.

⁶⁷⁰ Os valores éticos, finalmente, são as ideias organizadas em teorias éticas que permitem justificar os fins legislativos, como a natureza, no caso do jusnaturalismo, a dignidade humana em uma concepção de tipo kantiana, o consenso nas teorias contratualistas, e, pode-se acrescentar, a maximização da utilidade da teoria utilitarista. Cumpre registrar que são cinco os níveis de racionalidade legislativa de acordo com a teoria de Atienza: a racionalidade linguística, a racionalidade jurídico-formal, a racionalidade pragmática, a racionalidade teleológica e a racionalidade ética (ATIENZA, M. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997. p. 39).

⁶⁷¹ Que pode ser concebido o conjunto de normas previdenciárias como um “sistema jurídico previdenciário” já ponderou o Ministro do STF Carlos Ayres Brito, quando tinha no entrecruzamento de princípios constitucionais ligados ao direito fundamental à Previdência Social um “subsistema constitucional” (RE 415.454/SC, p. 1.111).

Com efeito, a partir dos valores que justificam ou reclamam a existência de um sistema de proteção previdenciária alcançam-se os princípios jurídicos que encerram tal pauta axiológica e a revestem de normatividade jurídica.

Qual dimensão da moralidade exige uma construção jurídico-institucional que assegure direitos de Previdência? Que princípios jurídicos corresponderiam a tais exigências?

Na perspectiva da teoria moral utilitarista a existência de um direito à Previdência Social é justificada na medida em que o seu reconhecimento coopera – e apenas enquanto coopera – para a maximização do interesse da coletividade. Ainda que possa ser suscitado que a ética utilitária recomenda a mitigação do sofrimento alheio, mesmo isso apenas se deve dar enquanto for aceitável de acordo com as exigências de bem-estar geral e de prosperidade da cidade, na forma percebida pelos agentes públicos que, como “espectadores imparciais”, agiriam por meio do recurso da “identificação por simpatia”, para reconhecer os pressupostos necessários para a maximização da satisfação agregada⁶⁷².

O reconhecimento de um direito previdenciário estaria, assim, condicionado ao fato de contribuir para um estado de coisas mais vantajoso ou desejado, na perspectiva dos interesses comunitários. Sua justificação dar-se-ia por meio de um argumento de política, como lembra Dworkin⁶⁷³.

Embora a Previdência Social seja mais facilmente compreendida como um sistema de despesas e como um fardo social ou econômico, sua existência seria justificável, ainda assim, em razão dos efeitos positivos que propicia à economia.

É importante a percepção, neste sentido, de que no plano macroeconômico a Previdência Social apresenta diversos efeitos positivos de natureza estabilizadora. Tendo por objeto o sistema de segurança social português, Ilídio das Neves analisa essa temática, oferecendo hipóteses perfeitamente válidas para a realidade brasileira⁶⁷⁴.

De uma parte, a Previdência Social é um elemento *estabilizador da produção*:

De facto, a garantia de rendimentos substitutivos dos salários dos trabalhadores por via das prestações concedidas permite que cada pessoa mantenha um certo nível de consumo de bens, o que evita rupturas sensíveis neste domínio, com efeitos em cadeia aos vários níveis da actividade económica. No entanto, se o rendimento proveniente das transferências dos regimes de segurança social for transformado em *poupança*, o que também acontece, sobretudo com os pensionistas, esse

⁶⁷² RAWLS, J. **A theorie of justice**, p. 27.

⁶⁷³ DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**, p. 129.

⁶⁷⁴ NEVES, I. das. **Crise e reforma da segurança social**, p. 59.

facto acarreta as consequências inerentes à reintrodução desses valores no mercado através dos investimentos produtivos⁶⁷⁵.

Por outro lado, a Previdência Social é um fator de *estabilização das relações de trabalho*, pois “a garantia de segurança económica nos riscos sociais contribui para a redução da conflitualidade laboral e social, bem como para a continuidade da ligação dos trabalhadores à sua empresa e para a motivação do exercício da respectiva actividade”⁶⁷⁶.

Finalmente, um sistema de proteção previdenciária constitui um elemento *estabilizador da população ativa* no seu conjunto, uma vez que,

especificamente, pela promessa legal de atribuição de pensões vitalícias na velhice e na invalidez, facilita a passagem à vida não activa, de forma digna, dos trabalhadores que pela sua idade ou pelo seu estado de saúde, deixem de estar em condições adequadas à continuação eficaz no processo produtivo⁶⁷⁷.

Também seria um interesse social a ser maximizado o efeito benéfico da segurança social no domínio microeconómico, isto é, nas famílias e em cada trabalhador individualmente considerado:

São sobretudo efeitos de natureza psicológica, ligados à segurança económica e à estabilidade pessoal proporcionadas pela segurança social, susceptíveis de evitar a angústia de um futuro incerto quando os efeitos danosos dos riscos sociais atingem as pessoas, por vezes com particular violência⁶⁷⁸.

E em uma concepção bem à feição utilitarista, já se entendeu que

o beneficiário troca uma fracção de património (contribuições pagas), cuja utilidade marginal pode ser considerada relativamente pequena, por uma utilidade importante (o recebimento das prestações), caso o risco social se concretize, ou por uma preciosa segurança psicológica

⁶⁷⁵ CLAIR, P. M. La protection sociale. Paris: Masson, 1984, p. 156, apud NEVES, I. das. **Crise e reforma da segurança social**, p. 60.

⁶⁷⁶ NEVES, I. das. **Crise e reforma da segurança social**, p. 59.

⁶⁷⁷ Idem, p. 60. Também neste sentido: “A Segurança Social favorece o progresso económico das mais diversas formas. Desde logo, porque estimula o trabalho, tornando-o mais livre e menos dependente das vicissitudes da vida profissional. Em segundo lugar, porque garante mais elevados rendimentos. Depois, por constituir factor de equilíbrio a nível dos processos de migração interna. Finalmente, porque protege contra o próprio desemprego. Estes aspectos remetem para os efeitos subjectivos da Segurança Social que não são, todavia, menos evidentes. É o caso das consequências psicológicas que esta tem sobre o crescimento económico, ao constituir factor determinante da motivação do trabalhador e, logo, da sua produtividade” (CABRAL, N. C. **O financiamento da segurança social e suas implicações redistributivas**. Lisboa: APSS, 2001. p. 41).

⁶⁷⁸ NEVES, I. das. **Crise e reforma da segurança social**, p. 60.

(decorrente da existência do direito à protecção) no caso de, para bem dele, aliás, o risco (doença, desemprego, invalidez) não se concretizar⁶⁷⁹.

Neste sentido, aliás, a atribuição de direitos de previdência atenderia ao que Ihering chama “utilidade duradoura”, em contraposição à “utilidade transitória”. O que é útil, como bem apontado pelo jusfilósofo alemão, não se determina meramente “conforme suas conseqüências imediatas, diretas, mas simultaneamente, segundo os resultados ulteriores, mediatos”⁶⁸⁰. É apenas aquilo que é útil a toda a sociedade duradouramente que realmente pode ser considerado um bem. Isto é, “o resultado global de uma conjunção de efeitos, quer pretéritos, quer futuros, decide quanto ao carácter útil ou pernicioso de algo”⁶⁸¹.

Nada obstante, esse culto à utilidade afirma o mínimo social e o combate à pobreza, mas na justa medida em que o bem-estar coletivo seja elevado ao máximo. Neste sentido, os direitos humanos são engenhosos dispositivos para maximizar a utilidade ou promover o bem-estar geral⁶⁸². Afinal, o bem (aquilo que uma comunidade julga valioso e digno de ser perseguido) é definido independentemente do direito e então o direito é definido como aquilo que maximiza o bem⁶⁸³.

A proposta de reforma previdenciária de Bentham (reforma à *poor law*), com a segregação dos pobres e uma economia paralela, o trabalho forçado e a arquitetura panóptica de fiscalização, vestes de altruísmo e boa vontade, tinha em seu seio a ideia sempre primeira de justo enquanto bem⁶⁸⁴. Melhor para os pobres, segundo se avaliava, mas especialmente útil a todo o restante da sociedade que *supostamente* não mais veriam as evidências de desigualdade e injustiça.

Por outro lado, o utilitarismo simplesmente esquece a questão de como o bem comum em grau máximo deveria ser ‘distribuído’ entre os envolvidos. Porque, “Indiferente diante dessa questão, ele admite até uma sociedade escravagista e uma sociedade de castas, contanto que elas gerem o máximo bem comum para a coletividade”⁶⁸⁵.

Não se encontrará na teoria moral utilitarista, portanto, a necessidade de um sistema previdenciário como resposta à exigência de um direito intrinsecamente valioso.

⁶⁷⁹ NEVES, I. das. **Crise e reforma da segurança social**, p. 60.

⁶⁸⁰ IHERING, R von. **A finalidade do Direito**, p. 130.

⁶⁸¹ Idem.

⁶⁸² KYMLICKA, W. **Filosofia política contemporânea**, p. 32.

⁶⁸³ RAWLS, J. **A theorie of justice**, p. 24.

⁶⁸⁴ BRUNON-ERNST, A. **Le panoptique des pauvres: Jeremy Bentham et la réforme de l’assistance en Angleterre**. Paris: Presses Sorbonne Nouvelle, 2007.

⁶⁸⁵ HOFFE, O. **O que é Justiça?**, p. 44.

Encontrar-se-á a justificação do direito à Previdência Social mediante considerações de mérito? Seria o mérito um fundamento moral adequado para o direito à preservação da vida contra a necessidade pela ação da Previdência Social ou, antes, tal direito apresenta fundamento moral independente de avaliações de mérito? Seria aceitável condicionar os direitos destinados à preservação e manutenção da vida digna, como os serviços de Saúde, a prestação de Assistência Social ou a cobertura previdenciária, ao merecimento da pessoa?

Se a resposta for afirmativa, determinados aspectos como o volume de contribuições da pessoa à Seguridade Social ou o tempo de registro em Carteira de Trabalho poderão influir no rumo da decisão judicial atinente a uma prestação de proteção social.

