

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ - UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA –
PROPPEC
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ
PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

PRINCÍPIOS DE SEGURIDADE SOCIAL:

o Direito Previdenciário no Brasil sob o enfoque da Teoria da Justiça de Aristóteles.

VILIAN BOLLMANN

Itajaí (SC), julho de 2007.

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ - UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA –
PROPPEC
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ
PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

PRINCÍPIOS DE SEGURIDADE SOCIAL:

o Direito Previdenciário no Brasil sob o enfoque da Teoria da Justiça de Aristóteles.

Projeto de Dissertação submetido à
Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, a
título de qualificação para o Mestrado
Acadêmico em Ciência Jurídica

Vilian Bollmann

Orientador: Professor Doutor Moacyr Motta da Silva

Itajaí (SC), julho de 2007.

Meus agradecimentos:

Ao Professor Doutor **Moacyr Motta da Silva**, meu Orientador,
que me conduziu nessa jornada de pesquisa e aprimoramento científico.

Dedico este trabalho:

À minha esposa, **Desirré**, não só pelo conhecimento que me partilhou,
necessário à empreitada, mas também pelo amor e compreensão
com que me apoiou e aceitou o período que este
trabalho consumiu da dedicação
devida à família;

Aos meus filhos, **Guilherme e Luísa**, pelo amor
incondicional que me dedicam e fundamentam a busca de um mundo mais
justo e solidário.

Esta Dissertação foi julgada APTA para obtenção do título de mestre em Ciência Jurídica e aprovada, em sua forma final, pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (CPCJ/UNIVALI).

Prof. Dr. Álvaro Borges de Oliveira

Orientador

Prof. Dr. Paulo Márcio Cruz

Coordenador do CPCJ

Apresentada perante a Banca Examinadora composta dos seguintes Professores:

Prof. Dr. Álvaro Borges de Oliveira

Orientador e Presidente da Banca

Prof. Dr. _____

Membro titular da Banca

Prof. Dr. _____

Membro titular da Banca

Itajaí (SC), _____ de 2006.

DECLARAÇÃO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, a Coordenação do Curso de Pós-Graduação *stricto sensu* em Ciência Jurídica (CPCJ/UNIVALI), a Banca Examinadora, o Orientador e os Co-orientadores de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí (SC), julho de 2007.

Vilian Bollmann

Mestrando

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CEME	Central de Medicamentos
CPCJ/UNIVALI	Centro de Pós-graduação em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí
CR	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DATAPREV	Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social
FUNABEM	Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor
FUNRURAL	Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural
HIP	Hipótese de Incidência Previdenciária
IAPAS	Instituto de Administração Financeira da Previdência Social
INAMPS	Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social
INPS	Instituto Nacional de Previdência Social
INSS	Instituto Nacional de Seguro Social
IAPB	Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Bancários
IAPC	Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciantes
IAPETC	Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Empregados em Transportes e Cargas
IAPI	Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários
IAPM	Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos
IPASE	Instituto de Previdência e Assistência aos Servidores do Estado
LBA	Legião Brasileira de Assistência
LBPS	Lei 8.213, de 24.07.91, Lei de Benefícios da Previdência Social.
LCPS	Lei 8212, de 24.07.91, Lei de Custeio da Previdência Social.

LOPS	Lei 3807, de 26.08.60, Lei Orgânica da Previdência Social.
PBC	Período Base de cálculo
RGPS	Regime Geral de Previdência Social
RMI	Renda Mensal Inicial
SASSE	Serviço de Assistência e Seguro Social dos Economiário
SB	Salário-de-benefício
SINPAS	Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social

ROL DE CATEGORIAS

1. Direito

“[...] conjunto de regras de conduta que, numa sociedade com maior ou menor organização, regem as relações sociais e cujo respeito é garantido, quando necessário, pela coerção pública. [...] é a um só tempo o fundamento do que é exigível do homem que vive em sociedade e o conjunto de regras que regem as relações dos homens entre si”¹.

2. Estado

“1. Numa estrita visão jus-positiva, a instituição que detém o poder de coerção incidente sobre a conduta dos cidadãos, determinando-lhes, através de um sistema normativo respaldado na força, o que podem e não podem fazer. 2. O mais alto grau de racionalidade na organização política de um povo”²

3. Moral

“Conjunto de princípios e de padrões de conduta de um indivíduo, de um grupo ou de uma coletividade”³.

4. Norma

“Toda Regra que serve de pauta a uma conduta ou para o agir. Assim, há normas morais, econômicas, jurídicas, etc.”⁴

5. Poder

“[...] capacidade que um sujeito tem de influenciar, condicionar, determinar o

¹ BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**, São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 29/31-32.

² MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. Florianópolis: OAB-SC, 2000. p. 38.

³ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**, p. 65.

⁴ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**, p. 68.

comportamento de um ou de outro sujeito”⁵.

6. Política

“[...]a esfera das ações que faz alguma referência direta ou indireta à conquista e ao exercício do poder último (ou supremo, ou soberano) em uma comunidade de indivíduos sobre um território”⁶.

7. Previdência Social

“[...] ramo da atuação estatal que visa à proteção de todo indivíduo ocupado numa atividade laborativa remunerada, para proteção dos riscos decorrentes da perda ou redução, permanente ou temporária, das condições de obter seu próprio sustento”⁷.

8. Seguridade Social

“[...] conjunto de ações do Estado destinadas a garantir condições de vida digna aos indivíduos, resguardando-os de contingências impossibilitadoras da própria manutenção”⁸.

9. Sociedade

“No sentido geral e fundamental: 1º campo de relações intersubjetivas, ou seja, das relações humanas de comunicação, portanto também: 2º a totalidade dos indivíduos entre os quais ocorrem essas relações; 3º um grupo de indivíduos entre os quais essas relações ocorrem em alguma forma condicionada ou determinada”⁹

⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**: a filosofia política e a lição dos clássicos. Tradução de Daniela Becaccia Versiane. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 216.

⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**, p. 216.

⁷ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário** São Paulo: LTr, 2001. p. 37.

⁸ TAVARES, Marcelo Leonardo. **Previdência e Assistência Social**: Legitimação e Fundamentação Constitucional Brasileira. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003. p. 186.

⁹ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 912.

10. Teoria da Justiça

Teoria da Justiça é a racionalidade que, com base na economia e na filosofia ética, aponta uma resposta justificada para indicar o que se deve fazer quando desejos ou interesses de diferentes pessoas se opõem entre si e não podem ser plenamente satisfeitos, refletindo um julgamento ético de entidades sociais referente ao valor da sua própria situação¹⁰.

¹⁰ KOLM, Serge-Christophe. **Teorias Modernas da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 3-5 e 37-38.

SUMÁRIO

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS	V
ROL DE CATEGORIAS.....	VII
RESUMO	XII
<i>ABSTRACT</i>	XIII
INTRODUÇÃO.....	1
Capítulo 1	7
1. PRINCÍPIOS DE SEGURIDADE SOCIAL.....	7
1.1 CONCEITO DE PRINCÍPIO NO PLANO DO DIREITO	8
1.2 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE.....	21
1.3 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONDIÇÃO HUMANA.....	31
Capítulo 2	39
2. DIREITO PREVIDENCIÁRIO NO BRASIL.....	39
2.1 HISTÓRICO DOS SISTEMAS DE SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL: ASPECTOS DESTACADOS	39
2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL....	55
2.3 REGIME DE BENEFÍCIOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL.....	64
Capítulo 3	78
3. A TEORIA DA JUSTIÇA DE ARISTÓTELES APLICADA AO DIREITO PREVIDENCIÁRIO	78
3.1 FUNDAMENTOS DAS TEORIAS DA JUSTIÇA	78
3.1.1 Aspectos das concepções de Justiça.....	78

3.1.2 Fundamentos de Metaética.....	81
3.2 A POSSIBILIDADE DE CONEXÃO ENTRE A JUSTIÇA E O DIREITO	87
3.3 A JUSTIÇA ARISTOTÉLICA.....	95
3.3.1 Aspectos históricos	95
3.3.2 A Justiça aristotélica como uma virtude.....	98
3.3.3 Justiça Legal	104
3.3.4 Justiça Distributiva	106
3.3.5 Justiça Comutativa.....	107
3.3.6 Justiça Política	108
3.3.7 Eqüidade	112
3.3.8 Síntese dos critérios aristotélicos de Justiça	113
3.4 TÓPICOS DESTACADOS DA CONCRETIZAÇÃO DA JUSTIÇA DE ARISTÓTELES E MODELOS DE BENEFÍCIOS.....	116
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	124
REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS.....	134

RESUMO¹¹

A Dissertação, que tem por título “Princípios de Seguridade Social: o Direito Previdenciário no Brasil sob o enfoque da Teoria da Justiça de Aristóteles”, tem por pressuposto a linha de pesquisa de Produção e Aplicação do Direito, dentro da área de concentração Fundamentos da Justiça e da Jurisdição. O relatório de pesquisa corresponde aos fundamentos axiológicos da produção do Direito que constitui o Projeto de Pesquisa. Ela tem por objeto o estudo do Direito Previdenciário brasileiro visto como um dos instrumentos de Justiça. Como contribuição, procurou-se fazer um estudo distribuído em três capítulos. No **primeiro** procedeu-se a uma análise dos princípios fundamentais que regem a Seguridade Social, ramo do Direito no qual se insere a Previdência Social Brasileira. No **segundo capítulo**, após delineados aqueles princípios, investigou-se a sua concretização no plano positivo nacional, assim como a sua estrutura básica hoje vigente. No **terceiro capítulo** pesquisou-se o tema da Justiça, sob um enfoque filosófico, e, dentro dele, a concepção específica de Aristóteles. A partir da conexão entre o modo de se compreender a Justiça e o Direito Previdenciário brasileiro, buscou-se elaborar um enquadramento destes sob a ótica daquela. Constatou-se aí que a influência dos princípios fundamentais da Solidariedade e da Proteção da Dignidade da Pessoa Humana transformam a Previdência Social num instrumento de Justiça Distributiva, evitando que tenha apenas um caráter de Justiça Comutativa.

¹¹ A partir do resumo elaborou-se versão para o *abstract* exigido costumeiramente pelas revistas científicas em língua estrangeira (conceituado, segundo Pasold como “sintético resumo do conteúdo [...] em inglês ou outro idioma”). PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica – Idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito**. 6 ed. OAB/SC Editora: Florianópolis, 2002. p. 192.

ABSTRACT

This master's thesis, whose title is "Social Security Principles: The Brazilian Social Security Law under the focus of the Aristotelian Theory of Justice", follows the research line Production and Application of Law, which is inside the concentration area Principles of Justice and Jurisdiction. The research report corresponds to the axiological principles of the Law Production. The object of the research is the Brazilian Social Security Law as an instrument of Justice. On the other hand, the study is divided into three chapters. In chapter one it was made an analysis of the main Social Security principles. In the second chapter, after delineating them, it was investigated theirs coalescence into the national law. The concept of Justice, under an Aristotelian approach, is the object of the third chapter. Having the connection between Justice and the Brazilian Social Security Law as a starting point, the study searched to elaborate a framing of this ones by optics of that one. It was evidenced the influence of the basic principles of the Solidarity and the Protection of the Dignity of the Person Human being. They transform the Social welfare into an way of Distributive Justice, preventing that it has only one character of Commutative Justice.

INTRODUÇÃO

A presente Dissertação¹², “Princípios de Seguridade Social: o Direito Previdenciário no Brasil sob o enfoque da Teoria da Justiça de Aristóteles”, tem como **objeto** as Teorias da Justiça e as normas de Direito Previdenciário.

O tema será desenvolvido na linha de pesquisa¹³ de **Produção e Aplicação do Direito**, dentro da área de concentração **Fundamentos da Justiça e da Jurisdição**¹⁴.

O relatório de pesquisa corresponde aos fundamentos axiológicos da produção do Direito que constitui o Projeto de Pesquisa.

O **objetivo institucional** é a obtenção do Título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Curso de Pós Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica-CPCJ/UNIVALI, enquanto que o **objetivo geral**¹⁵ é apresentar aos operadores jurídicos uma abordagem sobre a conexão entre a Teoria da Justiça de Aristóteles e o Direito Previdenciário Brasileiro.

¹² “[...] é o produto científico com o qual se conclui o Curso de Pós-Graduação *Stricto sensu* no nível de Mestrado”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica – Idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito**, p. 147.

¹³ De acordo com o prof. PASOLD “[...] são as especificações dos assuntos sobre os quais seus alunos podem realizar suas pesquisas conducentes ao trabalho de conclusão do curso” . PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica – Idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito**, 72.

¹⁴ Circunscrição temática dentro da qual atuam cientificamente os cursos de pós-graduação. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica – Idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito**, p. 135, nota de rodapé n.º 72.

¹⁵ “[...] finalidade que o pesquisador pretende alcançar quanto ao tema/problema que especificou [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica – Idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito**, p. 139.

A idéia que anima o trabalho é colaborar para uma fundamentação dos princípios regentes do Direito Previdenciário em época de transformações contínuas e profundas. Essas modificações afetam a própria concepção de sistema de Previdência, sendo relevante destacar o seu caráter social, especialmente quando trata de agentes vinculados ao Direito do Trabalho.

Pretende-se expor a existência e extensão de um núcleo essencial nos princípios regentes do Direito Previdenciário positivo brasileiro aplicável aos trabalhadores abrangidos pelo Regime Geral de Previdência Social, justificando-os mediante conexão com a Teoria aristotélica sobre o conceito de Justiça.

Os problemas que de início se apresentaram no desenvolver dos trabalhos consubstanciam-se nas seguintes indagações:

- a) É possível, em tese, que uma Teoria da Justiça possa justificar ou delimitar princípios e regras jurídicas ?
- b) Sendo possível, selecionando-se uma Teoria da Justiça, pode-se identificar um núcleo dela ?
- c) Se existente, de que forma este núcleo pode justificar ou delimitar princípios e regras jurídicas no âmbito do Direito Previdenciário ?

Para tanto, elegeram-se no projeto as seguintes hipóteses:¹⁶

- a) Supõe-se, ao se indagar sobre a ligação entre as Teorias da Justiça com os princípios e regras jurídicas, que aquelas podem justificar, ideológica ou

¹⁶ Define PASOLD como a “[...] suposição [...] que o investigador tem quanto ao tema escolhido e ao equacionamento do problema apresentado”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica – Idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito**, p. 138.

- materialmente, a existência, extensão e limites destes.
- b) Supõe-se, ao se cogitar de um núcleo de uma dada Teoria da Justiça, que ele existe.
- c) Supõe-se, ao se cogitar da ligação entre uma Teoria da Justiça e o Direito Previdenciário, que este tem um núcleo mínimo e essencial, de caráter social, que corresponde a certos aspectos daquela.

Inicia-se o trabalho no **Primeiro Capítulo** apresentando os princípios fundamentais que regem a Seguridade Social, ramo do Direito no qual se insere a Previdência Social Brasileira. Para isso, será abordado o papel dos princípios jurídicos. Em seguida, serão indicados os princípios fundamentais para a Seguridade Social no plano de uma Teoria Geral do Direito¹⁷, isto é, desvinculada de um texto positivado específico¹⁸. Identificar-se-á o conceito e natureza da Solidariedade e serão investigadas suas raízes históricas e sua função dentro da Sociedade (com base na concepção de Durkheim). Em seguida, serão apresentadas as classificações das manifestações deste fenômeno, para que possa ser examinada a forma pela qual a Solidariedade se concretiza no plano da Previdência brasileira. O segundo princípio fundamental investigado é o da Proteção da Dignidade da pessoa humana cujo exame se inicia com a identificação do seu conteúdo historicamente construído. A partir dele, apresenta-se a sua relação com as Constituições e com os Direitos Fundamentais, incluindo a possibilidade, ou não, de sua relativização e da

¹⁷ Adota-se, aqui, a perspectiva delineada por Miguel Reale, sendo a Teoria Geral do Direito o plano do conhecimento jurídico (= circunscrição do âmbito da Ciência do Direito) orientado para *“um estudo que por inteiro se desenvolve ao nível das diversas formas do conhecimento positivo do Direito, cujos conceitos e formas lógicas ela visa a determinar de maneira global e sistemática”* (REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 328-329).

¹⁸ Não se quer afastar, com isso, a importância de uma perspectiva descritivo-normativa; ao contrário, ela é necessária e fundamental para o plano desta pesquisa. Ocorre que tal perspectiva será delineada no segundo capítulo, quando, então, será investigada a Previdência Social brasileira sob o ponto de vista dogmático, vista, aí, como desdobramento e concretização dos princípios fundamentais da Seguridade Social.

vinculação dos particulares. Por fim, é descrita uma concepção que liga a Dignidade da pessoa humana com a idéia de mínimo essencial, apontando algumas das suas conseqüências e utilidades.

No **Segundo Capítulo**, ultrapassado o exame dos princípios fundamentais da Seguridade Social, objetivar-se-á estudar, de maneira mais específica, a sua concretização no plano positivo, assim como a estrutura básica do sistema previdenciário brasileiro vigente. Para isso, serão resgatados aspectos do histórico legislativo do Sistema de Seguridade Social, com ênfase nas normas previdenciárias “*stricto sensu*”. Em seguida, serão apresentados os princípios constitucionais que hoje regem o Direito Previdenciário e descrito o regime de benefícios concretizado pela legislação infraconstitucional. Dessa forma, serão apresentados determinados pontos pelos quais o Direito Previdenciário chegou ao seu estágio atual.

O **Terceiro Capítulo** terá como objetivo específico a análise do tema da Justiça e, dentro dele, a concepção específica de Aristóteles. A partir disso, tratar-se-á da conexão entre o modo de se compreender a Justiça e de um enquadramento das questões previdenciárias sob a ótica da concepção filosófica apreendida. O terceiro capítulo inicia tentando situar o tema sob um enfoque filosófico, abordando a multiplicidade de formas pela qual se deu a sua compreensão. Em seguida, perquire-se a como a idéia de Justiça informa o Direito a partir do estudo da legitimidade do Estado. Busca-se, assim, compreender de forma mais geral a possibilidade de se estudar o direito positivo a partir das categorias de Justiça. Objetiva-se situar, ainda que sinteticamente, o significado do problema da Justiça, algumas das respostas dadas a esta questão e de que forma esses fundamentos podem ser classificados. No terceiro subcapítulo será investigada uma específica Teoria da Justiça: a aristotélica, apresentando-se o contexto histórico de sua formulação e seus

principais aspectos e desdobramentos.

Por fim, apresentada a possibilidade dessa conexão, o Direito Previdenciário será abordado a partir da concepção aristotélica de justiça, analisando-se os princípios de Direito Previdenciário e os benefícios deste ramo do Direito à luz das idéias aristotélicas. Para isso, um rol de princípios constitucionais e de benefícios previdenciários será investigado a partir das compreensões de Aristóteles sobre os critérios de Justiça Legal, Justiça Distributiva, Justiça Comutativa, Justiça Política e Eqüidade. Objetiva-se, com isso, apontar, para cada princípio e para cada benefício, eventuais conexões ou antagonismos com os preceitos aristotélicos. Ao final, buscar-se-á, por indução, apontar algumas considerações sobre o tema a partir daquela investigação.

O presente Relatório de Pesquisa se encerrará com as **Considerações Finais**, nas quais serão apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre o Direito Previdenciário brasileiro à luz da Teoria da Justiça em Aristóteles.

Quanto à **Metodologia**¹⁹ empregada, registra-se que na Fase de Investigação foi utilizado o Método Indutivo²⁰, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano, e o Relatório dos Resultados, expresso na presente Dissertação, é composto na base lógica Indutiva²¹.

¹⁹ “[...] postura lógica adotada bem como os procedimentos que devem ser sistematicamente cumpridos no trabalho investigatório e que [...] requer compatibilidade quer com o *Objeto* quanto com o *Objetivo*”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica – Idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito**, p. 69.

²⁰ Forma de “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica – Idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito**, p. 87.

²¹ Sobre os Métodos e Técnicas nas diversas Fases da Pesquisa Científica, vide PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica – Idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito**, p. 86-106.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica²².

É conveniente ressaltar, enfim, que, seguindo as diretrizes metodológicas do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica - CPCJ/UNIVALI, no presente trabalho as Categorias fundamentais são grafadas, sempre, com a letra inicial maiúscula e seus Conceitos Operacionais apresentados em rol de Categorias no início da Dissertação após o mapeamento das Categorias primárias²³, além da indicação das principais abreviaturas utilizadas no presente trabalho. Outrossim, palavras como Estado, Sociedade e Justiça estão igualmente grafadas com inicial maiúscula, não obstante não estarem relacionadas no rol de Categorias, com respeito à tradição jurídica.

²² Quanto às Técnicas mencionadas, vide PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica – Idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito**, p. 53-64; 27-38; 39-52 e 109-126, nesta ordem.

²³ Além disso, foram explicitadas em nota de rodapé em sua primeira ocorrência no desenvolver da exposição, a fim de facilitar a compreensão.

Capítulo 1

1. PRINCÍPIOS DE SEGURIDADE SOCIAL

A Seguridade Social, compreendida como um plano de políticas públicas, visa garantir patamares mínimos de sobrevivência para as pessoas. Pode ser articulada e compreendida a partir de dois eixos principiológicos fundamentais²⁴. O primeiro²⁵, consistente na Solidariedade Social²⁶, elemento do qual deriva o dever de o Estado empreender as ações de redistribuição e seguro social. O segundo, a proteção da Dignidade da Pessoa Humana²⁷, serve como fundamento não só para o respeito para com cada um dos indivíduos, mas também para a estipulação das condições mínimas de sobrevivência. Como estes elementos servem de razões do arcabouço principiológico fundamental da Seguridade Social, torna-se necessária, como pré-condição, a discussão sobre o papel dos princípios no plano do Direito²⁸.

²⁴ Para uma distinção entre legitimação e fundamentação, embora tocante à temática dos Direitos Humanos (do qual derivariam os direitos sociais característicos da Previdência e da Seguridade Social), vide TAVARES, Marcelo Leonardo. **Previdência e Assistência Social: Legitimação e Fundamentação Constitucional Brasileira**, especialmente p. 23-34 e 91-93. Trata-se de publicação derivada de Dissertação de Mestrado defendida e aprovada perante a UERJ. Para ele, a legitimação designa uma razão externa com base nos valores; a fundamentação, por outro lado, implica um nexo de vinculação endógena, isto é, entre dois institutos de um mesmo sistema.

²⁵ A ordenação aqui apresentada não tem caráter de preferência ou subordinação. Isso significa dizer que não há prevalência entre estes princípios no papel de fundamento da Seguridade Social, até porque, conforme se verá no decorrer do capítulo, não é possível dar-se, “a priori”, um caráter preponderante para um princípio em relação a outro, senão no caso concreto, de acordo com certas circunstâncias.

²⁶ O Conceito Operacional desta Categoria será desenvolvido no subcapítulo específico.

²⁷ Idem nota anterior.

²⁸ Parece não haver uma pacificação na doutrina quanto aos princípios fundamentais da Seguridade Social. Enquanto alguns autores utilizam os preceitos indicados no Direito Positivo Constitucional vigente, outros arrolam princípios implícitos ou morais. No entanto, os eixos da Solidariedade e da Dignidade da Pessoa Humana parecem ser considerados como fundantes da proteção social por boa parte da doutrina. Para isso, vide, dentre outros; AVELINO, Pedro Buck. **Princípio da Solidariedade: imbricações históricas e sua inserção na Constituição de 1988** Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 53, out./dez. 2005, p. 263; CASTRO, Carlos Alberto; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**, p. 30-35; COSTA, Eliane Romeiro.

1.1 CONCEITO DE PRINCÍPIO NO PLANO DO DIREITO

A investigação sobre a idéia de princípio jurídico não pode prescindir de uma fundamentação acerca da idéia de Direito. A formulação de o quê pode ser entendido como Direito é pré-condição necessária para a própria colocação do problema dos princípios e de sua normatividade, já que este é fenômeno decorrente daquele. A partir dessa exposição, examinar-se-ão o conceito de Princípio, a forma pela qual são resolvidos os seus conflitos e pela qual são classificados.

Adota-se, no presente trabalho, como Teorias de base para o tema dos princípios, as concepções de Alexy e Dworkin, porque já encontram respaldo na práxis jurídica e na comunidade acadêmica brasileira. Parece existir uma clara semelhança das teorias por eles formuladas²⁹. Enquanto Alexy trata da identificação e solução dos conflitos normativos, Dworkin realiza uma leitura moral do Direito a partir da ótica da Filosofia do Direito. Por isso, eles traçam considerações fundamentais para a

Previdência Complementar na Seguridade Social: o risco velhice e a idade para a aposentadoria. São Paulo: LTr, 2003, p. 15/29-30; ROCHA, Daniel Machado da. **O Direito Fundamental à Previdência Social.** Porto Alegre: Do Advogado, 2004. p. 127-129; SANFELICE, Patrícia de Mello. O princípio da Solidariedade – origem, características e aplicação na Seguridade Social. Revista de Direito Social, n. 7, jul./set. 2002, p. 11-12. TAVARES, Marcelo Leonardo. **Previdência e Assistência Social:** Legitimação e Fundamentação Constitucional Brasileira, p. 260-262. Por outro lado, para uma fundamentação da Previdência Social com base nos princípios positivados no art. 1º, da CR, defendendo a justificação na combinação da Cidadania com a Dignidade da Pessoa Humana, vide LEIRIA, Maria Lúcia Luz. **Direito Previdenciário e Estado Democrático de Direito:** uma (re)discussão à luz da hermenêutica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 129. Há, ainda, quem legitime todo o ordenamento, incluindo a proteção social, com base nos princípios da Justiça e do Bem-estar social: BALERA, Wagner. **Noções preliminares de Direito Previdenciário.** São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 15-39. No entanto, o ponto comum, apreciável na maior parte da doutrina, é a legitimação com base nos princípios acima indicados, que podem ser considerados mínimos denominadores comuns dos quais se extraem os demais princípios.

²⁹ Para a similaridade destes teóricos, vide BONAVIDES, Paulo, **Curso de Direito Constitucional.** 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 228-238/248/253, e SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 31, especialmente nota de rodapé n. 7. Este autor, professor de Direito Constitucional na USP, foi orientado, em seu doutoramento na Universidade de Kiel, por ALEXY.

conexão entre as investigações filosóficas sobre a Justiça com os ditames do Direito Previdenciário, conforme detalhado adiante³⁰.

O Direito nasce de um fenômeno social e racional que, percebendo a necessidade de vencer as carências e de se alcançar a paz, impossíveis em um Estado selvagem, une as famílias em uma Sociedade mediante pacto tácito no qual se reconhece uma necessária igualdade de liberdade, implicando uma renúncia mútua³¹.

O conceito de Direito é construído por Reale sobre três eixos: (a) coercibilidade³²; (b) heteronomia³³; (c) bilateralidade atributiva^{34 35}, para, concluir, “*conjugando a estrutura tridimensional com a nota específica*

³⁰ Por ora, vale consignar que ALEXY traz, em sua obra, contribuições detalhadas e específicas para uma metódica de aplicação das normas, tendo as obras de DWORKIN o papel de fundamentar uma conexão entre os padrões morais de uma comunidade e os princípios jurídicos.

³¹ Ao analisar o pensamento de vários filósofos sobre as idéias de Direito, Justiça, Virtude Moral e Razão, SILVA aponta que, para PLATÃO o Direito nasce como expressão do Estado para ordenar a “pólis” conforme um sentido de utilidade para aqueles que detêm o poder, legitimando o uso da força (SILVA, Moacyr Motta da. **Direito, Justiça, Virtude Moral e Razão: reflexões**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 34-36). Segundo ele, HOBBS afirma que o Direito decorre de um pacto recomendado pela lei da razão universal, no qual cada pessoa renuncia ao direito sobre todas as coisas diante da consciência universal sobre a igualdade da liberdade como requisito para a paz (**ob. cit.**, p. 79/89). Em KANT, O Estado Jurídico, conceituado como a forma de sociedade política vivida pelo homem, nasce de uma vontade racional dos homens de constituírem uma forma ideal de sociedade para superar necessidades mútuas, pois a razão orienta para a formação de um acordo que permita alcançar a paz (**ibid.**, p. 107/116). Para KANT, o direito positivo, como acordo coletivo, surge para limitar a liberdade de cada um segundo a lei moral universal; a liberdade, fundada na vontade, é limitada, externamente, pela liberdade externa do outro (SILVA, Moacyr Motta da. **Direito, Justiça, Virtude Moral e Razão: reflexões**, p. 109). No entanto, além do direito positivo posto pelo Estado Jurídico, há, também, um direito natural, nascido da razão e inato ao ser humano (**Ob. cit.**, p. 108). Com HEGEL, entende-se que, para superar carências, o ser humano une as famílias de forma espontânea, formando a sociedade civil, da qual surge, incipiente e fragmentado, o poder político. O direito positivo, como forma de expressão política do Estado, determina regras de conduta para a sociedade, fundando-se no princípio da autoridade (**ibid.**, p. 123-127).

