

Revista da AJUFERGS

ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS
DO RIO GRANDE DO SUL
06 - 2009



Revista da AJUFERGS

Publicação oficial da ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES
FEDERAIS DO RIO GRANDE DO SUL - AJUFERGS

Diretor Cultural da Revista

Gerson Godinho da Costa

Conselho Editorial

Gerson Godinho da Costa

Daniel Machado da Rocha

Paulo Paim da Silva

Capa, Projeto Gráfico

Headway Propaganda

Revisão

Lorena Parayba

Diagramação

Fábio Teixeira

Impressão

Algo Mais - Artes Gráficas

Revista da AJUFERGS / Associação dos Juizes Federais do Rio Grande do Sul. – n. 01
(março 2003). – Porto Alegre: AJUFERGS, 2003- .

Irregular.

Descrição de: n. 06 maio 2009

ISSN 1679-2262

1. Direito – Periódico. 2. Poder Judiciário – Brasil. I. Associação dos Juizes
Federais do Rio Grande do Sul.

CDD 34.05

CDU 34(05)

(Bibliotecária responsável: Ivete Tazima, CRB-10/1117)

As opiniões expressas nos trabalhos são de responsabilidade dos Autores.
Não são devidos direitos autorais ou qualquer remuneração
pela publicação dos trabalhos nesta Revista.

**ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS
DO RIO GRANDE DO SUL**

Fundada em 08 de dezembro de 2001

CONSELHOS

Conselho Executivo

Presidente

Gabriel de Jesus Tedesco Wedy

Vice-presidente Administrativo

Tiago Scherer

Vice-presidente de Patrimônio e Finanças

Altair Antonio Gregorio

Vice-presidente Cultural e da ESMAFE-RS

Daniel Machado da Rocha

Vice-presidente de Assuntos Institucionais

José Francisco Andreotti Spizzirri

Vice-presidente de Assuntos Jurídicos

Gabriel Menna Barreto Von Gehlen

Conselho Fiscal

Salise Monteiro Sanchotene

Rafael Farinatti Aymone

Jorge Luiz Ledur Brito

Diretoria AJUFERGS

Diretor Cultural

GERSON GODINHO DA COSTA

Diretor Administrativo da ESMAFE-RS

ROGER DE CURTIS CANDEMIL

Diretor de Ensino da ESMAFE-RS

PAULO PAIM DA SILVA

Diretora Social e de Benefícios

MARGA INGE BARTH TESSLER

Diretor de Esportes

LUIS HUMBERTO ESCOBAR ALVES

Diretor de Assuntos do Interior do Estado

FÁBIO VITÓRIO MATTIELLO

Diretor de Assuntos Legislativos

RODRIGO MACHADO COUTINHO

Diretoria ESMAFE

Diretor-Geral da ESMAFE

DANIEL MACHADO DA ROCHA

Diretor Administrativo

ROGER DE CURTIS CANDEMIL

Diretor de Ensino

PAULO PAIM DA SILVA

Diretor Cultural

GERSON GODINHO DA COSTA

SUMÁRIO

O CONCILIADOR NOS JUIZADOS FEDERAIS Adel Americo Dias de Oliveira	13
CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS Andrei Pitten Velloso	31
A ASSISTÊNCIA SOCIAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL: UMA ANÁLISE DA EVOLUÇÃO DA CONCRETIZAÇÃO JUDICIAL DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL Daniel Machado da Rocha	101
ALBERTO PASQUALINI: O HOMEM, O PENSAMENTO E O TRABALHISMO Gabriel Wedy	137
OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA CAPACIDA- DE CONTRIBUTIVA E OS LIMITES DE DEDUÇÃO DO IMPOS- TO DE RENDA Gerson Godinho da Costa	171
O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ADEQUADA PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA: UM NOVO HORIZONTE DE SEGURANÇA SOCIAL AO SEGURADO APOSENTADO José Antonio Savaris	201
O PENSAMENTO COMPLEXO E UMA HERMENÊUTICA RESTAURADORA DO SENTIDO: ALTERNATIVAS PARA A BUSCA DE UMA CONVIVÊNCIA POSSÍVEL? Moacir Camargo Baggio	229
DECADÊNCIA DO PODER DE REVISÃO DO ATO QUE CONCEDE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO Tiago do Carmo Martins	269



EDITORIAL

A Associação dos Juizes Federais do Rio Grande do Sul – AJUFERGS tem o grato aprazimento de disponibilizar à comunidade jurídica o sexto volume de sua Revista.

Assim como vem ocorrendo desde volumes anteriores, em virtude do número de trabalhos apresentados, a política editorial, até o momento em que isto seja possível, tem optado pela publicação apenas de artigos escritos por associados ou integrantes do corpo docente da Escola Superior da Magistratura Federal – ESMAFE/RS, todos magistrados federais.

Dá-se continuidade ao trabalho de divulgação do pensamento jurídico de parte dos juizes federais. Não se cinge o volume, entretanto, a esse objetivo. A qualidade dos ensaios, a variação dos temas e a diversidade de propostas interpretativas apresentadas se constituem como importante contribuição para o aprimoramento do Direito, prestando-se como interessante ferramenta do operador militante na área federal, como aos acadêmicos em geral.

Contribuíram para este volume os eminentes Juizes Federais Adel Américo Dias de Oliveira, Andrei Pitten Velloso, Daniel Machado da Rocha, Gabriel de Jesus Tedesco Wedy, Gerson Godinho da Costa, José Antonio Savaris, Moacir Camargo Baggio e Tiago do Carmo Martins.

Agradecemos aos colaboradores e, simultaneamente, exortamos todos os associados para participarem da edição dos próximos volumes, assim compartilhando seus estudos e experiências profissionais.



PALAVRA DA DIRETORIA

O cenário no qual se insere o recente processo de democratização, iniciado após mais de vinte anos de período de exceção, idade há pouco completada pela Constituição Federal, evidencia que o caminho a percorrer para consolidação de uma sociedade mais justa, fraterna e solidária, além de extenso, impõe inúmeras dificuldades.

Não é possível prognosticar a distância ainda a percorrer ou a totalidade dos obstáculos que deverão ser superados. Ainda assim, já é possível identificar dois deles, ambos relacionados ao campo de atuação da Ajufergs.

O primeiro condiz com a atual e enfática flexibilização dos compromissos sociais. Natural que depois do longo intervalo de embrutecida arbitrariedade política houvesse alguma distensão. Contudo, já tarda o momento de encarrilhar os vínculos comunitários.

Muito longe de compactuar com qualquer espécie de conservadorismo, decerto não é admissível consentir com a ausência de qualquer comprometimento social. Parece óbvio afirmar que a consagração da liberdade implica responsabilidade de todos, sob pena de consolidar a liberdade de apenas alguns poucos. Mas infelizmente não é o que se observa. Em *terra brasilis* é corrente a indistinção da liberdade com desrespeito ao próximo, às instituições ou à democracia.

Certamente esta não é uma característica específica do brasileiro. O relativismo impresso na filosofia hermenêutica contribuiu para o desmantelamento de dogmas morais e científicos. O que não significa, porém, que não possam surgir orientações para o harmônico convívio social. Ao relativismo não se baralha o hedonismo cínico e egoísta que preconiza a complacência com arbitrariedades individuais, as quais insistem em predominar sobre valores intrínsecos à dignidade da pessoa humana. Se esse desvio social não nos é particular, por outro lado, é inegável que se apresenta acentuado em território pátrio pela atávica e desordenada mescla entre interesses públicos e privados.

É preciso urgentemente superar essa fase mediante a reafirmação de compromissos sociais fundamentados em valores empenhados na inclusão universal dos interesses sociais.

Esse indesejável elastério alcança indiretamente o Poder Judiciário. Obrigações tributárias, mesmo constitucionalmente filtradas, são esfaceladas pelo singelo e inverídico argumento de oposição ‘estado vs. contribuinte’, como se este não portasse qualquer compromisso comunitário ou se aquele pudesse ser imediatamente identificado com o interesse social. As disfunções estatais não permitem atuações permissivas, senão ações que objetivem os ajustes necessários. Essa situação não difere daquela percebida na área penal. Excetuado qualquer revanchismo injustificável, constata-se o relaxamento na imposição de punições – as quais não se cingem ao recolhimento à prisão –, muito especialmente quando há a possibilidade de desfavorecer os que detêm melhores condições econômicas.

Não devem ser preconizadas posturas intransigentes, que concretizem o superado modelo positivista de ‘lei e ordem’. Mas o Poder Judiciário, como instância catalisadora da democracia, não pode olvidar seu papel de reclamante de comportamentos compatíveis com os interesses sociais.

A outra oposição identificada está diretamente relacionada ao desempenho do Poder Judiciário. Paradoxalmente, exortador do Estado Democrático de Direito, deixa de orientar-se, internamente, pelos princípios que pretende deflagrar. Qualquer magistrado pode reconhecer a inconstitucionalidade de um diploma legal emanado de outro Poder republicano, ao mesmo tempo em que se encontra vinculado a atos, resoluções e enunciados instituídos pelas instâncias ditas superiores sem qualquer discussão a respeito das matérias disciplinadas. Poder do qual se exige transparência e denodo no cumprimento de suas incumbências constitucionais, mas que termina por se compatibilizar com escolhas pouco democráticas daqueles que, por exemplo, exercem funções administrativas.

Hic et nunc entrelaçam-se os dois obstáculos que agem como elementos construtores do Leviatã que precisa ser combatido.

Na atualidade de individualismo exacerbado, socialmente descomprometido, é absolutamente equivocado esperar que terceiros intervejam em favor do Poder Judiciário. Afora os mal-intencionados cuja predileção é pela sua debilidade, muitos ainda não compreenderam a relevância do Poder Judiciário para a solidificação da democracia.

Por conseguinte, insta que as associações de classe trabalhem com afinco para superação desses obstáculos. Entretanto elas não funcionam automaticamente. O desencadeamento de suas ações pressupõe o abnegado trabalho de alguns poucos. E por mais competentes e combativos que o sejam, precisam contar com a força de toda a categoria.

Juiz é agente da democracia. Atua mediante o exercício da autoridade inerente aos atos judiciais. Todavia a autoridade não mais se basta por si só, compreende responsabilidade e postura democrática. Escorar-se em passado, lamentavelmente ainda não de todo sepultado, é insuficiente para a legitimação do Poder. É preciso, pois, que o juiz se dispa da condição platônica de rei-filósofo e encare a situação com desprendimento, enquanto instrumento estabilizador da sociedade, e não simplesmente escorado no 'dr' que precede seu nome.

A Ajufergs cotidianamente se mostra disposta ao embate. Contudo, embora seu desempenho enérgico e corajoso, não a desmerece o fato de os circuitos antagônicos estarem em maior número. Contra estes, é preciso a participação de todos. Aos magistrados contrapõe-se o vetusto e comezinho bordão hispânico em forma interrogativa ao invés de afirmativa: passarão?

Em passado recente, no Chile, passaram. Mas o país conseguiu rearticular suas forças e recolher os destroços, tornando ao seu devido lugar. Aos que tombaram pelo caminho, a homenagem da memória pela certeza de que sem eles o arbítrio poderia se eternizar.

A Ajufergs tem a convicção de que com a atuação conjunta de seus associados a resposta àquela indagação será negativa. Pelo bem do Poder Judiciário, pelo bem da democracia. Que as brisas andinas fortaleçam nossa disposição!



O CONCILIADOR NOS JUIZADOS FEDERAIS

Adel Americo Dias de Oliveira

Juiz Federal da Primeira Turma Recursal do Rio Grande do Sul, Especialista e Mestrando em Administração do Poder Judiciário. FGV/Rio, Professor da Esmafe/RS.

SUMÁRIO: Resumo. Introdução. 1 Gênese dos Juizados. 1.1 Juizado Estadual. 1.2 Juizado Federal. 2 O início. 2.1 Demanda criada. 3 O Juiz. 4 O e-proc. 5 Juízes leigos e Conciliadores. 5.1 Resolução 54 de 28 de Novembro de 2001. 5.2 Seleção dos Conciliadores. 5.3 Evolução Normativa. 5.4 Realidade atual. Conclusão.

RESUMO

O objetivo do trabalho é analisar a posição *sui generis* que ocupam os Conciliadores na realidade judiciária especialmente no âmbito da Justiça Federal da quarta região.

Para tanto, faz-se uma análise da situação do Poder Judiciário após a redemocratização do país e a necessidade de se dotar este ramo do poder central de instrumental adequado para dar vazão às necessidades de uma cidadania por décadas reprimida.

As dificuldades da Magistratura para enfrentar os novos desafios. Um modelo antigo de formação que não consegue mais atender os reclamos sociais e a perplexidade destes profissionais diante da nova realidade.

A possibilidade de com interpretação tecnicamente adequada, conceder uma eficácia maior aos comandos legais, superando-se assim um viés conservador e autoritário de alguns seguimentos do Poder Judiciário.

INTRODUÇÃO

Considerando o poder como uno e o executivo, legislativo e judiciário como seus ramos, não é temerário afirmar que o seguimento judiciário foi aquele que estava menos preparado para as mudanças ocorridas na sociedade brasileira após a redemocratização do país.

Verticalizado e autoritário o Judiciário brasileiro sempre teve uma enorme dificuldade em se abrir para inovações. Além disso, as diversas corporações que nele tem sua razão de existir, constantemente estão em atrito, o que dificulta a tomada de decisões que objetivem aumentar a eficiência e diminuir custos.

Assim, o advento de uma legislação simplificadora de procedimentos, principalmente com aplicabilidade à Justiça Federal deve ser saudada como alvissareira e indicadora dos novos tempos.

A postura algo corajosa de alguns Magistrados que ao fazer uma leitura pragmática da nova legislação, visando otimizar os escassos recursos humanos e materiais para, de forma mais expedita, prestar jurisdição a quem precisa, deve ser avaliada como digna de nota pelos estudiosos do direito público.

Seguramente o que mais desgasta a figura institucional do Magistrado e do Poder Judiciário frente a opinião pública é a excessiva lentidão dos processos. Aguardar cinco, dez ou mais anos por uma decisão judicial, além de ferir a Carta Magna é uma afronta aos princípios mínimos de cidadania e humanidade.

Tristemente a preocupação com o jurisdicionado ainda não alcançou alguns importantes gabinetes do Judiciário que ainda vêm a prestação jurisdicional com um fim em si mesmo ou no máximo como esteio para vaidades pessoais.

O procedimento dos juizados especiais, veio demonstrar que é possível realizar uma justiça, digna, justa, rápida e por um custo admissível, bastando para tanto vontade política para fazê-lo.

1 GÊNESE DOS JUIZADOS ESPECIAIS

O binômio certeza e presteza jurisdicional têm sido nos últimos vinte anos no Brasil, o principal motivador para as alterações legislativas voltadas ao processo e ao procedimento.

A busca de uma justiça mais rápida, mas sem perder a capacidade de decidir bem é um desafio para todos quanto tem se debruçado sobre este tema.

Muitos são os caminhos apontados por especialistas para resolver o problema como, por exemplo, simplificação dos procedimentos, a custa de uma redução na possibilidade de produção de prova, pelo menos para algumas modalidades de ações; redução do número de recursos; imposição de depósito recursal, fase pré-judicial em busca de conciliação entre outros.

Diversas iniciativas para a simplificação processual têm sido barradas no Congresso Nacional pela permanente disputa corporativa entre a Magistratura, Advocacia, Membros do Ministério Público e até representantes das Polícias. Todos receosos de perder ou ver diminuída a sua representatividade.

Tudo isso é fruto de uma nova e ágil realidade social que desde a penúltima década do Século XX, vem exigindo não só do Judiciário Brasileiro, mas de um modo geral de todos os Judiciários do Mundo Ocidental, mais efetividade na solução dos conflitos.

Na realidade o que se observa é a incapacidade do Estado, por qualquer dos ramos do Poder, responder as exigências de uma sociedade multicultural e impaciente para aguardar os demorados ritos do processo tradicional.

Essas circunstâncias são mais agudas no Brasil, após a redemocratização do país o Poder Judiciário recuperou sua importância social e passou a ser significativamente procurado pela nova cidadania que surgiu.

A verdade é que o país encontrou este seguimento do Poder, o Judiciário, despreparado para as novas exigências e impregnado por uma cultura de distanciamento do cidadão e bastante refratário a críticas e aperfeiçoamentos.

O legislador constituinte de 1988, ciente das dificuldades do Poder Judiciário em dar uma resposta rápida e efetiva aos cidadãos e compreendendo as limitações orçamentárias que impediam e impedem o crescimento permanente da máquina pública, buscou através da simplificação procedimental, dotar o Judiciário de instrumental adequado para fazer frente à pleora de novos feitos.

Assim, a Constituição Federal de 1988 em seu Artigo 98, inciso I, criou os juizados especiais que, providos por juízes togados e leigos, devem conciliar, julgar e executar as causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo.

1.1 Juizado Estadual.

A regra do Artigo 98 da Constituição Federal foi inicialmente pensada para atender as demandas que alcançavam os balcões das varas da Justiça Estadual e a Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995 que lhe concedeu eficácia foi no mesmo sentido.

Elaborada com a intenção de solver querelas patrimoniais entre particulares, o novel diploma na época foi revolucionário.

Inspirada em experiências levadas a efeito no Rio Grande do Sul e Minas Gérias com os denominados Juizados de Pequenas Causas, a nova legislação sustenta-se nos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando sempre a conciliação ou a transação.

Esta nova lei, de fato, foi a primeira tentativa efetiva do legislador federal desde a edição do CPC de 1973 em buscar solução quanto à morosidade na prestação jurisdicional, utilizando-se da simplificação procedimental.

Limitando o valor da causa a 40 salários mínimos, permitindo o auxílio de conciliadores e juízes leigos e concentrando a prática dos atos processuais, seguramente, o legislador criou uma ferramenta que o trabalho forense viria a desenvolver e aperfeiçoar.

Contudo, como dito alhures, esta lei é destinada a solver questões de natureza patrimonial entre particulares e surgiu o entendimento de que para a sua aplicação à justiça federal, necessário a previsão constitucional.

Assim, a EC 22 de março de 1998 agregou ao Artigo 98 da CF, um parágrafo que dispunha sobre a criação dos juizados especiais no âmbito federal.

1.2 Juizado Federal.

Após a promulgação da referida emenda foi aprovada pelo Congresso Nacional a Lei 10.259 de julho de 2001 que, em seu Artigo primeiro instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais na Justiça Federal e declarou expressamente que em sua eventual omissão deveria ser aplicada de forma subsidiária a Lei 9.099, de setembro de 1995.

A importância deste diploma procedimental pode ser aquilatado pelo fato de nas ações limitadas a 60 salários mínimos a União e seus entes passarem a ser demandados em juízo sem qualquer privilégio, inclusive quanto a prazos processuais, sendo que eventuais créditos serão pagos por requisição de pequeno valor em até 60 dias após o trânsito em julgado da decisão judicial.

A circunstância do ente público ser demandado em juízo com paridade de armas ao cidadão comum e a possibilidade do pagamento ocorrer de forma expedita sem a demora do procedimento do precatório, são elementos basilares do procedimento do Juizado no âmbito Federal que o diferenciam do seu irmão Estadual.

2 O INÍCIO

Os Juízes Federais com competência criminal, desde 1995 aplicavam a Lei 9.099/95 em seu aspecto criminal, ou seja, os conceitos de crime de pequeno e médio potencial ofensivo já recebiam guarida no seio da Justiça Federal.

Contudo foi somente com a nova lei que as demais áreas da jurisdição federal, passaram a contar com este novo procedimento.

2.1 Demanda Criada.

Inicialmente a competência dos juizados federais foi limitada à matéria previdenciária por ato do Conselho da Justiça Federal que acolheu faculdade prevista no Artigo 23 da Lei 10.259/01.

Posteriormente, a competência foi ampliada, alcançando-se a plenitude prevista na lei de regência.

No âmbito da quarta região, o Tribunal Regional Federal passou a implantar varas de Juizado com competência previdenciária a partir de janeiro de 2002. Nas subseções com mais de uma vara, sempre que possível, converteram-se varas com jurisdição comum já existentes em varas de juizado com competência exclusiva, onde isso não foi possível, varas já existentes passaram a cumular competência com o Juizado.

Esta especialização que na quarta região já possuía um importante precedente com a especialização de varas comuns em matéria previdenciária, mostrou-se mais uma vez acertada visto a demanda de feitos que vieram a aportar nas varas federais.

Após um breve início vacilante, quando os operadores do direito ainda estavam se adaptando à nova realidade, o incremento de processos foi uma resposta saudável da cidadania que via até então, passados mais de 10 anos da promulgação da Constituição, seus reclamos não tendo a receptividade necessária na Justiça Federal.

Certo que um significativo percentual destes feitos surgiu pela facilidade em se ajuizar uma ação, visto a desnecessidade de Advogado no primeiro grau de jurisdição e a inexistência de custas. Ainda assim, o elevado número de ações julgadas procedentes e confirmadas pelas Turmas Recursais, principalmente na seara previdenciária, está em demonstrar a necessidade e importância deste procedimento.

A exemplificar esta inflação processual temos a antiga Terceira Vara Cível da sub-seção de Novo Hamburgo/RS que em abril de 2002, quando por ato do Tribunal Regional Federal da 4a Região foi transformada em Vara do Juizado Especial Previdenciário, possuía em tramitação cerca de sete mil processos que foram integralmente redistribuídos para a Primeira e Segunda Varas Cíveis da mesma sub-seção.

Transcorridos pouco mais de 14 meses daquela mudança, referido juízo recebeu conforme dados do SIAPRO (Sistema de Acompanhamento Processual da Justiça Federal da Quarta Região) o total de 10.817 processos e em Junho de 2004, ou seja, dois anos após a transformação possuía em tramitação 13.258 feitos.

O ápice contudo veio a ocorrer em Outubro de 2005 com mais de 22 mil processos em tramitação. Situação que não foi exclusiva daquele Juízo, repetindo-se em diversos locais da quarta região da justiça federal.

Importante destacar que o advento do Juizado Federal para a instituição Justiça Federal foi importante para demonstrar aos seus gestores em primeiro lugar e para a sociedade em geral o alcance social e a necessidade deste seguimento do Judiciário se tornar acessível a todos.

Conhecida como um seguimento elitizado do Poder Judiciário, foram os Juizados quem trouxeram para a Justiça Federal o choque de realidade social que este serviço público tanto precisava para amadurecer e justificar sua própria existência perante a sociedade civil.

3 O JUIZ

Figura central na condução do processo, o Juiz do Juizado Especial Federal, ocupa posição peculiar no sistema e a sua postura profissional frente a este desafio poderá ser decisiva para o sucesso ou não dos Juizados.

Já com CPC de 1973 o legislador atribuiu ao Juiz uma posição pró-ativa quanto à condução do processo e à produção de provas. Apesar da possibilidade legal, poucos eram os Magistrados que efetivamente atuavam de forma efetiva para suprir eventuais falhas das partes na defesa de direitos. Esta posição algo conservadora era e é fruto do receio do Juiz de ser acusado de parcial e, portanto, impedido de julgar a causa que lhe é submetida e ainda de uma cultura tradicional nas Escolas de Direito de colocar o Estado – Juiz acima e além das partes.

Contudo, na seara dos Juizados Especiais como um todo, a mudança de paradigma na postura do Juiz se faz necessária por força dos princípios que regem este procedimento que, como mencionados antes, são a oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade.

No âmbito dos Juizados Federais esta mudança de atitude se faz ainda mais necessária pois a presença do ente público na relação processual, produz situações próprias que a Lei 10.259/01 ou a Lei 9.099/95 não preveem solução e precisam, antes de tudo, do bom senso do julgador.

O Juiz do Juizado Federal deve estar aberto para inovações de toda ordem. Deve buscar resolver os “gargalos” na tramitação do feito dentro

da Secretaria do seu Juízo e ir além, mantendo contato direto com os representantes das instituições públicas que são parte dos feitos em que atua.

Pouco adianta um processo obter sentença de procedência com trinta dias de tramitação se a decisão que determinou a implantação do benefício em antecipação de tutela, somente foi cumprida em seis meses.

A maioria dos Magistrados por hábito ou excesso de trabalho não acompanham a tramitação do feito após proferir sentença e muitas vezes as maiores dificuldades de tramitação ou perda de tempo se dão após o julgamento de primeiro grau e antes de eventual reexame da matéria pela Turma Recursal. Por isso a importância de se criar parâmetros de acompanhamento dos feitos em suas diversas fases como já desenvolvido pela Coordenadoria dos Juizados Federais da Quarta Região com o apoio de Juízes com jurisdição nesta área.

4 O E-PROC

Instituído pela Resolução número 13 de Março de 2004 do Tribunal Federal da Quarta Região o processo eletrônico ou e-proc na realidade é um sistema operacional que utiliza a rede mundial de computadores (web) como uma nova forma de apresentação do processo.

Não se trata de um processo digital que pressupõe a existência de documentos criados apenas na forma digital e assegurados pelo sistema brasileiro de chaves públicas. No denominado e-proc os documentos que instruem o processo, inclusive as peças desenvolvidas pelas partes, existem fisicamente e são convertidas para arquivos eletrônicos mediante a utilização de um scanner.

O e-proc foi instalado inicialmente na vara do juizado especial de Rio Grande e após um período de testes, foi paulatinamente sendo implantado em todos os Juizados da Justiça Federal da Quarta Região. No primeiro momento, a aplicabilidade do sistema ficou restrita aos processos sem dilação probatória, posteriormente por ato da Coordenadoria dos Juizados Especiais, órgão do Tribunal Regional Federal, foi estendido para todos os tipos de processo.

Fruto de grandes controvérsias entre os operadores do Direito, o e-proc possui duas grandes e inegáveis qualidades que são a economia de gastos e o aumento da celeridade no andamento processual.

Contudo as críticas são em maior número e podem ser exemplificadas: a) dificuldade de operacionalização; b) excessivo desgaste físico por parte, principalmente, de Juízes e Servidores; c) possibilidade de fraude, não há checagem quanto à autenticidade dos documentos “escaneados”; d) limitações técnicas que violam as regras do CPC impedindo a utilização do instrumental recursal adequado, visto a utilização subsidiária do CPC no sistema dos juizados.

Curioso que somente com a edição da Lei 11.419 de Dezembro de 2006 é que os atos praticados por via eletrônica passaram a ter base legal. já que, até então, esta ferramenta era sustentada por uma mera Resolução da Corte Regional.

Observe-se a preocupação do legislador em prever a chancela aos atos pretéritos no Artigo 19 da mencionada lei: “Ficam convalidados os atos processuais praticados por meio eletrônico até a data de publicação desta lei, desde que tenham atingido sua finalidade e não tenha havido prejuízo para as partes.”

Se os atos processuais praticados por via eletrônica – sentenças, acórdãos – antes da edição da lei fossem válidos, não haveria necessidade da manifestação expressa do legislador sobre eles. Na realidade a lei veio ratificar e cobrir com o manto da legalidade atos que foram praticados ao arrepio da lei, desde a edição da Resolução 13 de Março de 2004 até a entrada em vigência da Lei 11.419 que ocorreu em Março de 2007.

5 JUÍZES LEIGOS E CONCILIADORES

Aspecto que tem alcançado enorme controvérsia no âmbito dos Juizados Especiais Federais e é objeto principal deste opúsculo são os Conciliadores.

Na realidade devemos buscar na Lei 9.099/95 em seu Artigo 7 quem é esta personagem, diz referida norma que “Os conciliadores e juízes leigos são auxiliares da Justiça, recrutados, os primeiros, preferentemente,

entre os bacharéis em Direito, e os segundos, entre advogados com mais de 5 (cinco) anos de experiência.”

Conciliadores e Juízes leigos podem realizar a conciliação nos termos do Artigo 22 da lei em comento, contudo, se inalcançável a conciliação e as partes optarem pelo juízo arbitral, somente o Juiz leigo poderá exercer a função de árbitro.

Também é função do Juiz leigo dirigir a instrução e decidir a querela, submetendo ao Juiz togado sua decisão que somente se for homologada por este, passará a ter validade como ato judicial.

Percebe-se claramente que a visão do legislador de 1995 era a de criar Juizados em que o Juiz de carreira exerceria uma função de coordenação e as funções conciliatórias e instrutórias passariam a ser de seus auxiliares.

A intenção clara era maximizar a capacidade de trabalho do Magistrado com a delegação de funções que em princípio seriam prerrogativas da Magistratura de carreira.

Não havia como não há nessa opção do legislador, qualquer pretensão em diminuir a função constitucional do Magistrado de carreira, até porque as decisões, todas, precisam da sua homologação. O que se buscou foi permitir que um mesmo Juizado, atue com um número indefinido de conciliadores e Juizes leigos que poderão, dentro dos limites materiais, agilizar a resolução de inúmeros conflitos, deixando ao Juiz togado mais tempo para se dedicar a questões de maior envergadura.

5.1 Resolução 54 de novembro de 2001.

Se assim é na Justiça Estadual, particularidades existem no Juizado Federal instituído pela lei 10.259/01 que merecem ser observadas.

A começar pelo valor da causa que na área federal é de 60 salários mínimos e na estadual limita-se a dois terços deste valor. Outro aspecto é a possibilidade do Magistrado de Juizado da Justiça Estadual, alegando complexidade da demanda, declinar o exame da causa para uma vara comum, o que não ocorre nas ações que tramitam no juizado federal.

Ciente destas circunstâncias o Tribunal Regional Federal da 4a Região em 28 de Novembro de 2001 editou a Resolução n.54 com o objetivo de estabelecer normas para o funcionamento dos Juizados Especiais Federais da Justiça Federal da 4a Região e que em seu Artigo 8 preconiza que: “Os conciliadores, em número compatível com o movimento forense, terão função específica de promover a conciliação entre as partes ou, se ela não for possível, ordenar e acompanhar os atos de instrução, e serão designados pelo juiz presidente do Juizado, com mandato de dois anos, admitida recondução, recrutados, preferencialmente, entre bacharéis em direito, de reputação ilibada.”

O silêncio da Resolução 54 em relação aos Juízes leigos é explicado pelo fato de que a Lei 10.259/01 não previu expressamente sua existência para os Juizados Federais. Esta omissão foi fruto de uma visão equivocada nos líderes associativos da entidade de classe nacional dos juizes federais à época da elaboração da lei e que temiam um esvaziamento da função jurisdicional do magistrado federal togado.

Atualmente o Projeto de lei 7087/06 que se encontra em tramitação na Câmara Federal a fim de atualizar a legislação dos Juizados Federais suprime esta lacuna.

Verdade que o diploma legal não veda a figura do Juiz leigo no Juizado Federal e o Artigo primeiro da lei de regência permite esta interpretação, porém, visto a importância do assunto, melhor que seja logo explicitada a possibilidade pelo legislador.

Observe-se que o Artigo 8 acima mencionado fala em “ordenar e acompanhar os atos de instrução” e que a Lei 9.099/95 em seu Artigo 37 afirma que a”instrução poderá se dirigida por juiz leigo, sob a supervisão de juiz togado.”

Parece razoável afirmar que quem ordena um ato, dirige este ato, portanto a ordenação faz parte da direção da instrução que poderá ser realizada por Juiz leigo.

Porém, a Resolução se dirige aos Conciliadores, único auxiliar expressamente criado pela Lei 10.259/01 em seu Artigo 18, atribuindo-lhe função que em princípio somente poderia ser executada por Juiz leigo.

Contudo esta aparente contradição pode ser superada com o entendimento, antes mencionado, de que a não vedação explícita ou implícita do uso de Juiz leigo nos Juizados Federais não impede que alguma de suas atribuições, a menor delas diga-se de passagem, possa ser exercida pelo Conciliador, visto o poder regulamentador que o legislador atribuiu no caso ao Conselho da Justiça Federal e aos Tribunais Regionais Federais.

A experiência tem demonstrado que naqueles Juizados Federais em que a demanda de ações concessivas de benefício, principalmente onde existe contagem de tempo rural, nas quais a presença da prova testemunhal ocorre em maior número é fundamental para agilizar a tramitação dos feitos, a presença do Conciliador.

São milhares de ações com milhares de audiências onde são ouvidas no mínimo três testemunhas em cada ocasião. A multiplicação destes atos e sua repetição, fatalmente, jogam a pauta destes juízos para períodos, muitas vezes, superiores a um ano e somente a presença desses auxiliares é que podem viabilizar o trabalho.

Como visto alhures um dos princípios norteadores dos Juizados é a celeridade. Esta deve ser obtida com a utilização do instrumental necessário para a sua consecução. Evidente que o uso do Conciliador, não exime de responsabilidade o Magistrado pela prova produzida em audiência e nem é motivo para que o Juiz togado não esteja presente fisicamente no Foro quando da realização das oitivas, pelo contrário, ainda que não fisicamente presente em audiência é importante que em sendo chamado para dirimir qualquer dúvida, prontamente possa fazer o atendimento.

5.2 Seleção dos Conciliadores.

Questão de grande relevância a que se deve ater o Magistrado Presidente do Juizado Federal é a forma de seleção dos Conciliadores. A legislação exige que sejam selecionados preferencialmente entre bacharéis em Direito.

Como estes Conciliadores em princípio, realizam atos de ordenação da instrução, seria interessante que possuíssem como os Juízes leigos, pelo menos cinco anos de experiência.

A realidade, contudo, muitas vezes não oportuniza que na subseção onde localizado o Juizado, existam profissionais com este perfil, por isso é interessante que Servidores do Juízo, devidamente treinados possam realizar este mister.

Alternativamente em juízos pouco providos de Servidores a opção é a utilização de ex-estagiários que por já terem trabalhado no Juizado, são conhecidos do Magistrado e também têm familiaridade com as demandas em tramitação.

O fundamental é que o Conciliador seja pessoa de estrita confiança do Juiz. Esta confiança é importante, pois este auxiliar irá atuar na colheita da prova oral fundamentalmente e precisará estar ciente de sua responsabilidade e seguir estritamente as orientações do Magistrado. Salutar que antes de iniciar sua atividade receba as orientações necessárias e inclusive um rol mínimo de perguntas que deverá fazer para cada testemunha.

Tendo em vista a necessidade desta simbiose entre Juiz e Conciliador é que não se faz razoável uma seleção formal, mediante um simulacro de concurso público que não é apta a selecionar pessoas com o perfil necessário para esta atividade.

Ainda que provas seletivas possam preservar a impessoalidade, princípio constitucional da Administração Pública, certo é que nesta atividade não remunerada, deve preponderar a experiência e visão do Juiz Presidente.

5.3 Evolução normativa.

Aliás, neste aspecto a Resolução 527 de 19 de Outubro de 2006 do Conselho da Justiça Federal é um raro exemplo de visão administrativa no âmbito da Justiça Federal ao regulamentar a figura do Conciliador, concedendo-lhe poderes instrutórios e possibilitando em seu Artigo 1, §3º a liberdade do Juiz na escolha deste auxiliar. Posteriormente este mesmo Colegiado editou Resolução com teor semelhante que recebeu o número 32 e é datada de 13.11.2008.

Esta regulamentação seguiu a Portaria 02 de 20 de Outubro de 2005 do Coordenador dos Juizados Especiais da 4a Região que regulamentou no âmbito da mencionada região o uso de Conciliadores.

Este diploma administrativo veio a lume em um momento que a utilização do Conciliador, pelo menos no âmbito da 4ª Região da Justiça Federal, já era consagrado em diversos juízos como em Novo Hamburgo/RS e Curitiba/PR subseções pioneiras nesta atividade.

Contudo a importância desses regramentos se percebe na medida em que muitos Magistrados, sem este apoio institucional, possuíam receio na utilização desta importante ferramenta de agilização processual.

Evidente que com a ampliação do uso dos Conciliadores, houve um incremento no andamento dos feitos e isso veio a repercutir nas diversas Procuradorias Federais, principalmente naquela vinculada à instituição mais demandada perante os Juizados que é sem dúvida o Instituto Nacional do Seguro Social.

Assim, através do Procedimento de Controle Administrativo n. 453 a União dos Advogados Públicos Federais do Brasil requereu junto ao Conselho Nacional de Justiça a revogação parcial da Portaria e Resolução antes mencionadas.

O Relator Conselheiro Douglas Alencar Rodrigues em seu voto, após considerar louvável a preocupação com a celeridade na tramitação das ações perante os Juizados Especiais acolheu a pretensão e arrimado em argumentos relacionados aos princípios da jurisdição (indelegabilidade, da inevitabilidade, da indeclinabilidade, da inércia, da investidura, do juízo natural e da aderência), além dos princípios constitucionais do devido processo legal, do juízo natural, do contraditório e da ampla defesa foi acompanhado pela maioria dos Conselheiros.

Posteriormente, acolhendo pedido da Associação Nacional dos Juizes Federais a decisão teve sua eficácia postergada em 120 dias para que os Magistrados pudessem adequar suas pautas.

Finalmente o Plenário do CNJ referendou decisão de sua Presidente que em 18 de Dezembro de 2007 prorrogou por seis meses a possibilidade de utilização do Conciliador pelos Juizados Federais, prorrogação esta que foi renovada em Junho de 2008 por igual período. Na esteira desta renovação é que o CJF editou em novembro de 2008 a resolução nº 32 antes mencionada e que reforça a possibilidade da utilização de Conciliadores no Juizado e torna cristalina a divergência administrativa que existe sobre a matéria no âmbito daqueles colegiados.

5.4 Realidade atual.

Diz o Artigo 103 B da Constituição Federal em seu parágrafo 4º que: “Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juizes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura.”

O Conselho Nacional de Justiça incluído em nosso ordenamento jurídico constitucional pela Emenda Constitucional n 45 de Dezembro de 2004, agregou, como órgão do Poder Judiciário nova feição a este Poder.

Como instituição nova e que retirou atribuição de diversos órgãos do Judiciário ainda está em busca do melhor caminho para sua atuação, compreensível que sofra críticas de todos as matizes.

A principal, e que não está longe da verdade, é a pretensão de agir de forma algo intervencionista na função jurisdicional. Fato é que em algumas situações é difícil diferenciar ato de natureza administrativa de ato com natureza jurisdicional.

Não é o caso da utilização dos Conciliadores. Aqui se está diante de um ato tipicamente jurisdicional e que somente pode ser atacado pelos recursos judiciais do processo.

Na medida em que a parte entenda ter sido prejudicada pela colheita de prova oral realizada por Conciliador poderá buscar a nulidade ou até declaração de inexistência daquele ato e dos subsequentes. Caberá então ao órgão recursal competente, examinando a existência ou não de prejuízo, anular em parte o processo.

Destaca-se que os Conciliadores na forma que trabalham nos Juizados da quarta região, limitam-se a ouvir testemunhas e reduzir estes depoimentos a termo, sob a supervisão de um Juiz togado. Não decidem sobre qualquer incidente processual ou que ocorra durante a audiência, visto que nestas ocasiões o Magistrado de carreira intervém e toma a decisão.

Aliás, havendo recursos materiais para tanto é possível a realização de diversas audiências ao mesmo tempo, otimizando a solução dos conflitos.

Na leitura do voto condutor da decisão antes mencionada, oriunda do Conselho Nacional de Justiça, o Relator afirma que:” Noto que a Lei 10.259/2001 não previu a figura dos juizes leigos, como fez a Lei 9.099/99, simplesmente porque assim quis o legislador, tanto que admite a figura do Conciliador – mas jamais para cumular funções de juizes leigos.”

Curioso é que a Lei 9.099/95 (não como grafado na citação) tem sua aplicação expressamente permitida pelo Artigo 1º da Lei 10.259/01. Aliás, desnecessária a existência deste comando do Artigo primeiro, porque a legislação que criou os juizados no Brasil é a Lei 9.099/95 e como lei básica do subsistema tem sua normativa aplicada a qualquer outro diploma legal que verse sobre o tema.

Alegar omissão legislativa, quando para otimizar a prestação jurisdicional basta conceder eficácia a dispositivos existentes, é ir de encontro ao direito do cidadão em ver suas demandas rapidamente examinadas pelo Judiciário.

CONCLUSÃO

Pode-se afirmar, portanto, que: a) a redemocratização do país encontrou o Poder Judiciário despreparado para as novas atribuições; b) as exigências do mundo atual não compactuam com uma postura distanciada da realidade por parte das instituições públicas; c) a criação dos juizados especiais e a sua extensão para a justiça federal foi um passo importante para tornar efetiva a cidadania; d) o Juiz que atua nos Juizados precisa ter uma postura pró-ativa frente à nova realidade, sob pena de vir a ser responsabilizado pelo não funcionamento desta importante ferramenta; e) a forma eletrônica de realizar o processo do juizado não pode ser um entrave para a realização deste processo e nem se tornar mais importante que o feito; f) o arcabouço legislativo permite a utilização dos Conciliadores com funções semelhantes ao dos Juizes leigos; g) considerando-se a demanda de alguns Juizados, o auxílio do Conciliador com a supervisão do Magistrado é fundamental para a razoável duração do processo, concedendo-se efetividade ao disposto no inciso LXXVIII do Artigo 5 da Constituição Federal.

BIBLIOGRAFIA

SILVA, Antonio F. S. do Amaral; SCHÄFER, Jairo Gilberto. *Juizados Especiais Federais: aspectos civis e criminais*. Blumenau: Acadêmica, 2002.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais: Comentários à Lei 10.259, de 10.07.2001*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

PARIZATTO, João Roberto. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal*. Ouro Fino: Ed. Parizatto, 2001.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Lei 9.099, de 26.09.1995*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.



CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

Andrei Pitten Velloso

Juiz Federal na 4ª Região, Doutor em Direitos e Garantias dos Contribuintes pela Universidade de Salamanca (Espanha), Mestre em Direito Tributário pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS - e Professor da Escola Superior da Magistratura Federal - RS e SC.

SUMÁRIO: 1 Aspectos gerais das contribuições previdenciárias. 1.1 Natureza tributária e fundamento constitucional. 1.2 Titular da competência tributária e sujeito ativo da relação obrigacional. 2 Contribuições previdenciárias da empresa e das entidades a ela equiparadas. 2.1 Possíveis sujeitos passivos. 2.1.1 No regime constitucional original. 2.1.2 No regime da EC 20/98. 2.2 Materialidade possível. 2.2.1 No regime constitucional original. 2.2.2 No regime da EC 20/98. 2.3 Contribuição sobre as remunerações pagas aos empregados e avulsos. 2.4 Contribuição sobre as remunerações pagas aos contribuintes individuais. 2.5 Contribuição para o SAT. 2.6 Contribuição adicional das instituições financeiras. 2.7 Contribuição sobre serviços prestados por intermédio de cooperativas de trabalho. 2.7.1 Base constitucional, hierarquia legislativa e constitucionalidade. 2.7.2 Majoração de alíquotas para o custeio da aposentadoria especial. 2.8 Contribuições substitutivas. 2.8.1 Inconstitucionalidade. 2.8.2 Contribuição das entidades futebolísticas. 2.8.3 Contribuição das agroindústrias. 2.8.3.1 Regime da Lei 8.870/94. 2.8.3.2 Contribuintes. 2.8.3.3 Base de cálculo. 2.8.3.4 Destinações, alíquotas e contribuições. 2.8.3.5 Contribuições ao SENAR. 2.8.4 Contribuição do empregador rural pessoa física. 2.8.4.1 Fatos tributados. 2.8.4.2 Base de cálculo. 2.8.5 Contribuição do consórcio simplificado de produtores rurais. 3 Contribuição do empregador doméstico. 4 Contribuições dos segurados. 4.1 Regime constitucional. 4.1.1 Fundamento constitucional. 4.1.2 Os possíveis sujeitos passivos. 4.1.3 Base de cálculo possível. 4.1.4 Imunidade das aposentadorias e das pensões do Regime Geral. 4.2 Filiação, qualidade de segurado obrigatório e atividades simultâneas. 4.3 Contribuição do empregado, do empregado doméstico e do avulso. 4.3.1 Alíquotas. 4.3.2 Base de cálculo. 4.3.3 Prazo e responsabilidade pelo recolhimento. 4.4 Contribuição dos segurados contribuinte individual e facultativo. 4.4.1 Alíquotas. 4.4.2 Base de cálculo. 4.4.3 Prazo e responsabilidade pelo recolhimento. 4.5 A base de cálculo geral da contribuição dos segurados: o salário-de-contribuição. 4.6 Contribuição do segurado especial. 5 Decadência e prescrição das contribuições previdenciárias. 5.1 Matéria de lei complementar: inconstitucionalidade da regulação pela LCSS. 5.2 Prazo decadencial na LCSS. 5.3 Prazo prescricional na LCSS. 5.3.1 Prescrição da pretensão do Fisco. 5.3.2 Prescrição da ação anulatória de decisão administrativo-tributária. 6 Contribuições em atraso: atualização e multa de mora. 6.1 Atualização. 6.2 Multa de mora. 6.2.1 Acréscimo da multa de mora. 6.2.2 Aplicação retroativa da *lex mitior*.

1 ASPECTOS GERAIS DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

1.1 Natureza tributária e fundamento constitucional.

Já se questionou e até mesmo se negou o caráter tributário das contribuições sociais, gênero do qual as previdenciárias são espécie¹. Porém, atualmente se o reconhece de forma pacífica, pois a Constituição de 1988 não só as incluiu no bojo do sistema tributário², mas também determinou que se lhes fossem aplicadas as normas gerais tributárias (art. 149, *caput*), de modo a dirimir as dúvidas acerca da sua natureza jurídica – ou, quiçá, a relevância prática da discussão. Ditas contribuições são, pois, *tributos* e, por tal razão, *estão sujeitas a todas as limitações constitucionais gerais ao poder de tributar*, tais como os princípios da estrita legalidade, da irretroatividade, da capacidade contributiva, do não-confisco, etc.

Dentre os tributos, as contribuições previdenciárias enquadram-se na espécie contribuições especiais e na subespécie contribuições sociais, da qual constituem uma *subespécie específica*³. Temos, assim, as seguintes categorias, estruturadas em relação de gênero a espécie: tributo (gênero) - contribuições especiais (espécie) - contribuições sociais (subespécie de 1º grau) - contribuições previdenciárias (subespécie de 2º grau).

¹ O STF, que reconhecia a natureza tributária das contribuições sociais à luz da redação original da Constituição de 1969 (Pleno, RE 86.595, 5.1978), negou-a após o advento da EC 8/77, que aludiu às contribuições sociais num dispositivo distinto daquele em que a CF/69 se referia aos tributos (Pleno, RE 100.790, 8.1984).

² STF, Pleno, RE 146.733, 6.1992.

³ A respeito, vale rememorar elucidativa passagem do voto proferido pelo Ministro Carlos Velloso no julgamento do RE 138.284: “As contribuições parafiscais têm caráter tributário. Sustento que constituem essas contribuições uma espécie própria de tributo ao lado dos impostos e das taxas, na linha, aliás, da lição de Rubens Gomes de Souza (‘Natureza tributária da contribuição ao FGTS’, RDA 112/227, RDP 17/305). Quer dizer, as contribuições não são somente as de melhoria. Estas são uma espécie do gênero contribuição; ou uma subespécie da espécie contribuição” (STF, Pleno, RE 138.284, 7.1992).

Tais quais todos os demais tributos, as contribuições previdenciárias somente serão juridicamente válidas quando se fundarem em normas constitucionais que atribuam competência ao legislador para instituí-las, isto é, quando tenham *fundamento constitucional* - e respeitem os seus requisitos e limites.

Pois bem, o fundamento constitucional das contribuições analisadas é o *art. 195* da Constituição, que outorga à União competência para instituir: contribuição patronal sobre remunerações (inciso I, alínea *a*); contribuição a cargo dos segurados em geral (inciso II); contribuição sobre os segurados especiais (§8º); e contribuições não-previstas expressamente no art. 195, mediante o exercício da competência residual do §4º deste artigo. Rogamos vênha para transcrever esses dispositivos constitucionais, a fim de aclarar o seu alcance:

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

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

b) a receita ou o faturamento;

c) o lucro (Redação do inciso e das suas alíneas dada pela EC 20/98)

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201"(Redação dada pela EC 20/98)

[...]

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

[...]

§ 8º O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exer-

çam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei (Redação dada pela EC 20/98).

No que segue, analisaremos a fundo as dimensões e os limites do poder impositivo que o art. 195 da CF confere à União, restringindo-nos, agora, a destacar um aspecto de extremo relevo para a compreensão do regime jurídico das contribuições previdenciárias: dito poder *deriva diretamente* do artigo supratranscrito e, portanto, deve ser exercido com *estrita observância* dos seus limites. Se tais limites forem desrespeitados, o tributo revelar-se-á claramente inconstitucional e, por consequência, será juridicamente nulo desde a sua origem, ensejando o direito à restituição das partes ao *status quo ante*, mediante a devolução do indébito.

1.2 Titular da competência tributária e sujeito ativo da relação obrigacional.

É a *União* que detém, com *exclusividade*, a competência para instituir, modificar e revogar os tributos ora examinados. Se os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios pretenderem atuar nessa seara, estarão violando a Constituição, haja vista carecerem de poder para exigir contribuições previdenciárias, à exceção da contribuição a cargo dos seus servidores, destinada a custear o regime previdenciário criado em prol destes (art. 149, §1º, da CF, na redação dada pela EC 41/03).

Por competência tributária, entende-se, em geral, a competência *legislativa*, de regular o tributo por atos normativos primários, e não a competência administrativa de regulamentá-lo, fiscalizá-lo, lançá-lo e arrecadá-lo.

Quem detém a competência para fiscalizar, lançar e arrecadar o tributo (e, normalmente, regulamentá-lo no plano infralegal) é nominado *titular da capacidade tributária ativa*, isto é, da aptidão de figurar no pólo ativo da relação jurídico-tributária, fiscalizando e exigindo a arrecadação do tributo pelo sujeito passivo, o contribuinte.

Atualmente, dita capacidade tributária ativa também compete, quanto às contribuições previdenciárias (do Regime Geral), à *União*. Anteriormente, era de titularidade do INSS, nos termos do art. 33 da Lei de Custeio da Seguridade Social (LCSS - Lei 8.212/91). Porém, já em 2004 foi atribuída ao titular da competência tributária (ou seja, à União), pela MP 222, que criou a Secretaria da Receita Previdenciária, órgão vinculado ao Ministério da Previdência Social. Essa mudança foi confirmada pela Lei 11.457/07, que incorporou a Secretaria da Receita Previdenciária à Secretaria da Receita Federal, dando origem à denominada Secretaria da Receita Federal do Brasil, órgão subordinado ao Ministério de Estado da Fazenda.

Os recursos angariados com as contribuições analisadas deverão ser *destinados exclusivamente* ao pagamento de benefícios do Regime Geral de Previdência Social. De fato, além de a afetação dos recursos à finalidade perseguida ser uma característica conceitual das contribuições especiais, o art. 167, XI, da CF (incluído pela EC 20/98) interdita expressamente “a utilização dos recursos provenientes das contribuições sociais de que trata o art. 195, I, *a* [da empresa sobre as remunerações pagas], e II [dos segurados], para a realização de despesas distintas do pagamento de benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201”⁴.

Daí a razão de se qualificarem especificamente como contribuições *previdenciárias*, e não de seguridade social: seus recursos não devem ser destinados ao custeio da seguridade social, senão de parcela desta, ou seja, de certas despesas do Regime Geral de Previdência Social.

2 CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DA EMPRESA E DAS ENTIDADES A ELA EQUIPARADAS

As empresas e as entidades a elas equiparadas devem pagar contribuições tanto à seguridade social quanto à previdência. À seguridade, são devidas contribuições sobre a receita bruta e o lucro (art. 195, I, *b* e *c*, da CF), bem como sobre eventual importação de bens ou serviços

⁴ Esse comando é reiterado pelo art. 2º, §1º, da Lei 11.457/07.

(inciso IV do artigo citado). À previdência, as empresas têm de pagar a denominada “contribuição patronal”, que pode incidir sobre “a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício” (art. 195, I, *a*, da CF, na redação da EC 20/98).

É desta contribuição previdenciária, incidente sobre os rendimentos do trabalho, que nos ocuparemos a seguir, oportunidade na qual evidenciaremos não ter a lei se limitado a criar uma contribuição: instituiu várias, que gravam fundamentalmente as remunerações pagas a pessoas físicas.

2.1 Possíveis sujeitos passivos.

A investigação acerca dos possíveis sujeitos passivos de uma determinada exação destina-se a responder a esta indagação: *quem pode ser obrigado a pagá-la?*

Com respeito à contribuição previdenciária da empresa, a resposta a tal pergunta deve diferenciar o regime constitucional original do posterior ao advento da EC 20/98.

2.1.1 No regime constitucional original.

Na redação original da Constituição de 1988, não havia autorização expressa para a criação de contribuições previdenciárias a cargo das empresas, senão tão-somente a cargo dos “empregadores”. Em larga medida a instituição da contribuição a cargo da empresa era legítima, pelo fato de essa exação consistir, na realidade, numa contribuição a cargo da empresa-empregadora. Mas havia casos em que a outorga de competência não autorizava a tributação das empresas, nomeadamente naqueles em que elas não tivessem empregados.

2.1.2 No regime da EC 20/98.

Em 1998, a EC 20 alterou a redação do artigo 195, I, da Constituição, que passou a prever, ao lado do termo “empregador”, também o

vocábulo “empresa” e a expressão “entidade a ela equiparada na forma da lei”. Ao fazê-lo, dita emenda alargou a competência tributária ordinária da União, com a autorização expressa da instituição de contribuições securitárias e previdenciárias a cargo da empresa e da entidade a ela equiparada.

Uma das razões para a alteração, pela EC 20/98, do artigo 195, I, da CF consistiu no questionamento da possibilidade de se tributar, com base nesse preceito, as empresas que não possuíam empregados, as quais obviamente não eram abrangidas pelo vocábulo “empregador”. Havia uma dissonância entre a autorização constitucional para a tributação dos “empregadores” e a instituição, pela Lei 8.212/91, da contribuição da “empresa”, sem que qualquer restrição fosse feita com respeito às empresas não-empregadoras, como ocorre com certas *holdings*, firmas individuais e sociedades civis.

Se o Supremo Tribunal Federal tivesse sido coerente com os célebres precedentes atinentes à contribuição sobre as remunerações pagas a autônomos, administradores e avulsos (REs 166.772 e 177.296), teria declarado a impossibilidade de se cobrar, no exercício da competência do art. 195, I, em sua redação original, contribuições sociais das empresas sem empregados. Sem embargo, em diversas decisões o Pretório Excelso declarou que o termo “empregadores” abarca até mesmo os *potencialmente* empregadores, chancelando a tributação das empresas não-empregadoras⁵.

De qualquer forma, é certo que a incompetência para a tributação de tais empresas cessou com o advento da EC 20/98, embora haja quem ainda sustente ser ilegítima a sujeição das empresas sem empregados ao recolhimento de contribuições previdenciárias.

2.2 Materialidade possível.

Quando se questiona acerca da materialidade possível das contribuições previdenciárias, indaga-se a respeito dos *atos que podem se sujeitar*

⁵ STF, 1ª Turma, RE 442.725 AgR, 6.2005; 2ª Turma, RE 364.215 AgR, 8.2004; RE 335.256 AgR, 2.2006.

à sua incidência e, conseqüentemente, das manifestações de capacidade contributiva que podem ser adotadas como a sua base de cálculo.

2.2.1 No regime constitucional original.

À luz do texto original da Constituição de 1988, a contribuição previdenciária patronal deveria incidir sobre a “*folha de salários*” (art. 195, I). Porém, a legislação ordinária desbordou dessa autorização constitucional, incorrendo em inconstitucionalidade quanto à tributação dos valores pagos a *autônomos, administradores e avulsos*.

Com efeito, a Lei 7.787/89 e, posteriormente, a Lei 8.212/91 determinaram a incidência da contribuição não apenas sobre a folha de salários, senão também sobre as “remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados empregados, empresários, trabalhadores avulsos e autônomos que lhe prestem serviços” (redação do art. 22, I, da Lei 8.212/91). Ao fazê-lo, *extrapolaram* a autorização do art. 195, I, da CF, tributando todas as *remunerações* pagas pelas empresas a segurados, quando tal dispositivo constitucional somente autorizava que se gravasse a folha de salários, isto é, as remunerações pagas aos segurados *empregados*.

No julgamento do RE 166.772, o STF declarou a inconstitucionalidade dos vocábulos “administradores” e “autônomos” contidos no artigo 3º, I, da Lei 7.787/89. Lê-se na ementa desse precedente:

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL – TOMADOR DE SERVIÇOS – PAGAMENTO A ADMINISTRADORES E AUTÔNOMOS – REGÊNCIA. A relação jurídica mantida com administradores e autônomos não resulta de contrato de trabalho e, portanto, de ajuste formalizado à luz da Consolidação das Leis do Trabalho. Daí a impossibilidade de se dizer que o tomador de serviços qualifica-se como empregador e que a satisfação do que devido ocorra via folha de salários. Afastado o enquadramento no inciso I do artigo 195 da Constituição Federal, exsurge a desvalia constitucional da norma ordinária disciplinadora da matéria⁶

⁶ STF, Pleno, RE 166.772, 5.1994.

A invalidade do vocábulo “avulsos” não foi declarada nessa decisão, pelo fato de não ser objeto do RE 166.772. Mas pouco após, o STF, pelos mesmos fundamentos, reconheceu a inconstitucionalidade do termo “avulsos” constante do dispositivo suprarreferido (art. 3º, I, da Lei 7.787/89)⁷. Por coerência, pronunciou, quando do julgamento do ADI 1.102, a ilegitimidade constitucional das expressões “empresários” e “autônomos” contidas no art. 22, I, da Lei 8.212/91, em sua redação original⁸.

Consoante possibilidade indicada pelo próprio Pretório Excelso ao declarar a inconstitucionalidade dessa incidência, a União instituiu novamente a exação, mas por meio de lei complementar, no exercício da competência residual instituída pelo art. 195, §4º, da Constituição Federal. Pelo art. 1º, I, da LC 84/96, a exação passou a ser regulada de forma legítima, à alíquota de 15% sobre o total das remunerações ou retribuições pagas ou creditadas aos segurados empresários, trabalhadores autônomos, avulsos e demais pessoas físicas.

⁷ STF, Pleno, RE 177.296, 9.1994.

⁸ “ACAO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CUSTEIO DA SEGURIDADE SOCIAL: EXPRESSOES `EMPRESARIOS´ E `AUTONOMOS´ CONTIDAS NO INC.I DO ART. 22 DA LEI nº 8.212/91. PEDIDO PREJUDICADO QUANTO AS EXPRESSOES `AUTONOMOS E ADMINISTRADORES´ CONTIDAS NO INC. I DO ART. 3. DA LEI nº 7.787/89. 1. O inciso I do art. 22 da Lei nº 8.212, de 25.07.91, derogou o inciso I do art. 3. da Lei nº 7.787, de 30.06.89, porque regulou inteiramente a mesma matéria (art. 2., par. 1., da Lei de Introdução ao Cód. Civil). Malgrado esta revogação, o Senado Federal suspendeu a execução das expressões `avulsos, autônomos e administradores´ contidas no inc. I do art. 3. da Lei nº 7.787, pela Resolução nº 15, de 19.04.95 (DOU 28.04.95), tendo em vista a decisão desta Corte no RE nº 177.296-4. 2. A contribuição previdenciária incidente sobre a `folha de salários´ (CF, art. 195, I) não alcança os `autônomos´ e `administradores´, sem vínculo empregatício; entretanto, poderiam ser alcançados por contribuição criada por lei complementar (CF, arts. 195, par. 4., e 154, I). Precedentes. 3. Ressalva do Relator que, invocando política judicial de conveniência, concedia efeito prospectivo ou `ex-nunc´ à decisão, a partir da concessão da liminar. 4. Ação direta conhecida e julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade das expressões `autônomos´ e `administradores´ contidas no inciso I do art. 22 da Lei nº 8.212, de 25.07.91” (STF, Pleno, ADI 1.102, 10.1995).

2.2.2 No regime da EC 20/98.

A fim de se superar a jurisprudência suprarreferida (atinentes à tributação dos valores pagos a autônomos, administradores e avulsos), editou-se a EC 20/98, que alterou a materialidade possível da contribuição previdenciária patronal, estendendo-a da “folha de salários” (art. 195, I, da CF, em sua redação original) para a “a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício” (art. 195, I, *a*, da CF). Dessa forma, a competência ordinária atribuída por esse preceito constitucional passou a abranger a totalidade dos *rendimentos do trabalho* pagos a pessoas físicas. Esta é, atualmente, a materialidade possível da contribuição em exame.

Com essa modificação constitucional, permitiu-se a regulação por lei ordinária da contribuição a cargo da empresa sobre as remunerações pagas ou creditadas a autônomos, administradores e avulsos, haja vista ter fundamento no art. 195, I, *a*, da CF.

Dessa forma, a LC 84/96 passou a ter, nesse ponto, *status* de lei ordinária, viabilizando a modificação implementada pela Lei 9.876/99: esta revogou a LC 84/96, alterou a redação do inciso I e incluiu o inciso III no art. 22 da LCSS, trazendo para o bojo da Lei de Custeio da Seguridade Social o regramento da contribuição, outrora inconstitucional, sobre as remunerações pagas aos não-empregados.

2.3 Contribuição sobre as remunerações pagas aos empregados e avulsos.

O artigo 22, I, da LCSS prevê a contribuição da empresa sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas aos segurados empregados e trabalhadores avulsos, nestes termos:

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

I - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclu-

sive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa. (Redação dada pela Lei 9.876, de 26/11/99)

Portanto, a contribuição incide, à *alíquota de 20%*, sobre as remunerações *pagas, devidas ou creditadas*, a tais segurados.

A respeito, verifica-se uma *dissonância* perante a redação do art. 195, I, *a*, da CF, que alude às remunerações pagas e creditadas, mas não às *devidas*. Visto que a lei ordinária não pode criar um novo fato ensejador da incidência da contribuição, das duas, uma: ou as remunerações devidas são abarcadas pelas remunerações pagas e creditadas, ou o adjetivo “devidas” inserido pela Lei 9.876/99 é inconstitucional.

Concebemos não ter o legislador inovado ao se referir às remunerações “devidas”, pois as creditadas as abrangem: o crédito da remuneração não é o contábil, senão o jurídico, o nascimento do direito às remunerações.

Quanto às *remunerações abarcadas* pelo art. 22, I, da LCSS, vale destacar que:

a) não são todas as remunerações que estão sujeitas à exação, senão apenas aquelas “*destinadas a retribuir o trabalho*”, mesmo que o trabalho seja meramente posto à disposição;

b) somente as remunerações pagas ou creditadas aos “segurados empregados e trabalhadores avulsos” rendem ensejo à cobrança da contribuição prevista no art. 22, I. Se as remunerações forem pagas a contribuintes individuais, tais como os segurados empresários e trabalhadores autônomos, a contribuição não terá supedâneo no inciso I do art. 22, mas no seu inciso III. E se forem pagas a pessoas jurídicas, não será devido qualquer valor a título de contribuição previdenciária; e

c) o art. 22, §13, da LCSS, incluído pela Lei 10.170/00, estabeleceu que não são considerados remuneração, direta ou indireta, os “*valores despendidos pelas entidades religiosas e instituições de ensino vocacional com ministro de confissão religiosa, membros de instituto de vida*

consagrada, de congregação ou de ordem religiosa em face do seu mister religioso ou para sua subsistência desde que fornecidos em condições que independam da natureza e da quantidade do trabalho executado”. Tais ministros e membros são segurados obrigatórios, na qualidade de contribuintes individuais (art. 12, V, c, da LCSS), e, a rigor, os valores a que alude o dispositivo poderiam ser enquadrados no conceito de remuneração. No entanto, por expressa disposição legal não integram a base de cálculo da contribuição da empresa, o que caracteriza, a nosso ver, uma isenção. Por outro lado, estão sujeitos à exação, por configurarem remuneração, os valores despendidos que dependam da natureza e da quantidade do trabalho executado.

A *base de cálculo* é o valor das remunerações sujeitas à incidência da exação, no período de apuração (mensal). Desse valor, estão expressamente excluídas, conforme disposto no art. 22, §2º, da Lei 8.212/91 as parcelas de que trata o seu art. 28, §9º. Tais parcelas são aquelas excluídas do salário-de-contribuição, base de cálculo da contribuição dos segurados empregado, empregado doméstico, trabalhador avulso (art. 20, *caput*) e dos contribuintes individual e facultativo (art. 21, *caput*)⁹.

2.4 Contribuição sobre as remunerações pagas aos contribuintes individuais.

O inciso III do art. 22 da Lei 8.212/91, incluído pela Lei 9.876/99, regula a contribuição patronal sobre as remunerações pagas ou creditadas aos contribuintes individuais, fixando-a à alíquota de 20%, nestes termos:

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

[...]

III - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas ou creditadas a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados contribuintes individuais que lhe prestem serviços.

⁹ Vide página 34 e ss.

Esse preceito regula, em parte, a antiga contribuição a cargo da empresa sobre as remunerações pagas ou creditadas a autônomos, avulsos e administradores, que, como exposto acima, foi declarada inconstitucional pelo STF e, após, regulada pela LC 84/96¹⁰.

Conquanto a LC 84/96 tenha sido alterada por uma lei ordinária, não se verificou vício formal: a matéria, anteriormente reservada à lei complementar, deixou de sê-lo com o advento da EC 20/98 (a qual ampliou o alcance da competência outorgada pelo art. 195, I), razão pela qual a lei complementar referida passou a ter, nesse aspecto, *status* de lei ordinária e, de conseguinte, tornou-se suscetível de ser alterada por esta espécie normativa. De fato, com a LC 84/96 ocorreu fenômeno inverso ao que se verificou com o CTN, que, inserido no ordenamento por lei ordinária, foi recepcionado pela CF/88, no que veicula normas gerais em matéria tributária, com o *status* de lei complementar: a LC 84/96 regulava, pelo instrumento competente, matéria reservada à lei complementar que posteriormente deixou de sê-lo, passando a ter, via de consequência, *status* de lei ordinária¹¹.

Pois bem, o inciso III do art. 22, incluído validamente pela Lei 9.876/99, abrange as remunerações pagas ou creditadas aos autônomos e administradores, mas *não aos avulsos*, que continuam sendo regidas pelo art. 22, I. A referência aos “segurados contribuintes individuais” - e não aos segurados empresários e autônomos – decorreu da modificação das classes de segurados implementada pela própria Lei 9.876/99: as sete classes originárias foram reduzidas a cinco (empregado, empregado doméstico, contribuinte individual, avulso e segurado especial). A categoria “contribuinte individual” incorporou as antigas categorias “empresário”, “autônomo” e “equiparado a autônomo”.

Em linhas gerais, a contribuição de que trata o inciso III do art. 22 não se diferencia daquela prevista no inciso I do mesmo artigo (contribuição patronal sobre as remunerações pagas aos empregados e avul-

¹⁰ Vide página 6 e ss.

¹¹ Abordamos detidamente o tema ao analisar, a seguir, a constitucionalidade da tributação do valor bruto da nota fiscal dos serviços prestados por cooperados por intermédio de cooperativas de trabalho. Vide página 15 e ss.

so). Ambas são devidas, à alíquota de 20%, sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, em virtude da prestação de serviço por segurados. Por isso, não haveria razão para o tratamento em separado, que se originou da Lei 9.876/99.

Quiçá a razão de a contribuição em comento ter sido prevista em dispositivo específico consista na praticidade das referências internas da LCSS, tendo em vista que, diversamente da contribuição em análise (do inciso III), a contribuição do inciso I é substituída por certas exações incidentes sobre a receita, como previsto nos arts. 22, §§6º a 11 (contribuição das entidades futebolísticas), 22A (contribuição das agroindústrias), 25 (contribuição do empregador rural pessoa física) e 25A (contribuição dos consórcios simplificados de produtores rurais)¹². Algumas dessas contribuições foram previstas após o advento da Lei 9.876/99, mas a das entidades futebolísticas lhe precedeu.

2.5 Contribuição para o SAT.

O inciso II do art. 22 da LCSS prevê outra espécie de contribuição a cargo da empresa sobre as remunerações: a denominada contribuição ao SAT, Seguro de Acidentes do Trabalho. Eis a sua redação:

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

[...]