Por outro lado, se as avaliações de mérito encontrarem espaço preponderante no sistema de distribuição de bens sociais de proteção à pessoa humana, corre-se o risco de acentuar a proteção social às pessoas que mais trabalharam formalmente, isto é, aquelas que foram relativamente bem-sucedidas profissionalmente, seja por sorte genética, fortuna sociofamiliar ou esforço próprio. Em outras palavras, corre-se o risco de focalizar as ações previdenciárias para as pessoas que menos necessitam.

Em contrapartida, as pessoas que jamais ingressaram no mercado formal de trabalho ou que o fizeram por período insuficiente para qualquer cobertura previdenciária tendem a ser percebidas como beneficiários que são apenas tolerados pelo sistema de solidariedade social, pois nada de mérito ou significativo esforço pessoal apresentariam para fazer jus a uma atuação da Previdência Social. Tal consideração pode levar a um juízo mais restritivo para a concessão das prestações não contributivas, minando a potencialidade protetora da Previdência Social.

É evidente a incongruência, porém, em se valorizar o esforço pessoal – que se concebe na formalização de uma atividade profissional – sem a adoção de políticas adequadas para reduzir os elevados níveis de desemprego que dificultam ao extremo a sobrevivência graças ao esforço pessoal⁶⁸⁶.

A distribuição de prestações de proteção social de acordo com o mérito da pessoa apresenta-se como um guia atrativo a nortear o pensamento do juiz na realização do Direito Previdenciário. Essa lógica aparenta ser ainda mais razoável quando o raciocínio judicial não se desprende dos efeitos econômicos que as decisões judiciais têm sobre o orçamento da Seguridade Social.

⁶⁸⁶ SEN, A. **Desenvolvimento como liberdade**, p. 36.

Como já se teve oportunidade de expressar, quanto mais forte a sensação de escassez de recursos, mais agudo é o apelo à responsabilidade do juiz, em termos econômicos, na realização do Direito da Previdência Social. O caráter de elevada prudência poderá, então, orientar o juiz no processo de tomada de decisão, levando-o a identificar no mérito pessoal um critério moral pretensamente aceitável para a definição da norma de decisão do caso concreto. Se considerações meritórias forem articuladas para exame de direito à proteção social, o resultado será uma seleção restritiva de hipóteses de atribuição de direitos, o que faz o critério do mérito se aproximar do critério da eficiência.

É importante compreender que os bens sociais apresentam significados sociais e é a interpretação desses significados que aponta o caminho para a justiça distributiva em relação a esses bens⁶⁸⁷. Em outras palavras, “Todo bem social ou conjunto de bens sociais constitui, por assim dizer, uma esfera distributiva dentro da qual só são apropriados certos critérios e acordos”⁶⁸⁸.

Não é suficiente afirmar que os direitos de proteção social são assegurados aos mais carentes independentemente da circunstância de contribuírem, esses direitos, para uma determinada política governamental. É necessário mais do que reconhecer nos direitos de previdência um fim em si por concretizarem o mais alto valor moral (a garantia individual de um estado compatível com a dignidade da pessoa).

Mais do que tudo se impõe reconhecer que esses direitos fundamentais, derivando da crença no valor intrínseco igual de todas as vidas humanas, são assegurados independentemente dos atributos e qualidades da pessoa. É que a justificativa dos direitos humanos tem a ver com noções de necessidade e não de mérito, porque, como tão bem escreve Vita:

Independentemente da sorte que a natureza e a sociedade lhe reservaram ao nascer, e de seus méritos próprios em âmbitos específicos de atividade, cada pessoa tem o direito às liberdades, às oportunidades e aos recursos necessários para tentar fazer de sua vida – a única que lhe foi concedido viver – algo de significativo e que valha a pena ser vivido⁶⁸⁹.

Michael Walzer, em seu clássico *Esferas da justiça*, afirma que o estreitamento do elo entre necessidade e provisão liberta o processo de distribuição dos bens essenciais à vida e à cidadania de fatores extrínsecos, como o mérito:

⁶⁸⁷ WALZER, M. **Esferas da justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade, p. 10.

⁶⁸⁸ Idem, p. 23.

⁶⁸⁹ VITA, A. de. O lugar dos direitos na moralidade política, p. 11.

Essa é a lógica intrínseca, a lógica social e moral da provisão. Quando a comunidade se compromete a prover algum bem necessário, deve fornecê-lo a todos os membros que dele precisam, em proporção às necessidades. A distribuição será limitada pelos recursos disponíveis, mas todos os outros critérios, além da própria necessidade, são considerados distorções, e não limitações, do processo distributivo. E os recursos disponíveis da comunidade são simplesmente produtos do passado e do presente, a riqueza acumulada de seus membros – e não um “excedente” dessa riqueza⁶⁹⁰.

Os direitos de segurança social correspondem não ao que as pessoas merecem – em termos de esforço, talento ou sua contribuição para a sociedade –, mas ao que é razoável exigir da sociedade em que vivem para terem a possibilidade (efetivas oportunidades) de fazerem algo de valioso de suas vidas, pressuposto de uma existência condigna.

Tendo a vida humana como valor fundamental, a realização judicial do Direito Previdenciário implica vinculação a uma distribuição justa de bens materiais ou serviços sociais para as pessoas fazerem suas próprias escolhas e tentar realizar seus fins e objetivos. Mas essa distribuição justa deve-se dar preponderantemente de acordo com a necessidade, não de acordo com o mérito pessoal, e muito menos de acordo com as exigências de eficiência do sistema de distribuição – próprio da ética utilitarista.

De outro lado, a necessidade deve ser compreendida em um sentido mais amplo – necessidade de recursos materiais que possibilitem a escolha e a realização de objetivos por uma vida digna de ser vivida –, e não apenas em sua dimensão alimentar ou como exigências de sobrevivência.

O equívoco de se pensar a finalidade da segurança social no suprimento apenas das necessidades mais elementares também pode conduzir a uma decisão judicial restritiva, especialmente quando intuitivamente se percebe que a pessoa já se encontra em condições de prover a sua subsistência. E tal como as considerações de mérito, a avaliação das necessidades a partir de uma perspectiva reducionista se aproxima das exigências da eficiência.

Mas as prestações previdenciárias não se destinam a manter as pessoas sobrevivendo em um mesmo estado de coisas ou subsistindo em um quadro no qual o excluído permanece alheio ao movimento de desenvolvimento social e sem condições reais de buscar sua independência e exercer efetivamente a liberdade.

É imprópria, denunciava Marx, a “redução que [se] faz das necessidades do trabalhador à manutenção indispensável e miserável da vida física e da sua atividade ao

⁶⁹⁰ WALZER, M. **Esferas da justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade, p. 100.

mais abstrato movimento mecânico”, como se além delas não tivesse mais necessidades, quer de atividade, quer de prazer⁶⁹¹.

Essa redução implica “considerar como padrão e, sem dúvida, padrão universal (porque se aplica à massa dos homens) a vida *mais pobre possível*”, fazendo do trabalhador “um ser despojado de sentidos e de necessidades, da mesma maneira que transforma a sua atividade em simples abstração de toda a atividade”⁶⁹².

Tudo o que vai além dessa necessidade superabstrata, acrescenta Marx, tende a ser considerado como luxo e todo luxo do trabalhador tende a ser considerado como reprovável: “O trabalhador deve apenas ter o que lhe é necessário para querer viver e deve querer viver unicamente para isso ter”⁶⁹³.

Marx procurou demonstrar que a provisão das necessidades do trabalhador eram reduzidas à necessidade de o manter durante o trabalho, de modo a assegurar que a categoria dos trabalhadores não se extinguisse. A desumanização do trabalhador transparecia no significado do salário – manutenção de um instrumento produtivo –, assemelhando-se ao óleo que se aplica a uma roda para mantê-la em movimento⁶⁹⁴.

O produto do trabalho que pertence ao trabalhador é a parte mínima e absolutamente indispensável para ele “subsistir como trabalhador, não como homem, e para originar a classe aprisionada dos trabalhadores, não a humanidade”⁶⁹⁵.

As prestações previdenciárias devem ser compreendidas em seus devidos termos, sendo importante afirmar, ainda que tal possa parecer óbvio, que elas buscam muito mais do que o suprimento das necessidades animais de subsistência⁶⁹⁶.

Para se realçar a importância do direito à segurança social não é raro o apelo ao argumento de que ela busca atender – na expressão de Amartya Sen – a “liberdade básica

⁶⁹¹ MARX, K. **Manuscritos econômico-filosóficos**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 151.

⁶⁹² Idem.

⁶⁹³ Idem, p. 152.

⁶⁹⁴ Idem, p. 124.

⁶⁹⁵ Idem, p. 70.

⁶⁹⁶ É mesmo sempre importante tomar em conta que as necessidades humanas não se limitam à alimentação e higiene, o que era sempre lembrado por Marx, em toda sua eloquência. “Torna-se evidente que a economia política considera o proletário, ou seja, aquele vive, sem capital ou renda, apenas do trabalho e de um trabalho unilateral, abstrato, como simples *trabalhador*. Por conseqüência, pode sugerir a tese de que ele, assim como um cavalo, deve receber somente o que precisa para ser capaz de trabalhar. A economia política não se ocupa dele no seu tempo livre como homem, mas deixa este aspecto para o direito penal, os médicos, a religião, as tabelas estatísticas, a política e o funcionário de manicômio” (MARX, K. **Manuscritos econômico-filosóficos**, p. 72).

de sobreviver”, combatendo a subnutrição que pode afetar um universo de pessoas vulneráveis e prevenindo que elas passem a vida lutando contra uma doença evitável⁶⁹⁷.

Mas esse argumento corresponde apenas a uma parcela, ainda que substancial, do escopo da Previdência Social. Para além disso, há uma pretensão de se reconhecer o respeito pela dignidade humana – enquanto qualidade integrante da condição humana⁶⁹⁸ –, conferindo-lhe os recursos necessários – dinheiro, serviços de saúde, reabilitação, reeducação – para sua proteção e integração comunitária. Há um propósito genuinamente constitucional em romper, como pretende Walzer, a lógica da dependência e da passividade da pessoa auxiliada pelos esforços sociais⁶⁹⁹.