³² A coercibilidade é potencial, vale dizer, não é necessariamente presente em todos casos, mas há possibilidade de coerção, pois hipóteses de resolução sem sanção. Por exemplo, os contratos cumpridos espontaneamente.

³³ Significa dizer: o Direito é imposto por um terceiro, isto é, o Estado.

³⁴ Por esta expressão, Reale entende: “*quando duas ou mais pessoas se relacionam segundo uma proporção objetiva que as autoriza a pretender ou fazer garantidamente algo*” (REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**, p. 51).

³⁵ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**, p. 44-52.

*da bilateralidade atributiva, neste enunciado: Direito é a realização ordenada e garantida do bem comum numa estrutura tridimensional bilateral atributiva, ou, de uma forma analítica: Direito é a ordenação heterônoma, coercível e bilateral atributiva das relações de convivência, segundo uma integração normativa de fatos e valores*³⁶.

A evolução do Direito e da Filosofia do Direito aporta no surgimento de uma concepção chamada pós-positivista³⁷, caracterizada, dentre outros fatores, pelo reconhecimento da normatividade dos princípios jurídicos³⁸. Para essa concepção é possível invocá-los como fundamento de decisões judiciais, servindo de instrumentos para resolução de conflitos e determinação de comportamento social.

³⁶ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**, p. 67.

³⁷ Por pós-positivismo entende-se “o movimento crítico, que encerra o predomínio da dogmática jurídica tradicional, [...] abre-se [...] duas vertentes. Uma delas é desenvolvida por autores que buscam na moral uma ordem valorativa capaz de romper os limites impostos pelo ordenamento jurídico positivo [...] amparam-se, fundamentalmente, na argumentação capaz de legitimar as posições assumidas pelos intérpretes [...] os nomes de Chaïm Perelman, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Robert Alexy [...]. Em outra banda encontram-se autores que abraçam o pragmatismo, como [...] Friedrich Muller, Peter Habêrle e Castanheira Neves” (CAMARGO, Margarida Maria Lacombe, **Hermenêutica e Argumentação**: uma contribuição ao Estudo do Direito. 3 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 136-138). Trata-se de considerações formuladas pela autora em obra publicada a partir de sua tese de Doutorado aprovada perante a Universidade Gama Filho. Para BONAVIDES, o pós-positivismo corresponde a uma terceira fase que corresponde aos momentos constituintes das últimas décadas em que os princípios passam a ser considerados a base normativa dos sistemas constitucionais, especialmente a partir dos estudos de Boulanger, Dworkin e Alexy (BONAVIDES, Paulo, **Curso de Direito Constitucional**, p. 237-240).

³⁸ A doutrina constitucionalista brasileira já explora essa orientação “pós-positivista”, podendo-se citar, dentre outros: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3 ed. Malheiros: São Paulo, 2004; BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o Princípio da Dignidade Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; BARROSO, Luís Roberto, **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.; BONAVIDES, Paulo, **Curso de Direito Constitucional**; BORGES, Alexandre Walmott, **A ordem econômica e financeira da Constituição e os monopólios**: análise das alterações com as reformas de 1995 a 1999. Curitiba: Juruá, 2001; ESPÍNDOLA, Ruy Samuel, **Conceito de Princípios Constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: RT, 1999; GRAU, Eros Roberto, **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.; PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. **A Força normativa dos Princípios Constitucionais Fundamentais**: a Dignidade da Pessoa Humana. In: PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 2ª ed. rev. atual. São Paulo: Max Limonad, 2003; SARMENTO, Daniel, **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002; SILVA, Virgílio Afonso da, **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares.

A idéia de princípio e a sua aplicação no plano jurídico sofreu três fases históricas³⁹. Na primeira, chamada de jusnaturalista, a juridicidade dos princípios é basicamente nula e duvidosa, tendo, apenas, uma conotação ético-valorativa⁴⁰. A segunda, puramente positivista, identificou os princípios como meras pautas programáticas supralegais, carentes, ainda, de uma normatividade. A terceira, inserida no chamado de pós-positivismo, identifica, a partir da hegemonia das Constituições, a plena normatividade dos princípios, que podem, por conseguinte, criar obrigações legais⁴¹.

Vale mencionar, porém, que há pelo menos três tipos de teorias sobre a distinção entre princípios e regras: (1) as que visualizam uma dicotomia clara e forte entre regras e princípios; (2) outras que reconhecem a diferença, mas entendem que ela seria fraca e débil; e, por fim, (3) aquelas que não reconhecem diferenças entre regras e princípios⁴².

³⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 228-238. Confira-se, também: BORGES, Alexandre Walmott. **A ordem econômica e financeira da Constituição e os monopólios**: análise das alterações com as reformas de 1995 a 1999, p. 54-56.

⁴⁰ Um exemplo de da primeira concepção, que entende os princípios como meras diretrizes norteadoras da criação, integração ou aplicação do Direito, pode ser encontrada em uma das obras mais completas na doutrina brasileira sobre os princípios no Direito Previdenciário, na qual está expressamente afirmado que os princípios não são normas jurídicas (MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de Direito Previdenciário**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 72).

⁴¹ Para uma análise mais aprofundada sobre o conceito de princípios na doutrina brasileira, com ampla pesquisa acerca da configuração estrutural feita por diversos estudiosos, vide: ESPÍNDOLA, Ruy Samuel, **Conceito de Princípios Constitucionais**. Para ele, é possível identificar os seguintes pontos teóricos pacíficos, dentre outros: (1) há distinção entre princípios e regras, sendo ambos espécies de normas jurídicas; (2) os princípios constitucionais servem tanto como critérios de interpretação jurídica quanto para impor limites materiais ao poder constitucional reformador; (3) existem princípios constitucionais implícitos; (4) as regras constitucionais são especificações dos princípios e estes têm seu sentido dado não somente pelo texto em que são previstos, mas também pelos seus desdobramentos; porém, ele identifica certas insuficiências, como (a) ausência de classificações dos princípios – exceção feita aos autores Barroso e Sampaio Dória -; (b) uma tendência de hierarquizar os princípios entre si; (c) a ausência da delimitação de uma metódica de aplicação dos princípios (ESPÍNDOLA, Ruy Samuel, **Conceito de Princípios Constitucionais**, p. 247-252).

⁴² SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares, p. 30-32. Vide, também: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, p. 26-31.

Para Dworkin a diferença entre regras e princípios é de natureza lógica e derivada da contingência de sua aplicação⁴³. Enquanto as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada, os princípios possuem uma dimensão de peso. Eles enunciam razões que conduzem a uma direção, sem especificar qual a decisão particular a ser tomada⁴⁴. Embora utilize a categoria princípio de forma genérica por toda a sua obra⁴⁵, Dworkin afirma que há distinção entre princípios e políticas. As Políticas determinam padrões de conduta em função de um objetivo que levará a uma melhoria da vida comunitária sob algum aspecto (econômico, social ou político), estabelecendo um objetivo coletivo. Os princípios, por sua vez, apontam um padrão de conduta em função de exigências de justiça ou equidade que estabelecem um direito de um indivíduo ou de um grupo⁴⁶.

Para fugir daquilo que chama de “*agulhão semântico*”⁴⁷, Dworkin identifica três concepções de Direito: (1) convencionalismo, pela qual as proposições jurídicas decorrem de decisões políticas anteriores, legislativas ou judiciais, negando a existência de direitos sem que existam decisões prévias e explícitas; (2) pragmatismo, consistente numa visão cética que nega a existência de direitos fora das próprias decisões judiciais; e, por fim, (3) a corrente por ele defendida, direito como integridade, na qual o direitos e deveres decorrem não só de decisões prévias explícitas, mas também dos princípios de ordem moral que as justificam⁴⁸.

⁴³ DWORKIN, Ronald. **Levando direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

⁴⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando direitos a sério**, p. 39-43.

⁴⁵ Fato admitido pelo próprio autor, confira-se: DWORKIN, Ronald. **Levando direitos a sério**, p. 36.

⁴⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando direitos a sério**, p. 36/129-132/141-142. Esta mesma distinção é feita em DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 6-8. Porém, nesta obra, Dworkin denomina as referidas espécies em argumentos de princípio político e argumentos de procedimento político, defendendo que o juiz deve utilizar-se dos primeiros, mas não dos segundos.

⁴⁷ Isto é, pensar que a discussão sobre determinada instituição está partindo de conceitos compartilhados quando muitas das discussões filosóficas sobre o Direito têm como objeto não as proposições jurídicas em si, mas sim os paradigmas sobre o que é o Direito.

⁴⁸ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 55-57/109-120.

A estrutura do convencionalismo é fundada na crença de que o Direito é apenas a aplicação judicial de decisões políticas anteriores⁴⁹. Isso implicaria dois comandos, um positivo (os juízes devem tratar como direito aquilo que foi convencionalizado anteriormente como tal) e outro negativo (não há direitos que não sejam previamente estipulados pelas decisões anteriores)⁵⁰. Eventuais extensões dos comandos normativos anteriores só podem decorrer de técnicas específicas. Porém, estas técnicas devem fazer parte da decisão política anterior e do conjunto de proposições que possam ser extraídas das mais bem fundadas interpretações da convenção⁵¹.

A possibilidade de extração destas extensões implícitas será o critério de classificação de dois tipos de convencionalismo: (1) estrito, que só admite proposições sobre as quais exista consenso de que fazem parte de uma convenção anterior e a ausência de regulamentação específica implicaria lacuna normativa; e (2) moderado, que admite extensões implícitas, mas sem implicar expectativas decorrentes de outros casos similares anteriores e sem impedir que o juiz utilize suas próprias convicções morais⁵².

Dworkin complementa sua concepção inicial ao afirmar que o convencionalismo real é o estrito, pois o moderado admite que, nos casos difíceis, o juiz estaria “criando direito”⁵³. Logo, ofenderia o preceito de

⁴⁹ Veja-se as máximas de Dworkin para expressar o tema do convencionalismo: “*O direito é o direito. Não é o que os juízes pensam ser, mas aquilo que realmente é. Sua tarefa é aplicá-lo, não modificá-lo para adequá-lo à sua própria ética ou política. [...] a força coletiva só deve ser usada contra o indivíduo quando alguma decisão política do passado assim o autorizou explicitamente, de tal modo que os advogados e juízes competentes estarão todos de acordo sobre qual foi a decisão, não importa quais sejam suas divergências em moral ou política*” (DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 141).

⁵⁰ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 141-145.

⁵¹ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 145 e 152.

⁵² DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 152-157.

⁵³ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 157-164.

não causar surpresa todo convencionalismo que não fosse unilateral, isto é, aquele que só admite direitos quando previstos como extensão explícita de alguma convenção jurídica⁵⁴. Esta visão, além de não permitir solucionar os chamados “casos difíceis” (pois a resposta seria o reconhecimento da lacuna e a ausência de criação de um novo direito), implicaria falta de flexibilidade do sistema para lidar com novas situações que não estivessem plenamente resolvidas pelas convenções (= decisões políticas explícitas) anteriores⁵⁵.

Em defesa do direito como integridade, Dworkin critica o convencionalismo. Diz que este rejeita a coerência aos princípios como fonte de direitos. Para ele, o direito como integridade seria mais adequado por aceitar que direitos e deveres sejam justificados a partir de princípios. Isso é necessário porque as pessoas têm direito a uma extensão coerente com as decisões políticas anteriores⁵⁶. Este direito, por sua vez, decorre da distinção entre consenso por convenção, próprio do convencionalismo, e do consenso por convicção, próprio do direito como integridade; naquele, formal, a regra vale por ser uma regra; neste, substancial, a regra vale pelos argumentos que a sustentam^{57 58}.

O direito como integridade atua em dois planos políticos: o legislativo e o judicial. Para o legislador, estipula-se um dever de editar leis moralmente coerentes, observando princípios e evitando criação de leis

⁵⁴ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 171-175.

⁵⁵ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 179-183.

⁵⁶ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 165.

⁵⁷ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 165-168.

⁵⁸ É possível concluir que a distinção dos efeitos de um convencionalismo moderado em relação ao direito como integridade pugnado por Dworkin é justamente o dever de coerência com os princípios e políticas que foram utilizados como razão da criação das convenções anteriores. Vale notar que, se fosse admitida uma terceira forma de convencionalismo com a regra de que o juiz tem o dever de observar aquelas razões, então seria possível concluir que o direito como integridade tem mais similaridades com as teorias convencionais do que aparentemente Dworkin admite. Tais conclusões, contudo, demandam um estudo mais aprofundado que foge ao espaço e objetivos deste trabalho, sugerindo, assim, possível tema para outras pesquisas.

fundadas em critérios arbitrários ou aleatórios⁵⁹. No plano judicial, “*requer que, até onde seja possível, nossos juízes tratem nosso atual sistema de normas públicas como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios e, com esse fim, que interpretem essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas*”⁶⁰

A obediência aos princípios é uma conseqüência do papel do juiz, que, em metáfora utilizada pelo próprio Dworkin, age ao mesmo tempo como crítico e como um dos escritores de um grande livro. Ou seja, o Direito é como um grande livro cujos capítulos são escritos por romancistas diferentes, cada um deles tendo que criar o melhor e mais coerente enredo possível, como se toda a obra fosse escrita por um único autor. O juiz-escritor deve ponderar se as suas interpretações do texto aderem a duas dimensões, a primeira referente à adequação ao texto já escrito e a segunda à escolha da melhor interpretação (vista como a mais compatível com o livro) dentre aquelas que são adequadas, comparando-as com as estruturas e decisões políticas de sua comunidade⁶¹.

Alexy, na busca da formação de uma teoria para a dogmática dos direitos fundamentais, traça, como seu instrumento principal, uma distinção entre dois tipos de normas, os princípios e as regras. Afirma que tanto aqueles quanto essas representam normas, não só porque dizem o que deve ser, mas também porque podem ser expressos por expressões deônticas, como ordens, permissões e proibições⁶².

Para ele, o ponto fundamental para a distinção é a

⁵⁹ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 215-223.

⁶⁰ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 261.

⁶¹ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 275-279/294.

⁶² ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2002. p. 81-83.

dinâmica de sua aplicação, vale dizer, os princípios são cumpridos em diferentes níveis, conforme as possibilidades jurídicas e fáticas; as regras, por sua vez, têm aplicabilidade mais restrita, ou seja, ou são cumpridos ou não são. Enquanto os princípios configuram normas que ordenam que algo seja realizado na melhor forma possível, como mandados de otimização, as regras são normas que só podem ser cumpridas mediante aplicação direta na forma exata como ela exige. A distinção seria de qualidade e não de grau, havendo uma dicotomia mutuamente excludente, ou seja, ou a norma é regra ou é princípio; estes definem um comando de otimização, aqueles, um comando de definição⁶³.

Em razão desta diferença fundamental, o fenômeno da incompatibilidade normativa é solucionado de forma distinta para estes tipos de normas. Os princípios, quando em colisão, compatibilizam-se por uma preponderância específica na dimensão do peso, isto é, num caso particular, sob certas circunstâncias, um deles cede; em outro caso, sob outras circunstâncias, o outro pode prevalecer. As regras, por sua vez, quando em conflito, só admitem solução mediante inserção de uma cláusula de exceção ou da declaração de invalidade de uma delas. Os conflitos entre regras são resolvidos no plano da validade, mas as colisões entre princípios são resolvidos na dimensão do peso⁶⁴. As incompatibilidades entre princípios e regras, quando previstos em diplomas de idêntica hierarquia (por exemplo, se ambos estão previstos na Constituição), são resolvidas em favor destas. Ele justifica esta escolha porque as ordens dadas pelas regras precedem as alternativas que poderiam decorrer dos princípios, já que estes deixam muitas coisas por decidir⁶⁵.

Não obstante, a solução de uma colisão entre princípios

⁶³ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, p. 86-87.

⁶⁴ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, p. 87-89.

⁶⁵ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, p. 134.

gera, automaticamente, uma regra pela qual as condições sob as quais prevaleceu um dos princípios transforma-se no suporte fático para o conseqüente normativo da incidência do princípio preponderante. É a chamada lei da colisão. Esta lei sobre as relações de precedência condicionadas é expressa da seguinte forma: (K) Se o princípio P1, sob as circunstâncias C, precede ao princípio P2: (P1 P P2) C, e se de P1, sob as circunstâncias C, resulta a conseqüência R, então existe uma regra que contém C como hipótese de incidência e há um R como seu conseqüente jurídico, ou seja, $C \rightarrow R$ ^{66 67}.

Alexy aponta que nenhum sistema pode ser feito apenas com regras ou apenas com princípios, mas sim da combinação destes dois tipos de normas. Um modelo puro de princípios implicaria desconsiderar a supremacia da Constituição. Por outro lado, um modelo puro de regras, sustentado por aqueles que consideram necessária somente uma complementação legislativa para as normas de direito fundamental, implicaria resultados que pecam pelo excesso. Ou seja, de um lado haveria uma garantia excessiva para os direitos previstos sem reserva ou limites; de

⁶⁶ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, p. 94-95.

⁶⁷ Embora não tenha articulado esta máxima com a mesma técnica feita por Alexy, Dworkin também demonstra que a decisão particular que escolhe um dos princípios gera uma regra de observância futura. Veja-se: “[...] (os princípios) parecem atuar de maneira mais vigorosa, com toda a sua força, nas questões judiciais difíceis [...]. Em casos como esses os princípios desempenham um papel fundamental nos argumentos que sustentam as decisões a respeito de direitos e obrigações jurídicos particulares. Depois que o caso é decidido, podemos dizer que ele ilustra uma regra particular (por exemplo, a regra de que um assassino não pode beneficiar-se do testamento de sua vítima). Mas a regra não existe antes de o caso ser decidido; o tribunal cita princípios para justificar a adoção e a aplicação de uma nova regra” (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 46). Vale registrar, contudo, que Dworkin não defende uma imutabilidade das regras e nem que a incompatibilidade entre um princípio e uma regra deve ser resolvida em favor desta; ao contrário, ele esclarece que um princípio pode justificar a inaplicabilidade de uma regra no caso concreto, mas essa decisão deve ponderar outros princípios, tais como a doutrina da deferência limitada ao Poder Legislativo e do princípio do “stare decisis” (DWORKIN, Ronald. **Levando direitos a sério**, p. 59-61 e 120-123). Não obstante, é interessante – e poderia ser objeto de pesquisa específica que foge ao espaço deste trabalho – notar que, admitida a necessidade de a regra só ser afastada ser ponderação que inclua o princípio de observância dos precedentes (corolário do próprio princípio da segurança jurídica), a possibilidade de desconsideração da regra derivada da lei de colisão será inversamente proporcional ao valor dado à estabilidade pela comunidade política; logo, parece crível que Dworkin não defende uma mutabilidade constante das regras, mas sim a possibilidade de eventual mudança futura, desde que justificada por princípios e sob certas circunstâncias.

outro, uma garantia muito débil para aqueles cuja reserva pudesse ser totalmente estabelecida pela legislação^{68 69}.

Alexy compara sua teoria dos princípios com a teoria dos valores, afirmando que seus modelos são semelhantes, pois em ambos há a possibilidade da realização gradual quando existente o fenômeno da colisão, diferindo, apenas, pelo fato de que aqueles estão no âmbito deontológico (dever ser) enquanto estes, os valores, estão no plano axiológico (bem). Não obstante, ele deixa claro que o cumprimento dos princípios implica uma realização gradual dos valores⁷⁰.

A determinação da relação específica de preponderância deve ser feita por um método que permita o controle racional do seu resultado; para isso, a preferência condicionada não pode ser feita intuitivamente, mas sim de acordo com um modelo de fundamentação. Em outras palavras, é necessário explicitar as razões da escolha feita e indicar os argumentos utilizados no percurso. Dessa forma, as ponderações feitas pela jurisprudência e as propostas de ponderação feitas pela doutrina produzem, com o tempo, uma rede de regras concretas derivadas da lei de colisão que representarão o objeto principal para a dogmática. Neste modelo, distingue-se o processo psíquico responsável pela escolha intuitiva do processo racional de determinação justificada da opção feita, utilizando-se, dentre outros, cânones de interpretação, argumentos gerais ou mesmo os especificamente jurídicos. Há uma correlação entre a teoria dos princípios

⁶⁸ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, p. 116-118/124.

⁶⁹ Admitindo as mesmas razões, veja-se CANOTILHO, José Joaquim Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1126-1127. Segundo ele, um modelo constituído apenas por regras implicaria irracionalidade prática, porquanto seria necessária uma disciplina legislativa exaustiva e completa, sem espaço para desenvolvimento do sistema e resolução de conflitos e concordâncias próprias de uma sociedade plural dentro do âmbito jurídico. Por outro lado, prossegue Canotilho, um sistema formado apenas por princípios levaria a uma insegurança jurídica.

⁷⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, p. 138/141/147.

e a teoria da argumentação jurídica⁷¹.

Muito embora exista crítica teórica às classificações de princípios normalmente estipuladas pela doutrina, sob o argumento de que elas não são coerentes com a distinção estrutural entre regras e princípios ao tratar de menor ou maior fundamentalidade destes⁷², parece-nos possível, sim, realizá-las. Ora, enquanto normas, os princípios têm não só os âmbitos de aplicação próprios daquelas (vale dizer, espaço, tempo, pessoal e material) como também certas propriedades ou características normalmente associadas apenas às regras (por exemplo: fonte normativa). Logo, é possível realizar distinções quanto ao aspecto material entre princípios de âmbito geral e de âmbito específico, quanto ao aspecto pessoal de princípios aplicáveis às pessoas jurídicas ou às pessoas físicas ou mesmo sob características de sua fonte normativa entre princípios constitucionais explícitos ou implícitos etc.

Barroso classifica os princípios constitucionais em três grupos: (a) princípios fundamentais, que contêm a decisão política sobre a estrutura do Estado⁷³; (b) princípios constitucionais gerais, que se irradiam para todo o Direito⁷⁴, mas não têm caráter de organização do Estado, e sim de limitação do poder; e (c) princípios constitucionais especiais, que se referem a um setor específico do Direito⁷⁵. Esta classificação é similar à realizada por Canotilho, para quem os princípios jurídicos⁷⁶ constitucionais

⁷¹ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, p. 157-159/167-168.

⁷² SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares, p. 29-30.

⁷³ Ele dá, como exemplos, os seguintes princípios: republicano, federativo, democrático de direito, separação de poderes, presidencialista e livre iniciativa.

⁷⁴ Exemplos de princípios gerais apontados por Barroso: legalidade, isonomia, liberdade, autonomia municipal e estadual, inafastabilidade do poder judiciário, devido processo legal.

⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**, p. 147-156.

⁷⁶ Canotilho diferencia princípios hermenêuticos de princípios jurídicos, estes são verdadeiras normas, aqueles desempenham apenas um papel de argumentação para integração ou complementação do direito (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e**

criam uma rede de densificação semântica na qual os princípios estruturantes são concretizados por subprincípios - princípios constitucionais gerais –, estes, por sua vez, se expressam em princípios constitucionais especiais; todos eles justificam as regras constitucionais, formando uma unidade material cuja concretização é contínua e permanentemente estabelecida pela legislação e jurisprudência^{77 78}.

Por tudo isso é possível afirmar-se que, adotando-se a teoria do direito como integridade, as normas podem ser princípios ou regras⁷⁹. Os princípios têm elevada abstração, são próximos aos valores e são geradores de regras, embora não exista hierarquia entre eles. Os princípios são mandados de otimização (= ordem a ser cumprida), mas na medida do possível, tendo em vista o contexto normativo e fático. Como característica fundamental, os princípios podem conflitar-se e devem ser harmonizados, mediante um procedimento de ponderação. Esse processo, realizado no caso concreto, consiste em indicar, para aquela lide, com as circunstâncias que lhe são específicas, qual o interesse que deve sobrepor-se. As regras, por outro lado, são um binário, vale dizer, “ou tudo ou nada”.

Teoria da Constituição, p. 1125).

⁷⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 1137-1139/1145-1147.

⁷⁸ É possível levantar como tese para futura pesquisa a indagação de que a concepção jusfilosófica de Dworkin do direito com integridade fundamenta o princípio da unidade da constituição enquanto postulado hermenêutico na medida em que, conforme articulado por Canotilho, os princípios estruturantes concretizam-se não apenas nas normas constitucionais, mas também nas concretizações legislativas e judiciais (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 1145-1147); ou seja, o dever do legislador e do juiz de observarem os princípios adotados pela comunidade impõe a consideração da Constituição como ponto de partida e local de expressão dos princípios e valores aceitos.

⁷⁹ É necessário, ainda, distinguir os conceitos de “lei” e “regra”. O primeiro refere-se a uma espécie de instrumento para a produção de normas, que, nos termos do direito constitucional positivo brasileiro atual, está relacionada no art. 59 da CR. Regra, por outro lado, refere-se a uma espécie de norma, que, sendo gênero, abriga tanto as regras quanto os princípios. É possível existir lei que veicule somente regras, mas nada impede que, em seus artigos, venham, expressos, princípios normativos. A posição hierárquica da forma de expressão da norma não interfere na natureza desta, que é dada pela contingência de sua aplicabilidade conforme ponderação ou mera subsunção. Aliás, a Constituição não é formada apenas de princípios, mas também de por regras. É possível, também, existir leis que veiculem tanto regras quanto princípios. **Não se pode confundir a espécie de norma com o veículo utilizado para trazê-la ao mundo jurídico.**

Não existe choque entre elas, porque somente uma é aplicável ao caso concreto⁸⁰. As regras têm, como decorrência desta aplicação binária, características que são levadas em conta no momento em que, havendo aparente antinomia entre elas, se deve decidir qual será aplicada.

1.2 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

A Solidariedade⁸¹ é Valor⁸² e idéia básica do Direito, influenciando a liberdade dos indivíduos ao estipular prestações entre membros de um grupo social e, com este estabelecimento de vínculos, aproximando-se de um ideal de justiça social e distributiva⁸³. Funda-se na Moral e se expressa na vontade livre do ser em ajudar seus semelhantes.

Avelino, com base nas teorias de Platão, Aristóteles, Hume e Duguit, traz um conceito analítico para a categoria Solidariedade: *“atuar humano, de origem ou sentimento de semelhança, cuja finalidade objetiva é possibilitar a vida em sociedade, mediante o respeito aos terceiros, tratando-os como se familiares o fosse; e cuja finalidade subjetiva é se auto-realizar, por meio da ajuda ao próximo”*⁸⁴.

⁸⁰ Para o estudo sobre a forma de tratamento das incompatibilidades entre normas de um ordenamento, vide: BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989. p. 71-115.

⁸¹ Como conceito operacional de Solidariedade, adotar-se-á: “[...] *o agir em benefício de outrem, ou seja, o compartilhamento social*” (MELO, Osvaldo Ferreira. **Dicionário de Política Jurídica**, p. 89).

⁸² A estipulação de um conceito operacional de Valor é problemática, pois, conforme Hessen, “*O conceito de <<valor>> não pode rigorosamente definir-se. Pertence ao número daqueles conceitos supremos, como os de <<ser>>, <<existência>> etc., que não admitem definição. Tudo o que pode fazer-se a respeito deles é simplesmente tentar uma clarificação ou mostração do seu conteúdo*” (HESSEN, Johannes. **Filosofia dos Valores**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 43). Para ele, a palavra valor pode significar três coisas distintas: a vivência de um valor, a qualidade de valor de uma coisa ou a idéia de valor em si (**ob. loc. cit.**).

⁸³ TORRES, Ricardo Lobo. **Existe um princípio estrutural da Solidariedade ?** In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra. **Solidariedade Social e Tributação**. São Paulo: Dialética, 2005. p. 198-199.