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

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

¹² A respeito da inconstitucionalidade dessas contribuições substitutivas, incidentes sobre a receita, vide página 18 e ss.

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

c) 3% (três por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado grave (Redação dada pela Lei 9.732/98).

Essa contribuição distingue-se da prevista no art. 22, I, sobretudo por sua destinação específica: o financiamento do benefício previsto nos arts. 57 e 58 da Lei 8.213 (aposentadoria especial) e daqueles “concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho”.

Identifica-se, em muitos pontos, com a contribuição do inciso I. Ambas são devidas pela empresa, incidem sobre as remunerações pagas ou creditadas aos segurados empregados e trabalhadores avulsos e têm o período de apuração mensal. Tanto à contribuição ao SAT como à do art. 22, I, são aplicáveis as delimitações da base de cálculo impostas pelos §§ 2º e 13 do art. 22. Por isso, remetemos o leitor aos comentários a esta contribuição, limitando-nos a, tão-somente, realçar as peculiaridades da contribuição ao SAT.

Em primeiro lugar, não há, com respeito à contribuição ao SAT, a delimitação da materialidade que se dá por meio da alusão à prestação do serviço e à retribuição do trabalho (art. 22, I). Porém, a própria significação do termo “remuneração” já traz ínsita a idéia, ao menos num sentido mais rigoroso, de retribuição pecuniária pelo trabalho prestado. Nem seria pensável exigir a contribuição ao SAT, destinada ao custeio dos benefícios concedidos pela incapacidade laboral decorrente dos riscos do trabalho, sobre remunerações pagas a título de liberalidade.

E, no que concerne à hipótese de incidência, houve questionamentos similares àqueles dirigidos à contribuição sobre as remunerações pagas a autônomos, administradores e avulsos. Alegou-se que seria ilegítima, antes do advento da EC 20/98, a cobrança da exação sobre “o *total das remunerações* pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos”¹³, tendo em vista que o art. 195, I,

¹³ Nesse ponto, a redação original do dispositivo foi mantida pela Lei 9.732/98.

da CF, em sua redação original, somente autorizava a criação de contribuições dos empregadores sobre a “folha de salários”. No entanto, no *leading case* sobre a matéria, RE 343.446, o STF rejeitou a alegação de que o legislador teria extrapolado a competência outorgada pelo dispositivo suprarreferido, com base no art. 201, §4º (em sua redação original), o qual preceituava que “os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária”¹⁴.

Em segundo lugar, e agora abordamos a expressiva dessemelhança entre os regimes jurídicos dessas contribuições, a alíquota da contribuição ao SAT *é variável em função do risco de acidentes do trabalho* na atividade preponderante da empresa, o que merece ser analisado detidamente.

Há três alíquotas previstas nas alíneas do art. 22, II. Sendo leve o risco de acidentes na atividade preponderante da empresa, a alíquota será de 1%; sendo médio, de 2%; e, finalmente, sendo grave, de 3%.

¹⁴ Vale transcrever estes excertos do voto do Ministro Carlos Velloso, relator do precedente: “Verifica-se, da leitura dos citados dispositivos legais, Lei 7.787/89, art. 3º, II, Lei 8.212/91, art. 22, II, que a contribuição ao SAT (seguro de acidentes do trabalho), que não é nova, pois estabelece a C.F. que o trabalhador tem direito ao seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador (C.F., art. 7º, XXVIII), incide, exatamente, sobre a folha de salários, alíquota de 2% sobre o total das remunerações pagas ao empregado (Lei 7.787/89, art. 3º, II) e sobre o total das remunerações pagas aos empregados, nas alíquotas a seguir mencionadas nas a, b e c (Lei 8.212/91, art. 22, II). Bem disse o Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do RE 166.772/RS, ao examinar o conceito de salário, que a Constituição, *“no § 4º do art. 201, claramente (...) vincula noção de salário à remuneração de quem é empregado”* (RTJ 156/687). [...] Salário é espécie do gênero remuneração e a Constituição determina que todos os *“ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e conseqüente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei”*. É dizer, a Constituição manda que a contribuição incida sobre a remuneração, que é o conjunto do que percebido pelo empregado, o salário e outros ganhos [...] Destarte, incidindo a contribuição sobre a folha de salários, deve a lei estabelecer, esclarecendo, que essa incidência será sobre a remuneração ou o total da remuneração paga ao empregado” (STF, Pleno, RE 343.446, 3.2003).

De acordo com o disposto no art. 10 da Lei 10.666/03, essas alíquotas poderão, conforme dispuser o regulamento, ser reduzidas em até 50% ou aumentadas em até 100% “em razão do desempenho da empresa em relação à respectiva atividade econômica”, consoante índices de frequência, gravidade e custo¹⁵. Desse modo, o regulamento poderia estabelecer que a contribuição ao SAT seria devida, em determinados casos, à alíquota de 0,5% e, em outros, à alíquota de 6%, de acordo com tais índices. Esse dispositivo é *inconstitucional*, por delegar ao regulamento matéria reservada à lei.

A Lei de Benefícios da Previdência Social, Lei 8.213/91, traz, por força de alteração implantada pela Lei 9.732/98, uma regra de natureza tributária, que deveria ter sido inserida na LCSS: se a *atividade exercida por segurado a serviço da empresa permitir a concessão de aposentadoria especial*, as alíquotas suprarreferidas serão acrescidas, em relação às remunerações que lhe são pagas, de 6%, 9% ou 12%, conforme a atividade permita a concessão do benefício em 25, 20 ou 15 anos, respectivamente (art. 57, §6º). Note-se: tal acréscimo é devido apenas sobre as remunerações pagas ao segurado que possa auferir o benefício da aposentadoria especial, incidindo uma das alíquotas gerais sobre todas as demais remunerações pagas (art. 57, §7º)¹⁶.

¹⁵ “Art. 10. A alíquota de contribuição de um, dois ou três por cento, destinada ao financiamento do benefício de aposentadoria especial ou daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, poderá ser reduzida, em até cinquenta por cento, ou aumentada, em até cem por cento, conforme dispuser o regulamento, em razão do desempenho da empresa em relação à respectiva atividade econômica, apurado em conformidade com os resultados obtidos a partir dos índices de frequência, gravidade e custo, calculados segundo metodologia aprovada pelo Conselho Nacional de Previdência Social”.

¹⁶ Cabe transcrever tais preceitos: “Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei [...] § 6º O benefício previsto neste artigo será financiado com os recursos provenientes da contribuição de que trata o inciso II do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, cujas alíquotas serão acrescidas de doze, nove ou seis pontos percentuais, conforme a atividade exercida pelo segurado a serviço da empresa permita a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente. § 7º O acréscimo de que trata o parágrafo anterior incide exclusivamente sobre a remuneração do segurado sujeito às condições especiais referidas no *caput*”.

O aspecto mais problemático dessa exaçaõ reside na *intensa indeterminaçaõ* da expressãõ “atividade preponderante” da empresa e dos termos “leve”, “médio” e “grave”. Antes de tudo, haverã de ser definida a “*atividade preponderante*” da empresa, para, apõs, aferir-se o grau de risco de acidentes do trabalho nessa atividade. Ocorre que existem diversas formas de definir a preponderãncia de uma atividade da empresa e, alã disso, a ocorrãncia de casos limítrofes nãõ é rara. Para a definiçaõ da atividade preponderante, os decretos que regulamentaram a Lei 8.212/91 adotaram o *critãrio do nũmero de segurados* empregados e trabalhadores avulsos, que se revela razoãvel pela sua objetividade e pela sua relaçaõ com os acidentes de trabalho. Porã, houve modificaçaões significativas: o cõmputo do nũmero de empregados na empresa ou estabelecimento a ela equiparado, adotado pelo Decreto 356/91 (art. 26, §1º), foi substituído pelo cõmputo do nũmero de empregados por estabelecimento, com o advento do Decreto 612/92 (art. 26, §1º), e, com o Decreto 2.173/97 (art. 26, §1º), o nũmero de empregados passou a ser considerado na empresa, orientaçaõ mantida no Decreto 3.048/99 (art. 202, §3º).

Tais inovaçaões, que alteraram o enquadramento de inũmeras empresas, evidenciaram participar efetivamente a legislaçaõ infraconstitucional da concretizaçaõ da regra impositiva, o que, a nosso juízo, afronta o princãpio da legalidade¹⁷. E mesmo que se reconheçam espaçõs para o regulamento disciplinar a matãria, tal disciplina nunca poderã ter o carãter vinculante das leis, podendo ser revista em toda a sua extensãõ pelo Judiciãrio. Desse modo, o Poder Judiciãrio debruçõu-se sobre os critãrios impostos pelos regulamentos, tendo o Superior Tribunal de Justiça firmado o seu entendimento no sentido de que o regulamento pode considerar, apenas, o nũmero de empregados por *estabelecimento*, sendo *ilegãtima a determinaçaõ da atividade preponderante a partir do nũmero total de empregados da empresa, que foi adotada pelos Decretos 2.173/97 e 3.048/99*¹⁸. Tal entendimento é correto, na medida em que permite

¹⁷ Advirta-se nãõ ter sido a nossa posiçaõ que prevaleceu no STF, como exposto a seguir.

¹⁸ As duas Turmas que compõem a Primeira Seçaõ vãem decidindo nesse sentido: STJ, 1ª Turma, AGRESP 508.726, 10.2003; 2ª Turma, EARESP 409.287, 05.2004. Porã, somente se considera de modo autõnomo a atividade daqueles estabelecimentos que possuam inscriçaões prõprias no CNPJ (STJ, 2ª Turma, RESP 950.344, 11.2007).

a aferição mais específica do(s) grau(s) de risco das atividades desempenhadas pela empresa e, de conseguinte, o custeio do SAT na proporção de tais graus, majorando-se (em relação à tributação com base na atividade preponderante de toda a empresa) a tributação daquelas empresas que, de modo acessório, desempenhem atividades com grau de risco superior ao de sua atividade principal e minorando-se a tributação das empresas na situação inversa.

Conquanto devam ser considerados apenas os segurados que trabalham em cada estabelecimento, devem ser levados em conta *todos* os segurados que ali trabalham: para a determinação da atividade preponderante, não se pode, *v.g.*, considerar apenas os empregados que trabalham na área de produção, sendo impositivo o cômputo, também, dos empregados que trabalham na área administrativa da empresa ou do estabelecimento. A apuração que levasse em conta apenas os empregados envolvidos na atividade produtiva da empresa importaria, via de regra, na deturpação do grau de risco das atividades desenvolvidas, tendo por consequência a ilegítima majoração da alíquota da exação¹⁹.

Estabelecida qual a atividade preponderante da empresa, deverá ser determinado o seu grau de risco, o que, em certos casos, é extremamente problemático, porquanto o grau de risco se apresenta com frequência em níveis intermediários, de difícil enquadramento, trazendo questionamentos decorrentes do que se denomina “vagueza extensional”, atinente a uma dimensão quantitativa, que, na realidade fática, se verifica de forma contínua²⁰. Quanto a esse ponto, o Decreto 3.048/99 laborou acertadamente ao conferir à empresa a responsabilidade pelo seu enquadramento (auto-enquadramento), que é efetivado mensalmente, sujeito, é claro, à revisão do INSS a qualquer tempo (art. 202, §5º) e, em caso de divergência que não for dirimida na esfera administrativa, à decisão final pelo Poder Judiciário.

¹⁹ Nessa linha: TRF4, 2ª Turma, AC 455.264, 02.2002.

²⁰ Como ocorre com “la edad, o la altura, o el número de cabellos que un hombre puede tener, y pretendemos hacer cortes en ese continuo valiéndonos de palabras o expresiones tales como ‘joven’, ‘adulto’, ‘anciano’, ‘hombre edad madura’; o ‘alto’, ‘bajo’, ‘retacón’; o ‘calvo’, ‘hirsuto’, etc” (CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre Derecho y Lengua*. 4ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990, p. 31).

Diante da acentuada indeterminação dessas expressões e da previsão do art. 22, §3º, ouviram-se vozes de inconformidade com a exação, inquinando-a de inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade ou, mais especificamente, ao princípio da tipicidade (ou da determinação conceitual). Tal incompatibilidade decorreria de o art. 22, II, veicular uma hipótese de incidência incompleta, delegando ao Executivo o poder de integrar a norma impositiva, em afronta à Constituição.

O STF, porém, não vislumbrou a ocorrência de violação ao princípio da legalidade tributária, quando, ao reconhecer a legitimidade da delegação aos decretos da “complementação dos conceitos de ‘atividade preponderante’ e ‘grau de risco leve, médio e grave’”, declarou a constitucionalidade da exação. Da ementa do RE 343.446, colhe-se o seguinte excerto: “As Leis 7.787/89, art. 3º, II, e 8.212/91, art. 22, II, definem, satisfatoriamente, todos os elementos capazes de fazer nascer a obrigação tributária válida. O fato de a lei deixar para o regulamento a complementação dos conceitos de ‘atividade preponderante’ e ‘grau de risco leve, médio e grave’, não implica ofensa ao princípio da legalidade genérica, C.F., art. 5º, II, e da legalidade tributária, C.F., art. 150, I”²¹. Considerou-se que as leis aludidas definiram todos os elementos necessários ao nascimento da obrigação tributária e que há situações nas quais, como ocorria na espécie, “a aplicação da lei, no caso concreto, exige a aferição de dados e elementos. Nesses casos, a lei, fixando parâmetros e padrões, comete ao regulamento essa aferição. Não há falar, em casos assim, em delegação pura, que é ofensiva ao princípio da legalidade genérica (C.F., art. 5º, II) e da legalidade tributária (C.F., art. 150, I)”. Conforme consta no voto do Ministro Carlos Velloso, o art. 22, §3º, teria fixado os padrões, ao prever que a alteração do enquadramento das empresas para efeito da contribuição ao SAT teria por base “estatísticas de acidente do trabalho, apuradas em inspeção”.

No entanto, com esse julgado não restaram definidas todas as questões envolvendo a contribuição ao SAT. Não foi analisada a conformidade dos decretos com a Lei 8.212/91, porquanto eventual incompatibili-

²¹ STF, Pleno, RE 343.446, 03.2003.

dade caracterizaria o vício de ilegalidade, e não o de inconstitucionalidade²². Por isso, o enquadramento imposto pelos decretos em relação às atividades preponderantes das empresas nos graus de risco leve, médio e grave deverá ser analisado pelo Poder Judiciário, diante de cada caso concreto. Tal análise deverá levar em consideração as estatísticas de acidentes de trabalho (art. 22, §3º), de modo a que os conceitos jurídicos indeterminados de risco “leve”, “médio” e “grave” sejam concretizados, diversamente do que vem ocorrendo, com base em dados técnicos, devidamente mencionados nos atos administrativos correlatos²³.

Há um ponto em que o Decreto 3.248/99 incide, a nosso ver, em nítido vício de ilegalidade. O art. 22, §3º, da Lei 8.212 prevê que o MTPS poderá alterar, com base nas estatísticas de acidentes do trabalho, o enquadramento de empresas. O decreto, regulamentando a matéria, prevê que a alteração do enquadramento pode ocorrer em relação a empresas que demonstrem a melhoria das condições do trabalho; porém, condiciona a alteração do enquadramento à inexistência de débitos de contribuições perante o INSS (art. 203, §1º). Ora, se há redução do grau de risco da atividade preponderante da empresa, exsurge o direito subjetivo do contribuinte a somente recolher a contribuição à alíquota pertinente ao grau de risco de sua atividade. E o decreto, ato infralegal, não pode impor condições para a alteração da alíquota, mormente quando essas condições caracterizam meios de coerção indireta para o pagamento de tributos.

2.6 Contribuição adicional das instituições financeiras.

O art. 22, §1º, da Lei 8.212/91 estabelece uma “contribuição adicional” a cargo das instituições financeiras, nestes termos:

²² Essa delimitação do julgado constou de forma expressa na ementa do acórdão: “Se o regulamento vai além do conteúdo da lei, a questão não é de inconstitucionalidade, mas de ilegalidade, matéria que não integra o contencioso constitucional”.

²³ Sobre o tema, vide este artigo de Eduardo de Natal, em que enfatiza a necessidade de motivação, com base em critérios técnicos, do enquadramento das empresas: NATAL, Eduardo Gonzaga Oliveira de. Contribuição ao Seguro de Acidente do Trabalho – Análise da questão após o *decisum* proferido pelo STF (RE 343.446-2-SC). *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 11, nº 53, p. 168-184, nov./dez. 2003.

§ 1º No caso de bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil, cooperativas de crédito, empresas de seguros privados e de capitalização, agentes autônomos de seguros privados e de crédito e entidades de previdência privada abertas e fechadas, além das contribuições referidas neste artigo e no art. 23, é devida a contribuição adicional de dois vírgula cinco por cento sobre a base de cálculo definida nos incisos I e III deste artigo. (Redação dada pela Lei 9.876/99)

Dita contribuição adicional configuraria, à primeira vista, o que a doutrina denomina *bis in idem*, caracterizado pela exigência, por parte do mesmo ente tributante, de duas exações idênticas. Na prática, a “contribuição adicional” representa uma mera forma de determinação da alíquota de tais entidades.

Em virtude desse adicional, as instituições financeiras contribuirão, desconsiderando-se a exação do art. 22, II, com uma alíquota de 22,5% sobre as remunerações pagas ou creditadas.

2.7 Contribuição sobre serviços prestados por intermédio de cooperativas de trabalho.

As cooperativas de trabalho podem ser definidas como “organizações formadas por pessoas físicas, trabalhadores autônomos ou eventuais, de uma ou mais classes de profissão, reunidos para o exercício profissional em comum, com a finalidade de melhorar a condição econômica e as condições gerais de trabalho dos seus associados, em regime de autogestão democrática e de livre adesão, os quais, dispensando a intervenção de um patrão ou empresário, propõem-se a contratar e a executar obras, tarefas, trabalhos ou serviços públicos ou particulares, coletivamente por todos ou por grupos de alguns”²⁴.

²⁴ MAUAD, Marcelo. *Cooperativas de Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2001. p. 77.

Anteriormente, tais cooperativas estavam sujeitas à contribuição prevista no art. 1º, II, da LC 84/96, incidindo, à alíquota de 15%, sobre o “total das importâncias pagas, distribuídas ou creditadas a seus cooperados, a título de remuneração ou retribuição pelos serviços que prestem a pessoas jurídicas por intermédio delas”. A legitimidade dessa exação foi reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça²⁵.

Sem embargo, a Lei 9.876/99, que incluiu o inciso IV no artigo 22 da LCSS, impôs uma alteração extremamente polêmica: determinou que a contribuição incidisse, à alíquota de 15%, sobre o valor bruto da nota fiscal ou da fatura, em relação a serviços prestados por intermédio de cooperativas de trabalho, sendo devida pela *empresa tomadora dos serviços, e não mais pelas cooperativas*. O escopo da cobrança sobre o valor bruto da nota fiscal seria a tributação das remunerações pagas pelas *cooperativas* aos cooperados, e não dos valores pagos às cooperativas. No plano pré-jurídico, teria se objetivado tributar as remunerações pagas pelas cooperativas à alíquota de 20%, sendo que a alíquota de 15% representa 20% de 75%, percentual que o MPAS estimou corresponder, em média, à remuneração²⁶. No plano jurídico, o que se operou foi algo completamente diverso: criou-se um novo tributo.

2.7.1 Base constitucional, hierarquia legislativa e constitucionalidade.

Como reconhecido pelo STF, a LC 84/96, revogada pela Lei 9.876/99, versava sobre matéria reservada à lei complementar, o que, em princípio, implicaria a inconstitucionalidade do novo regime, por vício de forma. Quanto a esse aspecto, há duas questões básicas a serem analisadas: se a matéria era reservada à lei complementar quando da edição da Lei 9.876/99 e se há hierarquia entre lei complementar e lei ordinária.

²⁵ Vide, por todos, STJ, 1ª Turma, RESP 576487, 11.2003.

²⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 184.

Quando do advento da Lei 9.876/99, já havia sido editada a EC 20/98, que ampliou a competência da União para instituir contribuições destinadas à seguridade social e incidentes sobre as remunerações: na redação do art. 195, I, *a*, dada pela aludida emenda constitucional, é atribuída competência para a instituição de contribuição social incidente sobre quaisquer rendimentos do trabalho pagos a pessoas físicas, a ser cobrada do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada. E, quanto à reserva de lei complementar para a regulação das contribuições nominadas do art. 195, o STF considerou-a inexistente, no julgamento do RE 138.284: “As contribuições do art. 195, I, II, III, da Constituição, não exigem, para a sua instituição, lei complementar. Apenas a contribuição do parág. 4. do mesmo art. 195 é que exige, para a sua instituição, lei complementar, dado que essa instituição deverá observar a técnica da competência residual da União (C.F., art. 195, parág. 4.; C.F., art. 154, I)”²⁷. Desse modo, se a contribuição regulada pela Lei 9.876/99 encontrar assento no art. 195, I, “a”, tal diploma legal não terá regulado matéria reservada à lei complementar.

É questionável, no entanto, a possibilidade de se encontrar matriz no art. 195, I, *a*, da CF para a contribuição a cargo das empresas contratantes de cooperativas de trabalho, prevista pela Lei 9.876/99. Embora o dispositivo constitucional outorgue competência para a tributação dos “rendimentos do trabalho”, a base de cálculo da contribuição não corresponde a tais rendimentos, senão ao valor bruto da nota fiscal ou da fatura. Ademais, diversamente do que ocorria sob a égide da LC 84/96, a contribuição não é devida pela cooperativa, mas pela empresa tomadora dos serviços. Vale destacar, quanto a esse aspecto, que a exação do art. 22, IV, da Lei 8.212/91 (criada pela Lei 9.876/99), diverge substancialmente da prevista no art. 31 (criada pela Lei 9.711/98), por não se autorizar a compensação ou repetição de eventual excesso na retenção (que há no art. 31, §§1º e 2º), evidenciando não se tratar de mera técnica de arrecadação, mas, de fato, de nova exação. Portanto, a

²⁷ STF, Pleno, RE 138.284, 07.1992.

exação não encontra embasamento no art. 195, I, *a*, da CF e, por tal razão, não poderia ter sido instituída por lei ordinária²⁸.

Porém, caso fosse reconhecido que a contribuição criada pela Lei 9.876/99 encontra sua matriz no art. 195, I, *a*, da Constituição, sua constitucionalidade haveria de ser pronunciada, por ter modificado lei com *status* de lei ordinária. Conquanto a lei complementar que versa sobre matéria de lei ordinária seja válida, possui *status* jurídico de lei ordinária, razão pela qual poderá ser ab-rogada ou derogada por tal instrumento legislativo, como bem exposto por José Souto Maior Borges: “Se a lei complementar invadir o âmbito material de validade da legislação ordinária da União, valerá tanto quanto lei ordinária federal. Sobre esse ponto não há discrepância doutrinária. A lei complementar fora do seu campo específico, cujos limites estão fixados na Constituição, é simples lei ordinária [...] Contudo, se não ultrapassar a esfera de atribuições da União, o ato legislativo será existente, válido e eficaz. Só que não estará submetido ao regime jurídico da lei complementar – inclusive quanto à relativa rigidez – mas ao da lei ordinária, podendo conseqüentemente ser revogada por esta”²⁹. Isso decorre do fato de que, para uma lei possuir o *status* jurídico atinente à lei complementar, é imprescindível sê-lo tanto sob o aspecto formal, como sob o material. Em outros termos: somente é complementar, no sentido técnico, a lei que disponha sobre matéria reservada à lei complementar (pressuposto material) e observe o

²⁸ Cf. estes artigos: TAVARES, Alexandre Macedo. Lei nº 9.876/99: a desoneração tributária das cooperativas de trabalho e a subsequente criação de nova contribuição para as empresas tomadoras de serviço e suas injuricidades. *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 64, p. 31-33, jan. 2001; SANTOS, João Marcelo Máximo Ricardo dos. A nova contribuição previdenciária incidente sobre pagamentos efetuados a cooperativas de trabalho, instituída pela lei nº 9.876/99. *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 64, p.105-13, jan. 2001. No sentido da constitucionalidade formal da Lei 9.876/99, vide: MELLO, Carlos André Ribas de. A contribuição social a cargo dos contratantes de cooperativas de trabalho e sua compatibilidade com a Constituição. *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 80, p. 24-33, maio. 2002

²⁹ BORGES, José Souto Maior. *Lei complementar tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, EDUC, 1975. p. 26.

quorum especial (pressuposto formal)³⁰. Portanto, a lei que, inobstante tenha sido aprovada com o nome de “Lei Complementar” e com o *quorum* de maioria absoluta, não disponha sobre matéria reservada à lei complementar carecerá do pressuposto material para desfrutar do *status* jurídico dessa espécie normativa. Não será, efetivamente, lei complementar: terá *status* de lei ordinária e, como tal, por lei ordinária poderá ser alterada. Essa posição é remansosa no STF³¹.

2.7.2 Majoração de alíquotas para o custeio da aposentadoria especial.

Já se expôs que a contribuição em comento incide, à alíquota de 15%, sobre o valor bruto da nota fiscal ou da fatura. No entanto, em certos casos a alíquota será majorada: se a atividade exercida pelos cooperados permitir a concessão de aposentadoria especial em 15, 20 ou 25 anos, será devida uma “contribuição adicional”, que também incide so-

³⁰ Nessa linha, é válida a referência à lição de Paulo de Barros Carvalho: “Nada obstante, o direito que entre nós vigora erigiu conceito de lei complementar que nos interessa conhecer por tratar-se de noção jurídico-positiva: lei complementar é aquela que, dispondo sobre matéria, expressa ou implicitamente, prevista na redação constitucional, está submetida ao quorum qualificado do art. 69 (CF), isto é, maioria absoluta nas duas Casas do Congresso Nacional [...] Desse conceito jurídico-positivo, sobressaem dois traços identificadores: a) matéria expressa ou implicitamente indicada na Constituição; e b) o quorum especial do art. 60 (CF). Ao primeiro, denominamos pressuposto material ou ontológico. Ao segundo, requisito formal. Daí o afirmar-se que a lei complementar reveste-se de natureza ontológico-formal” (CARVALHO. *Curso de Direito Tributário*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 205).

³¹ Como expôs o Ministro Moreira Alves ao apreciar a ADC 1, a LC 70/91, que instituiu a COFINS, possuía *status* de lei ordinária, por não versar sobre matéria reservada à lei complementar: “Por isso mesmo, essa contribuição poderia ser instituída por lei ordinária [...] A jurisprudência desta Corte, sob o império da Emenda Constitucional nº 1/69 - e a Constituição atual não alterou esse sistema -, se firmou no sentido de que só se exige lei complementar para as matérias para cuja disciplina a Constituição expressamente faz tal exigência, e, se porventura a matéria, disciplinada por lei cujo processo legislativo observado tenha sido o da lei complementar, não seja daquelas para que a Carta Magna exige essa modalidade legislativa, os dispositivos que tratam dela se têm como dispositivos de lei ordinária” (STF, Pleno, ADC 1, 12.1993).

bre o valor bruto da nota fiscal ou fatura, de 9%, 7% ou 5%, respectivamente (art. 1º, §1º, da Lei 10.666/03)³². Visto que a destinação dessa “contribuição adicional” não tem qualquer especificidade, trata-se de mera majoração de alíquota.

Enfim, se a atividade exercida permitir a concessão de aposentadoria especial, a contribuição incidente sobre o valor bruto da nota fiscal ou da fatura e destinada à seguridade social não será calculada com base na alíquota de 15%, senão nas de 24%, 22% ou de 20%.

Com essa majoração da alíquota, pretende-se fornecer recursos à seguridade social para custear o benefício concedido pelo art. 1º, *caput*, da Lei 10.666/03, qual seja: a aposentadoria especial dos cooperados filiados a cooperativas de trabalho. Situação análoga ocorre com as cooperativas de produção (art. 1º, *caput* e §2º, da Lei 10.666/03), cuja contribuição também incide sobre as remunerações.

2.8 Contribuições substitutivas.

A LCSS veio a instituir contribuições sobre a *receita em substituição das patronais incidentes sobre os rendimentos do trabalho* (mais especificamente, as contribuições do art. 22, I e II). Criou, assim, contribuições sobre a receita: a) das entidades futebolísticas (art. 22, §§ 6º a 11); b) das agroindústrias (art. 22A); c) do empregador rural pessoa física (art. 25); e d) do consórcio simplificado de produtores rurais (arts. 22B e 25A).

³² “Art. 1º As disposições legais sobre aposentadoria especial do segurado filiado ao Regime Geral de Previdência Social aplicam-se, também, ao cooperado filiado à cooperativa de trabalho e de produção que trabalha sujeito a condições especiais que prejudiquem a sua saúde ou a sua integridade física. § 1º Será devida contribuição adicional de nove, sete ou cinco pontos percentuais, a cargo da empresa tomadora de serviços de cooperado filiado a cooperativa de trabalho, incidente sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, conforme a atividade exercida pelo cooperado permita a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente”.

2.8.1 Inconstitucionalidade.

Analisando a base de incidência dessas contribuições, conclui-se, facilmente, que são incompatíveis com a competência outorgada pelo art. 195, I, *a*, da CF (utilizada pelas contribuições que substituem, a saber, aquelas previstas no art. 22, I e II), porquanto esse dispositivo somente autoriza a instituição de contribuições sobre os “rendimentos do trabalho pagos ou creditados [...] à pessoa física”. Pela ausência de suporte na Lei Maior, tais exações revelam-se *inconstitucionais*.

Mesmo após o advento da EC 20/98, que outorgou à União competência para criar contribuição de seguridade sobre a “receita” (art. 195, I, *b*), a instituição das contribuições referidas seria inconstitucional, por implicar superposição com a COFINS, o que é vedado pelo art. 195, §4º, da CF. Cabe expor, com detença, as premissas dessa assertiva.

O preceito do art. 195, §4º, da CF, que consagra a competência residual da União para instituir contribuições de seguridade, impõe o respeito ao preconizado no art. 154, I, atinente à competência residual da União para a criação de impostos³³. Desse modo, somente poderão ser instituídas novas contribuições destinadas à seguridade social se forem respeitados os seguintes requisitos: (1) inserção no ordenamento jurídico-positivo por lei complementar, o que torna inválidas as novas contribuições instituídas por leis ordinárias; (2) não-cumulatividade, o que evidencia a impossibilidade de serem criadas contribuições plurifásicas que incidam “em cascata”, ou seja, sem o creditamento do montante do tributo devido nas operações anteriores, para fins de abatimento do *quantum* devido na operação subsequente; e (3) diversidade de hipótese de incidência (fato gerador) e base de cálculo perante as exações já previstas na Constituição³⁴.

³³ Eis o teor desses preceitos: “§ 4º - A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I” (art. 195); “A União poderá instituir: I - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição” (art. 154).

³⁴ Excetua-se a possibilidade, admitida pelo STF, da criação de novas contribuições por emenda à Constituição, hipótese em que, de acordo com a sua jurisprudência, não é necessária a observância dos requisitos do art. 154, I, da CF. Foi o que ocorreu, v.g., com a CPMF (criada pela EC 12/96 e sucessivamente prorrogada, até sua recente extinção).

O terceiro requisito foi o que mais gerou polêmicas, porquanto dá margem a interpretações divergentes. O art. 195, §4º, que versa sobre contribuições, remete ao art. 154, I, da CF, o qual impede a criação de novos “impostos” que tenham hipótese de incidência e base de cálculo próprias dos *impostos* discriminados na Constituição. Colocou-se, então, este questionamento: o art. 195, §4º, da CF impede a criação de novas contribuições que tenham hipótese de incidência e base de cálculo próprias dos impostos ou das contribuições de seguridade social discriminadas na Constituição?

Pretendeu-se fazer prevalecer, no STF, a primeira possibilidade interpretativa, mais apegada à letra da Constituição, segundo a qual seria obstada a criação de novas contribuições de seguridade social com hipótese de incidência e base de cálculo próprias dos *impostos* discriminados na Constituição. A identidade que existiria seria entre a CSLL e o Imposto de Renda e, como se sustentou, teria por consequência a inconstitucionalidade da contribuição. O Pretório Excelso, no entanto, rechaçou tal tese, com base nestas premissas: a) a CSLL não é uma contribuição criada com base na competência residual da União, como constou nos votos do Relator, Ministro Moreira Alves, e do Ministro Sepúlveda Pertence; e b) o art. 195, §4º, da Constituição somente veda a criação de novas contribuições sobre os fatos jurídicos já reservados às *contribuições* de seguridade discriminadas na Constituição, tendo em vista que “não há, na Constituição, nenhuma norma que vede a incidência dupla de imposto e contribuição sobre o mesmo fato gerador, nem que proíba tenham os dois tributos a mesma base de cálculo”, como exposto no voto do Ministro Ilmar Galvão. Neste voto, foi externado de forma clara esse entendimento:

O que veda a Carta, no art. 154, I, é a instituição de imposto que tenha fato gerador e base de cálculo próprios dos impostos nela discriminados. E o que veda o art. 195, parágrafo 4º, é que quaisquer outras contribuições, para fim de seguridade social, venham a ser instituídas sobre os fenômenos econômicos descritos nos incs. I, II e III do *caput*, que servem de fato gerador à contribuição sob exame³⁵.

³⁵ STF, Pleno, RE 146.733, 6.1992.

A questão foi levada novamente à apreciação do STF quando se impugnou a constitucionalidade da LC 84/96, que, após ter sido declarada inconstitucional a contribuição sobre as remunerações pagas aos empresários, autônomos e avulsos criada pelas Leis 7.787/89 e 8.212/91³⁶, instituiu-a por lei complementar, no exercício da competência residual outorgada pelo art. 195, §4º, da CF. Alegava-se a identidade de base de cálculo com a do Imposto sobre a Renda, o que a tornaria inconstitucional, por inobservância dos requisitos exigidos pelo art. 154, I. Tal alegação foi afastada pelo Pretório Excelso, que repisou o posicionamento supraexposto, como se vê no voto do Relator, Ministro Carlos Velloso: “quando o § 4º, do art. 195, da C.F., manda obedecer a regra da competência residual da União – art. 154, I – não estabelece que as contribuições não devam ter fato gerador ou base de cálculo de impostos. As contribuições, criadas na forma do § 4º, do art. 195, da C.F., não devem ter, isto sim, fato gerador e base de cálculo próprios das contribuições já existentes”³⁷.

Enfim, a Constituição, de acordo com a jurisprudência do STF, não obsta que novas contribuições sociais sejam criadas sobre os signos de capacidade contributiva indicados nos arts. 153, 155 e 156, mas sobre os discriminados no art. 195, incisos I, II, III, IV e parágrafo oitavo.

Por tal razão, é inviável que novas contribuições sociais de seguridade sejam exigidas: a) do empregador, da empresa ou da entidade que lhe for equiparada: a-1) sobre os rendimentos do trabalho pagos ou creditados a pessoas físicas que lhe prestem serviços (art. 195, I, a); a-2) sobre a receita ou a faturamento (art. 195, I, b); e a-3) sobre o lucro (art. 195, I, c); b) dos segurados da previdência social (art. 195, II); c) dos administradores de concursos de prognósticos, sobre a receita decorrente de sua exploração (art. 195, III); d) do importador de bens ou serviços (art. 195, IV), salvo se for exercida a competência do art. 149, §2º, II, da CF; e e) do segurado especial, sobre o resultado da comercialização da sua produção (art. 195, §8º).

³⁶ Sobre a questão, vide pág. 6 e ss.

³⁷ STF, Pleno, RE 228.321, 10.1998.

Faculta-se, apenas, a substituição da contribuição incidente sobre os rendimentos do trabalho pela que onera a receita ou o faturamento, desde que seja não-cumulativa, como previsto no art. 195, §§ 12 e 13, incluídos pela EC 42/03. Porém, antes do advento, em 19.12.03, da EC 42, tal substituição não era facultada, revelando-se incompatível com os ditames da Constituição de 1988, que vedava a superposição de contribuições sobre o faturamento e/ou a receita.

De tais colocações, deflui facilmente a ilação de que as contribuições que a LCSS veio a instituir sobre a receita em substituição das patronais incidentes sobre os rendimentos do trabalho (mais especificamente, as contribuições do art. 22, I e II) são inconstitucionais, por violarem o art. 195, §4º, da Carta Política.

Sendo inconstitucionais essas contribuições substitutivas das do art. 22, I e II, as entidades futebolísticas, as agroindústrias, os empregadores rurais pessoa física e o consórcio simplificado de produtores rurais devem contribuir de acordo com a regra geral válida, ou seja, de acordo com o art. 22, I e II. Note-se que as leis inconstitucionais não são convalidadas pelo advento de emenda constitucional com a qual sejam compatíveis e tampouco possuem força jurídica para derogar ou ab-rogar a legislação que lhes precedeu.

A despeito de tais contribuições serem inconstitucionais, é válido analisar o regramento que a Lei 8.212/91 lhes deu, ante a ausência de pronunciamento específico do STF acerca da questão.

2.8.2 Contribuição das entidades futebolísticas.

Como referido, a LCSS estabelece, nos §§ 6º a 11 do art. 22, um regime específico para a entidade futebolística ou, mais especificamente, para a associação desportiva que mantém “equipe de futebol profissional e atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens e serviços e que se organize regularmente, segundo um dos tipos regulados nos arts. 1.039 a 1.092 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil” (§11, na redação dada pela Lei 11.345/06), isto é, sob a forma de sociedade em nome coletivo, em comandita simples, em comandita por ações, limitada ou anônima.

Tal entidade não está sujeita às contribuições dos incisos I e II do art. 22, senão a uma contribuição específica, incidente sobre a receita bruta. A substituição não se opera apenas em relação aos jogadores, mas a todos os segurados empregados e trabalhadores avulsos que receberem remunerações da associação. Esta contribuição, porém, não substitui as demais do art. 22, quais sejam: a contribuição sobre as remunerações pagas ou creditadas aos contribuintes individuais (art. 22, III) e a incidente sobre eventuais serviços prestados por cooperados por intermédio de cooperativas de trabalho, a qual incide, à alíquota de 15%, sobre o valor bruto da nota fiscal ou da fatura (art. 22, IV).

A contribuição incide sobre a “receita bruta, decorrente dos espetáculos desportivos de que participem e de qualquer forma de patrocínio, licenciamento de uso de marcas e símbolos, publicidade, propaganda e de transmissão de espetáculos desportivos” (§6º), desde que decorram de “atividades diretamente relacionadas com a manutenção e administração de equipe profissional de futebol” (§11-A, incluído pela Lei 11.505/07). O *quantum* da obrigação é determinado pela aplicação da alíquota de 5% sobre a receita bruta suprarreferida.

Não é a associação desportiva que a recolhe: a contribuição deve ser descontada e recolhida pela entidade promotora do espetáculo, no prazo de até dois dias úteis após a realização do evento (§7º), ou pela entidade que efetivar os pagamentos a título de patrocínio, licenciamento, publicidade, propaganda e transmissão de espetáculos, até o dia dez do mês seguinte ao da competência (art. 22, §9º, *c/c* o art. 30, I, *b*, na redação da Lei 11.488/07). À associação desportiva incumbe apenas informar à entidade promotora do espetáculo as receitas auferidas, devidamente discriminadas (art. 22, §8º).

2.8.3 Contribuição das agroindústrias.

Por força da Lei 10.256/01, as agroindústrias – empresas que desenvolvem atividades agrícolas e industriais - não estão sujeitas às contribuições sobre a remuneração dos incisos I e II do art. 22, mas a contribuições específicas, incidentes sobre a receita bruta. Continuam sendo obrigadas pelo pagamento das contribuições dos incisos III e IV deste artigo, inci-

dentos, respectivamente, sobre as remunerações pagas ou creditadas a contribuintes individuais e sobre os valores relativos à prestação de serviços por cooperados, por intermédio de cooperativas de trabalho.

2.8.3.1 Regime da Lei 8.870/94.

Já havia sido instituído um regime específico para as agroindústrias, que foi tido por inconstitucional. A Lei 8.870/94 substituiu as contribuições do art. 22 da LCSS, em relação à parte agrícola da atividade das agroindústrias, por duas contribuições incidentes sobre o “valor estimado da produção agrícola própria, considerado seu preço de mercado” (art. 25, §2º, da Lei 8.870/94): uma destinada à seguridade social, à alíquota de 2,5%; e outra destinada especificamente ao “financiamento da complementação das prestações por acidente de trabalho”, à alíquota de 0,1% (art. 25, I e II, da Lei 8.870/94)³⁸. Não havia, porém, autorização constitucional para se utilizar essa base de cálculo, o que levou o STF a declarar a inconstitucionalidade do art. 25, §2º, da Lei 8.870/94, como se lê na ementa da ADI 1.103:

O art. 195, I, da Constituição prevê a cobrança de contribuição social dos empregadores, incidentes sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro; desta forma, quando o § 2º do art. 25 da Lei nº 8.870/94 cria contribuição social sobre o valor estimado da produção agrícola própria, considerado o seu preço de mercado, é ele inconstitucional porque usa uma base de cálculo não prevista na Lei Maior³⁹⁻⁴⁰.

³⁸ Em relação à parte industrial de suas atividades, eram devidas as contribuições do art. 25, I e II, da Lei 8.870/94, incidentes sobre a “receita bruta proveniente da comercialização de sua produção”.

³⁹ Segue: “3. O § 4º do art. 195 da Constituição prevê que a lei complementar pode instituir outras fontes de receita para a seguridade social; desta forma, quando a Lei nº 8.870/94 serve-se de outras fontes, criando contribuição nova, além das expressamente previstas, é ela inconstitucional, porque é lei ordinária, insuscetível de veicular tal matéria” (STF, Pleno, ADI 1.103, 12.1996). No caso, o relator original, Ministro Néri da Silveira, foi vencido, com a sua tese de que o valor estimado da produção agrícola própria equivaleria à receita bruta decorrente da produção rural. Prevaleceu o entendimento do Ministro Maurício Corrêa, no sentido de que: “A fonte de arrecadação prevista no inciso I do artigo 195 da Constituição Federal não pode ser confun-

Declarada a ilegitimidade de tal preceito, deve ser aplicada a sistemática da legislação pretérita (ou seja, do art. 22 da LCSS, que impõe a contribuição sobre as remunerações pagas), tendo em vista que os atos normativos inconstitucionais são, em princípio, nulos *ab initio*, carecendo de força jurídica para inovar no ordenamento. Descabe, pois, considerar que possa uma lei inconstitucional produzir efeito revogatório perante as leis que lhe antecederam, haja vista não gerar efeitos válidos na ordem jurídica. Via de consequência, os atos normativos primários que seriam revogados por uma lei inconstitucional remanescem íntegros no ordenamento jurídico: continuam a incidir sobre os fatos jurígenos, sem sofrer qualquer interferência da norma incompatível com a Constituição criada posteriormente. Tal solução deve ser aplicada também aos casos em que a declaração de inconstitucionalidade tenha apenas efeitos *ex nunc*, porquanto, nesta hipótese, a vigência da norma é anômala, não surtindo todos os efeitos de um ato compatível com a Constituição, tais como a revogação da legislação preexistente à sua promulgação⁴¹.

Ocorre que, para determinadas empresas, o recolhimento com base no valor estimado da produção agrícola própria era mais favorável do que o baseado nas remunerações, gerando, por consequência, pagamentos a menor, que deram ensejo a autuações procedidas pelo INSS. Desse modo, certas empresas que confiaram na presunção de constitucionalidade da Lei 8.870/94 viram-se obrigadas a arcar com o ônus da diferença, sem poder repassá-lo ao adquirente, como poderiam ter feito caso sempre tivessem contribuído com base no art. 22 da LCSS. Considerando-se tal contexto, já se decidiu pela necessidade da atribuição, no caso, de efeitos *ex nunc* à decisão do STF⁴².

dida com o valor estimado da produção agrícola própria a que se refere a norma contida no artigo 25, que cuida de faturamento. Ademais, não se obedeceu o iter estabelecido no § 4º do mencionado dispositivo constitucional”.

⁴⁰ O art. 25, §2º, da Lei 8.870/94, mesmo tendo sido excluído do ordenamento jurídico pela decisão do STF, foi revogado de modo expresso pela Lei 10.256/01.

⁴¹ Esse é o entendimento prevalente no Supremo Tribunal Federal. Vide: STF, Pleno, ADI 652, 04.1992. E, no STJ, acabou por firmar-se, após certos vacilos, também para o caso em análise. Cfr., por todos: STJ, 1ª Seção, ERESP 645.155, 4.2006.

⁴² Vide: TRF4, 2ª Turma, AC 2002.04.01.043991-0, 12.2002.

Esse entendimento restou positivado. A Lei 10.736/03 concedeu remissão dos débitos relativos aos recolhimentos efetivados com base na Lei 8.870/94, no período compreendido entre a data da sua publicação e a data da declaração da sua inconstitucionalidade, abrangendo até os créditos já em fase de execução fiscal. Permitiu expressamente, ademais, a revisão dos parcelamentos que abrangiam os créditos extintos pela remissão⁴³.

2.8.3.2 Contribuintes.

Há, no *caput* do art. 22A da LCSS, uma definição de agroindústria, nos seguintes moldes: “o produtor rural pessoa jurídica cuja atividade econômica seja a industrialização de produção própria ou de produção própria e adquirida de terceiros”. Por força dessa definição, apenas a pessoa jurídica produtora rural está sujeita ao regime especial de tributação, uma vez que a produção industrializada deverá ser sua, mesmo que não o seja de forma exclusiva. Destarte, é imprescindível que as agroindústrias desempenhem, como a própria denominação indica, atividades agrícolas e industriais. As indústrias rurais não estão abrangidas pelo regime de tributação determinado pelo artigo em comento, do mesmo modo que as empresas dedicadas de forma exclusiva ao agrocomércio, as quais não desempenham atividade rural e tampouco industrial.

⁴³ “Art. 1º Ficam extintos os créditos previdenciários, constituídos ou não, inscritos ou não em dívidas ativas, ajuizados ou não, com exigibilidade suspensa ou não, contra as pessoas jurídicas que se dediquem à produção agroindustrial em decorrência da diferença entre a contribuição instituída pelo § 2º do art. 25 da Lei nº 8.870, de 15 de abril de 1994, declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, e a contribuição a que se refere o art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, em razão dos fatos geradores ocorridos entre a data de publicação daquela Lei e a da declaração de sua inconstitucionalidade.

[...]

§ 3º Será revisto, a pedido da pessoa jurídica interessada, o parcelamento de débito em vigor, inclusive os objeto de Refis, cujo acordo celebrado contenha crédito resultante daquela diferença, para dele ser excluído o valor do saldo remanescente extinto por esta Lei”.

Não pressupõe o art. 22A a exclusividade das atividades de produção rural e de industrialização, sujeitando a agroindústria à contribuição sobre a receita bruta mesmo que haja prestação de serviços a terceiros, situação na qual tais operações estarão excluídas da contribuição do art. 22A (§2º), sendo tributadas na forma do art. 22. A LCSS silencia a respeito da atividade de comercialização urbana, mas a generalidade de sua previsão leva à conclusão de que o art. 22A também alcança as agroindústrias que desempenham concomitantemente atividade urbana.

Não estão sujeitas à contribuição sobre a receita bruta as sociedades cooperativas, as agroindústrias de piscicultura, carcinicultura, suinocultura e avicultura (art. 22A, §4º) – que se dedicam, respectivamente, à criação de peixes, crustáceos, porcos e aves e à industrialização dos seus elementos e dos seus derivados - e as empresas que se dediquem apenas ao “florestamento e reflorestamento como fonte de matéria-prima para industrialização própria mediante a utilização de processo industrial que modifique a natureza química da madeira ou a transforme em pasta celulósica” (art. 22A, §6º) e que, se comercializarem resíduos vegetais ou sobras da produção, auferam receita bruta decorrente desta comercialização de menos de 1% da receita bruta da comercialização da produção (art. 22A, §7º).

Existem, ainda, delimitações da sua base de cálculo, que serão expostas a seguir.

2.8.3.3 Base de cálculo.

Apenas as receitas decorrentes da comercialização da produção estão sujeitas à exação. Logo, resta excluída do seu âmbito a receita bruta decorrente de aplicações financeiras, doações, alienações de imóveis, prestação de serviços, etc.

Quanto às operações relativas à prestação de serviços, a lei prevê de forma expressa que não são reguladas pelo art. 22A, mas pelo art. 22 (art. 22A, §2º). Esse dispositivo não leva apenas à exclusão das receitas da prestação de serviços a terceiros da incidência da contribuição, mas à sujeição de tais operações às contribuições do art. 22. Sua prescrição foi

necessária para que ocorresse tal sujeição, pois, se não houvesse qualquer disposição nesse sentido, as operações de prestação de serviços a terceiros restariam desoneradas.

Por isso, as agroindústrias que prestam serviços a terceiros estão sujeitas tanto às contribuições sobre as remunerações do art. 22, I e II, como às contribuições sobre a receita bruta, o que impõe a obrigação, prevista no regulamento, da elaboração de folha de salários e registros contábeis distintos (art. 201-A, §2º, do Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 4.032/01). Assim, a receita bruta da prestação de serviços a terceiros não sofre a incidência das contribuições do art. 22A; contudo, as remunerações correspondentes são tributadas pelas contribuições do art. 22, I e II.

2.8.3.4 Destinações, alíquotas e contribuições.

Há três alíquotas e três destinações, que caracterizam contribuições específicas: a destinada à seguridade social, com a alíquota de 2,5%, que corresponde à contribuição do art. 22, I (art. 22A, I); a afetada ao SAT ou, mais especificamente, ao financiamento da aposentadoria especial e dos benefícios “concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade para o trabalho decorrente dos riscos ambientais da atividade”, com a alíquota de 0,1%, que corresponde à contribuição do art. 22, II (art. 22A, II); e a destinada ao Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (SENAR), com a alíquota de 0,25% (art. 22A, §5º), que substitui a contribuição ao SENAR prevista no art. 3º, I, da Lei 8.315/91.

Enfim, as agroindústrias regidas pelo art. 22A não se sujeitam, via de regra, às contribuições sobre as remunerações do art. 22, I e II, e tampouco à contribuição ao SENAR prevista pela Lei 8.315/91, senão a contribuições sobre a receita bruta proveniente da comercialização da produção, com alíquotas de 2,5%, 0,1% e 0,25%, o que totaliza o percentual de 2,85%. A única exceção diz respeito às operações de prestação de serviços a terceiros, que sofrem a incidência das contribuições do art. 22, I e II.

2.8.3.5 Contribuições ao SENAR.

Cabe reiterar que, embora as agroindústrias não estejam sujeitas à contribuição ao SENAR da Lei 8.315/91, devem pagar a contribuição ao SENAR do art. 22, §5º, da LCSS. Tais exações não se confundem: a regida pela LCSS incide, à alíquota de 0,25%, sobre a receita bruta proveniente da comercialização da produção, enquanto a regida pela Lei 8.315/91 incide, à alíquota de 2,5%, sobre a remuneração paga aos empregados.

As contribuições ao SENAR caracterizam-se como contribuições de interesse de categoria econômica, encontrando embasamento no art. 149, *caput*, da Constituição Federal. Não tendo assento na competência residual do art. 195, §4º, e tampouco nas competências nominadas dos incisos I e II do art. 195, prescindem da instituição por lei complementar e da subsunção às hipóteses destes incisos.

2.8.4 Contribuição do empregador rural pessoa física.

A contribuição do empregador rural pessoa física é regulada pelo art. 25 da Lei 8.212/91. Na realidade, há *duas* contribuições, sendo que ambas incidem sobre a receita bruta proveniente da comercialização da produção. A contribuição destinada à seguridade social é devida à alíquota de 2% (art. 25, I); e a afetada especificamente ao financiamento das prestações por acidente de trabalho, à alíquota de 0,1% (art. 25, II).

Tais exações são cobradas em substituição às do art. 22, I e II, mas não substituem a contribuição do art. 21 (dos segurados contribuinte individual e facultativo), que é obrigatória para o empregador rural pessoa física (art. 25, §2º). Tampouco substituem as do art. 22, III e IV. Desse modo, verifica-se uma duplicidade de contribuições exigidas do empregador rural pessoa física: este sujeita-se, como os demais contribuintes individuais e os facultativos, à do art. 21 (20% sobre o salário-de-contribuição) e, além disso, à contribuição sobre a comercialização da sua produção, sem contar com as contribuições do art. 22, III e IV. No entanto, há de se ter em mente que, como já exposto, o empregador rural pessoa física recolhe a contribuição do art. 25 na qualidade de empregador e a do art. 21 na de segurado.

2.8.4.1 Fatos tributados.

Sendo tributada a receita bruta *decorrente* da comercialização da produção, a comercialização deve *preceder* a incidência da norma impositiva: o recebimento de valores que lhe anteceder, como ocorre no adiantamento de recursos para a produção rural, não é tributável.

Pela expressão “comercialização” deve-se entender a transferência da propriedade por negócio jurídico de cunho mercantil, nos moldes do Direito Privado. Por conseguinte, a translação física da produção rural que não importe em transferência da propriedade não caracteriza o fato impositivo da exação. À incidência da contribuição em comento é imprescindível que haja efetivamente ato mercantil, com mudança da titularidade jurídica. Por exemplo, o simples envio (ou retorno) de animais para processo de engorda não rende ensejo à cobrança da exação⁴⁴.

2.8.4.2 Base de cálculo.

Já expusemos que a base de cálculo é a receita bruta proveniente da comercialização da produção rural. Pois bem, os §§ 3º e 4º do art. 25 da LCSS especificam-na, prevendo que: a produção é integrada pelos produtos de origem animal ou vegetal, em estado natural ou submetidos a processos rudimentares de beneficiamento ou industrialização, e pelos subprodutos e resíduos desses processos (§3º), mas não pela produção rural destinada ao plantio ou reflorestamento, pelo produto animal destinado à reprodução ou criação pecuária ou granjeira e à utilização como cobaias em pesquisas científicas e tampouco pela produção de pessoa que se dedique ao comércio de sementes e mudas, com as restrições previstas (§4º).

Incidindo a contribuição sobre tal materialidade, é evidente que o valor do *frete* da produção, quando não estiver incorporado ao preço dos produtos, não integrará a sua base de cálculo. Pouco importa que, como defende o INSS, o valor do frete seja considerado pela empresa adquirente como custo, porquanto a base de cálculo da contribuição (receita bruta) diz respeito ao alienante, e não ao adquirente.

⁴⁴ STJ, 1ª Turma, RESP 489.156, 09.2003.

2.8.5 Contribuição do consórcio simplificado de produtores rurais.

O consórcio simplificado de produtores rurais que observar os requisitos do art. 25A da LCSS, incluído pela Lei 10.256/01, terá o mesmo tratamento tributário do empregador rural pessoa física. Tem a seguinte redação o preceito mencionado:

Art. 25A. Equipara-se ao empregador rural pessoa física o consórcio simplificado de produtores rurais, formado pela união de produtores rurais pessoas físicas, que outorgar a um deles poderes para contratar, gerir e demitir trabalhadores para prestação de serviços, exclusivamente, aos seus integrantes, mediante documento registrado em cartório de títulos e documentos.

Em outros termos, o consórcio deverá pagar as contribuições do art. 25, em substituição às do art. 22, I e II, e cada produtor rural integrante haverá de arcar com a contribuição do art. 21.

A despeito de o consórcio dever outorgar a um dos produtores rurais pessoas físicas poderes para “contratar, gerir e demitir trabalhadores para a prestação de serviços, exclusivamente, aos seus integrantes”, mesmo os integrantes que não administram o consórcio são responsáveis solidários pelas obrigações previdenciárias (art. 25A, §3º).

3 CONTRIBUIÇÃO DO EMPREGADOR DOMÉSTICO

O empregador doméstico é definido pela LCSS como a “pessoa ou família que admite a seu serviço, sem finalidade lucrativa, empregado doméstico” (art. 15, II). É essencial à definição, tanto do empregado doméstico quanto do seu empregador, a ausência de fins lucrativos, por parte deste, na atividade desempenhada pelo empregado. Trata-se de uma atividade realizada no âmbito residencial, sem qualquer conotação empresarial.

Caso o trabalho seja prestado fora do âmbito residencial, em atividade empresarial, restarão descaracterizados empregado e empregador como domésticos, recebendo este o tratamento geral outorgado às empresas (art. 22 da LCSS) e aquele, o estabelecido para o segurado empregado (art. 20 da LCSS c/c o seu art. 28, II).

A previsão da figura do empregador doméstico tem uma razão de ser, a sua sujeição a uma contribuição própria, estabelecida em 12% do salário-de-contribuição do empregado doméstico (art. 24 da LCSS). Esse salário-de-contribuição consiste na “remuneração registrada na Carteira de Trabalho e Previdência Social” (art. 28, II, do mesmo diploma legal) e está sujeito a limites mínimo e máximo, como expomos a seguir⁴⁵.

O empregador deve recolher a sua contribuição até o dia 15 do mês seguinte ao da competência. No mesmo prazo, também deverá recolher, na qualidade de responsável, a contribuição do empregado, descontada da sua remuneração mensal, nos termos do art. 30, V, da Lei 8.212/91.

4 CONTRIBUIÇÕES DOS SEGURADOS

As contribuições dos segurados do Regime Geral de Previdência Social não se confundem com as ditas patronais. Estas são devidas pelas empresas para as quais os segurados trabalham, e não por esses, sendo irrelevante o fato de incidirem sobre as remunerações pagas aos empregados, pois a base de cálculo não indica necessariamente o sujeito passivo. Já aquelas, as contribuições dos segurados, são devidas por esses, e não pelas empresas, ainda que se imponha às empresas o encargo de reter tais contribuições e repassá-las ao Fisco.

4.1 Regime constitucional.

4.1.1 Fundamento constitucional.

O fundamento constitucional das contribuições dos segurados não é o inciso I do art. 195, senão o inciso II, redigido nestes termos:

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

⁴⁵ Vide página 34e ss.

[...]

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201 (Redação dada pela EC 20/98)

Antes do advento da EC 20/98, a contribuição do art. 195, II, qualificava-se como de seguridade social, por não ter afetação específica dentro da seguridade. Dita emenda convolou a sua natureza tributária específica, ao afetar os seus recursos exclusivamente ao pagamento dos benefícios do Regime Geral de Previdência (art. 167, XI, da CF, na redação dada pela EC 20/98). A contribuição do inciso II do art. 195 tornou-se, pois, uma contribuição *previdenciária*, a exemplo do que se verificou com a do inciso I, *a*.

4.1.2 Os possíveis sujeitos passivos.

Em sua redação original, a Constituição somente autorizava a cobrança de contribuição “dos trabalhadores”. Não permitia que outros segurados da previdência social fossem sujeitos ao pagamento da exação.

Essa competência foi alargada pela EC 20/98, que incluiu como possíveis sujeitos passivos da contribuição, ao lado do “trabalhador”, os “demais segurados da previdência social”. Dentre os “demais segurados”, porém, não se enquadram o produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, vez que estão sujeitos a uma contribuição específica, incidente sobre o resultado da comercialização da produção, como previsto no art. 195, §8º, da CF.

Com a ampliação do universo dos possíveis sujeitos passivos, permitiu-se que o legislador sujeite ao pagamento de contribuições previdenciárias não apenas os trabalhadores, mas também outros segurados obrigatórios. Portanto, ao eleger novos segurados obrigatórios do Regime Geral de Previdência Social, o legislador os sujeitará ao pagamento da correspondente contribuição previdenciária.

A razão dessa modificação implementada pela EC 20/98 é facilmente compreensível, à luz do precedente concernente à *tributação dos agentes políticos*.

À semelhança do que ocorreu com a extrapolação da competência do art. 195, I, ao ser instituída contribuição de seguridade sobre os valores pagos a autônomos, avulsos e administradores, quando a Constituição somente outorgava competência para a tributação dos valores pagos a empregados, foram sujeitos os agentes políticos, que não são trabalhadores na acepção do Direito do Trabalho, ao pagamento de contribuição à seguridade social.

Essa sujeição foi imposta pela Lei 9.506/97, que extinguiu o Instituto de Previdência dos Congressistas (IPC) e acrescentou a alínea *h* ao art. 12, I, da Lei 8.212/91, tornando segurado obrigatório da Previdência Social, na qualidade de empregado, “o exercente de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, desde que não vinculado a regime próprio de previdência social”. Consequentemente, sujeitou-o ao pagamento da contribuição do segurado empregado, prevista em seu art. 20.

O STF, em acórdão relatado pelo Ministro Carlos Velloso, firmou o entendimento de que o “trabalhador” aludido pelo inciso II do art. 195 é aquele que presta “serviço a entidade de direito privado ou mesmo entidade de direito público, desde que abrangido pelo regime celetista”. Trabalhador, em outras palavras, é o trabalhador celetista, o empregado do Direito do Trabalho. E o exercente de mandato eletivo não é trabalhador celetista, mas agente político, evidenciando que o legislador “inovou sobremaneira: fez do agente político o trabalhador indicado no inc. II do art. 195 da Constituição”. Com isso, incidiu em evidente afronta à Constituição, que foi declarada nesse julgamento⁴⁶.

Diante da ampliação da competência impositiva procedida pela EC 20/98, foi editada a Lei 10.887/04, que veio instituir a contribuição a cargo dos detentores de mandato eletivo nos mesmos moldes da Lei 9.506/97, mas, agora, com suporte constitucional. Para tanto, acrescentou ao art. 12, I, da Lei 8.212/91 a alínea *j*, com redação idêntica à da alínea *h*. Consequentemente, criou-se a esdrúxula situação da convivência no texto da Lei 8.212/91 de dois preceitos com redação idêntica: a inconstitucio-

⁴⁶ STF, Pleno, RE 351.717, 10.2003.

nal alínea *h* e a legítima alínea *j*. Melhor teria sido a Lei 10.887/04 manter o preceito na alínea *h*, tendo em vista que a sua redação anterior carece de valia jurídica.

4.1.3 Base de cálculo possível.

O inciso II do art. 195 não indica de forma expressa as manifestações de capacidade contributiva que podem se sujeitar à tributação, limitando-se a indicar os sujeitos passivos: o trabalhador e os demais segurados da previdência social.

Tal fato, contudo, não pode levar à ilação de que o legislador é livre para instituir a contribuição sobre qualquer manifestação de capacidade contributiva, dado que a Constituição delimita, de forma *tácita*, a materialidade possível da contribuição a cargo dos segurados da previdência. Efetivamente, ao levar em consideração as qualidades de trabalhador e de segurado para fins de determinação da possível sujeição passiva, a Constituição restringe implicitamente a tributação à manifestação de capacidade contributiva ligada, de forma direta, a tais qualidades: somente poderá ser cobrada contribuição que incida sobre a remuneração decorrente do trabalho do trabalhador ou das atividades desempenhadas pelos segurados que não se qualifiquem como trabalhadores. Caso não haja desempenho de atividade remunerada, não será viável exigir o pagamento de contribuições de natureza tributária. O cidadão contribuirá, se quiser, na qualidade de contribuinte facultativo.

A base de cálculo possível, de conseguinte, é a *remuneração* auferida pelo segurado do Regime Geral em decorrência do desempenho de sua atividade profissional, assertiva corroborada pelo preceito do art. 201, §11, da CF, que impõe a incorporação dos ganhos habituais do empregado ao salário “para efeito de contribuição previdenciária”, deixando claro que a remuneração é a base de cálculo autorizada pelo constituinte para a exigência da contribuição a cargo dos segurados da previdência. Portanto, o legislador pode eleger, como base de cálculo, uma dimensão específica da remuneração, mas nunca manifestações de capacidade contributiva que não se qualifiquem como tal. Por exemplo, valores auferidos pelo segurado em aplicações financeiras, obviamente, não

poderão integrar a base de cálculo da contribuição. Tampouco poderão integrá-la as verbas de cunho indenizatório recebidas pelo segurado, como o auxílio-creche⁴⁷.

4.1.4 Imunidade das aposentadorias e das pensões do Regime Geral.

A despeito de a EC 20/98 ter alargado o rol dos possíveis sujeitos passivos da contribuição do art. 195, II, também veiculou uma regra de incompetência, ao consagrar a imunidade dos aposentados e pensionistas do Regime Geral de Previdência Social. Consagrou-a ao prever que não incidirá “contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201”.

Os proventos de aposentadoria e as pensões do Regime Geral de Previdência Social, portanto, são *imunes* à incidência de contribuições previdenciárias. Também são imunes à incidência de contribuições os proventos de aposentadoria e as pensões concedidas no âmbito do regime estatutário, até o limite do teto do Regime Geral, como previsto no art. 40, §18º, incluído pela EC 41/03.

No entanto, não são imunes as remunerações percebidas, em razão do seu trabalho, por aposentados e pensionistas que continuem ou voltem a exercer atividade que determine a sujeição obrigatória ao Regime Geral, como expomos no tópico que segue.

4.2 Filiação, qualidade de segurado obrigatório e atividades simultâneas.

A condição de contribuinte do Regime Geral, na qualidade de segurado, deriva do desempenho de *atividade remunerada* e da inserção da pessoa física que a desempenha no rol dos *segurados obrigatórios* constante do art. 12 da Lei 8.212/91.

⁴⁷ Segundo a Súmula 310 do STJ: “O Auxílio-creche não integra o salário-de-contribuição”. Lê-se na ementa de precedente que originou essa súmula: “O denominado ‘auxílio-creche’ constitui, na verdade, indenização pelo fato de a empresa não manter creche em seu estabelecimento. Como ressarcimento, não integra ao salário-contribuição (*sic*), para efeito de incidência da contribuição social” (STJ, 1ª Seção, ERESP 413.322, 03.2003).

Ao desempenhar atividade remunerada, o segurado obrigatório passa, *automaticamente*, a ter direitos e obrigações nos planos *tributário e previdenciário*. No plano tributário, torna-se sujeito passivo da obrigação tributária, pois há de contribuir para o regime, mediante o pagamento da sua contribuição. No plano previdenciário, *filia-se* à Previdência Social, independentemente de qualquer formalidade, passando a gozar, desde então, dos direitos garantidos a todos os filiados.

Quando desempenha simultaneamente *mais de uma* atividade que determina a filiação obrigatória ao Regime Geral de Previdência Social, o trabalhador torna-se segurado obrigatório perante ambas (ou todas) as atividades desenvolvidas (art. 12, §2º, da LCSS). Em tal hipótese, haverá de recolher as contribuições relativas a cada uma das atividades, sem se sujeitar, porém, a recolhimentos totais superiores aos permitidos para uma só atividade, haja vista a necessidade de se somarem as remunerações para se respeitar o teto do salário-de-contribuição, estabelecido pelo art. 28, §5º, da Lei 8.212/91. Necessidade que decorre do fato de o desempenho de atividades concomitantes não implicar filiações, senão uma única filiação, que oportunamente renderá ensejo ao pagamento de um único benefício substitutivo, sujeito ao teto do Regime Geral.

De forma análoga, os *servidores públicos* que, além da sua função típica, desempenhem atividades sujeitas ao Regime Geral haverão de contribuir para este (art. 13, §1º, da LCSS) e poderão usufruir dos benefícios correlatos. A peculiaridade é não ser devida a soma das remunerações para se aplicar o teto do salário-de-contribuição: o servidor público contribui para o Regime Geral como se não desempenhasse a atividade abrangida pelo regime próprio, pois pode acumular os benefícios dos distintos regimes.

E o *aposentado que continuar ou voltar a exercer atividade* que implique a filiação obrigatória persistirá na qualidade de segurado obrigatório (art. 12, §4º, da LCSS), não se eximindo do recolhimento de contribuições sobre essa atividade. Deverá recolhê-las regularmente, obviamente não para fazer jus ao benefício previdenciário, senão para custear os benefícios auferidos pelos demais segurados, medida que se justifica pelos princípios da capacidade contributiva e da solidariedade.

Diversamente, os *aposentados e pensionistas que não trabalhem* estão desonerados da contribuição previdenciária, pela imunidade concedida pelo art. 195, II, da Constituição Federal.