Também por meio da Previdência Social os indivíduos devem ter acesso a oportunidades sociais adequadas e reunirem, assim, reais possibilidades de moldar seu próprio destino.

Para isso, poderia sugerir Amartya Sen, é indispensável reconhecer em um benefício previdenciário – e mesmo uma prestação da Assistência Social – seu papel constitutivo de um desenvolvimento alcançado pela expansão de liberdades substantivas as quais incluem capacidades elementares – “ter condições de evitar privações como a fome, a subnutrição, a morbidez evitável e a morte prematura, bem como as liberdades associadas a saber ler e fazer cálculos aritméticos, ter participação política e liberdade de expressão etc” – que irão contribuir para a capacidade geral de a pessoa viver com mais liberdade, objetivo primordial do desenvolvimento e também seu principal meio⁷⁰⁰.

De fato, a partir da inspiração kantiana da igualdade intrínseca entre todos os seres humanos pode-se perceber, com Sen⁷⁰¹, que há duas formas distintas de liberdade: a *liberdade de agência* (liberdade de fazer escolhas e de agir de acordo com as convicções) e a *liberdade de bem-estar*, a qual “tem a ver com as oportunidades efetivamente disponíveis

⁶⁹⁷ SEN, A. **Desenvolvimento como liberdade**, p. 29.

⁶⁹⁸ Referindo-se à lição de Günter Dürig, escreve Ingo Sarlet que “a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma prestação a que lhe seja concedida a dignidade” (SARLET, I. W. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, I. W. (Org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 13-44 [p. 19]).

⁶⁹⁹ WALZER, M. **Esferas da justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade, p. 124. De fato, os titulares de benefícios das redes de segurança social não precisam “ser vistos sobretudo como beneficiários passivos de engenhosos programas de desenvolvimento” (SEN, A. **Desenvolvimento como liberdade**, p. 26).

⁷⁰⁰ SEN, A. **Desenvolvimento como liberdade**, p. 55-57.

⁷⁰¹ SEN, A. Well-being, agency and freedom (The Dewey Lectures 1984). **The Journal of Philosophy**, v. LXXXII, p. 185-221, 4 April 1985.

para uma pessoa escolher entre diferentes atividades e formas de vida (esta é a forma de liberdade que os direitos econômicos e sociais têm por meta assegurar)⁷⁰².

A segunda forma de liberdade diz respeito especificamente às oportunidades de vida e aos benefícios que determinada sociedade oferece a cada um de seus membros – e que corresponde ao que razoavelmente eles podem exigir dessa sociedade – para que tenham a possibilidade de fazer algo de valioso de suas vidas. Isso porque a liberdade de fazer escolhas supõe que certos benefícios sejam assegurados a todos de maneira a fazer existir um “leque mínimo de alternativas aceitáveis para o agente”⁷⁰³.

A satisfação de necessidades fundamentais, como exigência do direito à vida e à dignidade humana, é, por essas razões e nestes termos, o fundamento axiológico do sistema jurídico previdenciário⁷⁰⁴. O princípio da proteção contra a necessidade é efetivamente melhor compreendido à luz das exigências de dignidade humana e, para o propósito de melhor definir o presente argumento, mostra-se aceitável o seguinte aporte de Ingo Sarlet:

tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos⁷⁰⁵.

O critério central para a atribuição de direito de proteção social é, portanto, o da *necessidade* reclamada pelos direitos fundamentais à vida e à dignidade da pessoa, isto é,

⁷⁰² VITA, A. O lugar dos direitos na moralidade política, p. 12.

⁷⁰³ Idem. Em outras palavras, “se consideramos que o bem-estar de cada pessoa tem valor e um valor igual, então precisamos admitir que *no mínimo* cada pessoa, para dispor de pelo menos algum leque de escolha entre atividades e formas de vida diversas, tem o direito a ser adequadamente nutrida, educada, a ter sua saúde tratada com o cuidado necessário e a ser amparada pelos demais no caso de ser portadora de deficiência física ou mental, em situações de desemprego involuntário e na velhice” (VITA, A. de. O lugar dos direitos na moralidade política, p. 14).

⁷⁰⁴ Como assume o Tribunal Constitucional Federal alemão, a dignidade humana apresenta-se como o valor jurídico mais elevado, o fim supremo de todo o Direito dotado de caráter pré-positivo (HÄBERLE, P. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, I. W. (Org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 89-152 [p. 99]).

⁷⁰⁵ Aceitável desde que integrado pela nota de rodapé acrescentada pelo constitucionalista gaúcho: “Como critério aferidor do que seja uma vida saudável, parece-nos apropriado utilizar os parâmetros estabelecidos pela Organização Mundial da Saúde, quando se refere a um completo bem-estar físico, mental e social, parâmetro este que, pelo seu reconhecimento amplo no âmbito da comunidade internacional, poderia igualmente servir como diretriz mínima a ser assegurada pelos Estados” (SARLET, I. W. As dimensões da dignidade da pessoa humana, p. 37).

uma necessidade no sentido amplo que deriva da exigência de que cada pessoa tenha uma existência condigna. A Previdência Social existe para a pessoa humana, para assegurar-lhe a existência, promover-lhe a dignidade, para socorrer-lhe na necessidade e ampliar-lhe, pelo princípio da igualdade, as reais condições de exercer a liberdade⁷⁰⁶. O *mérito* assume um papel periférico, limitado ao razoável cumprimento dos encargos normativos que condicionam o exercício do direito. A *eficiência* é o instrumento para a mais adequada provisão comunitária, colocada a serviço do objetivo de suprimento das necessidades da vida.

Identificar no critério da necessidade o elemento fundamental a justificar a atribuição de direitos previdenciários é extremamente importante para a reafirmação desses direitos no momento da adjudicação judicial, dado que, tal como muito bem observa Philippe van Parijs, uma prestação social não poderá ser realmente instaurada se não for percebida como justa, equitativa e eticamente aceitável⁷⁰⁷. Ora, uma tal prestação não poderá ser percebida como justa se o critério de justiça distributiva for o mérito ou a eficiência, e não a necessidade. E a consequência dessa distorção é a orientação do juiz a uma solução judicial restritiva de direitos.

Neste sentido, é necessário reconhecer que

nem sempre são suficientemente salientados, nem sequer lembrados, os dramas e os sofrimentos, materiais e humanos, que representa para muita gente a ocorrência dos riscos ou acidentes sociais [...] Assim, fala-se mais facilmente nas despesas com as prestações do que no efeito benigno da distribuição de rendimentos a que dão lugar; salienta-se porventura mais a ocorrência de fraudes na doença e no desemprego dos que as consequências sociais positivas de ser assegurada protecção em situações que para algumas pessoas e famílias representam verdadeiras calamidades; põe-se facilmente em relevo o ónus que representam os encargos com os pensionistas e passa-se em claro o contributo que deram para o desenvolvimento, as exigências da sua liberdade e dignidade, bem

⁷⁰⁶ No clássico ensaio de Isaiah Berlin sobre os dois conceitos de liberdade (dicotomia entre liberdade negativa e liberdade positiva), a liberdade negativa apresenta-se quando alguém é livre da interferência de qualquer pessoa em suas atividades. A liberdade nessa perspectiva individualista e bastante questionada do homem é que fundamentou “Todo apelo em favor de liberdades civis e de direitos individuais, todo protesto contra a exploração e a humilhação, contra o abuso da autoridade ou a hipnose em massa dos costumes ou a propaganda organizada” (BERLIN, I. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Brasília: UnB, 1981. p. 140). De outra forma, o sentido “positivo” da palavra “liberdade” se origina no indivíduo ser seu próprio amo e senhor, com possibilidade de agir ou capacidade para verdadeiramente realizar algo. As duas formas de liberdade se complementam quando se considera que o indivíduo não pode realmente exercer as liberdades individuais (propriedade, expressão, circulação) sem que as condições para seu exercício sejam criadas. A liberdade “positiva” não é “*uma liberdade de*”, mas “*uma liberdade para*” (BERLIN, I. **Quatro ensaios sobre a liberdade**, p. 142). A segurança social atua também aqui, como baluarte de nossa civilização para a inserção moral do indivíduo na sociedade.

⁷⁰⁷ PARIJS, P. V. **Refonder la solidarité**. Paris: Les Éditions du Cerf, 1999. p. 13.

como a sua disponibilidade para o exercício de actividades úteis à sociedade e eventualmente à própria economia⁷⁰⁸.

De outra parte, é inegável que o sofrimento atinge a pessoa que passa pelo processo de dessocialização progressivo e enfrenta o medo quanto à subsistência. Afinal, como observa Christophe Dejours, psiquiatra e psicanalista francês, especialista em psicologia do trabalho, “é sabido que esse processo leva à doença mental ou física, pois ataca os alicerces da identidade”⁷⁰⁹.

A indiferença está se tornando a face de nosso tempo, pois “toda sociedade se transformou qualitativamente, deixando de ter as mesmas reações ao sofrimento, à adversidade e à injustiça”. De fato, nenhum analista contesta a evolução das reações sociais:

Evolução que se caracterizaria pela atenuação das reações de indignação, de cólera e de mobilização coletiva para a ação em prol da solidariedade e da justiça, ao mesmo tempo em que se desenvolveriam reações de reserva, de hesitação e de perplexidade, inclusive de franca indiferença, bem como de tolerância coletiva à inação e de resignação à injustiça e ao sofrimento alheio⁷¹⁰.

A “banalização do mal” que Dejours vê na sociedade contemporânea, na França, no final do século XX, corresponde à expressão “banalidade do mal”, empregada por Hannah Arendt, que tinha por referência o sistema nazista. Essa indiferença à dor do outro tem a ver com “a atribuição da adversidade do desemprego e da exclusão à causalidade do destino, à causalidade econômica ou à causalidade sistêmica”. É o “discurso economicista que atribui o infortúnio à causalidade do destino, não vendo responsabilidade nem injustiça na origem desse infortúnio”. Haveria uma dissociação entre adversidade e injustiça, sob o efeito da banalização do mal por aqueles que “não são vítimas da exclusão (ou não o são ainda) e que contribuem para excluir parcelas cada vez maiores da população, agravando-lhes a adversidade”⁷¹¹.