⁸⁴ AVELINO, Pedro Buck. **Princípio da Solidariedade**: imbricações históricas e sua inserção na

A Solidariedade Social tem, como base, o amor individual. Ela é a projeção deste, passando pela solidariedade familiar e a profissional⁸⁵. Liga-se à idéia de responsabilidade do grupo social pelas carências ou necessidades de qualquer um dos seus membros, realizando-se a compensação de bens e vantagens sociais e a socialização dos riscos normais da existência humana. A Solidariedade seria uma decorrência da idéia de justiça distributiva e dela decorreriam todos os direitos sociais, incluindo a função social da propriedade⁸⁶.

A idéia de Solidariedade tem raízes na amizade cívica apontada por Aristóteles, sendo incorporada no ideal de fraternidade derivado da trilogia defendida pela Revolução Francesa e posteriormente generalizada pela propagação e positivação das idéias de Direitos Humanos⁸⁷. De forma semelhante, Avelino sustenta que, em contraposição ao individualismo e relativismo próprios de Protágoras, será construída, com Sócrates, Platão e Aristóteles, uma reação filosófica que defende o compartilhamento e distribuição de bens entre os membros de uma comunidade política⁸⁸.

No plano histórico, o princípio da Solidariedade tem raízes nos achados arqueológicos egípcios. Neles se comprova a existência da preocupação do grupo em resguardar o interesse de todos diante do infortúnio que pode transformar os ricos em pobres. O interesse em proteção dos membros do grupo transformou-se, paulatinamente, em interesse social

Constituição de 1988, p. 250.

⁸⁵ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de Direito Previdenciário**, p.76-77.

⁸⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **Comentário ao art. 1º**. In: CASTRO, Reginaldo Oscar de (Coord.). *Direitos Humanos: conquistas e desafios*. Brasília: Letraviva, 1999. p. 19-20.

⁸⁷ ROCHA, Daniel Machado da. **O Direito Fundamental à Previdência Social**, p. 129-130.

⁸⁸ AVELINO, Pedro Buck. **Princípio da Solidariedade: imbricações históricas e sua inserção na Constituição de 1988**, p. 229-237.

a partir da passagem da “solidariedade para com os seus” em uma “solidariedade para com todos”⁸⁹.

Embora seja possível apontar a existência do sentimento de Solidariedade desde a antiguidade, o discurso sobre a Solidariedade e suas feições jurídicas começam a tomar corpo a partir da Revolução Francesa - com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – e tomam impulso com a chamada “questão social”, aportando na própria concepção de Estado de Bem-Estar Social ⁹⁰.

Rosa Nery destaca que no Direito Privado germânico o desenvolvimento do conceito de negócio jurídico como exercício da liberdade e autonomia individual teve suas bases lançadas justamente quando a Solidariedade se estabelecia como um elemento funcional do Direito. Isso indicaria um resgate do interesse para com os semelhantes⁹¹. Para afirmar que o princípio da solidariedade é historicamente mais ligado ao Direito Público do que ao Privado, Rosa Nery cita diversos exemplos, como a resistência à relativização do direito de suceder⁹² e a predominância do critério de igualdade formal no direito dos contratos⁹³. Cita, também, a subordinação do direito das empresas à idéia de repartição dos lucros somente aos que comandam⁹⁴; o direito real⁹⁵; e a não aceitação do abuso do direito como limitação do exercício do proprietário etc. ^{96 97}

⁸⁹ NERY, Rosa Maria Barreto Borrielo de Andrade. **Apontamentos sobre o princípio da Solidariedade no Sistema do Direito Privado**, p. 65-67.

⁹⁰ SANFELICE, Patrícia de Mello. **O princípio da Solidariedade**: origem, características e aplicação na Seguridade Social, p. 12-13.

⁹¹ NERY, Rosa Maria Barreto Borrielo de Andrade. **Apontamentos sobre o princípio da Solidariedade no Sistema do Direito Privado**. Revista de Direito Privado, v. 17, jan./mar. 2005, p. 67.

⁹² Especialmente no tocante à tributação sobre os bens transmitidos “causa mortis”.

⁹³ Submetidos à estruturação de um vínculo jurídico no qual as desigualdades são desconsideradas.

⁹⁴ Desconsiderando o interesse daqueles que foram co-partícipes da empreitada.

⁹⁵ Entendido como de uso para o interesse exclusivo de seu detentor.

⁹⁶ NERY, Rosa Maria Barreto Borrielo de Andrade. **Apontamentos sobre o princípio da**

Rocha fundamenta a Solidariedade com base na classificação de Durkheim em mecânica, derivada da consciência coletiva compartilhada pelos membros da Sociedade, na qual o indivíduo está ligado diretamente a esta e orgânica, oriunda de uma divisão social do trabalho, em que o indivíduo depende das funções interligadas^{98 99}.

Durkheim sustenta que a principal função da divisão do trabalho é a de criar laços de solidariedade¹⁰⁰. A partir da análise histórica da evolução da divisão no grupo familiar e nas relações entre os sexos, ele argumenta que o maior efeito da divisão do trabalho não é o de aumentar as relações econômicas, mas sim o de tornar possíveis certos tipos de sociedade¹⁰¹.

Solidariedade no Sistema do Direito Privado, p. 68-69.

⁹⁷ Muito embora fuja do foco do presente trabalho, vale apontar, ainda que de passagem, que os princípios da Solidariedade e da Dignidade da Pessoa Humana, dentre outros, foram observados quando da elaboração do projeto de código civil brasileiro de 2002. Em trabalho anterior, foi possível concluir que os princípios da socialidade (denominação dada pelo principal mentor daquele diploma legal: MIGUEL REALE), que se consubstancia na prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, para superar o individualismo característico do passado; e eticidade, que impõe a observância de critérios ético-jurídicos fundados no valor da pessoa humana como fonte do Direito plasmaram-se pela nova Parte Geral, afetando os seus institutos e refletindo-se, principalmente, nas inovações advindas com a regulamentação dos Direitos de Personalidade, a desconsideração da personalidade jurídica, as novas espécies de Defeitos do Negócio Jurídico (Lesão e Estado de Perigo), a previsão expressa do Dano Moral, a ilicitude do Abuso de Direito, etc.; tudo indicando que, embora mantida, em linhas gerais, estrutura semelhante do Código de 1916, o novo abriga mudanças significativas quanto ao seu conteúdo porque, ao contrário da legislação revogada, fundada no liberalismo clássico individualista, agrícola e patriarcal, adota nova concepção do papel do Direito Privado, fundada em ordem constitucional igualitária, ética e socialmente preocupada com a construção de uma sociedade pluralista e com justiça social (BOLLMANN, Vilian. **Novo Código Civil**: Princípios, inovações na Parte Geral e Direito Intertemporal. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 95-99)

⁹⁸ ROCHA, Daniel Machado da. **O Direito Fundamental à Previdência Social**, p. 131.

⁹⁹ AVELINO, ao tratar da evolução histórica da tensão entre individualismo e solidariedade e do próprio conceito desta, aponta que, como reação à exploração advinda com a Revolução Industrial, é forjada, principalmente com DURKHEIM, uma teoria que, retomando o pensamento clássico de Platão e Aristóteles, fundamenta o sacrifício de parcela da liberdade individual em prol da Sociedade (AVELINO, Pedro Buck. **Princípio da Solidariedade**: imbricações históricas e sua inserção na Constituição de 1988, p. 242-243/248-250).

¹⁰⁰ DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 21.

¹⁰¹ DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**, p. 22-27.

A fim de estudar a Solidariedade Social, fenômeno moral que não permitiria mensuração, Durkheim realiza um estudo de um instituto que, regulamentando a vida social, pudesse refletir aquela: o Direito. Isso, contudo, não é feito a partir da ótica jurídica, mas sim por uma distinção que leva em conta o fato de que todo preceito é formado por regras de conduta sancionáveis; assim, divide-se o Direito em regras cuja sanção é uma espécie de dor (direito repressivo) e regras cuja sanção é restituição de um dano causado. O direito repressivo abraça os fatos tipificados como crime, conceituados como aqueles para os quais se aplica uma pena. A pena é a reação organizada, passional e defensiva imposta pela Sociedade pela prática de atos que violam crenças, práticas e tradições coletivas que refletem um estado de consciência comum¹⁰². Por não visar expiação, mas sim restauração, o Direito que não é Penal retrata outro tipo de Solidariedade. Neste caso, embora o interesse principal seja das partes envolvidas no litígio, há, também, um interesse coletivo em fazer valer não só as regras jurídicas previamente estipuladas, mas também o de solucionar o processo, quando judicializado¹⁰³.

As relações restitutivas podem ser subclassificadas em duas espécies. Uma com obrigações negativas, relacionada aos direitos reais que ligam pessoas às coisas (e não pessoas entre si) e versam sobre barreiras impostas. A Solidariedade negativa, porém, não afasta uma coesão social, mas sim a supõe, pois ela só pode existir a partir de concessões mútuas e recíprocas limitações da liberdade¹⁰⁴. A outra espécie de relações restitutivas que não exprimem obrigações negativas constituem um direito cooperativo que abrange o direito doméstico (leia-se: direito de família), os contratos e o direito comercial. Esta seria formada por obrigações positivas

¹⁰² DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**, p. 31-78.

¹⁰³ DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**, p. 85-90.

¹⁰⁴ DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**, p. 90-96.

decorrentes de uma cooperação – reciprocidade de compromissos – decorrente da divisão do trabalho e da divisão funcional de papéis¹⁰⁵.

A partir dessas breves distinções Durkheim exclui a Solidariedade negativa (que não produz integração entre pessoas) e relaciona dois tipos de Solidariedade conforme a espécie de Direito. A primeira é a Solidariedade mecânica, presente no direito repressivo e característica de uma sociedade sem divisões funcionais. Nela, cada indivíduo seria semelhante ao outro e ligado diretamente à Sociedade. A segunda é a Solidariedade orgânica, quando a Sociedade é composta por indivíduos que possuem diferenças funcionais entre si e se ligam àquela mediante relações funcionalmente definidas¹⁰⁶.

Ao analisar aspectos da evolução histórica das Sociedades, Durkheim afirma que existe um aumento progressivo nas diferenças funcionais entre os indivíduos e que o direito repressivo passa gradualmente a ser eclipsado pelo direito cooperativo. Sustenta, ainda, que a Solidariedade mecânica vai sendo progressivamente substituída pela orgânica¹⁰⁷. Isso corresponde ao fato de que a Sociedade, inicialmente formada por clãs com estrutura social segmentada, transforma-se em um sistema de órgãos com funções e papéis diferentes, sendo estes também formados por outros subsistemas. Enquanto nestes o indivíduo é agrupado pela atividade que exerce, naqueles, mais simples, ele é identificado pela consangüinidade¹⁰⁸.

A divisão do trabalho é proporcional a um adensamento das Sociedades. Este adensamento se dá por três fatores: (1) a

¹⁰⁵ DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**, p. 97-105.

¹⁰⁶ DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**, p. 105-109.

¹⁰⁷ DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**, p. 111-157.

¹⁰⁸ DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**, p. 157-177.

concentração da população em cidades, (2) a migração do campo para a urbe e (3) a quantidade e rapidez nas vias de comunicação e transmissão que reduzem o espaço vazio entre os membros. Essas condições não só permitem como requerem a divisão como forma de existência mutuamente condicionada. A formação de grupos por associação de sangue ou de interesses acaba aproximando seus membros e essa proximidade derruba fronteiras entre eles, forçando uma luta pela vida. Para se manterem nesta disputa, os membros do grupo especializam suas funções e atividades que, mediante cooperação orgânica, permitem o crescimento e funcionamento da própria Sociedade. Uma cidade não sobrevive sendo formada apenas por pessoas que executam o mesmo e igual papel; surgem, naturalmente, profissões como a do artesão, do médico e outras, cada um delas exercendo funções específicas, mas dependendo dos demais para a sua própria sobrevivência¹⁰⁹.

A vida social provém de duas fontes, a semelhança de consciências e a divisão do trabalho social; naquele, a personalidade individual não existe, já que a homogeneidade do tipo coletivo faz confundir os sujeitos entre si; no segundo caso, a diferenciação de funções e atividades exige relações de cooperação e regras jurídicas que formam um sistema solidário¹¹⁰. As regras morais enunciam condições fundamentais para a Solidariedade social, pois representam tudo aquilo que força um homem contar com outrem, regendo sua ação por outra coisa que não o egoísmo. O Direito, por sua vez, também sustenta a Solidariedade, seja a

¹⁰⁹ DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**, p. 251-282. Embora seja principal causa, essa dinâmica não explica, por si só, a divisão do trabalho, que requer, também, certos fatores secundários. O primeiro deles é a formação de uma certa independência do membro em relação à consciência comum do grupo, permitindo-se, assim, o desenvolvimento de características individuais. Essa formação só é possível quando a concentração populacional das cidades reduz o controle da tradição e do grupo, pois nelas é possível não só a formação de divergências sem escândalos, mas também a potencialização da influência da migração e capacidade rebelde da juventude. Outro fator secundário é a redução da influência da hereditariedade na transmissão das vocações (Confira-se DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**, p. 308-337).

¹¹⁰ DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**, p. 216-217.

mecânica, que exige sanções repressivas, seja a negativa e a orgânica, que demandam sanções restitutivas. Disso se conclui que tanto a Moral quanto o Direito decorrente da divisão do trabalho formam um conjunto de vínculos necessários para que exista a Sociedade¹¹¹.

Dessa formação histórica da divisão do trabalho social é possível inferir não só o nascimento da Solidariedade Orgânica, mas também do próprio conceito e elaboração do princípio da Justiça Social. A Doutrina Social da Igreja Católica, fundamental para a fixação e difusão do conteúdo da Justiça Social, nasce com a encíclica *Rerum Novarum*, em 1891, na qual se reconhece, expressamente, que se existem diferenças naturais entre os homens e o organismo social é formado pela diversidade de funções, então as classes não devem se digladiar, mas sim formar uma união harmoniosa, com tratamento digno e remuneração adequada aos operários. Posteriormente, com a encíclica *Quadragesimo Anno*, de 1931, reconhece-se o princípio da justa distribuição das riquezas produzidas pelo progresso da economia, e, mais tarde, com a Encíclica *Divini Redemptoris*, no capítulo da Justiça Social, afirma-se que os operários e os patrões têm deveres em relação ao bem comum¹¹². Como se vê, a preocupação com a convivência harmônica entre trabalhadores e patrões decorre da necessidade de uma Solidariedade orgânica desta relação funcional típica das Sociedades que se formaram a partir da Revolução Industrial.

Porém, essa concepção pode retirar da Solidariedade a sua compreensão fraternal, tornando-a meramente funcional. Vale apontar a distinção feita por Comte-Sponville, que separa a Solidariedade da Generosidade. Para ele, a Generosidade é o contrário do egoísmo e Solidariedade, a regulação inteligente e socialmente eficaz. Embora ambos

¹¹¹ DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**, p. 420-421.

¹¹² JUNKES, Sérgio Luiz. **Defensoria Pública e o Princípio da Justiça Social**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 39-41.

levem em conta os interesses de outrem, a generosidade considera o interesse alheio ainda que não se compartilhe dele; na Solidariedade, porém, leva-se em conta o interesse do outro porque se compartilha dele¹¹³. A Generosidade é uma virtude moral que ordena sejamos menos egoístas. A Solidariedade é uma virtude política que, admitindo o egoísmo, procura que ele seja administrado coletiva e inteligentemente, em vez de sê-lo totalmente e uns contra os outros¹¹⁴. Como exemplos de Solidariedade, e não Generosidade, além da Seguridade Social e do Associativismo sindical, citam-se (1) o pagamento de indenização por um seguro, já que todos que pagam o prêmio se cotizam por interesse próprio, ainda que só alguns deles auferam a indenização e (2) a relação de comércio por um preço mais barato, na qual o vendedor tem interesse em lucrar pela venda em maior número e o comprador o de comprar pelo menor preço¹¹⁵.

Por tudo isso há quem distinga duas perspectivas diferentes para a Solidariedade; de um lado, ela seria uma virtude ético-religiosa, presente desde a antiguidade, em especial na Grécia clássica, reforçada pelo cristianismo; de outro, seria um valor superior, que, embora fundada no aspecto individual, representa uma função principal para a organização social¹¹⁶.

De qualquer forma, a Solidariedade pode ser entendida como um laço de fraternidade oriundo não só da interdependência recíproca entre os indivíduos, mas também da identificação dos homens como seres humanos entre si, dividindo o mesmo espaço coletivo. Dessa divisão de espaço conjunto surge a dupla face da Solidariedade, como elemento

¹¹³ COMTE-SPONVILLE, André. **O Capitalismo é moral?** São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 120-121.

¹¹⁴ COMTE-SPONVILLE, André. **O Capitalismo é moral?**, p. 125.

¹¹⁵ COMTE-SPONVILLE, André. **O Capitalismo é moral?**, p. 121-125.

¹¹⁶ ROCHA, Daniel Machado da. **O Direito Fundamental à Previdência Social**, p. 129.

existente tanto nas relações dos indivíduos entre si como na relação destes com a comunidade política¹¹⁷.

As diversas espécies de Solidariedade (familiar, profissional) estabelecem graus entre aqueles que contribuem com algo e os que são destinatários desta contribuição, incluindo a possibilidade de solidariedade sem retorno. Exemplificando, no caso da Seguridade Social, haveria esta última espécie no caso das empresas, que contribuem para o sistema sem a perspectiva de eventual benefício futuro¹¹⁸.

A Solidariedade pode ser classificada sob diversos critérios. Quanto à determinação de quem se solidariza e de quem recebe, a Solidariedade pode ser direta ou indireta. Ela pode ser interpessoal ou coletiva quando o nexos se dá entre pessoas ou entre grupos. Se a motivação ou fonte for a consciência ou preceitos morais, a Solidariedade será ética, mas se for em decorrência de preceito legal, será normativa ou jurídica. Ela será total se compreender todos os valores, mas será parcial se apenas algum valor específico, como econômico, político ou religioso¹¹⁹. Distingue-se, também, a Solidariedade de grupo homogênea da Solidariedade genérica; aquela refere-se a direitos e deveres dentro de um grupo específico (como a família), esta, por sua vez, representa os deveres da

¹¹⁷ ROCHA, Daniel Machado da. **O Direito Fundamental à Previdência Social**, p. 130.

¹¹⁸ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de Direito Previdenciário**, p. 77-78. No campo do Direito Tributário, por exemplo, a Solidariedade manifesta-se de diversas formas. A Solidariedade genérica concretiza-se mediante impostos a serem cobrados de quem tem capacidade contributiva (isto é, expressão econômica acima de um mínimo existencial) e legitima a progressividade dos tributos. A Solidariedade de grupo homogênea, porém, só legitima contribuições se presentes certos requisitos: homogeneidade, responsabilidade especial, benefício e limitação temporal (confira-se YAMASHITA, Douglas. **Princípio da Solidariedade em Direito Tributário**. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra. *Solidariedade Social e Tributação*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 60-63). Para o mesmo tema, especificamente quanto às contribuições sociais, incluindo a migração, neste campo tributário, do princípio da solidariedade de grupo para a solidariedade genérica, vide: TORRES, Ricardo Lobo. **Existe um princípio estrutural da Solidariedade ?**, p. 200-207.

¹¹⁹ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de Direito Previdenciário**, p. 78-70.

coletividade, ou seja, da Sociedade como um todo¹²⁰.

No plano do Direito Previdenciário, a Solidariedade representa, usualmente, a “*transferência de meios de uma fração para outra, num conjunto de integrantes situados com recursos desnivelados ou não*”¹²¹. Não é por outro motivo que ela é considerada o princípio fundamental do Direito Previdenciário¹²². Em síntese, significa a “*contribuição da maioria em benefício da minoria*”¹²³, e, num sentido técnico, “*a contribuição de certos segurados, com capacidade contributiva, em benefício dos despossuídos [...] quer dizer união de pessoas em grupos, globalmente consideradas, contribuindo para a sustentação econômica de indivíduos em sociedade, individualmente apreciadas e, por sua vez, em dado momento, também contribuirão ou não, para a manutenção de outras pessoas. E assim sucessivamente*”¹²⁴.

Dessas considerações é possível concluir que a Solidariedade, enquanto Valor, é produto histórico, que se desenvolve e se manifesta de diversas formas, mas sempre sendo condição necessária ao desenvolvimento da Sociedade, como requisito, causa e simultaneamente efeito da divisão do trabalho social.

1.3 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONDIÇÃO HUMANA

A proteção da condição humana está ligada à idéia de

¹²⁰ YAMASHITA, Douglas. **Princípio da Solidariedade em Direito Tributário**, p. 59.

¹²¹ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de Direito Previdenciário**, p. 90.

¹²² MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de Direito Previdenciário**, p. 74.

¹²³ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de Direito Previdenciário**, p. 74.

¹²⁴ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de Direito Previdenciário**, p. 75.

dignidade da pessoa.

Numa perspectiva histórica, a dignidade da pessoa humana, como valor do homem como um fim em si mesmo, veio a se tornar um dos axiomas da civilização ocidental a partir de quatro momentos históricos fundamentais: (1) o cristianismo, (2) o iluminismo-humanista; (3) a obra de Kant; e (4) a reação aos horrores da Segunda Guerra Mundial ¹²⁵. Embora na antiguidade¹²⁶ a condição social do indivíduo marcasse a possibilidade de uma gradação e mensuração da sua dignidade, a partir da religião cristã, em especial o período estóico, surge a idéia de que a dignidade é uma qualidade de todo ser humano e que ela distingue este dos animais. É na Idade Média que se passa a conceber uma condição de dignidade inerente ao ser humano que deve ser respeitada pelos demais. Mais tarde, com Kant, a autonomia da vontade impõe-se como fundamento da dignidade da pessoa humana, pois é ela que torna distingue o ser humano dos animais. Por impedir que o homem seja tratado como um objeto, a dignidade da pessoa humana não tem preço. Esta concepção é adotada por grande parte da literatura, considerando a dignidade da pessoa humana como impeditivo da “coisificação” do ser humano¹²⁷.

De acordo com Sarlet, a dignidade da pessoa humana não só dá sentido à ordem jurídica, como também a legitima. Segundo ele, isso seria reconhecido tanto doutrinariamente quanto pelas Constituições¹²⁸

¹²⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o Princípio da Dignidade Humana**, p. 103-109.

¹²⁶ Por Antiguidade entende-se o “[p]eríodo histórico iniciado com as mais antigas civilizações e que se estende até a queda do Império Romano do Ocidente (séc. V)” (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, **Dicionário Aurélio Eletrônico**. Versão 3.0-PC. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.).

¹²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 2 ed. Revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002. p. 29-37.

¹²⁸ Confira-se NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. **O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana**. Revista de Informação Legislativa, n. 145, jan./mar. 2000, p. 186. Segundo ele, prevêem este princípio: Constituição da República Portuguesa (art. 1º); A Constituição da República italiana, de 27 de dezembro de 1947 (art. 3º); Constituição da República da Croácia,

que positivam a sua proteção. Afirma-se, com isso, que os direitos fundamentais decorrem, em maior ou menor grau, da própria dignidade da pessoa humana e que no processo hermenêutico de hierarquização este princípio e valor está em patamar superior ¹²⁹.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 positivou o princípio da dignidade da pessoa humana, elegendo-o à qualidade de princípio fundamental do Estado Democrático de Direito¹³⁰.

Por diversos motivos (polissemia, indeterminação dos valores e princípios), não há um conceito jurídico-constitucional claro de o quê seja a dignidade da pessoa humana, apesar de ser fácil identificar quando há uma situação indigna. Considerando a necessidade de proteger a dignidade da pessoa humana, é necessário tornar mais claro este conceito. Para Sarlet, é necessário aproximar-se da idéia kantiana de proteção à autodeterminação potencial que todo ser humano tem de se conduzir conforme o seu projeto espiritual¹³¹.

A dignidade da pessoa humana pode ser concebida tanto como direito fundamental quanto como princípio informador deles. Sarmento,

de 22 de dezembro de 1990 (art. 25); Preâmbulo da Constituição da Bulgária, de 12 de julho de 1991; Constituição da Romênia, de 8 de dezembro de 1991 (art. 1º); Lei Constitucional da República da Letônia, de 10 de dezembro de 1991 (art. 1º); Constituição da República eslovena, de 23 de dezembro de 1991 (art. 21); Constituição da República da Estônia, de 28 de junho de 1992 (art. 10º); Constituição da República da Lituânia, de 25 de outubro de 1992 (art. 21); Constituição da República eslovaca, de 1º de setembro de 1992 (art. 12); Preâmbulo da Constituição da República tcheca, de 16 de dezembro de 1992; Constituição da Federação da Rússia, de 12 de dezembro de 1993 (art. 21).

¹²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**, p. 81-88. No mesmo sentido, COMPARATO, Fábio Konder. **Comentário ao art. 1º**, p. 14. Para ele, a partir da distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, estes representando a positivação daqueles, a dignidade da pessoa humana sustenta todos eles, independente de constituições, leis ou tratados internacionais.

¹³⁰ Vide art. 1º, inc. III, da CR. No sentido de que se trata de princípio central do ordenamento jurídico, do qual derivam os demais princípios, confira-se, dentre outros: SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**, p. 57-67.

¹³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**, p. 37-45.

por exemplo, sustenta que o princípio da proporcionalidade, enquanto técnica procedimental para solução de colisões entre princípios constitucionais, deve ser orientado para atingir os valores humanísticos superiores sintetizados no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana¹³².

Como princípio, não haveria um direito à dignidade, mas sim o direito ao reconhecimento da dignidade, o direito à sua proteção etc¹³³. Por serem uma decorrência da dignidade da pessoa humana, ainda que em graus variáveis de extensão, os direitos fundamentais têm conexão com ela e a violação àqueles representa ofensa a esta. É possível vislumbrar a derivação dos direitos fundamentais a partir da dignidade da pessoa humana, tanto na liberdade, igualdade e vida quanto nos direitos sociais (negativos/defesa ou positivos/prestacionais), nacionalidade, políticos etc., pois a violação a cada um deles implica também negação da dignidade da pessoa¹³⁴.

Há um dever geral de respeito à dignidade da pessoa humana que, no âmbito das relações intersubjetivas, é exemplificada por diversas decisões judiciais, tais como as que vedam o abuso de direito de propriedade em face do direito de moradia do não-proprietário e as que reconhecem impenhorabilidade da renda obtida com locação de único bem¹³⁵.

No contexto dos direitos fundamentais surge a discussão sobre a existência, ou não, dos limites aos limites, ou seja, se haveria um núcleo essencial a cada direito que não pode ser objeto de ponderação. Este núcleo essencial do direito representaria o conteúdo de dignidade da pessoa

¹³² SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**, p. 57.

¹³³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**, p. 63-73.

¹³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**, p. 89-99.

¹³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**, p. 113-118.

humana nele contido. Sarlet aponta que prepondera o entendimento em sentido contrário, isto é, o princípio da dignidade da pessoa humana não se identificaria necessariamente com os núcleos essenciais dos direitos fundamentais¹³⁶. Sarlet afasta a idéia de que, sendo qualidade irrenunciável, a dignidade da pessoa humana seria um princípio absoluto não sujeito ao juízo de ponderação. Para ele, isso contraria o critério de distinção entre regras e princípios, já que a dignidade está sujeita a concretização em diversos níveis, constituindo-se um mandado de otimização¹³⁷.

Além da aproximação da dignidade da pessoa humana com a proteção da autodeterminação da vontade, é possível ligá-la a uma teoria do mínimo essencial. Seria indigna a vida aquém de certos patamares.

Nobre Júnior vê três desdobramentos da dignidade da pessoa humana: (1) a proteção à igualdade entre os homens, pois cada um deles tem igual dignidade, não podendo ser vítima de discriminação desarrazoada ou arbitrária; (2) a vedação que um ser humano seja tratado como objeto, degradando a sua condição¹³⁸; e (3) a garantia de um patamar existencial mínimo, incluindo prestações que assegurem a mais elementar subsistência¹³⁹.

Dentro dessa concepção da Dignidade da Pessoa Humana como elemento que garante um mínimo essencial, abaixo do qual a vida seria indigna, há quem utilize aquele princípio como critério de distinção do regime jurídico dos direitos fundamentais prestacionais. Nessa classificação, há uma subdivisão entre os prestacionais sociais que

¹³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**, p. 119-123.