4.3 Contribuição do empregado, do empregado doméstico e do avulso.

4.3.1 Alíquotas.

A contribuição a cargo dos segurados empregado, empregado doméstico e trabalhador avulso é regulada pelo art. 20 da Lei 8.212/91, nestes termos:

Art. 20. A contribuição do empregado, inclusive o doméstico, e a do trabalhador avulso é calculada mediante a aplicação da correspondente alíquota sobre o seu salário-de-contribuição mensal, de forma não cumulativa, observado o disposto no art. 28, de acordo com a seguinte tabela: (Redação dada pela Lei 9.032/95)

Salário-de-contribuição	Alíquota em %
Até R\$ 249,80	8,00
de R\$ 249,81 até R\$ 416,33	9,00
de R\$ 416,34 até R\$ 832,66	11,00

§ 1º Os valores do salário-de-contribuição serão reajustados, a partir da data de entrada em vigor desta Lei, na mesma época e com os mesmos índices que os do reajustamento dos benefícios de prestação continuada da Previdência Social. (Parágrafo único renumerado pela Lei 8.620/93)

§ 2º O disposto neste artigo aplica-se também aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que prestem serviços a micro-empresas. (Incluído pela Lei 8.620/93)

Tal contribuição incide, pois, sobre o salário-de-contribuição (base de cálculo que será examinada com vagar a seguir), às alíquotas de 8%, 9% ou 11%.

Consoante a determinação do §1º, os valores do salário-de-contribuição são reajustados nas mesmas datas e segundo os mesmos índices utilizados para o reajustamento dos benefícios, o que leva à aplicação das distintas alíquotas sobre a atualização dos valores previstos nesta tabela, e não sobre os valores nominais nela referidos.

A Portaria Interministerial MPS/MF 77, de 12 de março de 2008, estipulou estes valores:

Tabela de contribuição dos segurados empregado, empregado doméstico e trabalhador avulso, para pagamento de remuneração a partir de 1º de março de 2008:

Salário-de-contribuição (R\$)	Alíquota para fins de recolhimento ao INSS (%)
Até R\$ 911,70	8,00
de R\$ 911,71 a R\$ 1.519,50	9,00
de R\$ 1.519,51 até R\$ 3.038,99	11,00

4.3.2 Base de cálculo.

A base de cálculo da contribuição, denominada pela legislação “salário-de-contribuição”, é regulada pelo art. 28 da LCSS nestes termos:

Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:

I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa; (Redação dada pela Lei 9.528/97)

II - para o empregado doméstico: a remuneração registrada na Carteira de Trabalho e Previdência Social, observadas as normas a serem estabelecidas em regulamento para comprovação do vínculo empregatício e do valor da remuneração.

Destarte, a contribuição incide sobre as *remunerações* pagas, devidas ou creditadas, tanto para o empregado, para o avulso, quanto para o empregado doméstico. A peculiaridade é a referência, para este, à “remuneração registrada na Carteira de Trabalho e Previdência Social”, que leva à impossibilidade de a contribuição incidir sobre remunerações não-registradas na CTPS.

Retornaremos ao tema a seguir, pois a regulação da base de cálculo é, em linhas gerais, uniforme para todos os segurados, sendo veiculada pelo art. 28 da LCSS.

4.3.3 Prazo e responsabilidade pelo recolhimento.

A responsabilidade pelo recolhimento das contribuições dos segurados empregado, empregado doméstico e avulso é da *empresa* ou da pessoa física *empregadora* para as quais prestam serviços.

De fato, a Lei 8.212/91 impõe: à empresa o dever de descontar as contribuições dos segurados empregado e avulso da respectiva remuneração e recolhê-las à Previdência Social até o dia 10 do mês seguinte ao da competência (art. 30, I, *a*, na redação dada pela Lei 11.488/07); e ao empregador doméstico o dever de reter e arrecadar a contribuição do empregado a seu serviço, até o dia 15 do mês seguinte ao da competência (art. 30, V, na redação dada pela Lei 8.444/92).

Conforme o regulamento, a expressão “mês seguinte ao da competência” indica o mês seguinte àquele “a que se referirem as remunerações” (Decreto 3.048/99, art. 216, I, *b*), ou seja, ao mês trabalhado. Desse modo, as contribuições relativas, v.g., ao trabalho de abril devem ser pagas até o décimo ou o décimo quinto dia do mês de maio. Há quem sustente que o “mês da competência” não diria respeito ao mês em que o trabalho é prestado, senão ao mês em que as remunerações são devidas, pagas ou creditadas. Esta tese, porém, não tem encontrado respaldo no Superior Tribunal de Justiça⁴⁸.

⁴⁸ Vide, entre outros: STJ, 1ª Turma, AGA 550.912, 02.2004.

4.4 Contribuição dos segurados contribuinte individual e facultativo.

A contribuição do segurado contribuinte individual é, a exemplo de todas as demais reguladas na Lei de Custeio da Seguridade Social (Lei 8.212/91), tributária, por ter caráter compulsório. Já a contribuição do facultativo singulariza-se por *não possuir natureza tributária*, haja vista não ser coercitiva. Não decorre de uma obrigação jurídico-tributária, de caráter heterônomo: trata-se de uma prestação autônoma, de cunho previdenciário, destinada a inseri-lo no sistema, de modo a que possa gozar da proteção da previdência social.

4.4.1 Alíquotas.

Os segurados contribuinte individual e facultativo também contribuem sobre o salário-de-contribuição. Porém, não se lhes aplicam as alíquotas suprarreferidas, senão a de 20% (art. 21 da Lei 8.212/91). Essa é a regra geral, que comporta tantas exceções a ponto de se transformar, ela própria, na exceção. Senão, vejamos.

Essa alíquota é reduzida para 11% com a *renúncia ao direito à aposentadoria por tempo de contribuição*, renúncia esta que pode ser exercida pelos contribuintes individuais que trabalhem por conta própria e pelos segurados facultativos (art. 21, §2º, incluído pela LC 123/2006). Dita renúncia é reversível, sendo viável computar o tempo de contribuição para se obter tal aposentadoria mediante o recolhimento da diferença (os 9%), acrescida de juros moratórios (art. 21, §3º, também incluído pela LC 123/2006).

Também se reduz, na prática, a alíquota a 11% para o *contribuinte individual que prestar serviço a empresa(s) e para o cooperado que prestar serviço a empresas por meio de cooperativa*. De fato, o art. 30, §4º, da Lei 8.212/91, acrescentado pela Lei 9.876/99, estabelece que, se o contribuinte individual prestar serviço a uma ou mais empresas, poderá deduzir, da sua contribuição, 45% da contribuição a cargo da empresa incidente sobre a remuneração que esta lhe tenha pago ou creditado, até o limite de 9% do respectivo salário-de-contribuição. Essa dedução também é aplicável ao cooperado que prestar serviço a empresas por inter-

médio de cooperativa de trabalho (§5º). Sendo a alíquota da contribuição dos contribuintes individuais de 20% sobre o salário-de-contribuição, o contribuinte individual que presta serviço a uma ou mais empresas fica sujeito à alíquota efetiva de 11%, em virtude da dedução de 45% da contribuição da empresa (de 20% sobre as remunerações pagas), limitada a 9% do salário-de-contribuição.

Por essa razão, o próprio Fisco entende que, quando a empresa arrecada a contribuição do segurado contribuinte individual a seu serviço, descontando-a da respectiva remuneração (no cumprimento do dever estabelecido no art. 4º da Lei 10.666/03, na redação dada pela Lei 11.488/07), esta deve considerar a alíquota de 11%, e não a de 20%. Ou seja, deve reter apenas 11% dos valores pagos.

4.4.2 Base de cálculo.

A base de cálculo das contribuições dos segurados contribuinte individual e facultativo é regulada pelos incisos III e IV do art. 28 da LCSS, nestes termos:

Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:

[...]

III - para o contribuinte individual: a remuneração auferida em uma ou mais empresas ou pelo exercício de sua atividade por conta própria, durante o mês, observado o limite máximo a que se refere o § 5º. (Redação dada pela Lei 9.876/99)

IV - para o segurado facultativo: o valor por ele declarado, observado o limite máximo a que se refere o § 5º (Incluído pela Lei 9.876/99)

Verifica-se que, para o contribuinte individual, a base de cálculo também é, desde a edição da Lei 9.876/99, a remuneração. No entanto, não o é para o facultativo, por razões óbvias. O facultativo não é segurado obrigatório: contribui porque quer. Opta por contribuir *a despeito de não exercer trabalho remunerado* e, conseqüentemente, *não receber remuneração*. Portanto, somente pode contribuir sobre um valor escolhido, por seu próprio arbítrio, respeitado o teto do Regime Geral.

Aprofundaremos a análise do tema a seguir, ao tratar da regulação do salário-de-contribuição pela LCSS, limitando-nos, agora, a expor a *revogação da antiga sistemática da contribuição sobre salários-base*.

A Lei 9.876/99 extinguiu o salário-base, que, na redação original da LCSS, era a base de cálculo da contribuição dos segurados empresário, autônomo, equiparado a autônomo e facultativo (art. 28, III). O salário-base obedecia a uma escala, constante no revogado art. 29 da Lei 8.212/91, na qual, com a filiação, o segurado passava a contribuir na classe inicial, cujo salário-base era de valor reduzido, e podia, de modo a fazer jus a benefícios de valores superiores, avançar na escala para a classe imediatamente superior, contribuindo facultativamente sobre salário-base maior, desde que respeitado o respectivo interstício (número mínimo de meses de permanência em cada classe). É compreensível a revogação dessa complexa sistemática, na qual as contribuições *independiam da remuneração efetiva* do segurado e podiam render ensejo a benefícios substitutivos muito inferiores a tal remuneração.

4.4.3 Prazo e responsabilidade pelo recolhimento.

A contribuição do segurado *facultativo* não pode ser retida e recolhida à Previdência por pessoas físicas ou jurídicas às quais preste serviços, pelo simples fato de o facultativo não desempenhar atividade remunerada. Portanto, a responsabilidade pelo recolhimento da sua contribuição é *dele próprio*, devendo fazê-lo até o dia 15 do mês seguinte ao da competência (mês do trabalho), consoante estabelece o art. 30, II, da Lei 8.212/91.

Esse preceito também imputa idêntico dever ao *contribuinte individual*. Porém, somente se aplica quando este prestar serviços a pessoas físicas. Caso contrário, a responsabilidade pelo recolhimento será da empresa. Senão, vejamos.

Quando o contribuinte individual *prestar serviços a pessoas físicas*, incidirá a regra do art. 30, II, da Lei 8.212/91, incumbindo-lhe recolher a sua contribuição até o dia 15 do mês seguinte ao da competência. Note-se que as pessoas físicas às quais os contribuintes individuais prestam serviços não estão obrigadas a descontar a contribuição da remuneração paga – e nem mesmo podem fazê-lo.

Por outro lado, quando o contribuinte individual *prestar serviços a pessoas jurídicas*, incidirá a regra do art. 4º, *caput*, da Lei 10.666/03, na redação dada pela Lei 11.488/07, que impõe à *empresa* a quem o contribuinte individual prestar serviços a obrigação de descontar a contribuição da sua remuneração e de recolher o valor descontado conjuntamente com a sua contribuição, até o dia 10 do mês seguinte ao da competência.

Caso as retenções efetivadas pelas empresas já tenham chegado ao valor correspondente ao *teto do salário-de-contribuição*, caberá ao segurado comprovar, à empresa que lhe pagará a remuneração, as retenções já efetivadas, de modo a obstar o desconto e, assim, respeitar o limite máximo do salário-de-contribuição (§28 do art. 216 do Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 4.729/03).

Na hipótese de retenção pela empresa, cabe ao contribuinte individual tão-somente a *obrigação de complementar*, diretamente, o recolhimento até o piso do salário-de-contribuição, “quando as remunerações recebidas no mês, por serviços prestados a pessoas jurídicas, forem inferiores a este” (art. 5º da Lei 10.666/03). Ou seja, se o valor descontado pelas pessoas jurídicas for inferior ao do mínimo legal para o pagamento da contribuição, incumbirá ao segurado recolher a diferença diretamente à Receita.

O contribuinte individual ainda deverá complementar os recolhimentos efetuados pelas pessoas jurídicas quando *também prestar serviços a pessoas físicas*, sempre que tais recolhimentos já não correspondam ao teto do salário-de-contribuição.

4.5 A base de cálculo geral da contribuição dos segurados: o salário-de-contribuição.

A regra geral é que os segurados contribuem sobre as suas remunerações ou, segundo a denominação da LCSS, sobre o salário-de-contribuição, regulado pelo art. 28 do mencionado diploma legal.

Há, porém, *pisos* e um *teto* para a determinação da base de cálculo. O piso, ou limite mínimo, corresponde ao piso salarial, consoante previsão do art. 28, §3º, da LCSS, na redação dada pela Lei 9.528/97: “O limite mínimo do salário-de-contribuição corresponde ao piso sala-

rial, legal ou normativo, da categoria ou, inexistindo este, ao salário mínimo, tomado no seu valor mensal, diário ou horário, conforme o ajustado e o tempo de trabalho efetivo durante o mês”. Mesmo que o segurado receba remunerações inferiores ao piso, como sucede por vezes com avulsos e contribuintes individuais, deverá contribuir sobre este valor, recolhendo aos cofres públicos o valor mínimo da contribuição mensal.

Já o teto foi estipulado em Cr\$ 170.000,00 pelo art. 28, §5º, da Lei 8.212/91 e vem sendo atualizado desde então na mesma época e segundo os mesmos índices do reajustamento dos benefícios, conforme tal preceito determina. Desde março de 2008, o teto foi estipulado em R\$ 3.038,99.

Um aspecto digno de nota é o fato de os limites mínimo e máximo do salário-de-contribuição serem corrigidos por *índices diversos*. O limite mínimo geral, correspondente ao salário mínimo, acompanha esse, enquanto o máximo é atualizado segundo os índices aplicáveis aos benefícios previdenciários.

A *gratificação natalina* (décimo-terceiro salário) integra o salário-de-contribuição para fins tributários, mas não para fins previdenciários (art. 28, §7º, da LCSS). Isto é, sujeita-se à incidência da contribuição⁴⁹, mas não repercute na determinação da Renda Mensal Inicial (RMI) do benefício previdenciário, o que se justifica pelo fato de também ser devida a gratificação natalina aos beneficiários da previdência. Assim, o que ocorre na prática é que os contribuintes pagam a contribuição sobre a gratificação natalina para custear a dos inativos e pensionistas – e, no futuro, a sua.

Em virtude das inúmeras ações judiciais questionando o tema, cabe destacar que a ressalva da não-repercussão da gratificação natalina no cálculo da renda mensal dos benefícios não existia na redação original do art. 28, §7º, da Lei 8.212/91: foi inserida pela Lei 8.870/94. Reputa-

⁴⁹ Questionada essa incidência, o STF declarou-a constitucional e cristalizou o seu entendimento a respeito mediante a edição desta súmula: “É legítima a incidência da contribuição previdenciária sobre o 13º salário” (Súmula 688).

mos, contudo, que dita não-repercussão já decorria do sistema previdenciário criado pelas Leis 8.212 e 8.213/91, tendo sido tão-somente explicitada em 1994.

Pois bem, retornando à seara tributária e, mais especificamente, ao tema da inclusão da gratificação natalina no salário-de-contribuição, deparamo-nos com a querela acerca da sistemática dessa inclusão, vez que a LCSS nada dispôs a respeito. Entendemos que, à luz do sistema da previdência, a tributação deva se operar em separado, sem se somar o décimo-terceiro na remuneração de dezembro ou diluí-lo na remuneração anual, para fins de determinação da alíquota e aplicação do teto do salário-de-contribuição. Há precedentes, porém, no sentido de que tal sistemática, de cálculo em separado da contribuição sobre a gratificação natalina, somente passou a ser viável após a sua previsão legislativa expressa, que se deu com a Lei 8.620/93 (art. 7º, §2º)⁵⁰.

Igualmente polêmica é a disposição do §8º do art. 28 da LCSS, segundo a qual integra o salário-de-contribuição “o total das diárias pagas, quando excedente a cinquenta por cento da remuneração mensal”.

Essa regra veicula, na realidade, uma *presunção legislativa* de fraude, isto é, de que as diárias, quando superam 50% da remuneração mensal, consubstanciam remunerações dissimuladas e, por tal razão, sujeitas à tributação. Aparenta tratar-se de uma presunção absoluta, não sujeita à prova em contrário; entretanto, caso se lhe atribuisse caráter absoluto, estar-se-ia acolhendo uma interpretação colidente com a Constituição (pois não há competência para se instituir contribuições sobre indenizações), que há de ser afastada mediante a técnica de interpretação conforme à Constituição, técnica esta que, no caso, implica o reconhecimento do caráter *relativo* da presunção e, assim, da possibilidade de se provar que os valores pagos a título de diárias realmente objetivaram indenizar o empregado, e não remunerá-lo.

Já o §9º veicula um extenso rol de *verbas que não integram a base de cálculo* da contribuição, haja vista tais verbas não representarem, em

⁵⁰ Vide, por todos, STJ, 2ª Turma, RESP 901.853, 5.2007.

geral, contraprestações laborais regulares e/ou possuírem caráter indenizatório, como as diárias pagas aos trabalhadores (até o limite de 50% da remuneração)⁵¹.

- ⁵¹ Dada a sua relevância, pedimos vênias para transcrever o extenso rol legislativo:
- “§ 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente: (Redação dada pela Lei 9.528/97)
- a) os benefícios da previdência social, nos termos e limites legais, salvo o salário-maternidade; (Redação dada pela Lei 9.528/97)
 - b) as ajudas de custo e o adicional mensal recebidos pelo aeronauta nos termos da Lei nº 5.929, de 30 de outubro de 1973;
 - c) a parcela “in natura” recebida de acordo com os programas de alimentação aprovados pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social, nos termos da Lei nº 6.321, de 14 de abril de 1976;
 - d) as importâncias recebidas a título de férias indenizadas e respectivo adicional constitucional, inclusive o valor correspondente à dobra da remuneração de férias de que trata o art. 137 da Consolidação das Leis do Trabalho-CLT; (Redação dada pela Lei 9.528/97)
 - e) as importâncias: (Incluído pela Lei 9.528/97)
 1. previstas no inciso I do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;
 2. relativas à indenização por tempo de serviço, anterior a 5 de outubro de 1988, do empregado não optante pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço-FGTS;
 3. recebidas a título da indenização de que trata o art. 479 da CLT;
 4. recebidas a título da indenização de que trata o art. 14 da Lei nº 5.889, de 8 de junho de 1973;
 5. recebidas a título de incentivo à demissão;
 6. recebidas a título de abono de férias na forma dos arts. 143 e 144 da CLT;
 7. recebidas a título de ganhos eventuais e os abonos expressamente desvinculados do salário;
 8. recebidas a título de licença-prêmio indenizada;
 9. recebidas a título da indenização de que trata o art. 9º da Lei nº 7.238, de 29 de outubro de 1984;
 - f) a parcela recebida a título de vale-transporte, na forma da legislação própria;
 - g) a ajuda de custo, em parcela única, recebida exclusivamente em decorrência de mudança de local de trabalho do empregado, na forma do art. 470 da CLT; (Redação dada pela Lei 9.528/97)
 - h) as diárias para viagens, desde que não excedam a 50% (cinquenta por cento) da remuneração mensal;
 - i) a importância recebida a título de bolsa de complementação educacional de estagiário, quando paga nos termos da Lei nº 6.494, de 7 de dezembro de 1977;
 - j) a participação nos lucros ou resultados da empresa, quando paga ou creditada de acordo com lei específica;
 - l) o abono do Programa de Integração Social-PIS e do Programa de Assistência ao Servidor Público-PASEP; (Incluído pela Lei 9.528/97)
 - m) os valores correspondentes a transporte, alimentação e habitação fornecidos pela empresa ao empregado contratado para trabalhar em localidade distante da de sua residência, em canteiro de obras ou local que, por força da atividade, exija deslocamento e estada, observadas as normas de proteção estabelecidas pelo Ministério do Trabalho; (Incluído pela Lei 9.528, de 10/12/97)

4.6 Contribuição do segurado especial.

A Constituição Federal estabelece expressamente que os segurados especiais contribuirão para a seguridade social “mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção” (art. 195, §8º)⁵².

- n) a importância paga ao empregado a título de complementação ao valor do auxílio-doença, desde que este direito seja extensivo à totalidade dos empregados da empresa; (Incluído pela Lei 9.528/97)
- o) as parcelas destinadas à assistência ao trabalhador da agroindústria canavieira, de que trata o art. 36 da Lei nº 4.870, de 1º de dezembro de 1965; (Incluído pela Lei 9.528/97)
- p) o valor das contribuições efetivamente pago pela pessoa jurídica relativo a programa de previdência complementar, aberto ou fechado, desde que disponível à totalidade de seus empregados e dirigentes, observados, no que couber, os arts. 9º e 468 da CLT; (Incluído pela Lei 9.528/97)
- q) o valor relativo à assistência prestada por serviço médico ou odontológico, próprio da empresa ou por ela conveniado, inclusive o reembolso de despesas com medicamentos, óculos, aparelhos ortopédicos, despesas médico-hospitalares e outras similares, desde que a cobertura abranja a totalidade dos empregados e dirigentes da empresa; (Incluído pela Lei 9.528/97)
- r) o valor correspondente a vestuários, equipamentos e outros acessórios fornecidos ao empregado e utilizados no local do trabalho para prestação dos respectivos serviços; (Incluído pela Lei 9.528/97)
- s) o ressarcimento de despesas pelo uso de veículo do empregado e o reembolso creche pago em conformidade com a legislação trabalhista, observado o limite máximo de seis anos de idade, quando devidamente comprovadas as despesas realizadas; (Incluído pela Lei 9.528/97)
- t) o valor relativo a plano educacional que vise à educação básica, nos termos do art. 21 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e a cursos de capacitação e qualificação profissionais vinculados às atividades desenvolvidas pela empresa, desde que não seja utilizado em substituição de parcela salarial e que todos os empregados e dirigentes tenham acesso ao mesmo; (Redação dada pela Lei 9.711/98)
- u) a importância recebida a título de bolsa de aprendizagem garantida ao adolescente até quatorze anos de idade, de acordo com o disposto no art. 64 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990; (Incluído pela Lei 9.528/97)
- v) os valores recebidos em decorrência da cessão de direitos autorais; (Incluído pela Lei 9.528/97)
- x) o valor da multa prevista no § 8º do art. 477 da CLT. (Incluído pela Lei 9.528/97)”.

⁵² “§ 8º O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei” (redação dada pela EC 20/98).

Entende-se facilmente a razão da regra constitucional. Como os segurados especiais não recebem remunerações pelo seu labor, senão pela alienação da sua produção, é evidente que não se poderia sujeitá-los ao regime geral da contribuição previdenciária. Por isso, revelou-se necessário criar uma sistemática específica, em cujo âmbito tais segurados contribuem sobre o produto da comercialização dos seus produtos.

Dita sistemática veio a ser implementada pelo art. 25 da Lei 8.212/91, que fixa as suas contribuições em 2% (contribuição previdenciária) e 0,1% (contribuição para o SAT) da receita bruta da comercialização da produção (incisos I e II do art. 25). Há, portanto, *duas contribuições* a cargo do segurado especial, sendo que ambas incidem sobre a receita bruta proveniente da comercialização da produção (base de cálculo).

Reiteramos que, por “comercialização”, deve-se entender a transferência da propriedade por negócio jurídico de cunho mercantil. Por conseguinte, a translação física da produção rural que não importe em transferência da propriedade não caracteriza o fato imponible da exação. À incidência da contribuição em comento é imprescindível que haja efetivamente ato mercantil, com mudança da titularidade jurídica. Por exemplo, o simples envio (ou retorno) de animais para processo de engorda não rende ensejo à cobrança da exação, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça⁵³.

Os §§ 3º e 4º dispõem sobre a base de cálculo, prevendo que: a produção é integrada pelos produtos de origem animal ou vegetal, em estado natural ou submetidos a processos rudimentares de beneficiamento ou industrialização, e pelos subprodutos e os resíduos desses processos (art. 25, §3º) e que a base de cálculo não é integrada pela produção rural destinada ao plantio ou reflorestamento, pelo produto animal destinado à reprodução ou criação pecuária ou granjeira e à utilização como cobaias em pesquisas científicas e tampouco pela produção de pessoa que se dedique ao comércio de sementes e mudas, com as restrições previstas (art. 25, §4º).

⁵³ STJ, 1ª Turma, RESP 489.156, 09.2003.

5 DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

5.1 Matéria de lei complementar: inconstitucionalidade da regulação pela LCSS.

Segundo preceitua o art. 146, III, da Constituição, cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária. E as normas que regulam a decadência e a prescrição tributárias são, indubitavelmente, normas gerais em matéria tributária, razão pela qual somente podem ser introduzidas no ordenamento por meio de lei complementar. Atento a tal fato, o constituinte, cauteloso, dispôs, na alínea *b* do dispositivo suprarreferido, que dentre as normas gerais em matéria tributária estavam inseridas aquelas pertinentes à “prescrição e decadência”⁵⁴. Restaram dissipadas, pois, quaisquer dúvidas que pudessem pairar sobre a questão.

Quanto à prescrição e à decadência, uma das principais tarefas da lei complementar é estabelecer os seus prazos, de modo a simplificar e uniformizar a legislação tributária no País. O Direito Tributário seria quase que um manicômio para os contribuintes se fosse permitida a criação de prazos de decadência e prescrição diferenciados em cada um dos Estados e dos Municípios, visto que são mais de cinco mil os entes federados. Por isso: “não podem [...] as leis ordinárias federais ou estaduais alterar os prazos de decadência ou de prescrição e nem tampouco o rol de causas suspensivas ou interruptivas”⁵⁵. Esse entendimento já foi acolhido pelo STF, em voto do Ministro Carlos Velloso: “A questão da prescrição e da decadência, entretanto, parece-me pacificada. É que tais institutos são próprios da lei complementar de normas gerais (art. 146, III, `b`). Quer dizer, os prazos de decadência e de prescrição inscritos na lei complementar de normas gerais (CTN) são aplicáveis, agora, por expressa previsão constitucional, às contribuições parafiscais (C.F., art. 146, III, b; art. 149)”⁵⁶.

⁵⁴ “Art. 146. Cabe à lei complementar: [...] III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: [...] b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários”.

⁵⁵ Misabel Derzi, in: BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11ª ed. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 911.

⁵⁶ STF, Pleno, RE 138.284, 7.1992.

No entanto, em que pese a clareza da dicção constitucional, a matéria atinente à prescrição e à decadência tributárias foi regulada por meio de *lei ordinária*, a saber, a Lei 8.212/91. Por lei ordinária, foram *duplicados*, em relação à seguridade social, os prazos previstos nos arts. 173 e 174 do Código Tributário Nacional. Padecem os dispositivos que o fizeram (arts. 45 e 46 da LCSS), pois, do vício da inconstitucionalidade, em sua modalidade formal.

Essa posição, que já vimos defendendo há longa data, foi esposada pela Corte Especial do STJ, ao acolher incidente de arguição de inconstitucionalidade do art. 45 da Lei 8.212/91, em decisão ementada nestes termos:

CONSTITUCIONAL, PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. DO ARTIGO 45 DA LEI 8.212, DE 1991. OFENSA AO ART. 146, III, B, DA CONSTITUIÇÃO.

1. As contribuições sociais, inclusive as destinadas a financiar a seguridade social (CF, art. 195), têm, no regime da Constituição de 1988, natureza tributária. Por isso mesmo, aplica-se também a elas o disposto no art. 146, III, b, da Constituição, segundo o qual cabe à lei complementar dispor sobre normas gerais em matéria de prescrição e decadência tributárias, compreendida nessa cláusula inclusive a fixação dos respectivos prazos. Conseqüentemente, padece de inconstitucionalidade formal o artigo 45 da Lei 8.212, de 1991, que fixou em dez anos o prazo de decadência para o lançamento das contribuições sociais devidas à Previdência Social.

2. Arguição de inconstitucionalidade julgada procedente⁵⁷.

Não obstante se afigurem inconstitucionais, faz-se mister analisar o teor dos arts. 45 e 46 da LCSS, tendo em vista que ainda não houve pronunciamento do Plenário do STF a respeito.

⁵⁷ STJ, Corte Especial, AI no RESP 616.348, 8.2007. Note-se que a inconstitucionalidade desses preceitos já havia sido pronunciada em 2001 pelo TRF4: Corte Especial, INAG 63.912, 08.2001.

5.2 Prazo decadencial na LCSS.

A LCSS estabelece, em seu art. 45, um prazo *decadencial decenal* para o Fisco constituir o seu crédito, nestes termos:

Art. 45. O direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, a constituição de crédito anteriormente efetuada.

A regra é que o termo inicial de tal prazo seja o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído (inciso I). Portanto, se, v.g., a contribuição é relativa à competência de dezembro de 1995 e deveria ter sido declarada e paga em janeiro de 1996, em regra o prazo decadencial somente terá início em 1º de janeiro de 1997. Há, todavia, distinções e esclarecimentos a serem feitos.

Existe uma exceção à regra geral suprarreferida: na hipótese em que tenha ocorrido anulação por vício formal da constituição de crédito, o termo inicial será a data em que “se tornar definitiva” a decisão (inciso II). A decisão torna-se definitiva quando não estiver mais sujeita a recursos, seja na esfera administrativa, seja na judicial. Nessa data, iniciar-se-á *novo* prazo decadencial, desconsiderando-se o decurso do prazo pretérito. Isso configura uma hipótese peculiar de *interrupção* do prazo decadencial, no que o instituto do Direito Tributário se mostra dessemelhante do correlato instituto do Direito Privado, consoante bem expõe Paulo de Barros Carvalho: “A hipótese interruptiva apresenta-se clara e insofismável, brigando com a natureza do instituto cujas raízes foram recolhidas nas maturadas elaborações do Direito Privado”⁵⁸.

⁵⁸ CARVALHO. *Curso de Direito Tributário*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 466.

5.3 Prazo prescricional na LCSS.

5.3.1 Prescrição da pretensão do Fisco.

Entende-se que até 1977 as contribuições destinadas à seguridade social tinham natureza tributária, perdendo-a com o advento da EC 8/77. Somente teriam recuperado tal natureza quando da promulgação da Constituição de 1988⁵⁹. Via de consequência, o prazo quinquenal previsto pelo art. 174 do CTN aplicar-se-ia a tais exações apenas no período em que possuíam natureza tributária: até 1977 e após a promulgação da Constituição de 1988. No interregno em que vigeu a EC 8/77, concebe-se que o prazo prescricional é trintenário, por força do disposto na LOPS (Lei 3.807/60, art. 144)⁶⁰.

Porém, a aplicabilidade do CTN foi (ilegitimamente) afastada pela Lei 8.212/91, que previu um prazo específico para a prescrição do direito à cobrança das contribuições de seguridade social, fixando-o em *dez anos* (art. 46).

No que concerne ao *termo inicial* do prazo prescricional, o enunciado do art. 46 é silente. Ante tal omissão (e a inconstitucionalidade desse preceito), há de se aplicar, como não poderia deixar de ser, o termo inicial previsto expressamente no artigo correspondente do CTN (art. 174, *caput*), que corresponde à “data da sua constituição definitiva”. Interpretando tal expressão, o extinto TFR sumulou seu entendimento no sentido de que o termo inicial ocorreria na data da constituição do crédito; todavia, o curso do prazo ficaria suspenso até a decisão acerca dos recursos interpostos: “Constituído, no quinquênio, através de auto de infração ou notificação de lançamento, o crédito tributário, não há falar em decadência, fluindo, a partir daí, em princípio, o prazo prescricional, que, todavia, fica em suspenso, até que sejam decididos os recursos administrativos” (Súmula 153).

Por fim, cabe ressaltar que os *efeitos da prescrição* no Direito Tributário diferem daqueles do Direito Privado. Neste, a prescrição não

⁵⁹ Vide pág. 2.

⁶⁰ Eis a sua redação: “Art 144. O direito de receber ou cobrar as importâncias que lhes sejam devidas, prescreverá, para as instituições de previdência social, em trinta anos”.

fulmina o direito, mas apenas a sua pretensão, como, aliás, foi positivado no novo Código Civil (art. 189). Já no Direito Tributário a prescrição não afeta apenas a pretensão: fulmina também o direito de crédito, porquanto o Código Tributário Nacional inclui, de forma expressa, a prescrição entre as modalidades de extinção do crédito tributário (art. 156, V).

5.3.2 Prescrição da ação anulatória de decisão administrativo-tributária.

O art. 45, §5º, da LCSS inova o ordenamento jurídico-tributário, ao instituir prazo extremamente exíguo para se postular a desconstituição de crédito tributário reconhecido na esfera administrativa após impugnação pelo sujeito passivo. Conforme dispõe tal preceito, o sujeito passivo terá apenas 180 dias para ajuizar ação contra a decisão administrativa, contados de sua intimação. Esse prazo não encontra similar no Código Tributário Nacional.

Por regular a prescrição tributária, reservada pelo art. 146, III, *b*, da Constituição à lei complementar, o dispositivo referido é inconstitucional, por vício de forma⁶¹. Também sofre do vício de inconstitucionalidade material, por ofender o princípio da isonomia (art. 5º, I, e art. 150, II, ambos da CF), o devido processo legal administrativo (art. 5º, LIV, da CF), seus subprincípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF) e o postulado da razoabilidade.

Ao estabelecer um prazo diferenciado – e, vale repisar, demasiado exíguo – para o contribuinte que tiver impugnado o lançamento administrativo, atenta-se contra a isonomia em relação ao contribuinte que não tiver exercido o seu direito de defesa na esfera administrativa: a impugnação, ou não, do lançamento não é um fator de *discrímen* legítimo para o estabelecimento de prazos de prescrição.

Em virtude de o estabelecimento de tal prazo ser um meio de coerção indireta para o contribuinte não exercitar o seu direito de defesa na esfera administrativa, ofende-se o devido processo legal administrativo.

⁶¹ Sobre o tema, vide pág. 37.

E, por não haver razões para se limitar de tal forma o prazo para a desconstituição da decisão administrativa - que por vezes envolve complexa matéria de fato ou, ainda, questões jurídicas pendentes de consolidação na jurisprudência -, viola-se o postulado da razoabilidade: a segurança jurídica, fundamento do instituto da prescrição, não impõe, de forma alguma, a adoção de prazo tão limitado.

6 CONTRIBUIÇÕES EM ATRASO: ATUALIZAÇÃO E MULTA DE MORA

6.1 Atualização.

Os valores devidos ao Fisco a título de contribuições previdenciárias, quando não pagos tempestivamente, deverão ser atualizados pela Taxa SELIC, a partir de janeiro de 1996, nos termos do art. 34 da Lei 8.212/91, *in verbis*:

Art. 34. As contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pelo INSS, incluídas ou não em notificação fiscal de lançamento, pagas com atraso, objeto ou não de parcelamento, ficam sujeitas aos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia-SELIC, a que se refere o art. 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, incidentes sobre o valor atualizado, e multa de mora, todos de caráter irrelevável. (Artigo restabelecido, com nova redação dada pela Lei 9.528/97)

Parágrafo único. O percentual dos juros moratórios relativos aos meses de vencimentos ou pagamentos das contribuições corresponderá a um por cento. (Incluído pela Lei 9.528/97)

Tendo sido criada para vigorar a partir dessa data, não pode a SELIC retroagir. Porém, a atualização no período anterior é devida, pelos índices então vigentes. Por tal razão, é previsto expressamente que a incidência da SELIC ocorrerá sobre o “valor atualizado”.

Conjuntamente com a SELIC, o valor principal do débito sofrerá o acréscimo de multa de mora, que abordaremos a seguir.

A incidência de juros de mora, em regra, não é mais cabível: o art. 36 da LCSS, que os previa, foi revogado pela Lei 8.218/91 e, além disso, a Taxa SELIC já os abrange. No entanto, nos meses de vencimento e pagamento serão aplicados juros moratórios de 1% em substituição à Taxa SELIC (art. 34, parágrafo único).

Em suma, no mês de vencimento da obrigação tributária incidem juros moratórios de 1%, nos meses intermediários incide a Taxa SELIC (sem juros moratórios) e no mês do pagamento serão aplicados apenas juros moratórios de 1%, com exclusão da Taxa SELIC.

6.2 Multa de mora.

O regime da multa moratória das contribuições previdenciárias foi alterado sucessivamente. Em sua redação original, a LCSS não limitava o alcance do dispositivo às contribuições então arrecadadas pelo INSS, distinguia apenas quatro hipóteses (contribuições não incluídas em notificação de débito, contribuições incluídas em notificação de débito e pagas em até 15 dias do seu recebimento, débitos incluídos em parcelamento e uma hipótese residual) e previa multa de mora variável entre 10% a 60%. A Lei 8.218/91, contudo, revogou o dispositivo que a previa (art. 35), conjuntamente com o que dispunha sobre os juros de mora (art. 36), retirando a regulação da matéria da LCSS, que passou para o seu bojo (art. 3º, II, da Lei 8.218/91). A Lei 9.528/97 restabeleceu o art. 35, dando-lhe nova redação: foi restrito, de modo expresso, o alcance do preceito às contribuições previdenciárias, foram previstas onze hipóteses e os percentuais da multa de mora foram fixados entre 4% e 50%, com previsão de um acréscimo de 20% sobre o valor da multa para as hipóteses de parcelamento ou reparcelamento inadimplidos. Em 1999, a Lei 9.876 alterou novamente a sistemática da multa de mora, *duplicando* seus percentuais nos casos de não declaração dos débitos inadimplidos.

Atualmente, são previstas quatro hipóteses principais, com onze hipóteses específicas:

a) pagamento de obrigação *não incluída em notificação fiscal* (inciso I), no mês de vencimento (8%), no mês seguinte ao do vencimento (14%) e a partir desta data (20%);

b) pagamento de créditos *incluídos em notificação fiscal* (inciso II), em até 15 dias do recebimento da notificação (24%), após tal data (30%), em até 15 dias da ciência da decisão do CRPS (40%) e entre esta data e a inscrição em dívida ativa (50%);

c) pagamento, *antes* do ajuizamento da execução fiscal, de créditos *inscritos em dívida ativa* (inciso III, “a” e “b”), que não foram parcelados (60%) ou que foram objeto de parcelamento rescindido (70%);

d) pagamento, *depois* do ajuizamento da execução fiscal, de créditos *inscritos em dívida ativa* (inciso III, “c” e “d”), que não foram parcelados (80%) ou que foram objeto de parcelamento rescindido (100%).

Tais percentuais serão reduzidos pela metade se as contribuições inadimplidas tiverem sido regularmente informadas ao Fisco ou se não houver obrigação de apresentar o documento do art. 32, IV, da LCSS (§4º). Em tais hipóteses, os percentuais das multas serão aqueles que eram previstos na redação dada pela Lei 9.528/87. Verifica-se, assim, que a grande inovação da Lei 9.876/99 foi a distinção entre os casos em que há violação ao dever de informação e os demais, em que inexistente tal violação: aqueles estarão sujeitos à multa de mora em dobro, o que evidencia não ser apenas a mora que se penaliza.

De qualquer forma, os percentuais da multa de mora são demasiado elevados, atentando, em determinados casos, contra o postulado da razoabilidade, que há de reger o controle de todos os atos estatais. Sob outro viés, sustenta-se a inconstitucionalidade em virtude da violação ao princípio do não-confisco, que já foi aplicado pelo STF às multas tributárias e, inclusive, às moratórias⁶².

⁶² Em relação à multa moratória, há vários precedentes do STF, inclusive anteriores à CF/88: “ICM. REDUCAO DE MULTA DE FEIÇÃO CONFISCATÓRIA. Tem o S.T.F. admitido a redução de multa moratória imposta com base em lei, quando assume ela, pelo seu montante desproporcionado, feição confiscatória. Dissídio de jurisprudência não demonstrado. Recurso extraordinário não conhecido” (STF, 2ª Turma, RE 91.707, 12.1979); “1. ICM. Cooperativa de consumo. Incidência do tributo desde o advento do Decreto-lei n. 406/68, consoante orientação ultimamente firmada no Supremo Tribunal. 2. Multa moratória de feição confiscatória. Redução a nível compatível com a utilização do instrumento da correção monetária. 3. Recurso extraordinário conhecido e provido, em parte” (STF, 2ª Turma, RE 81.550, 2ª Turma, 05.1975). Neste precedente, reduziu-se a multa moratória de 100% para 30%.

6.2.1 Acréscimo da multa de mora.

No §1º do art. 35 da LCSS é prevista a incidência de um acréscimo de 20% sobre a multa de mora nas hipóteses de parcelamento ou reparcelamento. A despeito de o dispositivo não distinguir de forma expressa, consideramos que a aplicação do acréscimo em virtude da prévia existência de parcelamento é restrita às hipóteses dos incisos I e II, e não às do inciso III: este, diversamente daqueles, já diferencia entre as hipóteses em que haja, ou não, ocorrido parcelamento. O acréscimo somente incide nas hipóteses do inciso III se for o caso de reparcelamento. Enfim, o acréscimo nunca poderá ser aplicado às hipóteses do inciso III, *b* e *d* em decorrência da formalização de parcelamento, mas apenas de reparcelamento.

Prevê o §2º que o acréscimo não incidirá sobre a multa correspondente aos pagamentos parciais realizados. Sabe-se que o acréscimo incide sobre a multa (§1º) e que esta incide sobre as contribuições em atraso (*caput*). Todavia, o pagamento das contribuições em atraso após a incidência da multa não altera o seu valor, razão pela qual o acréscimo, em princípio, incidiria sobre o montante integral da multa. Por isso, a previsão referida beneficia, mediante a redução do acréscimo da multa, o contribuinte que amortizar o valor principal, estimulando a pronta regularização dos débitos.

6.2.2 Aplicação retroativa da *lex mitior*.

Não obstante as multas moratórias tenham, em geral, sido majoradas, a Lei 9.528/97, ao alterar o art. 35 da LCSS, instituiu percentuais mais benéficos ao sujeito passivo. Mesmo no regime da Lei 9.876/99 há percentuais inferiores aos da Lei 8.212/91 em sua redação original, como ocorre na hipótese em que o débito seja pago após 15 dias do recebimento da notificação de débito, mas não tenha sido parcelado: segundo o texto original da LCSS, o percentual da multa seria de 60%, enquanto que na sistemática das Leis 9.528/97 e 9.876/99 os percentuais seriam, respectivamente, de 15% e 30%.

Sempre que as penalidades tributárias sejam reduzidas, devem ser aplicadas retroativamente aos casos “não definitivamente julgados”, por força do disposto no art. 106, II, *c*, do Código Tributário Nacio-

nal⁶³. A expressão “ato não definitivamente julgado” é aplicável ao âmbito administrativo e ao judicial, como leciona Aliomar Baleeiro: “A disposição não o diz, mas pela própria natureza dela, há de entender-se como compreensiva do julgamento tanto administrativo quanto judicial”⁶⁴. E, no âmbito judicial, não abrange apenas o processo de conhecimento, senão também o processo de execução, mormente quando não tenham sido opostos ou julgados os embargos à execução.

O art. 106, II, c, do CTN alude à “penalidade”, gênero no qual se incluem as multas moratórias, que, ao menos no regime da LCSS, têm nítido caráter punitivo. A recomposição do valor do tributo e o ressarcimento pelo atraso já são efetivados pela correção monetária e pelos juros moratórios (abrangidos, atualmente, pela Taxa SELIC, acrescida de juros moratórios de 1% em relação aos meses de vencimento e de pagamento). O caráter punitivo da multa moratória prevista na LCSS é evidenciado: a) pela sua fixação em percentuais que, em regra, não variam em função do lapso temporal decorrido; b) pela sua majoração em decorrência da inclusão em NFLD ou da celebração e ulterior rescisão de parcelamento/reparcelamento; c) pela sua redução em decorrência da declaração no documento a que alude o inciso IV do art. 32⁶⁵.

⁶³ “Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito: [...] II - tratando-se de ato não definitivamente julgado: [...] c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática”.

⁶⁴ BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11ª ed. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 671.

⁶⁵ Como preleciona Sacha Calmon Navarro Coêlho: “A multa moratória não se distingue da punitiva e não tem caráter indenizatório, pois se impõe para apenar o contribuinte, observa o Ministro Moreira Alves, seguindo Cordeiro Guerra, in verbis: `Toda vez que, pelo simples inadimplemento, e não mais com o caráter de indenização, se cobrar alguma coisa do credor, este algo que se cobra a mais dele, e que não se capitula estritamente como indenização, isso será uma pena... e as multas ditas moratória.. não se impõe para indenizar a mora do devedor, mas para apená-lo’. Concordamos com a Suprema Corte, pelos fundamentos tão bem sintetizados pelo Ministro Moreira Alves, de grande intuição jurídica. De nossa parte, não temos a mínima dúvida quanto à natureza sancionatória, punitiva, não-indenizatória da multa moratória [...] Em direito tributário, é o juro que recompõe o patrimônio estatal lesado pelo tributo não recebido a tempo” (NASCIMENTO. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. p. 335 et. seq.).

Destarte, a lei que prever multa moratória mais benéfica deve ser aplicada retroativamente. A que majorá-la, por outro lado, somente poderá ser aplicada aos fatos ocorridos na sua vigência. E, assinala-se, a multa moratória mais benéfica deve retroagir mesmo que, posteriormente, tenha sido majorada. Por exemplo, sendo o percentual da multa previsto na Lei 9.528/97 inferior àquele da Lei 8.212/91, deve ser aplicado aos fatos ocorridos na vigência desta, mesmo que os percentuais da Lei 9.528/97 tenham sido majorados, para algumas hipóteses, pela Lei 9.876/99⁶⁶.

Não obstante a retroatividade prevista no CTN, a Lei 9.528/97 dispõe que seus dispositivos somente seriam aplicados aos fatos ocorridos a partir de abril de 1997 (art. 1º, que deu nova redação ao art. 35 da Lei 8.212/91). Com isso, afrontou o CTN - que goza, no que diz respeito às normas gerais de Direito Tributário, de *status* de lei complementar - e, conseqüentemente, incorreu no vício de inconstitucionalidade. A Corte Especial do TRF4 declarou a ilegitimidade de tal dispositivo⁶⁷, e o Plenário do STF, ao julgar recurso extraordinário interposto contra esta decisão, chancelou-a por unanimidade, declarando a inconstitucionalidade da expressão “para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de abril de 1997”, constante do *caput* do artigo 35 da Lei 8.212/91, com a redação dada pela Lei 9.528/97⁶⁸.

Esta decisão baseou-se em duas premissas básicas, que são de suma relevância para a deliberação acerca de casos futuros: a) a garantia constitucional da retroatividade da lei penal benéfica (art. 5º, XL) também se aplica às penalidades tributárias, inclusive às multas; b) a regra da retroatividade da penalidade tributária benéfica consagrada pelo CTN (art. 106, II, c) é uma norma geral em matéria tributária nos termos do art. 146, III, da CF, cujo rol é exemplificativo, e, portanto, o dispositivo correlato foi recepcionado pela Carta Política atual com o *status* de lei complementar, não sendo suscetível de alteração por lei ordinária.

⁶⁶ Nesse sentido, sem, contudo, fazer referência expressa ao advento da Lei 9.876/99, vide: STJ, 1ª Turma, RESP 476.951, 04.2003).

⁶⁷ TRF4, Corte Especial, INAC 223.557, 11.2001.

⁶⁸ STF, Pleno, RE 407.190, 10.2004.



A ASSISTÊNCIA SOCIAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL: UMA ANÁLISE DA EVOLUÇÃO DA CONCRETIZAÇÃO JUDICIAL DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL

Daniel Machado da Rocha

Juiz Federal em Novo Hamburgo. Ex-Promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Foi Membro da 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais, Seção do Rio Grande do Sul. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS, é Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUC/RS, onde cursa doutorado. Diretor-Geral da Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul - ESMAFE/RS - e Professor Coordenador da disciplina de Direito Previdenciário.

SUMÁRIO: 1 Considerações preliminares. 2 O modelo de seguridade social brasileiro. 3 A assistência social como direito fundamental. 4 Os benefícios de prestação continuada da LOAS. 4.1 Brevíssimas referências sobre a evolução histórica do benefício de prestação continuada. 4.2 Os requisitos dos benefícios de prestação continuada da LOAS. 4.3 A ampliação do critério econômico de acesso aos benefícios assistenciais promovida pelo Poder Judiciário. 5 Considerações finais. 6 Referências bibliográficas.

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A constituição Federal de 1988 pretendeu edificar um Estado Democrático de Direito, cujo compromisso é com a transformação da sociedade. Para que este objetivo possa ser alcançado, as normas de direitos fundamentais são instrumentos da maior relevância. Em que pese as opções efetivadas pelo nosso legislador constituinte, os direitos a prestações (principalmente quando se cogita de direitos originários a prestações) têm sido objeto de uma acirrada polêmica sendo ainda forte a corrente daqueles que negam o caráter dos direitos sociais como direitos fundamentais.

Para este segmento doutrinário, as políticas de habitação, saúde, segurança social, educação e cultura não poderiam estar determinadas nos textos constitucionais, e sua realização implicaria opções de ór-

gãos que detenham legitimidade democrática para serem responsáveis pela elaboração das leis e de capacidade técnica para o oferecimento das prestações e serviços. Argumenta-se, por exemplo, que tais direitos se sujeitam à reserva do possível e que o Poder Judiciário não está investido de legitimidade democrática para deliberar sobre políticas públicas. Em uma destas versões, a menos radical, os direitos sociais só seriam direitos fundamentais quando, tocados por interesses fundamentais, resultam transformados em mínimo existencial e, em decorrência, seriam convertidos em direitos de liberdade. Os demais direitos sociais deveriam ser conquistados pelo exercício da cidadania reivindicatória.¹

Neste artigo, que evidentemente não esgota a problemática, pretendo sustentar que, em face das omissões em matéria de políticas sociais, constantemente observadas na atuação do Poder Legislativo, bem como o funcionamento deficiente das estruturas prestacionais instituídas pela administração pública, a intervenção do Poder Judiciário no nosso País na efetivação dos direitos sociais é, não apenas possível, como também desejável.

A tarefa do operador do direito não se restringe a uma atividade descritiva, mas essencialmente interpretativa, sendo facilmente perceptível o quão sensível ela é às convicções teóricas do interprete a respeito do objeto avaliado, bem como às suas pré-compreensões. Por isso, ainda que sucintamente, começo o presente arrazoado declinando os elementos que constituem a pré-compreensão do autor a respeito dos fundamentos legislativos da seguridade social, na qual está inserida a assistência social – até porque as pré-compreensões não podem ser arbitrárias e também devem ser submetidas ao diálogo com a comunidade jurídica – destacando as opções legadas por nossa tradição em matéria de seguridade social.

¹ TORRES, Ricardo Lobo. *A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial*.

Na seção seguinte, considerando as opções efetivadas pelo nosso legislador constituinte, sustento que a Assistência Social é um direito fundamental formal e materialmente, reconhecendo como legítima e necessária a intervenção do Poder Judiciário na concretização de direitos fundamentais sociais.

Na última seção, dentre as prestações fornecidas pela Assistência Social, foi eleito o benefício de prestação continuada previsto no artigo 20 da LOAS para exemplificar o papel de relevância que pode ser desempenhado pelo Poder Judiciário no Brasil. A opção pela abordagem do tema decorreu dos seguintes motivos: a) trata-se de uma das matérias que mais tem provocado o ajuizamento de ações na Justiça Federal; b) está intrinsecamente relacionada com o princípio da manutenção da dignidade da pessoa humana; e c) representa, pela primeira vez, um assunto no qual o Supremo Tribunal Federal, após deliberar em uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, na qual inclusive foi julgado o mérito – depois da profunda rejeição que a decisão gerou, tanto na primeira instância quanto no âmbito dos tribunais – reconheceu de maneira contundente a necessidade de rever o seu posicionamento, culminando por rejeitar as reclamações ajuizadas para preservar a autoridade da decisão emanada na ADIn nº 1.232-1/DF.

2 O MODELO DE SEGURIDADE SOCIAL BRASILEIRO

Conceituar a seguridade social, reconhecidamente, nunca foi uma tarefa fácil, tendo em vista os diferentes formatos que a proteção social pode ser organizada para o enfrentamento das situações de necessidade social, embora exista um consenso internacional mínimo expresso na convenção nº 102 da OIT. Examinando as diferentes manifestações, inspiradas pelo princípio da solidariedade, os estudiosos costumam apontar três modelos paradigmáticos de seguridade social. Estes modelos relacionam-se com a visão particular do papel que o Estado deve desempenhar relativamente ao mercado e à sociedade. O fato de dois países adotarem o mesmo modelo de seguridade social não significa que eles deverão ter um padrão uniforme de justiça social. Além do potencial econômico de cada nação, o nível de

proteção social depende do conteúdo do pacto entre a classe dominante e os trabalhadores,² mediado pelo Estado que assume um papel ativo no estímulo de setores econômicos, na regulação do processo econômico, na distribuição de renda e nas funções de reprodução da força de trabalho.

O primeiro modelo, conhecido como modelo laborista ou Bismarckiano, aparece no final do século XIX, impulsionado pela necessidade de amparar os trabalhadores contra os efeitos nocivos da Revolução Industrial. Na lição de ZACHER, a questão dos riscos sociais a que os trabalhadores estavam submetidos – como as demais questões sociais nas quais a desigualdade social impõe a intervenção estatal – poderia ser equacionada mediante uma intervenção internalizadora ou exteriorizadora. Na intervenção internalizadora, a solução seria inserida na própria relação jurídica-laboral, enquanto na segunda, a resolução ocorreria mediante a transferência da tarefa de amparo para instituições que se destinavam somente à cobertura dos riscos sociais, tendo os legisladores alemães optado pela segunda possibilidade.³ Coube a Bismarck, que já havia ditado em 1869 a “ordenança industrial” - considerado o primeiro código de trabalho do mundo moderno, regulamentando as relações de trabalho - o pioneirismo de instituir um sistema de seguros sociais⁴, co-

² Em síntese, o pacto social mediado pelo Estado-nação, sedimenta a seguridade social para os trabalhadores, enquanto garante as bases para o avanço da acumulação capitalista permitindo a consolidação do Estado-Providência (Falcão, Maria do Carmo. A seguridade na travessia do Estado Assistencial Brasileiro, p. 117).

³ ZACHER, Hans F. *Seguridade Social e Direitos Humanos*, In: *Arquivos de Direitos Humanos*, vol. IV, p. 115 e 116.

⁴ A posição de Celso Leite e Luiz VELLOSO de que a Lei Alemã de 1883 seja o marco inicial da previdência social que hoje conhecemos parece ser a melhor. Tudo o que vem antes, na história da previdência social, pode ser compreendido como antecedentes. (LEITE, Celso Barroso e VELLOSO, Luiz Paranhos, *Previdência Social*, p. 34). Na mesma linha, BARROS Jr. (BARROS Jr., Cássio de Mesquita. *Previdência Social Urbana e Rural*, p. 3). Não há, todavia, unanimidade nesse ponto. RUSSOMANO sustenta que a assistência oficial e pública seria o marco da institucionalização do sistema dos seguros privados e do mutualismo em entidades administrativas, pois no início do século XVII teria começado verdadeiramente a história da previdência. (RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Previdência Social*, p. 6).

meçando pelo seguro-doença, aprovado pelo parlamento em 13 de junho de 1883, extensível à generalidade dos trabalhadores.⁵

Neste modelo, o âmbito subjetivo abarca, principalmente, os trabalhadores por conta de outrem (empregados), pois em razão da subordinação econômica e jurídica são os mais sujeitos às consequências dos riscos sociais.

Doutrinariamente, controverte-se sobre qual a terminologia mais adequada: riscos sociais, cargas sociais ou contingências sociais. O risco é entendido como a possibilidade ou proximidade da ocorrência de um dano, isto é, um acontecimento incerto e indesejado. A carga representa uma obrigação que deve ser suportada pelo estado em razão da ocorrência de um fato que cria uma necessidade. Já a contingência seria a possibilidade de que uma coisa aconteça ou não. A ampliação gradativa da noção de risco social está umbilicalmente relacionada com o anelo de instaurar um sistema de defesa social mais abrangente que seria representado pela seguridade social, o qual não se restringiria à erradicação das necessidades sociais materiais encampando, inclusive, as necessidades sociais imateriais. Em geral, os autores que tratam da seguridade social preferem empregar o termo contingência social, uma vez que ele estaria relacionado com acontecimentos que não demandariam condicionamentos prévios para a sua cobertura.⁶ De efeito, os diversos eventos provocadores de desequilíbrio econômico, quando vislumbrados pela ótica da seguridade social, em um modelo universalista, não seriam relevantes, em virtude do caráter finalístico dessa, cujo elemento decisivo é apenas a situação de necessidade social.

⁵ Conforme destacam TORRES e ZAMORA y CASTILLO é um equívoco atribuir a Simón Bolívar o emprego da expressão “seguridade social” em um de seus discursos, no Congresso de Angostura, em 1819, pois no início do século XIX, quando principiava a independência das províncias espanholas da América, não era concebível que se pudesse ter uma noção precisa de uma disciplina e de um conjunto de instituições complexas como as da moderna seguridade social. (TORRES e ZAMORA y CASTILLO. *Tratado de Política Laboral y Social*, Tomo II, p. 417).

⁶ PODETTI, Humberto A. Los riesgos sociales, In: BUEN LOZANO, Nestor e MORGADO VALENZUELA, Emilio (Coordenadores). *Instituciones de derecho Del trabajo y de la seguridad social*, p. 648 a 650.

Não é vedada a inclusão dos trabalhadores independentes ou por conta própria (desde o advento da Lei nº 9.789/99 classificados na taxonomia previdenciária como contribuintes individuais) nesta concepção, sendo necessária a realização de determinadas adequações que considerem as características específicas destes trabalhadores.⁷

Em um sistema lastreado na forma econômica do seguro, a situação de necessidade social, para receber cobertura, deve ser posterior ao ingresso do trabalhador no sistema. As prestações substitutivas privilegiavam a função comutativa, isto é, tendem a ser proporcionais aos rendimentos auferidos com o trabalho. Avulta aqui uma solidariedade entre gerações, porquanto os grupos terão benefícios diferentes. O financiamento do modelo é estribado nas contribuições sociais exigidas das empresas e das descontadas do salário dos trabalhadores, embora o Estado possa participar com cotas, não é incomum que figure simplesmente na condição de responsável pelo pagamento de eventuais défices. Com algumas variações, este modelo é adotado na Alemanha, França, Bélgica, Itália e Espanha.

Esta concepção é fruto do modelo de estado de bem-estar proposto como paradigma de proteção social, que tinha por fundamento a chamada “sociedade do trabalho”, cujo pressuposto era uma situação ideal de pleno emprego. A cidadania social atrelava-se à cidadania laboral e o Estado deveria prover uma cobertura universal de serviços básicos e de educação. O modelo, baseado no emprego formal, inclusive por força da forma de financiamento, sempre teve grandes dificuldades de ser implementado na América Latina. De modo especial, cabe destacar as altas taxas de desemprego que se elevaram a mais de 10% na região em 2003-2004, enquanto o emprego em setores informais representava 47% no início da presente década.⁸

⁷ NEVES, Ilídio das. *Direito da Segurança Social: Princípios fundamentais numa análise prospectiva*, p. 234.

⁸ CEPAL. *Enfrentando o futuro da proteção social: Acesso, financiamento e solidariedade*, p. 8.

Considerando a crítica que é tecida contra os modelos universais – os quais seriam utópicos e provocariam uma tendência crescente à acomodação dos indivíduos (diminuição do esforço individual e criação da idéia de que todos têm direito a tudo sem contribuir) – ganhou força a teoria dos três pilares, a qual poderia representar uma formula de conciliação entre a necessária intervenção do Estado com a garantia de uma certa liberdade de escolha aos cidadãos.⁹

A concepção universalista floresceu depois da Segunda Guerra. Os efeitos devastadores do conflito haviam mergulhado a Europa em uma situação econômica de penúria geral, facilitando a aceitação do princípio de uma ampla proteção social.¹⁰ Em 1941, o economista inglês Sir William Beveridge foi convocado pelo governo britânico para presidir uma comissão encarregada de confeccionar um estudo geral da seguridade social nesse país. Em resposta, foram elaborados dois relatórios (Seguro Social e Serviços Conexos - 1942 e Pleno Emprego em Uma Sociedade Livre - 1944), os quais repercutiram na expansão dos seguros sociais em todos os continentes. O delineamento de Beveridge teria sido influenciado pelas idéias de Roosevelt, na busca da erradicação de todas as necessidades do homem, e Keynes¹¹, na defesa de uma distribuição de renda mais igualitária.¹² Essas recomendações - que constituíram o plano mais completo até então formulado, o qual se propunha a combater os cinco gigantes: a necessidade, a enfermidade, a ignorância, a miséria e a ociosidade - tiveram uma repercussão favorável, e o exemplo da Inglaterra se estendeu internacionalmente.¹³

⁹ NEVES, Ilídio das. *Direito da Segurança Social: Princípios fundamentais numa análise prospectiva*, p. 238.

¹⁰ Idem, p. 154.

¹¹ Os planos de Beveridge foram inspirados na teoria de Keynes sobre o pleno emprego e aumento da capacidade de consumo. De acordo com essa teoria, as depressões econômicas cessam, quando ocorre um aumento da demanda agregada, isto é, um aumento real dos gastos públicos, investimentos e consumo privado. Como a previdência social não acumula recursos, mas os redistribui, esse repasse dos que têm o maior poder aquisitivo, pode expandir o consumo privado, fomentando a economia. (BARROS Jr., Cássio de Mesquita. *Previdência Social Urbana e Rural*, p. 12)

¹² ETALA, Carlos Alberto. *Derecho de la seguridad Social*, p. 13.

¹³ NUGENT, Ricardo. *La seguridad social: su historia y sus fuentes*, In: BUEN LOZANO, Nestor e MORGADO VALENZUELA, Emilio (Coordinadores). *Instituciones de derecho Del trabajo y de la seguridad social*, p. 614.

O âmbito subjetivo da configuração ambiciona tutelar o conjunto dos cidadãos ou mesmo de toda a população residente no Estado. Avulta aqui uma solidariedade geral e não de grupos. O direito a um benefício substitutivo decorre de alguma característica que indique a inclusão do trabalhador como cidadão, v.g., um tempo mínimo de residência no País, ou pagamento de imposto de renda. O modelo universalista privilegia a função redistributiva, porquanto as prestações não têm uma vinculação com a remuneração. Como destaca Ilídio das Neves, o arquétipo universalista traduz uma visão otimista e maximalista da proteção social.¹⁴ Nesse sistema, há um grande estímulo para o seguro voluntário a fim de que uma proteção especial, além do mínimo, seja buscada de acordo com as necessidades e o desejo de cada um. Enquanto o financiamento do modelo segurista é alicerçado primariamente na quotização do segurado e na contribuição social do empregador, a matriz universalista ampara-se no típico esquema de tributação-transferência da função distributiva das finanças públicas.

O modelo assistencialista, por sua vez, tem como destinatárias as pessoas que vivem em condições de grande vulnerabilidade social. Para que elas não sejam privadas de padrões mínimos de dignidade, o Estado obriga-se a tomar medidas de amparo. Claro que o apontado padrão de condições mínimas é extremamente variável. A seguridade social é vista aqui por uma ótica minimalista, cuja atuação deve limitar-se a um papel apenas subsidiário, tendente a diminuir à proporção que o nível de renda das famílias for sendo aumentado. Essa visão aproxima-se da teoria do imposto de renda negativo. Segundo esta idéia, abaixo de um certo limite de rendimentos, não apenas se deixa de pagar imposto, como também se passa a ter direito a prestações sociais.¹⁵ Inegavelmente, o papel do Estado é visto por um prisma utilitarista: sendo certo que o mercado produz a exclusão dos trabalhadores menos capacita-

¹⁴ NEVES, Ilídio das. *Direito da Segurança Social: Princípios fundamentais numa análise prospectiva*, p. 240.

¹⁵ NEVES, Ilídio das. *Direito da Segurança Social: Princípios fundamentais numa análise prospectiva*, p. 244.

dos, reconhece-se como relevante uma função de promoção do bem-estar social para prevenir o risco de marginalização social dos excluídos pelo mercado.

Dentro dessa visão reducionista da seguridade social, as prestações são seletivas, destinando-se a assegurar um mínimo necessário para a sobrevivência das pessoas, reclamando a comprovação da situação de miserabilidade de acordo com padrões rígidos, legalmente definidos. Tendo em vista não ser aconselhável que as famílias menos favorecidas sejam eternamente sustentadas pelo Estado, a evolução do modelo busca contribuir para a inserção sócio-familiar ou sócio-profissional dos indivíduos. O modelo universalista tem sido, em muitos países, afetado por novas políticas, tendentes a substituí-lo pelo modelo assistencialista instrumentado por testes de meios ou condições de recurso.¹⁶ Modernamente o modelo assistencialista tem sido apresentado como o direito a um rendimento mínimo ou direito a um mínimo existencial.

As regras concretizadoras de tais sistemas, como resultam de consensos sócio-políticos, podem ser modificadas, razão pela qual, tem havido sobreposição destes modelos, em especial após as reformas que o welfare state tem sido obrigado a efetivar em todos os quadrantes. Assim, tem predominado um regime jurídico no qual há um mix contributivo/não-contributivo, sendo ofertado um benefício universal básico suplementado por um regime contributivo.¹⁷

No caso brasileiro, a proteção social foi construída tomando como paradigma o modelo laborista bismarkiano, sistema no qual a seguridade social é regida fundamentalmente pela incorporação de elementos jurídicos do seguro (risco, evento e dano) os quais são redefinidos e adaptados para a proteção do trabalhador e de seus dependentes. Corroborando o afirmado, relembre-se que, antes da Carta de 1988, a as-

¹⁶ CORREIA, José Alfredo Henriques. *A sustentabilidade financeira da segurança social em Portugal*, p. 21.

¹⁷ SCHWARZER, Helmuth. *Paradigmas de previdência Social rural: um panorama da experiência internacional*, p.7.

sistência médica do sistema público não era universal, sendo prestada sem pagamento apenas para quem comprovasse a sua vinculação à previdência social. Por isso, o financiamento é predominantemente lastreado na tributação dos rendimentos do trabalho, sendo que a vinculação ao sistema decorre do recolhimento de contribuições.¹⁸ Até o presente momento, o intervencionismo estatal não tem sido adequado, pois a rotina histórica da sociedade brasileira, nos momentos críticos em que o país clamou por mudanças, tem sido marcada pela realização de alianças conservadoras visando pouca coisa além da manutenção do status quo.¹⁹

Com o advento da Constituição de 1988, adotou-se o conceito de seguridade social, buscando tornar real a universalização subjetiva e objetiva da proteção social (o que, como é notório, está muito longe de ser implementado), passando a estrutura básica da proteção social a constituir um sistema integrado, composto por técnicas perfeitamente distintas, cuja regência é efetuada por leis específicas. Esta ampliação dos direitos sociais passou a contemplar um sistema híbrido que conjuga direitos derivados do trabalho (Previdência), direitos de caráter universal (Saúde) e direitos seletivos (Assistência).²⁰

Certamente que a Lei Fundamental pretendeu ampliar o âmbito subjetivo de objetivo da proteção social, entretanto, como ficou demonstrado pelas Emendas Constitucionais posteriores (EC nº 03/93, EC nº 20/98, EC nº 41/03) **a essência laborista do modelo não foi alterada**. Corroborando o argumento, nossa Constituição reconhece, expressamente, a necessidade de que os regimes previdenciários sejam organizados mediante filiação obrigatória, dotados de caráter contributivo, e que se-

¹⁸ No caso dos trabalhadores subordinados, sempre houve a transferência da responsabilidade do desconto e do recolhimento das contribuições para as empresas.

¹⁹ STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*, p. 81 e 82.

²⁰ PEREIRA, Larissa Dahmer. A proteção social como “necessidade mínima”, o avanço dos preceitos (neo)liberais e a desconstrução da Seguridade Social brasileira na década de 1990. Disponível em: < <http://www.assistentesocial.com.br/cadespecial34.pdf>>.

jam observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial (art. 40, caput; e art. 201, caput, ambos da CF/88)²¹. Um passo importante na busca desse equilíbrio foi a mudança de paradigma promovida pela EC nº 20/98, substituindo o tempo de serviço pelo tempo de contribuição.²²

Em resumo, as peculiaridades do nosso modelo de seguridade social, ao contrário do modelo universalista, não permitem que todas as situações de necessidade social sejam amparadas. A estipulação dos condicionamentos genéricos da manutenção da qualidade de segurado e da carência funciona como filtros de separação entre as situações de necessidade social amparadas pelo regime previdenciário e as que não encontram cobertura.