⁷⁰⁸ NEVES, I. **Crise e reforma da segurança social**, p. 60.

⁷⁰⁹ DEJOURS, C. **A banalização da injustiça social**. Rio de Janeiro: FGV, 1999. p. 19. Também neste sentido, Amartya Sen expressa que o desemprego – e a conseqüente perda ou diminuição de recursos para subsistência condigna é “uma fonte de efeitos debilitadores muito abrangentes sobre a liberdade, a iniciativa e as habilidades dos indivíduos. Entre seus múltiplos efeitos, o desemprego contribui para a exclusão social de alguns grupos e acarreta a perda de autonomia, de autoconfiança e de saúde física e psicológica” (SEN, A. **Desenvolvimento como liberdade**, p. 35-36).

⁷¹⁰ DEJOURS, C. **A banalização da injustiça social**, p. 23.

⁷¹¹ Idem, p. 20. É oportuno anotar, a propósito, como “a adesão à causa economicista, que separa a adversidade da injustiça, não resultaria, como se costuma crer, da mera resignação ou da constatação de

É justificado concluir, portanto, que as exigências de justiça do caso afastam a ideia de uma aplicação do Direito de acordo com a lógica formal. Faz-se necessário uma constituição da norma, diante do caso concreto, segundo a *ratio juris* e a equidade. Se é esta a pretensão, os efeitos reais das decisões judiciais devem ser levados em consideração. Mas os efeitos que devem ser avaliados não são os econômicos, mas aqueles que se relacionam com os fundamentos axiológico-normativos do sistema jurídico da Previdência Social, destacadamente o princípio da proteção da pessoa contra o estado de necessidade.

O dado da realidade que mais importa é a vida humana e suas possibilidades de preservação digna em face do resultado jurídico da decisão. Deve-se atentar, portanto, não apenas para o conjunto de normas, mas também para o caso concreto e, nele, para as consequências humanas da decisão previdenciária (para como as pessoas são afetadas em sua esfera vital pela decisão). As consequências humanas, insista-se, e não as consequências econômicas.

Essas são as consequências que merecem avaliação no caso concreto previdenciário, pois dizem respeito aos alicerces axiológico-normativos que atribuem fundamentalidade ao direito à Previdência Social, quais sejam: o direito à vida, à dignidade humana e à proteção social contra a necessidade, direitos fundamentais que expressam uma ordem de valores que deve informar todo ordenamento jurídico e guiar a interpretação de todas as suas normas⁷¹².

Essas deliberações valorativas fundamentais do constituinte justificam aquela outra que consagra o direito fundamental à Previdência Social e servem de alicerce, por isso, ao sistema de Previdência Social. A solução judicial deve consistir, então, no fruto de uma prudente ponderação entre a intencionalidade normativa e as exigências de justiça do caso concreto, reclamando-se tanto mais sensibilidade às reais consequências quanto grave for seu impacto sobre a esfera vital do indivíduo. Nestes termos é que se pode e deve falar de um consequentialismo judicial previdenciário.

impotência diante de um processo que nos transcende, mas funciona também como uma defesa contra a consciência dolorosa da própria cumplicidade, da própria colaboração e da própria responsabilidade no agravamento da adversidade social” (DEJOURS, C. **A banalização da injustiça social**, p. 21).

⁷¹² Correto é afirmar que uma vez definida a ligação dos direitos de previdência aos princípios jurídicos que lhe fundamentam ou justificam, é possível reconhecer o quanto aqueles se prestam para diminuir a injustiça social (injustiças institucionais e entre os cidadãos), contribuindo decisivamente para a erradicação da pobreza, a redução de desigualdades sociais e regionais e a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária. É um direito, assim, de extrema importância social. Mas sua justificativa se encontra na vedação do estado de necessidade, considerada esta no sentido amplo, como acima referido.

Talvez este seja o sentido dos critérios fixados no final da década de 1980 pela Corte Suprema de Justicia de La Nación, da Argentina, para interpretação específica das normas previdenciárias, dentre os quais se pode destacar que “Los jueces deben guiarse con la máxima prudencia en la interpretación de las leyes previsionales, especialmente cuando el ejercicio de esa función puede conducir a la pérdida de algún derecho”⁷¹³.

Essa proposição, acrescente-se, já era sondada quando se pensou a “solução de equidade com inspiração constitucional” como “peça fundamental para concretização do direito fundamental à subsistência pela proteção social e para tornar nossa realidade social menos injusta”⁷¹⁴. Uma solução equitativa, já se cuidava então, “centra-se na circunstância fundamental oferecida pelo caso concreto de que a decisão individual repercute imediatamente na esfera vital da pessoa que pretende o recebimento de prestação previdenciária”⁷¹⁵.

⁷¹³ “Os juízes devem guiar-se com a máxima prudência na interpretação das leis previdenciárias, especialmente quando o exercício dessa função pode conduzir à perda de algum direito” (tradução livre). De acordo com estudo de Carlos Alberto Etala, pode-se verificar uma verdadeira pauta de critérios para interpretação da lei previdenciária, como: a) a interpretação das leis previdenciárias deve-se dar conforme a finalidade que elas buscam, o que impede fundamentar uma interpretação restritiva; b) interpretação das disposições previdenciárias conforme a finalidade essencial que com elas se persegue, qual seja, a de cobrir riscos de subsistência; c) a interpretação restritiva das leis previdenciárias não se compadece com a jurisprudência da Corte que tem decidido que o essencial nesta matéria é cobrir riscos de subsistência; d) em matéria de previdência ou seguridade social é essencial cobrir riscos de subsistência e velhice, pelo que não se deve chegar ao não conhecimento de direitos senão com suma cautela; e) os conceitos utilizados pelo legislador nas leis de seguridade social devem interpretar-se conforme a essência e o sentido da instituição em jogo; f) as leis previdenciárias que disciplinam regimes especiais são de interpretação estrita; g) A Corte é particularmente sensível às questões presas à garantia dos direitos dos beneficiários dos créditos previdenciários (ETALA, C. A. **Derecho de la seguridad social**. Buenos Aires: Astrea, 2002. p. 66-67).

⁷¹⁴ SAVARIS, J. A. **Direito processual previdenciário**, 2008, p. 46.

⁷¹⁵ E como já se teve oportunidade de expressar: “Isso ainda deve ser compreendido em uma perspectiva que não é refém da linguagem matemática para o direito. Os detalhes geométricos da legislação previdenciária podem levar a juízos de iniquidade, a situações em que se desconsidera todo o histórico de vida do trabalhador ou a necessidade real de proteção social. Pela ótica positivista, teremos de decidir, por exemplo, que o direito à pensão por morte de um menor absolutamente incapaz é de ser negado porque o óbito ocorreu no dia seguinte ao da perda da qualidade de segurado do falecido trabalhador. Também denegaremos a concessão de benefício por incapacidade quando o laudo técnico, revestido do mito da objetividade da atuação pericial, precisa a data do início da incapacidade para o momento imediatamente posterior à perda da qualidade de segurado. Igualmente recusaremos a concessão de pensão por morte ao dependente do segurado que faleceu um dia após a perda desta condição, ainda que ele tenha contribuído por 29 anos para a seguridade social. Uma solução de equidade comporta, no caso concreto, a flexibilização dos requisitos milimetricamente estabelecidos para a atuação da proteção previdenciária. Os pressupostos para a concessão de benefícios passam a ser vistos como diretrizes gerais, mas não totalitárias. Tais pressupostos se legitimam para diminuir o risco moral do sistema previdenciário, isto é, a fragilidade do sistema em face de ações oportunísticas por parte de alguns de seus beneficiários” (SAVARIS, J. A. **Direito processual previdenciário**, 2008, p. 45). Deve-se evitar, com efeito, que as condicionantes de acesso aos benefícios protetivos se tornem desproporcionais na prática, de molde a iludir, sem razão jurídica relevante, a eficácia protetora da Previdência Social a uma pessoa que presumivelmente se encontra destituída de recursos para subsistência digna.

Nas hipóteses de falta ou de redução dos meios de subsistência ou de aptidão para o trabalho – que são presumíveis em um problema concreto previdenciário –, é preciso levar-se em consideração, na interpretação do Direito, as normas aplicáveis na perspectiva do sistema e seus valores fundantes, tanto quanto as exigências de justiça do caso concreto, aqui inseridas as considerações em relação às consequências em termos de necessidade do pretendente ao direito de previdência.

Se é certo que “em toda matéria, o inaceitável, o desarrazoado constitui um limite para qualquer formalismo em matéria de direito”⁷¹⁶, o argumento de princípio, associado ao que se pode chamar “argumento consequencialista previdenciário” – que implica a reafirmação dos princípios constitucionais previdenciários no caso –, tem por inaceitável a privação de recursos de subsistência para homenagear-se a forma, a letra da lei, a maximização de recursos públicos ou qualquer outro interesse que se cogite consubstanciar uma pretensão comunitária.

6.2.3 A título de conclusão da crítica dirigida à jurisprudência previdenciária do Supremo Tribunal Federal

Pensa-se ter suficientemente examinado o problema do emprego da racionalidade instrumental pelo Supremo Tribunal Federal em suas decisões previdenciárias utilitaristas do início do século XXI.

Para tanto, foi necessário demonstrar que, de fato, as soluções oferecidas pela Corte Suprema nos casos *(i)* da preservação das regras transitórias do Regime Próprio dos Servidores Públicos, *(ii)* da revisional das pensões por morte do Regime Geral da Previdência Social e *(iii)* da legitimação da exigência de contribuições para a Seguridade Social dos servidores públicos inativos e pensionistas hospedavam, expressa ou implicitamente, a essência da ética utilitarista da maximização dos recursos sociais. A tais considerações foi dedicada, de modo destacado, a segunda parte deste trabalho.