¹³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**, p. 76-80.

¹³⁸ Seja na esfera do exercício da pretensão punitiva do Estado, seja na estipulação de contratos que tratem a pessoa como coisa ou mesmo na proteção aos direitos de personalidade.

¹³⁹ NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. **O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana**, p. 187-194.

garantem um mínimo existencial e os que representam prestações além deste mínimo. Isso porque, aqueles, que garantem um mínimo existencial (*entendido como o conjunto de condições materiais básicas para a existência e manutenção de uma vida humana digna*¹⁴⁰), não se submetem à chamada reserva do possível e não demandam interposição legislativa para serem exigíveis. Significa dizer que, na implantação destes direitos prestacionais, o argumento da falta de recursos só é válido se já alcançado o mínimo existencial, pois é a partir deste patamar que se justificam escolhas; antes de alcançá-lo, não há escolha.

Além disso, o direito à prestação que represente o mínimo existencial não necessitaria de lei infraconstitucional que ordene expressamente a sua realização. Se o Estado não consegue cumprir este mínimo, não teria sentido em existir. Este princípio implicaria tanto uma dimensão negativa (limite indeclinável que impede a eficácia de qualquer ato estatal atentatório à dignidade da pessoa humana) quanto uma dimensão positiva ou constitutiva (promover a dignidade mediante condutas ativas)¹⁴¹.

Sarlet afirma:

[...] o princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado, além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que viabilizem e removam toda sorte de

¹⁴⁰ Para um conceito de mínimo essencial fundado no texto constitucional vigente, veja-se: “*Na linha do que se identificou no exame sistemático da própria Carta de 1988, o mínimo existencial que ora se concebe é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça. [...] esses quatro pontos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana que se reconhece eficácia jurídica positiva e, a fortiori, o status de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário*” (BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o Princípio da Dignidade Humana**, p. 258).

¹⁴¹ Vide, dentre outros, BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o Princípio da Dignidade Humana**; SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**; e TAVARES, Marcelo Leonardo. **Previdência e Assistência Social: Legitimação e Fundamentação Constitucional Brasileira**. Todas são publicações oriundas de dissertações de mestrado aprovadas perante a UERJ.

obstáculos que estejam a impedir as pessoas de viverem com dignidade. Para além desta vinculação (na dimensão positiva e negativa) do Estado, também a ordem comunitária e, portanto, todas as entidades privadas e os particulares encontram-se diretamente vinculados pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Com efeito, por sua natureza igualitária e por exprimir a idéia de solidariedade entre os membros da comunidade humana, o princípio da dignidade da pessoa humana vincula também no âmbito das relações particulares¹⁴².

Indaga-se, com base nesses conceitos, se a dignidade da pessoa humana constitui um bem absoluto ou se, num determinado caso concreto, seria possível relativizá-lo em face da dignidade de terceiros (cláusula comunitária) ou mesmo diante de um outro direito fundamental. É a discussão que surge nos exemplos de pessoa que, agindo de forma indigna, fere dignidade de outrem, sendo preso. Outro exemplo é a hipótese de eutanásia, na qual há a oposição do direito à vida contra a dignidade. Além de ser necessária a verificação se a alegada violação à dignidade da pessoa humana não configura em verdade uma violação a um outro direito fundamental (como no exemplo da prisão), deve-se verificar qual a concepção que se tem sobre o conceito da dignidade. Se a formulação for extensiva, então só o núcleo essencial deveria ser preservado (exemplo: evitar penas cruéis), respeitando-se as condições mínimas de dignidade (impedindo a instrumentalização da pessoa). Caso contrário, se a concepção de dignidade da pessoa humana for minimalista, então seria possível imaginá-la como um bem absoluto¹⁴³.

¹⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**, p.111-112.

¹⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**, p. 123-145. Sobre o tema, confira-se, também SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**, p. 111-113, que, utilizando terminologia de Canotilho, sustenta haver dois tipos de teorias sobre o núcleo essencial dos Direitos Fundamentais: uma Teoria Absoluta, perfilhada por Canotilho e José Carlos De Andrade Vieira, defendendo que o conteúdo essencial do direito deve ser delimitado abstratamente e não pode ser ultrapassado; outra, Teoria Relativa, pugnada por Alexy, Haberle e o próprio Sarmento, admitindo que, sendo o núcleo fundamental definido à luz do caso concreto, então não há que se falar em delimitações apriorísticas, mas sim em observação do princípio da proporcionalidade. Barcellos, aparentemente, também adota este

Assim, em conclusão, ao tentar elaborar uma formulação jurídico-constitucional para o princípio da dignidade da pessoa humana, Sarlet lança o seguinte conceito, ora reproduzido:

qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos de sua própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos¹⁴⁴

É possível concluir, nesta etapa, que a dignidade da pessoa humana é condição inerente a todos seres humanos. Atribui-se a este princípio também a consequência de gerar deveres prestacionais que assegurem um mínimo de proteção, que pode ser vislumbrado em quatro vetores: educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça.

norte teórico, já que, ao discorrer sobre os direitos prestacionais que garantem um mínimo existencial, defende a ponderação do princípio da proteção da dignidade da pessoa humana junto com os princípios da separação de poderes (que evita o arbítrio) e o majoritário (que implica a participação do indivíduo na formação da vontade política), porquanto estes, inseridos numa ordem estrutural única, também são realização daquela dignidade (BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o Princípio da Dignidade Humana**, p. 205-207).

¹⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**, p. 57-62.

Capítulo 2

2. DIREITO PREVIDENCIÁRIO NO BRASIL

2.1 HISTÓRICO DOS SISTEMAS DE SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL: ASPECTOS DESTACADOS

Pelo entendimento de que o Direito não é algo dado, mas sim construído, como fruto da experiência humana¹⁴⁵, torna-se relevante apontar aspectos do contexto histórico em que os sistemas de Seguridade e Previdência Social surgiram e se desenvolveram. Para isso, serão resgatados os principais marcos da sua evolução, tanto no plano internacional quanto nacional, apontando, cronologicamente, a sucessão de eventos que formaram o Direito Previdenciário atual. A partir disso, apontar-se-ão alguns dos processos de transformação que estão ocorrendo neste Sistema Previdenciário brasileiro.

Segundo Rocha, as primeiras experiências de proteção de natureza mutualista decorreram dos colégios gregos e romanos que, além de finalidades religiosas e econômicas, previam, também, um regime de ajuda recíproca entre seus membros¹⁴⁶. A partir da Idade Média¹⁴⁷,

¹⁴⁵ Para o tema, confira-se: REALE, Miguel. **Experiência e cultura**: para a fundação de uma Teoria Geral da Experiência. Campinas: Bookseller, 2000. Nesta obra, ele investiga o conhecimento afastando-se das teorias extremadas do idealismo e do realismo. Afirma que o ato de conhecer envolve o sujeito e o objeto em uma relação de dialética complementar, fundado no valor e num processo hermenêutico, lingüístico e intersubjetivo, embora condicionado histórica e ideologicamente. Diante dessa concepção, a Cultura é resultado de toda atividade humana que, mediante sucessivas interações subjetivo-objetivas, modifica ou acresce algo ao mundo da natureza, como forma de expressão de uma causalidade motivacional fundada na liberdade humana. Assim, identifica-se o caráter histórico do conhecimento, do valor e da cultura e compreende-se o agir humano como elemento concretizador de valores, resultante de um processo dialético de formação da causalidade motivacional. Para Reale, a liberdade humana é o fundamento do valor central da pessoa e da própria possibilidade de experiência e conhecimento.

¹⁴⁶ ROCHA, Daniel Machado da. **O direito fundamental à Previdência Social**, p. 20-21.

¹⁴⁷ “*Período histórico compreendido entre o começo do séc. V e meados do séc. XV*” (FERREIRA, FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, **Dicionário Aurélio Eletrônico**),

surgem, no continente europeu, as guildas¹⁴⁸ germânicas e anglo-saxônicas, de funcionamento semelhante aos colégios gregos e romanos. Essas organizações podiam ser classificadas em três grupos (religiosas, de artesãos ou de mercadores) e proviam a assistência entre seus membros no caso de doença e das despesas com funerais. Ainda no século XII, formam-se as corporações de ofício ou de profissão, também de caráter mutualista¹⁴⁹.

No ano de 1601 é editada, na Inglaterra, a chamada “Lei dos Pobres”, na qual se previa que as paróquias eram responsáveis pelo sustento dos seus pobres e que deveria ser fornecida matéria-prima para que eles pudessem tecer e vender o produto do seu trabalho. Pouco depois, já em 1605, edita-se outra lei inglesa ordenando fossem marcados com a letra “R” os “malandros” que, se reincidissem, seriam condenados à morte¹⁵⁰.

Com o desenvolvimento do capitalismo surge quem imagine a possibilidade de se impor o trabalho aos pedintes e indigentes, forçando-os ao trabalho ou à escravidão, se não aceitassem trabalhar pelos salários disponíveis. Nessa concepção, o desemprego é voluntário, ou seja, as pessoas não trabalham por opção. O desemprego não decorre do fato de que ninguém lhes dê emprego ou o por que o salário oferecido não lhes pareça suficiente para compensar a perda do ócio. Mais tarde, subdivide-se os incapazes e os capazes; para estes, impõe-se a escolha entre o trabalho honesto ou a fome; para aqueles, a assistência do poder público. Ambos os discursos, contudo, buscam resolver a questão negando direitos: se a pessoa não tem como se sustentar, não há lugar pra ela na Sociedade^{151 152}.

¹⁴⁸ Segundo Ferreira, guildas eram as associações de auxílio mútuo constituídas na Idade Média entre as corporações de operários, artesãos, negociantes ou artistas (cf. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, **Dicionário Aurélio Eletrônico**).

¹⁴⁹ ROCHA, Daniel Machado da. **O direito fundamental à Previdência Social**, p. 23.

¹⁵⁰ SINGER, Paul. **A cidadania para todos**. In: PINSKY, Jaime Pinski; PINSKY, Carla Bassanezi (Orgs.). *História da Cidadania*. São Paulo: Editora Contexto, 2003. p. 193.

¹⁵¹ SINGER, Paul. **A cidadania para todos**, p. 194-195.

A partir da Revolução Industrial¹⁵³, generaliza-se a dicotomia entre os que são proprietários dos meios de produção e os que não são, pois o capital necessário para aquisição passa a ser maior, diante dos custos dos novos equipamentos. Isso força a transferência de artesãos autônomos, que manufaturavam, para o proletariado, pois ficam incapazes de competir com a produção industrial. Reforçando o aumento da população proletária há o fenômeno inglês da Revolução Agrícola, pelo qual a introdução de métodos aperfeiçoados de plantio e a criação de animais aumentavam a produtividade. Porém, esses métodos implicavam, como conseqüência, a dissolução da aldeia tradicional e das regras de cultivo coletivo então vigentes. Há a formação latifúndios aristocráticos e de agricultores capitalistas, autorizada por atos do Parlamento - “enclosures” - que declaravam as terras comuns propriedade individual dos nobres¹⁵⁴.

O aumento numérico do proletariado provocou condições de trabalho extremamente duras (jornadas excessivas, falta de higiene etc.). Essas condições provocaram a transformação das antigas organizações corporativas em sindicatos de trabalhadores fabris. As organizações iniciaram ações (petições ao Parlamento e até greves) que provocaram reações legais proibitivas, obrigando-as ao uso da violência contra os patrões ou à agitação política pela reforma do Estado¹⁵⁵.

¹⁵² GIDDENS afirma, textualmente, que, a partir do século XVII, a pobreza não era definida como a condição de ausência de recursos, mas sim como uma necessidade da indústria. Os “pobres” eram aqueles que não podiam ou não queriam trabalhar e havia uma concepção de que a pobreza era falta de educação moral, pregando-se “*trabalho para aqueles que irão labutar, castigo para aqueles que não vão fazê-lo e pão para aqueles que não podem fazê-lo*” (GIDDENS, Anthony. **Para além da esquerda e da direita: o futuro da política radical**. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1996. p. 154).

¹⁵³ “*Mudança ocorrida na indústria, a partir do séc. XIX, quando os meios de produção, até então dispersos, e baseados na cooperação individual, passaram a se concentrar em grandes fábricas ocasionando profundas transformações sociais e econômicas*” (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, **Dicionário Aurélio Eletrônico**).

¹⁵⁴ SINGER, Paul. **A cidadania para todos**, p. 196-197.

¹⁵⁵ SINGER, Paul. **A cidadania para todos**, p. 197-198.

Com a Revolução Francesa há uma modificação nesta relação. Segundo Singer, havia duas revoluções. A primeira, da burguesia, que, em ascensão, considerada em duas correntes, uma pretendendo uma monarquia constitucional – os girondinos – e outra mais radical, que queria derrubar a monarquia e estabelecer uma República - jacobinos e franciscanos. A outra revolução era dos trabalhadores sem propriedade, que viviam à beira do desemprego e da indigência, buscando não só os direitos políticos, mas também os sociais. Estes eram os precursores do socialismo ou comunismo e sua idéia dominante, no auge da Revolução em 1793, era a de que a terra era um patrimônio comum e que a todos deve ser garantida a existência de maneira que ninguém seja obrigado a vender o seu trabalho sob a ameaça da fome¹⁵⁶.

Desse processo revolucionário francês surge a Constituição que, em 1791, assegura o direito de propriedade à burguesia. Não atendeu, contudo, às reivindicações dos trabalhadores sem propriedade, ainda que lhes assegurasse uma assistência pública para criar crianças abandonadas, aliviar os pobres enfermos e prover trabalho para os saudáveis¹⁵⁷. Mais tarde, em agosto de 1792, com a deposição do Rei Luís XVI, é convocada uma Convenção Nacional, eleita por um sufrágio alargado, que realiza uma nova Constituição. Apesar de várias turbulências (inclusive com deposição de diversos representantes dos girondinos), esta nova Carta foi aprovada e ratificada por votação popular. Previu diversos avanços no campo dos Direitos Sociais e Políticos; porém, teve curta duração, diante da mobilização que foi necessária para a França fazer frente às invasões pela Inglaterra e por príncipes alemães¹⁵⁸.

¹⁵⁶ SINGER, Paul. **A cidadania para todos**, p. 209.

¹⁵⁷ SINGER, Paul. **A cidadania para todos**, p. 212-213.

¹⁵⁸ SINGER, Paul. **A cidadania para todos**, p. 215-218.

Na Inglaterra, a partir das experiências práticas de Robert Owen¹⁵⁹, surgiram as primeiras Leis Fabris em 1815, fixando idade mínima para o trabalho (9 anos) e jornada máxima de 12 horas para pessoas com até 16 anos de idade¹⁶⁰. Mais tarde, em 1824, é revogada a lei que proibia o funcionamento de Sindicatos, e, em 1833 (após a Revolução de 1832), é aprovada uma nova lei fabril que, além de impor maiores restrições à jornada de trabalho, previu, pela primeira vez, cargos de inspetores de fábricas¹⁶¹.

No ano de 1866, registra-se um marco histórico relevante para a implementação dos direitos sociais no Congresso de Genebra da Primeira Internacional (Associação Internacional dos Trabalhadores, formada em 1864 por socialistas franceses e ingleses). Neste debate, houve a deflagração da divergência entre a corrente marxista e a anarquista. Para aqueles, era necessário lutar por direitos sociais que seriam previstos em lei e garantidos pelo Estado. Para os anarquistas, a luta deveria ser contra o próprio Estado, visto como obstáculo à igualdade e liberdade entre os homens¹⁶².

A instituição de redes de seguro social foi realizada na Alemanha, a partir de uma reação do chanceler do Império, Otto von Bismarck, às sucessivas vitórias dos socialistas, que adquiriam mais cadeiras no Parlamento. Ele resolveu tornar o partido socialista ilegal em 1878 e, em seguida, como uma compensação, propôs uma série de leis de proteção aos trabalhadores contra acidentes de trabalho, enfermidades e

¹⁵⁹ Industrial inglês que, em sua fábrica algodoeira, eliminou o trabalho infantil, forneceu escolas aos filhos dos operários e reduziu a jornada destes, obtendo, outrossim, lucro em sua atividade econômica. Isso demonstrou, à época, o aumento da produtividade do trabalho em relação às empresas que extenuavam seus empregados (SINGER, Paul. **A cidadania para todos**, p. 220-221).

¹⁶⁰ SINGER, Paul. **A cidadania para todos**, p. 222.

¹⁶¹ SINGER, Paul. **A cidadania para todos**, p. 224-229.

¹⁶² SINGER, Paul. **A cidadania para todos**, p. 232-233.

velhice¹⁶³.

Na mesma época em que a Alemanha cria normas de seguros sociais, primeiro modelo prevendo a instituição do princípio da filiação obrigatória, a Grã-Bretanha institui, em 1911, um sistema obrigatório de seguro contra enfermidade e desemprego. O sistema inglês inova ao estender a proteção mediante gastos de recursos públicos, pois enquanto na Alemanha exigia-se que as contribuições dos trabalhadores cobrissem todas as despesas, a Grã-Bretanha inaugurava um modelo que equalizava as categorias¹⁶⁴.

Outro momento relevante para os Direitos Sociais é a promulgação das Constituições do México (1917) e de Weimar (1919). Com estas Constituições surge o Estado Contemporâneo naquilo em que se caracteriza como fundamental para a Democracia Social, ou seja, assunção, pelo Estado, do papel de intervenção na Sociedade mediante previsão de direitos econômicos e sociais¹⁶⁵.

Com a Grande Depressão, que se irradiou ao mundo a partir dos EUA, as classes trabalhadoras daquele país se mobilizaram contra o desemprego e a pobreza extrema. Com a eleição de Franklin Delano Roosevelt em 1932, foram adotadas políticas de expansão do gasto público

¹⁶³ SINGER, Paul. **A cidadania para todos**, p. 235.

¹⁶⁴ SINGER, Paul. **A cidadania para todos**, p. 236-237. Segundo VIANNA, o modelo alemão de Bismarck é segmentar e meritocrático, estruturado por categorias ocupacionais e sustentado por contribuições de seus integrantes (VIANNA, Maria Lucia Teixeira Werneck. **A americanização (perversa) da seguridade social no Brasil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, UCAM, IUPERJ, 2000. p. 155). TAVARES distingue dois grandes modelos, o de Beveridge e o de Bismarck. O primeiro, mantém uma universalidade de atendimento, protegendo toda a população, com uniformidade de tratamento, garantindo um patamar mínimo. O segundo, "bismarckiano", protege categorias diferenciadas de forma diferente, com regras de custeio variáveis (TAVARES, Marcelo Leonardo. **Previdência e Assistência Social**, p. 227-228).

¹⁶⁵ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos históricos, políticos e jurídicos da Seguridade Social**. In: ROCHA, Daniel Machado; SAVARIS, José Antônio (Coord.). Curso de Especialização em Direito Previdenciário – v. 1 – Direito Previdenciário Constitucional. Curitiba: Juruá, 2006.p. 21.

e da oferta de moeda, com desvalorização do dólar em relação ao ouro. Esta política foi chamada de New Deal (Novo Acordo). Em 1935, foram aprovadas duas leis que deram início à legislação trabalhista nos Estados Unidos. O plano não só superou o retardo quanto à garantia de direitos sociais naquele país, como também assumiu a responsabilidade estatal de combater o desemprego¹⁶⁶.

Após a Segunda Guerra Mundial, as Constituições passaram a incluir a obrigação do governo de manter a economia o mais próxima possível do pleno emprego, provendo trabalho mediante estímulos à iniciativa privada. Embora não formulado como direito do cidadão, essa obrigação do Estado correspondeu a um direito fundamental do trabalhador¹⁶⁷.

Surge um dos mais importantes programas de seguridade social, elaborado pelo comitê interministerial presidido por William Beveridge em 1941 e 1942. O Plano Beveridge rompeu com a tradição liberal de atender apenas a determinadas categorias de operários, em geral os mais organizados, para quem se montava aparelho específico para administrá-lo. Este plano era, também, redistributivo ao propor que o custo do Estado de Bem-Estar¹⁶⁸ fosse suportado pelos contribuintes e não apenas pelos diretamente interessados. Inspirou, assim, a construção do atual modelo de “Welfare State” em numerosos países¹⁶⁹.

No Brasil, a base produtiva da economia inicial era o trabalho escravo, com a estrutura social centralizada no governo e nos

¹⁶⁶ SINGER, Paul. **A cidadania para todos**, p. 240-241.

¹⁶⁷ SINGER, Paul. **A cidadania para todos**, p. 243.

¹⁶⁸ Para mais aspectos sobre o Estado de Bem Estar (= “Welfare State”), confira-se a seguir, ao final deste subcapítulo.

¹⁶⁹ SINGER, Paul. **A cidadania para todos**, p. 247-248.

grandes proprietários¹⁷⁰. Os primórdios da Seguridade Social são atribuídos às Santas Casas, como a de Misericórdia de Santos (1543) e a do Rio de Janeiro (1584). A partir de 1814, estas entidades começam a receber auxílio do governo, por conta do Alvará de 24 de outubro de 1814, que previa uma ajuda de 10 réis para cada um de “seus jurisdicionados”, para manter as crianças expostas às rodas de enjeitados¹⁷¹.

Enquanto a Europa acompanha o surgimento da Primeira Internacional Socialista, no Brasil são criados e regulamentados os montepios, a partir do Decreto 2711, de 1860. Surgem a caixa de socorro para o pessoal das estradas de ferro do Estado, o montepio dos Correios e o fundo especial de pensão para os trabalhadores das Oficinas de Imprensa¹⁷².

No ano de 1882, com o advento da Lei de 1º de outubro, é atribuída aos distritos municipais a tarefa de estabelecer e conservar casas de caridade para cuidar dos doentes necessitados e para vacinar as crianças e adultos¹⁷³. Mais tarde, já na República, sucedem-se os diplomas legais para tratar dos empregados do serviço público, abrangendo, dentre outros, os operários do Arsenal da Marinha, os servidores da Casa da Moeda, os efetivos do Exército¹⁷⁴.

Posteriormente, em 1919 é editada a Lei 3724 que tratava do acidente do trabalho, tornando obrigatório o pagamento pelos patrões¹⁷⁵ de indenização e pensão em razão de acidentes de trabalho.

¹⁷⁰ COUTO, Berenice Rojas. **O Direito Social e a Assistência Social na Sociedade Brasileira: uma equação possível ?** São Paulo: Cortez, 2004. p. 79-80.

¹⁷¹ ALLY, Raimundo Cerqueira. **Normas Previdenciárias no Direito do Trabalho**. 5 edição. São Paulo: IOB, 2002. p. 21.

¹⁷² ALLY, Raimundo Cerqueira. **Normas Previdenciárias no Direito do Trabalho**, p. 22.

¹⁷³ ALLY, Raimundo Cerqueira. **Normas Previdenciárias no Direito do Trabalho**, p. 21.

¹⁷⁴ ALLY, Raimundo Cerqueira. **Normas Previdenciárias no Direito do Trabalho**, p. 22.

¹⁷⁵ Vocábulo utilizado pela referida lei.

Pouco depois, em 1923, surge, no Brasil, um dos marcos históricos da Previdência Social: o Decreto 4682, de 24.01.23, alcunhado “Lei Eloy Chaves”. Esta lei visava proteger os trabalhadores das estradas de ferro criando uma caixa de aposentadoria e pensão para cada uma daquelas empresas¹⁷⁶. Adotado o modelo de Bismarck, na década de 20 proliferam as caixas de natureza privada vinculadas às empresas¹⁷⁷.

Pouco depois da Grande Depressão, no Brasil há o início de uma política populista e desenvolvimentista que, em função das condições desfavoráveis do setor de exportação de produtos agrícolas, se incumbem de tentar organizar as relações entre capital e trabalho¹⁷⁸. Surge, então, outro marco histórico na Previdência Social, com a criação do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos (IAPM) pelo Decreto 22872, de 29.06.33. Em seguida, outras categorias profissionais foram contempladas por Institutos próprios, como os Comerciantes (IAPC), os Bancários (IAPB), os industriários (IAPI) e os Empregados em Transportes e Cargas (IAPETC)¹⁷⁹. Porém, com a criação destes institutos iniciou-se um debate sobre os problemas oriundos deste modelo fragmentado, dentre eles a disparidade de autonomia e níveis econômicos, além do trânsito de trabalhadores entre eles¹⁸⁰. Tiveram, no entanto, não só o papel de organizar uma cobertura de riscos ligados ao trabalho urbano, mas também o de viabilizar, para as categorias protegidas, o enfrentamento de outros problemas sociais, como a questão da moradia própria, mediante financiamento de núcleos habitacionais¹⁸¹.

¹⁷⁶ COSTA, José Ricardo Caetano. **Previdência e Neoliberalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 47.

¹⁷⁷ TAVARES, Marcelo Leonardo. **Previdência e Assistência Social**, p. 210.

¹⁷⁸ COUTO, Berenice Rojas. **O Direito Social e a Assistência Social na Sociedade Brasileira**, p. 93-95.

¹⁷⁹ ALLY, Raimundo Cerqueira. **Normas Previdenciárias no Direito do Trabalho**, p. 23.

¹⁸⁰ COSTA, José Ricardo Caetano. **Previdência e Neoliberalismo**, p. 48.

¹⁸¹ COUTO, Berenice Rojas. **O Direito Social e a Assistência Social na Sociedade Brasileira**, p. 98.

Somente em 1960 há uma uniformização das normas previdenciárias aplicáveis aos trabalhadores urbanos¹⁸², com a Lei 3807, de 26.08.60, a chamada Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS). Embora houvesse esta uniformização, o sistema de seguridade ainda era distribuído por diversos órgãos, como a previdência do funcionalismo público federal (IPASE), os trabalhadores rurais (FUNRURAL), e os economiários (SASSE)¹⁸³. Nesta época, o número de trabalhadores rurais ainda era superior ao urbano, embora já em declínio¹⁸⁴.

Mais tarde, no ano de 1976, com o decreto 70777/76 são consolidadas cerca de 60 leis e decretos sobre matéria previdenciária¹⁸⁵. Em 1977 foi criado o SINPAS pela Lei n. 6439, de 01.09.77, com reestruturação das atividades não mais de acordo com a clientela, mas sim por funções prestadas. Assim, as atividades de assistência médica passaram a ser prestadas pelo INAMPS e as de previdência social pelo INPS quanto aos benefícios e pelo IAPAS quanto à arrecadação, fiscalização e cobrança das contribuições previdenciárias. Além destas entidades, integravam o SINPAS outros órgãos com atividades específicas, como a LBA, a DATAPREV, CEME e a FUNABEM. Na década de 90 do século passado estas entidades passam por um processo de fusão ou extinção. Assim, no ano de 1990 o IAPAS e o INPS são fundidos num único órgão pela Lei 8029, criando-se o INSS. As atribuições do INAMPS e da CEME são deslocadas para o

¹⁸² HORVATH, Miriam Vasconcelos Fiaux. **Auxílio-reclusão**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.p. 55.

¹⁸³ ALLY, Raimundo Cerqueira. **Normas Previdenciárias no Direito do Trabalho**, p. 24. No mesmo sentido: COSTA, José Ricardo Caetano. **Previdência e Neoliberalismo**, p. 49, esclarecendo, inclusive, que o FUNRURAL previu só assistência médica até 1971, quando, então, foram estabelecidos benefícios regulares; afirma, também, que para os trabalhadores domésticos só houve previsão de benefícios previdenciários a partir de 1972, com a lei n. 5859.

¹⁸⁴ Confira-se COUTO, Berenice Rojas. **O Direito Social e a Assistência Social na Sociedade Brasileira**, p. 113. Segundo os dados trazidos por esta autora, enquanto na década de 50 e 60 a população rural representava 60 % e 53 % da População Economicamente Ativa, este número passaria para 44 % e 30 % nas décadas seguintes, evidenciando a trajetória de declive.

¹⁸⁵ HORVATH, Miriam Vasconcelos Fiaux. **Auxílio-reclusão**, p. 57.

Ministério da Saúde e eles são extintos; de forma similar, a FUNABEM e a LBA são absorvidos pelo Ministério do Bem-Estar Social.