Aos que não conseguem obter inclusão no mercado de trabalho, a proteção social é efetivada pela Assistência social, contudo essa, em todo mundo, sempre teve grande dificuldade de atender aos pobres que não fossem crianças, inválidos ou idosos. Como foi adequadamente percebido pelos especialistas da CEPAL, juntamente com os problemas econômicos, outros fatores como as mudanças ocorridas nas famílias e a incorporação da mulher ao mundo do trabalho, a transição demográfica e a volatilidade da economia, influem negativamente nos sistemas de proteção, aumentando o sentimento de insegurança, problema que deixou de ser exclusivo daqueles que secularmente têm sido excluídos dos mecanismos de integração social por meio do emprego.²³

²¹ Em menos de dezessete anos, período bastante curto em matéria de previdência social, nossa Lei Fundamental sofreu três reformas previdenciárias (EC nºs 20/98, 41/03 e 47/03) com o objetivo de reconfigurar os regimes previdenciários em face das novas realidades econômicas e sociais.

²² “§ 9º O tempo de contribuição federal, estadual ou municipal será contado para efeito de aposentadoria e o tempo de serviço correspondente para efeito de disponibilidade. § 10. A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício.”

²³ CEPAL. *Enfrentando o futuro da proteção social: Acesso, financiamento e solidariedade*, p. 11.

3 A ASSISTÊNCIA SOCIAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Constituindo-se em um dos subsistemas da seguridade social – importante instrumento para a implementação dos objetivos arrolados no art. 3º da Constituição – a assistência social pretende auxiliar na luta contra as incertezas do amanhã que afligem os trabalhadores mais pobres e suas famílias. A massificação da pobreza é uma consequência imediata do funcionamento da sociedade, cada vez mais complexa, que impõe barreiras quase intransponíveis para o desenvolvimento da personalidade dos indivíduos. Como bem observa Muñoz, para o seu enfrentamento, podem ser tomadas medidas diretas ou indiretas. São exemplos de medidas indiretas a flexibilização do mercado de trabalho e o crescimento econômico. Dentro das medidas diretas inserem-se os distintos subsídios condicionados, incluindo os que integram a assistência social.²⁴

Em relação ao aspecto formal, o direito à assistência social tem sua fundamentalidade consagrada de maneira irrefutável pela nossa Lei Maior no seu artigo 6º, verbis: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 26, de 14/02/2000). A fundamentalidade material – pelo fato de os direitos fundamentais integrarem a constituição material, traduzindo decisões essenciais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade – por sua vez, não apresenta maiores dificuldades no seu reconhecimento. Na lição de Benda, a obrigação do Estado de respeitar a dignidade do indivíduo não se restringe à expectativa de não ser tratado arbitrariamente, abrangendo uma obrigação prestatória quando o indivíduo não pode, de outra maneira, prover uma existência humanamente digna.²⁵

²⁴ MUÑOZ, Cristian Pérez. *Ingreso básico universal y diálogo social: una propuesta*, p. 67.

²⁵ BENDA, Ernest. *Dignidad Humana y Derechos de la personalidad*, p. 126. In: Benda, Ernest et alli, *Manual de Derecho Constitucional*, p. 85.

A assistência social ostenta um caráter distributivo mais acentuado do que a previdência, cujo caráter sinalagmático não apenas restringe o acesso, como também baliza o valor dos benefícios. Seu objetivo principal é o atendimento das necessidades básicas mediante um conjunto de prestações não-contributivas que provejam os mínimos sociais.²⁶ É justamente nos momentos nos quais os cidadãos, inseridos na sociedade por força de sua capacidade de trabalho (substancial maioria da população), têm a sua força laboral afetada, ou mesmo negado o acesso ao trabalho, como é cada vez mais comum por força do modelo econômico excludente, que a assistência social como faceta não contributiva da seguridade social, evidencia seu papel nuclear para a manutenção do ser humano dentro de um nível existencial minimamente adequado.

Como bem pontua Reis, com relação aos destinatários, a Assistência Social aproxima-se dos usuários à margem do mercado de trabalho, relação que poderia ser interpretada como de mútua exclusão, ou seja, estar no mercado de trabalho implica não ter necessidades a serem atendidas pela Assistência Social. Ocorre que a assistência social ostenta um campo de atuação mais amplo, cujo caráter transversal determina que, para o atendimento de padrões mínimos, seu espectro seja ampliado, muitas vezes assumindo atribuições de outras políticas.²⁷

Mesmo aqueles que são refratários à ideia de aceitar os direitos sociais como direitos fundamentais, acabam por reconhecer um padrão mínimo cuja ausência acaba por comprometer o exercício da liberdade real e a própria autonomia do indivíduo.²⁸ A doutrina nacional mais abalizada sobre direitos fundamentais também reconhece a íntima vincula-

²⁶ Neste sentido esclarece o art. 1º da Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS: 1º A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

²⁷ REIS, Nelson. *A especificidade da Assistência social: algumas notas reflexivas*, p. 19. Disponível em <http://revistaseletronicas.pucrs.br/revistapsico/ojs/index.php/fass/article/viewFile/1013/793>. Acesso em 17 mar. 2008.

²⁸ Como exemplo, cite-se a doutrina de Ricardo Lobo Torres (TORRES, Ricardo Lobo. *A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial*).

ção entre o direito à vida e a dignidade da pessoa humana com direitos preponderantemente prestacionais como o direito à saúde, à assistência social, à previdência social e a um salário mínimo.²⁹

Uma das grandes dificuldades na aceitação dos direitos econômicos sociais e culturais, como direitos fundamentais dotados de real eficácia, reside no fato de a ciência jurídica atual estar formada por conceitos que procedem, em sua maior parte, do direito privado. As funções atribuídas por essa ciência ao Direito, consoante preleciona Peces-Barba seriam duas: uma função de preservação da autonomia dos particulares e uma função repressora para garantir a efetividade da ordem que torna possível essa autonomia. Como tais funções seriam negativas, todo o excesso nesse âmbito produziria somente a alternativa da sociedade totalitária. Com essa concepção do Direito, a teoria jurídica rejeitaria os direitos econômicos sociais e culturais que exigem justamente uma ação promotora e corretora do Estado.³⁰

Em todo o mundo, em matéria de proteção social, sempre houve grande dificuldade de aceitar que pessoas não vitimadas pela incapacidade fossem destinatários de políticas de assistência social, pois a distribuição de auxílio aos pobres poderia desestimular a busca pelo trabalho, ou como professava Malthus, acabar acarretando um maior empobrecimento das pessoas menos favorecidas.³¹ Assim, os pobres válidos deveriam ser enviados para casas de correção do ócio e da vagabundagem (tais como as *workhouses* na Inglaterra) onde ficassem isolados sem oferecer risco para os membros incluídos na sociedade. Não é este o nosso ponto de vista.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 352.

³⁰ PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, pp. 205 a 206.

³¹ “As leis inglesas de amparo aos pobres parecem haver contribuído para elevar o preço das provisões e rebaixar o preço real da mão-de-obra. Elas tem contribuído, portanto para empobrecer aquela classe de gente cuja única posse é o seu trabalho.” MALTHUS, Thomas apud SUPPLY, Eduardo Matarazzo. *Renda de cidadania: a saída é pela porta*, p. 50).

Como é cediço, há uma significativa resistência contra o reconhecimento dos direitos fundamentais sociais. Nos estritos limites desse trabalho, não seria possível examinar com abrangência todos os argumentos frequentemente levantados contra e a favor do reconhecimento dos direitos subjetivos a prestações sociais, mas é importante, desde logo, declinar o posicionamento do autor sobre o tema.³² Admitindo que os argumentos alinhavados contrariamente aos direitos prestacionais não são apenas ideológicos – há que se reconhecer obstáculos jurídicos (estrutura normativa diferenciada) e materiais (condicionamentos institucionais) consideráveis – entendo que não constituem limites inquebrantáveis para interditar qualquer ação fora da arena parlamentar.

Destes obstáculos invocados, a meu juízo, os de maior consistência são aqueles que gravitam em torno da falta de competência e de legitimidade do Poder Judiciário para deliberar sobre as demandas que buscam a justiciabilidade de direitos sociais prestacionais,

Com relação ao princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária, por exemplo, vale recordar a lição de Alexy, deduzida da idéia reitoria de que os direitos fundamentais são posições jurídicas tão rele-

³² Sobre a temática do reconhecimento de direitos subjetivos a prestações sociais, consulte-se a magistral síntese apresentada por SARLET. Partindo da análise crítica de três modelos do direito alemão – Christian Starck, R. Breuer e Robert Alexy, nos quais todos aderem à noção de um padrão mínimo de segurança material, exigido para evitar o esvaziamento da liberdade real – SARLET constata ser comum aos modelos delineados a problemática da reserva do possível e a objeção da reserva de competência parlamentar. Em aprofundada reflexão sobre essa problemática, argumenta que a questão reside menos no grau de completude da norma do que no aspecto da alegada ausência de legitimação dos tribunais para a determinação do objeto e do quantum da prestação, à medida que a decisão sobre a aplicação de recursos públicos incumbiria precipuamente ao legislador. Entendendo ser mais convincente o modelo proposto por Robert Alexy, conclui que, em todas as situações em que o argumento da reserva do possível e demais objeções aos direitos sociais na condição de direitos subjetivos esbarrar no valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas hipóteses em que, da análise dos bens constitucionais colidentes resultar a prevalência do direito social prestacional, poderá ser reconhecido um direito subjetivo definitivo a prestações, admitindo-se, quando tal mínimo for ultrapassado, tão-somente um direito subjetivo *prima facie*. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p.345 a 354)

vantes que a sua concessão ou denegação não podem ficar nas mãos da simples maioria parlamentar. Embora os direitos sociais mínimos possam acarretar consideráveis custos financeiros, quando são muitos os que demandam por eles, os direitos individuais podem ter mais peso que as razões de política financeira, pois o princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária, tanto quanto os demais, não é absoluto.³³ Ainda que a apontada escassez seja um condicionamento importante, ela não pode ser superdimensionada, tornando-se o único balizamento na concretização dos direitos sociais, sendo necessário acrescentar ingredientes éticos e políticos para que o instrumental jurídico possa, não apenas ser legitimado, mas permitir que a evolução das condições econômicas e sociais possa beneficiar o maior número de pessoas.

No que tange à assistência social, o argumento deve ser recebido com maiores reservas. Em primeiro lugar, em face desta técnica de proteção social integrar a seguridade social, suas ações são financiadas por um orçamento distinto do previsto para as atribuições ordinárias do executivo, o orçamento da seguridade social (§1º do art. 195). Tal repartição de recursos resultou do desejo de outorgar ao Poder Executivo uma possibilidade real de acelerar o processo de construção de uma sociedade mais justa e humana. Lamentavelmente, consolidou-se uma prática de transferir parcela significativa de recursos para o financiamento de outras atividades do Poder Executivo, situação que, se for considerada como correta, torna absolutamente desnecessário a existência de orçamentos distintos.

Presenciar o Poder Judiciário examinando demandas que versam sobre direitos sociais prestacionais, decidindo como os recursos devem ser priorizados, tarefa primariamente atribuída ao Poder Legislativo, uma vez que a decisão é essencialmente política, contraria a ideia tradicional de passividade e de neutralidade que se espera da atuação do Poder Judiciário. O cenário social, cada vez mais complexo, nos obriga à contestação e à revisão de muitos axiomas construídos no Estado Liberal, como é caso da ideia de supremacia do Poder Legislativo, a qual é substituída

³³ ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*, p. 494 e 495.

pela idéia de supremacia da constituição. A nova visão que se consolida com a evolução dos Estados de Direito, torna imprescindível o desenvolvimento de mecanismos de controle dos atos de todos os poderes. Historicamente, aqueles que exercem o poder tendem a praticar abusos e omissões, sendo necessário que os direitos fundamentais dos cidadãos, mesmo os das minorias, estejam protegidos contra as arbitrariedades que podem ser efetivadas pelas maiorias ocasionais (no caso do Poder Legislativo) ou na concretização das políticas sociais convertidas em lei (descritério, omissão, ou abusos praticados pelo Poder Executivo).

Estes mecanismos, ao longo do tempo, certamente necessitam de aperfeiçoamentos. O próprio princípio da separação dos poderes, princípio essencial da organização dos Estados Democráticos de Direito, desde o seu esboço originário, tem evoluído para assumir contornos nos quais avulta a necessidade de cooperação institucional. Apenas para ficar com um exemplo, a criação do direito, cabe destacar a grande atividade legiferante que atualmente é desenvolvida pelo Poder Executivo mediante a edição de medidas provisórias ou a atividade legislativa do Poder Judiciário que há muito tempo deixou de ser apenas um “legislador negativo”³⁴.

Oportuno, ainda, trazer à colação, resumidamente, a análise que Cécile Fabre elabora para responder à objeção da concretização judicial dos direitos sociais prestacionais. É corrente afirmar-se que os direitos sociais tratam de coisas escassas e, portanto, os interesses protegidos por estes direitos exigem que sejam feitas escolhas difíceis – como seria o caso de deliberar o que é mais importante em um certo momento, comprar remédios ou construir moradias para as classes populares – as quais moldam a sociedade como ela é, razão pela qual, apenas os representan-

³⁴ Especificamente sobre esta matéria, consulte-se o voto do Ministro Eros Grau no Mandado de Injunção nº 721, no qual fica evidente que o Supremo Tribunal Federal está abandonando a postura tímida que caracterizava a eficácia do instituto, passando a entender que a interpretação do STF, nesta ação, produz a norma aplicável à omissão que, além disso, se incorpora ao ordenamento jurídico para ser interpretado e aplicado, como ocorre com a súmula vinculante. STF, MI nº 721-7/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio, Pleno, DJ 30.11.07.

tes eleitos poderiam fazer estas escolhas. Ocorre que decidir a respeito de direitos negativos também pode implicar a realização de escolhas difíceis, por exemplo, se a privacidade de um sujeito foi violada pelo exercício do direito de liberdade de expressão de outro. Por isso, se alguém pensa que o judiciário pode decidir o conflito entre os direitos negativos para resguardar a autonomia do ser humano, também deve aceitar que o judiciário tem legitimidade para decidir sobre o conflito entre interesses protegidos por direitos sociais para resguardar a autonomia das pessoas.³⁵

Segundo Fabre, nos Estados Unidos e na Europa, os juízes têm deliberado sobre a alocação de recursos quando decidem sobre direitos tradicionalmente classificados como negativos, ou com base em decisões nas quais direitos negativos embasam deveres positivos ou, ainda, com base na compensação para aqueles cujos direitos negativos sofreram violações. Além disso, no reino unido, eles têm avaliado a adequação da aplicação dos recursos em consonância com o previsto em lei nas áreas de educação, saúde e habitação. Estes julgamentos têm sido levados em consideração pelos governos na hora de ajustar suas políticas de

³⁵ Segundo Fabre, quem defende a constitucionalização dos direitos civis e políticos, por sua importância, também deve defender a constitucionalização dos direitos sociais. Para que seja possível avaliar dentre os diferentes interesses, quais são importantes para serem convertidos em direitos (acarretando a imposição de deveres para alguém), é necessário o estabelecimento de critérios. De todas as razões possíveis, a autonomia seria uma das mais importantes, por configurar uma essencial característica do ser humano que o distingue dos outros seres. Sendo dotado de autonomia ele pode decidir o que fazer com a sua vida e implementar esta decisão. Por ser a autonomia uma particularidade humana da maior relevância que são consagrados direitos que protegem os interesses diretamente relacionados com ela. Se alguém não pode expressar seu pensamento, associar com as pessoas que escolhe, decidir se deve contratar ou não, senão tem o direito de ser ouvido em um fórum político, efetivamente, não seria considerado autônomo. Assim como a autonomia é uma poderosa justificativa para atribuir-se direitos constitucionais civis e políticos ela também serve para justificar níveis mínimos de renda, educação e cuidados médicos. Dar estes recursos para as pessoas é importante porque sem elas estariam inaptas para desenvolver suas capacidades físicas e mentais necessárias para se tornarem verdadeiramente autônomas. (FABRE, Cécile. *Constitutionalising Social Rights. The Journal of political Philosophy*: vol. 6, Number 3, 1998, pp. 263-284)

bem-estar, revelando uma postura firme do Poder Judiciário na deliberação sobre direitos positivos e que, na maior parte das vezes, tem sido exitosa. Embora reconheça que deliberar sobre direitos sociais requer alguma habilidade especial, e nem sempre os juízes vão acertar, isto não quer dizer que os juízes não possam ser treinados para desenvolver essas habilidades, ou mesmo, que eles não possam continuar se aconselhando com especialistas, como eles têm feito até agora.³⁶

4 OS BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA DA LOAS

No presente item, depois de efetuar apontamentos sobre a evolução histórica do benefício de prestação continuada, examinarei concretamente os resultados de uma intervenção do Poder Judiciário em uma política social que, em um país profundamente injusto socialmente, revela-se absolutamente necessária.

4.1 Brevíssimas referências sobre a evolução histórica do benefício de prestação continuada.

A experiência brasileira na área da assistência social não pode ser dissociada da tibieza de nossas instituições sociais, via de regra, administradas de maneira inconsistente, clientelista e maculadas pela corrupção. Embora a Constituição Imperial de 1824, no inciso XXXI do artigo 179 prescrevesse: “A Constituição também garante os socorros públicos.” Relembre-se que a ordem jurídica refletia os interesses dos grandes latifundiários e escravocratas, de forma que o novo Direito representou uma dívida para a qual não haviam feito nenhum esforço. A preocupação efetiva com a regulação da questão social somente ocupará atenção dos governantes a partir da década de 30. Em razão da estrutura agrícola do Brasil, sendo a produção industrial insipiente e voltada apenas para um consumo interno diminuto, inexistia uma massa suficiente

³⁶ FABRE, Cécile. *Constitutionalising Social Rights. The Journal of political Philosophy*: vol. 6, Number 3, 1998, pp. 279-283.

de trabalhadores urbanos que pudessem exercer pressão no sentido de provocar o surgimento de uma legislação social protetiva.³⁷

Os especialistas da área costumam considerar como primeira instituição de assistência social a Legião Brasileira de Assistência – LBA – reconhecida como órgão de colaboração com o Estado em 1942. Edificada a partir do ideal de conjugar esforços públicos e privados, a LBA definiu o seu programa em torno da necessidade de substituir o antigo espírito filantrópico e religioso da assistência social por formas de atendimento fundadas no conhecimento técnico-científico.³⁸ As crianças e adolescentes, até a criação da Fundação nacional para o Bem-Estar do Menor – FUNABEM, pela Lei nº 4.513/64 – eram objeto de políticas que estavam muito longe de pugnar pelo desenvolvimento integral da sua personalidade, ostentando um caráter muito mais policialesco e repressor do que assistencial (Código de Menores, de 1927; Serviço de Assistência ao Menor, Decreto-lei nº 3.779/41).

Em 1º de setembro de 1977, criou-se o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social – SINPAS – com o escopo de integrar todas as atribuições ligadas à previdência urbana e rural, bem como da assistência, composto de sete órgãos: INPS, IAPAS, INAMPS, LBA, FUNABEM, DATAPREV e CEME. Cada organismo deveria desempenhar suas funções específicas, independentemente da qualidade profissional dos beneficiários.³⁹ A LBA passa a ter a atribuição não apenas de atuar como órgão executor da política nacional de assistência social, mas também de supervisionar as demais entidades com funções assistenciais.

Antes do advento da Constituição Federal de 1988, não havia legislação específica estabelecendo um benefício pecuniário mensal com valor econômico expressivo em favor daqueles que estivessem em uma

³⁷ ALVIM, Ruy Carlos Machado Alvim. *Uma História Crítica da Legislação Previdenciária Brasileira*, p. 14.

³⁸ TEIXEIRA, Sônia Maria Fleury. *Assistência na previdência social – uma política marginal*, p. 63. In: SPOSATI, Aldaíza de Oliveira. *Os direitos (dos desassistidos) sociais*, 3ª ed. São Paulo: Cortez, 1995.

³⁹ ALVIM, Ruy Carlos Machado Alvim. *Uma História Crítica da Legislação Previdenciária Brasileira*, p. 29.

situação de vulnerabilidade social, quando as pessoas não estivessem abrangidos pelo sistema previdenciário contributivo. A proteção social era limitada ao sistema previdenciário que, acabava incorporando elementos assistenciais. Nesta linha, a Lei nº 6.179/74, no seu art. 1º,⁴⁰ instituiu o benefício de amparo previdenciário, correspondente à metade do salário mínimo da época, que era devido aos maiores de 70 anos ou inválidos, definitivamente incapacitados para o trabalho.

Em nossa atual Carta Política, a assistência social é regradada nos artigos 203 e 204, sendo que o benefício pecuniário passou a ser previsto expressamente no inciso V do art. 203, agora, com o valor de um salário mínimo.⁴¹ Como se percebe pelo exame do art. 203, os objetivos da assistência social são amplos, pretendendo-se que o atendimento seja efetuado a quem necessitar, idosos, crianças, nutrizes, propiciando o atendimento das necessidades básicas decorrentes da pobreza.

Editado o novo Plano de Benefícios da Previdência Social, Lei nº 8.213/91, a terminologia utilizada nas Consolidações da Legislação Previdenciária também restou acolhida pelo legislador, passando o art. 139

⁴⁰ Art. 1º Os maiores de 70 (setenta) anos de idade e os inválidos, definitivamente incapacitados para o trabalho, que, num ou noutro caso, não exerçam atividade remunerada, não auferam rendimento, sob qualquer forma, superior ao valor da renda mensal fixada no artigo 2º, não sejam mantidos por pessoa de quem dependam obrigatoriamente e não tenham outro meio de prover ao próprio sustento, passam a ser amparados pela Previdência Social, urbana ou rural, conforme o caso, desde que: I - tenham sido filiados ao regime do INPS, em qualquer época, no mínimo por 12 (doze) meses, consecutivos ou não, vindo a perder a qualidade de segurado; ou II - tenham exercido atividade remunerada atualmente Incluída no regime do INPS ou do FUNRURAL, mesmo sem filiação à Previdência Social, no o mínimo por 5 (cinco) anos, consecutivos ou não, ou ainda: III - tenham ingressado no regime do INPS, após complementar 60 (sessenta) anos de idade sem direito aos benefícios regulamentares.

⁴¹ Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; II - o amparo às crianças e adolescentes carentes; III - a promoção da integração ao mercado de trabalho; IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

a dispor que a renda mensal vitalícia permaneceria sendo paga até a efetiva regulamentação V do art. 203 da CF/88.⁴²

Finalmente, vem à lume a Lei Orgânica da Assistência Social, Lei n.º 8.742/93, consoante o relato de Potyara Pereira, o Chefe do Poder Executivo foi “motivado” a sancioná-la por gestões do Ministério Público Federal – o qual havia ameaçado ajuizar ação de inconstitucionalidade por omissão – bem como por escândalos divulgados pela Comissão Parlamentar de Inquérito do orçamento sobre o desvio criminoso de verbas públicas da área da assistência social.⁴³

O financiamento da assistência é efetuado, assim como o da seguridade social, por contribuições sociais previstas no art. 195 da CF/88. Entretanto, não há previsão constitucional, de como será efetuada a separação dos recursos que deverão compor o Fundo Nacional de Assistência Social (previsto no art. 27 da LOAS).

Para o Poder Executivo, a concessão do benefício de prestação somente ficou viabilizada com o advento do Decreto 1.744, de 8 de dezembro de 1995, a partir de janeiro de 1996. Assim, a renda mensal vitalícia continuou sendo devida àqueles que atendiam aos requisitos da Lei n.º 8.213/91 até dezembro de 1995, ainda que não tenham requerido na época oportuna. O artigo 139 da Lei n.º 8.213/91 foi expressamente revogado pelo artigo 15 da Lei n.º 9.528/97.

4.2 Os requisitos dos benefícios de prestação continuada da LOAS.

Nesta quadra, cabe agora examinar um dos mais importantes instrumentos da concretização da política assistencial. O benefício de prestação continuada. Tal benefício tem o seu regramento básico no artigo 20

⁴² Os dispositivos pertinentes da Lei n.º 6.179/74 foram incorporados aos artigos 73 a 79 da CLPS/76, e depois aos artigos 63 a 70 da CLPS/84, passando o benefício a ser denominado de Renda Mensal Vitalícia.

⁴³ PEREIRA, Potyara Amazoneida Pereira. *Necessidades humanas: subsídios à crítica dos mínimos sociais*, p. 165.

da LOAS.⁴⁴ O dispositivo legal contempla duas espécies de benefícios assistenciais: o benefício devido às pessoas portadoras de deficiência e o benefício devido aos idosos, inclusive estrangeiros naturalizados e domiciliados no Brasil, atendidas as condições ali previstas.

Para os anciãos, a idade exigida inicialmente era de 70 anos, contudo, esta idade foi reduzida para 67 anos em janeiro de 1998 e passaria a ser de 65 anos a contar de janeiro de 2000, consoante o preconizado pelo art. 38 da Lei nº 8.742/93. No entanto, a Lei nº 9.720/98 determinou a estabilização do limite erário do art. 38, mantendo a idade de 67 anos. O advento do Estatuto do Idoso provocou nova redução da idade, agora permitindo a concessão da prestação aos 65 anos, cumprindo a meta inicialmente traçada pelo artigo 38 da LOAS (art. 34 da Lei nº 10.741/03).

No caso de assistidos deficientes, a incapacidade imposta pelo enunciado normativo deve comprometer não apenas a capacidade laboral, mas também a vida independente (§2º do art. 20 da LOAS).

⁴⁴ O art. 20, já com as alterações efetuadas pela Lei nº 9.720, de 30 de novembro de 1998, está assim redigido: “Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família. § 1º Para os efeitos do disposto no caput, entende-se como família o conjunto de pessoas elencadas no art. 16 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, desde que vivam sob o mesmo teto. § 2º Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho. § 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo. § 4º O benefício de que trata este artigo não pode ser acumulado pelo beneficiário com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo o da assistência médica. § 5º A situação de internado não prejudica o direito do idoso ou do portador de deficiência ao benefício. § 6º A concessão do benefício ficará sujeita a exame médico pericial e laudo realizados pelos serviços de perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. § 7º Na hipótese de não existirem serviços no município de residência do beneficiário, fica assegurado, na forma prevista em regulamento, o seu encaminhamento ao município mais próximo que contar com tal estrutura. § 8º A renda familiar mensal a que se refere o § 3º deverá ser declarada pelo requerente ou seu representante legal, sujeitando-se aos demais procedimentos previstos no regulamento para o deferimento do pedido.”

Em ambos os casos, o direito ao benefício só é reconhecido pela administração se a renda mensal bruta familiar, dividida pelo número de seus integrantes, for inferior ou igual a um quarto do salário-mínimo por membro.

4.3 A ampliação do critério econômico de acesso aos benefícios assistenciais promovida pelo Poder Judiciário.

No §3º do artigo 20 foi incorporado um critério objetivo para filtrar, dentre as camadas menos favorecidas da população, as pessoas cujas situações de necessidade social estariam revestidas de contornos mais dramáticos e, em decorrência, deveriam ter prioridade para a percepção de um auxílio financeiro expressivo. Compreende-se o ponto de vista do legislador, pois, levando em consideração a limitação dos recursos destinados, bem como a desconfiança com o resultado que poderia decorrer na operacionalização da concessão das prestações em um país de dimensões continentais, com uma arraigada tradição clientelista e de malversação de verbas públicas, não seria desarrazoado pretender reduzir ao máximo a discricionariedade dos agentes públicos atuantes na concessão ou denegação destes benefícios. Para citar apenas um exemplo na área da assistência social, o Ministério Público Federal descobriu uma grande fraude no programa Bolsa Família. Mais de 1.100 funcionários da Prefeitura de Teresina, capital do Piauí, estavam recebendo benefícios indevidamente. A fraude foi detectada pelo Ministério Público Federal após o cruzamento da lista dos beneficiários do programa no município e a relação de funcionários públicos.⁴⁵

Como este era o único critério que balizava as decisões do INSS, milhares de demandas foram propostas questionando o ato de denegação. Embora a Lei 8.742/93 preveja no seu art. 12 que incumbe à União responder pela concessão e manutenção dos benefícios de prestação continuada definidos no art. 203 da Constituição Federal esta não dispunha

⁴⁵ Notícia colhida no site da editora Consulex: <http://www.consulex.com.br/news.asp?id=2921>.

de uma estrutura própria para o desempenho de tal tarefa. Por conseguinte, não houve surpresa no fato de o Decreto n° 1744, de 08.12.95, ao regulamentar a concessão dos benefícios de prestação continuada do LOAS, ter conferido ao INSS a incumbência de processar os requerimentos e conceder esses benefícios aos idosos e deficientes. É interessante referir que, quando os assistidos ingressavam em juízo contestando o ato de denegação, tanto o INSS quanto a União invocavam a ilegitimidade passiva.⁴⁶

Poder-se-ia argumentar que o dispositivo em comento seria inconstitucional em razão de limitar a norma consagrada no inciso I do art. 203 da CF/88, alijando da proteção assistencial significativa parcela de pessoas em situação de vulnerabilidade social, porquanto a Constituição não impôs um nível de miséria absoluto para a concessão da prestação. Ademais, a situação de miserabilidade da família deveria admitir outras formas de demonstração. Nesse sentido foram proferidas milhares de decisões.⁴⁷

Entendendo ser demasiado restritivo o critério do §3° do artigo 20 da Lei n° 8.742/93, e atendendo solicitação do Procurador-Geral do Estado de São Paulo, o Procurador-Geral da República propôs ação Direta de Inconstitucionalidade contra o § 3° do art. 20 da Lei 8.742/93, que prevê o limite máximo do salário mínimo de renda mensal per capita da família para que esta seja considerada incapaz de prover a manutenção do idoso e do deficiente físico, para efeito de concessão de benefício previsto no art. 203, V, da CF. A cautelar foi indeferida com base no sucinto argumento, abaixo transcrito, deduzido pelo relator Maurício Corrêa:

⁴⁶ Atualmente, encontra-se pacificado o entendimento de que cabe ao INSS integrar o pólo passivo das demandas que buscam a concessão do benefício assistencial (STJ, Embargos de Divergência no RESP n° 197.870, Rel. Arnaldo Esteves Lima, DJU 29.05.06, p.157).

⁴⁷ TRF3ªR., AC n° 3072151-97/SP, Rel. Juíza Sylvania Steiner, 2ª T, DJ 25.02.98, p. 80.

“É axiomático no direito que a estipulação de pensão e de outros benefícios deve levar em conta, fundamentalmente, dois fatores: de um lado, a necessidade do beneficiário e de outro, a possibilidade de quem arca com o encargo. A conjugação destes dois fatores e que dá a medida justa do benefício.

O legislador ordinário, bem ou mal, mas cumprindo o dever de edital a lei, estabeleceu um parâmetro, que teve a virtude de dar eficácia à norma constitucional. Ruim com ela, pior sem ela.

Mesmo sem apreciar a questão no contexto de uma escala axiológica, com o exige o pedido formulado, creio que o dano decorrente da suspensão cautelar do dispositivo legal é maior do que a sua manutenção: a liminar faria com que a norma constitucional que assegura o direito voltasse a ter eficácia contida, e ficaria novamente dependente de regulamentação legal para ser aplicada, privando a Administração de conceder novos benefícios até o julgamento final da ação.”⁴⁸

As concretizações jurisprudências consolidadas terminam por incorporar-se ao sistema jurídico, produzindo na comunidade a expectativa de que, em casos semelhantes, a decisão será guiada pela mesma “ratio decidendi”. De fato, quando o Supremo Tribunal Federal delibera sobre um determinado tema em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, até mesmo por uma questão de segurança jurídica, os demais órgãos do Poder Judiciário tendem a seguir esta orientação. Contudo, nesta matéria, isto não ocorreu nem mesmo após o julgamento do mérito da ação direta de inconstitucionalidade.

Em agosto de 1998, o STF, por maioria, julgou improcedente a ADIn nº1.232-1. O voto do relator ministro Ilmar Galvão, acolhendo o parecer do Procurador-Geral da República, conquanto não reconhecesse a inconstitucionalidade da norma, representava uma solução bastante razoável. Na linha de seu raciocínio, em suma, o critério da norma revelava uma verdade irrefutável: a impossibilidade de uma família que recebe menos de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, possuindo um membro idoso ou defi-

⁴⁸ STF, Medida Cautelar na ADIn nº 1.232-1/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, pleno, DJ 26.05.95.

ciente, manter-se sem a percepção de um auxílio econômico do Estado. Se a renda familiar fosse superior, seria admissível a demonstração da miserabilidade por outros meios. Foi acompanhado apenas pelo Ministro Néri da Silveira.

Para o Ministro Sepúlveda Pertence a lei não seria inconstitucional por ter estabelecido uma hipótese objetiva. Haveria inconstitucionalidade por omissão com relação às outras hipóteses, mas isto não poderia ser reconhecido nesta ação.

Como no acórdão ficou registrado que prevaleceu o voto do Ministro Nelson Jobim, o qual é por demais enxuto para fundamentar uma questão desta magnitude, peço vênia para transcrevê-lo:

“Sr. Presidente, data vênia do eminente relator, compete `lei dispor a forma de comprovação. Se a legislação resolver criar outros mecanismos de comprovação, é problema da lei, e esta entendeu de comprovar dessa forma. Portanto não há interpretação conforme possível porque, mesmo que se interprete assim, não se trata de autonomia de direito algum, pois depende da existência da lei, da definição. Com todas as vênias, julgo improcedente a ação, na linha do voto de rejeição da liminar.”

Não tendo sido atingido o quorum mínimo previsto no artigo 23 da Lei n.º 9.868/99, seis ministros, não poderia haver uma proclamação da constitucionalidade da norma.⁴⁹

O presente caso é emblemático no sentido de evidenciar alguns riscos que o controle de constitucionalidade concentrado pode acarretar. Muitas vezes, antes de haver um adequado amadurecimento da questão, provocado pela reflexão efetuada por intérpretes variados que dialogam com o sistema jurídico por diferentes prismas, a decisão é imposta de cima para baixo.

Em verdade, a fundamentação lançada no voto vencedor, mesmo sendo consideradas as razões invocadas no voto que indeferiu a liminar, é por demais lacunosa. Como bem observado por Sérgio Moro, não houve uma preocupação em verificar os dados empíricos que poderiam ter

⁴⁹ STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232-I/DF, Rel. para o acórdão Min. Nelson Jobim, pleno, j. 27.08.98, DJ 01.06.01.

baseado a confecção da Lei, bem como os efeitos decorrentes da adequação da decisão à realidade brasileira.⁵⁰

Sem medo de errar, podemos afirmar que a decisão em foco é mais um exemplo dos nocivos efeitos provocados por uma dogmática jurídica anacrônica que, por deixar de reconhecer as diferentes posições jurídicas negativas e positivas que podem resultar das normas de direitos fundamentais, sejam eles de primeira, segunda ou terceira dimensão, é incapaz de dialogar adequadamente com o sistema jurídico e com a realidade social por ele regulada. A despeito de já existir uma estrutura administrativa adequada dotada de organização e capacidade técnica – no caso o INSS – bem como ser possível, pela via interpretativa, construir a norma de decisão em consonância com os objetivos fundamentais do Estado Social acolhido pela nossa Constituição – a eficácia da norma portadora de direitos fundamentais prestacionais restou embargada indevidamente pela acomodação inerente a uma ideologia positivista.⁵¹

Por tais motivos os juízes e Tribunais, inclusive o Superior Tribunal de Justiça,⁵² continuavam decidindo no sentido de que o estado de miserabilidade poderia ser comprovado por outros meios de prova, ou pro-

⁵⁰ MORO, Sérgio. Questões controvertidas sobre o benefício de assistência social, pp. 149 e 150.

⁵¹ Sobre a necessidade de serem intensificadas as reflexões sobre as posições jurídico-fundamentais que podem resultar das normas que consagram direitos sociais prestacionais já tive oportunidade de discorrer no capítulo 3 de meu livro: O direito fundamental à previdência social.

⁵² “PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 535, INCISOS I E II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INEXISTÊNCIA. BENEFÍCIO-ASSISTENCIAL. PORTADOR DE DEFICIÊNCIA. REQUISITOS LEGAIS. PREENCHIMENTO. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7 DESTA CORTE. TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO. INTERDIÇÃO ANTERIOR À AÇÃO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. BENEFÍCIO DEVIDO A PARTIR DO AJUZAMENTO DA AÇÃO. 1. Não resta evidenciada a alegada ofensa ao art. 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil, ante a inexistência de contradição ou omissão no acórdão recorrido. 2. A comprovação de que a renda familiar per capita seja inferior a 1/4 do salário-mínimo não é a única forma de aferir a precária situação econômico-financeira da Autora e de sua família, podendo o julgador se utilizar de outros critérios para firmar o seu convencimento, de acordo com o caso concreto. (...)” (STJ, REsp nº 536451, Rel. Laurita Vaz, 5ª T., DJ 23.08.04, p. 267)

cedendo-se uma interpretação sistemática das leis que versavam sobre outros benefícios assistenciais. Neste particular, podemos citar a valiosa contribuição doutrinária de Sérgio Moro que bem evidenciou o fato de a Lei nº 9.533, de 10.12.97, embora fosse anterior ao julgamento do mérito da referida Ação direta de Inconstitucionalidade – tendo estabelecido um critério econômico mais adequado para o acesso aos programas assistenciais, o de ½ salário mínimo per capita – não foi considerada pelo STF.⁵³

Inconformado com as decisões concessórias, o INSS recorria ao Pretório Excelso pela via de reclamações a fim de que prevalecesse o entendimento sufragado na ADIn nº 1.232-1/DF, porquanto muitos julgamentos estariam afastando o requisito legal objetivo em uma atitude que desrespeitaria a autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal.

Como pode ser conferido no julgamento da Rcl - AgR 2.303/RS, relatada pela Ministra Ellen Gracie, inicialmente a Corte Constitucional posicionava-se no sentido de que o critério de ¼ do salário mínimo seria objetivo, não sendo permitido valorar outros elementos indicativos da miserabilidade do indivíduo e de seu grupo familiar, cabendo ao legislador, e não ao juiz na solução do caso concreto, a criação de outros requisitos para a aferição do estado de pobreza daquele que pleiteia o benefício assistencial.

Este entendimento restritivo começou a contrastar com outras decisões, como a proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, na qual o STF reconhece que, mesmo não estando entre as atribuições ordinárias do Poder Judiciário a de formular e implementar políticas públicas, excepcionalmente, elas poderão ser desempenhadas quando os órgãos estatais competentes vierem a comprometer a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de normas programáticas.⁵⁴

⁵³ MORO, Sérgio. Questões controvertidas sobre o benefício de assistência social, pp. 149 e 150.

⁵⁴ STF, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº45/DF, Rel Min. Celso de Mello, j. 04.05.2004.

Ao contrário do que poderia se imaginar, a resistência que os demais órgãos do Poder judiciário continuavam apresentando não esmoreceu. Além de a decisão afetar fortemente o sentido médio de justiça da sociedade, e, portanto, dos juízes de todo o Brasil, outro fator foi decisivo para permitir a rediscussão da questão no seio do Tribunal Constitucional: a significativa alteração na composição da Corte Constitucional. As diferentes posições podem ser assim sintetizadas.

Os Ministros Celso de Mello, Carlos Britto e Ricardo Lewandowski, entendendo que a via não é adequada para reexaminar o conjunto fático-probatório em que se basearam as decisões atacadas, passaram a negar seguimento às reclamações.⁵⁵

Na opinião do Ministro Sepúlveda Pertence, nos casos em que a decisão concessória é fundamentada com base em legislação superveniente à Lei 8.742/93, não declarando a inconstitucionalidade do § 3º do art. 20 da LOAS, mas dando interpretação a tal dispositivo em conjunto com a legislação posterior não examinada na ADIn nº 1.232, a reclamação deve ser improvida.⁵⁶

Já o Ministro Marco Aurélio, ao apreciar a Reclamação 4.164 – depois de lembrar que não esteve presente no julgamento da ADIn nº 1.232, fez questão de registrar, se estivesse presente na ocasião, acompanharia a minoria – indeferiu a liminar postulada, tendo em vista que o fundamento da decisão examinada era baseado na interpretação de preceitos que não se fizeram em jogo quando do julgamento da referida ação direta de inconstitucionalidade.⁵⁷

Na visão da Ministra Carmen Lúcia, A constitucionalidade da norma legal, não significa a inconstitucionalidade dos comportamentos judiciais que, para atender, nos casos concretos, à Constituição, garantidora do princípio da dignidade humana e do direito à saúde, e à obrigação

⁵⁵ STF, Rcl nº 4.422/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 30.6.2006; Rcl nº 4.133/RS, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 30.6.2006; Rcl nº 4.366/PE, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 1.6.2006.

⁵⁶ STF, Rcl nº 4.280/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 30.6.2006.

⁵⁷ STF, Rcl nº 4.164/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 29.05.2006.

estatal de prestar a assistência social ‘a quem dela necessitar, independentemente da contribuição à seguridade social’, tenham de definir aquele pagamento diante da constatação da necessidade da pessoa portadora de deficiência ou do idoso que não possa prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. Ao contrário do afirmado pelo reclamante, tais decisões estariam dando cumprimento à Constituição da República.⁵⁸

Por derradeiro, cabe registrar o posicionamento do Ministro Gilmar Mendes. Na Reclamação 4374, após historiar a mudança progressiva que a interpretação da Lei 8.742/93 vem sofrendo no âmbito do Tribunal Constitucional, o relator reconhece a insuficiência do critério previsto no §3º do artigo 20 da Lei nº 8.742/93. Embora considere que a referida norma é constitucional, afirma que toda a reinterpretação do art. 203 da Constituição, que vem sendo realizada tanto pelo legislador como pelo STF poderia ser reveladora de um processo de inconstitucionalização do § 3o do art. 20 da Lei nº 8.742/93, que deverá ser enfrentado novamente pelo Plenário do Tribunal.⁵⁹

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As normas de direitos fundamentais, dotadas de um conteúdo acentuadamente aberto e indeterminado, reclamam para a sua aplicação a consideração de fatores econômicos, sociais, históricos, políticos e ideológicos, os quais constantemente são afetados pelas complexas transformações que a sociedade vai experimentando. Não é possível uma adequada aplicação das regras sem que seja avaliado se os princípios que inspiraram a edição de tais regras estão sendo devidamente homenageados, pois, na aplicação das normas, o intérprete tem um compromisso permanente de buscar a máxima efetividade do ordenamento jurídico.

A assistência social, direito fundamental formal e material, em um país marcado pelo alto índice de desigualdade social e pela informalida-

⁵⁸ STF, Rcl nº 3.805/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 18.10.2006.

⁵⁹ STF, Rcl nº 4.374/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 06.02.2007.

de que acaba por privar os trabalhadores dos direitos decorrentes da inserção no mercado de trabalho, necessita ter o seu campo de atuação ampliado, dentro de uma política social mais abrangente que efetivamente possa permitir a gradativa inclusão das camadas mais humildes da população na cidadania plena.

Os Estados Democráticos de Direito, no mundo inteiro atravessam um momento no qual fica evidente a necessidade de repensar o papel do Poder Judiciário na efetivação de direitos fundamentais sociais. As normas também envelhecem, pois o direito não é uma realidade estática e imutável. Não raras vezes, o legislador não consegue acompanhar a evolução social dos fatos de forma que as normas acabam sendo alteradas pela via da interpretação e isto também ocorre com as normas que versam sobre direitos fundamentais sociais. Trata-se de terreno movediço a ser cuidadosamente palmilhado. Assim, cada vez mais, discutem-se os limites dentro dos quais esta atuação pode ser efetivada.

O benefício de prestação continuada tem-se revelado um importante instrumento para minorar a miséria e o desamparo cujos efeitos têm vitimado milhares de brasileiros em todos os recantos de nosso País. O requisito econômico objetivo previsto na Lei nº 8.742/93, conquanto não seja em si mesmo desarrazoado, acabou se constituindo em um instrumento de desassistência social em face de ter sido examinado de uma maneira precipitada, sem base em dados econômicos e sociais.

Afortunadamente, a Corte Constitucional teve a capacidade de reconhecer um erro, permitindo que as instâncias inferiores continuem a construir a solução mais justa, quando o critério legal previsto no artigo 20 da LOAS não se revela adequado para solucionar a situação de necessidade social veiculada na demanda judicial. Por conseguinte, até que o legislador discipline outras hipóteses de necessidades sociais passíveis de receberem o benefício de prestação continuada, o direito constitucionalmente previsto no inciso V do artigo 203 da Lei Fundamental continua sendo assegurado graças a uma intervenção positiva do Poder Judiciário em uma política social.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALVIM, Ruy Carlos Machado. *Uma História crítica da legislação previdenciária brasileira*. Rio de Janeiro: Revista de Direito do Trabalho, nº 18, pp. 11 a 44.

BARROS JR., Cássio de Mesquita. *Previdência social urbana e rural*. São Paulo: Saraiva, 1981.

BENDA, Ernest et alli. *Manual de derecho constitucional*. Trad. Antonio López Pina. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2001.

BUEN LOZANO, Nestor & MORGADO VALENZUELA, Emilio (Coord.). *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm>>. Acesso em: 25 fev. 2002.

CEPAL. *Enfrentando o futuro da proteção social: Acesso, financiamento e solidariedade*. Disponível em: <<http://www.cepal.org.ar/publicaciones/xml/4/24084/lcg2295p.pdf>> Acesso em: 19. Mar. 2008

CORREIA, José Alfredo Henriques. *A sustentabilidade financeira da segurança social em Portugal*. Disponível em: <<http://pascal.iseg.utl.pt/~memf/ft-jcorreia-2004.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2008.

ETALA, Carlos Alberto. *Derecho de la seguridad Social*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2000.

FABRE, Cécile. *Constitutionalising Social Rights*. The Journal of political Philosophy: vol. 6, Number 3, 1998, pp. 263-284.

LEITE, Celso Barroso & VELLOSO, Luiz Paranhos. *Previdência social*. Rio de Janeiro: Zahar, 1962.

MORO, Sérgio Fernando. *Questões Controvertidas sobre o Benefício da Assistência Social*. In: *Temas Atuais de Direito Previdenciário e Assistência Social*. ROCHA, Daniel Machado da. (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 143-160.

MUÑOZ, Cristian Pérez. *Ingreso básico universal y diálogo social: una propuesta*. Disponível em: <<http://www.cinterfor.org.uy/public/spanish/region/ampro/cinterfor/publ/boletin/156/pdf/munoz.pdf>> Acesso em: 19. Mar. 2008.

NEVES. Ilídio das. *Direito da Segurança Social: Princípios fundamentais numa análise prospectiva*. Coimbra: Coimbra, 1996.

PEREIRA, Larissa Dahmer. A proteção social como “necessidade mínima”, o avanço dos preceitos (neo)liberais e a desconstrução da Seguridade Social brasileira na década de 1990. Disponível em: <<http://www.assistentesocial.com.br/cadespecial34.pdf>>. Acesso em: 19 Mar. 2008.

PEREIRA, Potyara Amazoneida Pereira. *Necessidades humanas: subsídios à crítica dos mínimos sociais*. São Paulo: Cortez, 2006.

PODETTI, Humberto A. *Los riesgos sociales*, In: BUEN LOZANO, Nestor e MORGADO VALENZUELA, Emilio (Coordenadores). *Instituciones de derecho Del trabajo y de la seguridad social*. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm>>. Acesso em: 25 fev. 2002.

REIS, Nelson. *A especificidade da Assistência social: algumas notas reflexivas*. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/revistap-sico/ojs/index.php/fass/article/viewFile/1013/793>>. Acesso em 17 mar. 2008.

ROCHA, Daniel Machado da. *O direito fundamental à previdência social: na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Previdência Social*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHWARZER, Helmuth. *Paradigmas de previdência Social rural: um panorama da experiência internacional*. Brasília: IPEA, 2000. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/pub/ppp/ppp23/Parte3.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2001.

STRECK, Lenio Luiz & MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SUPLICY, Eduardo Matarazzo. *Renda de cidadania: a saída é pela porta*. São Paulo: Cortez, 2002.

TEIXEIRA, Sônia Maria Fleury. *Assistência na previdência social – uma política marginal*. In: SPOSATI, Aldaíza de Oliveira; FALCÃO, Maria do Carmo; e TEIXEIRA, Sônia Maria Fleury. *Os direitos (dos desassistidos) sociais*. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 1995.

TORRES, Guillermo Cabanellas de & ZAMORA Y CASTILLO, Luis Alcalá. *Tratado de política laboral y social*. 3ª ed. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1982.

TORRES, Ricardo Lobo. *A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial*. In: *Legitimação dos direitos humanos*. TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ZACHER, Hans F. *Seguridade Social e Direitos Humanos*, In: *Arquivos de Direitos Humanos*, vol. IV, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, Ricardo Lobo Torres e Celso Albuquerque Mello (Organizadores).



ALBERTO PASQUALINI: O HOMEM, O PENSAMENTO E O TRABALHISMO¹

Gabriel Wedy

Juiz Federal Substituto. Presidente da AJUFERGS/ESMAFE. Mestre em Direito pela PUC/RS.
Professor de Direito Ambiental pela ESMAFE/RS.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Cronologia de Alberto Pasqualini. 2 O pensamento de Alberto Pasqualini acerca da organização social do mundo. 3 O trabalhismo segundo Alberto Pasqualini. Conclusão. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente estudo é a análise da vida e da obra social e política do homem público Alberto Pasqualini. Também, faz parte do presente estudo, a análise do pensamento de Pasqualini acerca da organização social do Brasil e do Mundo na sua época. Por fim, será analisado o trabalhismo segundo Alberto Pasqualini, pois até os dias atuais ele é considerado o ideólogo dessa corrente do pensamento político no Brasil.

No presente estudo também se farão breves cotejos entre as idéias de Alberto Pasqualini e a realidade do Brasil e do Mundo atual como forma de verificar a atualidade do seu pensamento e de sua obra social e política.

1 CRONOLOGIA DE ALBERTO PASQUALINI

Alberto Pasqualini nasceu em 23 de setembro de 1901, no Núcleo Norte da Colônia de Silveira Martins, no Município de Júlio Castilhos, hoje cidade de Ivorá, no Rio Grande do Sul. Mudou-se com os pais para a localidade de Restinga Seca, onde permaneceu até 1913. Viveu a sua infância e adolescência no meio rural. Iniciou o curso ginasial no Semi-

¹ Esse estudo foi realizado na cadeira de mestrado em direito na PUC/RS, “Teoria das idéias políticas”, sob orientação da Professora Doutora Regina Linden Ruaro.

nário Nossa Senhora da Conceição, em São Leopoldo. Em 1919, retirou-se do Seminário, por entender que o sacerdócio não era a sua vocação.

Em 1920, iniciou o curso de magistério no Colégio Anchieta, em Porto Alegre, devido ao não reconhecimento oficial do curso ministrado no Seminário. No ano de 1922, concluiu o curso colegial no Colégio Júlio de Castilhos, para onde se transferira anteriormente. Em 1929, formou-se em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul sendo, inclusive, laureado. Na solenidade de sua formatura proferiu discurso, que abordava o compromisso dos profissionais do Direito com a justiça social. Participou da Revolução de 1930, como Comandante Militar do Porto e Comandante do Batalhão João Pessoa.

Em 1932, obteve inscrição definitiva na OAB/RS, sob o número 69. Em 1934, candidatou-se à Câmara Federal pela Frente Única e proferiu dois discursos em Pelotas. Exerceu, entre os anos de 1934 e 1935, a docência como Professor Catedrático de Introdução à Ciência do Direito e interino de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Nas eleições, de janeiro de 1935, obteve 77.196 votos para a Câmara Federal, pela Frente Única, ficando como 11º suplente de Deputado Federal. Já, no ano de 1935, possuía em Porto Alegre, conhecida banca de advocacia.

No ano de 1935, Pasqualini foi relacionado como candidato do Partido Libertador e do Partido Republicano Rio-grandense, que constituíram a Frente Única, para as eleições de 17 de novembro de 1935. Nessa eleição, elegeu-se Vereador em Porto Alegre, tendo sido o único candidato da Frente Única eleito em primeiro turno, e o segundo mais votado naquele pleito. Em 4 de março de 1936, tomou posse como Vereador na Câmara Municipal de Porto Alegre. No dia 18 de julho de 1936, eleito o Diretório do Partido Libertador, Pasqualini foi escolhido Secretário-Geral, numa diretoria que teve como Presidente Raul Pilla, como 1º Vice-Presidente Baptista Luzardo e como, 2º Vice-Presidente, Firmino Torelly.

Em 1936, em notícia divulgada pelo Correio do Povo, foi divulgado que os procuradores municipais iriam solicitar a cassação do mandato de Vereador de Alberto Pasqualini, sob a alegação de ter este advogado uma causa contra o Estado, contrariando uma disposição da Lei Orgânica Municipal. Em 11 de junho desse ano, foi promulgada pelo Presidente da Câmara Municipal a Lei nº 8, que modificou diversos artigos da Lei Orgânica Municipal, limitando a proibição dos Vereadores patrocinarem causas apenas contra o Município. Em 8 de julho do mesmo ano, o Tribunal Regional Eleitoral em Porto Alegre decidiu pela não cassação do Vereador Alberto Pasqualini, em virtude da alteração da Lei Orgânica do Município de Porto Alegre.

Em 11 de novembro de 1936, foi dissolvida a Câmara Municipal de Porto Alegre, sob a Presidência de Loureiro da Silva, Prefeito Municipal, em decorrência da instauração do Estado Novo. Pasqualini encerrou assim o seu mandato de Vereador. Até meados de 1939, manteve-se afastado da atividade política, mas continuou escrevendo artigos e pronunciando conferências. Dedicou-se neste período à banca de advocacia. Na data de 8 de julho de 1939, recebendo convite do Cel. Cordeiro de Farias, em nome do Presidente Vargas, foi convidado para participar do Departamento Administrativo, constituído por oito membros. Assumiu o referido cargo no mesmo ano.

No Departamento Administrativo, a partir de 1940, emitiu pareceres sobre assuntos relacionados com as administrações municipais, com a edição de normas sobre a elaboração de orçamentos, apreciação de orçamentos municipais, aumento de tributos e criação de cargos. Em 25 de fevereiro, apresentou projeto sobre a organização judiciária do Estado, propondo a extinção dos juizados municipais. Em 17 de novembro de 1940, durante homenagem ao Presidente Vargas no Departamento Administrativo, proferiu saudação ao governante. No discurso, discorreu e analisou as funções do Departamento na Administração Pública. No ano de 1941, o seu projeto de controle das despesas municipais e estaduais, foi aprovada pelo Plenário do Departamento Administrativo.

No ano de 1943, foi escolhido pelo Tenente-Coronel Ernesto Dornelles para assumir a Secretaria do Interior. Em 13 de setembro, despe-

diu-se do Conselho Administrativo com discurso, recebendo homenagens. Na data de 14 de setembro, tomou posse como Secretário do Interior no Governo de Ernesto Dornelles. A sua escolha para Secretário do Interior teve grande repercussão no meio político e na imprensa. No dia 26 de setembro, recusou banquete que seria oferecido em sua homenagem pelos funcionários públicos. Na data de 24 de outubro apresentou um plano de assistência social apoiado por diversas entidades de classe. Em 10 de dezembro, em visita à Federação das Associações Comerciais e à Associação Comercial de Porto Alegre, apresentou projeto de instituição da Comissão de Abastecimento do Rio Grande do Sul, baseado, em linhas gerais, na do Estado de São Paulo e outros Estados já em funcionamento. Essa foi criada, e Alberto Pasqualini assumiu a presidência da Comissão, através da Portaria nº 178, do Ministro João Alberto.

Na data de 23 de julho de 1944, pediu demissão em caráter irrevogável do cargo de Secretário do Interior. Em 2 de agosto, recebeu o título de sócio-honorário da Associação Rio-Grandense de Imprensa, durante homenagem a que respondeu com discurso. No ano de 1945, em artigo publicado no jornal *Correio do Povo*, criticou duramente os excessos da ditadura na repressão à liberdade de expressão. Em 4 de março, a imprensa gaúcha noticiou movimento em torno da candidatura de Alberto Pasqualini ao Governo do Estado, apoiado pelo funcionalismo público e pela classe trabalhadora.

No dia 13 de junho de 1945, Alberto Pasqualini foi convidado para assumir como Ministro do Supremo Tribunal Federal e recusou o convite. Em 16 de setembro de 1945, participou do lançamento da União Social Brasileira – USB. Na data de 25 de setembro de 1946, cogitou-se pela primeira vez de sua candidatura ao Governo do Estado pelo PTB, fundado em 1946, oriundo da fusão da USB. Na data de 12 de novembro, lançou sua plataforma de governo, no encerramento da Convenção do PTB, no Teatro São Pedro, em Porto Alegre, que o consagrou candidato ao Governo do Estado. Em 30 de novembro, realizou o seu primeiro comício de campanha no Largo da Prefeitura em Porto Alegre. No dia 3 de dezembro, participou de comícios em Bento Gonçalves, Veranópo-

lis e Farroupilha. As eleições realizaram-se em 19 de janeiro de 1947 e Pasqualini foi derrotado por Walter Jobim, por uma pequena diferença de 20.000 votos. Walter Jobim fez 229.129 votos contra 209.164 de Alberto Pasqualini.²

No dia 13 de março de 1947 foi eleito Presidente de Honra do PTB, mas recusou o cargo. Em 30 de novembro do mesmo ano participou de reunião da bancada do PTB, oportunidade em que reafirmou a sua posição de ser contra a cassação de mandatos dos representantes do extinto Partido Comunista Brasileiro e em favor da unidade do PTB com vistas ao fortalecimento da democracia no Rio Grande do Sul. Na data de 16 de outubro de 1948, Pasqualini lançou a obra que o imortalizou como o ideólogo do trabalhismo brasileiro “Bases e Sugestões para uma Política Social”. É clara, neste livro, a influência sofrida por Pasqualini das encíclicas papais, da doutrina social da Igreja, do pensamento no campo da economia de John Maynard Keynes, do pensamento jurídico e da concepção de Estado de Léon Duguit, e da influência política do ideólogo e líder do Partido Trabalhista Inglês, Laski.

No dia 23 de abril de 1950, o Correio do Povo e o Diário da Noite noticiam que Adhemar de Barros e Getúlio Vargas estariam inclinados a lançar juntos a candidatura de Alberto Pasqualini à Presidência da República, tendo em vista que ele poderia ser o “Laski brasileiro”.³ Em 30 de maio de 1950, Alberto Pasqualini é escolhido candidato ao Senado e Salgado Filho ao Governo do Estado pelo PTB. No dia 19 de outubro, Pasqualini foi eleito Senador pelo Rio Grande do Sul com 385 mil votos, enquanto Plínio Salgado do PSD/PRP, obteve 275 mil. No Senado Federal, foi membro da Comissão de Finanças e relator do Projeto que criou a Petrobras. Nesse ano casou-se, no Rio de Janeiro, com Suzana Thompson Flores.

² Walter Jobim é avô de Nelson Jobim, Ex- Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ex-Ministro da Justiça do Governo Fernando Henrique Cardoso, Ex-Deputado Federal Constituinte em 1988, e atual Ministro da Defesa do Governo Lula e, também, avô de Walter Jobim Neto, Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que atualmente exerce a advocacia na cidade de Santa Maria/RS.

³ Idem, Alberto Pasqualini: Obra Social e Política, p. 87.

Na data de 30 de agosto de 1951, iniciou uma série de discursos sobre as reformas de base, criticando o clientelismo político e o empreguismo promovido na Administração Pública pelos partidos que estão no poder. Atitude que revelava no seu entender a inconsistência e falta de orientação programática de certos partidos políticos. Em 12 de setembro, em seu segundo discurso no Senado, deu ênfase ao papel dos partidos políticos e analisou as reformas de base do ponto de vista econômico. No dia 5 de outubro, subiu à tribuna do Senado e proferiu discurso sobre a inflação. Nesta feita afirmou: “Em vez de taxar os salários, através da inflação, o que cumpre é taxar os lucros e rendimentos capitalistas, através da tributação”. Entre 9 e 24 de novembro proferiu discursos criticando o Plano Lafer, afirmando que o mesmo oneraria a classe trabalhadora.

No dia 7 de junho de 1952, defendeu a criação de um mecanismo permanente de financiamento para investimentos públicos e privados e propôs a criação de um sistema de crédito social. Em 16 de junho passou a presidir o recém-criado centro de estudos do PTB. No dia 25 de setembro discursou sobre o problema da moradia, e referiu que esse era essencialmente um problema de financiamento da habitação para as classes trabalhadoras. Teceu críticas à forma como a Fundação da Casa Popular e a Caixa Econômica financiavam a moradia para as classes trabalhadoras. Na data de 8 de abril de 1953, relatou o Parecer nº 269 da Comissão de Finanças, sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 265, de 1952, que dispunha sobre a Política Nacional de Petróleo e instituiu a sociedade por Ações Petróleo Brasileiro Sociedade Anônima. Em 30 de abril discursou contra o acordo militar Brasil-Estados Unidos. No dia 4 de junho defendeu, em vibrante discurso, o monopólio estatal do petróleo e o projeto de lei que criou a Petrobras. Na data de 21 de julho de 1953, recusou a vice-presidência nacional do PTB.

Em 8 de abril de 1954, apresentou o projeto de Lei nº 21/54, que instituiu o Sistema Federal de Bancos. Na data de 19 de maio de 1954, foi lançada por aclamação a sua segunda candidatura ao Governo do Estado do Rio Grande do Sul, decorrente de proposição de Leonel Brizola, durante a primeira sessão plenária da Convenção Estadual do PTB. No dia 15 de julho quase renunciou à candidatura por motivo de

saúde.⁴ Em 24 de agosto, posteriormente ao suicídio do Presidente Vargas, que comoveu o país, Pasqualini proferiu discurso em São Luiz Gonzaga. Durante o mês de agosto participou de diversos comícios, entre os quais, se destacaram, os realizados em Caxias do Sul e Cachoeira do Sul. Na data de 18 de setembro Pasqualini realizou comício em Santana do Livramento encerrando a sua campanha em Porto Alegre com comício que reuniu milhares de pessoas. No dia 27 de outubro, Pasqualini novamente é derrotado nas eleições para o governo do Estado do Rio Grande do Sul pela escassa margem de 30.000 votos. Ildo Meneghetti, conhecido por jamais ter perdido uma eleição, obteve 386.821 votos e, Alberto Pasqualini obteve 356.183 votos.

Retornou ao Senado para reassumir o seu mandato e, em 29 de março de 1955, discursou sobre a defesa do monopólio estatal do petróleo e apresentou parecer contrário ao projeto dos Senadores Plínio Pompeu, Othon Mader e Apolônio Sales, que objetivava modificar o sistema de exploração de petróleo instituído pela Lei nº 2.004/53. Em nota publicada na revista “O Cruzeiro”, foi informada a sugestão de Etelvino Lima à candidatura de Alberto Pasqualini à Vice-Presidência da República⁵. Na data de 22 de setembro proferiu o seu último discurso parlamentar. O tema foi a crítica ao processo de desenvolvimento econômico do país que, no seu entender, era feito através de métodos inflacionários, portanto, à custa dos salários e proventos da classe operária. Em dezembro de 1955 foi vítima de um derrame que o manteve preso ao leito e o afastou da vida pública.

⁴ Pasqualini, desde jovem, sofria de sério problema de hipertensão arterial que o prejudicou na sua atividade política, em especial, em suas campanhas eleitorais.

⁵ Em artigo publicado no Coojornal, em maio de 1979, sob o título “Pasqualini - em busca de um trabalhismo à brasileira”, Hélio Gama referiu-se em detalhes ao convite de Juscelino Kubitschek a Pasqualini: “Quando eu entreguei o telegrama” recordou Brusa Neto, “no apartamento que ele ocupava no Grande Hotel, ele apanhou uma folha de papel, escreveu umas poucas palavras e me entregou, pedindo para enviar a resposta”. Brusa, espantado, leu rapidamente a recusa e perguntou a razão. “Tu achas que eu aceitaria um convite do Adhemar de Barros para ser seu companheiro de chapa? perguntou Pasqualini. Brusa Neto respondeu convicto: “É claro que não”. “Pois é”, comentou então Pasqualini, “o Juscelino é o Adhemar de colarinho e punhos engomados”.

Morreu em 3 de junho de 1960, no Rio de Janeiro, deixando, além da obra publicada “Bases e Sugestões para uma Política Social”, inúmeros textos em jornais, conferências, entrevistas, pareceres, projetos de lei, além de alguns trabalhos inéditos.⁶

2 O PENSAMENTO DE ALBERTO PASQUALINI ACERCA DA ORGANIZAÇÃO SOCIAL DO MUNDO

Para Alberto Pasqualini, só poderia haver mérito, só poderia haver nobreza nas ações, quando essas tivessem um sentido humano e derivassem daquela parte do ser onde os sentimentos sociais se sobrepusessem aos instintos egoístas que seriam a origem de todos os males e dos sofrimentos da humanidade. Consequentemente, o capitalismo, na sua forma individualista, seria a origem e a causa de todos os males que atormentavam o mundo. Referiu, em sua obra, que se era uma utopia erradicar a causa do mal, não seria sensato e nem conveniente, naquela fase da evolução humana, eliminar o capitalismo como propriedade privada dos meios de produção e como instrumento de lucro. Todavia, ao menos seria necessário cortar-lhe os excessos e impedir-se a exploração do homem pelo homem, que conduziria a uma nova forma de escravidão.

O homem seria um sistema de necessidades e toda a atividade humana se desenvolveria no sentido da produção de bens e serviços para a satisfação dessas necessidades. As descobertas da ciência, o aperfeiçoamento da técnica e os equipamentos mecânicos criaram para o homem condições nunca imaginadas de segurança, de comodidade e de conforto, mas determinaram, por outro lado, a concentração industrial e capitalista. A consequência disso teria sido a formação do proletariado moderno. A produção de utilidades assim teria se convertido em uma fonte ilimitada de lucros para os que dispusessem dos meios de produção e de

⁶ As referências deste capítulo foram retiradas da obra organizada pelo Senador Pedro Simon “Obra social e política [fls. 83-89]. Vol. I. Brasília: Senado Federal. Centro Gráfico, 1994” e de inúmeras conversas informais do autor deste artigo com o advogado, escritor e professor, Alexandre Pasqualini, sobrinho-neto de Alberto Pasqualini, e um dos maiores conhecedores da vida e obra do mesmo.

troca. Estas mesmas utilidades seriam, assim, inacessíveis para os que contribuíssem com o seu trabalho para produzi-las.

Dessa forma, se era um pressuposto da produção, de um lado as necessidades humanas e, de outro lado, o trabalho humano, não atenderia a uma finalidade de equidade o fato de que apenas os poucos favorecidos pela sorte acumulassem os proventos ilimitados à custa desse trabalho e dessas necessidades. Alberto Pasqualini, por vezes, deixava transparecer a sua formação de seminarista. Afirmava, por exemplo, “que existiam os que se subtraíam à lei divina, a defraudavam e a iludiam, conseguindo não o pão cotidiano, mas todas as comodidades da vida, com o suor de rostos alheios”⁷. Chegou a dizer que, *verbis*:

...não ousaria afirmar, como São João Crisóstomo, que ninguém poderia enriquecer honestamente, pois certamente o referido Santo Padre apoiava-se na palavra de Jesus, segundo a qual seria mais fácil passar um camelo no buraco de uma agulha do que entrar um rico no reino dos céus. Isto porque no pensamento de Jesus a riqueza trazia consigo o estigma da injustiça...⁸

Disse, com notório acerto, que “Cristo foi crucificado por pregar a doutrina de justiça social” e que, se “ele voltasse hoje ao mundo, muitos dos que se diziam seus discípulos, o negariam antes que o galo cantasse a primeira vez”. Citando Leão XIII, na sua famosa encíclica, referiu que, *verbis*:

...subtrair os trabalhadores do egoísmo desumano dos especuladores que, na sua avidez ilimitada de lucros, deles abusam como se fosse coisas: *personis prorebus ad questum abutentes*. Esse é unicamente o trabalho, como ainda observava o grande pontífice, que gera a riqueza das nações, manda então a justiça que se atribua aos trabalhadores aquela parte dos benefícios a que eles têm o direito.⁹

⁷ Os trechos citados foram extraídos de “Pasqualini, Alberto. A organização social do mundo [Discurso pronunciado como paraninfo dos bacharéis de economia e finanças]. Correio do Povo, Porto Alegre, 29, dez. 1944, p.4”.