Isso não seria possível, porém, sem que fossem estudados os contornos fundamentais da teoria moral utilitarista e a análise de como se faz comum a inserção de suas prescrições éticas no processo de tomada de decisão judicial. A primeira parte deste

⁷¹⁶ O desarrazoado “pode resultar do ridículo ou do inadequado, e não somente do iníquo ou do inequívoco” (PERELMAN, C. *Ética e Direito*, p. 436).

trabalho teve esse objetivo e foi, neste sentido, confortada pelas ponderações levantadas no capítulo 5, quando tal proceder foi objeto de mais sistemática crítica.

Reconheceu-se desde sempre que a demonstração do emprego da ética utilitarista nas decisões judiciais não se faria de modo a atender ao postulado cartesiano da *evidência*. Isso porque, os

Juízes evidentemente fundamentam suas decisões de forma a fazer parecer que o resultado no caso é mera extensão lógica de leis ou doutrinas prévias. No entanto, em litígios importantes, onde o direito parece faltar, essas fundamentações, na realidade, padecem de “falácia” lógica, porque, em verdade, o resultado muitas vezes dependerá de premissas de valor inarticuladas, de um julgamento acerca do que é conveniente: “Por trás da forma lógica jaz um julgamento acerca do valor e da importância relativos de fundamentos legislativos concorrentes”⁷¹⁷.

Assim é que, em uma determinada conjuntura histórico-político-econômica, a jurisprudência previdenciária do Supremo Tribunal Federal passa a oferecer soluções judiciais orientadas às suas consequências econômicas, mediante um juízo mais ou menos implícito de que a crise orçamentária da Previdência Social estaria a encontrar seu ponto ótimo.

Embora a verdadeira preocupação residisse na eficiência econômica dos sistemas previdenciários, a fundamentação das decisões se operou ao sabor da lógica formal e de tradicionais – e ultrapassados – conceitos jurídicos, pelos quais se chegou sempre ao mesmo resultado de não reconhecimento de direitos previdenciários ou de acréscimo de deveres aos beneficiários. Espera-se ter demonstrado isso de modo satisfatório.

Também se espera ter demonstrado a plausibilidade da tese de que a realização judicial do Direito à Previdência Social deve-se operar, segundo uma *racionalidade jurídica material*, mediante uma ponderação entre a *intencionalidade normativa* (os critérios da norma abstrata lidos a partir dos *princípios* que lhe fundamentam) e as exigências de sua *constituição equitativa no caso concreto* (incluindo-se aqui a análise das *consequências* humanas da decisão). Isso expressa a síntese propositiva deste trabalho.

Impõe-se, todavia, uma última tarefa. Ela diz respeito a uma pergunta que se formulou anteriormente, qual seja: Teria sido, afinal, possível ou exigível, nos casos

⁷¹⁷ A citação do pensamento de Oliver Wendell Holmes é feita por Martin Golding (GOLDING, M. **Filosofia e teoria do direito**, p. 109). Essa conexão entre o Direito e a Moral, pela qual as insuficiências do texto normativo se abrem a juízos éticos, é o caminho de chegada da ética utilitarista na tomada de decisões judiciais.

examinados, solução judicial que se revelasse de acordo com a essência material da racionalidade jurídica?

No caso da *preservação das regras transitórias do Regime Próprio dos Servidores Públicos*, o Supremo Tribunal Federal saiu-se com o dogma da inexistência de direito adquirido a regime jurídico, como se o mundo do Estado do Direito não falasse de segurança jurídica, proteção da confiança dos cidadãos e da boa-fé que emprestam aos atos do Poder Público, ou da proteção aos direitos previdenciários em formação⁷¹⁸. A linha assumida no presente trabalho alcançaria resultado distinto, reafirmando os postulados da segurança jurídica e da segurança social contra a necessidade econômica.

No caso da *revisão das pensões por morte do Regime Geral da Previdência Social*, a partir da perspectiva dos princípios que se ligam à – e se reforçam pela – realidade da necessidade de subsistência dos dependentes da Previdência Social, encontrar-se-ia caminho para juízo de extensão da nova norma – de proteção mais eficiente – aos pensionistas já titulares do benefício quando da edição da lei mais benéfica⁷¹⁹. São eles, presumivelmente, os mais idosos e, por conseguinte, os mais vulneráveis. Se nenhum argumento dos Ministros do STF logrou demonstrar logicamente que o invocado princípio da precedência do custeio seria atendido apenas no que toca à elevação da pensão por morte para os novos beneficiários, não haveria justa razão para a discriminação em desfavor de quem se presume em uma contingência social adversa que resta agravada pela idade avançada.

⁷¹⁸ Sobre os fundamentos e manifestações de proteção da segurança jurídica em geral e em matéria previdenciária, conferir: CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 261 e 339; SAMPAIO, J. A. L. Expectativa de Direito e Direito Adquirido como Franquias e Bloqueios da Transformação Social. In: ROCHA, C. L. A. (Org.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 265-343 (p. 313); NEVES, I. das. **Crise e reforma da segurança social**. Coimbra: Coimbra, 1996. p. 131, 169 e 180; NEVES, I. das. **Lei de bases da segurança social comentada e anotada**. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 100; SARLET, I. W. O Estado Social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 4, jul. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 fev. 2006. SARLET, I. W. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, C. L. A. (Org.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 85-135 (p. 97-98); TOLEDO, C. **Direito adquirido e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Landy, 2003. p. 192-193.

⁷¹⁹ No sentido da reafirmação dos princípios constitucionais que justificam a proteção previdenciária entendeu o Ministro Carlos Britto quando votou pela igualdade “seja porque as relações de previdência consubstanciam direitos sociais que, quanto mais adensados, mais concretizam os dois precitados fundamentos da República Federativa do Brasil (‘dignidade da pessoa humana’ e ‘valores sociais do trabalho’), seja pelo caráter alimentar das aposentadorias e pensões (RE 415.454/SC, p. 1.121)”.

A orientação aqui sustentada já foi operada pelo Supremo Tribunal Federal quando examinou a constitucionalidade de dispositivo (veiculado pela MP 1.523/96) que restringia o cômputo do tempo de serviço rural anterior a 24.07.1991, independentemente de contribuição, apenas para a concessão de aposentadoria por tempo de serviço de valor de um salário mínimo. Segundo a referida medida provisória, o trabalhador que pretendesse contar o tempo para fins de aposentadoria calculada de acordo com o salário-benefício (de acordo com as contribuições vertidas para o sistema, em última análise) deveria indenizar o tempo em que esta atividade não era compreendida pelo Regime Geral da Previdência Social. A Corte Suprema culminou por reconhecer que a norma em questão malferia o princípio constitucional da uniformidade e equivalência (CF/88, art. 194, parágrafo único, II). Segundo o entendimento do STF, a comunicação dos períodos de trabalho urbano e rural “revela-se claramente vinculada aos princípios da uniformidade e da equivalência entre os benefícios às populações urbanas e rurais resultantes do mandamento constante do parágrafo único do art. 194 da Constituição”, não devendo ser condicionada ao recolhimento de contribuições previdenciárias⁷²⁰.

No caso *da legitimação da exigência de contribuições para a Seguridade Social dos servidores públicos inativos e pensionistas*, a ênfase foi posta na circunstância da novel tributação implicar legítima relativização dos direitos adquiridos e, de outra parte, não contrariar o princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios previdenciários.

Em se tratando de restrição de um direito subjetivo fundamental, fazia-se necessário, porém, o exame de sua legitimidade na perspectiva do postulado da proporcionalidade⁷²¹. Com efeito, a restrição de um direito fundamental, quando justificável para a realização de bem, valor, ou interesse constitucional contraposto, não pode ser admitida senão quando se evidencia que a medida adotada pelo legislador é indispensável para a salvaguarda do bem coletivo constitucional, adequada quanto aos

⁷²⁰ ADIN (MC) 1664-0, Rel. Min. Octávio Gallotti, j. em 13.11.1997, DJ 19.12.1997.

⁷²¹ Sobre a proporcionalidade como postulado constitucional a ser necessariamente observado por atos normativos restritivos de direitos fundamentais, conferir: CIANCIARDO, J. **El conflictismo en los derechos fundamentales**. Navarra: Ediciones Universidad de Navarra – EUNSA, 2000. p. 251-252; SARMENTO, D. **Os princípios constitucionais e a ponderação de bens**. Teoria dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 58; BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 396; ALEXY, R. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 112, nota 84 e p. 114; MENDES, G. F. O Princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. **Repertório IOB de Jurisprudência**, Caderno 1, 2ª quinz./jul. 2000, n. 14/00, p. 361-372 (p. 371-372); ANDRADE, J. C. V. **Os Direitos fundamentais na Constituição de 1976**. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2001. p. 299; BARROS, S. T. **O Princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 82; SCHÄFER, J. G. **Direitos fundamentais: proteção e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 108.

meios para alcançar o objetivo indispensável que lhe emprestou fundamento e, ainda assim, quando se justifica a compressão do direito fundamental – meio necessário – em face do peso da conquista coletiva.

O que se tem é que não era necessária a imposição de contribuição para a Seguridade Social pelos servidores públicos inativos e pensionistas (restrição de parcela de direito fundamental de natureza alimentar) ao tempo em que persiste não computada a contrapartida contributiva da União na condição de empregadora do regime de previdência que instituiu. Da mesma forma, se uma parcela das receitas orçamentárias constitucionalmente afetadas à Seguridade Social é desvinculada de sua finalidade para ser empregada em campo financeiro diverso, não se revela indispensável a imposição de nova contribuição para assegurar a manutenção das ações de Seguridade Social. Neste sentido, uma alternativa tanto mais eficaz seria a observância da destinação constitucional de tais recursos sociais.