Após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, foi editada a Lei 8123, de 24 de julho de 1991, que instituiu o chamado Regime Geral de Previdência Social (RGPS). É com esta nova carta constitucional que se produz, pela primeira vez, um discurso afirmativo dizendo que é responsabilidade do Estado a cobertura das necessidades sociais da população e que ela tem acesso a estes direitos na condição de cidadão¹⁸⁶.

A partir dessa cronologia, é possível concluir que a evolução mundial da Previdência Social observou três fases históricas: (1) inicial, da origem até 1918, mediante criação de regimes em países europeus; (2) intermediária, com expansão geográfica dos sistemas para diversos países não-europeus a partir de 1919; e (3) contemporânea, de 1946 até os dias atuais, caracterizada pela expansão do acesso às prestações¹⁸⁷.

No Brasil, é possível dividir este processo nas seguintes fases. A primeira, consistente na organização por empresas, iniciada com a Lei Eloy Chaves. A segunda, a organização por Categorias Profissionais, a partir da criação do Instituto de Aposentadoria e Pensões de Marítimos. A

¹⁸⁶COUTO, Berenice Rojas. **O Direito Social e a Assistência Social na Sociedade Brasileira**, p. 161. Para esta autora, em obra publicada a partir de sua Tese de Doutorado em Serviço Social defendida na PUC-RS, a passagem da Assistência de uma postura clientelista, em certos, ou de mera filantropia, em outros, para o ingresso no campo público, como Direito Social, é realizado pelo influxo de dois fatores principais. O primeiro, é o avanço internacional das idéias vinculadas aos direitos humanos. A segunda, o crescimento da população que antes não necessitava de Assistência, causado pelo desemprego ou emprego precário decorrentes da crise estrutural do setor produtivo. A insuficiência das políticas públicas trabalhistas e a perspectiva da universalização dos direitos provoca o surgimento de uma população que se reconhece como portadora de Direitos Sociais e que por eles demanda (cf. COUTO, Berenice Rojas. **O Direito Social e a Assistência Social na Sociedade Brasileira**, p. 168-169).

¹⁸⁷TAVARES, Marcelo Leonardo. **Previdência e Assistência Social**, p. 208.

terceira, com a organização por clientela, iniciada pela LOPS. Em seguida, a fase da organização por propósito, com a criação do SINPAS, e, por fim, a fase atual, a partir de criação do INSS¹⁸⁸. Para José Ricardo Caetano Costa, o histórico da Previdência no Brasil é de exclusão, pois diversas categorias de trabalhadores só foram agregadas com o passar do tempo. Assim, os rurais só foram protegidos a partir de 1967 e os domésticos a partir de 1972, os trabalhadores informais estão, até hoje, fora da proteção previdenciária¹⁸⁹.

Essas transformações históricas não cessam, pois a conformação do Estado atual e dos Direitos Sociais por ele abrigados estão, também, em mutação. A possibilidade, a direção e os limites de alterações do Sistema Previdenciário em geral, e do brasileiro, em particular, decorrem de uma aparente reestruturação daquilo que se convencionou chamar de Estado de Bem-Estar Social ou “Welfare State”¹⁹⁰. Examinar estas possibilidades, portanto, demanda uma aproximação sobre o quê significa esta forma específica de Estado, bem como sobre quais seriam as causas estruturais e conjunturais que, segundo a doutrina, implicam a sua transformação.

Como conceito de Estado de Bem-Estar Social ou “Welfare State” pode ser adotado o de que ele é o Estado que “*intervém na sociedade para garantir oportunidades iguais a seus cidadãos nos âmbitos econômico, social e cultural*”¹⁹¹. Por se tratar de um conceito fluido e amplo, ele leva a diversas configurações práticas que o concretizam.

Assim, uma tipologia das modalidades de Estado de

¹⁸⁸ ALLY, Raimundo Cerqueira. **Normas Previdenciárias no Direito do Trabalho**, p. 23 e 25.

¹⁸⁹ COSTA, José Ricardo Caetano. **Previdência e Neoliberalismo**, p. 52-55.

¹⁹⁰ Sobre o conceito operacional para esta Categoria, vide a seguir.

¹⁹¹ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos históricos, políticos e jurídicos da seguridade social**, p. 15.

Bem-Estar (= “Welfare State”), pode levar a três modalidades: o liberal, o conservador e o social-democrata. No primeiro, o Estado somente intervém quando os canais normais de proteção dos segmentos sociais são insuficientes para conter penas decorrentes do livre mercado. No segundo modelo, também chamado de meritocrático, a ação protetora do Estado atua somente em favor de quem contribui para a riqueza nacional. No terceiro, há um papel redistributivo inerente ao bem-estar social. A adoção de um modelo decorre principalmente em função de variáveis de desenvolvimento sócio-econômico (industrialização, urbanização etc), mobilização da classe operária, desenvolvimento institucional e político e, principalmente, a predominância de alguma das polaridades da idéia de Justiça Social (igualdade de oportunidades versus igualdade de resultados)¹⁹².

Segundo Giddens, as fontes estruturais do Welfare State são a trabalho, solidariedade e administração do risco. O primeiro implica um esforço de criar uma sociedade na qual o trabalho assalariado industrial tivesse um papel central e definidor. O segundo, ligado ao desejo das autoridades governamentais de promover a solidariedade nacional. E o terceiro lugar, a preocupação de uma administração do risco a que se submetem os trabalhadores¹⁹³.

Há quatro principais grupos de hipóteses para o

¹⁹² VIANNA, Maria Lucia Teixeira Werneck. **A americanização (perversa) da seguridade social no Brasil**, p. 24-26. Trata-se de obra publicada a partir da sua tese de doutorado. Para uma classificação semelhante, em três classes de Estado de Bem-Estar (liberal, corporativista e democrata), vide CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos históricos, políticos e jurídicos da seguridade social**, p. 54-55. Partindo da classificação de Guerrero e Verdú, Cruz utiliza três critérios (relação Estado e Mercado, grau de mercantilização e estrutura social para intervenção estatal) para designar de Estado de Bem-Estar Liberal como aquele que ajuda os que demonstram não ter recursos, sendo a atuação estatal destinada a estimular o mercado de forma indireta. O Corporativista estrutura os direitos sociais de forma a manter as classes sociais já existentes, com políticas sociais de baixa eficácia redistributiva. O Democrata, por fim, preocupar-se em atender de forma não mercantilizada e universal, promovendo a redistribuição de recursos para reduzir a distância entre as classes sociais.

¹⁹³ GIDDENS, Anthony. **Para além da esquerda e da direita**: o futuro da política radical, p. 156-158. Conferir, também: COSTA, José Ricardo Caetano. **Previdência e Neoliberalismo**, p. 27-32.

desenvolvimento do “Welfare State”. A primeira hipótese explica a expansão da proteção pública a partir dos processos de industrialização e urbanização que multiplicam os riscos sociais e também a partir da concentração de recursos econômicos pelo Estado. A segunda aponta as políticas sociais como exigências do capitalismo para regulação do mercado de trabalho diante dos ciclos de acumulação de capital. O terceiro grupo tem duas explicações, embora aparentemente antagônicas; numa, as pressões dos trabalhadores e a universalização do voto constituem os fatores principais para surgimento da Seguridade Social; noutra, a baixa legitimidade dos dirigentes força a adoção de medidas protetivas como resposta à mobilização operária. O último grupo de associa os fatores estruturais da economia com a mobilização e a consciência dos movimentos operários¹⁹⁴.

De qualquer sorte, Giddens afirma que o sistema de previdência não é estruturado pelo Estado como um combate à pobreza e nem como conquista de uma classe economicamente mais fraca. A Previdência teria sido instituída como um seguro social derivado de um processo de transformação econômica da sociedade. A proletarização passiva – camponeses que perdem suas terras e ingressam em um novo mercado – transformou-se numa proletarização ativa, necessária no

¹⁹⁴VIANNA, Maria Lucia Teixeira Werneck. **A americanização (perversa) da seguridade social no Brasil**, p. 20-23. Na seqüência da obra, a autora apresenta dois modelos teóricos sobre a forma de influência no processo de formação da vontade política quando da elaboração das políticas públicas previdenciárias. O primeiro, europeu, é o “neocorporativismo”, reflexo do chamado corporativismo societal, que surge a partir das mudanças ocorridas nos sistemas de seguridade feitos na década de 1970. Nele, há uma negociação generalizada entre Estado e representantes do Capital e do Trabalho, em instâncias governamentais nas quais participam sindicatos fortes, que também controlam a atuação Estatal. Neste processo, o Estado cede parte de sua autoridade decisória numa relação negociada com grupos representativos. O segundo modelo de influência é o “lobbying” norte-americano, no qual a estratégia legislativa decorre da competição entre interesses individuais e fragmentados das inúmeras facções da sociedade. Há uma multiplicidade de canais de acesso às decisões governamentais através dos lobistas. Ela defende a tese de que o modelo brasileiro migrou do sistema neocorporativo, com sistemas de integração negociada, para o de “lobbying”, com competição de grupos de interesses no “mercado político”. Dentre os fatores que levaram a essa modificação, cita-se o regime presidencialista forte, a baixa representatividade da estrutura partidária, a formação de canais privilegiados durante os regimes autoritários que desmontaram a estrutura hierarquizada de representação montada por Getúlio Vargas e outros. (VIANNA, Maria Lucia Teixeira Werneck. **A americanização (perversa) da seguridade social no Brasil**, p. 53-55/73-77/96-120/180-192)

processo de industrialização da economia¹⁹⁵.

Há quem identifique três referenciais teóricos para explicar essa evolução dos sistemas de Previdência. O primeiro seria o referencial fundado na coesão da solidariedade social, creditando a origem e evolução da Previdência como uma ligação entre poupança e caridade, sendo o Estado um agente integrador e neutro. O segundo referencial adota o binômio “concessão e conquista”, pela qual a Previdência é fruto da luta dos trabalhadores (conquista) e de espaços cedidos pelo Estado diante da pressão daqueles, esquecendo os demais agentes sociais. O terceiro, chamado “demanda-outorgamento”, analisa os processos de demanda, luta, negociação e outorga, implícitos ou explícitos na elaboração das políticas públicas sociais¹⁹⁶.

Atualmente, vários fatores são apontados como causas da chamada crise do “Welfare State”. No aspecto da “crise financeira”, isto é, a incapacidade econômica do sistema, aponta-se a (1) mudança macroeconômica pela qual a indústria cede espaço para a área de prestação de serviços, gerando um volume menor de receitas para o Estado e (2) a crescente demanda por novos benefícios (chamada de “crise do êxito”) decorrente da universalização dos direitos trabalhistas e da forte sindicalização; além desta crise, aponta-se (3) a transnacionalização das economias, já que, no Estado de Bem-Estar, o Sistema Previdenciário é ancorado no Estado Nacional; e (4) a “crise do mundo do trabalho”, em

¹⁹⁵ GIDDENS, Anthony. **Para além da esquerda e da direita**: o futuro da política radical, 153-158. Nesta obra, ao reconhecer a complexidade da sociedade atual, pós-tradicional derivada da globalização e da alta reflexividade social, Giddens afirma haver uma inadequação da tradicional dicotomia entre esquerda e direita. Busca, por isso, articular um novo referencial para traçar políticas que consigam dar uma direção adequada às mudanças vividas. Esse movimento constitui uma Política Radical fundada na solidariedade e na confiança ativa que, mobilizando as pessoas por meio de uma democracia dialógica, redefine os papéis do Estado e trate o problema da violência.

¹⁹⁶ COSTA, José Ricardo Caetano. **Previdência e Neoliberalismo**, p. 17-19.

função da redução do espaço ocupado pelo trabalho formal¹⁹⁷. Em resumo, essas causas implicam um *“injusto crescimento da carga tributária e [...] descrença na capacidade do Estado em gerenciar atividades sociais e econômicas de maneira eficiente”*¹⁹⁸.

Como resultado das citadas crises, surgem, nas décadas de 80 e 90, posturas ideológicas com pretensão de substituição do modelo de Estado de Bem-Estar Social, dentre elas, o neoliberalismo¹⁹⁹. Diz-se que a concepção neoliberal é fundada em três propostas: (1) reversão dos processos de nacionalização; (2) desregulamentação das atividades econômicas e sociais; (3) transformação das políticas universais de proteção social para particularização de benefícios. No campo dos Direitos Sociais, implica retomar a concepção de que a proteção contra o risco social deve ser adquirida no mercado, restando a filantropia a quem não tiver condições econômicas para fazê-lo²⁰⁰.

Um dos modelos neoliberais citados como alternativa ao Estado de Bem-Estar no que se refere à Seguridade Social é o adotado pelo Chile. Neste país, em 1981, substituiu-se o sistema estatal pelo de capitalização individual. Neste novo modelo, os segurados, por conta própria, contratam benefícios em uma das treze Agências Administradoras de Fundos de Pensão²⁰¹, pagando-os diretamente. Passados dezoito anos

¹⁹⁷ COUTO, Berenice Rojas. **O Direito Social e a Assistência Social na Sociedade Brasileira**, p. 67-68.

¹⁹⁸ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos históricos, políticos e jurídicos da seguridade social**, p. 13. Mais adiante, esclarece-se que *“Os governos passaram a ter que conviver com a contradição de manter os altos custos do Estado social e aumentar a carga tributária ou reduzir os investimentos públicos que beneficiavam milhares de pessoas. Em qualquer das situações, a impopularidade e o possível desgaste eleitoral eram fantasmas sempre presentes”* (CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos históricos, políticos e jurídicos da seguridade social**, p. 57).

¹⁹⁹ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos históricos, políticos e jurídicos da seguridade social**, p. 59.

²⁰⁰ COUTO, Berenice Rojas. **O Direito Social e a Assistência Social na Sociedade Brasileira**, p. 72.

²⁰¹ Bancos ou planos de aposentadoria.

da adoção deste sistema, surgem efeitos deletérios: (1) até 1991, cento e sessenta milhões de dólares foram retirados dos Fundos de Pensão, mas não foram apropriados nas contas individualizadas de cada trabalhador; (2) algumas instituições já faliram; (3) a correção das contas de poupança é atuarial e não garante que, ao final do período de capitalização, os trabalhadores/poupadores recebam aquilo que foi programado e (4) os períodos de não contribuição ao sistema, como nas hipóteses de desemprego, implicam redução dos valores dos rendimentos e, como consequência, percepção do valor mínimo garantido e pago pelo Estado²⁰².

2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

Atualmente, com a Constituição da República promulgada em 1988, há um Sistema²⁰³ Constitucional de Previdência Social. Apesar de receber o influxo dos princípios da Seguridade Social já abordados no primeiro capítulo, a Previdência Social brasileira tem peculiaridades que lhe são próprias. Diante disso, serão analisados os princípios constitucionais especiais²⁰⁴, positivados expressa ou implicitamente, ora vigentes, que regulam a Previdência.

No sistema da CR/88, há dois tipos de Previdência. A Previdência Pública, mantida e assegurada pelo Estado, e a Previdência Privada, que é facultativa e cujos benefícios são pagos por empresas. A Previdência Pública, por sua vez, abrange tanto o sistema destinado aos servidores públicos com vínculo efetivo quanto o sistema geral para os

²⁰² COSTA, José Ricardo Caetano. **Previdência e neoliberalismo**, p. 54-56/72-76.

²⁰³ Como conceito de Sistema, adota-se o de que se trata de um conjunto de partes ordenadas à realização de um determinado fim (MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**, p. 88.)

²⁰⁴ Para a abordagem sobre os princípios jurídicos, especialmente a classificação dos princípios constitucionais fundamentais, gerais e especiais, vide o subcapítulo específico retro.

trabalhadores da iniciativa privada²⁰⁵. Embora estes dois sistemas estejam se tornando similares, há diferenças relevantes que justificam a dicotomia existente e o estudo em separado²⁰⁶.

Com relação ao sistema destinado aos trabalhadores da iniciativa privada, a partir do texto positivado pela Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, a doutrina identifica diversos princípios especiais da Seguridade²⁰⁷ e da Previdência Social²⁰⁸.

Para o Sistema de Seguridade Social implantado pela

²⁰⁵TAVARES, Marcelo Leonardo. **Previdência e Assistência Social**, p. 226.

²⁰⁶CASTRO, Carlos Alberto. **A aposentadoria dos Agentes Públicos depois das Emendas Constitucionais**. Brasília: AMB, 2005. p. 10-12. Ele argumenta, em síntese, que a existência de estatutos próprios para o funcionalismo decorria da autonomia político-administrativa de cada ente federado, além do fato de que os agentes públicos tinham o direito à aposentação de forma graciosa, sem a obrigação de contribuir. Este fato que só começou a ser alterado a partir da Emenda Constitucional 20, de 1998, pois até então, as despesas com benefícios para servidores públicos federais era considerada uma despesa orçamentária da União e não uma correspondência para os valores contribuídos. Confirma-se, para uma análise do sistema de Previdência mantido pela União para seus servidores: ROCHA, Daniel Machado da. **O direito fundamental à Previdência Social**, p. 175-213. Para Tavares, a distinção decorre da finalidade diversa destes sistemas. Enquanto o sistema de cobertura dos servidores públicos busca manter o padrão de vida do inativo, o sistema destinado aos trabalhadores da iniciativa privada objetiva servir de seguro para dar o sustento limitado que garanta os valores de liberdade e da igualdade de chances. Isso pode ser exemplificado por diversos mecanismos previstos na legislação, como o limite máximo de contribuições e de rendimentos, o cálculo que considera apenas oitenta por cento das contribuições, há isenção de Carência para certos riscos sociais, busca a universalidade das pessoas abrangidas etc. (TAVARES, Marcelo Leonardo. **Previdência e Assistência Social**, p. 233-235). Por tudo isso, para os efeitos da presente Dissertação, conforme delimitado no plano de trabalho e na sua introdução, tendo em conta que seu objeto é a Previdência Social que protege os trabalhadores da iniciativa privada, será analisado somente o sistema que lhes é pertinente.

²⁰⁷ Foram incluídos os princípios constitucionais especiais da Seguridade Social porque, sendo o Direito Previdenciário uma parte dele, sofre, também, a influência normativa dos seus princípios, ainda que, em certos casos, possam e devam ser interpretados diante das especificidades deste sub-ramo.

²⁰⁸ A relação aqui exposta não abrange, por evidente, toda a doutrina sobre o tema. Busca-se, com base em pesquisa realizada nas obras consideradas mais abrangentes, descrever os princípios normalmente identificados com a temática. Não se esgotará, contudo, o tratamento e descrição deles, pois cada um poderia ser objeto de uma dissertação específica. Em alguns casos, a mesma idéia normativa recebe nomes distintos pela doutrina, sendo, então, apontado o fato nesta pesquisa. É possível observar, também, que, a partir do referencial teórico já descrito no primeiro capítulo, algumas das normas identificadas pela doutrina não sejam princípios, mas sim regras. Porém, o objetivo deste ponto da pesquisa é arrolar aquilo que a doutrina normalmente identifica como princípio. Conforme descrito no planejamento da pesquisa, a crítica, se houver, será apontada no último capítulo, à luz das Teorias de Justiça abordadas.

Constituição de 1988 a doutrina arrola os seguintes princípios:

(1) **universalidade da cobertura e atendimento**, pelo qual a prestação social deve alcançar todos os eventos cuja reparação seja necessária à sobrevivência, tratando igualmente aqueles que estão sujeitos a um mesmo risco social; constitui a face subjetiva da amplitude do sistema (admitindo-se a restrição aos contribuintes do sistema no caso de benefícios previdenciários)²⁰⁹;

(2) **isonomia de tratamento urbano e rural**²¹⁰, determinando que os benefícios sejam os mesmos sem diferenciação pelo fato de tratar-se de pessoa inserida no meio rural; mantém a uniformidade quanto aos eventos cobertos (aspecto objetivo) e a equivalência para os valores e prestações pagas; trata-se, em certa medida, de concretização dos princípios da igualdade jurídica, previsto no “caput” do art. 5º da CR, e da igualdade de direitos trabalhistas para trabalhadores urbanos e rurais, previsto no “caput” do art. 7º daquela carta; admite-se, porém, diferenciações em prol do trabalhador rural porque, em certos casos, sua atividade é de mera subsistência²¹¹;

²⁰⁹ DUARTE, Marina Vasques. **Direito previdenciário**. 3 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004. p. 18. HORVARTH, Miriam Vasconcelos Fiaux. **Auxílio-reclusão**, p. 62-63. ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social**. 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, 2003. p. 41. HORVARTH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. 5 ed. atual. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 68. CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**, p. 78-79. BALERA, Wagner. **Noções Preliminares de Direito Previdenciário**, p. 82-84. TAVARES, Marcelo Leonardo. **Previdência e Assistência Social**, p. 189-190. Neste conceito, insere-se também o princípio da “expansividade social”, “tendência generalizante” ou “globalidade” – pelo qual o sistema previdenciário deve garantir o acesso ao maior número possível de pessoas (HORVARTH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**, p. 65. ROCHA, Daniel Machado da. **O direito fundamental à Previdência Social**, p. 138-139. SAVARIS, José Antônio. **Traços Elementares do sistema constitucional da seguridade social**. In: ROCHA, Daniel Machado; SAVARIS, José Antônio (Coord.). **Curso de Especialização em Direito Previdenciário – v. 1 – Direito Previdenciário Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 140-142).

²¹⁰ Também chamado de “*uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais*”. Confira-se: DUARTE, Marina Vasques. **Direito previdenciário**, p. 18. CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos históricos, políticos e jurídicos da seguridade social**, p. 83.

²¹¹ DUARTE, Marina Vasques. **Direito previdenciário**, p. 18. HORVARTH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**, p. 69-70. ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo.

(3) **seletividade na prestação**, configurado pela possibilidade de o legislador priorizar certas carências sociais, constituindo-se a face objetiva da amplitude do sistema, pela qual a Seguridade Social aponta certos requisitos para a concessão dos benefícios; representa, em certa medida, um mecanismo de contenção da tendência expansiva do sistema; nesta categoria surge o tema do chamado princípio da “compreensibilidade” – pelo qual se protegem todas as eventualidades, dentro do limite da capacidade econômica do sistema; por outro lado, no próprio texto constitucional há diretrizes mínimas para a concentração dos focos de atuação, tais como a garantia de um salário mínimo mensal, independente de contribuição, para idosos ou pessoas portadoras de deficiência (art. 203, V), bem como a garantia de certas contingências a serem cobertas pelo Regime Geral de Previdência Social (art. 201)²¹²;

(4) **distributividade**, ao determinar-se que a cada um é dado o benefício segundo a sua necessidade, autoriza-se o legislador a contemplar de modo mais abrangente aqueles que mais necessitam; concretiza, assim, o objetivo de Justiça Social previsto no art. 193, da CR/88; por outro lado, significa, também, que aqueles que contribuem ao sistema não receberão, necessariamente, a totalidade do que contribuíram, porque parte dos recursos será redistribuída²¹³;

Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social, p. 41-42. CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**, p. 79. BALERA, Wagner. **Noções Preliminares de Direito Previdenciário**, p. 84-85. TAVARES, Marcelo Leonardo. **Previdência e Assistência Social**, p. 191.

²¹² DUARTE, Marina Vasques. **Direito previdenciário**, p. 18. HORVARTH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**, p. 64/68. CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**, p. 79. BALERA, Wagner. **Noções Preliminares de Direito Previdenciário**, p. 85-86. SAVARIS, José Antônio. **Traços Elementares do sistema constitucional da seguridade social**, p. 142-143.

²¹³ DUARTE, Marina Vasques. **Direito previdenciário**, p. 18. HORVARTH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**, p. 71. CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**, p. 79. SAVARIS, José Antônio. **Traços Elementares do sistema constitucional da seguridade social**, p. 131-132.

(5) **irredutibilidade dos benefícios**, vedando-se a redução do valor nominal dos benefícios já concedidos; guarda simetria com o princípio da intangibilidade dos salários dos empregados e o da irredutibilidade dos vencimentos dos servidores públicos; pode ser deduzido, também, do princípio de salvaguarda das situações jurídicas consolidadas (ato jurídico perfeito, coisa julgada e direito adquirido) previsto no inc. XXXVI do art. 5º da CR; distingue-se a irredutibilidade nominal da real, sendo aquela a referente à expressão quantitativa e esta à expressão qualitativa (mantendo o poder de compra); assim, a irredutibilidade projetar-se-ia em dois momentos, na concessão do benefício e no seu reajustamento ²¹⁴;

(6) **diversidade da base de financiamento**, pelo qual o custeio do sistema de Seguridade Social não pode ser realizado a partir de um único tributo, devendo ser buscadas outras fontes de arrecadação para manutenção dos benefícios, dando-lhe segurança e estabilidade; por isso, as contribuições para o sistema não vêm apenas dos empregados e empregadores, mas também de outras fontes, como a contribuição sobre a receita de concursos de prognósticos e a contribuição provisória sobre movimentação financeira; isso significa que há uma diversidade objetiva (os fatos sobre os quais incidirão contribuições) e uma diversidade subjetiva (as pessoas que contribuirão); concretiza-se, assim, o princípio da solidariedade, no caso, gerenciada pelo Estado²¹⁵;

²¹⁴ DUARTE, Marina Vasques. **Direito previdenciário**, p. 18. HORVARTH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**, p. 71-77. CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**, p. 80. BALERA, Wagner. **Noções Preliminares de Direito Previdenciário**, p. 87-88.

²¹⁵ DUARTE, Marina Vasques. **Direito previdenciário**, p. 19-20. HORVARTH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**, p. 77-78. CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**, p. 80. BALERA, Wagner. **Noções Preliminares de Direito Previdenciário**, p. 91-92. CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos históricos, políticos e jurídicos da seguridade social**, p. 85.

(7) **eqüidade na participação do custeio**²¹⁶, pelo qual o financiamento da Seguridade é feita tanto pelo Estado quanto pela Sociedade Civil; essa participação no custeio depende da forma de distribuição dos encargos financeiros do sistema; assim, se se tratar de um regime de capitalização individual, ele será equânime apenas para o indivíduo; porém, se o regime for de repartição, a distribuição dos encargos será feita entre diversos indivíduos, inclusive de gerações distintas; por outro lado, é com base neste princípio que se garante aos hipossuficientes contribuição equivalente à sua condição e se exige dos empregadores com maior capacidade contributiva recolhimentos sujeitos ao princípio da progressividade²¹⁷;

(8) **gestão democrática e descentralizada**, ou seja, a administração da Seguridade Social deverá prever a participação da Sociedade no planejamento, execução e controle das atividades da Seguridade; em regra, tal princípio, que concretiza a própria concepção de Estado Democrático de Direito previsto no art. 1º, da Constituição, é, por sua vez, concretizado pela criação de órgãos colegiados de deliberação²¹⁸;

(9) **precedência da fonte de custeio**, comando normativo vindo do §5º do art. 195 da CR²¹⁹, também chamado de “*regra da*

²¹⁶ Também chamado de “*solidariedade contributiva*”. Confira-se: DUARTE, Marina Vasques. **Direito previdenciário**, p. 18.

²¹⁷ DUARTE, Marina Vasques. **Direito previdenciário**, p. 18-19. HORVARTH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**, p. 77. CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**, p. 80. BALERA, Wagner. **Noções Preliminares de Direito Previdenciário**, p. 89-91.

²¹⁸ DUARTE, Marina Vasques. **Direito previdenciário**, p. 20. HORVARTH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**, p. 78-81. ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social**, p. 44. CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**, p. 80. BALERA, Wagner. **Noções Preliminares de Direito Previdenciário**, p. 93-95. TAVARES, Marcelo Leonardo. **Previdência e Assistência Social**, p. 196-197. CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos históricos, políticos e jurídicos da seguridade social**, p. 85.

²¹⁹ “*Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total*”.

contrapartida”, pela qual, desde 1960, para manter o equilíbrio financeiro do sistema, se exige a indicação da fonte de custeio para qualquer aumento ou criação de benefício ²²⁰;

(10) **orçamento diferenciado**, as receitas da Seguridade Social constarão em orçamento próprio e distinto daquele previsto para a União, determinação que passou a ser prevista expressamente pelos artigos 165, §5º, III, e 195 §§1º e 2º da CR; antes disso, era juridicamente possível a transferência de valores destinados à Seguridade para outros fins, tais como as obras públicas de construção de Brasília ²²¹.