⁸ Idem. Ibidem.

⁹ Idem, ibidem.

Ditas por outro, essas frases que foram pinçadas de sua obra, em crítica que pode ser feita, soariam piegas e demagógicas, mas proferida pela boca de Alberto Pasqualini, deixavam transparecer a pureza do ex-seminarista, do filho de imigrantes italianos, do homem que não aceitou o cargo de Presidente de Honra do PTB, que recusou uma nomeação para o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal e que rejeitou uma eleição certa para ser o Vice-Presidente da República ao lado de Juscelino Kubitschek. Também, a citação de metáforas e passagens bíblicas em sua obra, não se tratava de uma confusão entre o Poder do Estado e o Poder Divino, Alberto Pasqualini era por demais grande para cometer este equívoco. Estas citações, se frisa novamente, eram consequência de sua formação cultural, fortemente influenciada pela doutrina social da Igreja e pelas encíclicas papais.

Segundo Pasqualini, havia um erro fundamental na organização social e econômica do mundo, erro que colocava num dos extremos os que trabalham e no outro, os que se apropriavam dos benefícios do trabalho alheio. A crítica ao egoísmo foi sempre bem articulada pelo mesmo, pois em decorrência deste, e na sua avidez ilimitada de lucros, é que se formavam os monopólios, se dava a exploração do homem pelo homem, aconteciam as guerras, eclodia a miséria e a opressão dos povos. O egoísmo seria o símbolo da negação da solidariedade humana e do repúdio às leis divinas.

A idéia de luta, também era combatida pelo pensador, pois as relações entre os indivíduos e as relações entre os povos estariam envenenadas e “animalizadas” pela idéia de luta, luta pela dominação, luta pelo ganho, luta pelo espaço, luta pelos mercados, luta pelas matérias-primas. Segundo ele, lutavam os indivíduos, lutavam as classes, lutavam os povos e lutavam os continentes. Referia que já na educação da criança, se procurava, por várias formas, desenvolver esse instinto animal de luta, incutindo-lhe a idéia de que é necessário “vencer” na vida e, nessa luta, não haveria contemplações e nem piedade. Assim o homem via no seu próximo um adversário virtual e cada povo enxergava nos demais povos inimigos potenciais. Pasqualini dizia que as guerras eram romanceadas e os feitos bélicos exaltados quanto mais ferozes e mais sangrentos os embates e maior o número de vítimas que se contavam nos campos de

batalha. As guerras, em crítica que impressiona pela sua atualidade, seriam industrializadas e estavam convertidas em um negócio lucrativo e numa profissão.

Hoje, sessenta anos depois, se Alberto fizesse esse discurso de crítica às guerras, cairia o mesmo como uma carapuça nas ações militaristas do Estados Unidos da América no Oriente Médio, na guerra pelo petróleo, nos faturamentos milionários da indústria bélica norte-americana e nos milhares de vidas de inocentes que morrem sem saber o porquê todos os dias em decorrência da luta por esse “ouro negro”. O que diria Alberto Pasqualini desses nossos dias? Provavelmente repetisse o que disse há décadas...

A luta pela dominação do homem pelo homem e das riquezas é antiga, vem de antes de Cristo, todavia, sem dúvida alguma, Alberto Pasqualini ficou chocado com as atrocidades da Primeira e Segunda Grandes Guerras Mundiais como demonstra o seu pensamento de repúdio à beligerância e à ganância do homem. Daí o seu pensamento humanista, contra a violência e as atrocidades.

O individualismo, na ordem social, corresponderia à predominância das relações egoístas na esfera psicológica e, portanto, a uma diminuição ou obscurecimento dos sentimentos de simpatia e de solidariedade. Esse individualismo, embasado em processos de luta, consistiria na desconsideração do semelhante. Dizia ele que a mais primária manifestação de individualismo na espécie humana foi à antropofagia, seguida da escravidão e da servidão. Do direito de se devorar o vencido, passou-se ao de dispor dele como coisa, como propriedade. O pensamento de Aristóteles, muitas vezes era invocado por Pasqualini, e aquela concepção de que um escravo é uma máquina animada e de que uma máquina é um escravo sem alma, foi por ele várias vezes utilizada.

A máxima romana de que os escravos eram o produto da luta, da guerra e da conquista, e o direito do vencedor sobre a vida e morte do vencido, era constantemente mencionada por Pasqualini como uma metáfora à situação de desigualdade social nos povos pobres e na injusta distribuição de renda e de riquezas. Assim, a escravidão e a servidão subsistiriam sob outras formas enquanto o individualismo, nas suas manifestações exclusivistas e agressivas, e na sua sede de dominação e de

lucros, continuaria a cavar desigualdades e a produzir desequilíbrios sociais.

O processo social se definiria por duas tendências: a individualista e a socialista, a primeira, tendo como centro os instintos egoístas e a segunda os sentimentos de simpatia e de solidariedade. As agitações na humanidade estariam no meio dessas duas tendências que estariam a buscar um ponto de equilíbrio, que seria a única forma de se pôr fim às angústias e convulsões da sociedade. Os métodos do individualismo, como já referido, seriam os de luta, luta pela dominação, pelo sujeitamento do indivíduo a outro indivíduo e da luta pelo ganho sem limites e sem considerações. Os métodos do socialismo seriam simples, ou seja, poderiam ser considerados como a crescente extensão da solidariedade social e da cooperação. Nesta senda, todo o progresso moral consistiria na ampliação do círculo da solidariedade social, de modo que se estenderia além da família, do clã, da classe, do grupo, da nacionalidade, para abranger todas as criaturas humanas. Em consequência disso, a grande tragédia do mundo estaria no fato de o homem ser governado pelos instintos – e muitas vezes pelos instintos mais primários – e não pela razão e os sentimentos.

Pasqualini já falava em globalização nos anos quarenta, mas no sentido de uma cooperação dos povos e dos continentes para substituir a concepção individualista irracional e animal de luta pela vida, pela idéia moral e cristã de cooperação pela vida. Assim deveriam ser expandidos entre os povos os sentimentos de justiça e igualdade em contraposição aos sentimentos primitivos e animais, para o banimento dos males que afligiam a humanidade. O homem deveria lutar para libertar-se da miséria, do medo, do ódio, da opressão e nunca para escravizar os seus semelhantes. Aí neste ponto, Pasqualini cai em aparente contradição ao afirmar em “luta” de libertação. Todavia, essa contradição mostrou-se em sua obra, como referido, apenas aparente, pois o mesmo por certo se referia à necessidade da humanidade debelar a miséria, o medo, o ódio e a opressão.

O pensador lançava em seus discursos posições em relação ao imperialismo na ordem externa e ao capitalismo na ordem interna. Disse Alberto Pasqualini que corrigir os malefícios do capitalismo na ordem

interna e banir o imperialismo na ordem externa seriam os programas do futuro, porque o imperialismo era a forma internacional do capitalismo e o capitalismo era a forma individual do imperialismo.

O imperialismo ainda está presente nos dias atuais alimentado pela opressão do militarismo norte-americano que age como xerife da humanidade, como um novo Império Romano, tendo como sua grande arma um imenso arsenal nuclear que atemoriza as demais nações do globo. As riquezas do petróleo no Oriente Médio são tomadas dia-a-dia pelos grandes trustes e oligopólios norte-americanos que atrás de si possuem um governo de um país a lhes dar cobertura militar. A respeito do tema são elucidativas as palavras de Noam Chomsky citando David Painter, *verbis*:

As divisões dentro do governo mascaram um acordo total de que alguma forma de controle norte-americano sobre as reservas mundiais de petróleo era necessária.[...] a idéia de que os Estados Unidos tinham um direito de preempção sobre os recursos mundiais de petróleo [tendo sido] bem fortalecida pela Segunda Guerra Mundial. [...] Dessa forma, para manter um ambiente internacional em que as companhias privadas pudessem operar com segurança e lucro, o governo dos Estados Unidos se envolveu ativamente na manutenção da estabilidade do Oriente Médio, ao conter o nacionalismo econômico, e ao sancionar e apoiar os acordos privados para o controle do petróleo mundial. [...] A política externa sobre o petróleo foi moldada não somente pela estrutura da indústria petrolífera, mas também pela “posição privilegiada do negócio” nos Estados Unidos. O poder corporativo influenciou o resultado de decisões específicas, e, mais importante, moldou de modo significativo à definição dos objetivos políticos [...]; as políticas alternativas para a produção e consumo de petróleo colidiram com interesses econômicos e políticos bem organizados, crenças ideológicas profundamente arraigadas, e com o “peso estrutural de um sistema econômico em que a maior parte das decisões está em mãos privadas”.¹⁰

¹⁰ CHOMSKY, Noam. Novas e velhas ordens mundiais. p. 277; tradução: Paulo Roberto Coutinho. São Paulo: Scritta, 1996.

Esta situação é preocupante, pois se ao tempo de Alberto Pasqualini o objeto de dominação do imperialismo eram territórios e povos, e hoje é o petróleo, o que diremos de amanhã? E daqui a cinquenta anos? Serão as riquezas naturais o objeto da cobiça imperialista? Será que a floresta amazônica brasileira e suas infindáveis riquezas naturais estão a salvo do imperialismo e da dominação? Será que o Estado brasileiro será capaz de garantir a soberania de nosso território, de nossas florestas e de nossas riquezas? Seremos também considerados uma ameaça ao bem estar do mundo por termos em nosso território infindáveis recursos naturais? Apenas o futuro poderá dizer...

Dizia Pasqualini, em relação às desigualdades sociais, que ele não podia crer que, *verbis*:

...mesmo aqueles que bafejados pela sorte, que conseguiram acumular riquezas, possam se julgar felizes e tranqüilos, tendo diante dos olhos o espetáculo quotidiano de miséria e da necessidade. Talvez se sentissem mais em paz com a própria consciência se, possuindo menos, pudessem enxergar um pouco mais de afeto e um pouco menos de rancor nos rostos dos seus irmãos, abatidos pelo trabalho e torturados pelo sofrimento. Porque como adverte a Escritura é melhor ter pouco com justiça do muito iniquamente.¹¹

Em relação da igualdade como condição basilar da paz social ele advertia que, *verbis*:

...Todos hoje compreendem e admitem que não pode haver paz, que não pode subsistir uma organização econômica e social em que uns possuam em excesso e outros não tenham como satisfazer as necessidades mais elementares da vida.¹²

Hoje está comprovado que a desigualdade social em que poucos têm muito e muitos não têm o suficiente para sobreviver é a causa principal da violência, do tráfico de drogas, dos assaltos à mão armada e do nascimento desta máfia chamada PCC em nosso país. Tudo isto foi pre-

¹¹ Idem. Ibidem.

¹² Idem. Ibidem.

visto por Pasqualini àquela época. A desigualdade social que nos assola há longo período acabou por culminar em uma violência sem precedentes como pode ser observada nos dias de hoje. Vivemos em uma autêntica guerra civil em nosso país. Pessoas inocentes são mortas em assaltos aos seus automóveis nas esquinas das metrópoles todos os dias pelos chamados marginais que nada mais são do que criações de um sistema iníquo, perverso e desigual.

Pasqualini, embora acusado de comunista por seus opositores, jamais se perfilou ao lado deste sistema, pelo contrário, foi sempre a favor das liberdades de expressão e de pensamento. Foi um democrata. Ao discorrer sobre a liberdade no ato de educar deixou bem claro o seu pensamento. Dizia ele, *verbis*:

Não haverá transformações sociais estáveis e duradouras se não se reformar, ao mesmo tempo, o caráter do homem. O que é necessário, por isso, é educá-lo, cultivar-lhe o lado bom e nobre da personalidade, desenvolver-lhe os sentimentos de simpatia e de solidariedade, ensinar-lhe a amar os seus semelhantes e a reprimir os instintos egoístas. Não creio, porém, que essa educação do homem se possa realizar sem liberdade. Nossos sentimentos estão em relação com as nossas idéias e concepções. Para sentir, é preciso compreender. Mas, para compreender, é necessário que exista a possibilidade da transmissão e do debate de idéias, pois é por essa forma que se amplificam os horizontes do pensamento e se retificam os seus erros. Educar consiste precisamente em inculcar representações mentais capazes de provocar determinados sentimentos, atos e atitudes. Educar é ensinar a compreender, a sentir e a reagir. Educar é formar convicções. Para que possa haver educação é necessário, pois, antes de tudo, que haja liberdade de pensamento e de sua expressão. Onde essa liberdade não existe, jamais poderá haver consciências; haverá, sim, almas deformadas como as plantas que rastejam esmagadas sob o peso dos rochedos.¹³

Com efeito, o sistema educacional direcionado politicamente, sem liberdade, implantado pelos regimes comunistas, demonstrou ser inefi-

¹³ Idem. Ibidem.

caz, pois jamais admitiu a liberdade de pensamento, a liberdade de opinião, essenciais para o nascimento de novas idéias e para a própria evolução do pensamento humano. Para a educação ser eficaz, sem dúvida alguma, deve haver a possibilidade da apreciação do maior número de idéias, pensamentos e ideologias possíveis, a vedação de um certo tipo de pensar, trata-se de uma artificialidade que inibe o livre aprendizado e o engrandecimento da alma humana.

Com efeito, jamais Pasqualini poderia ter sido chamado de comunista. Nunca aceitou como justa a opressão do povo soviético pelo seu governo, e jamais concordou como os milhares de mortos pelo regime stalinista por crimes de mera opinião. Hoje, por certo, Pasqualini não concordaria com a restrição à liberdade de imprensa, de opinião e de reunião imposta pelo regime de Cuba. Por essas razões se pode constatar que Pasqualini não poderia ser definido como um comunista, como também não, pelo que já foi dito, como um capitalista-liberal.

O sentido de socialismo pregado por Pasqualini, não era o socialismo que previa a abolição da propriedade privada e a total apropriação pública dos meios de produção. Mas um socialismo que expandisse o solidarismo, a repartição de renda, a democratização de acesso à propriedade privada, as garantias do trabalho para o setor público e privado, o acesso a um crédito justo para o consumidor, empresário e para o produtor rural pequeno e grande. A abolição da propriedade privada jamais foi pregada por Pasqualini, que entendia este propósito como contra a cultura do povo brasileiro.

Como afirmado já há alguns anos por John Keneth Galbraith, um dos maiores críticos do neoliberalismo e dos economistas da escola de Chicago, evidentemente, muitos anos após a morte de Pasqualini, *verbis*:

...a experiência das nações que adotaram a propriedade pública como política nos últimos oitenta anos - a ex-União Soviética, os países do leste europeu, a China - sugere que ela amplie as liberdades do cidadão. Pelo contrário. Desse modo, a principal justificativa se dissolveu. Isso é reconhecido. Os partidos socialistas ainda existem, mas nenhum deles supostamente defende a propriedade pública em seu sentido tradicional e abrangente. A Cláusula 4

do Partido Trabalhista Britânico, que afirmava o apoio a tal política e, desde muito tempo, era vista como um elo romântico como o passado, foi agora formalmente eliminada do programa do partido.¹⁴

Mas, o referido e emérito professor de economia na cadeira Paul M. Warburg, na Universidade de Harvard, conclui em seqüência “...Se o socialismo não pode mais ser considerado o arcabouço dominante da sociedade justa ou mesmo plausível, o capitalismo em sua forma clássica, também não”.¹⁵

O professor de Harvard, em obra publicada, demonstra que o pensamento de Pasqualini ainda hoje é válido em relação à ineficácia do socialismo e da forma clássica de liberalismo, que hoje, aparece remodelado pela figura do neoliberalismo privatizante.

Segundo Galbraith, *verbis*:

À medida que o socialismo abrangente tem diminuído e desaparecido como uma ideologia aceitável ou eficaz, uma doutrina oposta, embora mais limitada, tem surgido. É a privatização, o retorno generalizado das empresas e das funções públicas à operação privada e à economia de mercado. Como regra geral, a privatização concorre com o socialismo abrangente em irrelevância. Existe uma ampla área da atividade econômica em que o mercado é – e deve permanecer – incontestado; igualmente, existe uma ampla gama de atividades que crescem com o maior bem-estar econômico onde os serviços e as funções do Estado são necessários ou socialmente superiores. A privatização, portanto, não é melhor, como uma guia dominante da ação pública, do que o socialismo. Em ambos os casos, o serviço básico da doutrina é propiciar uma fuga do pensamento. Na sociedade justa, uma regra domina essas questões: as decisões devem ser tomadas com base nos méritos sociais e econômicos do caso específico. Esta não é a era da doutrina; é a era do julgamento prático.¹⁶

¹⁴ GALBRAITH, John Kenneth. A sociedade justa: uma perspectiva humana, p.; tradução de Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Campus, 1996.

¹⁵ *Op. cit.*, p. 21.

¹⁶ *Op. cit.*, p. 22.

Observa-se que a obra de Pasqualini ainda hoje é aceita como atual por economistas internacionalmente respeitados. O pensamento de Pasqualini pode ser considerado como uma linha intermediária entre o capitalismo e o socialismo com uma marca flagrante de justiça distributiva e de fé cristã.

O individualismo, o utilitarismo, a ganância, a avidez pelo lucro como causadores da miséria humana e a necessidade de proteção ao trabalho, no setor público e privado, sempre foram uma preocupação de Alberto Pasqualini. Pasqualini se vivo estivesse por certo concordaria com as palavras da romancista francesa, Viviane Forrester, em seu célebre “O horror econômico” sobre o descaso da economia do mercado em relação ao trabalho e ao ser humano, *verbis*:

Se a ferocidade social sempre existiu, ela tinha limites imperiosos, porque o trabalho oriundo das vidas humanas era indispensável para aqueles que detinham o poder. Ele não o é mais; pelo contrário, tornou-se incômodo. E aqueles limites esboroam-se. Será que se entende o que isso significa? Jamais o conjunto dos seres humanos foi tão ameaçado na sua sobrevivência.

Qualquer que tenha sido a história da barbárie ao longo dos séculos, até agora o conjunto dos seres humanos sempre se beneficiou de uma garantia: ele era tão essencial ao funcionamento do planeta como à produção, à exploração dos instrumentos do lucro, do qual representavam uma parcela. Elementos que o preservavam.

Pela primeira vez, a massa humana não é mais necessária materialmente, e menos ainda economicamente, para o pequeno número que detém os poderes e para o qual as vidas humanas evoluem fora de seu círculo íntimo só tem interesse, ou mesmo existência – isso se percebe no dia-a-dia-, de um ponto de vista utilitário.

A relação de forças, até aqui sempre latente, se anula por completo. Desaparecem as barreiras de proteção. As vidas não são mais de utilidade pública. Ora, é precisamente em razão de sua utilidade em relação a uma economia agora autônoma que elas são avaliadas. Vê-se bem onde reside o perigo, ainda virtual mas absoluto.

Ao longo da história, a condição humana foi muitas vezes mais maltratada que nos dias de hoje, mas o era por sociedades que, para subsistir, precisavam dos vivos. E de vivos subalternos em grande número.

Já não é o caso. É por isso que hoje é grave- em plena democracia, numa época em que se tem a experiência do horror e, como nunca, os meios de ser socialmente lúcido-; sim, é tão grave observar a rejeição inexorável daqueles que não são mais necessários, não aos outros homens, mas a uma economia de mercado para a qual não são mais uma fonte potencial de lucro. E sabemos que não voltarão a sê-lo.

A crítica ao capitalismo neoliberal e excludente foi posta de forma excelente por Darcy Ribeiro que, ao invés do Estado mínimo defendido pelos neoliberais, propôs o “Estado Necessário” para o Brasil, *verbis*:

Acusam o Estado Brasileiro de um crescimento abusivo que precisaria ser podado para não asfixiar o empresariado. Querem o Estado mínimo dos neoliberais, socialmente irresponsável e servilmente confiante nas funções do mercado aberto como promotor do progresso. Um Estado imune ao clamor popular por emprego, casa e comida. Um Estado incapaz de intervenção na economia que não seja para beneficiar os ricos. Tudo isso fundamentado na ideologia do antagonismo essencial entre o Estado e a Sociedade Civil entendida esta como o corpo de interesses das classes dominantes.

Nossa visão é diferente. O Estado brasileiro levado à falência pela ditadura militar, precisa é ser recuperado, fortalecido reinstrumentado para voltar a cumprir melhor, suas múltiplas funções absolutamente indispensáveis. As assistenciais e as educativas, levadas à degradação e ao abandono pela incúria governamental. As de manutenção da ordem e da lei, para dar segurança ao povo diante das ondas de violência desenfreada.

Os defensores do Estado mínimo ignoram o sentimento de soberania nacional. Não crêem e não querem um Brasil autônomo, integrado às demais nações do mundo com identidade própria e de cabeça erguida. O patriotismo os horroriza. Para eles, um Brasil grande é tão-só uma feitoria servil do mercado mundial... O desafio maior que enfrentamos é o de reestruturar e aperfeiçoar o Estado para a condução da economia, revertendo seus pendores privatistas e elitistas, para fazê-lo olhar, antes de tudo, para o povo e suas carências.

A reforma de que necessitamos imperativamente é a que recrie e fortaleça um Estado moderno, meritocrático, desburocratizado, social e nacionalmente responsável, ético, íntegro e eficaz. Aquele

Estado-Nação capacitado a cumprir as tarefas supremas de promotor do desenvolvimento nacional autônomo e sustentado, de gerador de uma economia de prosperidade generalizada, de garantidor do pleno emprego e de provedor das necessidades de nutrimiento, de educação, de abrigo e de assistência ao povo brasileiro. Um Estado inteligente, dinâmico, enxuto e operado por um serviço público civil de funcionários insubornáveis, competentes, orgulhosos de seu ofício, bem remunerados e atenciosos para com o público. Em lugar do Estado mínimo que receitam, proponho o Estado necessário.¹⁷

O próprio trabalhismo inglês capitaneado por Tony Blair no plano político, o chamado *New Labour*, defensor do retórico discurso da “Terceira Via”, implementado pelos economistas Anthony Giddens e David Milband, acabou sendo tragado pela onda neoliberal e apenas deu continuidade ao monetarismo econômico de Margareth Thatcher. Neste sentido, Mészáros, *verbis*:

O traço de descontinuidade do NL em relação ao thatcherismo aflora ao tomar ele algumas decisões políticas – em verdade politicistas-, como o reconhecimento do Parlamento da Escócia, mas não se constituem num entrave para a continuidade do projeto do capital britânico, reorganizado durante a fase neoliberal. O NL que emergiu vitorioso no processo eleitoral de 1997, despojado de vínculos com o seu passado reformista-trabalhista, converteu-se no New Labour pós-Thatcher, “moderno”, defensor vigoroso da “economia de mercado”, da flexibilização do trabalho, das desregulamentações, da “economia globalizada moderna”, enfim, de tudo o que foi fundamentalmente estruturado durante a fase clássica do neoliberalismo. Sua defesa do Welfare State, por exemplo, é completamente diferente da social-democracia clássica. Tony Blair quer “modernizar” o Welfare State. Porém, “modernizá-lo” significa a destruição dos direitos do trabalho, que são definidos por ele como “herança arcaica”.¹⁸

¹⁷ RIBEIRO, Darcy. O Brasil como problema. págs. 255-258. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1995.

¹⁸ MÉSZÁROS, István. Beyond Capital [Towards a Theory of Transition]. p. 87. Merlin Press, Londres.

O capitalismo imperialista da época de Pasqualini semeou, por certo, o capitalismo globalizado atual caracterizado pela volatilização de capitais e quebra de fronteiras e de soberanias. O chamado neoliberalismo tem como consequência nefasta principal o desemprego, que foi sempre uma preocupação constante no pensamento e obra de Pasqualini.

Retornando ao campo da liberdade do pensamento e do expressar das idéias, pode ser relembado o momento em que Pasqualini demonstrou coragem ao criticar o Tribunal de Segurança Nacional no primeiro governo Vargas. Para criticar o Tribunal de Segurança Nacional, que julgava crimes de opinião, utilizou-se da célebre e curiosa relação de César e Catulo em Roma. Catulo, o poeta, atacava duramente a César que, em resposta, poderia ter feito tudo, até matá-lo, mas assim não procedeu. Em trecho de seu brilhante artigo publicado no Correio do Povo, Pasqualini disse, *verbis*:

...E o que fez César? Perdeu a paciência? Mandou a ordem política e social encanar o apaixonado de Lésbia e jogá-lo ao Tibre como isca aos peixes? Não, nada disso. Convidou-o a ir à sua casa e a tomar parte de suas farrinhas. E dizem os historiadores daquela época que o poeta continuou a ser comensal de César e, possivelmente, a crivá-lo de epigramas. Tão amplas e liberais, observa um escritor dos nossos tempos, eram as vistas dos romanos em matéria de oposição... A crítica é um direito que assiste a todo o cidadão; sofrê-la, ainda quando veemente e áspera é uma contigência e um dever a que está sujeito o homem público. Porque, todo agente da autoridade é, em última análise, um mandatário do povo. Serve à coisa pública e não é dono dela. O cidadão, como parte integrante do povo, tem, pois, o direito de criticar e censurar os atos e a conduta dos seus mandatários.¹⁹

Essa passagem de Pasqualini demonstra a grandiosidade de caráter dele que, mesmo aliado do Presidente Vargas, na maior parte de sua vida pública, criticou com altivez a restrição à liberdade de expressão durante o Estado Novo.

¹⁹ PASQUALINI, Alberto. História antiga e história moderna. Correio do Povo, Porto Alegre, 21 jan. 1945, p. 4.

3 O TRABALHISMO SEGUNDO ALBERTO PASQUALINI

Os ideários do trabalhismo brasileiro, segundo Pasqualini, podem ser colhidos de dois documentos de relevante importância histórica, o “Manifesto-Programa da União Social Brasileira” e do “Discurso de Instalação da União Social Brasileira”, produzidos por ele.

O princípio elementar do trabalhismo seria o solidarismo, consistente no fato de que a posse de recursos além de certos limites impunha encargos e deveres. Para Pasqualini o povo, e principalmente, as classes trabalhadoras, esperavam algo mais do que meras generalidades abstratas e atitudes mais ou menos platônicas diante da magnitude e premência de suas necessidades. Pois somente com muitos recursos é que se poderiam dar soluções aos problemas sociais imediatos. Fora deste terreno, haveria simples retórica vazia.

Uma nova mentalidade capitalista estaria se formando no Brasil. Isto porque o capitalismo não poderia subsistir com as suas características mais tradicionais e, por isso, seria necessário ajustá-lo aos princípios da justiça social, da solidariedade humana e da fraternidade cristã. Deveria haver um reconhecimento de que uma organização social em que os bens materiais, que são os meios, se não se ajustassem ao fim, que é o homem, não poderia sobreviver. Isto porque não seria justo e razoável que uns possuíssem em excesso, enquanto outros não tivessem o indispensável para atender as necessidades mais elementares da vida.

Estaria reconhecido o princípio da propriedade privada dos meios de produção, com as limitações exigidas pelos interesses coletivos. Assim uma parcela dos lucros das empresas deveria ser socializada através de contribuições assistenciais que custeassem obras e serviços sociais. Estes benefícios assistenciais não representariam para o trabalhador uma dívida ou um favor, mas uma parcela do próprio salário percebido sob a forma de uma remuneração indireta.

Segundo o trabalhismo de Pasqualini o imenso déficit social brasileiro exigia uma programação urgente e imediata de um amplo plano assistencial. Somente assim seria possível recuperar e cobrir esse “déficit,” aumentar a ínfima produtividade do povo brasileiro, curá-lo, instruí-lo, libertá-lo da miséria, da doença e da necessidade. O trabalhismo

teria como objetivo instaurar uma verdadeira democracia, com o respeito absoluto aos direitos individuais e às liberdades públicas que encontrariam bases sólidas e seguras, materiais e espirituais. O trabalhismo jamais poderia ser utilizado para combater ou apoiar pessoas, para debater questões particularistas, para disputar postos de governo ou mandatos políticos em proveito pessoal, mas unicamente para traduzir as aspirações do povo, defender-lhe os interesses e para proporcionar aos pobres e humildes, melhores condições de vida. Tudo isso, sem privar os mais afortunados dos bens e comodidades que adquiriram com o seu trabalho honesto.

A ideologia trabalhista estaria de acordo com aqueles que, sem distinção de classe, se sentissem imbuídos de um espírito de cooperação e de solidariedade, que almejassem a justiça social e a paz e que concebessem a ação política como o meio de realizar desinteressadamente e, se necessário, com sacrifícios, esses nobres e patrióticos objetivos.²⁰ O programa da USB elaborado por Pasqualini, sem dúvida alguma, lançou as bases do trabalhismo brasileiro. O referido programa foi estabelecido nesses moldes:

I- a realização do bem-estar social deve ser o objetivo da organização política e econômica. O bem estar-social tem um sentido distributivo e significa a criação de condições que estendam ao maior número os meios de satisfazer as necessidades de ordem material e espiritual, de desenvolver a própria personalidade e permitir maior participação nos bens que representam o progresso da humanidade;

II- envolvendo a questão social uma tese sobre distribuição da riqueza, a essa questão está intimamente ligada a produção da própria riqueza. Não será possível, portanto, seja qual for o regime e a organização social, elevar o padrão de vida sem a criação de maior quantidade de bens. Torna-se, por isso, necessário:

a- promover a expansão econômica do país mediante o desenvolvimento de todas as suas energias e meios de produção, tomando-se como base, para esse fim, as recomendações constantes da Carta Econômica de Teresópolis;

²⁰ SIMON, Pedro [Organizador]. Obra social e política de Alberto Pasqualini. p. 397-399. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1994.

b- recuperar o mais rapidamente possível as populações desamparadas e integrá-las no organismo econômico da nação, facultando-lhes condições de existência digna e, possibilitando, por essa forma, a ampliação e o fortalecimento do mercado consumidor interno;

III- esse objetivo somente poderá ser alcançado mediante a cooperação harmônica entre o capital e o trabalho e a instituição de um verdadeiro regime de justiça social que permita aos trabalhadores uma crescente participação na riqueza comum. Nessas condições:

a- deverão ser-lhes assegurados, de maneira pronta e efetiva, os direitos e as garantias que lhes confere a atual legislação do trabalho e mais os que tiverem sido ou forem estabelecidos em convenções internacionais;

b- o salário fundamental deverá corresponder à natureza do trabalho e às necessidades do trabalhador, adaptando-se periodicamente ao índice do custo de vida;

c- além do salário fundamental, deverá reverter ao trabalhador uma parte dos lucros sob a forma de remuneração indireta, expressa em obras e serviços sociais;

IV- a ordem econômica fundar-se-á no princípio da liberdade e da propriedade privada dos meios de produção, com as limitações impostas pelos interesses coletivos;

V- o capital não deverá ser considerado apenas como instrumento produtor de lucro, mas, principalmente, como meio de expansão econômica e bem-estar social;

VI- a posse de recursos além de certo limite impõe encargos sociais e o dever de contribuir para finalidades assistenciais. A contribuição deverá ser de tal natureza que não prejudique ou desestimele a iniciativa privada e a expansão da economia;

VII- o lucro não pode ser isolado das causas sociais que o determinam; deverá, portanto, uma parcela dos lucros, conforme se dispõe no item X, reverter em favor daqueles que contribuíram para a sua produção;

VIII- o trabalho é considerado um dever e um direito de cada um particular na vida social;

IX- a casa do trabalhador e a pequena propriedade do trabalhador rural devem estar subordinadas a dispositivos legais de proteção e abolição ou redução substancial de impostos, taxas e emolumentos a qualquer título;

X- com o objetivo de atender a necessidades sociais urgentes e imediatas, de valorizar o homem e de propiciar aos trabalhadores da cidade e do campo maior soma de bem-estar, deverá ser elaborado um amplo plano de assistência social, para o que se oferecem as seguintes condições:

1. a execução do plano será custeado com o produto de contribuições específicas, inclusive, uma contribuição sobre lucros equivalente à destinada às atuais obrigações de guerra, devendo ser arrecadada logo que cesse a subscrição destas últimas;

2. a receita das contribuições previstas, a serem instituídas pelo Poder Público, constituirá um Fundo Social que será exclusivamente aplicado em obras e serviços de assistência aos trabalhadores de todas as categorias e em assistência social em geral, sem prejuízo do que compete aos Institutos existentes, e destinando-se especialmente:

a- à construção de habitações confortáveis para trabalhadores, vilas e cidades operárias que deverão possuir escolas de instrução primária, escolas técnico-profissionais, institutos ginasiais, serviços médicos e hospitalares cooperativas de consumo, clubes, campos de desporto, casas de recreação;

b- à construção e manutenção de hospitais, sanatórios, preventórios, colônias de férias;

c- à construção e manutenção de patronatos, colégios para menores, escolas noturnas, escolas técnico-profissionais;

d- organização de serviços de assistência à infância, à velhice, proteção e amparo à maternidade, bem como o auxílio às instituições privadas que os mantenham;

e- combate à mortalidade infantil, à tuberculose e às endemias rurais;

f- organização e manutenção de serviços médicos gratuitos às populações urbanas e rurais de poucos recursos;

g- instalação de colônias agrícolas, assistência ao trabalhador rural e ao pequeno agricultor;

h- organização de institutos de crédito para os trabalhadores e pequenos produtores com o objetivo de financiar, sem juros, as respectivas cooperativas, aquisição de meios de produção e casa própria;

3. aplicação do Fundo Social será realizada, em cada Estado e no Distrito Federal, por uma instituição autônoma administrada pelos contribuintes e trabalhadores, com assistência do Estado;

4. os benefícios sociais aqui previstos deverão ser extensivos aos servidores públicos.

XI- Deverão ser reduzidas as despesas públicas improdutivas, a fim de tornar possível a concentração de maior soma de recursos em obras e serviços de assistência social;

XII- Deverão ser extintas ou transformadas as organizações públicas e reprimidas as organizações privadas que concorram para encarecer os bens essenciais.

XIII- A organização sindical deverá basear-se no princípio da liberdade, devendo ser assegurada aos sindicatos a mais ampla autonomia, quer quanto à escolha e destituição dos seus dirigentes, quer quanto à administração dos fundos sociais.

XIV- A manutenção do regime democrático e o aperfeiçoamento de suas instituições são considerados essenciais aos objetivos da felicidade social e à dignidade humana. O regime deverá, portanto assegurar:

- a- os direitos fundamentais do homem;
- b- realização dos princípios democráticos;
 - 1º- o fortalecimento e a dignificação do Poder Legislativo;
 - 2º- a autonomia municipal caracterizada, politicamente, pela eletividade dos vereadores e prefeitos;
 - 3º- o direito de voto a todos os brasileiros de ambos os sexos, maiores de 18 anos; voto secreto, representação proporcional, lei e magistratura eleitoral que assegurem a verdade do sistema representativo;

XV- O serviço oficial deverá tender à gratuidade em todos os graus; o ensino será livre, observada a orientação técnica e a fiscalização do Estado. O ensino religioso será facultativo, nos termos do art. 133 da Constituição vigente.

XVI- A União Social Brasileira bater-se-á ainda:

- a- pela educação do povo, principalmente, da juventude, nos princípios da cooperação e da solidariedade social;
- b- pela difusão da cultura, tornando-a cada vez mais acessível ao povo;
- c- pelo desenvolvimento da educação física e dos esportes;
- d- pela elevação dos debates políticos e pela observância, neste particular, de certas normas éticas fundamentais;
- e- contra o profissionalismo e o parasitismo político;
- f- contra todas as causas de corrupção social, política e administrativa;

g- contra a guerra e os interesses quer direta ou indiretamente, a possam provocar;

h- por uma política de desarmamento, de cooperação e intercâmbio com todos os povos, devendo ser estreitados cada vez mais os vínculos de solidariedade continental removidas as causas que possam gerar ambiente de desconfiança entre os povos da América;

XVII- A União Social Brasileira apoiará e prestigiará:

a- toda iniciativa, pacto ou entendimento que tenha por objetivo a realização da paz social mediante um compromisso de leal e sincera cooperação entre as classes, visando a justiça social e o engrandecimento do país;

b- todas as iniciativas públicas ou privadas que tenham por finalidade a assistência e o bem-estar social.²¹

No discurso de Pasqualini, na instalação da União Social Brasileira, pode se dizer que o trabalhismo brasileiro teve o seu nascimento.

Para Pasqualini, segundo a verdadeira função da política, nas preocupações dos homens públicos, as necessidades do povo deveriam ter sempre a primazia sobre as questões meramente políticas. Não seria através de debates de casos políticos em que muitas vezes é difícil traçar a linha divisória entre as conveniências ou sentimentos pessoais e o verdadeiro interesse público, que seria possível resolver os grandes problemas nacionais e melhorar as condições de vida do povo e libertar milhões de brasileiros da miséria e da ignorância em que vivem. A política deveria ser sempre uma espécie de pesquisa das soluções para o bem comum e não uma disputa pessoal em torno do poder. Não seriam as idéias que dividiam os homens, mas sim as paixões e os interesses. Dizia ele, com exemplar sabedoria, que os grupos que se combatem surgem sempre antes das idéias e, quando é necessário enunciar algumas nem que seja para cumprir uma formalidade legal, chegam a esta surpreendente conclusão de que há grande divergência entre os homens, mas nenhuma entre as idéias.

²¹ PASQUALINI, Alberto. Manifesto-programa da União Social Brasileira. Correio do Povo, Porto Alegre, 16 set. 1945, p. 11.

Em relação à democracia disse que, *verbis*:

...Muitos não se apercebem de que a semente democrática que agora se pretende lançar ao solo pátrio, tão mal preparado poderá trazer em si mesma os germes que a irão destruir, e que, ao invés de florescerem as liberdades, poderá rebrotar o inço dos regimes que facilmente vicejam no continente sul-americano. Se o problema não é mudar de homens, mas de regime, tenhamos, então, o cuidado e o bom senso de conduzir os acontecimentos de tal forma que, no futuro, como já se disse, os regimes inspirem os homens e os homens não destruam os regimes.²²

Segundo Pasqualini, a sociedade era um todo solidário que somente poderia se manter em um equilíbrio estável se houvesse uma adequada distribuição de forças, isto é, de riquezas. Uma equitativa distribuição de riqueza constituiria, portanto, a condição fundamental do equilíbrio social. Dentro da concepção de riqueza pasqualinista a riqueza estaria razoavelmente distribuída quando cada um tivesse à sua disposição um mínimo de recursos que lhe permitissem, com o seu trabalho, não apenas não morrer de fome ou de frio, mas usufruir, em certo grau, os benefícios criados pela civilização e pela cultura. A sociedade somente estaria organizada em bases justas quando estivesse ao alcance de todos não apenas um mínimo vital, mas também um mínimo de comodidade e de conforto, tal como poderiam ser proporcionados pelos progressos da civilização. Para Pasqualini a questão social era, materialmente considerada, uma condição de justa distribuição de riqueza ou do produto do trabalho comum. Assim a solução dos problemas sociais teria como pressuposto riquezas suficientes para distribuir, pois não se poderiam resolver os problemas sociais repartindo a miséria.

Pasqualini também fazia referências ao círculo vicioso de miséria que afetava o Brasil. Assim para que fosse liquidada a miséria seria necessário se produzir mais riquezas. Mas de nada adiantaria produzir mais riquezas, desenvolver a produção de bens, se o pauperismo do povo, a sua incapacidade aquisitiva, não lhe permitissem consumi-la. O que se-

²² A situação política nacional analisada através do discurso pronunciado por Alberto Pasqualini na instalação da USB. Correio do Povo, Porto Alegre, 23 set. 1945. p. 11.

ria necessário para romper com este círculo vicioso de miséria seria a criação de consumidores e um grande mercado interno. Isso somente seria possível pela recuperação das populações desamparadas, desajustadas, doentes, miseráveis, pela integração de marginais na vida econômica e pela elevação do poder aquisitivo das massas trabalhadoras.

No discurso de instalação da USB, Pasqualini ressaltou a necessidade do nascimento de uma nova mentalidade capitalista, *verbis*:

Felizmente, outra mentalidade está se formando, que é a dos capitalistas que já não consideram o capital como simples instrumento produtor de lucro e de acumulação de fortunas, mas como um conjunto de meios ao serviço da sociedade e de que têm a direção e a disponibilidade em benefício daquela. Dessa nova concepção do capital, decorre uma nova noção dos deveres e das responsabilidades do capitalista perante a coletividade. Esta não investe na propriedade privada dos meios de produção para seu exclusivo proveito, mas para que os use e aplique no desenvolvimento do processo econômico e para aumentar a soma do bem-estar social. Ora, isso somente será possível se à medida em que a riqueza é produzida tiver também uma justa distribuição...É essa a tese da União Social Brasileira, Não preconiza ela a socialização dos meios de produção, mas a criação de um capitalismo sadio onde o fim social se sobreponha ao egoísmo, ao interesse e ao proveito exclusivamente individual; de um capitalismo que compreenda o papel preponderante dos trabalhadores e que, em consequência, não lhes recuse a parte dos proventos que lhes cabe por justiça.²³

Nesse discurso ele enfatizou a socialização de uma parcela dos lucros das empresas privadas. Assim, de acordo com a concepção social do capital e dos proventos, ele propôs a socialização de uma parcela dos lucros, isto é, a reversão do mesmo aos trabalhadores e à coletividade sob a forma de benefícios de ordem geral. Ninguém deveria se alarmar com a expressão socialização de lucros, pois significava apenas a aplicação de parte correspondente dos mesmos em benefício dos trabalhadores e da coletividade em geral. A finalidade desse lucro socializado seria custear um amplo plano de assistência social.

²³ Idem. Ibidem.

Quanto à assistência social, seria necessário reunir os trabalhadores dos grandes centros em vilas ou cidades, para que fosse facilitada a construção de escolas, creches e hospitais. Nessas cidades operárias, os trabalhadores teriam a sua disposição todos os serviços sociais, como escolas de instrução de todos os graus, hospitais, maternidades, creches, clubes, cooperativas, estádios e casas de diversão. Essa obra assistencial seria construída com os recursos provenientes do imposto sobre a renda. Justificando a construção das cidades e vilas operárias, Pasqualini dizia que a vida não deveria ser apenas um fardo de deveres, de trabalhos e de sofrimentos. Não bastava o trabalhador possuir apenas alimento, casa e roupa. Seria necessário também que se lhe proporcionasse os meios de recrear o espírito, de educá-lo e de desenvolver a sua sociabilidade. Deveriam ser construídas cem mil casas para trabalhadores, em mutirão, por ano, com os recursos das contribuições sociais, assim o “déficit” habitacional do país estaria resolvido em dez anos.

Pasqualini também se referia à recuperação das populações rurais. Para ele a distribuição de terras, mediante compra ou desapropriação nos lugares convenientes, era necessária. Todavia, esta medida isolada não resolveria o problema. Seria necessário que aqueles que recebessem essas terras soubessem utilizá-las, que tivessem saúde, que adquirissem hábitos de trabalho, de economia e capacidade de auto-direção, ordinariamente ausentes no trabalhador nacional.

Entendia Pasqualini, como fundamental, a construção de colônias agrícolas para que, como nas cidades, se lhes possa dispensar toda a sorte de assistência; para que tivessem os colonos escolas, médicos, hospitais, assistência técnico-agrícola, assistência religiosa etc... A vida rural deveria tornar-se mais atraente e confortável. No entendimento dele somente uma pequena percentagem de marginais adultos poderia ser recuperada, mas os seus filhos poderiam ser criados e educados numa vida diferente da vida dos pais e transformados em cidadãos prestantes à coletividade.

Nesse sentido, a integração das massas rurais na vida econômica do país seria um problema fundamental a ser resolvido. Pois enquanto não se operasse a desmarginalização das massas, enquanto não se desse às mesmas expressão econômica, enquanto não adquirissem as mesmas capacidade de produção e de consumo, seria absolutamente inútil pensar

em expansão econômica, em desenvolvimento industrial, pela simples razão de que não poderia haver indústria nem economia desenvolvida onde não houvesse poder aquisitivo.

Pasqualini defendia o financiamento popular, sem juros, para a casa própria, que poderia ser obtido das contribuições sociais decorrentes da socialização dos lucros dos empreendimentos privados. Os institutos de crédito popular poderiam conceder empréstimos sem juros, debitando apenas uma taxa correspondente à despesa, então todo o trabalhador ou funcionário público poderia ter a sua casa própria. É bom salientar que o financiamento habitacional sem juros, ou com baixíssimos juros, foi utilizado ao longo da história norte-americana com amplo sucesso sendo um dos motivos de satisfação social daquele país. Nesse sistema, apenas é debitado para o mutuário um valor decorrente das despesas da operação de financiamento, o que torna possível a obtenção de casa própria e de moradia digna para, praticamente, toda a população norte-americana. Os bancos assim podem obter lucro nos empréstimos para as grandes empresas e nas demais operações financeiras que não tenham finalidade social. O financiamento, dentro desse prisma, do setor primário, do pequeno empresário e do consumidor em geral é realizado com juros baixíssimos ou até mesmo sem a cobrança de juros. Isso porque essas atividades são necessárias para a própria engrenagem do sistema capitalista.

No Brasil de hoje, como de ontem, os bancos auferem lucros exorbitantes em todas as operações realizadas, desde um simples depósito de um trabalhador na poupança, passando pelo financiamento de moradias e das lavouras até as grandes operações envolvendo fundos de aplicação. Não é feita qualquer distinção entre os financiamentos que têm cunho social e produtivo e as aplicações meramente especulativas ou que visam apenas o lucro.

Para o trabalhismo de Pasqualini, por outro lado, os partidos deveriam gerar em torno de ideais, movidos por ideias, e não em torno de pessoas ou líderes carismáticos e caudilhos populistas. Disse ele em seu discurso na instauração da USB, *verbis*:

Volto, entretanto, a insistir que não devemos polarizar a atenção em torno de um caso político que representa mero acidente na vida política nacional. A confusão entre nós reinante é mais a con-

seqüência de existir opinião pública organizada. Convém, por isso, que o interesse do povo seja despertado e atraído para o exame de questões mais fundamentais.

Um governo ou um governante, por melhores que sejam as suas intenções, nada poderá realizar sem o apoio de uma corrente de opinião esclarecida e homogênea, formada de homens inspirados nos mesmos princípios e nos mesmos ideais. Quando o vínculo partidário é apenas conveniência ou sentimento momentâneo, quando não há afinidade, à coesão e a política terá existência precária e será fatalmente voltada à desagregação.

Meus caros companheiros:

A grandeza dos nossos objetivos e a pureza dos nossos ideais devem exceder as limitações do tempo. Não nos ocupemos tanto com homens e casos políticos, mas nos preocupemos antes com as necessidades do povo, com a sorte dos humildes e dos pequeninos. Nosso único roteiro deve ser o nosso programa. Empreguemos nossas energias para ver executadas as soluções que propomos e para que haja em todos os lares brasileiros, por mais humildes, o pouco de felicidade a que toda criatura humana tem direito nesta vida.

Não nos esqueçamos de que uma agremiação partidária não deve ter apenas uma finalidade eleitoral e muito menos constituir-se para disputar uma eleição. Cumpre que o partido seja um instrumento de mobilização social, de difusão de idéias e de educação do povo. Não é apenas no número que deve residir a sua força, mas sobretudo, na grandeza dos seus ideais, na sinceridade e na eficiência de sua ação.²⁴

O caudilhismo, o populismo e as práticas político-eleitoreiras eram abominadas por Alberto Pasqualini. É bom referir que Alberto Pasqualini entendia que um partido político deveria sempre ser um órgão de educação do povo, disseminador de idéias, uma organização de condutas éticas e práticas políticas saudáveis que objetivassem sempre o bem comum e o bem estar social. A vida de Pasqualini é um exemplo de que as idéias sempre estiveram acima dos cargos e dos homens.

²⁴ Idem, *ibidem*.

CONCLUSÃO

Alberto Pasqualini foi um homem com um pensamento muito além do seu tempo. As suas noções e conceitos acerca da política, da moral, da ética, da justiça, da organização social e econômica do Brasil e do Mundo guardadas, evidentemente, certas ressalvas em razão do decurso de mais de quarenta anos de sua morte, são ainda atuais e realistas.

A sua crítica ao capitalismo e ao comunismo prevalece, e é atualíssima em nossos dias em que observamos a insuficiência de ambos os sistemas em sua forma pura para atender as exigências de uma justiça distributiva e de uma sociedade igualitária, livre e solidarista. São elucidativas as recentes e atuais palavras de Domenico de Masi no seu festejado livro, “O futuro do trabalho”, acerca da falência dos sistemas capitalista e comunista, *verbis*:

Dos dois grandes modelos que se confrontaram no século XX, o comunismo demonstrou saber distribuir a riqueza mas não saber produzi-la; o capitalismo demonstrou saber produzi-la mas não distribuí-la – nem distribuir equitativamente o trabalho, o poder e o saber.²⁵

Para Pasqualini o trabalhismo, enquanto forma de ação política, seria a via intermediária entre o capitalismo e o socialismo. O trabalhismo estaria fundado na propriedade privada dos meios de produção com a necessária e equitativa distribuição de riquezas, como fator essencial da redução e eliminação das desigualdades sociais.

A sua vida e obra também foram marcadas por sua constante preocupação com o ser humano e a prevalência do “ser” em relação ao “ter”. A dignidade, a moralidade, e a ética do homem público, como dever de conduta imperioso, também estiveram sempre presentes em seus ideários. A liberdade de expressão e de pensamento, sempre foram marcas constantes de suas ideias que apenas se projetavam dentro de uma sociedade ideal e necessariamente democrática.

A educação do povo, o acesso à cultura e o Estado Soberano e presente nos setores estratégicos da atividade econômica são marcas do

²⁵ MASI, Domenico de. O futuro do trabalho: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial. Tradução de Yadyr A Figueiredo. p. 15. Rio de Janeiro: José Olympio; Brasília, DF: Ed. da UnB, 1999.

pensamento de Pasqualini. A busca pela paz e o repúdio ao imperialismo econômico e militarista são constantes também em sua obra.

Todavia, talvez, o aspecto mais importante do pensamento pasqualinista tenha sido a preocupação com o trabalho e sua garantia como condição de desenvolvimento social e realização do ser humano.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho*. São Paulo: Bomtempo Editorial, 1999.

CHOMSKY, Noam. *Novas e velhas ordens mundiais*; tradução: Paulo Roberto Coutinho. São Paulo: Scritta, 1996.

GALBRAITH, John Kenneth. *A sociedade justa: uma perspectiva humana*; tradução de Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Campus, 1996.

MASI, Domenico de. *O futuro do trabalho: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial*. Tradução de Yadyr A Figueiredo. Rio de Janeiro: José Olympio; Brasília, DF: Ed. da UnB, 1999.

MÉSZÁROS, István. *Beyond Capital* [Towards a Theory of Transition]. Merlin Press: Londres.

PASQUALINI, Alberto. *A organização social do mundo* [Discurso pronunciado como paraninfo dos bacharéis de economia e finanças]. Correio do Povo, Porto Alegre, 29, dez. 1944. p.4].

História antiga e história moderna. Correio do Povo, Porto Alegre, 21 jan. 1945, p. 4.

Manifesto-programa da União Social Brasileira. Correio do Povo, Porto Alegre, 16 set. 1945, p. 11.

A situação política nacional analisada através do discurso pronunciado por Alberto Pasqualini na instalação da USB. Correio do Povo, Porto Alegre, 23 set. 1945. p. 11.

RIBEIRO, Darcy. *O Brasil como problema*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1995.

SIMON, Pedro [Organizador]. *Alberto Pasqualini: Obra Social e Política*. vols I-IV. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1994.

OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E OS LIMITES DE DEDUÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA

Gerson Godinho da Costa

Juiz Federal, Mestre em Direito Público, Professor da Esmafe.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Por uma nova metodologia jurídica. 2.1 A Interpretação como pressuposto. 2.2 O problema das omissões legislativas. 2.3 A questão das antinomias. 2.4 A flagrante injustiça das determinações normativas. 2.5 A ciência jurídica contemporânea. 3 Princípio da proporcionalidade. 4 Princípio da capacidade contributiva. 5 Violação aos princípios da proporcionalidade e da capacidade contributiva: análise tópica dos limites de dedução do imposto de renda.

1 INTRODUÇÃO

Todos os anos, no período correspondente ao segundo bimestre, os brasileiros preparam declaração, submetendo à análise da União Federal – por intermédio do órgão competente, a Receita Federal – o controle de seus ingressos e saídas de renda durante o período fiscal anterior.

Quanto ao imposto de renda o fato gerador é a receita percebida pelo sujeito passivo. Porém, dependendo da natureza do dispêndio decorrente da quantia obtida, o mesmo poderá ser deduzido do valor a ser integralizado ou ainda implicar a restituição do que fora eventualmente descontado ou previamente pago, depois de homologada a declaração.

Quase todos os fatos e circunstâncias das hipóteses de incidência são previstos, pouco escapando à atuação ordinariamente cuidadosa do órgão incumbido da arrecadação. Para tanto, dispõe de gigantesco manancial de regras cuidando da matéria, inclusive, como não poderia

ser diferente, frente à permanente vigília quanto ao pressuposto da legalidade¹, das hipóteses e limites de dedução. Além de leis congressuais, há um infindável número de regulamentos, portarias, resoluções, etc. procurando orientar não somente o contribuinte, mas também o próprio agente fiscal, todas supostamente com amparo constitucional².

Nesse cenário, especificamente no que tange às deduções, seja no aspecto qualitativo (a natureza finalística ou jurídica dos gastos que podem ser deduzidos) ou no quantitativo (os limites financeiros de dedução) sempre caberá indagar como se comportam as disposições normativas legais ou regulamentares em pertinência a dois importantes princípios constitucionais, o da proporcionalidade e o da capacidade contributiva.

Eis, portanto, os estreitos objetivos deste ensaio. Considerar as diretrizes gerais traçadas pelos aludidos preceitos constitucionais e, em momento posterior, verificar o seu alcance com relação aos atos que porventura tratem de disciplinar os limites de dedução. Conforme se apreende da assertiva anterior, desinteressará a auscultação concreta dos

¹ O vocábulo *legalidade* aqui é compreendido em seu sentido mais amplo, abrangendo não apenas os atos típicos decorrentes da atuação do Poder Legislativo, como quaisquer outros expedidos pelo Executivo, ou mesmo pelo Judiciário, no âmbito do respectivo poder administrativo regulamentar. Talvez a expressão mais precisa – todavia condutora de possíveis equívocos interpretativos – fosse *taxatividade*.

² A força normativa da Constituição Federal obviamente alcança os atos regulamentares das leis proferidas pelo Poder Legislativo, ainda que tenham por objeto especificar o conteúdo e alcance daquelas. Acaso extravase os parâmetros legais, atribui-se ao ato regulamentar a condição de *illegal* (cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 12.^a ed. rev., ampliada e atual., São Paulo: Malheiros, 2000, pg. 71 e ss). Sem embargo, por questões múltiplas, como a mera ausência de técnica redacional, determinado ato regulamentar pode interferir na eficácia de comando constitucional. Ainda assim será *illegal* porquanto se pressupõe, do ato legislativo que o antecede, interpretação conforme a Constituição. Esse fenômeno, no entanto, não deve desconsiderar que, indireta ou reflexamente, são os mandamentos constitucionais que deixam de ser efetivados. Isso sem descurar das hipóteses em que há afronta direta, situação em que os atos regulamentares são reconhecidos como *inconstitucionais* (ADI 2907/AM, Pleno do STF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, D.J.U. 29/08/2008 - ADI 2885/SE, Pleno do STF, Rel.^a Min.^a ELLEN GRACIE, D.J.U. 23/02/2007 - ADI 3401/SP, Pleno do STF, Rel. Min. GILMAR MENDES, D.J.U. 23/02/2007).

atos normativos em vigência. Outrossim, se há a pretensão de aprofundar, até o quanto isso seja possível, a discussão proposta, de outro lado, sob o ângulo horizontal, a abordagem estará restrita aos parâmetros quantitativos de desconto.

Inicialmente será preciso refletir sobre a aptidão da metodologia correntemente empregada para fins de exigência da exação tributária, a qual não raro, longe de tornar a relação paritária, redundando na fixação de elementos por vezes arbitrários, mormente desconsiderando essenciais singularidades do caso concreto, mediante emprego de soluções generalizantes que transgridam princípios constitucionais.

A seguir, será apregoada a normatividade dos princípios, em especial o da proporcionalidade, porquanto implícito em relação ao dogma positivista. A enormidade de linhas escritas sobre o tema não dispensa as presentes considerações, especialmente no universo tributário, onde a proliferação de atos disciplinares por vezes pode descurar dos ditames constitucionais, não raro reputando a Constituição mera descrição de propósitos.

Depois de estabelecidas essas premissas, indispensáveis às conclusões *hic et nunc* propostas, será apresentado caso hipotético, não fruto de elucubrações do que seja possível, mas de improvável ocorrência, porém extraído do que, corriqueiramente se observa, para ao final redimensionar a relevância prática dos princípios antes mencionados.

2 POR UMA NOVA METODOLOGIA JURÍDICA

Sobre o plano metodológico de atuação do direito, não remanescem dúvidas acerca da inaptidão funcional do modelo positivista. A desconstrução desse arquétipo, teoricamente atrativo no plano da segurança jurídica, porém, apresenta como contrapartida a necessidade de erigir mecanismos aptos a furta-se de qualquer espécie de arbitrariedade. Não que essas não existissem na configuração jurídica ora criticada. É que se o objetivo traçado realiza-se pela edificação de modelo mais adequado à regulação das relações sociais, decerto que as imperfeições do sistema anterior devem servir de aprendizado para que se evite incorrer nos mesmos equívocos, e não se prestarem de salvo-conduto para reiteração de idênticos desequilíbrios.

Pelas proposições positivistas o exercício do poder legislativo constituir-se-ia na fonte primordial, senão única, de elaboração do direito. Ingressava-se na ficção de que o ato típico emanado do legislativo – a *lei*³ – originava-se do exercício popular do poder por intermédio de representantes diretamente eleitos. Caberia aos particulares e aos demais órgãos ou poderes de atuação do estado tão-somente sujeitar-se aos atos editados pelo legislativo, em razão do atributo próprio de vinculação coercitiva.

Nessa perspectiva, caberia ao aplicador tão-somente repercutir os ditames da regra, qualificando-se não mais do que como mero eco da vontade legiferante. Em apertada síntese, o aplicador estaria cingido à acomodação do método silogístico, em garantia da insofismável incidência da regra, ausente esta de qualquer valoração posterior a sua elaboração.

Contudo, há quatro aspectos que merecem destaque, todos contribuindo para dispersar o suposto atributo científico do positivismo, e, conseqüentemente, das suas conjeturadas características de certeza, completude e coerência.

2.1 A interpretação como pressuposto.

A norma jurídica é, enquanto manifestação de intenções humanas, ato essencialmente comunicativo, mesmo antes de caracterizar-se como vinculativa. Por seu intermédio transmite-se aos indivíduos que determinada situação fática será regida pela solução que traz consigo⁴. Não deve passar despercebido, no entanto, que a regra editada, ainda que revestida de força coercitiva, pelo manifesto de intenções que contém, é, por isso mesmo, passível de interpretações. Este substantivo é empregado propositalmente no plural para já indicar a possibilidade de respostas diversifica-

³ A expressão é aqui empregada para significar todo e qualquer ato originado de poder legislativo, que tenha as características da generalidade, impessoalidade e abstração.

⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 2. ed. Bauru: Edipro, 2003, ps. 72/73.

das ainda que extraídas de um exclusivo comando normativo. Assim, embora único o significante, múltiplos podem ser os significados.

Apenas a título exemplificativo basta referir que não são incomuns os vocábulos que encontram distintas definições no léxico, a evidenciar empiricamente a dificuldade apresentada pela tarefa do intérprete em estabelecer sentidos unívocos acerca de determinados significantes. Acrescente-se, ademais, que tais significados estão em constante mutação, seja pela inferência de elementos de caráter cultural, seja pela evolução das conjunturas históricas que lhes albergam⁵.

⁵ A propósito, as distintas interpretações extraídas do termo *racismo*, contido no inciso XLII do art. 5.º da Constituição Federal. Seus significados foram objeto de intenso e profícuo debate no julgamento do Hábeas Corpus n. 8.424-4/RS pelo Supremo Tribunal Federal. Tratou-se, em síntese, da extensão do referido vocábulo nos termos da redação constitucional seguinte: “*a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei*”. O paciente fora condenado por força da publicação de livros contendo propaganda anti-semita e revisionista. Por intermédio da ação constitucional, o impetrante não impugnou, todavia, o mérito da condenação, limitando-se a invocar o reconhecimento da prescrição do fato delituoso. Basicamente a controvérsia hermenêutica pautou-se entre os argumentos aviados pelos Ministros Moreira Alves e Maurício Côrrea para afirmar se a norma abrangia ou não a prática de atos atentatórios aos judeus. O primeiro sustentou que o termo convergia para alcançar a proteção apenas da etnia negra, inclusive transcreveu manifestações de constituintes que exaravam idêntica ponderação. Escorado em estudos científicos a respeito dos judeus, os quais consignavam não se qualificarem como raça, não lhe seria aplicável o termo *racismo* contido na norma constitucional, concluindo, pois, pelo deferimento da ordem. O Ministro Maurício Cardoso fez clara opção por interpretação teleológica e sistemática do dispositivo, em detrimento de seu sentido puramente semântico. Apresentou investigações biológicas assentando que os homens possuem composições fisiológicas quase que indistintas, não podendo ser previamente classificados em raças. Aduziu que o próprio preconceito anti-semita intitula os judeus como sub-raça, adjetivando-se como ato atentatório à dignidade humana e ao princípio da igualdade, segundo outros dispositivos constitucionais e tratados internacionais. Liderou a tese vencedora que redundou no não provimento do Hábeas. Fica explícito, por esta sinopse, que ao termo *racismo* foram destinadas diferentes conotações, traduzidas em efeitos jurídicos completamente distintos. Nenhuma delas pode ser referida como errônea, evidenciando que os processos interpretativos não resultam em resposta única. Ademais é importante ressaltar que a discussão centrou-se em expressa disposição constitucional, o que revela que mesmo o método subsuntivo encontra-se suscetível a interpretações distintas.

É preciso expurgar o falacioso axioma de que a regra clara não carece de interpretação, no qual está contida inversão lógica de raciocínio, afinal, para adjetivarmos a clareza da regra, necessariamente é preciso antes interpretá-la. Nesse propósito, a categórica afirmação de Carlos Maximiliano, ao afirmar não ser incomum que “os brocardos já se acham destituídos de valor científico (exemplo – *in claris cessat interpretatio*), ou, pelo menos, são falsos e inexatos na sua generalidade forçada, em desacordo com a origem”⁶.

Atualmente a pretensão de certeza esbarra na constatação acerca da sua inviabilidade intrínseca. Realidade essa que não depõe em desfavor do sistema que se pretende em construção. Pelo contrário, utilizados corretamente determinados filtros jurídicos, a possibilidade de interpretações distintas autoriza ao ordenamento ajustar-se com maior facilidade às demandas sociais, constantemente acometidas pelas transformações inerentes à marcha histórica, sem necessidade de eventual e incerta atuação legislativa. Neste ponto impende gizar que o próprio legislador rendeu-se a essa situação, passando a utilizar, nada timidamente, instrumentos que melhor permitam a harmonização da ordem jurídica com a realidade social, como a edição de regras carregadas de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados⁷.

2.2 O problema das omissões legislativas.

A questão das lacunas encontra-se diretamente relacionada à noção de completude, entendida como “a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso”⁸. Esse atributo é essencial ao modelo positivista, uma exigência ou necessidade para o adequado funcionamento do sistema⁹. O aplicador, portanto, não

⁶ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 196.

⁷ Estudo percuciente das cláusulas gerais, inclusive com sua precisa distinção dos conceitos jurídicos indeterminados, é apresentado na obra de Judith Martins-Costa (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1.^a ed., 2.^a tir. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000, p. 273 et seq.).

⁸ BOBBIO, op. cit., p. 115.

⁹ *Ibid.*, p. 117.

pode manifestar-se oficialmente senão quando amparado por alguma disposição legal. Ausente esta, é imprescindível a intervenção do legislador, sob pena de a solução proposta não passar de mero criacionismo despido da qualidade do jurídico.

O escopo da norma é regulamentar as relações sociais, as quais apresentam grande dinamismo. As circunstâncias que decorrem dessas transformações são inumeráveis *a priori*. Destarte, é impossível ao legislador antever todas as hipóteses que devem se submeter a regramento jurídico (inovação) ou sequer as evoluções axiológicas que desempenharão papel fundamental na regulação social (transformação).

No que tange ao processo de inovação é suficiente recordar que a informática atualmente desempenha função assaz relevante nos mais diversos planos da atividade humana. Se o surgimento do computador pode ser datado nos anos cinquenta do século passado, a disseminação do seu uso somente se fortaleceu décadas mais tarde. Plenamente admissível que o legislador do período anterior não estabelecesse regulamentações a respeito. E mesmo à legislatura concomitante à difusão da informática seria necessário preparo para reger o assunto, conhecimento este não adquirido sem dificuldade.

Ao processo de transformação pode ser associada a evolução do modelo capitalista, o qual irreversivelmente impregna o sistema jurídico. Os movimentos históricos decorrentes da revolução industrial marcaram acentuadamente as relações sociais¹⁰, e, consequentemente, o direito, em decorrência da expansão das áreas urbanas e diminuição da população rural, pelo avanço tecnológico com a criação das primeiras máquinas de substituição de força humana por outras energias, como também pelas novas concepções políticas resultantes do surgimento de classes concentradoras dos poderes político e econômico¹¹.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10.ed. Tradução por Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, p. 123.

¹¹ HOBBSAWM, Eric J. *A Era das Revoluções: Europa 1789-1848*. 18.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004, p. 49 et. seq.

Outro significativo exemplo são as profundas alterações no âmbito do direito de família, quando o Código Civil revogado distinguia filhos legítimos e ilegítimos, concepção rejeitada mesmo antes da edição do Código atual pela ótica da Constituição Federal.

Curiosamente, o positivismo reconhecia essa intrínseca inabilitação do sistema para tratar expressamente de todas as relações sociais. Por isso sugeriu o reconhecimento de técnicas como a analogia e os princípios gerais do direito (autointegração) ou a busca de solução em outros ordenamentos (heterointegração), as quais, além de evidenciarem a ausência de completude do ordenamento, não apresentam o caráter de precisão apregoado pelo positivismo. Paradoxalmente Bobbio define analogia como “o procedimento pelo qual se atribui a um caso não-regulamentado a mesma disciplina que a um caso regulamentado *semelhante*”¹². É fulgente, acaso não impostas reservas, o discricionarismo do aplicador ao estabelecer o que é semelhante.

2.3 A questão das antinomias.

Pode ocorrer fenômeno inverso ao propiciado pelas lacunas. Por força de incoerência legislativa, sobre um mesmo fato é possível a incidência, em tese, de mais de uma norma jurídica. Assim, pode ocorrer antinomia “quando a uma mesma hipótese são ligadas duas (ou mais) consequências jurídicas incompatíveis entre si”¹³.

A antinomia está relacionada à noção de coerência do ordenamento¹⁴. Portanto, deve ser empregado algum meio para exclusão de uma norma em conflito com outra para regulação do caso concreto. Alguns critérios são apresentados para solução das antinomias, notadamente o cronológico, o hierárquico e o da especialidade¹⁵. O primeiro recomenda a aplicação da norma posterior em detrimento da anterior, o segundo,

¹² Id., *ibid.*, p. 151.

¹³ GUASTINI, Riccardo. *Das Fontes às Normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 227.

¹⁴ BOBBIO, 1999, p. 81.

¹⁵ Idem, p. 92.

a da norma hierarquicamente superior e o último, a prevalência da regra especial sobre a que estabelece diretrizes gerais.