Poder-se-ia objetar, contudo, que em sendo realmente necessário o aporte de outros recursos para o financiamento da Seguridade Social, seria legítima a exação em análise. A questão não é tão simples assim. Demonstrada a necessidade de elevação de receitas, restaria evidenciar, ainda, a necessidade de restrição do direito fundamental de previdência. Nesse caso, o princípio constitucional da equidade na participação do custeio (CF/88, art. 194, parágrafo único, V) constrangeria decisivamente o constituinte derivado (EC 41/03), levando-o a encontrar, na perspectiva da justiça tributária, outra opção de financiamento da Seguridade Social que não a imposição de novo dever a quem, presumivelmente, se encontra em uma contingência de depender dos recursos de previdência e em um processo de redução progressiva de capacidade produtiva. Em outras palavras, se for preciso o aumento de receitas da Seguridade Social, os aposentados e pensionistas do Regime Próprio não devem ser, necessariamente, os escolhidos para assegurar o fechamento de contas.

Com esses apontamentos pode-se concluir a crítica anteriormente antecipada às decisões do Supremo Tribunal Federal que foram analisadas neste trabalho: Era perfeitamente possível, era mesmo exigível que, nos casos previdenciários examinados, a solução judicial se manifestasse de acordo com uma racionalidade jurídica material, nos termos da tese aqui proposta.

Tal possibilidade só faz destacar que a Suprema Corte, escolhendo prestigiar uma concepção instrumentalizadora do Direito, acabou mesmo por assumir as prescrições consequencialistas do utilitarismo econômico, com todas as fraquezas de sua teoria moral e as inconsistências teórico-jusmetodológicas que lhe são imputadas.

CONCLUSÃO

A sujeição da ética utilitarista à força normativa da Constituição constitui, talvez, a ideia que informa a proposição central do presente estudo. Ao modo contingente do que é útil ou conveniente em determinado tempo e lugar, de acordo com a percepção política de quem se tem por um espectador imparcial, contrapõe-se à eficácia axiológico-normativa da Constituição da República, seus princípios mais gerais e seus objetivos mais fundamentais, na perspectiva do juiz enquanto agente de poder realizador do Direito.

Mediante a tarefa hermenêutica, o juiz não apenas diz a Constituição. Diz, mais, quanto vale e a que serve essa Constituição.

O utilitarismo social hospeda a tese de que o juiz, na aplicação do Direito, deve oferecer solução cujo resultado traduza um estado mais vantajoso em termos de maximização de preferências, interesses ou prosperidade da comunidade.

Quando há toda uma atmosfera de incontornável crise econômica internacional e correm rumores com áurea de verdade, supostamente esclarecendo que as despesas sociais se avolumam insustentavelmente com a manutenção de direitos-privilégios, é intuitivo que se deve “salvar o patrimônio do povo”, ainda que necessário se torne o sacrifício de direitos de uma pessoa ou de um grupo⁷²². Não é sem razão que se percebe “impossível negar o caráter imediatamente plausível e atraente” da teoria moral utilitarista⁷²³.

Em uma contingência tal, a solução utilitarista se mostra como uma saída de conveniência. Importantes decisões judiciais – importantes porque com grande impacto na realidade socioeconômico – podem ser pensadas antes estrategicamente do que juridicamente. Elas podem ser concebidas como um meio para a realização do objetivo considerado útil socialmente.

Essa racionalidade instrumental impregnou algumas das mais importantes decisões previdenciárias do Supremo Tribunal Federal, como logrou-se demonstrar ao longo deste

⁷²² Para a sedimentação de tal linha de pensamento contribuiu decisivamente o contexto de uma política sistemática de retração do Estado de Bem-Estar. O processo de reformas nos programas de Previdência Social empreendidas em nosso país a partir da década de 1990 consubstanciou uma persistente política de governo que coordena esforços para cortes de programas sociais. Ele se orienta de acordo com o que Paul Pierson chama de “lógica da retração”: as alterações nos sistemas previdenciários situam-se em uma atmosfera de austeridade fiscal, submetem-se convenientemente aos argumentos de crise *do welfare state* e se valem de estratégias típicas para redução dos custos políticos para sua implementação. Tais reformas são polidas por uma ideologia suficientemente capaz de fazer passar derrotas, por avanços e, redução do nível de proteção social, por recuos estratégicos (PIERSON, P. **Dismantling the Welfare State? Reagan, Thatcher, and the politics of retrenchment**. Cambridge: Cambridge University Press, 1994).

trabalho. O que mais causa impressão, contudo, são as vestes conservadoras de um método tradicional não apenas utilizado pela Suprema Corte para justificar suas decisões permeadas de argumentos consequencialistas político-econômicos, mas consagrado como *o método jurídico* de realização do Direito da Previdência Social, método este que não permitiria, pelas algemas da subsunção que impõe, o reconhecimento de direito previdenciário *fora do texto*.

Qualquer constituição da norma previdenciária no caso concreto, mediante juízo de equidade ou interpretação a partir de princípios constitucionais poderia, nesta perspectiva, ser reconhecida como violadora do princípio constitucional da precedência do custeio. O engenho hermenêutico que logrou unir coisas tão distintas é fruto da tese reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no emblemático caso das ações revisionais das pensões por morte.

O resultado hermenêutico chancelado pela Suprema Corte somente é possível de se alcançar, porém, quando se pensa o Direito como instrumento de uma determinada política, bem ao feitio da análise econômica do Direito. Determina-se de antemão o resultado mais conveniente, à luz da perspectiva consequencialista do utilitarismo para, em um momento que se confunde com o primeiro, conferir ao resultado uma argumentação compatível com as exigências do discurso jurídico. Reveste-se, assim, o argumento de política com uma forma metodológica conservadora, no jogo dos mitos de Montesquieu.

Mas ainda que o cenário econômico fosse, de fato, tão crítico, mesmo que a Seguridade Social não fosse superavitária como o é, ou que os recursos sociais destinados às ações de saúde, assistência social e previdência não fossem desviados de sua finalidade constitucional para repousarem em qualquer outra rubrica orçamentária, em suma, ainda que a ideologia da crise da Previdência Social correspondesse a uma realidade – e este trabalho esforçou-se em demonstrar que tal não ocorre –, é inaceitável perceber o Direito apresentando oferendas ao altar da utilidade.

É algo assim que tinha em consideração Konrad Hesse quando expressou a célebre noção de que não é em tempos tranquilos e felizes que a Constituição normativa vê-se submetida à sua própria de força, mas nas situações de emergência, nos tempos de necessidade⁷²⁴.

⁷²³ RAWLS, J. *A theorie of justice*, p. 26.

⁷²⁴ HESSE, K. *A força normativa da Constituição*, p. 25.

Armado com esse pensamento e buscando uma saída para o predomínio metodológico de extração conceitualista-utilitarista, este trabalho buscou reafirmar a tradição evolutiva da jurisprudência previdenciária em nosso país e isso foi realizado a partir de duas frentes fundamentais.

De um lado, destacando-se a sustentação teórica de tal tradição. Para este fim corroborou o aporte da hermenêutica filosófica gadameriana, vertente filosófica que recuperou a aplicação como momento integrante da compreensão. A superação do formalismo positivista se dá, portanto, com a reabilitação metodológica do caso concreto – e suas exigências de justiça – na problemática da interpretação da norma. A equidade não é uma liberalidade pautada pelo maior ou menor grau de compaixão do juiz previdenciário. É uma exigência teórico-metodológica fundamental.

De outro lado, forrando-se tal tradição contra as contingências dos interesses políticos hegemônicos ou dos caprichos econômicos, no objetivo de se permitir prosseguir a arte de constituição equitativa da norma previdenciária no caso concreto. A decisão judicial que se pretenda inserida no contexto de um Estado de Direito não deve ignorar os fundamentos axiológico-normativos do sistema jurídico que se propõe a concretizar no caso concreto. A adjudicação judicial não deve ser produto de uma ponderação política do que se pensa conveniente para as partes ou para a comunidade. A instrumentalização do Direito com vistas à maximização de uma determinada utilidade ou interesse significa o abandono, pelo pensamento jurídico, da racionalidade material que empresta legitimidade a qualquer ordem jurídica.

A superação do utilitarismo se dá, nessas condições, pela reafirmação da racionalidade material como norte a orientar a realização judicial do Direito, significando o comprometimento com os fundamentos primeiros de um sistema jurídico, com os princípios que permitem compreender a trama normativa que, nada obstante, somente se revela aperfeiçoada no caso concreto. Pelos princípios ao caso, sem se desconsiderar os efeitos reais da aplicação judicial do Direito, para que a decisão tenha *sentido no mundo*, mas apenas os efeitos cuja promoção fazem a decisão judicial ter igualmente *sentido no sistema*.

Sendo uma mediação entre a pretensão da norma e a realidade do caso concreto, a realização judicial do Direito Previdenciário deve voltar-se para o reconhecimento e a promoção de uma especial consequência: a proteção – ou não – de uma pessoa que se presume encontrar-se em uma contingência de necessidade. Em outras palavras, o dado da realidade que mais importa é a vida humana e suas possibilidades de preservação digna em

face do resultado jurídico da decisão. Essa consequência relaciona-se diretamente com o fundamento axiológico-normativo do sistema jurídico previdenciário que é, justamente, a proteção contra a necessidade.

O argumento da proteção contra a necessidade, justificador dos princípios constitucionais previdenciários fundamentais, consubstancia uma legítima adoção de considerações consequentialistas em matéria previdenciária, isto é, uma orientação para a constituição da norma no caso, mediante juízo equitativo.