No campo específico da Previdência Social, são identificados os seguintes princípios constitucionais especiais:

(1) **filiação obrigatória**, pelo qual se a pessoa estiver realizando atividade prevista em lei como abrigada pelo Regime de Previdência, então ela será segurada, independente de sua vontade; isso serve de garantia de que o Seguro Social alcançará a todos e não apenas os que voluntariamente contribuirão para o sistema, já que este depende da formação de um lastro contributivo que mantenha o equilíbrio atuarial e este montante tem que ser exigido, ainda que de forma impositiva²²²;

²²⁰ DUARTE, Marina Vasques. **Direito previdenciário**, p. 20. HORVARTH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**, p. 81-84. CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**, p. 80. TAVARES, Marcelo Leonardo. **Previdência e Assistência Social**, p. 197-198. Segundo este autor, a partir de exemplos de julgados do Supremo Tribunal Federal, a regra da contrapartida é ofendida por diversas leis promulgadas pelos legislativos federal e estaduais. Segundo CRUZ, essa crise de efetividade desta norma é um dos fatores cruciais para a “falência” do sistema de seguridade, pois implicou criação de benefícios sem preocupação com o equilíbrio orçamentário (CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos históricos, políticos e jurídicos da seguridade social**, p. 85-86).

²²¹ DUARTE, Marina Vasques. **Direito previdenciário**, p. 20. CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**, p. 81-82.

²²² DUARTE, Marina Vasques. **Direito previdenciário**, p. 21. HORVARTH, Miriam Vasconcelos Fiaux. **Auxílio-reclusão**, p. 63-64. HORVARTH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**, p. 60. CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**, p. 84-85. ROCHA, Daniel Machado da. **O direito fundamental à Previdência Social**, p. 151-154. Segundo este último autor, todos os países que adotaram a generalização do seguro o

(2) **caráter contributivo**, ou seja, só é abrangido pela Previdência quem, de alguma forma, contribui para a manutenção dela; porém, em alguns casos, a responsabilidade pelo recolhimento da contribuição é de outrem, como na hipótese do trabalhador empregado, cuja contribuição é paga pelo seu empregador²²³;

(3) **equilíbrio financeiro e atuarial**, isto é, em regra, a execução das políticas públicas previdenciárias deverá manter uma relação entre o custeio e o pagamento de benefícios a fim de garantir uma situação econômica superavitária, observando, assim, critérios estatísticos e financeiros; o equilíbrio financeiro ocorre quando o total de benefícios pagos não ultrapassa as receitas das contribuições vertidas; o atuarial, por sua vez, ocorre com a capacidade das contribuições de uma pessoa ser suficiente para o pagamento dos seus benefícios²²⁴;

(4) **garantia de um valor mínimo de benefício**, previsto no §2º do art. 201 da CR²²⁵, implicando que todos os benefícios que substituem a renda do segurado terão um valor de pelo menos um salário-

fizeram mediante participação coativa, incluindo os Estados Unidos a partir de 1933.

²²³ DUARTE, Marina Vasques. **Direito previdenciário**, p. 21. CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**, p. 85.

²²⁴ DUARTE, Marina Vasques. **Direito previdenciário**, p. 21. CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**, p. 86. ROCHA, Daniel Machado da. **O direito fundamental à Previdência Social**, p. 157-166. Para este autor, o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial tem duas faces, uma referente ao equilíbrio do sistema, a outra, equilíbrio da prestação em face das contribuições vertidas pelo Segurado. Por fim, confira-se, ainda SAVARIS, José Antônio. **Traços Elementares do sistema constitucional da seguridade social**, p. 132-138. Segundo ele, embora a disciplina de concessão e quantificação dos benefícios previdenciários deva respeitar uma lógica de contrapartida, é possível a percepção de valores superiores aos recolhidos, especialmente em casos de necessidade (como na morte ou na invalidez), nos quais a idéia fundamental de segurança desarma o rigor atuarial; para ele “a lógica da Previdência Social não é a lógica do mercado, da necessidade estrita de encontro de contas ou da soberania da ciência atuarial” (SAVARIS, José Antônio. **Traços Elementares do sistema constitucional da seguridade social**, p. 133). Em outras palavras, é possível afirmar que, como princípio, o equilíbrio financeiro e atuarial pode, sob certas circunstâncias, ceder perante outro princípio, como o da distributividade.

²²⁵ “Nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo”.

mínimo²²⁶;

(5) **correção monetária dos salários de contribuição**, comando constitucional determinando que, no momento de cálculo do benefício, sejam atualizados os valores de contribuição vertidos pelo segurado para evitar perdas inflacionárias que gerem distorções no momento de concessão do benefício previdenciário, especialmente quando este substituirá a renda²²⁷;

(6) **preservação do valor real dos benefícios**, identificado pelo texto do §4º do art. 201 da CR²²⁸, não se confundindo com o princípio securitário da irredutibilidade do valor do benefício²²⁹ porque este se refere ao montante nominal²³⁰;

(7) **comutatividade**, assegurando-se a contagem recíproca do tempo entre o Sistema Previdenciário na atividade privada (objeto desta pesquisa) e o Sistema que rege os servidores públicos “lato sensu”, abrigados pelo art. 37 e seguintes da CR²³¹;

(8) **previdência complementar facultativa**, admitindo-se a participação da iniciativa privada ao lado da oferecida e garantida pelo Estado; neste caso, abre-se a oportunidade da formação de seguros

²²⁶ DUARTE, Marina Vasques. **Direito previdenciário**, p. 21. CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**, p. 87.

²²⁷ DUARTE, Marina Vasques. **Direito previdenciário**, p. 21. ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social**, p. 42-43. CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**, p. 87.

²²⁸ “É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei”.

²²⁹ Vide, acima, o princípio da irredutibilidade dos benefícios.

²³⁰ DUARTE, Marina Vasques. **Direito previdenciário**, p. 21. ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social**, p. 43.

²³¹ DUARTE, Marina Vasques. **Direito previdenciário**, p. 22.

privados de cunho individual que atuam de forma complementar²³²;

(9) **indisponibilidade dos direitos dos beneficiários**, por terem caráter alimentar, os benefícios previdenciários seriam inalienáveis, impenhoráveis e imprescritíveis²³³;

(10) **unicidade**, determinando que, em regra, o segurado tem direito a apenas um benefício que substitua sua remuneração²³⁴.

2.3 REGIME DE BENEFÍCIOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

A investigação sobre os Princípios Previdenciários positivados não pode prescindir de um estudo sobre as formas pelas quais eles se concretizam na legislação infraconstitucional. É possível traçar, para o Direito Previdenciário, um discurso descritivo/normativo sobre o fato jurídico que dá origem ao benefício, visualizado dentro de uma Teoria Geral do Direito²³⁵, gerando uma Hipótese de Incidência Previdenciária (HIP). Portanto, dentro das limitações inerentes ao espaço, objetivar-se-á delinear

²³² DUARTE, Marina Vasques. **Direito previdenciário**, p. 22. ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social**, p. 44. CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**, p. 88.

²³³ DUARTE, Marina Vasques. **Direito previdenciário**, p. 22. CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**, p. 88. Há quem preveja como princípio apenas uma ou outra destas conseqüências da indisponibilidade do benefício previdenciário. Por exemplo, há quem preveja apenas o princípio da imprescritibilidade do benefício (HORVARTH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**, p. 65). Por outro lado, é interessante notar que os doutrinadores que explicitam este princípio não o fazem mencionando normas constitucionais, mas sim normas legais, tais como os artigos 102, 103 e 114 da LBPS. É possível, portanto, questionar a existência deste princípio como se positivado pela Constituição fosse.

²³⁴ HORVARTH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**, p. 64.

²³⁵ Adota-se, aqui, a perspectiva delineada por Miguel Reale, sendo a Teoria Geral do Direito o plano do conhecimento jurídico (= circunscrição do âmbito da Ciência do Direito) orientado para “um estudo que por inteiro se desenvolve ao nível das diversas formas do conhecimento positivo do Direito, cujos conceitos e formas lógicas ela visa a determinar de maneira global e sistemática” (REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**, p. 328-329).

alguns aspectos do fato gerador do benefício previdenciário a partir de sua decomposição e investigação de seus elementos característicos²³⁶, abordando as estruturas analíticas desenvolvidas pela teoria geral do fato jurídico para, em seguida indicar um esboço da estrutura do fato jurídico previdenciário.

A estrutura da norma pode ser estudada a partir de duas conotações distintas do fato jurídico: (a) suporte fático em abstrato (= hipotético, enunciado lógico que condiciona a sua incidência) e (b) suporte fático concreto (= materializado)²³⁷. Este suporte fático em abstrato pode ser composto por diversas espécies de elementos, que podem ser positivos ou negativos²³⁸.

Esses elementos são agrupados pela norma em preceitos cuja ocorrência no plano fático implicará, após a incidência da norma (eficácia legal)²³⁹, os efeitos descritos no preceito ligado à hipótese como sua conseqüência (eficácia jurídica). Esses efeitos (direitos, deveres, pretensões, obrigações, sanções etc.) serão determinados a partir de certas categorias eficaciais que podem variar conforme o ordenamento positivo de acordo com as condicionantes histórico-espaciais^{240 241}.

²³⁶ As considerações apontadas neste subcapítulo já foram objeto de obra específica publicada sobre o tema pelo Autor, sendo, por ora, extraídos e sintetizados os pontos mais relevantes para a presente Dissertação. Confira-se BOLLMANN, Vilian. **Hipótese de Incidência Previdenciária e temas conexos**. São Paulo: LTr, 2005. p. 13-54.

²³⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 35-36.

²³⁸ Tais como (a) fatos da natureza, necessariamente ligados, de algum modo, a alguém; (b) atos humanos, em verdade, atos exteriores que podem ser considerados pela norma em razão da vontade do agente ou mesmo de forma independente do querer; (c) dados psíquicos, tal como o conhecimento ou não de um acontecimento, a intenção do agente etc.; (d) estimativas valorativas, como malícia, bons costumes, negligência etc.; (e) probabilidades, como os lucros cessantes; (f) fatos jurídicos, ou seja, os efeitos de um fato jurídico podem ser parte integrante da descrição de outro fato, tal como ocorre na mora, que é pressuposto do ressarcimento de danos; (g) causalidade física; e (h) o transcurso do tempo (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência, p. 37-43).

²³⁹ Que tem como efeito trazer o fato para o plano jurídico da existência.

²⁴⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência, p. 51/53.

Ou seja, o preceito do fato jurídico será, sempre, uma daquelas conseqüências jurídicas, o que, em último plano, pode ser resumido na assertiva de que o efeito jurídico será, sempre, criação ou extinção de uma relação jurídica ou modificação do seu conteúdo. Por isso, o preceito de uma hipótese de incidência, quando especializado pela matéria, deverá ter referibilidade à espécie de relação jurídica que trata aquele ramo do Direito.

Assentadas as especificidades do Direito Previdenciário²⁴² que irão determinar a forma básica do “tipo legal do benefício” (= hipótese de incidência previdenciária²⁴³), é necessário destacar que, no campo da proteção social, as prestações referem-se a riscos. Previsto em lei como elemento material da hipótese de incidência, uma vez ocorrido o risco no plano fático, no instante e local pressupostos, a hipótese materializa-se, criando um estado de necessidade para o trabalhador ou para seus dependentes. Dessa materialização nasce, para o beneficiário (segurado ou dependente), um direito subjetivo inquestionável, cujo não-atendimento dará ao seu titular ação para reclamar a prestação²⁴⁴.

Balera salienta que os fatos jurídicos decorrem de coloração feita pelo direito positivo ao qualificar certos fatos sociais. Na Seguridade Social estes fatos são “*situações de necessidade*” do qual decorrem relações jurídicas compostas por certos sujeitos (Estado e

²⁴¹ Essas categorias eficaciais são “espécies de efeitos jurídicos encontráveis no mundo do direito” são de cinco classes: (1) situações jurídicas, que podem ser simples ou complexas, estas subdivididas em unilaterais e relações jurídicas; (2) conteúdo de situações jurídicas, como direitos e deveres, pretensões e exceções; (3) sanções; (4) premiações; e (5) ônus (MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da eficácia – 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 30/31 e 223).

²⁴² Vide o Primeiro Capítulo e o primeiro subcapítulo do segundo.

²⁴³ Ora em diante abreviada simplesmente por HIP.

²⁴⁴ COIMBRA, Feijó. **Direito Previdenciário Brasileiro**. 7 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1997. p. 122.

beneficiários) e objetos. Estes são consistentes em prestações²⁴⁵ que, pela sua matriz constitucional, são direitos públicos subjetivos²⁴⁶.

A partir da obra de Feijó Coimbra, é possível delinear um esboço de decomposição. Na hipótese de incidência, estão o (1) Elemento material, que é o fato configurador de um risco social, podendo ser incapacidade, risco-morte, natalidade/maternidade, velhice ou acréscimo de encargos familiares; (2) Elemento temporal, que pode ser a Carência²⁴⁷, certas condições especiais²⁴⁸ ou um lapso de tempo para deferimento do benefício²⁴⁹; e, por fim, (3) Elemento espacial. No preceito jurídico, figuram (1) a prestação a ser concedida; e o (2) elemento pessoal²⁵⁰.

Propomos, com base na Teoria do Fato Jurídico acima delineada, a seguinte divisão da hipótese de incidência do benefício previdenciário, a partir do qual será apresentado, sinteticamente, o plano de benefícios previsto pela LBPS:

Descrição	Preceito
1. Aspecto material	1. Sujeito ativo
2. Aspecto temporal	2. Sujeito passivo
3. Aspecto espacial	3. Prestação
4. Aspecto pessoal	3.1. Quantia
	3.2. Forma pagamento
	3.3. Tempo pagamento
	3.4. Local pagamento

²⁴⁵ Obrigações de fazer (serviços) ou pagar (benefícios).

²⁴⁶ BALERA, Wagner. **Noções preliminares de Direito Previdenciário**, p. 99-115.

²⁴⁷ Há Conceito Operacional Legal para Carência, previsto no art. 24, da LBPS: “*número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências*”

²⁴⁸ Como tempo mínimo de sujeição a trabalhos que agravam o risco etc.

²⁴⁹ Como o prazo de 15 dias de afastamento do trabalho.

²⁵⁰ COIMBRA, Feijó. **Direito Previdenciário Brasileiro**, p. 118-149.

O aspecto material de um fato gerador de benefício previdenciário é, fundamentalmente, composto por um ato humano ou fato da natureza que denote a eclosão de um risco social que implique a incapacidade de manter o sustento de alguém. A amplitude dos riscos sociais a serem abrangidos pelo sistema é um dado condicionado pelas determinantes histórico-econômicas da sociedade, vale dizer pelas necessidades sociais captadas pelo Estado-Legislator em razão das possibilidades econômicas do sistema²⁵¹. Todavia, este risco social será, sempre, uma incapacidade, entendida como um estado de necessidade que afete o complexo de aptidões físicas, mentais ou técnicas que permitem a alguém ter os meios para sustentar a si e a sua família²⁵². Esta incapacidade pode ser classificada de diversas formas, dentre elas, (1) genérica ou total²⁵³ ou específica²⁵⁴; (2) temporária ou permanente; (3) comprovada²⁵⁵ ou presumida²⁵⁶; (4) vencível²⁵⁷ ou invencível; e (5) sanável ou insanável²⁵⁸. Por isso, o cerne do hipótese de incidência previdenciária será, sempre, a eclosão de um risco social, do qual, em razão da solidariedade social, surgirá a necessidade de amparar aquele que se tornou incapaz de se manter vivo por seu trabalho.

Atualmente, com a Constituição da República Federativa do Brasil, há riscos sociais que, obrigatoriamente, devem ser levados em conta para a formulação de tipos legais de benefício previdenciário. Ela

²⁵¹ Confira-se, retro, os princípios da seletividade e distributividade.

²⁵² Conceito baseado na lição de Feijó Coimbra, que cita Vincenzo Gueli (COIMBRA, Feijó. **Direito Previdenciário Brasileiro**, p. 126).

²⁵³ O agente não pode exercer nenhuma atividade laboral.

²⁵⁴ Refere-se a algumas atividades específicas, ou seja, o trabalhador pode realizar alguns tipos de trabalho, mas não outros.

²⁵⁵ A norma exige comprovação, normalmente por laudo técnico.

²⁵⁶ Em razão de outros dados, como a idade, por exemplo.

²⁵⁷ É possível o trabalho, mas com esforço ou sacrifício.

²⁵⁸ Não há cura ou possibilidade de reversão da causa da incapacidade.

prevê um sistema previdenciário que deve atender aos eventos doença (art. 201, I), invalidez (art. 201, I), morte (art. 201, I), idade avançada (art. 201, I), maternidade (art. 201, II), desemprego involuntário (art. 201, III), reclusão (art. 201, IV) e acréscimos de despesas com família (art. 201, IV).

Uma correlação entre eventos e risco social, elemento material e benefício previdenciário pode ser encontrada na obra de Feijó Coimbra²⁵⁹, ora resumida e adaptada na seguinte tabela²⁶⁰:

Benefício	Elemento material
Aposentadoria especial	Exercício de atividades penosas, perigosas e insalubres
Aposentadoria por idade	Incapacidade laborativa presumida em razão da idade
Aposentadoria por invalidez	Incapacidade laborativa permanente
Aposentadoria por tempo de serviço	Realização de tempo de atividade
Auxílio-doença	Eclosão de enfermidade
Auxílio-reclusão	Segurado recluso ou detido
Pensão por morte	Morte do segurado
Salário-família	Compensação por encargos excessivos de família
Salário-maternidade	Prestação relativa aos casos previstos na CLT

Em relação ao aspecto temporal, a norma determina, conforme a espécie de risco social, um momento para o nascimento do direito à prestação. Assim, farão parte do aspecto temporal todos os elementos contidos no suporte fático que se baseiem em lapso de tempo,

²⁵⁹ COIMBRA, Feijó. **Direito Previdenciário Brasileiro**, p. 123.

²⁶⁰ Embora citados pelo referido autor, excluiu-se, nesta tabela, benefícios já extintos. Por outro lado, manteve-se, tanto quanto possível, as expressões utilizadas por ele. Eventuais discordâncias sobre os elementos materiais poderão ser aferidas no decorrer deste texto.

desde que previstos, na norma, como requisito à concessão do benefício. Todavia, uma vez realizados todos estes elementos temporais, há a incidência da norma com a conseqüente adição do benefício ao patrimônio jurídico, ainda que ele seja postulado muito tempo depois.

Atualmente, a lei de regência dos benefícios previdenciários²⁶¹ prevê as seguintes espécies de elementos temporais, que podem, ou não, ser requisitos de determinados benefícios: (a) carência, a que estão sujeitos alguns benefícios²⁶²; e (b) prazo mínimo de permanência do risco social. Como exemplo desta segunda espécie de elemento temporal temos tanto o prazo de exposição a agentes prejudiciais à saúde na aposentadoria especial (art. 55, da LBPS) quanto o prazo de quinze dias de afastamento do trabalho no benefício de auxílio-doença (art. 59, da LBPS)²⁶³. Aliás, este – afastamento de quinze dias – não é mero prazo para pagamento (que seria parte do preceito da hipótese de incidência, vale dizer: quando pagar), mas sim elemento da própria descrição, pois durante todo o prazo previsto na norma deverá haver o risco social. Não se confunde, portanto, com o caso de risco instantâneo cujo benefício será pago posteriormente.

Não há, contudo, elemento temporal no caso da aposentadoria por idade, porque neste benefício o risco social é a velhice, que faz presumir a incapacidade para o próprio sustento. Natureza controvertida pode ser vislumbrada na aposentadoria por tempo de serviço/contribuição, pois se de um lado vê-se claramente um elemento temporal, de outro, pode ser presumida a incapacidade do agente em razão

²⁶¹ As referências a dispositivos legais devem ser entendidas em relação à Lei n. 8213/1991, salvo disposição em sentido contrário no próprio texto que faz a remissão.

²⁶² Sobre o tema, na Lei n. 8213/1991, vide, dentre outros, art. 24 (conceito de carência); art. 25 (períodos de carência); e art. 26 (benefícios que independem de carência).

²⁶³ Divergimos, neste ponto, da posição de Feijó Coimbra, que aloca estes dois exemplos em grupos distintos de prazos. Entendemos que ambos são ligados por esta característica comum de serem prazos de permanência do risco social; logo, são do mesmo gênero.

do tempo de esforço laborativo; assim, este elemento tem natureza mista, pois neste caso **o tempo é o agente incapacitante (presumidamente)**. Outro ponto controvertido sobre este risco social é o fato de que, por não estar na relação prevista no art. 201, da Constituição da República, o tempo de serviço poderia ser considerado elemento material (cerne do suporte fático) não de um benefício previdenciário, mas sim de um contrato de capitalização, ainda que realizado com pessoa jurídica de direito público. Essa perspectiva delinearía o plano jurídico de forma mais próxima à realidade econômica deste benefício, já que nele é mais presente a necessidade de um equilíbrio atuarial. De qualquer sorte, se considerada benefício previdenciário (e é este o estágio atual no direito positivo brasileiro), a aposentadoria por tempo de serviço/contribuição terá como elemento material a incapacidade presumida.

Em relação ao aspecto espacial do benefício previdenciário, a diretriz norteadora é a constatação de que a efetivação do comando normativo depende, obviamente, do exercício da soberania do Estado. Esta, por sua vez, está limitada a uma região geográfica, o que se reflete na adoção, como regra, do princípio da territorialidade para a concessão do benefício previdenciário.

Contudo, isso não impede que sejam concedidos benefícios a pessoas que estejam fora do âmbito geográfico de projeção da soberania estatal; nesses casos, é possível, também, estabelecer cláusulas de exceção por regime estrangeiro mais benéfico, visto que, amparados por outro sistema, há cumprimento do fim social a que se destina a Previdência.

No regime brasileiro atual, há casos de pessoas residentes em território estrangeiro, onde exercem o seu trabalho, mas que estão abrigados pela proteção previdenciária. São as hipóteses de “o

brasileiro ou o estrangeiro domiciliado e contratado no Brasil para trabalhar como empregado em sucursal ou agência de empresa nacional no exterior” (art. 11, I, “c”); *“brasileiro civil que trabalha para a União, no exterior, em organismos oficiais brasileiros ou internacionais dos quais o Brasil seja membro efetivo, ainda que lá domiciliado e contratado, salvo se segurado na forma da legislação vigente do país do domicílio*” (art. 11, I, “e”); *“o brasileiro ou estrangeiro domiciliado e contratado no Brasil para trabalhar como empregado em empresa domiciliada no exterior, cuja maioria do capital votante pertença a empresa brasileira de capital nacional*” (art. 11, I, “f”); e, finalmente, *“o brasileiro civil que trabalha no exterior para organismo oficial internacional do qual o Brasil é membro efetivo, ainda que lá domiciliado e contratado, salvo quando coberto por regime próprio de previdência social*” (art. 11, V, “e”).

A descrição da HIP deve levar em conta a pessoa que sofre os efeitos do risco social, ainda que outra seja a que receberá as prestações devidas pelo sistema previdenciário. Os eventos representam riscos sociais que, influenciando na capacidade da pessoa de manter-se, por seu trabalho, a si e a sua família, constituem o elemento material da regra jurídica de proteção da qual decorrerá a prestação. Logo, o elemento de ligação entre a o risco social e a prestação é a pessoa que sofre o risco, ainda que os efeitos econômicos deste atinjam outrem, como a sua família.

Ocorre que, em função do princípio contributivo dos sistemas previdenciários, a concessão de benefícios está ligada à possibilidade de o agente, mediante contribuição decorrente de uma atividade, filiar-se para que, posteriormente, na ocorrência de um “fato-risco”, venha a perceber uma prestação. Assim, o aspecto pessoal é a existência da chamada qualidade de segurado, que traduz, também, o fato de que o sistema é economicamente mantido por esta pessoa.

É por esse motivo que não se deve confundir a pessoa sobre quem recai o risco social (que deverá ser segurado) com a que irá receber as prestações decorrentes; esta constará como sujeito ativo na parte do preceito, aquela, no aspecto pessoal da descrição.

Dois exemplos deixam bem clara a distinção entre quem sofre o risco e quem sofre os efeitos econômicos: (a) pensão por morte e (b) auxílio-reclusão, benefícios previdenciários cuja prestação é devida aos familiares do segurado, em razão da impossibilidade de este sustentar aqueles²⁶⁴.

Com relação ao preceito da HIP, o sujeito ativo do direito às prestações decorrentes do benefício previdenciário não é, necessariamente, o mesmo que sofreu os efeitos imediatos do risco social, podendo ser aquele que tem a sua capacidade de prover-se reduzida por ser dependente econômico daquele. Logo, diante da lógica previdenciária, é possível a atribuição da prestação a pessoa que não seja a segurada, desde que ela dependa deste para a sua sobrevivência. Não obstante necessária, esta relação de dependência poderá ser presumida (relativa ou absolutamente) ou provada; escolha a ser realizada pelo legislador de acordo com as especificidades sociais historicamente existentes.

No sistema brasileiro advindo com a LBPS, podem figurar como titulares do direito ao benefício tanto os segurados quanto os

²⁶⁴ Não é por outro motivo que, ao prever o auxílio-reclusão, a Lei 8213/1991 determina que ele “*será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão*” (Art. 80). Por isso, ao detalhar o regramento legal, o Decreto 3.048/1999 restringiu, validamente, o termo inicial para a prestação devida de forma semelhante ao disposto na Pensão por Morte (“*Art. 116. § 4º A data de início do benefício será fixada na data do efetivo recolhimento do segurado à prisão, se requerido até trinta dias depois desta, ou na data do requerimento, se posterior*”), embora isso não fosse expressamente admitido pela lei. Esta restrição não ofende o princípio da legalidade, pois o art. 80, da LBPS, remete a regência do auxílio-reclusão para a da Pensão por Morte, o que tem razoabilidade, dado que em ambas as situações os dependentes ficam destituídos da fonte de renda auferida pelo segurado, seja pelo óbito, seja pela sua reclusão.

dependentes, sendo que estes foram subdivididos em três classes²⁶⁵. A existência de membro de uma classe exclui as outras posteriores (art. 16, §1º, 1ª parte), mas dentro da mesma classe o benefício é repartido (art. 16, §1º, 2ª parte). Atualmente, são as seguintes: (1) o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido²⁶⁶, cuja dependência econômica é presumida; (art. 15, §6º) (2) os pais; que devem comprovar a dependência econômica (art. 15, §6º), embora esta não precise ser exclusiva²⁶⁷; (3) o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; que também devem comprovar a dependência econômica (art. 15, §6º).

O sujeito passivo – responsável pelo pagamento do benefício – figurará no preceito da norma; podendo ser, conforme o sistema, uma entidade componente da Administração Pública (regra) ou uma empresa privada (exceção). É possível existir benefícios que sejam devidos por mais de um sujeito passivo. De qualquer forma, ainda que o regime jurídico da mantenedora do benefício seja privado, as regras que cercam o Direito Previdenciário têm cunho social e este deverá informar a relação jurídica dela decorrente. No sistema do Regime Geral de Previdência Social, os encargos são imputados ao Instituto Nacional do Seguro Social, autarquia federal criada a partir da Lei n. 8029/90 (que, em seu art. 17, permitiu ao Executivo Federal a criação) e do Decreto 99.350/90 (que a criou).

Como a finalidade do Direito Previdenciário é assegurar

²⁶⁵ Originalmente, eram quatro classes, mas a classe IV (pessoa designada) foi extinta pela Lei n 9032, de 28.4.95.

²⁶⁶ Quanto aos enteados e menores tutelados, eles podem ser equiparados a filho; (art. 15, § 2º), desde que preenchidas as seguintes condições: declaração do segurado e comprovação de dependência econômica.

²⁶⁷ Vide verbete 229 da súmula do extinto Tribunal Federal de Recursos: “A mãe do segurado tem direito a pensão previdenciária, em caso de morte do filho, se provada a dependência econômica, mesmo não exclusiva”.

a sobrevivência, a principal prestação será a obrigação de fornecer os meios para suprir a ausência ou redução das verbas econômicas necessárias. É possível vislumbrar que a prestação seja tanto mediante pagamento em alimentos ou outros bens que supram as necessidades de sobrevivência, quanto na forma de renda. Pode, ainda, ser concedida de uma única vez ou em várias parcelas, estas fixas ou variáveis, de forma precária ou definitiva. A variabilidade da prestação decorre do número de riscos sociais abrangidos pelo sistema; quanto maior este, maior será aquela. No sistema do Regime Geral de Previdência Social a principal espécie de prestação é, justamente, o pagamento de verbas em prestações periódicas ao segurado ou dependente.