Embora hábeis à solução de algumas antinomias, tais critérios, revelam-se insuficientes em duas situações. Primeiro, quando as regras antinômicas são contemporâneas, do mesmo nível hierárquico, e ambas gerais¹⁶, situação que pode ser exemplificada pela edição de um mesmo diploma legislativo contendo regras opostas.

O outro problema está relacionado à existência de antinomia entre os próprios critérios, o que pode ser denominado de antinomias de segundo grau¹⁷. Bobbio apresenta respostas satisfatórias para o conflito entre os critérios cronológico e hierárquico, quando este prevalece sobre aquele, visto que “tem por efeito fazer eliminar a norma inferior, mesmo que posterior”¹⁸, e entre o da especialidade e o cronológico, quando se resolve em favor daquele, porquanto “a lei geral sucessiva não tira do caminho a lei especial precedente”¹⁹. Contudo admite dificuldades para solucionar o conflito havido entre os critérios hierárquico e da especialidade, restando ao impasse ser solvida pelo intérprete.

A existência de incoerências no ordenamento acena com a possibilidade de respostas diversas. Nessas hipóteses, incumbirá ao aplicador apresentar aquela que entenda a mais apropriada para solver o caso concreto. Nada mais contrário aos postulados do modelo positivista.

2.4 A flagrante injustiça das determinações normativas.

É identificável outro problema ínsito ao modelo em análise, a manifesta injustiça da solução legal, que recomende a adoção de resposta contrária ao estatuto que a veicula. É autorizado cogitar de manifesta injustiça de determinada lei. Conforme assevera Perelman, “seja qual for a técnica de raciocínio utilizada em direito, este não pode desinteressar-se da reação das consciências diante da iniquidade do resultado ao

¹⁶ Idem, p. 97.

¹⁷ Idem, p. 107.

¹⁸ Idem, loc. cit.

¹⁹ Idem, p. 108.

qual tal raciocínio conduziria. Pelo contrário, o esforço dos juristas, em todos os níveis e em toda a história do direito, procurou conciliar as técnicas do raciocínio jurídico com a justiça ou, ao menos, a aceitabilidade social da decisão. Esta preocupação basta para salientar a insuficiência, no direito, de um raciocínio puramente formal que se contentaria em controlar a correção das inferências, sem fazer um juízo sobre o valor da conclusão”²⁰.

São notórias as dificuldades para emprego do adjetivo racional. Por outro lado, afigura-se menos árduo qualificar determinados atos de irracionais. É presumível que haja consenso entre pessoas esclarecidas – assim reputadas aquelas guiadas por um mínimo de sensatez – em atribuir a propriedade de desarrazoadas às leis segregacionistas de Nuremberg. A incidência *ipsis literis* das leis raciais do III Reich pode estar perfeitamente subsumida, mas a injustiça flagrante que transmite denota a falibilidade da premissa formal²¹.

²⁰ PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 13.

²¹ Exemplos indiscutíveis dessa circunstância são exatamente as leis de Nuremberg, que baniram os judeus da vida nacional. Em verdade a crítica não recai sobre o positivismo como causador dessas atrocidades. Os “nazistas não tinham o menor respeito sequer pelas suas próprias leis”, que eram pontualmente afastadas para o domínio irrestrito do regime (ARENDETT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 444). François Rigaux concorda com essa perspectiva ao asseverar que o direito no III Reich caracterizava-se mais pela identificação da vontade do povo com a do líder carismático, o Führer, restando os magistrados vinculados a regulamentos emitidos por simples autoridades administrativas, por vezes sem prévia e regular publicação (RIGAUX, François. *A Lei dos Juizes*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 114). O autor articula exemplo assaz esclarecedor dessa realidade: “Uma ordem de polícia que retira dos judeus a licença requerida para dirigir um caminho impõe-se ao juiz, mesmo que não tenha sido regularmente publicada, tendo somente sido objeto de uma informação dada por meio da rádio e da imprensa cotidiana” (idem, loc. cit.). O positivismo não possui a extensão que lhe é atribuída como responsável direto pelas anomalias do estado nacional-socialista. Sem embargo, se não possui essa dimensão, o regime nazista permitiu deduzir ao que poderia conduzir o positivismo levado às últimas conseqüências. Se as leis possuíam certa elasticidade na sua aplicação prática para assegurar a execução do regime, à opinião pública interna e externa foi transmitida a imagem de que as práticas jurídicas obedeciam aos formalismos pertinentes. Tanto assim que as alegações apresentadas pelos altos

Em razão dessas circunstâncias, não é defeso afirmar que o método lógico de subsunção normativa é falível para resolução da totalidade dos problemas jurídicos. A fórmula silogística de aplicação das normas não é impreterível. O entendimento acerca da automática conclusão extraída da subordinação da premissa menor (circunstância fática) à premissa maior (norma jurídica) não se apresenta cientificamente exato, porquanto são diversas as possibilidades ensejadas quando da interpretação do texto normativo²².

2.5 A ciência jurídica contemporânea.

A inviabilidade científica do suposto mimetismo havido entre o fato e a norma não importa cancelar quaisquer juízos subjetivos, mesmo com base em aplicações caricaturais das regras expressas. A postura indutivista precisa ser complementada por instrumentos adequados de interpretação normativa²³. Isso não significa, entretanto, que a ordem jurídica compõe-se de elementos relativizáveis e compatíveis com qualquer tipo de subjetivismo e arbítrio operacional.

Como a visão externa do positivismo jurídico permite desvendar suas perplexidades funcionais, é imprescindível a superação do que An-

funcionários do regime versavam sobre o dever de atuar em conformidade às leis de então, o que acabou sendo rechaçado pelo Tribunal de Nuremberg (idem, p. 147). O aprendizado proporcionado pelo modelo nazista foi apreendido por Perelman, impondo-se a dicotomia direito e lei: “Os fatos que sucederam na Alemanha, depois de 1933, demonstraram que é impossível identificar o direito com a lei, pois há princípios que, mesmo não sendo objeto de uma legislação expressa, impõem-se a todos aqueles para quem o direito é a expressão não só da vontade do legislador, mas dos valores que este tem por missão promover, dentro os quais figura em primeiro lugar a justiça” (PERELMAN, p. 95).

²² As restrições a respeito da aptidão científica do método silogístico não se restringem apenas à concatenação da premissa menor com a maior. Já a elaboração daquela impõe severas dificuldades e incertezas. Karl Engish em elaborada síntese sentença que “a verificação dos factos integrada na premissa menor como um resultado parcial é já o produto de actos cognitivos e deduções complexas” (ENGISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Sistemático*. 7.^a ed. Lisboa: Calouste Gubenkian, 1996, p. 91).

²³ FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 33.

tonio Rodrigues Freitas chama de expectativa da “racionalidade formal, autoreferida insular do discurso normativista”²⁴. Para superação dessa deformidade técnica, o objetivo passa a ser, no processo de aplicação propriamente dito, “decompor a atmosfera retórica pela qual foi possível legitimar uma engenharia institucional a um só tempo liberal, no plano político e conservadora no terreno social”²⁵.

O direito encontra-se, pois, além das categorias jurídicas estampadas nos diplomas normativos. Conforme Gustavo Zagrebelsky, “lo que es verdaderamente fundamental, por el mero hecho de serlo, nunca puede ser puesto, sino que debe ser siempre presupuesto. Por ello, los grandes problemas jurídico jamás se hallan en las constituciones, en los códigos, en las leyes, en las decisiones de los jueces o en otras manifestaciones parecidas del “derecho positivo” con las que los juristas trabajan, ni nunca han encontrado allí solución. Los juristas saben bien que la raíz de sus certezas y creencias comunes, como la de sus dudas y polémicas, está en otro sitio”²⁶.

A hermenêutica passa a exercer papel fundamental e preponderante na concepção do direito. Essa função, todavia, não se limita a suprir as imperfeições do modelo positivista, mas é contemplada como elemento impreterível na engrenagem de construção e aplicação do direito. Com efeito, assevera Eduardo Bittar que “toda vez que me aproximo de um objeto, não o conheço, simplesmente, mas já o interpreto”²⁷, questão que termina por atingir o postulado próprio do positivismo, a suposta “neutralidade do método”²⁸. Não há como compreender o direito e todas as implicações de sua aplicação sem reconhecer a importância dessa grave constatação.

²⁴ FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues de. Os direitos sociais como condição da democracia (ou, sobre os riscos de uma nova Assembléia de Revisão Constitucional). *Revista de Direito e Política*. São Paulo, a. 3, v. 11, out./dez. 2006, p. 13.

²⁵ Idem, p. 14.

²⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*. 5.ed. Madrid: Trotta, 2003, p. 9.

²⁷ BITTAR, Eduardo C. B. Hans-Georg Gadamer: a experiência hermenêutica e a experiência jurídica. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Orgs.). *Hermenêutica Plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 183.

²⁸ Idem, p. 185.

Relata Lenio Luiz Streck que com “o giro hermenêutico proposto Gadamer, a hermenêutica jurídica deverá ser compreendida não mais como um conjunto de métodos ou critérios aptos ao descobrimento da verdade e das certezas jurídicas. Não sendo a hermenêutica método, e sim, filosofia, *o processo interpretativo não dependerá da linguagem entendida como terceira coisa que se coloca entre um sujeito e um objeto*. Linguagem não é ferramenta. Antes disto, a linguagem é que é condição de possibilidade e constituidora do mundo. A linguagem é experiência do mundo. Inserido nesse mundo, isto é, na linguicidade desse mundo, o intérprete falará a partir da tradição, de uma situação hermenêutica. É impossível o intérprete situar-se fora da tradição. O mundo dizível é o mundo linguisticizado. Daí a noção de compreensão enquanto condição de possibilidade da interpretação. *No compreendido está o compreendedor*. Cada interpretação é uma nova interpretação. Cada texto jurídico gera novos sentidos. Por isto é impossível reproduzir sentidos; sempre atribuímos (novos) sentidos”²⁹

Nessa linha de raciocínio, obviamente que a hermenêutica desempenha proeminente função no cenário de atuação das ciências jurídicas. Não se entenda, porém, que a hermenêutica atua sobre a norma, com o escopo de aclarar-lhe ou declarar-lhe o sentido. Sua tarefa da hermenêutica é justamente *constituir* o direito.

Ainda que partindo de pressuposto positivista, assevera Riccardo Guastini, que a “disposição é um enunciado que constitui o objeto da interpretação. A norma é um enunciado que constitui o produto, o resultado da interpretação. Nesse sentido, as normas são – por definição – variáveis dependentes da interpretação”³⁰.

A investigação de Humberto Ávila conduz a resultado similar, ao ponderar que as normas “não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos nor-

²⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 216.

³⁰ GUASTINI, p. 28.

mativos”³¹. Em consequência “os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado”³².

O resultado dessa percepção já demonstra que a norma, enquanto construção erigida para solução do caso concreto não se identifica com os textos ou dispositivos legais. Nessa linha, inclusive, é possível haver norma, sem que haja dispositivo. Prossegue Ávila afirmando que “não há correspondência biunívoca entre dispositivo e norma – isto é, onde houver um, não terá obrigatoriamente de haver o outro”³³.

Não havendo plena identificação, a interpretação jurídica não se resume à mera descrição ou esclarecimento, mas constitui a norma para solução do caso concreto. Com efeito, “a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que *constitui* a significação e os sentidos de um texto”³⁴.

A hermenêutica jurídica enquanto pressuposto do direito, realiza-o. Porém, não é possível apontar com precisão qual o resultado da interpretação necessária à resolução do caso concreto. Não apenas varia o intérprete como também as condições e circunstâncias³⁵. Dessa realidade resulta a necessidade de considerar ferramentas jurídicas que possam atuar em auxílio do intérprete e, especialmente, em defesa das expectativas daquele que será alcançado pela norma. Ferramentas essas despidas da característica da imutabilidade, que possam se adaptar às circunstâncias sociais e que sejam flexíveis a ponto de dispor acerca da situação fática atendendo às suas particularidades, mas que, simultaneamente, proporcionem um mínimo de previsibilidade. Tarefas estas que podem ser razoavelmente desenvolvidas pelos princípios jurídicos.

³¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 22.

³² Idem, loc. cit.

³³ Idem, p. 23.

³⁴ Idem, loc. cit.

³⁵ RODRIGUEZ, José Rodrigo. Controlar a profusão de sentidos: a hermenêutica jurídica como negação do subjetivo. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Orgs.). *Hermenêutica Plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 297.

Os princípios, por apresentarem conteúdo genérico, admitem maior variabilidade de interpretação. Essa natureza permite mais facilmente a composição, mediante balanceamento, entre princípios em tese conflitantes, sem que qualquer deles deixe de existir³⁶, engenharia metodológica impensável para o modelo positivista.

Essa variabilidade interpretativa ínsita aos princípios permite ainda a solução de supostas lacunas havidas no sistema, o que desde já autoriza afirmar que, em virtude da atuação dos princípios, cujo alcance e abrangência não pode ser a priori mensurado, o sistema jamais apresentará vácuos normativos.

Desse modo, no âmbito do sistema, as normas não se restringem ao direito posto, mas se estabelecem como gênero dos quais são espécies as regras e os princípios. Expõe Robert Alexy: “Es punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las *reglas* son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio”³⁷.

³⁶ Ao contrário da proposta de definição *all-or-nothing* de Ronald Dworkin: “Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras” (DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 43).

³⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 87.

Outro critério determinante de distinção é que, ao contrário das regras, os princípios podem não estar manifestamente positivados³⁸. Reside aí critério auxiliar de diferenciação entre as espécies normativas. Incumbirá ao intérprete descobrir no âmbito do ordenamento onde se encontram e quais são esses princípios implícitos.

E aqui se ingressa em terreno arenoso. A natural indisposição dos princípios em ter seu alcance plenamente concretizado e, o que se afigura mais inquietante, a missão de o intérprete descobri-los no interior do ordenamento, posto que implícitos, são situações que podem, não ponderadas adequadamente, consentir com soluções discricionárias, seja, respectivamente, por atribuírem abrangência que o princípio não detém seja por produzirem princípio que não encontra arrimo no sistema. É preciso contextualizar a tarefa do intérprete, pois do contrário, não opondo balizas ao resultado da interpretação, secundado estaria por ampla discricionariedade.³⁹ Sua atribuição está longe de, sob o pálio da interpretação, autorizar que adicione discricionariamente ao receituário do ordenamento jurídico, pitadas de subjetivismo a algum outro suposto princípio qualquer.

Para Juarez Freitas “como objeto de cognição e compreensão, o sistema jurídico mostra-se dialeticamente unitário, aperfeiçoando-se no intérprete”⁴⁰. Ao hermeneuta compete desempenhar a função de “intérprete-positivador – que, na multiplicidade cambiante e enigmática da vida, outorga, por assim dizer, unidade ao ordenamento, epistemológica e ontologicamente considerado”⁴¹. A interpretação não deve pressupor a noção de normas estanques e incomunicáveis, obtidas no interior de ordenamento fechado. A idéia de sistema aberto é por si só cambiante, o que, de qualquer sorte, não chancela qualquer arbitrariedade por parte do intérprete.

³⁸ FREITAS, ob. cit., p. 57.

³⁹ O raciocínio desenvolvido neste ensaio pelo menos percorreu metade do caminho, já que embora manuseie princípio implícito, em verdade não deixa de ser preceito consagrado pela jurisprudência.

⁴⁰ FREITAS, p. 32.

⁴¹ Idem, loc. cit.

O constante influxo dos princípios e das regras, em permanente intercâmbio, determina a construção ininterrupta de balizamentos, apontados pela ciência, pela jurisprudência e, também, pelas regras legislativas, todos funcionando como padrões, diretrizes ou parâmetros para a interpretação futura. A respeito, pontua Ávila: “Daí se dizer que *interpretar é construir a partir de algo*, por isso significa *reconstruir*: a uma porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados *núcleos de sentidos*, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual”⁴². E a seguir arremata que a “conclusão trivial é a de que o Poder Judiciário e a Ciência do Direito constroem significados, mas enfrentam limites cuja desconsideração cria um descompasso entre a previsão constitucional e o direito constitucional concretizado”⁴³.

É evidente a existência de limites que balizam a atuação do aplicador, sem embargo da possibilidade da convergência de outras soluções paulatinamente desenvolvidas e aprimoradas pela argumentação jurídica, as quais determinam a constante renovação e recriação do direito com o fim de proporcionar novos paradigmas mais aptos à regulação da realidade social.

É quando surge o processo de discussão dialética que atua não apenas para a constante formulação do sistema, mas também, simetricamente para sua reelaboração e progressividade. O resultado da interpretação, traduzido por argumentações jurídicas razoáveis, será intermitentemente submetido a discussões públicas, as quais poderão consolidá-lo, provocar seu aprimoramento ou estimular a construção de outro que lhe seja adverso.

3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O atual estágio científico preconiza a normatividade dos princípios, ainda que não positivados, consideração que tem sido admitida pelo

⁴² ÁVILA, p. 25.

⁴³ Idem, loc. cit.

Supremo Tribunal Federal – ao qual, dentre outras competências, a Constituição Federal incumbe sua guarda⁴⁴.

O instrumental, pois, que o aplicador utiliza para solução dos casos concretos não se resume aos diplomas legais positivados, estritamente considerados, porém também dispõe dos princípios expressos ou decorrentes do sistema jurídico. E no âmbito desses, o da proporcionalidade, indubitavelmente, têm recebido especial acolhida. Juntamente ao princípio da razoabilidade – os quais, por vezes, são confundidos⁴⁵ – vem obtendo larga aceitação na jurisprudência pátria⁴⁶, em especial por nossa Corte Suprema⁴⁷.

⁴⁴ A Corte invocou o *princípio da razoabilidade* para impugnar a *aprovação de norma municipal que estabelecia a composição de câmara de vereadores sem a observância da relação cogente de proporção com a respectiva população, o que, em seu entendimento, configurava excesso do poder de legislar, sem eco no sistema constitucional* (STF. Tribunal Pleno. RE 266.994/SPP. Rel. Min. Maurício Corrêa. DJU de 21.05.04, pp. 034). Noutro julgado, assentou que *o Poder Público, especialmente em sede de tributação, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade* (STF. Tribunal Pleno. ADC 8MC/DF. Rel. Min. Celso de Mello. DJU de 04.04.03, pp. 038).

⁴⁵ Para determinado setor da doutrina, a distinção estaria, basicamente, na maior generalidade do princípio da razoabilidade, enquanto o da proporcionalidade apresenta três vértices em qualquer dos quais pode repousar sua restrição (SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O Proporcional e o Razoável*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 91, n. 798, p. 23 e ss).

⁴⁶ Decidiu o Superior Tribunal de Justiça que a “intervenção estatal na atuação econômica não pode ocorrer de forma ampla e descontrolada, visto que vivemos num sistema calcado na livre iniciativa (arts. 1º, IV, e 170 da Carta Magna). Destarte, tal ingerência somente é permitida em casos excepcionais, sendo condição para tanto a presença do requisito da proporcionalidade, no qual existe uma razoabilidade entre os meios empregados e o fim objetivado” (RMS 19.524/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, D.J.U. 26/09/2005, p. 272). Noutro julgado, assentou ser “entendimento pacífico deste Tribunal que há necessidade de correspondência entre o valor do veículo objeto da sanção e das mercadorias nele transportadas, para que seja cabível a pena de perdimento, consoante o princípio da proporcionalidade que prevê a comparação entre o valor das mercadorias ilicitamente transportadas e a do veículo transportador” (AgRgREsp 1.078.700/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, D.J.e. 26/02/2009). Em aresto proferido pela Terceira Seção restou afirmado que a “Corte pacificou entendimento segundo o qual, mesmo quando se tratar de imposição da penalidade de demissão, devem ser observados pela Administração

Não é demasiado certificar, a par da ampla aceitação doutrinária e jurisprudencial do princípio da proporcionalidade, suas implicações no ordenamento constitucional. Deveras, por conta de sua reconhecida normatividade, vincula todos os poderes republicanos, os quais devem prestar obediência não apenas às determinações positivadas, mas igualmente àquelas não expressas, como é o caso do preceito ora sob exame. Conquanto possa parecer óbvio, o princípio da proporcionalidade não se configura como mero instrumento de interpretação judicial, mas parâmetro de aplicação do direito em quaisquer ocorrências práticas, de natureza pública ou privada⁴⁸, o qual não se limita à vedação de excesso, mas também à proibição de proteção deficiente⁴⁹.

Por derradeiro, neste tópico, é necessário sucinto esclarecimento terminológico. Não é incontroversa a “qualificação jurídico-normativa da proporcionalidade”, conforme argumenta Ingo Wolfgang Sarlet, pos-

Pública os princípios da razoabilidade e proporcionalidade” (MS 13.736/DF, Rel. Min. FELIX FISCHER, D.J.e. 13/02/2009).

⁴⁷ Após minucioso exame de diversos julgados do Supremo Tribunal Federal, conclui o Ministro da Corte Gilmar Ferreira Mendes: “Vê-se, pois, que o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso é plenamente compatível com a ordem constitucional brasileira. A própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal evoluiu para reconhecer que esse princípio tem hoje a sua sede material no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal” (A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Repertório IOB de Jurisprudência*: Tributário, Constitucional e Administrativo. São Paulo, n. 23, 12/1994, p. 469).

⁴⁸ Exemplificativamente, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que “as necessidades do reclamante e os recursos da pessoa obrigada devem ser sopesados tão-somente após a verificação da necessária ocorrência da mudança na situação financeira das partes, isto é, para que se faça o cotejo do binômio, na esteira do princípio da proporcionalidade” (REsp 1.027.930/RJ, Terceira Turma, Rel.ª Min.ª NANCY ANDRIGHI, D.J.e. 16/03/2009). Também afirmou que “é possível alterar o valor arbitrado a título de danos morais em sede de recurso especial quando este se mostra ínfimo ou exagerado, como na espécie, em que se reconhece a violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade” (REsp 519.258/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, D.J.e. 15/05/2008).

⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, a. 23, n. 97, p. 202, mar. 2005.

to que “se discute a sua condição de princípio ou de regra (tomando-se aqui ambas as noções tal qual formuladas teoricamente por Robert Alexy e seus seguidores), isto sem falar nas considerações mais recentes questionando a condição propriamente principiológica da proporcionalidade (especialmente em se partindo das referências apresentadas por Alexy) que, segundo essa doutrina, notadamente quando se cuidar do controle de constitucionalidade (proporcionalidade) de atos estatais, assume feições de postulado normativo-aplicativo, razão pela qual se faz referência a um dever de proporcionalidade. Nesse sentido, v. a contribuição crítica de Humberto Bergmann Ávila”⁵⁰.

Entretanto, a despeito da importância da qual se reveste a divergência, é certo que, para as conclusões aqui externadas, não influi diretamente a qualificação da proporcionalidade como princípio, regra ou postulado. Daí o porquê da utilização do primeiro vocábulo, predominante na doutrina e jurisprudência.

Encontrando o princípio da proporcionalidade esteio constitucional, é inequívoco que se estende pelos mais diversos ramos do direito. No plano tributário não é diferente. Atualmente a jurisprudência, mais do que admitido, têm preconizado a aplicação do princípio da proporcionalidade nesse terreno. Aliás, é conveniente reiterar que encontra fundamento constitucional, assim como outros que lhe são indissociáveis, como o relacionado à dignidade da pessoa humana e à capacidade contributiva⁵¹.

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 12, n. 47, p. 64, mar./abr. 2004.

⁵¹ Decidiu o Supremo Tribunal Federal que o “Poder Público, especialmente em sede de tributação, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade, que traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo. O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade, nesse contexto, acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de

São imprevisíveis todos os desdobramentos quando da aplicação do princípio da proporcionalidade no campo tributário, aliás, como sucede com os demais princípios. Porém, indubitavelmente, deve alcançar não apenas aquelas situações genericamente consideradas pelo legislador como também os casos concretos administrativamente estabelecidos.

Nessa linha de entendimento, ao aplicador é recomendado verificar situações em que a imposição tributária – compreendida em sentido lato para abranger também as figuras que tratam de afastar a exação – afigura-se desproporcional em relação ao fato concreto, embora no plano da generalidade da norma que a estabeleceu assim não se apresentasse.

Há três subprincípios que orientam a noção de proporcionalidade: a necessidade da medida (*necessidade*), sua pertinência ou aptidão (*idoneidade*) e a interdição de sua utilização quando se afigurar desproporcional (*proporcionalidade em sentido estrito*)⁵².

Por conseguinte, tanto a definição *a priori* dos limites de dedução, quanto os efeitos em concreto desses mesmos limites, devem pressupor fiel sujeição aos mencionados pressupostos. Mais do que isso, a proporcionalidade deve atuar em concurso com outro princípio, este expressamente previsto na Constituição Federal, na defesa dos interesses fundamentais do contribuinte,⁵³ o qual tem a atribuição específica de avaliar a capacidade contributiva do cidadão.

aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A prerrogativa institucional de tributar, que o ordenamento positivo reconhece ao Estado, não lhe outorga o poder de suprimir (ou de inviabilizar) direitos de caráter fundamental constitucionalmente assegurados ao contribuinte. É que este dispõe, nos termos da própria Carta Política, de um sistema de proteção destinado a ampará-lo contra eventuais excessos cometidos pelo poder tributante ou, ainda, contra exigências irrazoáveis veiculadas em diplomas normativos editados pelo Estado” (ADI-MC-QO 2.551/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. CELSO DE MELLO, D.J.U. 20/04/2006, p. 5).

⁵² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 360 et seq.

⁵³ BUFFON, Marciano. *Tributação e dignidade humana: entre os direitos e deveres fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, passim.

4 PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

O princípio da capacidade contributiva encontra espeque constitucional no § 1.º do art. 145, *in verbis*: “Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e aos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”.

Trata-se de preceito lógico do sistema tributário, reclamo natural de equanimidade pela necessidade de estrita vinculação da imposição à possibilidade de pagamento por parte do devedor. Conforme magistério de Edílson Pereira Nobre Júnior o “tributo – e isso não constitui qualquer novidade – representa forte intervenção em direito relevante do cidadão, qual seja o de propriedade. Assim, a aspereza da carga tributária que leve à perda da propriedade, ao gravame de excessiva porção dos rendimentos do trabalho humano, descambando para levar o contribuinte à falta dos meios de sua existência, ou ao total desestímulo do exercício de atividade econômica lícita, emerge como arbitrária, não se defrontando com apoio no sistema jurídico”⁵⁴.

Assevere-se que enquanto eram moldados os delineamentos do estado moderno, entre eles a necessidade de tributação como mecanismo apto a satisfazer financeiramente as obrigações que o ente então em formação assumia, a questão referente aos excessos praticados não passou despercebida pelos estudiosos da época. Não por outro motivo, Montesquieu dedicou um Livro específico no seu clássico ‘O Espírito das Leis’⁵⁵, escrevendo que: “As rendas do Estado são uma parcela que cada cidadão dá de seu bem para ter a segurança da outra ou para fruí-la agradavelmente. Para fixar corretamente essas rendas, cumpre considerar as necessidades do Estado e as necessidades dos cidadãos. Não se deve

⁵⁴ NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. *Princípio Constitucional da Capacidade Contributiva*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 14.

⁵⁵ Livro Décimo Terceiro: Das Relações que a Arrecadação dos Tributos e a Grandeza das Rendas Públicas Têm com a Liberdade (op. cit., p. 257 e ss.).

tirar das necessidades reais do povo para suprir as necessidades imaginárias do Estado”⁵⁶.

Nesse contexto, é preciso distinguir capacidade tributária – aptidão de alguém ser sujeito passivo de obrigação tributária –, capacidade econômica – habilidade de possuir ou produzir riqueza – e capacidade contributiva – possibilidade do indivíduo cumprir a obrigação tributária, imposta de forma coativa, a qual é obtida concretamente da capacidade econômica que a justifica⁵⁷.

A partir dessa diferenciação, Edílson Pereira Nobre Junior acentua “que não basta que a escolha do legislador, ao moldar o fato impositivo, recaia sobre situação capaz de espelhar consequências financeiras. Essencial, igualmente, que o contribuinte, por exigências de ordem coletiva, esteja apto para, no caso concreto, ser compelido a suportar determinado encargo tributário”⁵⁸.

Porquanto a imposição tributária⁵⁹ deva atender à possibilidade de o sujeito passivo adimpli-la, observada, pois, sua capacidade contributiva, vislumbra-se nítida a aproximação entre o princípio que expressamente a garante com o princípio da proporcionalidade⁶⁰.

Importante ressaltar que tanto no plano abstrato quanto no concreto é possível aferir se o imposto observa o princípio da proporcionalidade, e também no seu viés tributário, o princípio da capacidade contributiva. Assim, no primeiro, eventuais impugnações à instituição fiscal podem suceder por controle direto ou incidental, porquanto o legislador encontra-se vinculado às determinações constitucionais. A seguir, no plano concreto, ainda que considerada abstratamente adequada, a tributação,

⁵⁶ Op. cit., p. 259.

⁵⁷ NOBRE JUNIOR, p. 33.

⁵⁸ Idem, p. 34

⁵⁹ O emprego do gênero tributo, pressupõe a aplicação do princípio da capacidade contributiva a todas as espécies tributárias, não apenas aos tributos, consoante concepção de Edílson Pereira Nobre Junior (idem, p. 81 e ss.).

⁶⁰ Roque Antonio Carrazza não concorda com essa aproximação (CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 13.^a ed., rev., ampla. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 66), enquanto Edilson Pereira Nobre Junior preconiza identidade (ob. cit., p. 38).

em cotejo com os princípios em comento, nada obsta que deva ser questionada em virtude de específicas circunstâncias do caso concreto.

Segundo Sacha Calmon Navarro “cabe reafirmar que o princípio da capacidade contributiva anima – enquanto afim da igualdade – tanto a produção das leis tributárias quanto a aplicação das mesmas aos casos concretos a partir do *fundamento constitucional*. É dizer, o legislador está obrigado a fazer leis fiscais, catando submissão ao princípio da capacidade contributiva em sentido positivo e negativo. E o juiz está obrigado a examinar se a lei, em abstrato, está conformada à capacidade contributiva e, também, se, *in concreto*, a incidência da lei relativamente a dado contribuinte está ou não ferindo a sua, dele, capacidade contributiva”⁶¹.

Outros dois esclarecimentos merecem sucinta abordagem, ambos decorrentes da melhor interpretação a ser obtida das expressões normativas ‘*sempre que possível*’ e ‘*na forma da lei*’.

Quanto à primeira, há corrente doutrinária que a considera aplicável consoante à natureza jurídica do tributo em questão. Se pessoal, inapelavelmente será regido pelo preceito. Se real, obedecerá outras diretrizes. Essa orientação elimina a possibilidade de reputar conforme a norma constitucional singelo critério discricionário do legislador⁶².

⁶¹ NAVARRO, Sacha Calmon. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 5.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 81.

⁶² Escreve Roque Antonio Carrazza: “A nosso ver, ele não está fazendo – como já querem alguns – uma mera recomendação ou um simples apelo para o legislador ordinário. Em outras palavras, ele não está autorizando o legislador ordinário a, se for de seu agrado, graduar os impostos e criar, de acordo com a capacidade econômica dos contribuintes. O sentido desta norma jurídica é muito outro. Ela, segundo pensamos, assim deve ser interpretada: se for da índole constitucional do imposto, ele deverá obrigatoriamente ter caráter pessoal e ser graduado de acordo com a capacidade econômica do contribuinte. Ou, melhor: se a *regra-matriz* do imposto (traçada na CF) permitir, ele deverá necessariamente obedecer ao princípio da capacidade contributiva” (op. cit., p. 74). A jurisprudência acena acolher essa interpretação, conforme informa Leandro Paulsen, a partir de *leading case* submetido à apreciação do Supremo Tribunal Federal (RE 153.771-0), referente à aplicação do princípio da capacidade contributiva ao Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU, tributo de natureza real (PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da Doutrina e da Jurisprudência*. 6.^a ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 79 e ss.).

No que tange ao segundo, encontra-se parcialmente respondido com as considerações imediatamente anteriores. O legislador está obrigado a prestar-lhe observância. Do contrário, disposição que lhe infrinja o espírito, ou mesmo a omissão com escopo de esvaziá-lo, serão passíveis de arranjo judicial objetivando emprestar-lhe a máxima eficácia possível. Como referido, não há discricionariedade legislativa.

Em continuidade, insta registrar que, no plano científico, são reputadas superadas lições que professam a classificação de certas normas constitucionais como de eficácia contida, ou mais genericamente não autoexecutáveis⁶³. Como assevera com precisão Eduardo García de Enterría: “Importa ahora precisar que tanto el Tribunal Constitucional al enjuiciar las Leyes (como em el ejercicio del resto de sus competencias), como los jueces y Tribunales ordinarios, como todos los sujetos públicos o privados, em cuanto vinculados por la Constitución y llamados a su aplicación en la medida que hemos precisado, deben aplicar la totalidad de sus preceptos sin posibilidad alguna de distinguir entre artículos de aplicación directa y otros meramente programáticos, que carecerían de valor normativo”⁶⁴.

5 VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA: ANÁLISE TÓPICA DOS LIMITES DE DEDUÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA

Em regra a legislação do imposto de renda autoriza que, do total de rendimentos obtido na competência tributária estabelecida, sejam abatidas determinadas parcelas, mormente aquelas relacionadas às despesas com educação e saúde.

⁶³ Para uma profunda abordagem da questão, consulte-se Sergio Fernando Moro, o qual apresenta o debate das principais correntes, doutrinária e jurisprudencial, que digladiam por maior precisão científica quanto à efetivação das normas constitucionais (MORO, Sergio. *Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 13 e ss.).

⁶⁴ ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como Norma y El Tribunal Constitucional*. 3.ª ed. Madrid: Civitas, 1983 (reimp. 2001). p. 68.

Sobre o instituto da dedução, consoante inicialmente ressaltado, não interessa para os objetivos do presente estudo minuciosa análise da legislação em vigência, mas apenas o exame da possibilidade de questionar, em determinados casos, a constitucionalidade dos limites concernentes, à luz dos princípios constitucionais da capacidade contributiva e da proporcionalidade⁶⁵.

Sobre o tema, Roque Antonio Carrazza asservera “para que a progressividade do imposto de renda se cumpra, é preciso que a legislação autorize, às pessoas que auferem rendimentos, certas deduções, que lhes garantam a subsistência e a de seus dependentes (deduções com estudos, alimentação, vestuário etc.). Admitamos que duas pessoas têm exatamente os mesmos rendimentos brutos. A primeira, porém, é solteira, não tem dependentes e goza de boa saúde. Já, a outra, casada, tem filhos em idade escolar e, ainda por cima, depende grandes quantias com o tratamento da saúde do cônjuge. Se a lei não permitir que esta última deduza do imposto de renda a pagar todos estes gastos, o imposto passará a ser sobre rendimentos, ferindo, assim, o *princípio da capacidade contributiva*”⁶⁶.

Carrazza apresenta a justificativa das deduções, todavia é preciso avançar no seu plano argumentativo. Invocando o exemplo familiar, tenha-se em conta a existência de limites para dedução com gastos em saúde. Ocorre que, em razão da gravidade da enfermidade que acomete um dos membros da família, toda a renda obtida pelo grupo, durante certo período, seja destinada a custear o tratamento necessário, o que conduz, inclusive, à assunção de numerário, junto ao mercado financeiro, para satisfação das demais necessidades básicas, como alimentação, educação e moradia.

Traduz-se com números a situação aventada. *X*, servidor público, percebe rendimentos anuais equivalentes a 100. Compõem seu grupo familiar, a esposa *Y* e um casal de filhos, *Xf* e *Yf*. Contribuinte do imposto de renda, *X* apresenta despesas anuais equivalentes a 80, e os 20 restantes são recolhidos na fonte a título de imposto de renda, limitada even-

⁶⁵ Os efeitos de proteção de ambos se desenvolverão concomitantemente. Evidenciada a ausência de capacidade contributiva, a interdição de eficácia da norma restritiva decorre da ausência de proporcionalidade em sentido estrito.

⁶⁶ CARRAZZA, p. 85.

tual dedução com saúde a 2. Em certo momento, pelo período de doze meses, *Y* é acometida de moléstia cujo tratamento, não custeado pelo estado, implica gasto anual superior a 150. Isso significa que *X* precisará obter empréstimo no valor de 150 e, sem qualquer auxílio estatal, ainda pagar 18 de imposto de renda porquanto lhe foi possível deduzir apenas 2.

Essa hipótese extrema, mas cuja probabilidade de ocorrência não é desanimadora para efeitos de especulação teórica, e pressupondo a irretorquível ineficiência estatal no cumprimento do dever de assegurar o direito à saúde, pode autorizar que o contribuinte deduza a totalidade dos gastos pertinentes, ou mesmo parte dos mesmos, em parâmetros acima dos limites normativamente estabelecidos. Isso por que o arbitramento normativo, topicamente considerado em atenção ao caso concreto, não deve prevalecer sobre os princípios da capacidade contributiva e da proporcionalidade.

Poder-se-ia argumentar que, por meio de medida judicial, *Y* pudesse obter tratamento custeado pelo estado. No entanto estaremos diante de desdobramento contingente. Nada assegura que o Judiciário, provocado, entenda indispensável a tutela jurisdicional pretendida. Pode restar fundamentada a decisão denegatória exatamente na disponibilidade patrimonial, embora com evidentes transtornos pessoais, de *X*.

Onerando desproporcionalmente o contribuinte, cuja renda deixa de integrar seu patrimônio para ser destinada a garantir a saúde de sua consorte – direito fundamental este não categórica e concretamente assegurado pelo estado –, parece não haver supedâneo constitucional – rephrase-se: neste caso concreto – para os limites de dedução. Isso quando não atingem, ainda que reflexamente, outros direitos fundamentais, preocupação constante da doutrina, que relaciona a indispensabilidade de proteção às “condições mínimas de subsistência do indivíduo”⁶⁷, ou à “necessidade, sem dúvida intransponível, de deixar-se a salvo da tributação o mínimo vital da existência da pessoa”⁶⁸.

⁶⁷ NOBRE JUNIOR, p. 40.

⁶⁸ Idem., p. 49. À guisa de conclusão, reassenta o autor que “a capacidade contributiva recebe sensível influxo da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da nossa ordem jurídica, ao resguardar do alcance da tributação o mínimo indispensável para a existência do administrado” (idem., p. 103).

Portanto, em situações fáticas como a aventada, parece possível superar concretamente os limites estabelecidos *a priori* para dedução, atribuindo-se, pois, ampla eficácia aos princípios constitucionais da capacidade contributiva e da proporcionalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Tradução por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. 612p.

ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. Tradução por Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. 568p.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 138p.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 12.^a ed. rev., amplia. e atual., São Paulo: Malheiros, 2000. 850p.

BITTAR, Eduardo C. B. Hans-Georg Gadamer: a experiência hermenêutica e a experiência jurídica. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Orgs.). *Hermenêutica Plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 181-201.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 2. ed. Bauru: Edipro, 2003. 192p.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10.ed. Tradução por Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. 184p.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. 798p.

BUFFON, Marciano. *Tributação e dignidade humana: entre os direitos e deveres fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 276p.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 13.^a ed., rev., amplia. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999. 876p.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 522p.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Sistemático*. 7.^a ed. Tradução por J. Baptista Machado. Lisboa: Calouste Gubenkian, 1996. 404p.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como Norma y El Tribunal Constitucional*. 3.^a ed. Madrid: Civitas, 1983 (reimp. 2001). 268p.

FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues de. Os direitos sociais como condição da democracia (ou, sobre os riscos de uma nova Assembléia de Revisão Constitucional). *Revista de Direito e Política*. São Paulo, a. 3, v. 11, p. 11-29, out./dez. 2006.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 310p.

GUASTINI, Riccardo. *Das Fontes às Normas*. Tradução por Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. 420p.

HOBBSAWM, Eric J. *A Era das Revoluções: Europa 1789-1848*. 18.ed. Tradução por Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004. 470p.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1.^a ed., 2.^a tir. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000. 546p.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 342p.

MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Repertório IOB de Jurisprudência: Tributário, Constitucional e Administrativo*. São Paulo, v. 12, n. 23, p. 469-475, dez.1994.

MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Nova Cultural, 2000. vol. 1, 384p.

MORO, Sergio Fernando. *Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001. 146p.

NAVARRO, Sacha Calmon. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 5.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, 688p.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. *Princípio Constitucional da Capacidade Contributiva*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. 114p.

PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da Doutrina e da Jurisprudência*. 6.^a ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. 1079p.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. Tradução por Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 268p.

RIGAUX, François. *A Lei dos Juízes*. Tradução por Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 396p.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Controlar a profusão de sentidos: a hermenêutica jurídica como negação do subjetivo. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Orgs.). *Hermenêutica Plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 277-307.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 12, n. 47, p. 60-122, mar./abr. 2004.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 91, n. 798, p. 23-50.

STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, a. 23, n. 97, p. 171-202, mar. 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5.ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004(a). 343p.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*. 5.ed. Tradução por Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2003. 162p.

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ADEQUADA PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA: UM NOVO HORIZONTE DE SEGURANÇA SOCIAL AO SEGURADO APOSENTADO.

José Antonio Savaris

Juiz Federal da 1ª Vara do Juizado Especial Federal Cível de Curitiba, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Mestre em Direito Econômico e Social (PUC-PR). Doutorando em Direito da Seguridade Social (USP). Professor de Direito Previdenciário da ESMAFE-PR. Presidente de Honra do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário – IBDP.

SUMÁRIO: 1 Classificação das prestações previdenciárias segundo o grau de gravidade da contingência social e de sua essencialidade para a subsistência digna do segurado. 2 Princípio da adequada proteção social previdenciária. 3 Direito a uma adequada proteção social e o segurado aposentado. 4 Considerações finais.

Talvez seja importante começar um artigo em tema de 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 (Emenda 41/03 e ADIN 3105). 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 previdenciário (Lei 8.213/91, art. 18, §2º e RE 437.640/RS, DJ 02.03.2007) ou mesmo porque o

Supremo Tribunal Federal “tem sido rigoroso, algumas vezes impiedoso, com os economicamente frágeis”¹.

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 para pagamento, por exemplo, de encargos financeiros da União e seus campeoníssimos juros -, não há porque mantermos 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 constitucionais². 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 equilibrados³.

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

¹ 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.

² A referência é do Ministro do STF Marco Aurélio, quando de seu voto no julgamento da ADIN 1103-1/DF, julgamento em 18.12.96, DJ 25.04.97, 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 art. 25, §2º, da Lei 8.870/94.

³ 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.

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 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.

O presente artigo pretende trazer luzes sobre a mais elementar derivação do direito à previdência social, qual seja, o direito a uma cobertura previdenciária adequada, que também pode ser lido como o direito a uma proteção social suficiente ou o direito a um nível justo de proteção social (as expressões são intercambiáveis). É evidente que se a leitura que se faz do sistema de seguridade social é aquela que presta homenagem cega à segurança positivista ou a que encerra um compromisso (consciente ou não) com o canonizado slogan conservador “equilíbrio atuarial” (seja lá o que para alguns isso signifique), o princípio da justa proteção social tende a ser reduzido a um direito a uma contrapartida atuarial, com todo rigor de um seguro privado no que de sinalgmático 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.

Se, todavia, persiste a meta constitucional de bem-estar e justiça sociais, se persevera o ânimo de fazer prevalecer os fundamentos republicanos de igualdade, cidadania e dignidade da pessoa humana, a proteção previdenciária encontra terreno para cumprir sua finalidade, qual seja, a de prover meios indispensáveis e suficientes para manutenção digna de seus segurados e dependentes, de acordo com a justiça.

A consequência principal que se pretende extrair do princípio da justa e adequada proteção previdenciária é a de que a previdência social, por imperativos constitucionais, deve oferecer uma proteção social que corresponda especificamente à contingência social em que se encontra o segurado.

Mas esse seu propósito constitucional não será jamais alcançado e a segurança social que representa será insuficiente e injusta enquanto for

percebida como um seguro social que nega eficaz cobertura previdenciária pela circunstância de o segurado já se encontrar na titularidade de uma aposentadoria espontânea e vitalícia. A cobertura previdenciária, ainda que realizada por meio de uma aposentadoria em princípio vitalícia (aposentadoria por tempo de contribuição, especial ou por idade), não pode ser concedida uma vez por todas.

A concessão de um benefício previdenciário - mesmo uma aposentadoria - não isenta a previdência social de prosseguir cumprindo o dever fundamental de proteção adequada a seus segurados, de maneira que a superveniência de um fato grave, imprevisto e indesejado pelo segurado aposentado pode conduzir à alteração do mecanismo específico de cobertura e, especialmente, do nível de proteção social.

A estruturação dos argumentos justificadores da hipótese acima exposta respeita o seguinte sequenciamento: a primeira seção é dedicada à elaboração de uma categorização ou ordenação das prestações previdenciárias de acordo com o grau de gravidade da contingência social e de sua essencialidade para a subsistência digna do beneficiário⁴. Já se disse que não há classificações certas ou classificações erradas. Importa que a classificação seja útil e para os objetivos desse trabalho ela se revelou importante, na medida em que permitiu a identificação de uma relação de prioridade entre os benefícios previdenciários, representada em uma imagem de círculos concêntricos.

A segunda seção trata de um princípio implícito fundamental da segurança social, que diz respeito especificamente à previdência social: o princípio da adequada proteção social (previdenciária).

⁴ Ainda que a referência seja a uma classificação das prestações previdenciárias do Regime Geral da Previdência Social - RGPS, cabe a nota de que apenas os benefícios foram categorizados. Os serviços (reabilitação profissional e serviço social) deixaram de ser ordenados não apenas porque, em tese, podem ser oferecidos a qualquer tempo aos segurados e seus dependentes, mas especialmente porque lamentavelmente são prestações desprezadas. A reabilitação profissional é negligenciada pela entidade previdenciária e, de modo geral, malquista pelos segurados. O serviço social, em que pese sua relevância, parece não existir no plano da realidade. São bons exemplos, na verdade, de como é banalizada a violação do princípio da adequada proteção social previdenciária no RGPS. Ao longo do texto, sempre se referindo aos benefícios previdenciários, são utilizados indistintamente os termos "prestações previdenciárias" e "benefícios previdenciários".

A expressão que se empresta a um princípio não é o mais importante, mas o valor que ele exprime, a inteligência que hospeda, os constrangimentos que impõe e a normatividade que irradia. A expressão ora adotada – que não se pretende inflexível – é compreensiva, pois uma adequada proteção previdenciária apenas é alcançada quando atendidas suas notas ou dimensões de especificidade, suficiência e imediatidade.

Na realidade, percebe-se que outras duas dimensões compõem a chave da adequação de segurança social previdenciária. A primeira destas diz respeito à necessidade da atuação previdenciária, que tem especial significado quando se trata das prestações outorgadas em face de contingências que se realizam independentemente da vontade do segurado. Sob esta perspectiva, a concessão de pensão por morte à mãe do segurado, por exemplo, somente se justificaria se comprovada a dependência econômica. Outrossim, será inadequada (e indevida) a concessão de uma aposentadoria por invalidez ao segurado que se encontrar apto ao exercício de determinada atividade que possa lhe garantir subsistência.

A segunda dimensão diz respeito à razoabilidade das condições de acesso à determinada prestação previdenciária. Percebida institucionalmente, uma proteção previdenciária apenas será adequada na medida em que, de um lado, os requisitos de acesso se encontrem ao efetivo alcance do segurado e de seus dependentes e se, de outro lado, o modo de comprovar o cumprimento desses pressupostos legais não inviabilizar o gozo do benefício previsto em lei para determinada contingência.

Neste artigo, o que se pretende colocar em exame é a adequação da proteção social sob a perspectiva da ação previdenciária desencadeada em virtude de uma dada contingência, razão pela qual não serão tecidas outras considerações sobre a correção do que se pode dizer adequação “para” a cobertura previdenciária (adequação quanto à necessidade e adequação quanto às condições de acesso). O que se busca avaliar aqui é a *resposta de proteção previdenciária* desencadeada pela contingência e não as exigências que condicionam essa ação de proteção.

De outra parte, ainda que a presente análise seja operada sobre a atuação protetora da previdência social, não será enfrentado senão ocasionalmente o atraente tema da adequação do sistema de previdência social na

perspectiva da eleição das contingências em relação às quais se oferece proteção, do nível de proteção da rede de segurança social e do campo subjetivo de aplicação. Este artigo não pretende trazer resposta à pergunta de quão generosa deve ser a nossa rede de proteção social ou se o esquema de seguridade social é plenamente adequado em seu conjunto.

Pretende-se que a temática da adequação do sistema previdenciário seja tocada na medida em que este leque de questões se conecte com a preocupação primeira de nosso trabalho: a pertinência da atuação previdenciária à sua pretensão de segurança social, isto é, a adequação, em face de uma dada contingência, da proteção que se diz oferecida pelo sistema e que se diz devida quando cumpridas as condições de acesso definidas pelo legislador.

Se a ação previdenciária não se limita a uma cobertura formal ou a um socorro de faz de conta, deverá proteger seus beneficiários (uma vez e sempre) de modo imediato, por meio de prestação especificamente planejada para uma dada contingência e entregando-lhes recursos materiais suficientes ao suprimento de suas necessidades.

Na terceira parte vislumbra-se a dinâmica do princípio da adequada proteção social previdenciária e, para o que agora nos interessa mais de perto, de como ele autoriza o trânsito do segurado aposentado por entre as faixas dos benefícios previdenciários, em direção aos prioritários (benefícios sensíveis). Este trânsito encontra fundamento no direito do segurado de receber, enquanto se encontrar em determinada contingência, a cobertura previdenciária que lhe é devida, ainda que já seja titular de uma aposentadoria voluntária.

1 CLASSIFICAÇÃO DAS PRESTAÇÕES PREVIDENCIÁRIAS SEGUNDO O GRAU DE GRAVIDADE DA CONTINGÊNCIA SOCIAL E DE SUA ESSENCIALIDADE PARA A SUBSISTÊNCIA DIGNA DO SEGURADO

Segundo a Constituição da República, a previdência social tem como finalidade primeira a cobertura de contingências sociais adversas que, em princípio, afetam a fonte de subsistência de seus filiados, minando as

possibilidades de normalmente obterem recursos materiais destinados a suprir necessidades imediatas ou primárias, como alimentação, moradia, transporte, vestuário e medicamentos.

É claro que nem todos os dez benefícios previdenciários do Regime Geral da Previdência Social se destinam a oferecer cobertura a contingências sociais indesejáveis, gravosas ou imprevisíveis. Se já tivemos oportunidade de classificar as prestações previdenciárias entre aquelas “programáveis” e as outras as quais chamamos “de risco” (ou sensíveis), é porque fizemos perceber que nosso sistema previdenciário – tal como a maioria dos países que organizaram seus seguros sociais - não oferece tão somente cobertura aos eventos que, ocorrendo contra a vontade do segurado, furtam-lhe a possibilidade de prover os meios de subsistência. Tínhamos em mente, então, as aposentadorias espontâneas (aposentadoria especial, por tempo de contribuição e por idade), que têm como requisito específico circunstância outra que não um fato imprevisito, indesejado e altamente grave ao segurado, com potencialidade para lhe retirar, de súbito, a possibilidade de auto-prover-se.⁵

Ao lado dos benefícios que reputamos programáveis – assim denominados porque permitem ao segurado, em tese, planejar o melhor momento para o início da percepção -, podemos agora também verificar nos requisitos específicos do salário-família e do salário-maternidade uma circunstância em princípio não imprevisita ou não indesejada que, torna uma eventualidade previdenciária em razão de política familiar, conduz à concessão de uma prestação previdenciária.

Mas os demais benefícios previdenciários têm sua concessão condicionada a fatos que se colocam além do plano das escolhas dos segura-

⁵ Vide nosso “Benefícios programáveis do Regime Geral da Previdência Social – Aposentadoria por tempo de contribuição e aposentadoria por idade” *in* Curso de Especialização em Direito Previdenciário, vol. 2, Curitiba: Juruá Editora, 2006. A rigor a aposentadoria por idade não será espontânea se requerida pela empresa, na forma autorizada pelo art. 51 da Lei 8.213/91. Mas a hipótese é tão excepcional (um segurado trabalhando formalmente no RGPS, na condição de empregado, aos 70 anos de idade, se do sexo masculino, e aos 65 anos de idade, se do sexo feminino) que nos permite tipificar a aposentadoria por idade no RGPS como um benefício voluntário ou espontâneo.

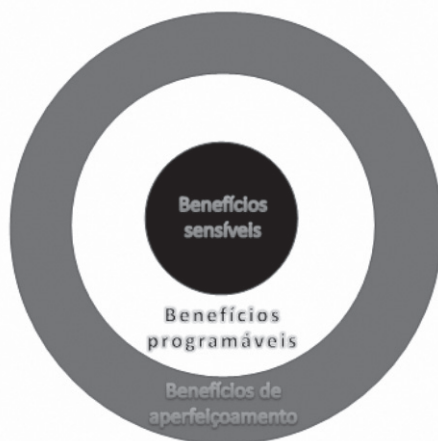
dos e referem-se sem dúvida a pressupostos de fato imprevisíveis que podem repercutir gravemente na vida dos segurados e seus dependentes e que são, por isso, indesejados. São os casos da incapacidade parcial e temporária (auxílio-doença), a incapacidade para o exercício de qualquer atividade profissional e que não oferece ao segurado prognóstico de recuperação (aposentadoria por invalidez), a redução da capacidade para o trabalho habitual decorrente de sequelas deixadas por acidente de qualquer natureza (auxílio-acidente), a morte (pensão por morte) e a reclusão (auxílio-reclusão) do segurado.

Em face dessa comum constatação é possível, especialmente para os fins do presente artigo, operar-se uma classificação dos benefícios previdenciários de acordo com o grau de gravidade da contingência social protegida e da importância da cobertura previdenciária para a subsistência do segurado ou do dependente. Segundo a classificação ora apresentada, atribui-se uma espécie de prioridade previdenciária que se estabelece dos benefícios que, em princípio, não atendem ao apelo da imediata cessação da fonte de subsistência, caso típico da aposentadoria por tempo de contribuição, para aqueles mais sensíveis e que correspondem a eventos que podem ser considerados verdadeiros infortúnios, como por exemplo, a aposentadoria por invalidez ou a pensão por morte. Tanto mais grave o evento que rende ensejo à concessão do benefício, mais premente se torna a atuação da previdência social, pois mais dramaticamente o segurado (e/ou seu dependente) encontra-se exposto a uma adversidade que tem potencialidade para imediatamente lhe subtrair as condições indispensáveis à digna subsistência.

É razoável então argumentar que o sistema previdenciário tem um corpo de benefícios sensíveis, porque se destinam a cobrir contingências sociais mais graves, sendo que sua imprevisibilidade somente faz crescer sua gravidade. É interessante observar de que modo o sistema internaliza esse traço urgente de alguns benefícios. De fato, na fixação – ou dispensa – do período de carência, na sistemática de cálculo da renda mensal, (especificação do coeficiente e aplicação ou não do fato previdenciário, por exemplo), o que está a operar é a idéia de que alguns benefícios podem ser postergados, enquanto outros, porque urgentes, assumem destacada importância e guardam a idéia de serem absoluta-

mente impostergáveis, reclamando maior sensibilidade do sistema normativo no que toca às suas condições de acesso⁶.

A classificação ora adotada atenderia a imagem de três círculos concêntricos, nos quais o salário-maternidade, o salário-família e o auxílio-acidente ocupariam a faixa periférica; as prestações programáveis (aposentadoria por tempo de contribuição, aposentadoria especial e aposentadoria por idade) - que não consubstanciam uma cobertura previdenciária pela ocorrência de um risco propriamente dito – se encontrariam na porção intermediária, ao passo que os benefícios sensíveis (auxílio-doença, aposentadoria por invalidez, pensão por morte e auxílio-reclusão) seriam encontrados em posições centrais (figura 01).



[Figura 01 – Ordenação dos benefícios previdenciários segundo grau de gravidade da contingência social e de sua essencialidade para a subsistência digna do beneficiário]

⁶ Por essa razão os benefícios urgentes ou sensíveis, diferentemente dos benefícios programáveis, exigem reduzido período de carência (aposentadoria por invalidez e auxílio-doença) ou mesmo o dispensam (pensão por morte, auxílio-reclusão, auxílio-acidente e, quando decorrente de acidente ou doenças graves de tratamento particularizado, aposentadoria por invalidez e auxílio-acidente). De outra parte, no cálculo da renda mensal inicial desses benefícios, o coeficiente específico não varia de acordo com o tempo de contribuição e tampouco é aplicável o fator previdenciário, no que se distinguem destacadamente da aposentadoria por tempo de contribuição e da aposentadoria por idade.

De fato, não se pode comparar a natureza urgente dos benefícios sensíveis em relação àquela dos benefícios programáveis. Por isso aqueles ocupam a porção central de nossa imagem. Parece evidente, de outra parte, a preferência das aposentadorias espontâneas em relação aos benefícios de aperfeiçoamento do sistema, assim considerados os que não substituem o rendimento do trabalhador (salário-família e auxílio-acidente) e o salário-maternidade, devido por prazo certo como amparo à gestante ou política familiar.

Ainda é possível discernir uma ordem de preferência entre os benefícios compreendidos em um mesmo grupo.

Tendo isso como tarefa, admite-se que a aposentadoria por invalidez e a pensão por morte, reconhecidas as prestações previdenciárias que oferecem cobertura aos eventos mais graves, devem compartilhar o ponto central de nossos traçados. A porção mais externa do primeiro círculo abrangeria benefícios sensíveis que (também) correspondem a contingências sociais adversas e graves, mas que são, em princípio, temporárias: o auxílio-doença e o auxílio-reclusão.

De sua parte, os benefícios programáveis comportam uma ordem prioritária que coloca a aposentadoria por tempo de contribuição na parte mais externa do grupo, porque - ao contrário, por exemplo, da aposentadoria por idade - ela se mostra desvinculada de qualquer contingência desfavorável ao segurado. A porção intermediária corresponderia à aposentadoria especial, pois se é certo que ela não exige o cuidado devido à aposentadoria por idade (avançada), ao menos tende a superar a aposentadoria por tempo de contribuição, já que não é recomendável que o trabalhador que já exerceu atividade especial pelo período determinado em lei (15, 20 ou 25 anos de contribuição, conforme o grau de ofensa à saúde ou à integridade física), permaneça no exercício dessa atividade. Essa é a lógica que tornou inaplicável o fator previdenciário à aposentadoria especial e também o raciocínio que subjaz à proibição do retorno ao exercício da atividade especial, sob pena de cancelamento (suspensão, mais propriamente) do benefício. A porção mais interna deste grupo deve ser ocupada pela aposentadoria por idade, tendo em conta que, se de um lado, a idade avançada não impõe ao segurado, da noite para o dia, dificuldade inarredável para

obtenção dos meios de sua subsistência, cristaliza, de outro lado, uma etapa de vida do ser humano a respeito da qual se pode presumir que as dificuldades físicas, as limitações profissionais e a realidade do mercado de trabalho formal fecham ao idoso, pouco a pouco, as chances de desempenhar uma atividade profissional.

Embora não seja fundamental para o propósito do presente trabalho, pode-se dizer que o salário-maternidade - que se fundamenta na interrupção temporária da carreira laboral da segurada em razão do parto ou da adoção -, tanto quanto os benefícios que não substituem o rendimento do trabalhador ou seu salário-de-contribuição (auxílio-acidente e salário-família), levando-se em conta os critérios de grau de gravidade da contingência social e essencialidade do benefício para a subsistência digna do segurado, ocupam posição periférica entre os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, destinando-se ao aperfeiçoamento do sistema de segurança social. Uma outra via para se chegar à conclusão quanto à posição externa desses benefícios seria aquela que percebe o salário-maternidade e o salário-família como prestações que traduzem políticas familiares, ao passo que o auxílio-acidente consiste em uma indenização - que pode ser paga em valor inferior a um salário-mínimo - pela redução da capacidade para o trabalho habitual após a consolidação das sequelas decorrentes de acidente de qualquer natureza.

2 PRINCÍPIO DA ADEQUADA PROTEÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA

Quando se refere a uma proteção adequada no contexto da *resposta previdenciária*, o que se tem em mente, inicialmente, é que a proteção previdenciária deve atuar por meio de um mecanismo apropriado, isto é, um benefício especificamente ligado à contingência social. Fala-se aqui da pertinência específica da prestação à contingência.

Mas a especificidade, por si só, está ainda distante de caracterizar a adequação ou justiça da provisão previdenciária. Exige-se mais que a proteção previdenciária seja suficiente, de maneira a alcançar sua finalidade, qual seja, a de prover meios sem os quais o segurado não teria sua existência digna assegurada. A proteção previdenciária deve ser, assim, específica e suficiente.

Por fim, mas também essencialmente, a cobertura previdenciária que se pretende adequada deve ser imediata, no sentido de que deve ser outorgada de modo tão célere quanto possível, para o efeito de se minimizar o sofrimento do segurado ou do dependente que, necessitando e fazendo jus a uma prestação previdenciária, encontra-se destituído de recursos materiais para prover sua subsistência de modo digno (um estado de carência ou de privações irreversíveis) e em uma - *de per se* - danosa situação de incerteza jurídica pela demora na resposta estatal (administrativa ou judicial).⁷

Esses os pressupostos para a que a proteção previdenciária, como direito social fundamental, garanta ao indivíduo as condições necessárias à condução de sua vida conforme a dignidade humana. Mas o objetivo principal deste artigo exige maior reflexão sobre duas dimensões da adequação previdenciária: a adequação quanto à especificidade e adequação quanto à suficiência.⁸

⁷ Na visão de Alfredo J. Ruprecht, discriminam-se os princípios da imediatidade e da eficiência. A imediatidade levaria em conta o objetivo da seguridade: remediar ou ajudar a superar situações que ao serem produzidas por contingências sociais criam problemas ao indivíduo. Para que o socorro seja verdadeiramente efetivo é preciso que a ajuda se realize em tempo oportuno, pois do contrário perderia todo seu valor. Se a resposta não for imediata, a missão da Seguridade é cumprida de forma deficiente. Já a eficiência diz com o grau do socorro. Não basta que a ajuda chegue imediatamente, senão que cumpra o fim para o qual foi criada, de maneira que o indivíduo possa fazer frente à referida emergência. É necessário, em princípio, que se assegure a capacidade de consumo do indivíduo a ponto de eliminar ou mitigar as consequências da contingência que sofre (RUPRECHT, Alfredo J. *Derecho de la seguridad social*, Buenos Aires: Ed. Zavalia, 1995, p 81). De nossa parte, o princípio da adequação abrange as noções de imediatidade, eficiência e compreende também as exigências de especificidade da cobertura previdenciária.

⁸ De outra parte, sem embargo de sua relevância para uma adequada proteção previdenciária, tanto mais quando se tratar de benefícios destinados a substituir imediatamente a fonte de recursos que mantinha a subsistência do segurado ou dependente, não se justificaria um aprofundamento da noção de imediatidade. É mesmo indiscutível que a previdência social deve operar eficientemente, de maneira a minimizar, tanto quanto possível, os efeitos negativos da contingência. Afinal, esses efeitos tendem a progredir dramaticamente com o correr do tempo e com a persistência da indefinição da situação previdenciária do segurado. Sem o socorro oportuno, a almejada segurança econômica cederia espaço à necessidade persistente, ao passo que a segurança psicológica que se busca daria lugar a uma indesejada instabilidade.

Pela perspectiva da especificidade se pretende realçar a necessidade de que a proteção social previdenciária seja primeiramente adequada no sentido de que faça operar o mecanismo legal específico de cobertura para o evento que reclama a atuação da previdência social. Cada contingência é lida como requisito específico a uma determinada prestação previdenciária. A título exemplificativo, será inadequada a cobertura previdenciária se o segurado fizer jus a uma aposentadoria por invalidez e for titular de um auxílio-doença. E da mesma forma será inadequada se estiver parcialmente incapacitado e se encontrar em gozo de aposentadoria por invalidez. Será ainda mais inadequada a proteção quando o segurado se encontrar apto para o trabalho e estiver em gozo de benefício por incapacidade; será gravemente inadequada a proteção previdenciária que nega cobertura ao segurado que cumpre os requisitos legais para sua concessão, encontrando-se incapacitado e, por isso, destituído de condições de prover seu sustento.

Pela perspectiva da suficiência, a ênfase é posta na adequação do nível de proteção e não na espécie do benefício (ou na concessão do benefício adequado). O nível do benefício, isto é, a sua renda mensal, deve ser suficiente, de acordo com os limites das prestações do RGPS, para que a previdência social cumpra a finalidade de realmente providenciar os meios indispensáveis que assegurem a manutenção digna de seus beneficiários quando da ocorrência das contingências sociais⁹. Não será suficiente a proteção previdenciária, por exemplo, quando o cálculo da renda mensal inicial for operado de maneira a iludir a atualização monetária das contribuições do segurado ou quando não considerar alguns períodos de contribuição. Tampouco será suficiente quando o aposentado por invalidez que necessita de assistência permanente de outra pessoa não receber o acréscimo de 25%. No que consiste no propósito

⁹ A existência do limite máximo do valor dos benefícios atende ao postulado da razoabilidade, uma vez que não seria adequado que um sistema de previdência social, de natureza pública e obrigatória, assegurasse prestações de valor ilimitado. Da mesma forma, o valor mínimo dos benefícios que substituem o salário-de-contribuição tem como referência uma expressão mínima que se tem por suficiente a fazer frente às necessidades primárias do beneficiário.

mais imediato do presente trabalho, também poderá ser insuficiente a proteção previdenciária realizada por meio de uma aposentadoria espontânea quando o segurado aposentado se encontrar incapacitado para o exercício de atividade que concorria (ou pudesse concorrer) para a garantia de sua subsistência e desenvolvimento.

Se a prestação não for prevista especificamente para a cobertura do evento social protegido ou se não for suficiente para atender as necessidades do beneficiário, de maneira a neutralizar ou, ao menos, minimizar os danos ou o prejuízo material que possa ter sofrido, a previdência social terá falhado em seu propósito primeiro.

Na Constituição da República é possível verificar a atuação do princípio da adequada proteção previdenciária (nas dimensões da especificidade e suficiência) na base de algumas de suas normas.

De um lado, uma adequada proteção previdenciária pode ser observada na previsão constitucional de eventos que reclamam cobertura previdenciária diferenciada, na determinação dos requisitos para obtenção das aposentadorias por idade e por tempo de contribuição e na ressalva à adoção de critérios diferenciados para concessão de aposentadoria especial. De outro lado, um conjunto de disposições constitucionais é tomado para assegurar a adequação por suficiência de cobertura, como nos casos da garantia do valor mínimo para os benefícios que substituem o rendimento do trabalhador ou o salário-de-contribuição, da correção monetária de todos os salários-de-contribuição considerados no cálculo do benefício, e da incidência de contribuições previdenciárias sobre os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, para efeito de contribuição previdenciária e conseqüente repercussão em benefícios. Essas duas últimas regras, averbe-se, impedem a fixação de uma renda mensal tão baixa que transforme os benefícios em prestações básicas, desvinculadas da remuneração dos segurados.

Interessa observar que o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de reconhecer na garantia de valor mínimo de um benefício previdenciário a finalidade de assegurar a satisfação das necessidades vitais básicas do cidadão e de sua família, com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, *ex vi*, do inciso IV do art. 7º, da Constituição da República. Em outras pala-

vras, a garantia do salário-mínimo ao trabalhador procura evitar o aviltamento de sua condição sócioeconômica (RE-AgR 215527/RS, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 27.09.2002). Com esse pensamento está a se reconhecer o direito a uma proteção suficiente - ou proteção adequada por suficiência.

No plano infraconstitucional, as normas que disciplinam (i) as eventualidades motivadoras da atuação previdenciária, (ii) as espécies das prestações, (iii) as condições de acesso, (iv) as possibilidades de acumulação de benefícios, (v) a concorrência de cobertura entre benefícios e serviços, (vi) a classe de beneficiários que faz jus a determinadas prestações e (vii) a cessação dos benefícios emprestam uma forma mais ou menos precisa ao delineamento constitucional que é mais aberto (CF/88, art. 201), indicando os termos em que se tem uma adequada proteção previdenciária por especificidade.