O consequentialismo judicial previdenciário é aceitável apenas nestes termos. E, nestes termos, momento integrante indispensável da constituição equitativa da norma no caso concreto.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, R. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2005.
- _____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ANDERSON, P. Balanço do Neoliberalismo. In: SADER, E.; GENTILI, P. (Org.). **Pós-neoliberalismo**: as políticas sociais e o Estado democrático. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996.
- ANDRADE, J. C. V. **Os Direitos fundamentais na Constituição de 1976**. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2001.
- ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco, parte V. In: MORRIS, Clarence (Org.). **Grandes Filósofos do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ATIENZA, M. **El derecho como argumentación**: concepciones de la argumentación. Barcelona: Ariel, 2006.
- _____. **As razões do Direito**: Teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003.
- _____. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997.
- AZEVEDO, P. F. de. **Direito, Justiça Social e Neoliberalismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BALTAZAR JUNIOR, J. P.; ROCHA, D. M. **comentários à lei de benefícios da previdência social**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- BARROS, A. T. A embalagem pública do privado. **Revista Veritas**, v. 41, n. 164, dez./1996, Porto Alegre: EDIPUCRS, p. 737-759.
- BARROS, S. T. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.
- BARRY, B. **Theories of justice**. Los Angeles: University of California Press, 1989.
- BATICH, M. **Previdência do trabalhador**: uma trajetória inesperada. São Paulo Perspec. [online]. 2004, v. 18, n. 3, p. 33-40. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392004000300004>. Acesso em: 18 dez. 2009.
- BENTHAM, J. **An introduction to the principles of morals and legislation**. Oxford: Clarendon Press, 1907. p. 1-2, republicado Dover, Nova York, 2007.
- BERCOVICCI, G. **Constituição e estado de exceção permanente**. Atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue, 2004.
- BERLIN, I. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Brasília: UnB, 1981.

BITTAR, E. C. B. Lógica jurídica: uma perspectiva material e pragmática do raciocínio jurídico. In: BITTAR, E. C. B.; SOARES, F. M. (Orgs.). **Temas de filosofia do direito: novos cenários, velhas questões**. Barueri: Manole, 2004. p. 133-176.

_____; ALMEIDA, G. A. de. **Curso de filosofia do direito**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

BOBBIO, N. **Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRUECKNER, J. K. Welfare reform and the race to the bottom: Theory and Evidence. **Southern Economic Journal** 66, no. 3, 2000, p. 505, Disponível em: <<http://www.questia.com/PM.qst?a=o&d=5001165444>>. Acesso em: 13 dez. 2009.

BRUNON-ERNST, A. **Le panoptique des pauvres: Jeremy Bentham et la réforme de l'assistance en Angleterre**. Paris: Presses Sorbonne Nouvelle, 2007.

CABRAL, N. C. **O financiamento da segurança social e suas implicações redistributivas**. Lisboa: APSS, 2001.

CALABRESI, G. About Law and Economics: a letter to Ronald Dworkin. **Hofstra Law Review**, n. 8, p. 553-562, 1980.

CAMARGO, R. A. L. **“Custos dos direitos” e reforma do Estado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

CAMARGO E GOMES, M. E. A. Apontamentos sobre alguns impactos do projeto neoliberal no processo de formação de tutelas jurídico-políticas. In: MARQUES NETO, A. R. *et al.* **Direito e Neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar**. Curitiba: EDIBEJ, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

_____; MOREIRA, V. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

CARVALHO, M. C. M. de. O Utilitarismo, os Direitos e os Deveres Morais. In: PELUSO, L. A. (Org.). **Ética e utilitarismo**. Campinas: Alínea, 1998.

CIANCIARDO, J. **El conflictismo en los derechos fundamentales**. Navarra: Ediciones Universidad de Navarra – EUNSA, 2000.

COELHO, L. F. A fundamentação dos direitos humanos. In: KLOCK, A. B.; CAMBI, E.; ALVES, F. B. **Direitos fundamentais revisitados**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 39-88.

COHN, G. **Max Weber: sociologia**. São Paulo: Ática, 1986.

CORREIA, M. O. G. Por uma metodologia dos direitos humanos – uma análise na perspectiva dos direitos sociais. **Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social**, Faculdade de Direito da USP, São Paulo, v. 2, n. 4, jul./dez. 2007, p. 119-149.

_____. Interpretação do direito da segurança social. In: ROCHA, D.; SAVARIS, J. A. (Coords.). **Curso de Especialização em Direito Previdenciário**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 249-268.

_____. **Teoria e prática do poder de ação na defesa dos direitos sociais**. São Paulo: LTr, 2002.

_____. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais. In: CORREIA, E. P. B.; CORREIA, M. O. G. (Coord.). **Direito Previdenciário e Constituição**. São Paulo: LTr, 2004.

CORREIA, E. P. B.; CORREIA, M. O. G. **Curso de direito da seguridade social**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Curso de direito da seguridade social**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA NETO, N. D. de C.. A ideologia neoliberal e a globalização econômica: o impacto no campo dos direitos fundamentais. **Boletim dos Procuradores da República**, ano IV, n. 44, dez./2001.

CROZIER, M. **O fenômeno burocrático**: ensaio sobre as tendências burocráticas dos sistemas de organização modernos e suas relações, na França, com o sistema social e cultural. Brasília: UnB, 1981.

CRUZ, P. M. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo**. Florianópolis: Diploma Legal, 2001.

CUNHA, L. C. F. princípios de direito previdenciário na Constituição da República de 1988. In: FREITAS, V. P. (Coord.). **Direito Previdenciário**: aspectos materiais, processuais e penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 15-40.

CUNHA, R. M. C. da. **O caráter retórico do princípio da legalidade**. Porto Alegre: Síntese, 1979.

DAHL, Robert. The concept of power. **Behavioral Science**, v. 2, jul. 1957, p. 201-215.

DEJOURS, C. **A banalização da injustiça social**. Rio de Janeiro: FGV, 1999.

DELGADO, I. G. **Previdência social e mercado no Brasil**. São Paulo: LTr, 2001.

DONNER, W. "Mill's utilitarianism", in the **Cambridge Companion to Mill**. Cambridge-Mass.: Cambridge University Press, 1998.

DWORKIN, R. **A virtude soberana – A teoria e a prática da igualdade**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ELSTER, J. A possibilidade da política racional. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 14, n. 39, p. 13-59, fev. 1999.

_____. Auto-realização no trabalho e na política: a concepção marxista da boa vida. **Revista Lua Nova**, n. 25, p. 61-101, 1992.

ENTERRÍA, E. G. **Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas**. Madri: Civitas, 1999.

ESPING-ANDERSEN, G. **Social foundations of postindustrial economies**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

_____. After the golden age? Welfare State dilemmas in a global economy. In: ESPING-ANDERSEN, G. (Ed.). **Welfare States in transition**. National Adaptations in a Global Economies. London: Sage Publications, 1996.

ETALA, C. A. **Derecho de la seguridad social**. Buenos Aires: Astrea, 2002.

FAGNANI, E. política social e pactos conservadores no Brasil: 1964/92. **Economia e sociedade**, n. 8, p. 183-238.

FERRARESE, M. R. **Diritto e Mercato**. Turim: G. Giappiachelli Editore, 1992.

FOLHA DE S. PAULO, São Paulo, 20 fev. 1997, caderno Brasil.

_____. São Paulo, quinta-feira, 06 jul. 2000, caderno Brasil.

_____. São Paulo, sábado, 22 fev. 1997, caderno Brasil).

FORGIONI, P. A. Análise econômica do Direito (AED): paranóia ou mistificação? **Revista de Direito Mercantil**, n. 111, p. 9-28. São Paulo: Malheiros, 2005.

GADAMER, H. G. **Verdade e Método II**: complementos e índice. 2. ed. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004.

_____. **Verdade e Método I**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 5. ed. Tradução de Flavio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2003.

GOLDING, M. **Filosofia e teoria do direito**. Tradução de Ari Marcelo Sólón. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

GRAU, E. O futuro do Direito. In: NUNES, A. J. A.; COUTINHO, J. N. M. (Coords.). **O Direito e o futuro – o futuro do Direito**. Coimbra: Almedina, 2008.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GROSSI, P. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

HÄBERLE, P. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, I. W. (Org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 89-152.

HANSON, J.; HART, M. Law and Economics. In: PATTERSON, D. (Ed.). **A Companion to philosophy and legal theory**. Malden: Blackwell, 2005.

HARRISON, R. **Bentham**. London: Routledge & Kegan Paul, 1983.

HARSANYI, J. Morality and the theory of rational behaviour. In: SEN, A.; WILLIAMS, B. (Orgs.). **Utilitarianism and beyond**. Cambridge: Cambridge University Press, 1982. p. 39-62.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 2. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

_____. Between utility and rights. In: RYAN, A. (ed.). **The idea of freedom**, 1979. p. 77-98.

HECK, P. **El problema de la creación del derecho**. Tradução de Manuel Entenza. Granada: Editorial Ariel, 1999.

HESPANHA, A. M. **Hércules confundido: sentidos improváveis e incertos do constitucionalismo oitocentista – o caso português**. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. **O caleidoscópio do Direito: O Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje**. Coimbra: Almedina, 2007.

HESSE, K. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOFFE, O. **O que é Justiça?** Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

HORKHEIMER, M. Meios e Fins. In: _____. **Eclipse da razão**. São Paulo: Centauro, 2002.

HUME, D. **Uma investigação sobre os princípios da moral**. Tradução de José Oscar de Almeida Marques. Campinas: Editora Unicamp, 1995. (Coleção Repertórios)

IHERING, R. von. **A finalidade do Direito**. Tradução de Heder K. Hoffmann. Campinas: Bookseller, 2002. Tomo II.

_____. **A luta pelo Direito**. 16. ed. Tradução de João Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

KANT, I. Fundamentos da metafísica dos costumes. In: **Os Pensadores – Kant (II)**. Tradução de Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980. p. 103-162.

KOLM, S. C. **Teorias modernas da justiça**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo e Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KYMLICKA, W. **Filosofia política contemporânea**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LARENZ, K. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEVY, J. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, terça-feira, 23 ago. 2005, caderno Dinheiro.

LINHARES, J. M. A.; ROSA, A. M. da. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MACCORMICK, N. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. On legal decisions and their consequences. **New York University Law Review**, v. 58, n. 2, p. 239-258, May 1983.

MARTINEZ, W. N. **Princípios de direito previdenciário**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2001.

MARX, K. **Manuscritos econômico-filosóficos**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006.

MEDEIROS, M. **O que faz os ricos ricos: o outro lado da desigualdade brasileira**. São Paulo: Hucitec: Anpocs, 2005.

MENDES, G. F. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. **Repertório IOB de Jurisprudência**, Caderno 1, 2ª quin./jul. 2000, n. 14/00, p. 361-372.