O aspecto quantitativo da prestação refere-se ao montante que deverá ser pago ao sujeito ativo pelo sujeito passivo. Ele deverá guardar uma relação de proporcionalidade com a redução de renda sofrida pelo destinatário do pagamento. Ou seja, o valor do benefício deve aproximar-se do que foi retirado do segurado. Todavia, esta proporcionalidade não é necessariamente exata, pois poderá ser limitada pela norma a fim de manter um equilíbrio entre receitas e despesas do sistema²⁶⁸. Além disso, o sistema Previdenciário pressupõe, também, uma distribuição de renda, da qual decorre a consequência de que nem todos os valores contribuídos pela pessoa serão a ela revertidos. Por isso, as regras para o cálculo do aspecto quantitativo poderão variar no tempo, de acordo com as perspectivas pré-jurídicas que determinam o contexto normativo.

Aliás, a sobrevivência do sistema previdenciário depende, necessariamente, de um equilíbrio entre despesas (benefícios concedidos e prestações a serem pagas) e receitas (contribuições sociais); este equilíbrio, por sua vez, deve ser observado tanto pelo legislador quando

²⁶⁸ Vide o princípio equilíbrio financeiro e atuarial, retro.

formula novas leis, quanto pelo juiz ao adotar hermenêutica que, no futuro, possa inviabilizar a situação contábil-financeira da autarquia. Os recursos que serão aplicados em um determinado benefício deverão, por certo, vir de alguma origem, seja da própria sociedade, mediante aumento da carga fiscal, seja de outros benefícios que poderiam vir a ser concedidos e/ou majorados, mas que não mais serão. O Legislador, informado dos critérios orçamentários disponíveis, bem como das perspectivas de incremento de receita e da impossibilidade constitucional de futura redução dos benefícios já concedidos (art. 194, IV, CR), poderá, ao conceber a norma, visualizar as necessidades sociais que precisam ser melhor atendidas; por isso, ao ser editada nova lei, há, nesta, a presunção de que os parâmetros de sobrevivência do sistema foram observados.

Pela LBPS o valor da prestação é realizado mediante cálculo de uma renda mensal inicial (RMI), que será reajustada no tempo. O cálculo da RMI passa por duas etapas: a primeira, consistente na determinação do valor do Salário-de-Benefício (SB), e a segunda, na aplicação de um coeficiente, próprio ao benefício que se está concedendo. Desta operação, resulta o valor do RMI. O SB é calculado a partir de certos critérios temporais (período de base de pesquisa dos valores contribuídos - PBC) que indiquem o montante econômico da renda utilizada para o sustento do segurado (atendendo aos critérios acima expostos sobre a inexistência de uma exata proporcionalidade).

Prevê, a LBPS, que, concedido o benefício, a renda mensal será reajustada anualmente (art. 41, caput e inc. II), a fim de preservar o seu valor real (art. 41, I), conforme a variação de preços de produtos necessários e relevantes para aferir o valor de compra (art. 41, IV). Logo, o sistema de reajuste anual da LBPS não visa o incremento do valor real do benefício, mas apenas a reposição das perdas inflacionárias ocorridas no ano anterior. Portanto, eventual política de

redistribuição/incremento de renda (real) formulada pelo Estado será feita a partir de aumentos apartados dos já previstos nos citados artigos. Estes aumentos podem ser dados de forma horizontal (a todos os beneficiários, mediante percentual único) ou vertical (para alguns benefícios, seja por aumento do coeficiente, seja por percentual único) conforme as necessidades sociais vislumbradas pelo legislador.

Conforme já salientado, a forma do pagamento da prestação dependerá da natureza desta; como regra geral no sistema brasileiro, segue-se a prestação de cunho pecuniário, paga periodicamente, configurando-se, assim, uma prestação de execução continuada.

Assim, a partir do exame do regime atual da Previdência no Brasil, é possível concluir que ele se dá principalmente por meio de prestações pecuniárias para suprir situações de necessidade que geram a incapacidade do trabalhador de manter a si e sua família. Esta prestação é paga por um único ente que centraliza as operações referentes à Previdência Pública e se destina a quem dela depende.

Capítulo 3

3. A TEORIA DA JUSTIÇA DE ARISTÓTELES APLICADA AO DIREITO PREVIDENCIÁRIO

3.1 FUNDAMENTOS DAS TEORIAS DA JUSTIÇA

3.1.1 Aspectos das concepções de Justiça.

A idéia de Justiça foi pensada e elaborada por diversos filósofos, gerando múltiplos conceitos²⁶⁹. A discussão sobre o conceito de justo envolve diversos valores, tais como a Igualdade, a Liberdade, a Felicidade e o Bem-Estar.

Melo, por exemplo, cita quatro compreensões diferentes para o termo: (1) Justiça como ideal político de igualdade e liberdade²⁷⁰; (2) Justiça como resposta da norma às reivindicações sociais²⁷¹; (3) Justiça como adequação do conhecimento sobre um fato e da norma a qual ele se subsumirá, correspondendo à falsidade ou veracidade dos fundamentos que levaram à criação da norma individualizada; e (4) Justiça como legitimidade ética, devendo a coerção da lei harmonizar-se com o sentido moral aceito

²⁶⁹ Ferraz Júnior diz textualmente que “O conceito de justiça, como todas as categorias fundamentais dentro da filosofia, é um dos mais disputados. O termo costuma caracterizar, de modo geral, aquilo que é “justo” no sentido de equitativo, congruente, igual. Mas, especificamente, refere-se à congruência relativa ao homem, às coisas nas sua relatividade face ao homem e aos homens entre si” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito**: reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 148)

²⁷⁰ Para Melo, o fundamento atual desta concepção poderia ser buscado em Rawls e seus princípios que orientam a atribuição de direitos e deveres sociais.

²⁷¹ Essa perspectiva implicaria a capacidade e vontade do legislativo para levar em conta as aspirações da Sociedade.

pela comunidade²⁷².

Essa multiplicidade de sentidos decorre do fato de que a idéia de Justiça constitui elemento legitimador do discurso do Direito e da Política. Porém, como código, a Justiça pode ser tanto um sentido forte, quando vista como justiça formal, quanto um sentido fraco, nos seus aspectos materiais. Nestes, os sentidos não são unívocos, isto é, representam prescrições ambíguas e sujeitas à disputa²⁷³.

Segundo Lumia, por volta de 850ac a Justiça (díké) aparecia como o agir conforme a ordem fundamental que rege a natureza e a Sociedade²⁷⁴. Utilizavam-se dois termos: díkê, no sentido de uma decisão judicial decorrente de um conceito religioso, e thémis, no sentido de lei ou bom conselho; thémis (lei) podia ser vista como mãe da díkê (justiça)²⁷⁵. Posteriormente, os filósofos pitagóricos recorriam à idéia de razão numérica como fundamento ético-jurídico da Justiça, sendo esta a retribuição em quantidade igual. Com os sofistas (século V a.C.) surgirá a distinção entre o justo natural (objetivo e independente dos homens) e o justo legal (subjetivo

²⁷² MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. p. 108-115.

²⁷³ “Nas teorias jurídicas e políticas, dominantes na atualidade, a justiça costuma ser tratada nos termos seguintes. Em seu aspecto formal, é concebida como um valor ético-social positivo, em conformidade com o qual, em situações bilaterais normativamente reguladas, se atribui a uma pessoa aquilo que lhe é devido. [...] A conformidade ou desconformidade com os critérios para determinar aquilo que é devido e a quem é problema que se refere ao aspecto material. [...] justiça material e justiça formal, entendidas como código, constituem aspectos da justiça enquanto uma espécie de metalinguagem não adaptativa das diferentes formas de disciplina social. [...] os critérios formais de justiça representam, em oposição aos critérios materiais, um código forte: isto é, [...] constituem articulações relativamente unívocas, com um só sentido para suas prescrições. [...] Ao contrário, os critérios materiais da justiça representam um código fraco; isto é, idéias como o justo é o que serve à vida, justiça é o amor caridoso pelos que nada têm [...] constituem articulações vagas e ambíguas, com dubiedade para suas determinações.” (p. 236-237) (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito**, p. 231/236-237).

²⁷⁴ FARAGO, France. **A Justiça**. São Paulo: Manole, 2004. p. 12-13.

²⁷⁵ SILVEIRA, Denis Coitinho. **Os sentidos da Justiça em Aristóteles**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001.p. 57. Para um aprofundamento sobre o tema (díkê e tēm̄is), confira-se BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **A Justiça em Aristóteles**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.p. 44-59.

e decorrente da vontade dos homens), opondo a Natureza à Lei ao identificar o Direito com a força²⁷⁶. Mais tarde, haverá a contraposição aos sofistas com a inclusão da questão da virtude dentro da ética²⁷⁷.

Um primeiro conteúdo da Justiça está na idéia de ordem e de que os homens participam da justiça quando inseridos numa ordem universal; reflete-se na concepção de conformidade com a lei, ou seja, guarda ligação direta com a legalidade²⁷⁸. Prefere-se a ordem ao arbítrio²⁷⁹.

Porém, embora o princípio da legalidade diga quando a ação é justa por cumprir a lei, ele não diz quando a lei é justa. Para superar isso surge o segundo conteúdo da Justiça: igualdade. Com Aristóteles, a igualdade é vista sob duas perspectivas: a justiça corretiva e a justiça distributiva²⁸⁰.

Um terceiro momento ocorre quando o conceito naturalista de justiça como igualdade é substituído pelo conceito espiritual de justiça como liberdade²⁸¹. A ação é justa quando por meio dela a liberdade de um indivíduo pode coexistir com a liberdade de todos os demais, como uma máxima universal, ou seja, a liberdade não encontra outro limite que

²⁷⁶ LUMIA, Giuseppe. **Elementos de Teoria e Ideologia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.p. 151. FARAGO, France. **A Justiça**, p. 54-59. SILVEIRA, Denis Coitinho. **Os sentidos da Justiça em Aristóteles**, p. 64-65. BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **A Justiça em Aristóteles**, p. 59-61.

²⁷⁷ SILVEIRA, Denis Coitinho. **Os sentidos da Justiça em Aristóteles**, p. 66. Segundo Bittar, a filosofia pré-socrática é fundada no mito e na transição da cosmogonia (explicação do universo pela relação entre as forças vitais) para a cosmologia (explicação a partir do conhecimento racional fundado em princípios) (BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **A Justiça em Aristóteles**, p. 39-40).

²⁷⁸ LUMIA, Giuseppe. **Elementos de Teoria e Ideologia do Direito**, p. 135.

²⁷⁹ LUMIA, Giuseppe. **Elementos de Teoria e Ideologia do Direito**, p. 135.

²⁸⁰ LUMIA, Giuseppe. **Elementos de Teoria e Ideologia do Direito**, p. 136. O estudo sobre a Teoria da Justiça de Aristóteles será desenvolvida nos próximos subcapítulos.

²⁸¹ LUMIA, Giuseppe. **Elementos de Teoria e Ideologia do Direito**, p. 138.

não seja a liberdade de outrem²⁸².

Um quarto conteúdo de justiça é o trazido pela Escolástica e refere-se ao bem comum. Padece, porém, de uma ambivalência ao não conseguir lidar com o conflito entre bem comum coletivo e bem comum individual, tendo que dar prevalência a cada um conforme o caso²⁸³.

3.1.2 Fundamentos de Metaética.

É possível dizer que Justiça é a resposta justificada para indicar o que se deve fazer quando desejos ou interesses de diferentes pessoas se opõem entre si e não podem ser plenamente satisfeitos²⁸⁴. Também é “*o julgamento ético sobre a correlação em determinado momento entre entidades sociais referente ao valor da sua situação para cada uma dessas entidades sociais*”²⁸⁵. Contudo, a idéia de Justiça representa um valor político-ideológico, necessariamente ligado a práticas sociais comprometidas com conflitos, sendo insuficiente um papel de mera explicação da distribuição liberal ou comunitarista dos bens, pois se requer explicitação da dominação, opressão e divisão do trabalho e da cultura²⁸⁶.

Assim, uma Teoria da Justiça é a racionalidade e ciência sobre a Justiça, com base na economia e na filosofia ética²⁸⁷. É um conjunto de fundamentos cuja conclusão é um julgamento mediante apresentação de

²⁸² LUMIA, Giuseppe. **Elementos de Teoria e Ideologia do Direito**, p. 138.

²⁸³ LUMIA, Giuseppe. **Elementos de Teoria e Ideologia do Direito**, p. 138-139.

²⁸⁴ KOLM, Serge-Christophe. **Teorias Modernas da Justiça**, p. 3.

²⁸⁵ KOLM, Serge-Christophe. **Teorias Modernas da Justiça**, p. 37-38.

²⁸⁶ WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 178-179.

²⁸⁷ KOLM, Serge-Christophe. **Teorias Modernas da Justiça**, p. 3-5.

suas razões. Para Kolm, o sucesso de uma Teoria da Justiça não pode ser fundado em intuições ou sentimentos e juízos apriorísticos, mas sim na apresentação de razões para a escolha feita. Quando as características relevantes dos elementos submetidos ao julgamento de justiça são idênticas, então existe uma razão “a priori” em favor da igualdade e contra a desigualdade, que resulta da própria exigência de racionalidade²⁸⁸.

Rawls sustenta que os princípios de justiça devem observar pelo menos as seguintes condições formais: (1) generalidade, expressando relações e propriedades que não são particulares a algumas pessoas ou objetos; (2) universalidade na aplicação; (3) publicidade, no sentido de que as partes aceitam os princípios porque crêem que eles fazem parte de uma concepção comum; (4) observância de uma ordenação léxica; (5) caráter terminativo, ou seja, os princípios de Justiça representam o padrão mais alto para argumentos em favor de uma reivindicação²⁸⁹. Disso decorre seu conceito para concepção de justo: “conjunto de princípios, gerais em sua forma e universais em sua aplicação, que deve ser publicamente reconhecido como uma última instância de apelação para a ordenação das reivindicações conflitantes de pessoas éticas”²⁹⁰.

Segundo Lumia, é possível distinguir (1) o estudo dos critérios de justiça do (2) o estudo sobre esses estudos. Assim, a Metaética é a investigação sobre as respostas teóricas dadas quanto aos critérios de avaliação moral das condutas humanas. Para ele, o problema da Justiça envolve duas questões. A primeira indaga sobre o quê é o justo, implicando uma ética normativa para avaliar a conduta humana. A segunda consiste na avaliação dos fundamentos da primeira resposta, levando a uma

²⁸⁸ KOLM, Serge-Christophe. **Teorias Modernas da Justiça**, p. 39-40/43/45-46.

²⁸⁹ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 140-146.

²⁹⁰ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**, p. 146.

Metaética²⁹¹.

A Metaética é o estudo dos critérios de avaliação dos critérios morais. As teorias metaéticas podem ser agrupadas em duas grandes categorias conforme a sua concepção de valor. As teorias cognitivistas entendem que o valor é algo inerente às coisas e às ações e que, por isso, pode ser conhecido. As teorias não-cognitivistas entendem que o valor é um estado de espírito subjetivo que reflete escolhas voluntárias da pessoa²⁹².

As teorias cognitivistas podem ser desdobradas conforme o meio pelo qual podem ser conhecidos os valores de Justiça. Assim, há teorias cognitivistas empiristas (experiência), racionalistas (razão) e intuicionistas (intuição)²⁹³.

Nas teorias empiristas, os valores podem ser conhecidos pela experiência; a justiça é algo inerente às ações e às coisas, como a cor e o movimento²⁹⁴. Neste grupo de teorias insere-se o utilitarismo e o jusnaturalismo. O utilitarismo identifica a justiça com a utilidade da ação ou da coisa. Num primeiro estágio, esta utilidade era a individual e era ligada à relação entre prazer e dor decorrente de uma ação; depois, a utilidade passou a ser vista como o resultado coletivo da ação²⁹⁵. O jusnaturalismo distingue o justo por lei do justo pela natureza do homem. Embora não haja consenso sobre o quê é este justo por natureza, ele decorreria da sociabilidade e poderia ser buscado da razão²⁹⁶.

²⁹¹ LUMIA, Giuseppe. **Elementos de Teoria e Ideologia do Direito**, p. 122.

²⁹² LUMIA, Giuseppe. **Elementos de Teoria e Ideologia do Direito**, p. 122.

²⁹³ LUMIA, Giuseppe. **Elementos de Teoria e Ideologia do Direito**, p. 123.

²⁹⁴ LUMIA, Giuseppe. **Elementos de Teoria e Ideologia do Direito**, p. 123.

²⁹⁵ LUMIA, Giuseppe. **Elementos de Teoria e Ideologia do Direito**, p. 123-124.

²⁹⁶ LUMIA, Giuseppe. **Elementos de Teoria e Ideologia do Direito**, p. 124-126.

Nas teorias racionalistas, a justiça é uma qualidade revelada pela razão e esta, por sua vez, reconhece e produz o justo²⁹⁷. Uma teoria deste tipo é o racionalismo jurídico no qual o direito decorre da universalização da necessidade de coexistência entre as liberdades²⁹⁸. Outra teoria é o teologia intelectualista da Escolástica para quem a justiça repousa na racionalidade divina²⁹⁹.

Os intuicionistas reconhecem que a justiça é algo inerente às coisas e às ações, mas não é conhecida pela razão e nem pela experiência, mas sim a partir de uma faculdade própria: a intuição³⁰⁰. Assim como não é possível explicar o quê é o amarelo a quem não o conhece, o Bem também não pode ser explicado ou sentido, senão intuído³⁰¹. Segundo Lumia, com a Fenomenologia foi apresentada uma intuição emocional, pela qual seria possível conhecer os valores a partir do sentimento que eles produzem³⁰². Essa intuição emocional não se confunde com o emotivismo, pois neste o sentimento dá origem ao valor e naquele o sentimento apenas reconhece o valor que está num objeto alheio³⁰³.

As teorias metaéticas não-cognitivistas entendem que não é possível conhecer os valores e que seu fundamento está no sentimento ou na vontade, e não na coisa ou ação³⁰⁴.

O primeiro grupo de teorias não-cognitivistas funda os

²⁹⁷ LUMIA, Giuseppe. **Elementos de Teoria e Ideologia do Direito**, p. 126.

²⁹⁸ LUMIA, Giuseppe. **Elementos de Teoria e Ideologia do Direito**, p. 127.

²⁹⁹ LUMIA, Giuseppe. **Elementos de Teoria e Ideologia do Direito**, p. 127-128.

³⁰⁰ LUMIA, Giuseppe. **Elementos de Teoria e Ideologia do Direito**, p. 128.

³⁰¹ LUMIA, Giuseppe. **Elementos de Teoria e Ideologia do Direito**, p. 128.

³⁰² LUMIA, Giuseppe. **Elementos de Teoria e Ideologia do Direito**, p. 129.

³⁰³ LUMIA, Giuseppe. **Elementos de Teoria e Ideologia do Direito**, p. 129.

³⁰⁴ LUMIA, Giuseppe. **Elementos de Teoria e Ideologia do Direito**, p. 129.

valores na vontade³⁰⁵. Neste grupo está o materialismo jurídico que reconhece que as leis são impostas pelo grupo socialmente mais poderoso³⁰⁶. O Contratualismo abrange diversas concepções; assim, um determinado tipo de contratualismo fará parte deste grupo de teorias quando o Contrato Social for entendido como um pacto tácito cujo conteúdo é formado pela vontade; porém, se o conteúdo for imposto ou determinado pela razão, não³⁰⁷. O estatismo, identificável com positivismo jurídico, faz parte do grupo das teorias voluntaristas ao dizer que o direito justo é o direito vigente, seja porque este realiza certos valores como ordem ou paz social, seja porque exclui valores além dos impostos por ele³⁰⁸. Outra teoria metaética não-cognitiva voluntarista é a teologia que funda o direito na vontade divina³⁰⁹.

O segundo grupo de teorias não-cognitivistas são as que fundam os valores na emoção, ou seja, o emocionismo³¹⁰. O emocionismo, embora remonte a Hume, é recente e funda-se no empirismo lógico ou neopositivismo³¹¹. No emocionismo, o valor, incluindo a Justiça, apenas reflete um sentimento que, numa escolha, opta por um juízo³¹². O emocionismo pode ser psicológico, quando funda o valor numa escolha pessoal, ou sociológico, se o fundar o valor no sentimento da maioria de um grupo social³¹³. Para o emocionismo, ao invés de se dizer que “sou contrário à norma porque ela é injusta”, o correto é dizer “a norma é injusta porque

³⁰⁵ LUMIA, Giuseppe. **Elementos de Teoria e Ideologia do Direito**, p. 130.

³⁰⁶ LUMIA, Giuseppe. **Elementos de Teoria e Ideologia do Direito**, p. 130.

³⁰⁷ LUMIA, Giuseppe. **Elementos de Teoria e Ideologia do Direito**, p. 130-131.

³⁰⁸ LUMIA, Giuseppe. **Elementos de Teoria e Ideologia do Direito**, p. 131.

³⁰⁹ LUMIA, Giuseppe. **Elementos de Teoria e Ideologia do Direito**, p. 132.

³¹⁰ LUMIA, Giuseppe. **Elementos de Teoria e Ideologia do Direito**, p. 132.

³¹¹ LUMIA, Giuseppe. **Elementos de Teoria e Ideologia do Direito**, p. 132-133.

³¹² LUMIA, Giuseppe. **Elementos de Teoria e Ideologia do Direito**, p. 133.

³¹³ LUMIA, Giuseppe. **Elementos de Teoria e Ideologia do Direito**, p. 133.

sou contrário a ela”³¹⁴.

Por outro critério de classificação, as teorias metaéticas podem ser absolutistas ou relativistas, conforme admitam que o critério de justo seja absoluto, isto é, constante e imutável, ou relativo³¹⁵.

Como uma síntese das classificações das Teorias da Justiça feitas por Lumia, é possível elaborar o seguinte quadro esquemático:

- Classificação quanto à posição do valor (objeto ou no sujeito)	- Classificação quanto ao caráter absoluto ou relativo
1. Teorias cognitivistas 1.1 Teorias empiristas: - Utilitarismo - Jusnaturalismo 1.2 Teorias racionalistas: - Racionalismo jurídico 1.3 Teorias intuicionistas: - Intuicionismo emocional	1. Teorias absolutistas: jusnaturalismo, racionalismo jurídico, teologismo;
2. Teorias não-cognitivistas 2.1 Teorias voluntaristas - Materialismo jurídico - Contratualismo voluntário - Estatismo (= positivismo jurídico) 2.2 Emocionismo (emotivismo) - Emotivismo psicológico - Emotivismo sociológico	2. Teorias relativistas: utilitarismo, contratualismo, estatismo e emotivismo;

³¹⁴ LUMIA, Giuseppe. **Elementos de Teoria e Ideologia do Direito**, p. 133.

³¹⁵ LUMIA, Giuseppe. **Elementos de Teoria e Ideologia do Direito**, p. 134.

3.2 A POSSIBILIDADE DE CONEXÃO ENTRE A JUSTIÇA E O DIREITO

A compreensão do Direito a partir da categoria Justiça parte da idéia de que esta deveria ser refletida por aquele. Essa comparação entre “o direito que é” e o “direito que deveria ser” é uma etapa da formulação das alterações jurídicas necessárias ao Direito Positivo. Reflete, portanto, uma tarefa própria da Política Jurídica, isto é, a concretização dos ideais e valores da Sociedade na norma posta pelo Estado³¹⁶.

A Justiça Política consiste no questionamento das condições e critérios de uma soberania justa, ou seja, o problema da legitimidade do poder³¹⁷. Significa, também, uma crítica da ética da dominação, ou seja, o exame das condições de legitimidade da dominação³¹⁸. No início, essa legitimidade foi buscada na idéia grega de Direito natural (e posteriormente do jusnaturalismo teológico) e, na Idade Moderna, pelo Contratualismo³¹⁹.

³¹⁶ MELO identifica a Política Jurídica como uma disciplina própria para tratar do “direito que deve ser”, ou seja, do processo criativo do Direito. Essa busca do direito que deve ser não pode simplesmente pregar a desobediência civil, pois implicaria desconstrução do Estado de Direito, e também não pode ficar apegada ao formalismo do Positivismo; ao contrário, deve harmonizar essas posições, procurando encontrar na consciência Jurídica as representações do imaginário social que identifiquem a sustentação, ou não, do princípio vital da norma. O Direito não é mera construção lingüística que manifesta o exercício do poder, mas também um instrumento de apuração dos interesses legítimos que habitam o imaginário social e que são racionalizados pelo Legislador e pelo Juiz. A adesão social à norma jurídica requer que ela reflita um sentimento de ética, legitimidade, justiça e utilidade, fatores que levam a uma validade material que não se restringe à validade formal (MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**, p. 16-17/20).

³¹⁷ FARAGO, France. **A Justiça**, p. 159.

³¹⁸ HÖFFE, Otfried. **Justiça política**: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado. Petrópolis: Vozes, 1991. p. 16.

³¹⁹ FARAGO, France. **A Justiça**, p. 163-167. Segundo Melo, o conceito jurídico-político de legitimação da norma surge como uma reação ao formalismo que concebe o Direito como simples técnica, pressupondo a existência de uma fonte externa que autoriza as instituições e o

A legitimidade é atributo a ser buscado no Estado. A pergunta clássica da Ciência Política é “Por que obedecer?”, ou seja, questionar-se quando se deve lealdade aos governos e quando não se deve. Isso remete ao problema da legitimidade das normas. Sua discussão está associada aos modos de obtenção do consenso e às formas de organização política³²⁰. A legitimidade pode ser entendida como a demonstração da adequação das normas a um conceito de justiça³²¹.

O problema da Legitimidade surge quando o governo das comunidades antigas deixa de ser direto; a idéia de legitimidade, porém, surge com a Revolução Industrial. A partir dela passou-se a refletir sobre a questão da dignidade da pessoa e foi superada a tradição de escolha dos governantes pelo simples papel social que tinham³²². Esse processo histórico também pode ser explicado pela mudança de concepção do bem maior a partir da passagem da Antiguidade para a Idade Média. Com o cristianismo, o bem maior deixou de ser o Estado para ser o homem dentro da Sociedade, viabilizando uma concepção de dignidade humana e das declarações de direitos³²³.

A diferença do Estado e de um bando de ladrões decorre da legitimidade daquele. Uma condição para essa legitimidade é o fato de que, no caso dos ladrões, os beneficiários da coerção são distintos dos

sistema normativo. Inicialmente esta fonte era concebida pela Escola Histórica como o “espírito do povo”. Porém, supondo o consenso como instrumento da legitimação, a legitimidade passa a ser vista como a adequação do Poder ao sistema de crenças e valores do grupo, ou seja, afasta-se da idéia de “legal” para se aproximar à de “justiça social” (MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**, p. 81-83).

³²⁰ FARIA, José Eduardo. **Poder e Legitimidade**. São Paulo: Perspectiva, 1978. p. 16. SHAPIRO, Ian. **Os fundamentos morais da política**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 3-4.

³²¹ HÖFFE, Otfried. **Justiça política**, p. 60.

³²² FARIA, José Eduardo. **Poder e Legitimidade**, p. 62-63.

³²³ WOLKMER, Antônio Carlos. **Síntese de uma História das Idéias Jurídicas**: da Antigüidade Clássica à Modernidade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 38.

prejudicados, enquanto que, no Estado, presume-se que todos devem ser beneficiados pela possibilidade de coerção. Por isso, a Justiça Política tem uma tarefa legitimadora dos mandatos políticos para o exercício da coerção a partir da vantagem de cada um dos afetados³²⁴.

É necessário distinguir a força da Justiça, reconhecendo a insuficiência de uma sem outra: a Justiça sem força é impotente e a força sem a Justiça é tirânica. É necessário, portanto, uni-las. Essa união, porém, não é simétrica, pois tornar a Justiça forte é diferente de justificar a força: a Justiça é um conceito sob disputa (isto é, as pessoas divergem sobre ela) e a força é algo que se impõe (ou seja, não há disputa, mas sim reconhecimento fático). A partir disso, foi sugerido que a Justiça seja inserida nas instituições políticas. Por constatar que a perturbação do Estado se dá a partir da crítica de suas injustiças, o poder depende de se apresentar como justo para perdurar, mesmo quando instituído anteriormente pela simples força³²⁵.