Já a adequação por suficiência é verificada especialmente nas regras da legislação ordinária que determinam a sistemática de cálculo dos benefícios previdenciários, que têm sua legitimidade reconhecida na medida em que estas respeitem os diversos comandos constitucionais dos quais se podem inferir diretrizes à tarefa legislativa de quantificação dos benefícios previdenciários.

Pois bem. Se esse arcabouço normativo revela cuidado com a justa ou adequada proteção previdenciária “de partida”, isto é, a proteção adequada que se dá em um momento inicial, mediante a concessão de uma prestação específica de determinado conteúdo patrimonial, outras normas podem ser identificadas como instrumentos para se assegurar a adequação previdenciária em momento posterior à concessão do benefício e isso parece óbvio quando se recorda que o período de manutenção da cobertura previdenciária está intimamente ligado com o princípio da adequação, quer na dimensão da especificidade, quer na dimensão da suficiência.

Deveras, a proteção previdenciária não é adequada uma vez por todas. Em outras palavras, a concessão de um benefício previdenciário não pode significar o fim do direito fundamental a uma justa cobertura previdenciária. Antes, é uma etapa que se destina a realizar esse objetivo. Uma vez que se concede uma prestação voluntária em determinada

medida econômica, pressupondo-se a possibilidade do segurado de se valer de sua capacidade produtiva, não é razoável que se dê continuidade dessa relação nos termos inicialmente propostos quando a cobertura previdenciária for chamada a responder integralmente pela satisfação das necessidades primeiras do segurado, em razão da superveniência de uma contingência social mais grave.

Sem dúvida que o princípio da adequação (por suficiência) se encontra no alicerce da regra inserta no art. 58 do ADCT, que determinou a revisão dos benefícios mantidos pela previdência social até a data da promulgação da Constituição de 1988, a fim de que fosse restabelecido o poder aquisitivo, como também é inegável que esse mesmo princípio justifica o reajustamento periódico dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei. Os efeitos do princípio constitucional da adequação se irradiam necessariamente para momento posterior à concessão do benefício - sob pena de se comprometer o ideal de prover subsistência digna - e em um certo sentido pode ser compreendido na garantia de irredutibilidade (CF/88, art. 194, IV), este “direito adquirido qualificado”, na expressão de Sepúlveda Pertence (RE 298.694, Plenário, DJ 23.04.2004).

Igualmente o postulado da adequação da cobertura previdenciária (por especificidade) não deve ficar adstrito ao momento inicial de concessão de um benefício, como se neste momento se retirasse toda e qualquer obrigação da administração previdenciária sobre a sorte do segurado ou, da mesma forma, qualquer dever do segurado em relação à seguridade social. Uma cobertura previdenciária apenas “de partida” adequada não satisfaz a exigência de uma proteção justa ou adequada (imediate, específica e suficiente). A idéia de proteção justa, aliás, traz o pensamento de que a previdência social deve atuar se for verificada a necessidade, isto é, diante da ocorrência e permanência de uma contingência social. Alterando-se os fatos, a cobertura previdenciária deve ser adaptada (modulada), podendo cessar ou, ao contrário, ser intensificada.

É exatamente esse raciocínio que se encontra subjacente à lógica da concessão e manutenção dos benefícios por incapacidade. A concessão de um auxílio-doença é um ponto de partida para atuação de novos componentes na relação jurídica entre o segurado e o RGPS. Se antes impe-

rava o dever do primeiro em contribuir e do último em oferecer cobertura previdenciária quando da ocorrência das contingências sociais, com a concessão do auxílio-doença surgem novos deveres ao segurado, como a sujeição a exames médicos periódicos, processo de reabilitação profissional e a tratamento médico gratuito, com exceção dos procedimentos enumerados por lei. De outra parte, novos deveres são impostos ao órgão gestor do RGPS, como o pagamento do benefício, realização de perícias periódicas para a verificação da persistência da incapacidade ou para estimativa de alta, encaminhamento do segurado à reabilitação profissional, concessão de aposentadoria por invalidez no caso de se verificar que a incapacidade é total e permanente, concessão de auxílio-acidente nas hipóteses em que devido e mesmo a cessação da prestação por incapacidade, na hipótese de se constatar a recuperação da capacidade laboral. Quanto mais intensamente necessite o segurado da cobertura previdenciária, maior deverá ser o grau de proteção previdenciária, por meio de mecanismos específicos e em valores suficientes. Assim também na hipótese de cessação da necessidade, deixa de existir razão para a persistência da atuação protetora, caso em que se justificará, por exemplo, a cessação de uma aposentadoria por invalidez ou de um auxílio-doença¹⁰.

No âmbito da seguridade social há norma específica que tende a realizar a conformação da prestação previdenciária à contingência e nível de necessidade do servidor público federal aposentado pelo Regime Próprio: “o servidor aposentado com provento proporcional ao tempo de serviço, se acometido de qualquer das moléstias especificadas no art. 186, §1º, passará a perceber provento integral” (Lei 8.112/90, art. 190). Uma vez que a aposentadoria por invalidez é devida com proventos integrais apenas quando decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável (Lei 8.112/90, art. 186, I),

¹⁰ Mas não pode nos escapar o comentário de que a administração previdenciária assegura também que “a aposentadoria por idade poderá ser decorrente da transformação de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença, desde que requerida pelo segurado, observado o cumprimento da carência exigida na data de início do benefício a ser transformado” (Decreto 3.048/99, art. 55).

compreende-se que a conversão (para adequação) da aposentadoria com provento proporcional ao tempo de serviço em aposentadoria com provento integral somente tem sentido na hipótese referida pelo dispositivo de lei acima transcrito.

No universo do RGPS, uma específica irradiação legislativa do princípio da adequação previdenciária foi revogada pela Lei 9.032/95,¹¹ que revogou os artigos 122 e 123 da Lei 8.213/91, na sua redação original, os quais traziam hipóteses de transformação de benefícios que vinham ao encontro do princípio da adequada proteção previdenciária. Confira-se:

“Art. 122 – Ao segurado em gozo de aposentadoria especial, por idade ou por tempo de contribuição, que voltar a exercer atividade abrangida pelo Regime Geral da Previdência Social, será facultado, em caso de acidente do trabalho que acarrete a invalidez, optar pela transformação da aposentadoria comum em aposentadoria acidentária.

Parágrafo único – No caso de morte, será concedida a pensão acidentária quando mais vantajosa” (Revogado pela Lei 9.032/95).

“Art. 123 – O aposentado pelo Regime Geral da Previdência Social que, tendo ou não retornado à atividade, apresentar doença profissional ou do trabalho relacionada com as condições em que antes exercia a sua atividade, terá direito à transformação da sua aposentadoria em aposentadoria por invalidez acidentária, bem como ao pecúlio, desde que atendam as condições desses benefícios” (Revogado pela Lei 9.032/95).

De todo modo, a reforma legislativa em questão deve ser compreendida no contexto dos demais ajustes que emprestou à legislação previdenciária, pois a partir do momento em que a mesma Lei 9.032/95 deter-

¹¹ Este diploma legal, anote-se, - novamente - atribuiu ao aposentado que permanece ou volta a exercer atividade abrangida pelo RGPS a condição de segurado obrigatório contribuinte da previdência social e, de outro lado, limitou a contrapartida previdenciária à concessão de salário-família, reabilitação profissional e auxílio-acidente, quando empregado (sendo que com a edição da MP 1.523/97 foi também excluído o direito ao auxílio-acidente).

minou que os benefícios acidentários se sujeitariam aos critérios de cálculo da renda mensal dos benefícios previdenciários, a transformação da aposentadoria comum em aposentadoria acidentária não mais se afiguraria relevante.¹²

Mas atualmente se pode perceber um grande descompasso entre a sistemática de cálculo entre as aposentadorias espontâneas – destacadamente as aposentadorias por idade e por tempo de contribuição - e as prestações por incapacidade. De fato, a transformação de uma aposentadoria por tempo de contribuição em aposentadoria por invalidez deverá, via de regra, proporcionar uma cobertura previdenciária de mais elevado nível, especialmente nos casos em que houve aplicação do fator previdenciário com consequências negativas. Nas hipóteses em que a aposentadoria por idade é concedida no valor inferior a 100% do salário-de-benefício, também haverá maximização (para adequação) da proteção previdenciária com a transformação deste benefício em aposentadoria por invalidez e a sempre possibilidade de concessão do acréscimo de 25% devido no caso de incapacidade severa.

Com essas considerações se pode notar que o legislador buscava atender a necessidade de se oferecer uma cobertura previdenciária justa mesmo após o momento da concessão de uma aposentadoria por idade, tempo de contribuição ou especial, arrefecendo em seu ânimo apenas na medida em que o grau de proteção previdenciária parecia caminhar para uma equivalência. Essa equivalência, na realidade, não ocorre e isso tor-

¹² É de se observar que antes da Lei 9.032/95 o coeficiente de cálculo do auxílio-doença e da aposentadoria por invalidez era informado também pelo tempo de contribuição do segurado, o que tornava menos atrativa a transformação das aposentadorias espontâneas em prestações por incapacidade. Também merece destaque o fato de que o princípio que informava os dispositivos legais acima transcritos já operava na anterior legislação previdenciária (Decreto 83.080/79, artigos 27, 228 e 263; Decreto 89.312/84, art. 100). Confira-se a redação do artigo 100 do Decreto 89.312/84, *verbis*: “Art. 100. O aposentado pela previdência social urbana que volta a exercer atividade por ela abrangida tem direito, em caso de acidente do trabalho, às prestações dos artigos 163 a 172, salvo o auxílio-doença, e pode optar, na hipótese de invalidez, pela transformação da sua aposentadoria previdenciária em acidentária, devendo também a pensão ser a acidentária, se mais vantajosa.”

nou-se ostensivo com a introdução obrigatória do fator previdenciário na mecânica de cálculo da aposentadoria por tempo de contribuição (integral ou proporcional).

Aqui é preciso destacar que o princípio da adequada proteção social é informado pelo princípio da prevalência do fim sobre o objeto. Como é de se concordar, as prestações previdenciárias estão impregnadas de uma idéia essencialmente finalista - provisão de meios suficientes para a manutenção digna do beneficiário - que preside necessariamente todo o desenvolvimento da relação jurídica previdenciária de proteção. O que se persegue com o benefício previdenciário é satisfazer da melhor maneira possível o interesse social de que o segurado ou o dependente da previdência social seja efetivamente resgatado de uma contingência que lhe ameaça a manutenção decente. Trata-se, antes de tudo, de conceder o benefício que demanda o interesse geral, nas condições que exijam a cada momento as necessidades individuais que a prestação previdenciária está chamada a cobrir. Se para conseguir estes fins, implícitos em uma prestação da previdência social, é necessário adaptá-la às novas necessidades, esta adaptação é obrigatória. A inalterabilidade do fim impõe ou pode impor a alteração parcial ou, melhor ainda, a adaptação do objeto.

Por isso é que se fala que o direito à proteção social justa (imediate, específica e suficiente), um dos fundamentos da seguridade social, não se extingue com a concessão de um benefício previdenciário e não se limita a assegurar uma prestação da segurança social apenas “de partida” adequada.

3 DIREITO A UMA ADEQUADA PROTEÇÃO SOCIAL E O SEGURADO APOSENTADO

Se a modulação da cobertura previdenciária após a concessão do benefício é bem percebida no que alude ao titular de uma prestação por incapacidade, o mesmo não se pode dizer a respeito do segurado titular de uma aposentadoria espontânea. Nesse último caso, há uma situação altamente peculiar.

De fato, após a concessão de uma aposentadoria por idade, tempo de contribuição ou especial, a previdência social entrega o segurado ao

acaso da própria sorte, fazendo extinguir o direito à proteção previdenciária adequada, concedendo um benefício que se traduz em uma cobertura previdenciária insensível a qualquer fato superveniente que reclame grau mais elevado de proteção social.

O que se pretende sustentar é que por força desse direito fundamental a uma previdência social adequada, faz-se devida, mesmo após a concessão desses benefícios programáveis, a adequação da cobertura previdenciária no que toca ao mecanismo específico de proteção e ao nível da renda mensal. Para que seja legítima, a cobertura previdenciária deve passar a cada tempo pelo teste da adequação.

Se após a concessão de uma determinada aposentadoria espontânea sobrevém ao segurado uma contingência social adversa que, em tese, faz desencadear a proteção previdenciária por meio de um benefício reputado prioritário em relação ao concedido originariamente, ao segurado assiste o direito à adequação de sua proteção previdenciária, mediante a transformação do benefício de que era titular para o benefício previsto para a cobertura da contingência social de maior gravidade.

A transformação se dará mediante requerimento formal do segurado, não devendo o ato de requerimento ser confundido com renúncia ao benefício originário¹³. Assim como a cessação de uma aposentadoria por invalidez em face do postulado da proteção adequada não corresponde ao que se convencionou chamar de desaposeitação (*a melhoria da pensão* do direito português), também aqui não se trata disso, pois não se desfaz nada, não se reaproveita tempo de contribuição e não se pretende nova concessão de aposentadoria espontânea em qualquer regime previdenciário.

A título ilustrativo, pode-se afirmar que é devida a transformação da aposentadoria por tempo de contribuição ou aposentadoria por idade em auxílio-doença ou em aposentadoria por invalidez, quando o segurado aposentado for cercado, em tempo posterior à concessão de sua apo-

¹³ Escapa às pretensões deste trabalho a questão referente à real possibilidade de se formalizar o requerimento administrativamente, tendo em conta a ausência de previsão legislativa. É evidente que o INSS deve protocolar o requerimento administrativo ainda que repete deva o pedido ser indeferido de plano. A omissão ilegal desafiará remédio jurídico próprio.

sentadoria, por contingência fortuita, acidental, casual e que tem aptidão para diminuir a capacidade (parcial ou total) para o exercício de atividade profissional. Corolário da proteção social justa ou adequada, será igualmente devido o acréscimo à aposentadoria por invalidez, se o então titular de aposentadoria espontânea se encontrar inválido e depender de assistência permanente de outra pessoa.¹⁴

De acordo com a classificação levada a efeito na primeira seção deste artigo, impõe-se a adequação da proteção social, por força do direito a uma proteção previdenciária justa, adequada e suficiente. Tanto mais grave a contingência em que se encontra o segurado aposentado, maior é o grau de proteção previdenciária a que faz jus.

É evidente que somente deverá ser realizada a transformação do benefício quando a renda mensal da nova prestação for mais favorável ao segurado que se encontra nessa contingência social adversa. A necessidade de adequação do mecanismo de cobertura não justifica, por si só, a transformação do benefício.

O direito a uma segurança social adequada e justa não se extingue com a concessão de uma aposentadoria e é nestes termos que emerge o direito à transformação do benefício em um outro que melhor propicie a cobertura previdenciária. E em sobrevivendo a recuperação da capacidade para o trabalho, cessa a prestação por incapacidade, dando lugar ao restabelecimento *ex nunc* da aposentadoria originariamente concedida.

O postulado da proteção previdenciária adequada e suficiente pode, assim, conduzir os titulares de benefícios que ocupam posição nos círculos externos de nossa imagem classificatória, à titularidade das prestações urgentes que se encontram na posição central¹⁵.

¹⁴ O auxílio-doença é devido no caso de incapacidade do segurado para o seu trabalho ou para sua atividade habitual e será devido nesse caso, se mais favorável, ainda que o segurado aposentado não tenha exercido qualquer atividade remunerada após o momento de concessão de sua aposentadoria, da mesma forma, aliás, que o benefício é concedido ao segurado facultativo. Trata-se, na verdade, da perda da opção em retornar, por ato de vontade, ao exercício de uma atividade remunerada abrangida pelo RGPS que pudesse elevar o rendimento do segurado aposentado.

¹⁵ Vide Figura 01 supra.

É preciso destacar que o princípio da adequada e suficiente proteção previdenciária ao segurado aposentado tem atuação expressamente assegurada pela própria Lei 8.213/91, quando dispõe que mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições, “sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício” (Art. 15, I). Se o segurado aposentado mantém a qualidade de segurado e cumpriu período de carência sabidamente superior ao exigido para a concessão de um benefício por incapacidade, na hipótese de superveniência dos requisitos específicos às prestações por incapacidade ele fará jus à adequação previdenciária, desde que realmente lhe seja mais favorável.

A concessão de uma aposentadoria espontânea certamente não deve importar a caducidade dos direitos inerentes à qualidade de segurado, previsão de tratamento dispensada ao indivíduo que perde esta condição (Lei 8.213/91, art. 102). Ora, o elementar direito inerente à qualidade de segurado é justamente o abrigo contra eventos casuais que têm potencialidade para subverter a normalidade com que se conduz a vida. Essas contingências, em que pesem individuais, jamais puderam ser prevenidas ou remediadas pelo indivíduo, salvo se compõe uma minoria privilegiada. Eis a razão de ser dos seguros sociais ainda no século XIX, muito antes da revolução beveridgiana com seu componente mais forte de solidariedade.

Como já se teve oportunidade de expressar acima, as prestações por incapacidade, porque urgentes, assumem destacada importância e guardam a idéia de serem impostergáveis, reclamando maior sensibilidade do sistema normativo no que toca às condições de acesso. Se a prioridade da previdência social é a garantia de meios suficientes de subsistência digna especialmente em face de eventos que diminuem ou eliminam a capacidade para o trabalho, simplesmente não se logra perceber porque razão ética ou jurídica a administração previdenciária não oferece uma cobertura previdenciária adequada e se restringe a outorgar ao segurado uma prestação inalterável, fazendo valer, a partir dali, a máxima da *suae quisque fortuna faber est*.¹⁶

¹⁶ Certamente a regra contida no art. 181-B do Decreto 3.048/99 não apresenta fundamento de validade ao expressar que “as aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social, na forma deste Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis”, pois inova o ordenamento jurídico e restringe desproporcionalmente o direito fundamental à previdência social adequada.

Note-se que nada foi dito sobre a necessidade do segurado aposentado continuar exercendo atividade abrangida pelo RGPS e contribuir para o sistema de seguridade social. Certamente que se não houver o recolhimento de contribuições previdenciárias após a concessão da aposentadoria, será considerado salário-de-contribuição para o cálculo da renda mensal do novo benefício o salário-de-benefício do antigo benefício, em aplicação analógica do art. 29, §5º, da Lei 8.213/91, pois é a regra componente do mesmo sistema previdenciário que disciplina como devem ser aferidos os salários-de-contribuição quando o segurado em gozo de benefício não verteu contribuições previdenciárias em competências compreendidas no período básico de cálculo.

Mas em existindo contribuições previdenciárias no período básico de cálculo do novo benefício, e se elas forem superiores ao salário-de-benefício da antiga aposentadoria, deverão ser consideradas no cálculo da nova prestação. Se assim não for, teremos de admitir que o sistema de seguridade social, embora imerso em uma ordem social que tem como base o primado do trabalho e objetivo o bem-estar e justiça sociais, e nada obstante seja um importante componente para a reafirmação dos fundamentos republicanos como a igualdade, o valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana, consiste em um modelo de proteção tão imperfeito que negue o elementar: a cobertura previdenciária proposta constitucionalmente, em nível suficiente a atender às necessidades elementares do segurado, que têm de ser medidas, como referido alhures, pela gravidade da contingência social em que se vê envolvido o segurado e, em se tratando de benefícios por incapacidade, pela média de suas contribuições (salários-de-contribuição), porque elas são indicativas do consumo passível de segurança social (necessidades econômicas compreendidas no limite máximo do salário-de-contribuição).

Esses seriam argumentos suficientes para se interpretar o art. 18, §2º, da Lei 8.213/91 no sentido de que nenhuma prestação da previdência social pode ser acumulada pelo segurado aposentado em decorrência do exercício de atividade após a concessão de aposentadoria, o que não estaria a impedir, de qualquer modo, sejam consideradas as contribuições previdenciárias para efeito de cálculo da renda mensal inicial da nova prestação.

Mas também não se pode esquecer uma situação de desigualdade em desfavor do segurado aposentado do RGPS em relação ao aposentado do Regime Próprio. Este aposentado, em que pese já titular de um benefício vitalício, terá plena contrapartida previdenciária do RGPS em virtude do exercício de atividade profissional por este abrangida. Poderá acumular aposentadorias e se encontra, a todo tempo, coberto pelo plano de benefícios da previdência social. Mas o aposentado do RGPS, entendido o dispositivo legal acima referido em sua forma mais restritiva, não terá direito a qualquer repercussão de seu trabalho e de suas contribuições na perspectiva de benefícios. Pode-se objetar afirmando que o servidor público inativo se encontra obrigado ao recolhimento de contribuições previdenciárias que incidem sobre os seus proventos, na forma da EC 41/03 e ADI 3105. Mas assim não se dá para os servidores públicos titulares de proventos cuja renda mensal não supere o limite máximo do valor dos benefícios do RGPS, revelando-se antiisonômica a situação de segurados aposentados que se encontram em idêntica posição jurídica perante a previdência social.

É curioso, para dizer o pouco, sustentar que após a concessão de aposentadoria espontânea, a previdência social se veja desobrigada de modular a cobertura previdenciária em favor do segurado – que fica, assim, irremediavelmente exposto a uma situação de destituição que pode comprometer sua subsistência digna -, ao passo que são exigidas as contribuições sociais sobre o registro da remuneração obtida pelo segurado aposentado. Haveria uma iníqua parceria de conveniência: a exigência de contribuições incidentes sobre a remuneração obtida pelo exercício de atividade profissional sem a mínima atenção aos riscos de subsistência que ainda ameaçam o segurado aposentado, situação esta que pode advir do exercício dessa mesma atividade profissional.

Essa é uma posição que simplesmente não se sustenta diante de nosso senso de justiça, pois desperta nossa indignação moral. Ela malferia a solidariedade – como ela realmente deve ser compreendida -, vulnera a boa-fé e moralidade que se exige constitucionalmente da administração pública, despreza o princípio geral do direito de não enriquecimento sem causa, transforma a contribuição do segurado em imposto e, de quebra, transtorna o direito de igualdade e o dever de consideração social pelo trabalho.

Como se isso não fosse suficiente, uma interpretação que negue o direito ao benefício por incapacidade ao segurado aposentado estará frustrando a norma constitucional que dispõe que a previdência social atenderá a cobertura dos eventos de doença e invalidez (CF/88, art. 201, I), uma vez cumpridos os pressupostos estabelecidos pela Lei de Benefícios da Previdência Social (qualidade de segurado, carência e incapacidade).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A idéia central do princípio da justa ou adequada proteção social é a de que a atuação previdenciária deve, a todo tempo, corresponder especificamente à contingência social que cerca o beneficiário e expressar-se em um montante que se entenda suficiente a satisfazer suas necessidades para uma existência digna. Essa necessária elasticidade da cobertura previdenciária busca evitar situações de insuficiência de proteção tanto quanto de sobre-proteção.

Esse é o pressuposto fundamental de um sistema de segurança social realmente comprometido com os valores que se encontram na base de sua constituição, pois hospeda um valor que lhe confere legitimidade e empresta, ademais, contornos indispensáveis para uma segurança social que se repute justa e não se resigne ao domínio da subcidadania.

Quando se toma o princípio da adequada proteção previdenciária em suas consequências, percebe-se que estamos às voltas com o mito de que a concessão de aposentadoria espontânea coloca termo final ao compromisso da previdência social pelo futuro do segurado aposentado. Não é e não pode ser assim, pois a previdência social é organizada “enquanto genuína atividade estatal de obrigatório desempenho”, constituindo uma 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)” (excerto de voto do Ministro do STF Carlos Britto, no RE 415454).

Parece que temos mais facilidade em pensar as coisas a partir de uma lógica de tudo ou nada e isso inspira o pensamento de que a concessão de uma aposentadoria representa o fim de alguma coisa (o que, de sua vez, representa menos problemas).

De fato, quando se exige o discernimento da graduação de um fenômeno (e não de sua existência), quando se tem como tarefa discernir noções como suficiência ou insuficiência, adequação ou inadequação, quando - mais especificamente - a correção de uma relação previdenciária ao longo do tempo não pode ser aferida quanto à sua exatidão, há uma inclinação ao pensamento de que se a proteção não é a ideal, nem por isso deixa de existir exatamente como a lei a disciplinou. Ademais, costumeiramente se diz que uma é a condição ideal, outra a possível. Mas se a finalidade de uma prestação previdenciária é realizar a segurança econômica de seu beneficiário numa perspectiva alimentar, especialmente diante de circunstâncias adversas que não deixam às pessoas outra opção que não a de se ajustar a seus efeitos, ela obrigatoriamente deve ser calculada em função dessa finalidade, preservando-se sua significação aquisitiva e seu conseqüente poder de satisfação das necessidades mais elementares à sobrevivência. Uma questão de primado da realidade sobre a aparência (*substance over form*).

Quando a ocorrência de um determinado acontecimento é inevitável e agrava de modo efetivo as necessidades reais do indivíduo, causando-lhe danos imprevistos ou prejuízos materiais não calculados, sua relação com a previdência social deve ser percebida de modo muito mais sensível. O que se tem é a ocorrência da nuclear eventualidade previdenciária, qual seja, a existência de um estado de necessidade e de ameaça à subsistência digna do indivíduo; uma contingência a que todos estamos expostos e, em face da qual, a garantia de um padrão de vida adequado se faz ainda mais necessária, consubstanciando, por essa razão, inescapável exigência de justiça.



O PENSAMENTO COMPLEXO E UMA HERMENÊUTICA RESTAURADORA DO SENTIDO: ALTERNATIVAS PARA A BUSCA DE UMA CONVIVÊNCIA POSSÍVEL?

Moacir Camargo Baggio

Juiz Federal. Especialista em Processo Civil e mestrando em Direito.

SUMÁRIO: 1 Considerações iniciais. 2 Brevidades sobre o pensamento complexo em Edgar Morin e possíveis conexões com as influências formativas do pensamento e da hermenêutica de Paul Ricoeur. Diálogos com o irracional para recuperar a razão 3 Noções de hermenêutica, símbolo e mito em Ricoeur: bases indicativas para uma nova compreensão (“racional-complexa”) das possibilidades do viver gregário? 4 Uma possível via revisional complexa no seio do multiculturalismo: a idéia de fraternidade como macroconceito e símbolo necessário ao atual viver gregário. Do macroconceito ao princípio político-jurídico. 5 Considerações finais: a recuperação do ideal esquecido e o resgate da racionalidade transformada (racionalidade x racionalização).

1 Considerações Iniciais.

O presente escrito resulta e parte da indelével impressão causada pelo estudo da obra “Introdução ao pensamento complexo”, de Edgar Morin, quando se considera o aparente potencial investigativo e transformador de sua exposição também para as ciências humanas e, mais particularmente, para o campo do Direito.

Tal obra, como expõe o próprio Morin no prefácio daquele livro, trata, fundamentalmente, de resgatar a ideia de complexidade (e, assim, trazer à tona esse novo paradigma para o pensamento), que diz com o mundo real, da vida, e que foi sendo progressivamente suplantada pelas arbitrárias reduções da racionalidade da modernidade - ou, mais propriamente, de um certo “racionalismo”¹, onde o que valem são princípios de disjunção, de redução e de abstração².

¹ Nos termos do que consta à p. 69 da obra referida (MORIN, 2007) e de suas distinções a respeito do tema, racionalização esta que instituiu o que aquele autor nomina como “paradigma da simplificação”.

² *Ibidem*, p.11.

É claro, como reconhece o próprio Morin, que esse paradigma da simplificação frutificou e foi responsável por avanços científicos extraordinários da humanidade. Mas o método analítico, cartesiano, a racionalidade levada a extremos que amputam a realidade, encontra hoje seus limites, dados pelos próprios avanços científicos extraordinários referidos, que a confrontam com a realidade hipercomplexa do mundo hodierno, irreduzível ao racional simplificador do conhecimento de outrora³.

Surge, então, o problema apresentado pelo próprio Morin no prefácio de sua obra mencionada: “como considerar a complexidade de modo não simplificador?”⁴ – e, particularmente, para o que aqui mais especificamente interessa: como engendrar formas de abrir as portas do jurídico ao complexo da vida, aproximando o Direito e as decisões judiciais da realidade, sem abrir mão das conquistas da razão?

O fato é que no curso todo da obra justamente o que Morin procura é (a) demonstrar a necessidade atual de um pensamento complexo e (b) introduzir um método capaz de responder ao que chama de desafio da complexidade, não como forma de *dominar* o real (ideal do pensamento simplificador), mas como modo de “*exercer um pensamento capaz de lidar com o real, de com ele dialogar, negociar*”⁵. Esse o objetivo central desta sua obra. Por sua vez, o objetivo divisado neste ensaio é o de, partindo da realidade dada de que essa forma de pensar se impõe atualmente⁶, analogamente sugerir a investigação de possibilidades de introdução dessa espécie de pensamento no trato e aplicação do Direito. Por

³ *Idem*.

⁴ MORIN, 2007, p.5.

⁵ *Ibidem*, p.6.

⁶ É bom que se anote desde logo que o reconhecimento da relevância da complexificação crescente da sociedade e mesmo, sob este aspecto, de uma certa “... *acuidade do diagnóstico que a teoria sistêmica nos oferece, não deve implicar na aceitação de todas as conseqüências que autores como Niklas Luhmann (1983, 1989, 1996) extraem de suas constatações*”, nos termos do que assevera SÉRGIO COSTA (2001, p. 463), eis que parecem levar (aquelas constatações) a uma certa *resignação* com a idéia de que esta complexidade “*impõe a impossibilidade mesmo da coordenação ou gestão política* (*‘politische Setueerung’*), *independentemente da natureza política-se*

outras palavras, agrega-se, então, à leitura da obra de Morin a ideia de tentar pensar a convivência social de forma mais complexa e, pois, próxima do real. E pensá-la, não só no âmbito do ideal ou do filosófico, mas no âmbito das possibilidades interpretativas e vinculantes do Direito posto.

Daí o recurso à ideia de se iniciar esse trabalho por um resgate da importância do símbolo e do mito e da percepção de que nisto se encontram, não só a possibilidade de tratar com o “indizível”, como o além-racional (ou aquém), mas alguns macroconceitos (na acepção que dá Morin ao termo⁷), que podem ser, ao final, guindados à posição de verdadeiros princípios político-jurídicos vetores, isto é, aptos a dar um norte regulador da convivência social como elementos suficientemente elásticos, mas também seguros, da garantia de um viver gregário equilibrado no seio de um Estado Democrático e de Direito. E nisso tudo, a introdução de uma complexidade e riqueza dinâmica do mundo-vivo nas equações de natureza jurídica que jamais poderiam ser postas em consideração pelas fórmulas tradicionais de conceber o Direito e sua aplicação – tudo para fins que, transcendendo os puramente regulatórios, alcançam uma dimensão educativa para a vida em sociedade e, então, uma dimensão verdadeiramente civilizatória.

Nesse passo, importante o resgate da possibilidade da hermenêutica dos símbolos e do mito, como um dos *instrumentos* desse trabalho, de um lado, e o do ideário da fraternidade, como símbolo mítico ou metáfora-viva (no dizer de Paul Ricoeur), ou, ainda, como macroconceito, ou seja,

autoriátira ou democrática - de tal coordenação”, nos dizeres do mesmo autor (2001, p.465). Em verdade, aqui se defende algo, senão mesmo *contrário* a esta visão, muito diverso desse posicionamento, sendo de registrar que a posição do próprio MORIN, apesar de reconhecer uma certa ausência de soberania da política sobre a sociedade e sobre a natureza, ante a complexidade, está muito longe de uma resignação e capitulação políticas, uma vez que à ameaça da ingovernabilidade pela complexidade sempre se poderia responder, no mínimo, com um agir político de renúncia a novas oportunidades, ao risco que elas representam, o que resultaria, pois, por uma opção política, numa renúncia ao próprio incremento da complexificação e numa via inicial de solução do problema a partir justamente do político (SÉRGIO COSTA, 2001, p. 466-7).

⁷ MORIN, 2007, p.72-3.

como uma das *substâncias* ou matérias passíveis de contribuição para esse novo processo regulativo-civilizatório da convivência, de outro.

Para tanto é que se ousou lançar mão de algumas noções iniciais do filósofo hermeneuta Paul Ricoeur, que trabalhou justamente este material de forma profunda, no curso de toda sua carreira, sempre utilizando um método dialético e conciliador, que aqui muito nos convém também. É claro, como não poderia deixar de ser num escrito deste fôlego, tais noções são tratadas de forma superficial e talvez emprestadas e aplicadas na construção do texto que segue sem o rigor suficiente que os conhecedores dos pensadores em questão certamente exigiriam. Mas o que importa aqui, mais do que a precisão ou perfeita adequação conceitual do que se expuser, é destacar e sugerir, ainda que de forma só aproximada, as possibilidades incomensuráveis do pensamento complexo - entendido como todo aquele que se abra para além da racionalidade cartesiana tradicional, sem abandonar a máxima utilização possível da própria razão. O que releva aqui, portanto, mais do que o conteúdo do que se disser, é o *exercício* de um tal pensamento.

Eis, pois, de forma mais sintética e específica, o exercício ora proposto: utilizar-se da *substância* e do *instrumento* que foram referidos alhures para vislumbrar se seria possível, a partir disso, iniciar o esboço do pensar um novo viver gregário e uma viável regulação desse viver que seja mais apta a enfrentar a hipercomplexidade da contemporaneidade, tudo precisamente a partir de considerações não-redutoras, enfim, de um exame das coisas que, de certa forma, cultive e extraia do pensamento complexo uma possibilidade mais efetiva de resposta às angústias dos tempos que correm.

2 Brevidades sobre o pensamento complexo em Edgar Morin e possíveis conexões com as influências formativas do pensamento e da hermenêutica de Paul Ricoeur. Diálogos com o irracional para recuperar a razão.

Ainda no prefácio da obra que instiga a presente investigação, Edgar Morin acena, com a indicação dos caminhos que nela seguirá, ao referir a necessidade do desfazimento de “duas ilusões” para se alcançar

essa capacitação de lidar com o real de forma mais completa e dialogada: A primeira ilusão a desfazer seria, segundo ele, a de que a complexidade conduziria à eliminação da simplicidade (isso não seria verdade porque, em realidade, “...o pensamento complexo integra o mais possível os modos simplificadores de pensar, mas recusa as consequências mutiladoras, redutoras, unidimensionais...” da simplificação); a segunda, consistiria na confusão feita entre complexidade e completude, algo a ser extirpado por princípio do pensamento complexo, uma vez que o conhecimento completo é impossível e esse ideal do pensamento complexo aspira ao conhecimento multidimensional justamente reconhecendo a impossibilidade da onisciência⁸.

A obra é então organizada em seis capítulos, com múltiplas subdivisões, onde se inicia o trabalho proposto, propriamente dito, pela demonstração da necessidade do pensamento complexo de forma mais direta, no breve capítulo intitulado sugestivamente como “A inteligência cega”, o que, no entanto, é pretensão que está inscrita e entremeada em toda a evolução do texto. As características do pensamento complexo, contrapostas à realidade atual, permeada de hipercomplexidade “tratada” (cada vez mais, de forma insuficiente) por raciocínios de corte cartesiano, vão sendo, depois, apresentadas no capítulo 2 (“O desenho e a intenção complexos. O esboço e o projeto complexos”). Os capítulos seguintes são desenvolvimentos mais intensos da ideia de paradigma complexo, o que implica aprofundamentos sucessivos e fragmentados acerca das ideias de rede, de visão holística adequada, de teorias dos sistemas (não sem críticas, por exemplo, a certos sistemismos “vagos e rasos”⁹) e da formação, sem perder a ideia de contraposição com o paradigma simplificador, racionalista, a ser superado. Essa tensão permanece durante toda a investigação e culmina com a exposição feita no tópico final do último capítulo, novamente intitulado de forma sugestiva como “A razão”.

Nesse tópico final, como de resto, aqui e ali, em todo o livro, o que Morin acaba por demonstrar é que a razão não está na pura e redutora “racionalização” (que impõe o risco de, inclusive, sufocá-la), mas, sim,

⁸ MORIN, 2007, p.6-7.

⁹ *Idem*, p.19.

“numa vontade de ter uma visão coerente dos fenômenos, das coisas e do universo”¹⁰, que “inclusive é profundamente tolerante com respeito aos mistérios”¹¹, e, portanto, de forma inevitável, tem de pressupor a aceitação da necessidade do pensamento complexo e a compreensão dos modos e meios de se lidar com ele, seja em teoria, seja na vida.

Esse é o resumo geral do que consta da instigante obra, que se presta a dar a tônica desse trabalho, consistente num apelo à tomada de consciência da necessidade de se revisitar a razão despida das racionalizações redutoras, para bem conhecer e transitar no mundo e na vida.

Nesse passo, então, é que surge a necessidade de explicitação de algumas noções básicas em Morin para que se possa prosseguir no desiderato proposto inicialmente.

A primeira delas, diz com a percepção do problema de *como realmente se organiza o conhecimento*. Morin sustenta que se deve reconhecer que, como qualquer conhecimento opera por seleção de dados significativos, o princípio da seleção/rejeição de dados funciona sempre com operações que são de fato comandadas por *princípios “supralógicos” de organização do pensamento*, ou *paradigmas* – ainda que se faça utilização da lógica. Trata-se de princípios ocultos que governam nossa visão das coisas e do mundo, sem que tenhamos consciência disso¹². Ora, só isso já bem demonstra que as certezas racionais do tipo cartesiano são permeadas e embasadas, em verdade, em escolhas que estão para mais além do alcance de tais racionalizações simplificadoras. Problema, então, para uma tal postura fechada em torno das certezas analíticas.

Mas não é só. Depois de apresentar uma tal noção, Morin passa a destacar que vivemos sob o império do princípio da disjunção, de redução e de abstração, cujo conjunto constitui o que ele chama de “paradigma da simplificação”. E a única forma de remediar esta disjunção, segundo ele, foi encontrar uma outra forma de simplificação: a da redução do complexo ao simples. Tudo na pretensão de que a hiperespecializa-

¹⁰ MORIN, 2007, p.70.

¹¹ *Ibidem*, p.118.

¹² *Ibidem*, p.10.

ção pudesse, assim, fragmentar “o tecido complexo da realidade”, fazendo crer que um simples corte arbitrário no real pudesse ainda expressar o próprio do real¹³.

Nesse processo, no entanto, a verdade é que se mutila e se perde a conexão com o mundo da vida, com a realidade. O pensamento simplificador, ainda segundo Morin, passa a ser incapaz de conceber a conjunção do uno e do múltiplo (“unitat multiplex”), e chega-se, finalmente, ao que ele chama de “inteligência cega”, onde o elo inseparável entre observador e objeto e a totalidade das coisas não pode ser percebido; onde, nas palavras do autor, as realidades-chave são desintegradas e passam por entre as fendas que separam as disciplinas. Daí a produção de “especialistas ignaros” e de doutrinas obtusas – do que obviamente não escapa o Direito.

E conclui, nesse tópico: por essa visão mutiladora e unidimensional se paga bem caro no que diz respeito aos fenômenos humanos, passando a estratégia política a requerer, então, o pensamento complexo.

Isso remete, em seguida, à questão da demonstração atual da necessidade do pensamento complexo.

Morin pergunta, então: *o que é complexidade*, ensaiando respostas possíveis e iniciais:

A um primeiro olhar, a complexidade é um tecido (“complexus”: o que é tecido junto) de constituintes heterogêneas inseparavelmente associadas: ela coloca o paradoxo do uno e do múltiplo. Num segundo momento, a complexidade é efetivamente o tecido de acontecimentos, ações, interações, retroações, determinações, acasos, que constituem nosso mundo fenomênico. Mas então a complexidade se apresenta com traços inquietantes de emaranhado, do inextrincável, da desordem, da ambigüidade, da incerteza... Por isso o conhecimento necessita ordenar os fenômenos rechaçando a desordem, afastar o incerto (...).¹⁴

¹³ *Ibidem*, p.11-12.

¹⁴ MORIN, 2007, p.13.

E nisso, nessa ânsia de uma compulsiva “ordenação” extrema da realidade, corre-se o risco de provocar a cegueira; daí porque, segundo o autor, a complexidade chegou até nós, nas ciências, pelo mesmo caminho que a tinha expulsado. Ficou evidente, a partir de seus avanços mais recentes, que o rechaço incondicional da desordem e da incerteza era também o do real e o da possibilidade da verdade.

Diz-se, a partir daí, que finalmente há a percepção de que o caminho “não é uma substância, mas um fenômeno de auto-eco-organização extraordinariamente complexo que produz autonomia” e os fenômenos antropossociais não poderiam ser menos complexos, razão pela qual – também nós da área das ciências sociais - *temos que enfrentar também essa complexidade, e não ocultá-la*¹⁵.

Destaca-se ainda que, no dizer do autor, a antiga patologia do pensamento dava uma vida independente aos mitos e aos deuses que criava, mas “a patologia moderna da mente está na hipersimplificação que não deixa ver a complexidade do real”¹⁶. Quer dizer, a pretexto de se racionalizar o mundo, se extirpou dele tudo o que não fosse imediatamente compreensível, simplificada e seguramente apreensível, e, com isso, a própria essência intrincada do real – e nisso, um vazio dos símbolos, dos mitos e do “indizível”, passível de circunstancial tradução em determinados casos, que neles habita.

Deixa-se claro, então, no que consiste essa patologia moderna: “A patologia da razão é a *racionalização* que encerra o real num sistema de ideias coerente, mas parcial e unilateral, e que não sabe que *uma parte do real é irracionalizável, nem que a racionalidade tem por missão dialogar com o irracionalizável*” (destaquei)¹⁷.

Por fim, conclui incisivamente Morin, para aquilo que nos interessa mais imediatamente neste escrito: ainda estamos cegos ao problema da complexidade, continuamos na era bárbara das idéias. Precisamos *civilizar* nosso conhecimento¹⁸.

¹⁵ *Ibidem*. p.14.

¹⁶ MORIN, 2007, p.15.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ *Ibidem*, p.16.

Ora, postas essas fundamentais brevidades sobre o pensamento complexo em Morin, é tempo de demonstrar de que forma parece possível ou útil tentar encontrar conexões entre o seu pensamento (ainda que ligado a ideias de cunho sistêmico) e o de Paul Ricoeur¹⁹ (ainda que posto como expoente da hermenêutica filosófica).

Sucede que Morin, no anseio de buscar o resgate de uma racionalidade que não é a puramente analítica, que transcende às racionalizações cartesianas ordinárias, inscreve-se no quadro daqueles que, mais do que contestar tais antigas certezas da modernidade, buscam um novo modo de ser racional, eliminando, na máxima medida possível, o pensamento redutor, sempre dialogando, sempre de forma dialética. E nisso parecem se encontrar, ainda que, quiçá, tangencialmente, esses ricos pensamentos – e este é o ponto que nos interessa, porque se trata de uma intersecção que pode interessar profundamente ao Direito.

¹⁹ No âmbito desta investigação, talvez pelo inusitado da pretendida ligação de pensamentos proposta aqui, não parece inútil ou pouco apropriado esclarecer o que segue, acerca do pensador Paul Ricoeur, nas palavras de SÉRGIO DE GOUVÊA FRANCO: “Paul Ricoeur é umas mais ricas e profundas figuras do pensamento atual. É autor de uma filosofia que se orienta na direção fenomenológica. Seu pensamento, em alguns aspectos se assemelha ao de Merleau-Ponty. Mas ele é, mais do que um fenomenólogo, sobretudo um hermenêuta. O problema próprio a Ricoeur é o de uma hermenêutica, ou seja, o problema da interpretação e do sentido. Mas Ricoeur não aceita um enquadramento simples. Seu pensamento tem as marcas da originalidade. Não é alguém que segue submisso esse ou aquele sentimento filosófico. Ele inaugura um estilo de fazer filosofia. Abre o caminho.

O objetivo de sua obra é interpretar nada menos que o próprio homem: quem é o homem contemporâneo? Para tanto, está pronto a buscar recursos onde eles estiverem. Sua originalidade se manifesta, em grande medida, por buscar recursos onde outros filósofos não buscariam: ele vai atrás de material em fontes pré-filosóficas. Para ele, o símbolo, o mito, a linguagem poética, os sinais inconscientes na fala humana, tudo isso é fonte de filosofia. O homem só se conhece indiretamente, por meio daquilo que deixa impregnado em sua produção, não necessariamente de modo consciente. Sua máxima – ‘le symbole donne à penser [‘Le conflit des interprétations Essais D’herméneutique. Paris: Seuil, 1969, p.284.], ‘o símbolo dá o que pensar’, expressa bem esse estilo de fazer filosofia: o símbolo é material para reflexão filosófica. A filosofia se nutre de fontes pré-filosóficas.

A originalidade de Ricoeur se expressa também no seu baixo nível de preconceito filosófico. É capaz de reunir tradições filosóficas até então dissociadas. (...) Isso tudo faz de Ricoeur um pensador amplo e dialético, que não se perde no ecletismo. (...) A obra de Ricoeur chama a atenção também pela extensão e abrangência. (...) escreve sobre os

Ora, ao menos disso se pode ter certeza no ponto: Ricoeur tem uma forte influência formativa não-reducionista²⁰ e utiliza-se do método dialético²¹ como marca distintiva de seu pensar. Sua tentativa de compreender o mundo é escorada, inicialmente, numa forma de *interpretar* “como *exercício de suspeita*”, num estilo redutor de ilusões do racionalismo da modernidade adotado, como ele refere, justamente pelos “mestres da suspeita” (Marx, Freud e Nietzsche²² – para não se falar em Heidegger²³). Mas para bem além dessa posição inicial iconoclasta, o que Ricoeur pretende, no momento seguinte, é buscar uma outra interpretação do mundo, agora, *restauradora do sentido*. Ele propõe uma “real dialética interpretativa”, falando, primeiro, em se despossar da consciência, dando-se conta de que ela não é o lugar de origem do sentido e caminhando na direção do inconsciente. Mas, de-

temas da fenomenologia e do existencialismo. Escreve sobre símbolos e religião, sobre linguagem, psicanálise e política. Mais especificamente pode-se mencionar a sua penetrante análise da vontade humana e da questão da liberdade, seu longo e detalhado estudo sobre os símbolos do mal, seu extenso e profundo estudo sobre Freud. Além disso, produziu grande quantidade de ensaios sobre linguagem.” (FRANCO, 1995, p.25-7).

E para complementar, mais especificamente no que diz respeito mais específica diretamente ao Direito, assevera CONSTANÇA MARCONDES CESAR: “Meditação sobre a ação, decifração da ação, a filosofia de Ricoeur lança as bases de uma ética, na qual são temas importantes a justiça, a tolerância, a democracia: ou seja, o laço estreito entre o ético e o político.” (CESAR, 1998, p.66).

²⁰ Diz SÉRGIO DE GOUVEA FRANCO, a respeito do ponto: “Ricoeur, seguindo Marcel [Gabriel Marcel, 1889-1973], mantém em sua obra uma profunda reverência ao *mistério* da vida. Ricoeur aprende com Marcel a rejeitar os reducionismos que querem explicar integralmente o homem e a cultura: ‘A esta altura devemos fazer um ataque direto a certos tipos de formulações gerais do tipo ‘isto é somente isso...ou, isto não passa disso’, ou coisas do gênero. Cada reducionismo depreciatório desta natureza está baseado no ressentimento, ou seja, em uma paixão que tem por vasa um violento ataque direto contra toda a integridade do real. [Gabriel Marcel. ‘Man Against Mass Society’. Trad. G.S.Fraser. Chicago: Regnery, 1964, p.156]” (FRANCO, 1995, p.34).

²¹ *Vide*, v.g., FRANCO, 1995, p.47-8.

²² Para tudo, *vide* FRANCO, 1995, p.74.

²³ Cujas obras Ricoeur admira e admite influenciar-lhe, mas que não é também autor aceito sem reservas, conforme FRANCO, 1995, p.100. *Vide* também CESAR, 1998, p.57, onde são citadas as seguintes fontes diretas para ter Heidegger como fonte importante em Ricoeur: Ricoeur, “Reflexão feita”, p.98 e 141 (autobiografia) e “Si-mesmo como um outro”, p.362.

pois, propõe uma inversão do caminho. Retrocede sobre os escombros do “cogito”. Busca de novo um racional liberto dos excessos do cartesianismo, através “da investigação das figuras que podem emergir do símbolo”²⁴. Estabelece, então, uma dialética entre esses dois pólos de uma *sua mesma hermenêutica*, o “da arqueologia iconoclasta do sujeito” e o de “uma teleologia restauradora do sentido”²⁵ (ou seja, une e propõe o diálogo entre uma “hermenêutica da suspeita” e uma “hermenêutica da afirmação do sentido”²⁶).

Quer dizer, ao menos no sentido do que se expôs até aqui, as bases formativas e a idéia geral aproximada da hermenêutica filosófica proposta por Paul Ricoeur para a compreensão do mundo – com potencial para utilização em searas do conhecimento tais como a do Direito - não parecem ser propriamente estranhas aos traços mais largos e fundamentais do pensamento complexo investigado inicialmente. Pelo contrário. O que se tem é um indicativo bastante forte de que ambos os pensamentos procuram articuladamente fazer cumprir a missão da *racionalidade da contemporaneidade*, qual seja, a de viabilizar um inevitável diálogo do racional com o irracionalizável para o resgate do real, sem perda de esperança na razão.

3 Noções de hermenêutica, símbolo e mito em Ricoeur: bases indicativas para uma nova compreensão (“racional-complexa”) das possibilidades do viver gregário?

Como se viu, este diferenciado e complexo modo de pensar de Paul Ricoeur tem uma marca distintiva no interesse e estudo dos símbolos e mitos, que, inclusive, dão também base às possibilidades de uma nova hermenêutica por ele desenvolvida. Com efeito, FRANCO (1995, p.48) assevera expressamente que interpretar o humano através de uma hermenêutica dos símbolos e mitos “é uma das marcas distintivas de seu pensar” – “é pela via da interpretação que ele [Ricoeur] busca o huma-

²⁴ FRANCO, 1995, p.79.

²⁵ FRANCO, 1995, p.78-9.

²⁶ *Ibidem*, p.99.

no”. E disso, a origem de uma nova hermenêutica, nos dizeres de CESAR (1998b, p.60):

...Ricoeur chegou a desenvolver uma nova concepção da hermenêutica: de ‘interpretação amplificadora’, a hermenêutica se torna ‘compreensão de si mediatizada pelos signos, os símbolos e os textos. Os símbolos tradicionais, como os mitos, ou privados, como os sonhos e os sintomas, só desdobram seus recursos de plurivocidade em contextos apropriados, logo na escala de um texto interior, por exemplo, um poema ou (...) uma narrativa’ [Ricoeur, “Reflexão feita”, p. 59].

Da interpretação dos símbolos à interpretação do texto, é a Gadamer que o pensador francês recorre para reiterar sua crítica ao ideal cartesiano e husserliano de imediata transparência do ‘cogito’, e reafirmar a possibilidade ‘de emergência de um si diverso do eu’ [idem, p.60].

Da hermenêutica do símbolo, Ricoeur foi levado a propor a hermenêutica do texto e, finalmente, uma hermenêutica do agir. ‘A ação sensata entendida como um texto’ [Ricoeur, “Do texto à ação”, p. 183ss.] é a chave de sua filosofia da ação, de sua filosofia prática.

Vale dizer, por meio dessa hermenêutica de Ricoeur que começa com os símbolos²⁷, se tem um instrumental de reconstrução do sentido do mundo e do homem que foge das racionalizações, mas não do racional, bem ao gosto das necessidades expostas inicialmente, eis que ‘hermenêutica é exatamente a busca do sentido pela via da interpretação’ (FRANCO, 1995, p.52) e que, ainda, segundo o mesmo autor:

Ricoeur se dá conta de que toda a cultura carece de interpretação. É que a cultura está constituída em falsidade. A cultura camufla, disfarça, esconde aquilo que realmente é. O problema não é primeiramente epistemológico, mas antes de superação da ilusão. O projeto de Ricoeur torna-se exatamente este: redescobrir a autenticidade do sentido mediante um vigoroso esforço hermenêutico. Marx, Freud e Nietzsche, os três mestres da suspeita segundo Ricoeur nos ensinam que a realidade está oculta. É preciso duvidar das aparências;

²⁷ Cf. FRANCO, 1995, p.53.

mais do que isso, é preciso duvidar da própria consciência e linguagem humana. A hermenêutica de Ricoeur vai aparecer entre a dialética da desmistificação e a da restauração do sentido.

Como o símbolo evoca “uma multiplicidade de coisas”, todas elas de importante significado” e é praticamente “inesgotável”, “produzindo mundos”; como ele se refere “a um conteúdo não formalizado, mas intuitivo”²⁸, ele assume, por essa sua riqueza inestimável de sentidos possíveis, um papel relevantíssimo nessa complexa tarefa interpretativa do mundo, da cultura e do homem, proposta por Ricoeur. Com efeito, se “a tarefa da filosofia é concebida não tanto como rejeição do material intuitivo, impreciso e pretensioso”, mas, sim, no sentido de “refletir todos os sentidos e os significados desse material” simbólico, passa-se a crer que ele, “ainda que não passe pelo crivo do rigor lógico, tem sentido”, eis que “toda a produção humana faz sentido”. Aliás, “este material sem a ‘edição’ do racional, sem racionalizações, sai bem do núcleo central da experiência humana”, sendo, portanto, “muito importante para ser desprezado”²⁹.

E quais são, então, as noções de símbolo e mito em Ricoeur, eis que elementos tão fundamentais nessa tarefa de compreender o real com mais completude, sem reducionismos derivados de racionalizações, mais ainda assim, de forma comprometida com o racional?

Para Ricoeur, o símbolo “é mais radical que o mito”, “é mais condensado”. O mito, por sua vez, “é o símbolo desenvolvido”, no dizer de FRANCO (1995, 57-8). Assim, para ele, segundo o autor referido, o *símbolo* é:

Os símbolos são primeiramente signos, ou seja, transmitem uma mensagem, uma mensagem verbal. O símbolo carrega dentro de si uma *palavra*. Mas os símbolos são um tipo especial de signo. O signo aponta para algo fora de si mesmo, que ele representa e substitui. O símbolo, por sua vez, é *duplamente intencional*, ele tem um a intenção primeira, mais próxima e literal, mas possui

²⁸ *Ibidem*, p.56-7.

²⁹ *Ibidem*, p.57.

também uma intenção segunda, posterior e distante. A relação entre o sentido literal e o sentido propriamente simbólico, secundário, ultrapassa o campo da analogia. A relação é interna e difícil.

“Simbolizar é enfeixar em um ramalhete de presenças uma massa de intenções significativas de realidades ausentes.” [Ricoeur, “La simbólica del Mal, p.174]”³⁰.

Quer dizer, nisso há mais do que o literal e o perceptível a um primeiro momento. Há o que deve ser circunstancialmente desvelado. Há, pois, a riqueza da multissignificação quase inesgotável, e, portanto, o complexo da realidade apreendido num invólucro que enovela, abstratamente e em potência, para sua realização casuística pelo hermeneuta, esse feixe de sentidos.

Já, a noção de *mito* reside no seguinte:

O mito é o símbolo desenvolvido. Ricoeur compreende o mito como ele é compreendido na história das religiões. O mito não é uma falsa explicação expressa por meio de imagens e fábulas. *O mito é*

“um relato tradicional referente a acontecimentos ocorridos na origem dos tempos, e destinado a estabelecer as ações rituais dos homens daqueles dias, e em geral, destinado a instituir aquelas correntes de ação e de pensamento que levam o homem a compreender a si mesmo dentro do mundo.” [“La simbólica del mal”, p.163].

O mito não deve mais ser tomado com um sentido ‘explicativo’, deve estar separado da história enquanto ciência. *O mito tem, sim, uma função de ‘compreensão’, uma função simbólica;* ou, por outras palavras, tem a força de expressar a ligação do homem com o sagrado. É desse modo que o mito recupera o seu ‘status’ no pensamento moderno. Assim, pode-se dizer que *Ricoeur toma o mito como um símbolo desenvolvido em forma de relato, articulado em um tempo e espaço imaginários.*”³¹ (destaquei).

³⁰ FRANCO, 1995, p.55-56.

³¹ *Ibidem*, p.58.

A tarefa do hermeneuta, então, utilizando-se destas noções, é “exatamente promover a articulação do linguístico e do não-linguístico, da linguagem e da experiência vivida, no nível do texto”. Quer dizer, “a hermenêutica ocorre exatamente quando há uma explosão do linguístico, um transbordamento que exige algo mais que a linguagem”³². Ou, ainda segundo o mesmo autor, “o que Ricoeur está mostrando é que o duplo sentido, ou o múltiplo sentido, pode ser trabalhado em dois níveis diferentes”, quais sejam, no “nível da palavra” e no nível “do discurso, no do texto”. E, “para o texto, o contexto não consegue definir tudo”, eis que “sempre sobra um excesso de sentido, uma ambiguidade”; “os vários sentidos podem ser expressos em séries semânticas diferentes e não raro contraditórias”. Este, diz ainda o mesmo autor, “é o nível propriamente hermenêutico, o nível das interpretações contraditórias” E conclui:

“Então, o que se constata é que o símbolo como objeto de estudo da hermenêutica pertence a uma classe mais ampla de objetos que expressam ambigüidade. *O surpreendente do símbolo hermenêutico não está em sua estrutura, mas naquilo que o símbolo expressa de modo tão múltiplo e diverso. É que essa multiplicidade fala da própria natureza múltipla e diversa da vida e do ser.*”³³ (destaquei).

Como se vê, essa possibilidade da reconstrução múltipla e rica do sentido das coisas do mundo real a partir da utilização dos símbolos e mitos desvela também uma possibilidade de que se reconstrua uma ponte de significação complexa entre nossos conceitos ou ideais abstratamente postos, eventualmente constantes até de textos normativos e jurídicos, e a realidade. Logo, não só parece mais próxima a possibilidade de que se compreenda melhor o que uma determinada instituição, prática ou noção cultural ou social significam em determinados contextos ou circunstâncias, apreendendo-se-lhes um sentido mais próximo do real com a utilização dessa forma de interpretação das coisas,

³² *Ibidem*, p.88.

³³ FRANCO, 1995, p.88-9, para todas as últimas citações.

quando da necessidade de sua consideração nas ciências sociais, como se pode investigar o que podem verdadeiramente significar determinados conceitos ou noções abstratamente postas (v.g., no ordenamento jurídico, também produto humano e cultural), à luz da necessidade de sua utilização neste ou naquele caso particular. E nisso tudo a possibilidade de se reconectar, com particular interesse para o Direito, as formas e abstrações (que encarceram o símbolo) ao real do mundo vivido e dinâmico – ou se assim se quiser, inversamente, o irracionalizável do mundo ao imprescindivelmente racionalizável das considerações e decisões humanas.

Por fim, a originalidade do pensamento de Ricoeur está, apesar de tudo, precisamente também *na esperança quanto às possibilidades da razão*, uma vez que “se ele luta contra a pretensão totalizante, rejeita também qualquer resignação e desespero” ao conclamar “com sua hermenêutica, não uma volta ao útero materno, mas a dar um passo mais, um passo de coragem afirmativa que avança do frio da crítica até a coragem da fé”. Tudo porque “não basta a hermenêutica da suspeita, como propõe Ricoeur, é necessária a suspeita de toda a hermenêutica”, uma vez que a hermenêutica para ele “é instrumento não só da verdade, mas da justiça, porque a verdade finalmente produz a justiça.”³⁴

Enfim, o que se põe diz respeito diretamente ao compreender e lidar com o viver gregário – e com o Direito -, não só porque dá a possibilidade de um instrumento útil de lidar com conceitos complexos, inerentes à natureza humana e suas relações, como requerido pelo pensamento complexo segundo Morin, como, ainda mais do que isso, re-funda, como se disse, a esperança na razão, mas numa razão mais próxima do real - aberta ao incerto, ao inseguro, ao diverso, sem descurar da busca e preservação de um mínimo ético universal essencial para a preservação da dignidade humana (ainda estribado no racional), como um mundo multicultural como o presente pede.

³⁴ *Ibidem*, 104-5.

4 Uma possível via revisional complexa no seio do multiculturalismo: a ideia de fraternidade como macroconceito ou símbolo necessário ao atual viver gregário. Do macroconceito ao princípio político-jurídico.

A contemporaneidade, como o próprio Ricoeur a apanha, é um lugar de incertezas; mas, por isso, mesmo deve-se buscar meios de reinventar a convivência social e de escorá-la no político ainda estribado numa razão que não mais desconsidere o complexo.

CONSTANÇA MARCONDES CESAR, no ensaio intitulado ‘Responsabilidade e cosmos’, registra o pensamento do filósofo PAUL RICOEUR sobre algumas das inauditas mudanças da contemporaneidade no campo das ciências da vida, do meio ambiente, da vida social, da política etc, bem como sobre algumas das situações inusitadas e problemas que daí derivam, que bem demonstram o afirmado:

Ricoeur põe em relevo o caráter inédito das mutações sofridas pelo agir humano, nos campos das ciências da vida, do meio ambiente, da política. Tais mudanças envolvem, por exemplo, no ambiente das questões relativas ao meio ambiente, a consideração das alterações qualitativas na escala espacial e temporal dos fenômenos. Enquanto na cidade antiga o homem lutava para impor-se à natureza hostil, hoje, dado o efeito ‘cósmico’ de suas ações, pode ameaçar a natureza e a vida em geral.

Problemas análogos ocorrem no campo das ciências da vida, pois tornou-se possível um atuação de tal ordem nos domínios da hereditariedade, reprodução e outros, que se pode falar de uma ‘revolução biológica’, a qual implica a possibilidade de ser mudada a humanidade como espécie, e até mesmo a reformulação de noções, tais como as de ser-nascido, ser-tal, identidade pessoal.

Por sua vez, no plano da vida social e política, nossa época se caracteriza pela ‘volatilidade’, em virtude da rapidez das trocas de idéias, técnicas, informações etc.; pelo ‘individualismo’, decorrente do desaparecimento de pequenas comunidades e grupos; ‘pelo estreitamento dos laços’ entre o hemisfério norte e o sul; pelo ‘desenvolvimento’, que põe em primeiro plano a possibilidade de surgirem distorções catastróficas quanto à repartição de bens, e comprometimento do ecossistema, pela exploração predatória feita por

grupos econômicos; pela emergência de uma ‘midocracia’ que impõe, seletivamente, a informação; pelo ‘caráter problemático’ da democracia, em vista da crise de participação e do surgimento de novos desafios; pela ‘dificuldade de fundamentação última da ética’, em vista da pluralidade de perspectivas e culturas rivais, e da perda de referência objetiva quanto aos valores.

Assim, na esfera da vida política, situações novas, novos comportamentos propõem diversos problemas: como balizar a tecnologia, e segundo quais critérios? Como agir em relação à natureza? Como fundar a justiça e como distribuir equitativamente bens heterogêneos? (‘Lectures’ I, p.274 ss).³⁵

Mas ele mesmo faz uma indicação de caminho para dar resposta a tais questões, como se extrai ainda do mesmo ensaio referido: “Ricoeur admite que a resposta a essas questões implica um aprofundamento da noção de ‘responsabilidade’.”³⁶ E nesse passo é necessário dizer que se faz alusão aí a um conceito revisado de responsabilidade

....ampliando seu sentido tradicional (‘imputação’) e incluindo as noções de ‘cuidado’, de ‘solidariedade’, de amizade – em suma, **de ‘responsabilidade pelo outro’** – e a de ‘previsão’, avaliação das implicações da ação, ou seja, de ‘prudência’. O conceito ampliado caracteriza uma concepção inédita de ética, cujo signo distintivo é a conciliação com a ontologia, via metafísica da natureza, pressuposto ‘a existência objetiva de fins no ser’ (J. Greisch, verbete JONAS ‘in’ Encyclopédie Philosophique Universelle, t. II, p.3392).” (op. cit., p.67-68). Por fim: “Podemos dizer que a noção de ‘responsabilidade’, na ética contemporânea, ultrapassa as idéias de ‘reparação de danos’, de ‘suportar castigo’, presentes no uso jurídico clássico do termo; ou seja, sugere as idéias de ‘reparação’ e ‘punição’ implicadas na noção de ‘imputação’; envolve, hoje, um conceito novo, o de ‘dever’, de obrigação moral, e também o de **‘solicitude’ para como outro que está a nosso encargo**.”

³⁵ CESAR, 1998 b, p. 68-9.

³⁶ CESAR, 1998 b, p. 69.

Ricoeur combina, no conceito de responsabilidade, as contribuições de Jonas [Hans Jonas] e Lévinas para a ética contemporânea, bem como *a nova conotação jurídica do termo, a qual integra as idéias de ‘ausência de falta’, de ‘solidariedade’, de ‘segurança’ e de ‘cuidado’.*³⁷

Do exposto deriva o estabelecimento de uma conexão direta entre tudo o que se disse antes, em termos de consideração, interpretação, enfim, compreensão do mundo, do homem e das relações humanas, com o político e o jurídico, de forma mais direta, inclusive posto no difícil contexto globalizado e multicultural da contemporaneidade.

Veja-se, inclusive, que o próprio Ricoeur esclarece que a possibilidade de uma “civilização universal”, que seja efetivamente multicultural, apoia-se na existência de uma “política racional”³⁸, que fuja das distorções da racionalização e que, por outras palavras, reconheça as semelhanças essenciais entre os homens e, ao mesmo tempo, a necessidade de preservação de suas diferenças e da diversidade de culturas:

(...) A racionalidade que caracteriza o mundo contemporâneo pode, seguramente, apresentar as formas distorcidas, patológicas, da burocracia e da tecnocracia. Mas burocracia e tecnocracia não são senão as formas desviadas de uma racionalidade que se expressa na busca do ‘bem-estar, instrução e cultura’ (id.), de democracia e organização da função pública, de equilíbrio econômico internacional, de mundialização de um gênero de vida que uniformiza vestuário, habitação, transportes, lazer e informação (id., p.280).

Depois de ter caracterizado a civilização mundial, Ricoeur indaga seu significado. Reconhece que ela implica num progresso e melhora de vida; que a ‘universalização é, em si, um bem’ (id., p.281), *fazendo aflorar à consciência coletiva a idéia de uma única humanidade* e dando à grande maioria o acesso a melhores condições de vida, à ampla liberdade e independência. Exemplifica o caráter benéfico da civilização mundial pela redução do analfabetismo e a ascensão de imensas massas humanas ‘a um bem-estar elementar’ (id., p.282).

³⁷ *Ibidem*, p.70.

³⁸ CESAR, 2002c, p.67.

[Mas] A contrapartida deste efetivo progresso e desta efetiva melhora qualitativa é uma possibilidade de destruição ‘das culturas tradicionais’ [e do] ‘núcleo organizador das grandes civilizações’, [o] ‘núcleo ético e mítico da humanidade’ (id., p.283). Se o acesso aos bens culturais se universaliza, ascendem paralelamente também os aspectos sombrios e negativos da sociedade contemporânea, a negatividade e a alienação da subcultura, da tecnocracia, da exploração econômica: ‘nem toda a cultura pode suportar e absorver o choque da civilização mundial’ (id. p.284), nem sempre é fácil conservar a própria identidade e ser capaz de expressar tolerância face à diversidade cultural. Há, no mundo contemporâneo, o risco de nostalgia do passado ou de um certo exotismo cultural, à sedução pelo longínquo e pelo estranho (...).

Para escaparmos desse sincretismo inadequado, que tem como contrapartida um ceticismo profundo, Ricoeur propõe que examinemos os valores que caracterizam as diversas culturas, o ‘núcleo ético-mítico que constitui o fundo cultural de um povo’ (id., p.287). Compreende, deste modo, que a característica das culturas é a contínua renovação. Assim, as culturas tradicionais só poderam sobreviver integrando a racionalidade científica e recuperando, ao mesmo tempo, o sentido do sagrado, para além da avassaladora dessacralização atual.

A diversidade das culturas atesta a singularidade do homem, mas também a possibilidade de reconhecer nossa semelhança: ‘afirmar que o estrangeiro é um homem é em suma crer que a comunicação é possível (id., p.290), ‘é ser capaz dessa transferência a um outro centro de perspectiva’ (id.).