MONTEIRO, C. S. **Teoria da argumentação e nova retórica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MORAIS, J. L. B. de. Crises do Estado, democracia política e possibilidades de consolidação da proposta constitucional. In: CANOTILHO, J. J. G.; STRECK, L. L. **Boletim da Faculdade de Direito STVDIA IVRIDICA**, 89 – Entre discursos e culturas jurídicas. Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra, 2006.

_____. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MOREIRA, M. M.; GIAMBIAGI, F. Políticas neoliberais? Mas o que é o neoliberalismo? **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 13, p. 171-190.

NASSIF, L. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, quinta-feira, 09 dez. 2004, caderno Dinheiro.

NEVES, A. C. **A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação**. Coimbra: Coimbra, 2003.

_____. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I**. Coimbra: Coimbra, 2003.

_____. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 1993.

NEVES, I. das. **Lei de bases da segurança social comentada e anotada**. Coimbra: Coimbra, 2003.

_____. **Dicionário técnico e jurídico de proteção social**. Coimbra: Coimbra, 2001.

_____. **Crise e reforma da segurança social: Equívocos e Realidades**. Lisboa: Edições Chambel, 1998.

_____. **Direito da segurança social**. Coimbra: Coimbra, 1996.

NEVES, M. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito. In: GRAU, E. R.; GUERRA FILHO, W. S. (Orgs.). **Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 356-367.

NOZICK, R. **Anarquia, Estado e Utopia**. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

ORTEGA, M. S. **La racionalidad jurídica**. Madrid: Tecnos, 1998.

OST, F. Juge-pacificateur, juge-arbitre et juge entraîneur. Trois modèles de justice. In: GERARD, P.; OST, F.; KERCHOVE, M. (Orgs.). **Fonction de juger, et pouvoir judiciaire**: transformations et déplacements. Bruxelas: Publications des Facultés Universitaires Saint Louis, 1983.

PARIJS, P. V. **Refonder la solidarité**. Paris: Les Éditions du Cerf, 1999.

PELUSO, L. A. Jeremy Bentham e seus críticos. In: PELUSO, L. A. (Org.). **Ética e utilitarismo**. Campinas: Alínea, 1998.

_____. Utilitarismo e ação social. In: PELUSO, L. A. (Org.). **Ética e utilitarismo**. Campinas: Alínea, 1998. p. 13-26.

PERELMAN, C. **Lógica jurídica**. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. **Ética e Direito**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____; OLBRECHTS-TYTECA, L. **Traité de l'argumentation**: la nouvelle rhétorique. 5. ed. Bruxelas: Éditions de l'Université de Bruxelas, 1998.

_____. **La lógica jurídica y la nueva retórica**. Tradução de Luís Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1979.

_____. Évidence et preuve. In: _____. **Justice et raison**. 2. ed. Bruxelas: Éditions de l'Université de Bruxelles, 1970.

_____. La philosophie du pluralisme et la nouvelle rhétorique. **Revue Internationale de Philosophie**, n. 127-128, p. 5-17, 1979.

PIERSON, P. **Dismantling the Welfare State? Reagan, Thatcher, and the politics of retrenchment**. Cambridge: Cambridge University Press, 1994.

_____. Post-Industrial pressures on the mature Welfare States. In: _____. (ed.). **The new politics of the Welfare State**. Oxford: Oxford University, 2001.

_____. The New politics of the Welfare State. **World Politics**, Baltimore, v. 48, n. 2, p. 143-179, Jan, 1996.

PINHEIRO, V. C.; CAETANO, M. A. Projeções atuariais para o RGPS, previdência dos servidores públicos federais, militares e assistência social. **Informe da Previdência Social**, n. 5, v. 13, p. 2.

POHLMAN, H. L. **Justice Oliver Wendell Holmes & utilitarian jurisprudence**. Harvard: Harvard University Press, 1984.

POPPER, K. R. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tradução de Milton Amado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1987.

POSNER, R. A. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **The problems of jurisprudence**. London: Harvard University School, 1990.

_____. **The economics of justice**. Harvard: Cambridge University Press, 1983.

_____. **How judges think**. London: Harvard University Press, 2008.

POSTEMA, G. J. **Bentham and the common law tradition**. Oxford: Clarendon Press, 1986.

POUND, R. **Introdução à filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1965.

_____. **Las grandes tendencias del pensamiento jurídico**. Barcelona: Ediciones Ariel, 1950.

_____. **The spirit of the common law**. Cambridge: Marshall Jones Company, 1921.

QUINTON, A. **Utilitarian Ethics**. London: Duckworth, 1989.

RAWLS, J. **Uma teoria da justiça**. 2. ed. Tradução de Carlos Pinto Correia. Lisboa: Editorial Presença, 2001.

_____. **Justiça e democracia**. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. Social unity and primary goods. In: SEN, A.; WILLIAMS, B. (Eds.). **Utilitarianism and beyond**. New York: Cambridge University Press, 1982.

_____. **A theorie of justice**. Cambridge-Mass: Harvard University Press, 1971.

RAZ, J. **Ethics in the public domain**. Oxford: Clarendon Press, 1994.

ROCHA, D. As aposentadorias dos servidores públicos e as reformas constitucionais. In: ROCHA, D.; SAVARIS, J. A. (Coords.). **Curso de Especialização em Direito Previdenciário**. Curitiba: Juruá, 2005.

ROCHA, D. M. **O Direito fundamental à previdência social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

ROEMER, A. **Introducción al análisis económico del derecho**. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

SADEK, M. T. El poder judicial y la magistratura como actores políticos. In: **El Brasil de Lula: Diputados y Magistrados**. Leôncio Martins Rodrigues y Maria Tereza Aina Sadek. Buenos Aires: La Crujía y PNUD, 2004.

SAMPAIO, J. A. L. Expectativa de direito e direito adquirido como franquias e bloqueios da transformação social. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 265-343.

SARLET, I. W. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, I. W. (Org.).

Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 13-44.

_____. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, C. L. A. (Org.). **Constituição e segurança jurídica:** direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 85-135.

_____. O Estado Social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 4, jul. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso: 20 fev. 2006.

SARMENTO, D. **Os princípios constitucionais e a ponderação de bens.** Teoria dos Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. Eficácia temporal do controle de constitucionalidade: [o princípio da proporcionalidade e a ponderação de interesses] das leis. **Revista de Direito Administrativo**, n. 212, p. 27-40, abr./jun. 1998.

SAVARIS, J. A. **Direito processual previdenciário.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. O princípio constitucional da adequada proteção previdenciária: um novo horizonte de segurança social ao segurado aposentado. **Revista de Previdência Social.** São Paulo: LTr, n. 326, p. 5-16, jan. 2008.

_____. Traços elementares do sistema constitucional da seguridade social. In: ROCHA, D. M.; SAVARIS, J. A. (Coords.). **Curso de Especialização em Direito Previdenciário.** Curitiba: Juruá, 2006. v. 1, n. 61, p. 93-163.

_____. **Pedágio:** pressupostos jurídicos, Curitiba: Juruá Editora, 2004.

SCHÄFER, J. G. **Direitos fundamentais:** proteção e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHEFFLER, S. (Ed.). **The rejection of consequentialism.** New York: Oxford University Press, 1994.

_____. **Consequentialism and its critics.** New York: Oxford University Press, 1988.

SEN, A. **Desigualdade reexaminada.** Tradução de Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001.

_____. **Desenvolvimento como liberdade.** Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

_____. Well-being, agency and freedom (The Dewey Lectures 1984). **The Journal of Philosophy**, v. LXXXII, p. 185-221, 4 April 1985.

_____. **Collective choice and social welfare.** San Francisco: Holden-Day, 1970.

SHAPIRO, M.; SWEET, A. S. Law, Courts and Social Science. In: **On law, politics and judicialization.** Oxford University Press, 2002.

SHAVELL, S. **Economic analysis of law.** New York: Foundation Press, 2004.

SILVA, C. A. da. **O Direito Econômico na Perspectiva da Globalização**. São Paulo: Renovar, 2000.

STIGLITZ, J. E. **Os exuberantes anos 90**: uma nova interpretação da década mais próspera da história. Tradução de Sylvia Maria S. Cristóvão dos Santos, Dante Mendes Aldrighi, José Francisco de Lima Gonçalves, Roberto Mazzer Neto. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

SZTAJN, R. Notas de análise econômica: contratos e responsabilidade civil. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo: Malheiros, 1998. n. 111, p. 9-28.

TAYLOR, M. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil, DADOS – **Revista de Ciências Sociais**, v. 50, n. 2, 2007.

TEUBNER, G. Regimes Privados: Direito neo-espontâneo e constituições dualistas na sociedade mundial. In: _____. **Direito, sistema e policontextualidade**. Tradução de Brunela Vieira de Vincenzi et al. Piracicaba: Unimep, 2005.

TOLEDO, C. **Direito adquirido e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Landy, 2003.

UGATTI, U. D. **O princípio constitucional da contrapartida na seguridade social**. São Paulo: LTr, 2003.

VIANNA, M. L. T. W. **A americanização (perversa) da seguridade social no Brasil**: estratégias de bem-estar e políticas públicas. Rio de Janeiro: IUPERJ: UCAM, 2000.

VILLEY, M. **Filosofia do direito**: Definições e fins do direito; os meios do direito. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

VITA, A. de. **A justiça igualitária e seus críticos**. São Paulo: Unesp, 2000.

_____. O lugar dos direitos na moralidade política. **Lua Nova**, São Paulo, v. 30, n. 30, p. 5-34, 1993.

_____. **O liberalismo igualitário**: sociedade democrática e justiça internacional. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

WALZER, M. **Esferas da justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WEBER, M. A política como vocação. In: _____. **Ciência e Política**: Duas Vocações. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1993.

_____. **Economia y sociedad**. Tradução de J. Medina Echevarría e outros. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1977.

WILLIAMS, B. A critique of utilitarianism. In: SMART, J. J. C.; WILLIAMS, B. **Utilitarianism**: for and against. Cambridge: Cambridge University Press, 1973.

WRÓBLEWSKI, J. **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica**. Tradução de Arantxa Azurza. Madrid: Civitas, 1985.