Somente culturas criativas são capazes de suportar o confronto com a diversidade; somente a fidelidade as próprias origens torna possível a abertura ao outro. Diz Ricoeur: ‘Aos sincretismos devemos opor a comunicação, isto é, uma relação dramática, na qual alternadamente me afirmo em minha origem e me entrego à imaginação de outrem, de acordo com sua civilização diferente da minha’ (id., p.291).³⁹ (destaquei).

³⁹ CESAR, 2002c, p.68-69.

Do exposto, o que se propõe, então, é a consideração da possibilidade de se considerar a mítica ou simbólica noção de “fraternidade” entre os homens, com a sua inigualável pluralidade de significações possíveis, como um dos possíveis ideários ou noções a serem guindados ao político e ao jurídico, como forma de norte de regência das relações humanas em sociedade, e, portanto, de uma via de reconstrução da forma de se encarar o viver gregário no mundo real e os direitos e obrigações daí decorrentes.

Oportuno, aliás, recuperar nesse passo, também a noção de *macro-conceito* de Morin, porquanto essa noção de fraternidade também poderia operar como tal, da forma e para os fins mencionados por aquele autor, no âmbito da devida compreensão das relações sociais e jurídicas nesse contexto de pressionada convivência multicultural hodierna.

Justamente quando se constata a insuficiência da “racionalização” do mundo real - e “racionalização consiste em querer prender a realidade num sistema coerente”, a qualquer custo, sendo que “...tudo o que, na realidade, contradiz este sistema coerente é afastado, esquecido, posto de lado, visto como ilusão ou aparência”⁴⁰ -, surge a necessidade de se acolher alguns princípios que, ainda segundo MORIN, “podem nos ajudar a pensar complexidade do real”, sendo o primeiro deles o de que temos, para tanto, “*necessidade de macroconceitos*”. Nas palavras de MORIN:

(...) assim como um átomo é uma constelação de partículas, o sistema solar uma constelação em volta de um astro, do mesmo modo, temos necessidade de pensar por constelação e solidariedade de conceitos. Além disso, devemos saber que, nas coisas mais importantes, os conceitos não se definem jamais por suas fronteiras, mas a partir de seu núcleo. (...) Não se deve jamais procurar definir por fronteiras as coisas importantes. As fronteiras são sempre fluidas, são sempre interferentes. Deve-se, pois, buscar definir o centro, e esta definição geral pede macroconceitos.”⁴¹

⁴⁰ MORIN, 2007, p. 70.

⁴¹ MORIN, 2007, p. 72-3.

Isto é, é fundamental o resgate de macroconceitos que possam dar um norte inicial e central para a compreensão da complexidade do mundo real, mas que sejam abertos à dinâmica verdadeira desse mesmo mundo, aceitando algumas indeterminações e incertezas quanto às suas fronteiras, o que inclui o espaço para os eventos do acaso, para o aleatório, para o não-pensado inicialmente, no estabelecimento desses macroconceitos. Nas palavras do pensador da complexidade, “é preciso aceitar certa imprecisão e uma imprecisão certa, não apenas dos fenômenos, mas também nos conceitos...”⁴². E um tal proceder, a uma, rejeita apenas a racionalização das coisas, não a racionalidade propriamente dita, que “...é o jogo, é o diálogo incessante entre nossa mente, que cria estruturas lógicas, que as aplica ao mundo e que dialoga com esse mundo.”⁴³

Ora, esse mesmo proceder deixa claro, de uma só vez, que o que nos vem da modernidade, o que tem origem iluminista, não merece, só por isso descarte – como precisamente é o caso do símbolo-mítico da fraternidade -, mas, sim, uma nova compreensão e aproveitamento. Repensar, pois, macroconceitos, para usar o termo já referido, ou ideários como o da fraternidade, sob este prisma, para fins de aplicação atual em busca de uma convivência social mais harmoniosa em meios hipercomplexos, significa perceber o não-esgotamento do seu potencial orientador, civilizatório e transformador do mundo.

Eis, aí, a margem larga para buscar a renovação, resgate e realização plena de um ideário que pode transcender as suas próprias limitações ou ambições políticas originais – e que certamente, agora, não pode mais ser identificado, por simplificação, como um mero instrumental de ascensão social histórica de determinado segmento da sociedade (a burguesia).

Isso põe às claras, então, o passo seguinte da hipótese proposta nesta investigação: por que, então, não assumir que estes macroconceitos ou símbolos maiores já possam estar dados em certas Cartas políticas – como precisamente é o caso do Brasil -, para o fim de extrair maiores e

⁴² *Ibidem*, p. 36.

⁴³ *Ibidem*, p. 70.

melhores consequências práticas vinculantes, de uma tal constatação? Inconveniente ou impossível seria a migração da constatação da necessidade/utilidade dos símbolos transmutados em macroconceitos para uma final sua colocação como verdadeiros princípios jurídicos, constitucionalmente postos, e, assim, norteadores do próprio ordenamento jurídico e de uma sua filtragem hermenêutica por tais princípios?

Lamentavelmente não é possível prosseguir nessa linha de investigação ora aberta, para além do exposto, por força dos limites de fôlego deste trabalho e da necessidade de se manter o foco no que há de essencial para ainda dizer. Mas a partir do exposto, é fácil deixar ao menos assentado que a viabilidade desta hipótese parece significativa.

Resta, então, fazer perceber que a invocação de um macroconceito ou símbolo que tal como uma das vias possíveis para o resgate racional da complexidade na busca de um novo viver gregário, orientado à busca da “vida boa” (tal como concebida por Aristóteles), com respeito à diversidade e à pluralidade das formas de vidas possíveis, esteia-se também na compreensão de que a percepção e a aceitação da noção de que os homens são entes “iguais-diferentes”⁴⁴, que devem ser respeitados a

⁴⁴ A respeito, a fundamental colocação de NOBERTO BOBBIO: “O dado básico que considero o ponto de partida de meu raciocínio é o seguinte. *Os homens são entre si tão iguais quanto desiguais. São iguais por certos aspectos e desiguais por outros.* Dando um exemplo bastante óbvio: são iguais diante da morte porque todos são mortais, mas são desiguais diante do modo de morrer porque cada um morre de modo particular, diferente de todos os demais. Todos falam, mas existem milhares de línguas diversas. Nem todos, mas milhões e milhões de indivíduos mantêm uma relação com um além ignorado, mas cada um adora seu próprio Deus ou seus próprios deuses. Pode-se dar conta deste indiscutível dado de fato estabelecendo que *os homens são iguais se considerados como ‘genus’ diverso*, como o dos outros animais e demais seres vivos, dos quais se diferenciam por algumas características específicas e particularmente relevantes, como a que por longa tradição permitiu definir o homem como ‘animal rationale’. *São desiguais entre si se considerados ‘uti singuli’, isto é, tomados um por outro.* Entre os homens, tanto a igualdade quanto a desigualdade são fatalmente verdadeiras, pois são confirmadas por provas empíricas irrefutáveis. *A aparente contraditoriedade das duas proposições – ‘os homens são iguais’ e ‘os homens são desiguais’ – depende unicamente do fato de que, ao observá-los, ao julgá-los e ao extrair disso consequências práticas, se enfatize mais o que têm em comum ou mais o que os distingue.* Por isso, podem ser corretamente chamados de

partir dessa dúplici dimensão, quando se trata de conceber uma convivência possível entre eles que se queira pacífica e duradoura. Vale dizer: se as diferenças externas que separam os seres humanos e os distinguem devem ser reconhecidas como relevantes para a sua realização individual, como expressão do fato de que se trata de seres dotados de autonomia de desígnios e de uma dignidade própria daí decorrente, e, por isso, devem ser respeitadas na vida em sociedade, o fato é que a única coisa que pode garantir esse respeito é a aceitação de outra idéia fundamental, qual seja, a de que estes homens são absolutamente iguais naquilo que têm de essencial⁴⁵, não havendo qualquer justificativa racional ou ética para que, dentro de certos limites que ainda possam permitir o viver

igualitários aqueles que, ainda que não ignorando que os homens são tão iguais quanto desiguais, apreciam de modo especial e consideram mais importante para a boa convivência aquilo que os une; podem ser chamados de inigualitários, ao contrário, aqueles que, partindo do mesmo juízo de fato, apreciam e consideram mais importante, para fundar uma boa convivência, a diversidade.” (BOBBIO, 2001, p. 119-120 – Destaques apostos).

** E ainda sobre o tema, mesmo que sob outro enfoque, mas de certa forma sintetizando as preocupações fundamentais que dão corpo à presente investigação, registre-se a sugestão de consulta à obra de ALAIN TOURAINE (1997), com o sugestivo título de “*Iguais e diferentes: poderemos viver juntos?*”.

⁴⁵ Nesse passo, veja-se o que diz CHARLES TAYLOR a respeito da idéia moderna de eliminação da hierarquização social no sentido de eliminação de “préférences” do antigo regime, ou de honra como forma de diferenciação para fins de merecimento de respeito, nesse contexto. A idéia universalizante da dignidade, ao invés da honra nesse sentido antigo, passa a jogar um papel transformador. Contra essa noção de honra como algo que distingue, em relação ao reconhecimento e respeito merecido, tem-se a **noção moderna de dignidade**, que hoje **possui um sentido universalista e igualitário**. “Daí falarmos em ‘*dignidade dos seres humanos*’ ou dignidade de cidadão”, que “baseia-se na premissa que é comum a todas as pessoas”. E naturalmente esse conceito de dignidade é o único que é compatível com a sociedade democrática, segundo o mesmo autor, sendo inevitável que ele pusesse de lado o velho conceito de honra (TAYLOR, 1994, p. 47). Disso a extração da **idéia da política de igual dignidade**, que se baseia na ideia de que todas as pessoas são igualmente dignas desse “respeito” – ainda que eventualmente destituídas de honrarias e, até mesmo, honra no sentido moderno, propriamente dita - só por ostentarem essa condição humana (ainda que TAYLOR vá contrapor a ela, depois, **a idéia da política da diferença** (*op.cit.*,p.62), eis que o faz, em verdade, para buscar, mais tarde, uma compatibilização ou equilíbrio entre essas políticas, como for-

gregário⁴⁶, os modos de vida de uns sejam preservados à demasia e enalticidos em detrimento dos de outros.

Nesse passo, é de se ter presente que é no reconhecer essa dúplici dimensão do homem, quando posto na condição de ser que impositivamente necessita viver com o outro, que está a chave para a compreensão de por que a fraternidade é um possível símbolo, macroconceito ou o norte que poderia ou deveria permear uma nova visão das relações sociais em um mundo de pluralidades conflituosas.

De fato, quando se pensa no ideal da fraternidade como uma *metáfora-viva*⁴⁷, como aquele ideal que concede ao outro a condição especial de irmão (como se biologicamente “o outro” de fato o fosse), no sentido de que “ele não sou eu”, e por isso ele é “diferente”, mas, ao mesmo

ma de abrir espaço ao reconhecimento devido também da identidade e preservação de autenticidade de indivíduos, grupos ou comunidades substancialmente diferenciadas no mundo contemporâneo e para que, assim, possa construir a sua tese de necessidade de uma *política de reconhecimento*, que pretende um *modelo “substancial” de liberalismo* (*op.cit.*, p.79-80), em detrimento de um modelo “processual” de liberalismo (*op.cit.*, p.80-82) – ainda que isso indique comumente, em verdade, a inserção do autor dentre os chamados comunitaristas, senão *vide*, v.g., a classificação de JOSÉ EDUARDO FARIA, na apresentação ao livro de Gisele Cittadino, “Pluralismo, Direito e justiça distributiva”, *apud* OLIVEIRA JÚNIOR, 2006, p.164-5.).

⁴⁶ E nesse ponto o espaço para uma eventual “diferenciação” - que pode se dar em vários graus ou âmbitos: nos termos de um tratamento diferente e temporário a determinados grupos ou indivíduos, visando a um reequilíbrio ou compensação de situações de evidente desajuste determinadas por desigualdades históricas, por exemplo, para fins de posterior retorno à consideração igual, de forma mais justa e adequada (posição que seria típica, segundo Taylor, de um liberalismo do tipo “processual”), ou, em determinados casos muito especiais, quem sabe, até mesmo como quer TAYLOR (1994, 60 e seguintes, para crítica da primeira postura mencionada e defesa do que segue), nos termos de uma verdadeira *política de diferença*, que sirva para efetivamente garantir até mesmo a *preservação* de algumas diferenças substanciais (mas ainda assim externas) necessárias à *sobrevivência* de determinadas *identidades culturais* -, delimitada por justificadas e invulgares necessidades, diferenciação essa que só faz garantir a correção e legitimidade da assertiva fundamental de uma igual dignidade humana (porque ao fim visa a reconhecer e a garantir o seu efetivo respeito em casos destacadamente peculiares).

⁴⁷ A expressão é do filósofo PAUL RICOEUR (e inclusive dá nome a uma de suas obras), conforme consta de CANTO-SPERBER, 2003, vol. I, p. 669.

tempo, no sentido de que “ele é, em alguma fundamental medida, também o que eu sou”, e por isso merece, no mínimo, igual respeito e tratamento, é que se compreende o alcance deste símbolo para compatibilizar os conflitos sociais decorrentes do estado de coisas do mundo atual. Por meio desse ideário se reconduz a compreensão das idéias de liberdade individual, e de igualdade entre os homens e nas relações sociais, a uma readequação. São elas potencialmente redimensionadas e re-equilibradas para que, antes de mais nada, a delicada composição deste ente social, o “igual-diferente”, seja respeitada e permaneça inviolável. Por meio dele, outrossim, obtém-se a exata compreensão, no que não pode ser adequadamente dito por palavras, da dimensão do homem perante o seu semelhante, quando posto em confronto com seus direitos e obrigações em sociedade.

Nesse sentido, considerando a relevância da fraternidade conceituada como “*metáfora-viva*”, veja-se o seguinte texto, que enfoca a questão do ponto de vista da filosofia moral e da filosofia política e que só corrobora o que se expôs:

Para que o conceito político de fraternidade possa ser claramente formulado diferentemente de um vago sentimento, as diferentes concepções implícitas em usos que se apóiam sobre uma ou outra das referências citadas devem ser submetidas à análise. A filosofia política pode então se dedicar a elucidar qual é a concepção mais coerente, de modo similar ao trabalho que ela realiza, há muito tempo, em relação aos princípios de liberdade e igualdade.

Essa constitui uma tarefa complementar ao trabalho paciente de reconstrução dos usos, efetuado pelos historiadores, mas não se resume a isso. Para bem concluí-las, na verdade, em vez de seguir o lento caminho da noção na retórica política, é mais frutífero ir ainda contra a corrente, analisar o funcionamento da noção como ‘metáfora viva’ (Ricoeur) e mostrar a relação instaurada pelo metafórico entre o dinamismo da referência familiar, indutora de sentido, e o campo conceitual político. Podem assim ser mostrados, ao mesmo tempo, o potencial semântico trazido pela imagem dos irmãos e sua superação conceitual no político.

Exprimindo uma tensão, a metáfora não é simples comparação: ela funciona sobre o modo duplo da similitude e da dispari-

dade; por meio da justaposição inesperada dos termos, ela traz à tona tanto o seu espaço de incompatibilidade quanto à sua afinidade. Para a fraternidade entre os cidadãos, se existe uma metáfora ‘viva’, é ao mesmo tempo pela presença da imagem da família e pela evidência de que ‘não’ somos uma família, porque o que é próprio da relação política é ela nos ligar a um terceiro impessoal e não ao ‘tu’ concreto do irmão. *Ora, essa necessidade de considerar todo ‘outro’ abstrato na relação de cidadania como qualquer um que tem direitos concretos a recursos que compartilhamos com ele/ela constitui uma tensão essencial para o político, que a metáfora fraternal* ⁴⁸, a fraternidade, parece chamada a exprimir. Esta tensão se define entre o ponto de vista impessoal – aquele que define instituições eqüitativas que se baseiam no valor igual de todas as irmãs, de todos os irmãos – e o ponto de vista pessoal de cada um dos irmãos ou irmãs sobre o que eles consideram ser o sentido da sua vida para eles próprios, antes de mais nada, e para os outros, em seguida. *A fraternidade política* ⁴⁹ apresenta assim o problema da relação justa entre a perspectiva impessoal e instituições que permitem fazer justiça à igual importância de cada ser, sem exigir sacrifício material ou simbólico inaceitável de nenhum deles.

A fraternidade como conceito político se desenha, então, por meio dessas duas dimensões, como apresentando a questão da definição de instituições, das quais cada uma das irmãs, cada um dos irmãos, e o conjunto formado por elas e eles, possa ‘participar’, isso nos dois sentidos do termo: 1) aquele de retirar uma parte dos interesses simbólicos, identitários, como materiais que elas geram (ou seja, que cada um entre eles possa considerá-los eqüitativos do ponto de vista pessoal); 2) aquele de participar – pelo menos idealmente – da definição de seus princípios diretores (ou seja, que cada um entre eles possa considerá-los justos do ponto de vista impes-

⁴⁸ E aqui parece pertinente recordar ARISTÓTELES, ao referir na “Poética” que “...ser capaz de belas metáforas é ser capaz de aprender as semelhanças”. (Poética, XXIII – extraído de *Os pensadores*, volume correspondente à vida e obra de Aristóteles. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996. p.54).

⁴⁹ Para sugerir a pertinência da associação, interessante registrar a assertiva de CONSTANÇA MARCONDES CESAR posta em conclusão a escrito sobre a ética e política em PAUL RICOEUR: “O ‘animal político’ é, antes de mais nada, um ‘animal poético’, ‘um animal simbólico.’” (CESAR, 1998a, p. 51).

soal). A relação entre irmãos (e irmãs) e sua tela de fundo, a família, alimenta na verdade o conceito de fraternidade por dois conjuntos de referências, cuja presença conjunta exprime esta tensão essencial ao político: em 'primeiro lugar', os irmãos e irmãs 'recebem uma parte' dos bens familiares, bens necessariamente limitados. A fraternidade, na perspectiva distributiva da partilha, é a justiça distributiva concreta, que fornece os recursos necessários para a realização do ser para a liberdade de cada irmã ou irmão, que lhes permite exercer suas características de perfectibilidade. A fraternidade baseia-se, nessa perspectiva, sobre as noções de reciprocidade e de mutualidade de irmãos e irmãs uns para com os outros, mutualidade e reciprocidade de reconhecimento, assim como mutualidade e reciprocidade de direitos e de deveres. Em 'segundo lugar', os irmãos 'tomam parte' nos bens simbólicos e materiais familiares e adotam uma perspectiva sobre a equidade das normas que geram sua distribuição. Participando dos benefícios e dos deveres da família, os irmãos e irmãs não o fazem em situação de homogeneidade perfeita de critérios nem de igualdade absoluta. A família é o lugar onde cada um é tratado parcialmente, como indivíduo singular, onde cada irmã, cada irmão, se distingue dos outros, determina sua identidade narrativa, prática, lingüística, e como dotado de razão e capaz de avaliação moral, de trabalho de perfeição sobre si mesmo, de interação com os outros. Os termos equitativos definidos pela perspectiva distributiva não teriam necessidade de ser formulados se não interviesse esta outra característica, ou seja, a individualização das perspectivas que cada um dos irmãos e irmãs tem tanto em relação a seus próprios interesses quanto por aqueles do grupo. Idêntica em sua regra fraternal, esta identidade não implica uniformidade, nem dos interesses, nem da definição desses interesses, nem da disposição para sacrificá-los em uma perspectiva de altruísmo, nem, enfim, do que se considera que o altruísmo exige.

A segunda dimensão da fraternidade, aplicada ao domínio do político, diz respeito, por conseguinte, à maneira como são geridos não somente os conflitos quanto à distribuição de bens e recursos raros (em uma situação de altruísmo necessariamente limitado, considerando o processo de individualização identitária de irmãos e irmãs), mas também os conflitos quanto à lista dos bens fundamentais que devem ser o objeto de uma distribuição particularmente rigorosa (conflitos que nascem na ausência de uma homogeneida-

de perfeita de critérios e de concepções da vida boa). A fraternidade, nessa segunda perspectiva identitária, diz respeito aos conflitos não somente quanto às modalidades de partilha, mas também quanto aos próprios bens a serem partilhados, ela tem por objeto o conteúdo da justiça distributiva na perspectiva de cada um, de cada uma. Será então considerada mais fraterna a sociedade cujas instituições permitirão que cada uma e cada um se reconheçam melhor do ponto de vista dos valores essenciais sobre os quais eles se baseiam e em virtude dos quais a partilha dos recursos é efetuada. A fraternidade, nas duas dimensões da partilha e da identidade assinaladas, apresenta a questão das condições nas quais a sociedade considerada é justa. Nessa dupla perspectiva, toda partilha que não levar em conta a dimensão identitária e a maneira pela qual essa complica a perspectiva sobre valores essenciais que afetam a lista dos bens a serem compartilhados seria injusta: a fraternidade obriga que apresentemos concretamente o problema das condições da compatibilidade, em uma sociedade determinada, dos princípios de ‘justiça’ e de ‘tolerância’.”⁵⁰ (Destques apostos).

Não é por outro motivo, aliás, que a evidente relevância deste ideal – de fraternidade - para a compreensão do mundo atual e para a adequada resolução de suas demandas, com pretensões à realização de algo que se possa chamar de justiça, é reconhecida mesmo por pensadores como JOHN RAWLS, em sua obra de notoriedade, “Uma Teoria da Justiça”. E tão bem é colocada a questão da fraternidade por aquele pensador, que nos bastam aqui, para uma conceituação por aproximação do ideal da fraternidade e de identificação de um possível tratamento e aplicação atual deste ideal, as colocações que seguem:

Um outro mérito do *princípio da diferença* é que ele fornece uma *interpretação do princípio da fraternidade*. Em comparação com a liberdade e a igualdade, a fraternidade tem ocupado um lugar menos importante na teoria democrática. Considera-se que ela é um conceito menos especificamente político, que não define em si mesmo nenhum dos direitos democráticos, mas que em vez disso expressa certas atitudes mentais e formas de condu-

⁵⁰ CANTO-SPERBER, 2003, vol. I, p. 669.

ta sem as quais perderíamos de vista os valores expressos por esses direitos. Ou então, o que está intimamente relacionado a isso, considera-se que a fraternidade representa uma certa igualdade de estima social manifesta em várias convenções sociais e na ausência de atitudes de deferência e subserviência. Não há dúvidas de que a fraternidade implica tais coisas, assim como um senso de amizade cívica e solidariedade social, mas, entendida desse modo, ela não expressa nenhuma exigência definida. Ainda temos de encontrar um princípio de justiça que combine com a idéia subjacente. ***O princípio da diferença, entretanto, parece corresponder a um significado natural de fraternidade: ou seja, à idéia de não querer ter maiores vantagens, exceto quando isso traz benefícios para os outros que estão em pior situação.*** A família, em sua concepção ideal e muitas vezes prática, é um lugar em que o princípio de maximização da soma de vantagens é rejeitado. Os membros de uma família geralmente não desejam ganhar a não ser que possam fazer isso de modos que promovam os interesses dos outros. Ora, querer agir segundo o princípio da diferença traz precisamente esse resultado. Aqueles que estão em melhor situação estão dispostos a receber seus objetivos mais elevados apenas dentro de um esquema no qual isso resulte em benefícios para os menos afortunados.

Algumas vezes se considera que o ideal de fraternidade envolve laços sentimentais que, entre membros da sociedade mais ampla, não seria realista esperar. E essa é certamente mais uma razão para que ele seja relativamente negligenciado na doutrina democrática. Muitos sentiram que esse ideal não tem um lugar próprio nas questões políticas. *Mas se for interpretado como um princípio que incorpora as exigências do princípio da diferença, ele não é uma concepção impraticável. Parece de fato que as instituições e as políticas que com a maior segurança consideramos justas satisfazem as suas exigências, pelo menos no sentido de que as desigualdades permitidas por elas contribuem para o bem-estar dos menos favorecidos.* Ou, de qualquer modo, é essa proposta que tentarei tornar plausível no Capítulo V. *Nessa interpretação, portanto, o princípio da fraternidade é um padrão perfeitamente factível.* Uma vez que o aceitarmos, podemos associar as idéias tradicionais de liberdade, igualdade e fraternidade com a interpretação

democrática dos dois princípios da justiça da seguinte maneira: a liberdade corresponde ao primeiro princípio, a igualdade à idéia de igualdade no primeiro princípio juntamente com a igualdade equitativa das oportunidades, e a fraternidade corresponde ao princípio da diferença. *Desse modo encontramos um lugar para a concepção da fraternidade na interpretação democrática dos dois princípios, e percebemos que ela impõe uma exigência definida sobre a estrutura básica da sociedade. Os outros aspectos da fraternidade não devem ser esquecidos, mas o princípio da diferença expressa o seu significado fundamental do ponto de vista de justiça social. (Destques apostos)*⁵¹.

Basta a isso acrescentar o reforço ao que já se disse ao início: com um tal proceder se obtém a excepcionalidade da possibilidade do resgate do sentido do real, nos casos e situações de, por exemplo, conflito social que acabem sendo examinados, para fins de sua compreensão, pelo viés da tentativa de manutenção de um viver fraternal, sem que haja a necessidade de se abandonar o racional.

5 Considerações finais: A recuperação do(s) ideal(ais) esquecido(s) e o resgate da racionalidade transformada (racionalidade x racionalização).

Nesse passo é de se destacar que, ao contrário do que consta, por exemplo, do discurso pós-moderno, no concernente à impossibilidade atual dos universais racionais de convivência (ideais, princípios, valores) - ante a fragmentação do mundo e das próprias identidades dos sujeitos - e à suposta decadência e superação absoluta do racionalismo da modernidade primeira, existe ainda necessidade e espaço para uma progressão na efetivação daqueles ideais na sociedade contemporânea, desde que (também) relidos pelo prisma da restauração de macroconceitos, símbolos ou verdadeiras metáforas-vivas, como é o caso da fraternidade.

⁵¹ RAWLS, 1997, p. 112-114.

Há de se firmar posição, portanto, no sentido de que nihilismos ideológico, tais como os dos pós-modernistas, simplesmente não traduzem a verdade das relações humanas em sua inteireza e não contribuem, assim, para que se alcance uma compreensão adequada das necessidades da coexistência e dos modos pelos quais ela pode ser menos traumaticamente construída. Tampouco servem aqueles discursos para refutar com êxito uma certa compreensão da modernidade que é pura ou preponderantemente funcionalista, muito em voga hodiernamente, que acaba justamente por dar lugar àquelas tendências de exacerbação de um individualismo desumanizante e de um ilimitado deixar-fazer egoístico – e que de resto, por ela mesma, também não se sustenta por outra vez deixar a desejar quanto a uma séria e larga consideração do papel e das possibilidades reais dos princípios, ideais ou valores humanistas na construção da coexistência pacífica.

Significa dizer, então: em detrimento das teses que subentendem a premissa de que os ideais da racionalidade moderna estão totalmente superados ou maneteados pela hipercomplexidade atual das relações humanas, assim como as possibilidades um pouco mais elásticas dessa mesma razão, há de se responder com a exposição de novos modelos que, a par de reconhecerem a realidade na nova complexidade, não descartem essas verdadeiras vias de humanização do convívio, da tensão e do conflito social.

Há de se defender a possibilidade real de um iluminismo contemporâneo renovado, que respeita o complexo da vida e o introduz nas discussões e equações compreensivas das relações humanas, adaptado à impositividade do convívio das diferentes culturas, dos diferentes valores, dos distintos interesses individuais, das diversas identidades circunstancialmente assumidas pelos indivíduos em distintos momentos de espaço e de tempo em sociedade, ainda que tudo esteja atualmente posto em tão pressionado contato e até em contraposição, como instrumental efetivamente viabilizador, inclusive, dessa coexistência harmonizada de diferenças.

É nesse sentido que parece particularmente válido invocar as seguintes colocações de SÉRGIO PAULO ROUANET, que parecem demonstrar que a recuperação de ideais “esquecidos” política ou jurídica-

mente como os da fraternidade⁵², podem ter justamente este potencial de resgatar a racionalidade da contemporaneidade das limitações de sua concepção de pura modernidade anterior e das críticas iconoclastas que destroem sem deixar substitutivos ou alterantivas à modernidade atual:

*(...) Penso que nem a perspectiva anti-moderna, nem a pós-moderna conseguem lidar adequadamente com os problemas da modernidade. E isso porque elas não dispõem de nenhum outro modelo que não seja o da modernidade funcional, cujo foco exclusivo é o aumento de eficácia dos diferentes sub-sistemas sociais. **Proponho, assim, uma terceira perspectiva, ao lado da anti-moderna e da pós-moderna: a neo-moderna. Ela se funda na existên-***

⁵² Sobre a fraternidade “esquecida”, veja-se a pertinente observação feita por ANDRÉ BOURGUIGNON, no verbete “fraternidade”, constante do ‘Dicionário de ética e filosofia moral’, organizado por MONIQUE CANTO-SPERBER, obra publicada pela PUF (Presses Universitaires de France) e, no Brasil, editada pela UNISINOS, citando desde logo a extraordinária observação de JOHN RAWLS sobre o ponto: “‘Em comparação com as idéias de liberdade e de igualdade, a idéia de fraternidade recebeu menor atenção na teoria da democracia. Muitos vêm na fraternidade um conceito menos precisamente político, que não definiria nenhum dos direitos democráticos...’”. Essa constatação, formulada pelo filósofo John Rawls, em sua ‘Teoria da Justiça’ (1971, 105), impressiona qualquer um que se incline para a tríade republicana: a filosofia política se ocupou muito da liberdade e da igualdade, mas consideravelmente menos da fraternidade, sempre um pouco à sombra de suas duas irmãs. Além disso, alguns filósofos da moral se ligam a esse terceiro valor, opondo sua dimensão relacional à lógica individual dos direitos políticos: diante da insuficiência da justiça, essa ‘virtude fria e ciumenta’ (Hume), a fraternidade responderia a uma outra necessidade, talvez mais essencial do que a autonomia igual de cada um, subentendida pelos dois primeiros princípios de liberdade e igualdade (Baier, 1994, p.19). Se fosse esse o caso, a presença desse termo no lema que resume os princípios de cidadania poderia ter algo de incongruente. Com efeito, se é bem verdade que existem em cada ser humano necessidades relacionais e também de independência, é mais difícil conceber as expectativas mais concretas a que as instituições deveriam levar uma resposta, com relação à idéia de fraternidade assim concebida. Sentimento comunitário difuso e impreciso, mais do que princípio de direito, a fraternidade justificaria o desafeto e até mesmo a desconfiança à qual ela foi submetida na filosofia política. Aliás, desde o século XIX, alguns descartam a noção de fraternidade como um sentimento deslocado nos princípios de cidadania, não dando muita importância às liberdades individuais e destoando dos dois outros princípios. Assim, o filósofo

cia de outra modernidade, ou de outra vertente da modernidade, lado a lado com a modernidade funcional. Com isso, volto ao ponto de partida de minha intervenção: os males da modernidade só podem ser curados pela própria modernidade. Mas a frase perde seu aspecto aporético, paradoxal, porque a modernidade criticada não é a mesma modernidade que critica.

A modernidade, com efeito, tem um rosto de Jânus. Ela tem um vetor funcional, sistêmico, ligado à racionalidade instrumental. É o modelo que examinamos até agora. Mas tem também um vetor que provisoriamente podemos chamar de humanista, ligado a uma racionalidade comunicativa no sentido de Habermas. No primeiro vetor, a palavra de ordem é a eficácia. Um sistema social é mais moderno que outro, quando suas estruturas são mais eficazes. No

britânico James Fitzjames Stephen, que rejeita a generosidade difusa de uma fraternidade, ao mesmo tempo comunitária e abstrata, ou ainda Vacherot, que escreve: ‘A liberdade e a igualdade são princípios, enquanto a fraternidade é apenas um sentimento. Ora, todo o sentimento, por mais poderoso, mais profundo e mais geral que seja, não é um direito; é impossível fazer dele a base da justiça...’ (1860, p.9)”.

Porém, desde logo é de se destacar não só a constatação algo surpreendente de Rawls acerca da forma secundária como sempre foi tratada a fraternidade, bem como o papel menor que acabou sendo reservado a ela na filosofia política, como a sua posição acerca do tema, que é no sentido de tê-la como um dos elementos fundamentais na construção de sua teoria da justiça, ainda que sob outra determinação, como segue do exposto ainda no mesmo verbete antes citado, nos seguintes termos: “**Quanto a John Rawls** – a quem devemos, com sua ‘Teoria da Justiça’, um novo vigor à filosofia política em nosso século -, *se ele observa, nas linhas citadas, que a idéia de fraternidade ocupa até aqui, pouco espaço na teoria democrática, é para propor, no que lhe diz respeito, uma interpretação como princípio normativo fundamental, complementar do princípio da igual liberdade. O princípio rawlsiano de fraternidade, ou de ‘diferença’, afirma, assim, que igualdade dos ‘bens sociais primeiros’ (ou seja, das condições e meios que cada um necessita para realizar uma vida que tenha para si um sentido: rendas, poder, bases sociais do respeito próprio) é preferível, salvo se as desigualdades forem mais benéficas aos mais desfavorecidos* (estimulando a produtividade, por exemplo). Sobre esse princípio que implica que a justiça de uma sociedade se mede pela sorte dos mais desfavorecidos, **Rawls escreve: ‘O princípio da diferença (...) parece corresponder a um significado natural da fraternidade: ou seja, à idéia de que é preciso recusar vantagens maiores, se não beneficiarem também outros menos afortunados’** (1971, p.105). Assim nos encontramos diante de uma das possíveis concepções da fraternidade democrática que, no entanto, não encontrou eco na filosofia política.” (CANTO-SPERBER, 2003, p.668-9 - destaques apostos).

segundo vetor, é a autonomia que é decisiva. Um sistema social é mais moderno que outro quando abre mais espaço para a autonomia dos indivíduos.

O *vetor iluminista* tem os mesmos elementos que o vetor funcional, mas seu conteúdo não é mais o mesmo. *Em lugar de globalização* movida por uma razão instrumental e sistêmica, que só conhece objetivos de lucro e de eficácia, *ele fala em processos de universalização*, regidos pela razão comunicativa e conduzidos por interlocutores plenamente capazes de defender a especificidade de suas formas de vida. *Em lugar de individualismo*, tendência anômica e anti-social, *ele fala em individualidade*, objetivo que só pode ser alcançado por uma intensa socialização. *Em lugar da eficácia econômica, política e cultural*, que tem a ver com *estruturas*, ele fala em *autonomia econômica, política e cultural*, que tem a ver com *seres humanos*.

Universalismo, individuação, autonomia: essa descrição produz uma forte impressão de 'déjà vu'. É que ela coincide, em grandes linhas, com algo que conhecemos bem, o programa das Luzes. Tem razão, assim, o grande biógrafo de Diderot, Arthur Wilson, quando disse que 'o que um cientista social do século XX entende por modernização correspondente ao que um filósofo do século XVIII entendia por 'lumières'. Podemos agora chamar a modernidade humanista por seu verdadeiro nome: **a modernidade iluminista**.

(...)

É onde entra a perspectiva neo-moderna. Ela tem jurisdição sobre a totalidade do projeto moderno, abrangendo tanto o vetor funcional quanto o vetor iluminista. Sua tarefa é recuperar a vertente iluminista da modernidade, torná-la novamente visível, fazer sua anamnese, para que o esquecido possa ser rememorado e convertido novamente em fermento do acontecer histórico. Em nenhum momento, o neo-modernismo negligencia a modernidade funcional, mas procura reconectá-la com a modernidade iluminista, restaurando com isso o vínculo entre racionalidade técnica e razão substantiva que nunca havia sido perdida de vista pelos filósofos enciclopedistas, para os quais toda ciência e toda técnica estavam necessariamente a serviços de fins humanos.

A perspectiva neo-moderna adquire assim um fundamento para criticar a modernidade funcional. E conquista um critério para dese-

nhar os contornos de uma modernidade utópica. Ela recupera a capacidade crítica, porque a existência de ‘outra’ modernidade proporciona-lhe os meios para avaliar a modernidade existente. Ela pode encampar e dar uma formulação plausível a virtualmente todas as críticas dirigidas pelos anti-modernistas contra a modernidade funcional – sua tendência globalizante, conduzida sem a participação dos diretamente interessados, seu individualismo atomístico, que bloqueia a formação de individualidades socialmente responsáveis, e os obstáculos à autonomia dos agentes, na esfera econômica, política e cultural. Todas essas características encontram um fundamento sólido nas estruturas normativas e axiológicas da modernidade iluminista. *A perspectiva neo-moderna tem os meios, também, para criticar as posições pós-modernas* que contrariam os princípios fundamentais da idéia iluminista, como o ideal Kantiano da ‘Mündigkeit’, da condição adulta, da consciência livre e não-tutelada.

E pode ser a base de uma utopia concreta, no sentido de Ernst Bloch, *porque ao contrário dos anti-modernos*, que vivem num mundo sem transcendência, *e dos pós-modernos*, para os quais a utopia já está presente nas formas existentes de vida alternativa, *os neo-modernos têm como horizonte uma modernidade ideal que é ao mesmo tempo irrealizável e irrenunciável – o horizonte da utopia.*⁵³ (destaques apostos).

Por fim, em reforço a tudo o que já se disse alhures, veja-se que também Morin defende a utilização das *metáforas* para dizer mais do que aquilo que ordinariamente pode ser dito e se promover esse resgate de uma racionalidade transformada para a contemporaneidade: “Deve-se compreender que as metáforas fazem parte da convivialidade da linguagem e da convivialidade das idéias.”⁵⁴

De qualquer sorte, também como ensina Morin, há de se reconhecer e manter firmemente à vista, finalmente, que a razão é evolutiva; que traz em si o seu pior inimigo, que é a racionalização – sempre produtora do risco de sufocá-la; que não se pode hoje deixar de levar em consideração tudo o que foi escrito sobre a razão por HORKHEIMER, ADORNO ou

⁵³ ROUANET, 2006, p.103-110.

⁵⁴ MORIN, 2007, p.118.

MARCUSE; mas, por outra, que também – repita-se - “...a verdadeira racionalidade reconhece a irracionalidade e dialoga com o irracionalizável.”⁵⁵

Só assim parece possível reconstruir uma racionalidade transformada para esses tempos de agruras da contemporaneidade, que não só dê respostas às necessidades prementes da convivência humana pressionada pelas transformações do mundo de hoje, mas que respeite mais a complexidade e o indecifrável do mundo, dos homens e de suas relações, fazendo nascer um novo modo de vivermos juntos, mais verdadeiro e pacífico, e, nas palavras do próprio Morin, quem sabe, até mesmo uma nova humanidade:

*Creio que a verdadeira racionalidade é profundamente tolerante com respeito aos mistérios. A falsa racionalidade sempre tratou de ‘primitivas’, de infantis, de ‘pré-lógicas’ populações onde havia uma complexidade de pensamento, não apenas técnica, no conhecimento da natureza, mas nos mitos. Por todas essas razões, creio que estamos no início de uma grande aventura. Em ‘O paradigma perdido’, digo que a humanidade tem vários começos. A humanidade não nasceu de uma só vez, ela nasceu várias vezes e eu sou daqueles que esperam por um novo nascimento.*⁵⁶ (destaquei).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Nova Cultural, 1996 (Coleção “Os pensadores”).

BOBBIO, Norberto. *Direita e esquerda: Razões e significados de uma distinção política*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 2ª edição. São Paulo: Editora UNESP, 2001.

CANTO-SPERBER, M (organizadora). *Dicionário de Ética e Filosofia Moral*: vol. I e II. Trad. Ana Maria Ribeiro-Althoff, Magda França Lopes, Maria Vitória Kessler de Sá Brito e Paulo Neves. São Leopoldo: Editora Unisinos.

⁵⁵ *Idem*.

⁵⁶ *Ibidem*, p.119.

CESAR, Constança Marcondes. A ontologia hermenêutica em Paul Ricoeur. In: CESAR, Constança Marcondes (organizadora). *A hermenêutica francesa: Paul Ricoeur*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002. p. 43-55.

_____. Ética e política. In: CESAR, Constança Marcondes (organizadora). *Paul Ricoeur: ensaios*. São Paulo: Paulus, 1998. p. 39-51.

_____. Multiculturalismo: questões éticas. In: CESAR, Constança Marcondes (organizadora). *A hermenêutica francesa: Paul Ricoeur*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002. p. 67-80.

_____. O problema da tolerância em Paul Ricoeur. In: CESAR, Constança Marcondes (organizadora). *A hermenêutica francesa: Paul Ricoeur*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002. p. 57-66.

_____. Responsabilidade e cosmos. In: CESAR, Constança Marcondes (organizadora). *Paul Ricoeur: ensaios*. São Paulo: Paulus, 1998. p. 67-75.

CESAR, Constança Marcondes. VERGIÈRES, Solange. A vida feliz em Aristóteles e Ricoeur. In: CESAR, Constança Marcondes (organizadora). *A hermenêutica francesa: Paul Ricoeur*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002. p. 105-128.

COMPARATO, Fabio Konder. *Ética: Direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

COSTA, Sérgio. Complexidade, diversidade e democracia: alguns apontamentos conceituais e uma alusão à singularidade brasileira. In: SOUZA, J. (organizador). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. p. 461-476.

DESROCHES, Daniel. Ricoeur, crítico do 'cogito'. In: CESAR, Constança Marcondes (organizadora). *A hermenêutica francesa: Paul Ricoeur*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002. p. p.27-41.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FRANCO, SÉRGIO DE GOUVÊA. *Hermenêutica e psicanálise na obra de Paul Ricoeur*. São Paulo: Loyola, 1995.

MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Trad. Eliante Lisboa. 3ª ed. Porto Alegre: Sulina, 2007.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. *Multiculturalismo: o 'olho do furacão' no Direito pós-moderno*. In: "Direitos Culturais: revista do programa de pós-graduação em Direito – Mestrado da URI – Santo Ângelo/ Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões" – v.1, nº1 (dezembro de 2006). – Santo Ângelo: EDIURI, 2006. p.161-175.

RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita R. M. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RICOEUR, Paul. *A metáfora viva*. Trad. Dion Davi Macedo. 2ª. Ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

_____. *Leituras 1: em torno ao político*. Trad. Marcelo Perine. São Paulo: Edições Loyola, 1995.

_____. *Oneself as Another*. Trad. Kathleen Blamey. Chicago: The University of Chicago Press, 1994.

_____. *O Justo: a justiça como regra moral e como instituição*. Vol. 1. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

_____. *O Justo: justiça e verdade e outros estudos*. Vol. 2. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

_____. *O Justo ou a essência da justiça*. Trad. Vasco Casimiro. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

_____. *O si-mesmo como um outro*. Trad. Lucy Moreira César. Campinas, São Paulo: Papirus, 1991.

ROUANET, Sérgio Paulo. As duas modernidades. In: MACHADO DA SILVA, Juremir e SCHULER, Fernando (organizadores). *Metamorfoses da Cultura Contemporânea*. Porto Alegre: Editora Sulina, 2006. p. 103-110.

TAYLOR, Charles. *As fontes do self: A construção da identidade moderna*. Trad. Adail Ubirajara Sobral e Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

TOURAINÉ, Alain. *Iguais e diferentes: poderemos viver juntos?* Trad. Carlos Aboim de Brito. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

DECADÊNCIA DO PODER DE REVISÃO DO ATO QUE CONCEDE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO

Tiago do Carmo Martins

Juiz Federal Substituto da 2ª Vara Federal de Santa Maria - RS, Professor da Escola da Magistratura Federal no Rio Grande do Sul – ESMAFE-RS.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Natureza do ato que concede benefício previdenciário. 3 Decadência: um enfoque no direito público. 4 Regras atinentes à decadência do poder de revisão do benefício previdenciário. 5 Vácuo normativo. 6 Superveniência do art. 103-A, da lei 8.213/91. 7 Conclusão. 8 Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

A administração tem o poder-dever de anular seus próprios atos, quando eivados de nulidade (Enunciado de Súmula 473, STF). Não pode, todavia, fazê-lo a qualquer tempo, posto que tal criaria situação de extrema insegurança jurídica.

Esta realidade se acentua quando o ato administrativo a ser revisado é aquele que outorga um benefício previdenciário, porquanto, a prestação, no mais das vezes de pequena monta, é a única fonte de subsistência de um indivíduo, e eventualmente de sua família, exposto a uma causa de vulnerabilidade social, a qual é a própria razão da concessão do auxílio.

Impende, portanto, verificar quais os limites temporais de revisibilidade do ato concessivo do benefício previdenciário por parte do ente estatal, de modo a ser possível delinear solução que conjugue os interesses de manutenção da legalidade com a estabilidade jurídica.

2 NATUREZA DO ATO QUE CONCEDE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO

O ato que concede um determinado benefício do Regime Geral de Previdência Social é verdadeiro ato administrativo.

MEDAUAR¹ caracteriza o ato administrativo como *um dos modos de expressão das decisões tomadas por órgãos ou autoridades da Administração Pública, que produz efeitos jurídicos, em especial no sentido de reconhecer, modificar, extinguir direitos ou impor restrições e obrigações, com observância da legalidade.*

MEIRELLES², a seu turno, em clássica lição, conceitua o ato administrativo como *toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.*

O ato concessivo de um benefício previdenciário é expedido por entidade integrante da Administração Indireta, o Instituto Nacional do Seguro Social, autarquia federal, a quem compete a outorga concreta das prestações relativas à Previdência e à Assistência Social.

Referido ato, a despeito de ser consequência de prévia provocação do interessado, é unilateral, porquanto não há convergência de vontades em sua formação. Dependente tão somente da avaliação procedida pela entidade pública, que, à luz do princípio da legalidade, defere a pretensão deduzida pelo segurado ou dependente do Regime Geral de Previdência.

O resultado é a criação de um direito para o segurado ou seu dependente, que desde a expedição da manifestação administrativa, passa a gozar de prestação mensal que lhe garantirá a subsistência.

Como consequência, tal espécie de ato administrativo resta submetido ao regramento próprio desta categoria jurídica, especialmente ao cânone da legalidade que, como se verá adiante, não incide apenas quando da formação do ato, mas também na eventualidade de sua desconstituição.

¹ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 148.

² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 132.

3 DECADÊNCIA: UM ENFOQUE NO DIREITO PÚBLICO

Da doutrina civilista é que se extrai a diferenciação de prescrição e decadência, sendo a primeira a extinção do mecanismo tendente a veicular o direito em juízo (ação), ante a seu não exercício no prazo legal, fenômeno que tem como consequência o esvaziamento do próprio direito, que remanesce, conquanto esvaziado, já que privado de seu meio de efetivação.

Já a decadência é modo de extinção do próprio direito, em face da inércia do titular em certo lapso de esses conceitos ao Direito Público, ZANCANER³ faz valiosa constatação, ao afirmar que *Se, (...) no Direito Privado a prescrição basta para garantir a segurança jurídica, o mesmo não se dá no Direito Público, pois o princípio da segurança jurídica só fica resguardado através do instituto da decadência, em se tratando de atos inconvaleáveis, devido ao fato de a Administração Pública não precisar valer-se da ação, ao contrário do que se passa com os particulares, para executar o seu poder de invalidar.*

Isto se deve ao atributo da auto-executoriedade de que são dotados os atos administrativos, que permite seja o ato posto em execução diretamente pela Administração, sem necessidade de prévia intervenção judicial⁴.

Aí reside a razão fundamental para a delimitação temporal deste direito potestativo da Administração, uma vez que a conjugação da prerrogativa de invalidar o ato unilateralmente, associada à indefinição no tempo deste poder, é situação potencialmente lesiva ao indivíduo.

4 REGRAS ATINENTES À DECADÊNCIA DO PODER DE REVISÃO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO

Ao longo do tempo, diversas normas se propuseram a regular a decadência do direito da Administração anular o ato concessivo de benefício previdenciário.

³ ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 77.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 185.

Nesta senda, a Lei 6.309/75 dispunha:

Art. 7º Os processos de interesse de beneficiários e demais contribuintes não poderão ser revistos após 5 (cinco) anos, contados de sua decisão final, ficando dispensada a conservação da documentação respectiva além desse prazo.

Referida Lei veio a ser revogada pela Lei 8.422, de 14.05.1992.

Sobreveio, então, a Lei 9.784/99 (DOU de 01.02.99), estabelecendo *normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração* (art. 1º).

Referido diploma, a par de enunciar o *dever* administrativo de anular os atos praticados com vício de ilegalidade (art. 53), tornando lei entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal no Enunciado de Súmula nº 473, estabeleceu limitação temporal para o exercício desta prerrogativa:

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

Posteriormente, foi acrescido à Lei 8.213/91 o art. 103-A, através da Medida Provisória 138/03, convertida na Lei 10.839/04, cuja redação é semelhante a do art. 54, da Lei 8.213/91, mas aplicável especificamente aos atos administrativos de natureza previdenciária e com a diferença fundamental do aumento do prazo decadencial, de cinco para dez anos:

Art. 103-A. O direito da Previdência Social de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os seus beneficiários decai em dez anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. (Incluído pela Lei nº 10.839, de 2004)

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo decadencial contar-se-á da percepção do primeiro pagamento. (Incluído pela Lei nº 10.839, de 2004)

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato. (Incluído pela Lei nº 10.839, de 2004)

Desta cadeia normativa, restam duas importantes indagações: 1) no período entre a revogação da Lei 6.309/75 pela Lei 8.422/92 até a edição da Lei 9.784/99 existia prazo decadencial para a Administração anular o ato concessivo de benefício previdenciário? 2) como fica regrado o prazo decadencial iniciado sob a égide da Lei 9.784/99 em face da superveniência do art. 103-A, da Lei 8.213/91, que aumentou o tempo para exercício do dever administrativo de anular ato que concedeu ilegalmente um benefício do Regime Geral de Previdência Social?

5 VÁCUO NORMATIVO

A revogação da Lei 6.309/75 pela Lei 8.422/92 criou um vazio normativo a respeito da decadência do direito da Administração Previdenciária invalidar um ato concessivo de benefício eivado de ilegalidade, o qual só veio a ser preenchido com a edição da Lei 9.784/99.

Destarte, no período de 14.05.1992 (publicação da Lei 8.422) a 01.02.1999 (publicação da Lei 9.784) inexistiu norma regulando a decadência deste poder administrativo.

No plano infralegal, contudo, havia normas regulando a matéria, o que pode dar ensejo à interpretação de que a Administração estava, por esta razão, no interregno considerado, sujeita a prazo decadencial para anular o ato concessivo de benefício previdenciário.

Assim vinha redigido o Decreto 83.080, de 24.01.79:

Art. 383. Ressalvada a hipótese do artigo 382, o processo de interesse de beneficiário não pode ser revisto após 5 (cinco) anos contados da sua decisão final, ficando dispensada a conservação da documentação respectiva além desse prazo.

Na mesma esteira ia o Decreto 89.312, de 22.01.84, que teve vigência até ser revogado pelo Decreto 3.048, de 07.05.1999:

Art. 207. O processo de interesse de beneficiário ou empresa não pode ser revisto após 5 (cinco) anos contados de sua decisão final, ficando dispensada a conservação da documentação respectiva além desse prazo.

Tais atos normativos, entretanto, não se revelam suficientes para preencher o vácuo normativo em questão, porquanto se tratam de verdadeiros *decretos autônomos*, posto que, desde 14.05.1992, são desprovidos de lastro em lei, sem o que restam impossibilitados de reger a situação em exame, haja vista que sua validade reside essencialmente em explicitar um estatuto legal, a fim de melhor explicitá-lo, sendo vedado a essa espécie de ato normativo inovar no mundo jurídico, para criar direitos ou obrigações^{5 6}.

Diante desse quadro, há entendimento, já consolidado no Superior Tribunal de Justiça, que apregoa a inexistência de prazo decadencial no período em questão, em razão do que estaria a Administração livre para anular o ato concessivo a qualquer tempo, situação que só restaria alterada com a publicação da Lei 9.784/99, quando então passaria a fluir o prazo decadencial estabelecido em seu artigo 54. Neste sentido:

ADMINISTRATIVO - ATO ADMINISTRATIVO: REVOGAÇÃO - DECADÊNCIA - LEI 9.784/99 - VANTAGEM FUNCIONAL - DIREITO ADQUIRIDO - DEVOLUÇÃO DE VALORES.

Até o advento da Lei 9.784/99, a Administração podia revogar a qualquer tempo os seus próprios atos, quando eivados de vícios, na dicção das Súmulas 346 e 473/STF. A Lei 9.784/99, ao disciplinar o processo administrativo, estabeleceu o prazo de cinco anos

⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 371.

⁶ Em sentido contrário, o Tribunal Regional Federal da Quarta Região registra precedente que reconhece a imposição de prazo decadencial do direito de anular o ato ilegal pelo Decreto 89.312/84 (TRF4, AMS 2004.70.00.025948-9, Quinta Turma, Relator Luiz Antonio Bonat, D.E. 23/10/2007).

para que pudesse a Administração revogar os seus atos (art. 54). A vigência do dispositivo, dentro da lógica interpretativa, tem início a partir da publicação da lei, não sendo possível retroagir a norma para limitar a Administração em relação ao passado. Ilegalidade do ato administrativo que contemplou a impetrante com vantagem funcional derivada de transformação do cargo efetivo em comissão, após a aposentadoria da servidora. Dispensada a restituição dos valores em razão da boa-fé da servidora no recebimento das parcelas. Segurança concedida em parte. (MS 9112/DF; Relatora Ministra Eliana Calmon; Corte Especial; DJ 14.11.2005)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. REVISÃO ADMINISTRATIVA DO ATO DE CONCESSÃO. DECADÊNCIA. SÚMULA 473. ART. 54 DA LEI Nº 9.784/99. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. SEGURANÇA JURÍDICA. 1. Os atos administrativos praticados antes da vigência da Lei nº 9.784/99, que prevê o prazo de 5 anos para a administração anular seus atos ilegais, estão sujeitos a este prazo decadencial a contar da sua entrada em vigor. 2. O poder-dever da administração pública revogar seus atos ilegais a qualquer tempo, conforme previsto na Súmula 473 do STF, deve ser abrandado em determinadas situações fáticas, sob pena de se conferir instabilidade às relações jurídicas, sobretudo quando eventual revogação do ato causar danos maiores e de irreparabilidade indiscutível do que a manutenção do ato de concessão de benefício previdenciário supostamente irregular. 3. Concedida a aposentadoria antes da vigência da Lei nº 9.784/99 e iniciado o processo de revisão em setembro de 2006, não é razoável após 09 anos da concessão da aposentadoria e com fundamento em indícios de irregularidade revogue o ato administrativo de que decorre efeitos favoráveis ao administrado, sobretudo se não comprovada a ocorrência de fraude no ato concessório. (TRF4, AG 2007.04.00.032202-2, Turma Suplementar, Relator Fernando Quadros da Silva, D.E. 17/01/2008)

Seguindo a mesma diretriz básica, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região registra entendimento em que se reconhece a inexistência de prazo decadencial no período em tela, que só passaria a transcorrer com a publicação da Lei 9.784/99, traçando certo temperamento.

Embora reconheça não estar sujeita a Administração a prazo decadencial para anular o ato ilegal, traça o Tribunal restrição ao poder de anulação da Administração, fundada nas circunstâncias do caso concreto, à luz do princípio da segurança jurídica:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. CANCELAMENTO. LIMITES AO DESFAZIMENTO DE ATO CONCESSÓRIO POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

(...) 4. A Lei 6.309/75 previa em seu artigo 7º que os processos de interesse de beneficiários não poderiam ser revistos após 5 (cinco) anos, contados de sua decisão final, ficando dispensada a conservação da documentação respectiva além desse prazo. Assim, em se tratando de benefício deferido sob a égide da Lei 6.309/75, ou seja, até 14/05/92 (quando entrou em vigor a Lei 8.422, de 13/05/92, que em seu artigo 22 revogou a Lei 6.309/75), caso decorrido o prazo de cinco anos, inviável a revisão da situação, ressalvadas as hipóteses de fraude, pois esta não se consolida com o tempo 5. Segundo o Superior Tribunal de Justiça, para os benefícios deferidos antes do advento da Lei 9.784/99 o prazo de decadência deve ser contado a partir da data de início de vigência do referido Diploma, ou seja, 01/02/1999. Mesmo nestas situações, todavia, há necessidade de respeito ao princípio da segurança jurídica, à luz das circunstâncias do caso concreto. (...)

(TRF4, AC 2003.04.01.026599-6, Turma Suplementar, Relator Ricardo Teixeira do Valle Pereira, D.E. 16/05/2008)

Pertinente transcrever excerto de voto do Relator do acórdão, eminente Desembargador Federal RICARDO TEIXEIRA DO VALLE PEREIRA:

Assim, considerando o que foi exposto, é de se concluir que em toda situação na qual se analisa ato de cancelamento de benefício previdenciário, (em especial para os benefícios deferidos entre a revogação da Lei 6.309/75 e o advento da Lei 9.784/99), há necessidade de análise do caso concreto, considerando-se, por exem-

plo, o tempo decorrido, as circunstâncias que deram causa à concessão do benefício, as condições sociais do interessado, sua idade, e a inexistência de má-fé, tudo à luz do princípio da segurança jurídica.

A posição que se defende, com apoio em precedentes do Supremo Tribunal Federal, registre-se, não vai de encontro ao entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. O que se afirma é que, a despeito de não haver prazo decadencial em seu sentido estrito a considerar, e independentemente do prazo fixado em lei, nada impede que se reconheça o direito à manutenção da situação, com base em fundamento constitucional, em razão das circunstâncias do caso específico.

No sentido diametralmente oposto, BANDEIRA DE MELLO sustenta que a ausência de norma específica regulando a decadência da prerrogativa administrativa em exame não constitui óbice ao seu reconhecimento.

Segundo preleciona o mestre, *nas hipóteses em que se trate de rever uma anterior decisão sua, haver-se-á de entender, caso não haja outro prazo estabelecido, que o prazo decadencial jamais excederá àquele correspondente ao da prescrição da ação judicial de que disporia*⁷.

Na linha defendida pelo preclaro professor, este prazo seria sempre de 5 (cinco) anos, salvo norma expressa em contrário ou a ocorrência de má-fé por qualquer das partes, prazo que seria uma constante nas normas de Direito Público que regulam a prescrição das ações judiciais do Poder Público em face do administrado (art. 174, do Código Tributário Nacional); bem como daquelas que regem a decadência das prerrogativas potestativas da Administração (art. 173, do Código Tributário Nacional, art. 54, da Lei 9.784/99 e art. 1º, da Lei 9.873/99); assim como da disposição que rege a *prescrição em casos inversos* (arts. 1º e 2º, do Decreto 20.910/32)⁸.

⁷ Ob. Cit., p. 929.

⁸ Ob. Cit., p. 930-931.

Na esteira desse entendimento, o vácuo normativo deixado pela revogação da Lei 6.309/75 não impediria a decadência do direito administrativo de anular o ato que outorgou o benefício previdenciário, já que, em uma interpretação sistêmica do ordenamento jurídico, sempre haveria o prazo decadencial de 5 (cinco) a ser oposto ao poder revisório da Administração Pública.

Tal a solução que melhor harmoniza o choque entre os princípios da legalidade e da segurança jurídica, pois permite que, mesmo à míngua de disposição expressa de Lei, regulando especificamente a matéria, seja reconhecido um prazo razoável à Administração, sujeita a toda sorte de limitações operacionais, para que possa exercer seu *dever de anulação* do ato viciado; sem que com isto fique o segurado da previdência social relegado à interminável indefinição.

6 SUPERVENIÊNCIA DO ART. 103-A, DA LEI 8.213/91

Outra questão a ser enfrentada é a atinente ao prazo decadencial iniciado sob a égide da Lei 9.784/99 e, posteriormente, atingido pela superveniência do art. 103-A, da Lei 8.213/91, instituído pela Medida Provisória 138, de 19.11.03, que aumentou de cinco para dez anos o prazo para exercício do dever administrativo de anular ato que concedeu ilegalmente um benefício do Regime Geral de Previdência Social, quando ausente má-fé por parte do beneficiário.

Há abalizado entendimento pugnano pela aplicabilidade imediata do prazo marcado pelo art. 103-A, da Lei de benefícios, que, todavia, aproveitaria o tempo já transcorrido sob a égide da Lei 9.784/99⁹.

A interpretação decorre da idéia de que *Tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Código Civil de 2002, como verifica-se, trataram apenas de hipóteses de redução do prazo de decadência. Indicaram, todavia, que os prazos prescricionais ou decadenciais da lei nova em princípio são aplicáveis às situações apanhadas pela mudança legislativa.*

⁹ TRF4, AC 2003.04.01.026599-6, Turma Suplementar, Relator Ricardo Teixeira do Valle Pereira, D.E. 16/05/2008.

*Possível a conclusão, assim, de que promovendo a lei nova o aumento do prazo decadencial, e desde que não tenha ele ainda se consumado sob a égide da norma revogada, aplica-se o novo prazo, com aproveitamento do tempo já decorrido*¹⁰.

A conclusão é no sentido de que todos os prazos iniciados sob a vigência de Lei 9.784/99 seriam atingidos pelo novel art. 103-A, da Lei 8.213/91. No ponto, impende transcrever excerto de voto do ilustre Desembargador Federal RICARDO TEIXEIRA DO VALLE PEREIRA:

De se concluir, portanto, que os prazos que tiveram início sob a égide da Lei 9.784/99, foram acrescidos a partir de novembro de 2003, quando entrou em vigor a MP 138/03, de tanto tempo quanto necessário para atingir o total de dez anos. Em termos mais claros: o prazo decadencial passou a ser de dez anos, aproveitando-se, todavia, o tempo já decorrido sob a égide da norma revogada. Na prática, todos os casos subsumidos inicialmente à regência da Lei 9.784/99, portanto, passaram a observar o prazo decadencial de dez anos, pois a MP 138/03 entrou em vigor antes de decorridos cinco anos a contar do advento daquela lei.

De outra banda, há orientação que apregoa a irretroatividade da inovação legislativa, de modo que o prazo decadencial de dez anos somente seria aplicável aos benefícios concedidos a partir de 19.11.03, tendo por base a idéia de que, sendo a decadência instituto de direito material, inviável sua retroação para abarcar relações anteriores a sua vigência.

Neste sentido o seguinte precedente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. APOSENTADORIA PROPORCIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO. DECADÊNCIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO. LEI 9874/99, ART. 2º, XIII. CUSTAS PROCESSUAIS. (...) 3. Em respeito à

¹⁰ Excerto de Voto, na AC 2003.04.01.026599-6.

segurança e estabilidade jurídica, aliada à boa-fé do beneficiário, devem ser convalidados os atos consolidados pelo longo decurso de tempo, representado pelo transcurso de cinco anos previsto no art. 207 do Dec. 89.312/84 e art. 54 da Lei nº 9784/99 e, mais recentemente, se ultrapassado o marco de dez anos, previsto no art. 103-A da Lei nº 8.213/91, com a redação imposta pela Lei nº 10.839/04, DOU de 06-02-04, originária da MP 138, de 19-11-2003, sendo que esta não pode retroagir para alcançar benefícios concedidos anteriormente. Precedentes. (...)

(TRF4, AMS 2004.70.00.025948-9, Quinta Turma, Relator Luiz Antonio Bonat, D.E. 23/10/2007)

Esta mesma orientação tem seguido o Superior Tribunal de Justiça, em demandas que versam sobre a decadência do direito do segurado da Previdência Social pleitear a revisão do ato de concessão de seu benefício (art. 103, Lei 8.213/91):

PROCESSUAL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO NÃO CARACTERIZADO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. PRAZO DECADENCIAL. ARTIGO 103 DA LEI 8.213/91, COM A REDAÇÃO DA MP 1.523/97 CONVERTIDA NA LEI 9.528/98 E ALTERADO PELA LEI 9.711/98.

(...)

II - O prazo decadencial do direito à revisão de ato de concessão de benefício previdenciário, instituído pela MP 1.523/97, convertida na Lei 9.528/98 e alterado pela Lei 9.711/98, não alcança os benefícios concedidos antes de 27.06.97, data da nona edição da MP 1.523/97.

III - Recurso conhecido em parte e, nessa desprovido.

(Resp 254186/PR, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 28.06.2001, DJ 27.08.2001 p. 376)

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADO. ART. 255 DO RISTJ. REVISÃO DE BENEFÍCIO. PRAZO DECADENCIAL. ART. 103 DA LEI Nº 8.213/91. MP Nº 1.523/97. LEI DE REGÊNCIA. SÚMULA 359/STF.

(...)

IV - Se a Lei nº 8.213/91, em seu art. 103, com a redação dada pela MP nº 1.523-9/97, introduziu tal prazo decadencial, essa restrição superveniente não poderá incidir sob situações já constituídas sob o pálio de legislação anterior. Súmula 359/STF Recurso não conhecido.

(REsp 233168/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16.03.2000, DJ 10.04.2000 p. 119)

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL COM FUNDAMENTO NA CF, ART. 105, III, "C". MERA TRANSCRIÇÃO DE EMENTAS. DISSÍDIO NÃO CONFIGURADO. ALEGADA VIOLAÇÃO À LEI 8.213/91, ART. 103. REDAÇÃO DADA PELA MP 1.523-9/97, CONVERTIDA NA LEI 9.528/97. PRAZO DECADENCIAL.

NÃO APLICAÇÃO ÀS SITUAÇÕES CONSTITUÍDAS SOB A VIGÊNCIA DE LEGISLAÇÃO PRETÉRITA. RECURSO NÃO PROVIDO.

(...)

2. O prazo decadencial previsto na Lei 8.213/91, art. 103, com redação dada pela MP 1.523-9/97, convertida na Lei 9.528/97, não se aplica aos benefícios concedidos sob a vigência de legislação pretérita.

3. Recurso não provido.

(REsp 254263/PR, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, QUINTA TURMA, julgado em 10.10.2000, DJ 06.11.2000 p. 218)

Com efeito, este entendimento, de todo aplicável à espécie, porquanto embora se alterem os pólos da relação, sua essência remanesce a mesma, melhor conforma o embate entre os imperativos da legalidade e da segurança jurídica.

De um lado, resguarda a possibilidade administrativa de ceifar um ato ilegal. De outro, assegura que um fato constituído sob pálio de certa legislação não venha a sofrer os efeitos da que lhe sobrevenha, o que dá maior estabilidade ao sistema, ao que se soma a circunstância de se encontrar solidificado na Corte encarregada de uniformizar a interpretação da legislação federal da República.

7 CONCLUSÃO

Em conclusão, pode-se afirmar que, a despeito de inexistir Lei em sentido estrito regulando o prazo decadencial do poder de anular ato concessivo de benefício previdenciário ilegalmente concedido, situação verificada entre 14.05.1992 (publicação da Lei 8.422) e 01.02.1999 (publicação da Lei 9.784), e desde que inexistam má-fé por parte do beneficiário, sempre estará sujeita a Administração ao prazo de 5 (cinco) anos para exercício de sua prerrogativa anulatória.

Tal a solução que deriva de uma interpretação sistêmica das normas de Direito Público acerca da Decadência e que melhor se coaduna com a harmonização do choque entre os princípios da legalidade e da segurança jurídica.

Na mesma esteira, a melhor conformação desses princípios é obtida, no caso de superveniência de norma que venha a aumentar o prazo decadencial para o poder anulatório da Administração, situação ocorrida com a edição da Medida Provisória 138, de 19.11.03, que acresceu o art. 103-A à Lei 8.213/91, com a interpretação que privilegia a aplicação da norma vigente à época da concessão do benefício previdenciário.

8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM FILHO, Agnelo. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Nº 300, out. 1960.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo: RT, 1984.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2000.

DUARTE, Marina Vasques. *Direito Previdenciário*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004.

FIUZA, César. *Direito Civil, Curso Completo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1999.

ROCHA, Daniel Machado da, JUNIOR, José Paulo Baltazar. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, José Afonso. *Direito constitucional positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*. São Paulo: Malheiros, 2001.



**Invista com prudência e disciplina,
transforme a crise em oportunidades.**



PRIVATTO
investimentos



Av. Nilo Peçanha, 2825 Conj. 1501 | CEP 91330-001
Porto Alegre | RS | 51 3330 2879 | www.privatto.com.br
contato@privatto.com.br

PRIVATTO