A partir disso, “o político é a única resolução prática da antinomia entre a força e a liberdade, por meio da justiça. [...] A justiça é um conceito de legitimação do poder de coação”³²⁶. Höffe, a partir da idéia de estado de natureza, levanta uma hipótese tripartite, na qual a convivência legítima entre os homens se dá pela adequação de três conceitos fundamentais: Estado, Direito e Justiça. A convivência terá que se dar mediante o Direito. O Direito decorre do Estado e este deve buscar a Justiça³²⁷.

Justificada a existência do Estado pela necessidade de

³²⁴ HÖFFE, Otfried. **Justiça política**, p. 139/155.

³²⁵ FARAGO, France. **A Justiça**, p. 153-158.

³²⁶ FARAGO, France. **A Justiça**, p. 161.

³²⁷ HÖFFE, Otfried. **Justiça política**, p. 25-26.

superação do Estado de natureza, a Justiça Política tem que definir estratégias para que os detentores do poder não abusem deste. Uma delas é a positivação de uma Democracia com respeito a direitos fundamentais, evitando-se a tirania da maioria; outra, a desobediência civil. Além delas, a institucionalização de um Estado social também é uma estratégia de Justiça política para assegurar condições econômicas e sociais mínimas que permitam o desenvolvimento do modelo de cooperação³²⁸.

A partir da questão da legitimidade, a relação entre Direito e Política se inverte: não é mais o poder político que produz o Direito, mas o Direito que justifica o poder político. No início de uma comunidade política, o Poder que institui um grupo é sempre um poder de fato; porém, eventos temporários darão vida a um sistema duradouro se o respectivo poder for institucionalizado pelo Direito. A noção de legitimidade busca dar uma justificação do poder político, para diferenciá-lo de um simples poder de fato. A referência a um princípio de legitimação – como o do justo título – opera diversas transformações: (1) o poder de impor deveres passa a ser um direito de exigir condutas; (2) a obediência dos destinatários muda para um dever de agir conforme a norma; e (3) a relação de força vira uma relação jurídica. O justo título pode ser considerado como uma autorização que estabelece quem, em uma determinada comunidade, tem o direito de comandar³²⁹.

Disso decorre a objetivação do poder, que está na essência do conceito de legalidade e na raiz da moderna idéia de Estado de Direito. Política e Direito não se situam no mesmo plano, pois as regras de direito são postas pelo poder, mas as diretrizes deste são necessariamente políticas. Há, por isso (1) o fato da existência de uma permanente relação de

³²⁸ HÖFFE, Otfried. **Justiça política**, p. 367-381.

³²⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**, p. 233-236.

poder, com uma discriminação entre governantes e governados; (2) um complexo de valores, em razão do qual esse poder é exercido; e (3) complexo de normas que expressam a intermediação do poder na vida social e a atualização dos valores de convivência³³⁰.

Assim, a vigência de uma norma posta pela força passa a ser uma vigência de uma norma posta por um poder autorizado; essa mudança decorre do pressuposto de que sobre as normas instituídas há um mandato suprapositivo de Justiça³³¹.

Para Dworkin, a legitimidade do poder de coerção do Estado está ligada ao conceito de obrigação política. Esta é assegurada, na maior parte das vezes, não pelo uso exclusivo da força física, mas pelo sentimento de se estar cumprindo obrigações genuínas. A adesão se daria mais facilmente ao se adotar a perspectiva do direito como integridade³³². Imbuída em sua teoria do direito como integridade está uma filosofia política consensual na qual, se o direito existe, ele deve prover uma justificativa para o uso do poder. Logo, qualquer teoria política do direito deve, para ele, não só incluir o fundamento das proposições jurídicas individualizadas, mas também o fundamento da força do direito, isto é, do motivo porque o direito pode coagir, sem os quais as divergências entre os membros de uma comunidade levariam não só à desobediência civil, mas também à própria

³³⁰ FARIA, José Eduardo. **Poder e Legitimidade**, p. 22-23.

³³¹ HÖFFE, Otfried. **Justiça política**, p. 109-111/137-141. No mesmo sentido: “Na teoria jusfilosófica, a questão conduz ao problema de saber se a justiça, nos aspectos material e formal, constitui uma metalinguagem das diferentes formas de disciplina jurídica, política, social de força cogente, derogadora e anulatória, ou se é mera orientação de caráter declaratório. Nos termos comunicacionais e existenciais em que propomos a questão, quer-nos parecer que a justiça confere ao direito e à política um significado no sentido de razão para existir. O direito deve ser justo, ou não tem sentido (existencial) a obrigação de respeitá-lo. Assim, a perda ou ausência do sentido de justiça é, por assim dizer, o máximo denominador comum de todas as formas de perturbação existencial, pois o homem ou a sociedade cujo senso de justiça foi destruído não resiste mais às circunstâncias e perde, de resto, o sentido do dever-ser do comportamento” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito**, p. 235).

³³² DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 231-233.

desestruturação³³³. Para ele, a legitimidade do poder de coerção do Estado está ligado ao conceito de obrigação política, na medida em que esta é assegurada, na maior parte das vezes, não pelo uso exclusivo da força física, mas pelo sentimento de se estar cumprindo obrigações genuínas, que surge quando se adota a perspectiva do direito como integridade³³⁴.

Para explicar esta legitimidade, Dworkin afasta os argumentos usualmente utilizados (contrato social e jogo limpo) e passa a identificar quais seriam os requisitos que uma comunidade, associação ou grupo social (como família, amigos círculo de profissionais, etc.) deveria possuir para que os indivíduos escolhessem aceitá-la. Assim, as obrigações associativas se justificariam se cumprissem os seguintes requisitos: (a) adesão pela pessoa, (b) reciprocidade nas responsabilidades mútuas entre os membros; (c) as responsabilidades são vistas como parte de um interesse geral associativo; e (d) as práticas do grupo são vistas como um igual interesse por cada um dos membros³³⁵. Ao concluir, ele aponta que a legitimidade política surge do campo de uma associação política que se rege por fundamentos idênticos ao da fraternidade e das comunidades íntimas e locais, ou seja, *“as pessoas que pertencem a comunidades políticas básicas têm obrigações políticas desde que sejam atendidas as outras condições necessárias às obrigações de fraternidade”*³³⁶.

São possíveis três modelos de associação política, conforme o modo pelo qual seus membros justificam a existência da

³³³ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 134-139. É bem verdade que o autor não menciona expressamente a desestruturação da comunidade como tal; porém, a conclusão final a que ele chega deixa claro que a ausência de paradigmas compartilhados sobre os fundamentos do direito implicaria uma situação na qual *“a desobediência civil seria o menor de seus problemas”* (ob. cit., p. 139), deixando clara, assim, sua posição sobre a necessidade de uma mínima convergência.

³³⁴ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 231-233.

³³⁵ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 237-244.

³³⁶ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 250.

comunidade. No primeiro, os membros vêem a associação como um mero acidente fático-geográfico, sem visualizar nenhum laço de ligação que não seja o interesse em utilizar os demais. No segundo, os indivíduos se enxergam como membros de um grupo, mas cumprem as obrigações apenas porque que lhes é exigida a obediência. Por fim, o terceiro modelo de comunidade é o do direito como integridade, no qual os membros aceitam que são governados por princípios; ainda que na arena política existam debates sobre princípios concorrentes, existe um sentimento de pertencer a um grupo regido por princípios³³⁷. Em obra anterior, Dworkin distinguia dois tipos de Estado de Direito, um “centrado no texto legal” e outro “centrado nos direitos”; naquele, o poder do Estado só pode ser exercido com base nas regras explicitadas num conjunto de normas públicas; neste, ao contrário, reconhece que existem direitos e deveres morais entre si e deveres políticos em face do Estado decorrentes dos princípios morais da comunidade, pois os livros de regras nada mais são do que tentativas de captar o sentido dos deveres morais aceitos pelos indivíduos³³⁸. O modelo decorrente do direito como integridade é o que mais satisfaria as condições de legitimidade do Estado numa sociedade moralmente pluralista³³⁹.

A perspectiva de Dworkin coaduna-se com a tese de Faria. Para este, o grau de aceitação do regime político decorre da forma como são tratadas as divergências, ou seja, da articulação das estruturas de controle social e da efetivação de procedimentos que permitam a captação das necessidades de mudanças e modernização, necessárias para a evolução da sociedade, desde que não impliquem processos subversivos³⁴⁰. Segundo Faria, a autoridade não pode fundamentar-se no direito positivo,

³³⁷ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 251-255.

³³⁸ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**, p. 7-17.

³³⁹ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 251-260.

³⁴⁰ FARIA, José Eduardo. **Poder e Legitimidade**, p. 66-73.

porque é justamente esse quem precisa de autoridade para ser eficaz³⁴¹. Assim, uma comunidade aceitará um conjunto de normas como legítimo a partir de um complexo de valores que deve ser encarado em função do seu contexto histórico. O verdadeiro poder necessitará de argumentos comuns e opiniões favoráveis para canalizar e dar necessária atenção e correspondência pela comunidade³⁴².

Contudo, Melo sugere que a legitimidade não seja apenas um pressuposto ideológico do discurso de adesão, mas sim uma exigência ética da cultura de um povo, a fim de ampliar o espaço para crítica e adequação das normas³⁴³. O consenso total, porém, nunca será alcançado, pois sempre haverá conflitos latentes, sendo possível somente um “consenso presumido” cuja força é inversamente proporcional à especificidade da norma, ou seja, é maior quando se trata de princípios gerais, mas se reduzirá à medida que se detalhar o conteúdo das regras³⁴⁴.

Nesse mesmo sentido é a conclusão de Durkheim. Para o autor, a razão de ser de um aparelho governamental não está no governante, mas sim nos sentimentos dos governados que lhe atribuíram o poder. Segundo ele, todas as Sociedades são formadas por altruísmo, e não egoísmo, até porque este pressupõe uma individualidade que só pode existir quando a consciência coletiva cede algum espaço a partir de uma diferenciação entre os indivíduos³⁴⁵.

Diante de tudo isso, é possível vislumbrar as seguintes conclusões: (a) a identificação de que a idéia de Justiça tem a utilidade de

³⁴¹ FARIA, José Eduardo. **Poder e Legitimidade**, p. 81.

³⁴² FARIA, José Eduardo. **Poder e Legitimidade**, p. 83.

³⁴³ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**, p. 83-85.

³⁴⁴ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**, p. 86-87.

³⁴⁵ DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**, p. 180-184.

legitimar o Direito e a ação política, sendo o fundamento deles por uma necessidade de manutenção da estrutura política fundada por um poder de fato; (b) a ausência do sentimento de legitimidade do Estado e de suas normas pelos cidadãos implicaria o enfraquecimento da obrigação política e, no limite, a Desobediência Civil; por conseqüência, (c) abre-se a possibilidade de aplicar uma teoria de justiça específica para compreender a legitimação de normas previdenciárias, justificando-as ou refutando-as.

3.3 A JUSTIÇA ARISTOTÉLICA

3.3.1 Aspectos históricos

A leitura de tratadistas contemporâneos³⁴⁶ noticia que Aristóteles (384–322 a.C.) foi um dos maiores pensadores de todos os tempos. Nasceu em Estagira, na costa oriental da Macedônia. Veio de uma família rica. Filho de Nicômaco, amigo e médico pessoal do rei macedônio Amintas II, pai de Filipe II da Macedônia e avô de Alexandre, o Grande. Seu pai morreu quando Aristóteles ainda era jovem, sendo, então, criado pelo tio (Proxeno de Atarne).

Em 367 a.C., com cerca de dezessete anos, Aristóteles foi para Atenas³⁴⁷. Por ser estrangeiro, Aristóteles ingressou em Atenas na

³⁴⁶ Este subcapítulo foi escrito com base nas referências históricas identificadas como não controvertidas nas seguintes obras: BARNES, Jonathan. **Aristóteles**. São Paulo: Loyola 2001; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **A justiça em Aristóteles**; BRUGNERA, Neditso Lauro. **A escravidão em Aristóteles**. Porto Alegre: EDIPUCRS, Editora Grifos, 1998.; KURY, Mário da Gama. **Introdução**. In: ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. 4 ed. Brasília: UnB, 2001; SILVEIRA, Denis Coitinho. **Os sentidos da Justiça em Aristóteles**. Eventuais discrepâncias entre os referidos autores ou pontos tratados individualmente serão referenciadas em notas específicas.

³⁴⁷ Para uma descrição das comunidades políticas contemporâneas a Aristóteles, confira-se, dentre outros: SILVEIRA, Denis Coitinho. **Os sentidos da Justiça em Aristóteles**, p. 95-103; BRUGNERA, Neditso Lauro. **A escravidão em Aristóteles**, p. 19-28. A “pólis” (comunidade política), normalmente fundada por uma religião comum, gozava de autonomia política, econômica, cultural, social e religiosa. Atenas, quando Aristóteles nela vivia, tinha entre 300 a 400 mil habitantes, sendo divididos em três classes: cidadãos (e suas esposas e filhos), com cerca de 160 mil; metecos (estrangeiros residentes), cerca de 90 mil; e escravos, em torno de 80 mil. Atenas formou-se a partir da fusão de quatro aldeias. O cidadão era o proprietário de terras

condição de meteco, que era intermediária entre cidadão e escravo. Nesta condição, não tinha possibilidade de participar da política local, sendo-lhe vedada a influência nas decisões da coletividade. Uniu-se aos jovens que estudavam na Academia, então liderada por Platão. Aristóteles tinha tanto respeito e consideração por Platão que quando este faleceu (347 a.C.), escreveu uma elegia na qual o louvava como um homem que foi único. Na academia, por se distanciar da tradição puramente oral ao ler as obras dos pensadores gregos, Aristóteles recebeu, de Platão, o epíteto de “o ledor”.

No ano de 347 a.C., Aristóteles e alguns colegas se retiram do Liceu e saem de Atenas. Atravessando o mar Egeu, estabelecem-se em Assos. As causas desta saída são controvertidas³⁴⁸.

Em Assos, Aristóteles fundou um pequeno círculo filosófico com a ajuda de Hérmiás³⁴⁹, dirigente local que era amigo da Filosofia. Ficou por dois ou três anos, mudando-se, então, para Mitilene, próxima a ilha de Lesbos. Lá conheceu Teofrasto, um de seus principais discípulos, e casou com Pítias, neta³⁵⁰ de Hérmiás, com quem teve dois filhos: Pítias e Nicômaco. Boa parte da produção científica de Aristóteles, especialmente nas áreas da astronomia, química e biologia foi realizada nestes anos em que viajou.

e o estrangeiro, embora aceito, não tinha direitos, pois a ele não se aplicava a lei dos cidadãos. A hegemonia de Atenas encontrará seu fim com a derrota para Esparta, em 404 a.C. Posteriormente, em 338 a.C., Felipe II, rei da Macedônia, derrota as forças de Atenas e Tebas e torna-se senhor a Grécia, formando a Liga dos Helenos pela reunião dos estados gregos.

³⁴⁸ Barnes cita que, embora sem relatos confiáveis, questões políticas teriam implicado a saída de Aristóteles: um ano antes o norte da Grécia fora tomado por macedônios e Demóstenes, inimigo daqueles, chegou ao poder em Atenas (BARNES, Jonathan. **Aristóteles**, p. 21). Bittar, por sua vez, atribui a saída de Aristóteles ao fato de que, com a morte de Platão, a liderança da Academia foi passada ao sobrinho do falecido – Espeusipo -, já que este, cidadão, tinha a possibilidade jurídica de suceder. Em função disso, à Academia teria sido dada uma orientação de interpretação formal da Filosofia (BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **A justiça em Aristóteles**, p. 20). Neste mesmo sentido: KURY, Mário da Gama. **Introdução**, p. 7.

³⁴⁹ Tido por alguns como tirano local, Hérmiás foi morto pelos Persas em 341 a.C.

³⁵⁰ Esse grau de parentesco não é pacífico. Embora alguns autores (Barnes) apontem que a esposa de Aristóteles era neta de Hérmiás, outros (Bittar e Kury) indicam que ela sobrinha.

Pouco tempo depois, voltou para Estagira. No ano de 343 a.C., a pedido de Felipe II, Aristóteles tornou-se preceptor de Alexandre, função que exerceu até 336 a.C., quando Alexandre subiu ao trono. No ano seguinte, ele deixa a Macedônia e retorna a Atenas e funda sua própria academia: o Liceu, que recebe este nome por ser próximo ao templo em homenagem a Apolo Lício. O Liceu recebeu diversos alunos e era mantido por contribuições locais e da corte da Macedônia. A escola ficou conhecida como Peripatética em função de uma colunata aberta (perípatos) que ficava entre os prédios em que o Liceu se estabeleceu³⁵¹. Neste período em que esteve em Atenas, morreu a primeira mulher de Aristóteles. Casou com Hérpiles, com quem teve um filho chamado Nicômaco.

Com a morte de Alexandre, em 323 a.C., e o fim de sua proteção, os dirigentes de Atenas, nacionalistas, acusaram Aristóteles de partilhar ideais estrangeiros. Por isso, Aristóteles deixa Atenas dizendo que queria evitar que a cidade cometesse um segundo crime contra a Filosofia, referindo-se ao julgamento de Sócrates. Deixou sua escola aos cuidados de seu principal discípulo, Teofrasto. Retirou-se para Cálcis, na ilha Eubéia, onde morreu em junho de 322 a.C., isolado e afastado.

Escreveu mais de cento e cinquenta livros, mas apenas cerca de um quinto delas sobreviveu (quarenta e sete). As obras de Aristóteles dividem-se entre as de uso interno do Liceu, destinadas aos seus discípulos (esotéricas), e as escritas para o público leigo externo (exotéricas). Destas, somente uma restou intacta: Constituição dos Atenienses.

³⁵¹ A cidade grega antiga caracterizava-se por certos elementos arquitetônicos que refletiam sua organização. Uma delas era a Acrópole, colina em que se fixava a residência do rei. Abaixo dela, uma “Ágora”, que era uma praça ou mercado na qual girava o centro de convivência dos habitantes. (SILVEIRA, Denis Coitinho. **Os sentidos da Justiça em Aristóteles**, p. 99).

Discute-se a autenticidade das obras que restaram, sendo classificadas em certamente autênticas, provavelmente autênticas, autenticidade duvidosa e espúrias³⁵².

Aristóteles discorre sobre o tema da Justiça em diversas obras, como *Ética a Nicômaco*, a *Política*, *Ética a Eudemo* e *Magna Moralia* (também chamada de *Ética Maior*). É na delas, porém, que ele discorre de forma mais completa e harmoniosa³⁵³. Destas, somente *Ética a Nicômaco* e a *Política* são consideradas certamente autênticas. *Ética a Eudemo* é considerada provavelmente autêntica, mas seria uma edição das notas de aula feitas por Êudemos, discípulo de Aristóteles. Além disso, considera-se que ela é a mais antiga, refletindo o pensamento inicial de Aristóteles sobre o tema, e não a sua concepção mais amadurecida. A obra *Magna Moralia*, por sua vez, também é considerada provavelmente autêntica, mas seria uma compilação feita por discípulos posteriores de Aristóteles.

3.3.2 A Justiça aristotélica como uma virtude

A compreensão da Justiça para Aristóteles requer que seja investigado qual o significado das virtudes ou excelências³⁵⁴ para ele, já que aquela seria uma espécie destas.

³⁵² Para o rol destas obras, conforme essa classificação, confira-se KURY, Mário da Gama. **Introdução**, p. 8-9.

³⁵³ Para essa afirmação, confira-se BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **A justiça em Aristóteles**, p. 32-33.

³⁵⁴ Segundo o tradutor da obra de Aristóteles, a palavra grega “*Areté*” é geralmente traduzida por ‘virtude’. Porém, ela é uma palavra polivalente em grego, como em italiano e em várias línguas, e muitas vezes a tradução tradicional desfiguraria o verdadeiro sentido do original. Por isso, de acordo com o contexto, ela foi traduzida para o português de várias formas, usando ‘qualidades morais’, ‘qualidades’, ‘talento’, ‘mérito’, ‘excelência’, como equivalentes que seriam mais fiéis (cf. ARISTÓTELES, **Ética a Nicômaco**. 4 ed. Brasília: UnB, 2001. p. 286). Bittar, por sua vez, traduz “*Areté*” nos seguintes termos: “*substantivo que designa a perfeição, a plena atualização de uma potência, sendo, normalmente, entendido como correspondente à virtude*” (BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **A Justiça em Aristóteles**, p. 179).

Aristóteles inicia sua obra “Ética a Nicômaco” afirmando que tudo tem um fim, um bem que se visa alcançar a partir de uma escolha. Alguns destes fins visam outros fins. Para ele, o fim último para as ciências, a que todas convergiriam, seria a ciência política, pois ela determina quais ciências devem ser estudadas e aprendidas. Porém, a Ciência Política também tem os seus objetivos, que devem ser buscados³⁵⁵.

Sobre isso, bem afirma Bittar que o pensamento de Aristóteles não faz distinção entre a ética social e a ética individual, pois ambas se fundem num único objetivo: a atividade do Estado e a existência do indivíduo³⁵⁶.

Para busca esses objetivos, Aristóteles afirma que existem bens que são fins em si mesmos e bens que são fins em razão de outros. Por isso, deve existir um bem que seja universal e incondicional, que represente um fim absoluto. Segundo ele, este bem supremo é a Felicidade³⁵⁷, que, ao contrário da honra, riqueza ou fama, é buscada por si mesma e é auto-suficiente³⁵⁸.

³⁵⁵ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**, p. 17-18. Sobre o mesmo tema, na obra “A Política”, Aristóteles dirá que a estruturação da cidade requer que se saiba qual é a vida mais desejável para seus habitantes. Para isso, os bens podem ser classificados em três categorias: bens exteriores, bens do corpo e bens da alma. O homem feliz tem que ter os três tipos de bens, porém não se sabe dizer qual deve ser o prioritário. Aristóteles aponta que os bens exteriores não levam às qualidades morais, mas estas, por sua vez, levam àquelas. Além disso, a felicidade é mais encontrada em quem tem desenvolvidas as qualidades morais, como a inteligência e a sabedoria, e nem sempre é encontrada em quem tem bens exteriores. Por fim, os bens exteriores são limitados e os morais, não. Por isso, a alma, para Aristóteles, é o bem mais valioso (ARISTÓTELES. **Política**, p. 219-220).

³⁵⁶ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **A Justiça em Aristóteles**, p. 106.

³⁵⁷ Para Silveira, o termo grego “eudaimonia”, normalmente traduzido por felicidade, também pode ser entendido como bem-estar ou sorte. Segundo ele, citando Sangalli, o termo “eudaimonia” tem raízes etimológicas que ligam o “eu” (bem ou bom) com “daímon” (sobre-humano, divino ou demoníaco), significando o homem que é objeto da benevolência dos deuses ou da sorte divina (SILVEIRA, Denis Coitinho. **Os sentidos da Justiça em Aristóteles**, p. 23).

³⁵⁸ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**, p. 22-25. Em certa passagem, ele afirma que “[...] o acordo quanto a este ponto é quase geral [...] o bem supremo é a felicidade [...]; quanto ao que é realmente a felicidade, há divergências, e a maioria das pessoas não sustenta opinião idêntica à dos sábios” (ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**, p. 19).

A felicidade é uma boa vida e esta é aquela conduzida conforme a virtude, já que agir como esta é aprazível e para cada homem é agradável aquilo que ele ama³⁵⁹.

Contudo, a definição de felicidade não pode ser feita com base em um simples momento, mas sim como o conjunto de uma vida³⁶⁰. Como a desventura pode ocorrer aos seus descendentes, uma pessoa é verdadeiramente feliz quando viveu virtuosamente, pois a lembrança de suas virtudes sobrevivem³⁶¹.

Há quem ame coisas aprazíveis por natureza, sem a necessidade de bens exteriores, sendo esta a verdadeira virtude, pois a felicidade que depende de outros bens exteriores a ela mesma não é verdadeira, mas sim acessória³⁶².

Para Aristóteles, a felicidade é a atividade da alma conforme à virtude perfeita. Logo, é necessário examinar a natureza da dessa virtude, dessa excelência³⁶³.

Na obra “A Política”, Aristóteles deixa claro que o objetivo de todos é alcançar uma vida melhor e a felicidade. Para ele, a felicidade é o resultado e uso perfeito das qualidades morais, não por ser necessário, mas sim por ser um bem em si mesmo. A pessoa virtuosa é aquela para quem as coisas são boas pelo fato de ela ter qualidades morais. Essas qualidades

³⁵⁹ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**, p. 26. Ele afirma textualmente que “A vida de atividade conforme à excelência é agradável em si, pois o prazer é uma disposição da alma e o agradável para cada pessoa é aquilo que se costuma dizer que ela ama” (ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**, p. 26)

³⁶⁰ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**, p. 28.

³⁶¹ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**, p. 30-31.

³⁶² ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**, p. 30.

³⁶³ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**, p. 32.

morais decorrem de três fatores: a natureza, o hábito e a razão³⁶⁴.

Segundo ele, a alma possui uma parte racional e outra irracional, esta, por sua vez, subdivide-se em uma parte vegetativa, como a dos animais, e outra apetitiva, formada pelos impulsos incontinentes. A vegetativa não tem interferência na razão, a apetitiva, porém, influencia, em pouca medida, a parte racional³⁶⁵. Assim, as excelências podem ser morais ou intelectuais. As intelectuais compreendem sabedoria, a inteligência e o discernimento. As morais abrangem a moderação e a liberalidade³⁶⁶. As excelências intelectuais dependem do nascimento e da forma e da instrução. As morais, porém, são adquiridas pelo o hábito, que aperfeiçoa a potencialidade dada pela natureza³⁶⁷.

Ao analisar as virtudes morais, Aristóteles afirma que a excelência moral é destruída por excessos ou por escassez³⁶⁸. Porém, não basta apenas praticar a virtude para tê-la, mas é necessário que se faça a conduta virtuosa sabendo e querendo fazê-la³⁶⁹. Logo, o agir de forma virtuosa envolve uma escolha; por isso, a virtude é uma disposição, e não uma paixão³⁷⁰. Esta escolha deve estar orientada para alcançar o meio-termo, embora não sejam todas as paixões que o tenham³⁷¹. A escolha, por sua vez, não se confunde com um simples ato voluntário ou uma opinião. Não se confunde com o desejo, embora tenha afinidade, pois esta está ligada ao fim, e aquela, ao meio. Delibera-se sobre coisas que estão ao

³⁶⁴ ARISTÓTELES. **Política**. 3 ed. Brasília: UnB, 1997. p. 249-250.

³⁶⁵ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**, p. 32-33.

³⁶⁶ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**, p. 33.

³⁶⁷ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**, p. 35.

³⁶⁸ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**, p. 37.

³⁶⁹ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**, p. 39-40.

³⁷⁰ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**, p. 40.

³⁷¹ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**, p. 41.

alcance e que podem ser realizadas³⁷².

Neste ponto, é clássica a seguinte passagem, que reflete uma conclusão fundamental para a compreensão da virtude aristotélica:

A excelência moral, então, é uma disposição da alma relacionada com a escolha de ações e emoções, disposição essa consistente num meio termo (o meio termo relativo a nós) determinado pela razão (a razão graças à qual um homem dotado de discernimento o determinaria). Trata-se de um estado intermediário, porque nas várias formas de deficiência moral há falta ou excesso do que é conveniente tanto nas emoções quanto nas ações³⁷³.

Após discorrer sobre outras virtudes, Aristóteles apresenta a Justiça, afirmando que ela é uma disposição da alma que impele as pessoas a fazerem o justo³⁷⁴.

A Justiça, para o filósofo, é a forma perfeita de excelência moral, porque representa a prática efetiva da excelência moral perfeita. Ela é perfeita porque as pessoas que possuem o sentimento de Justiça podem praticá-la não somente em relação a si mesmas como também em relação ao próximo. Assim, para o estagirita, somente a Justiça pode ser considerada uma virtude como o “bem dos outros”³⁷⁵.

³⁷² ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**, p. 52-54.

³⁷³ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**, p. 42.

³⁷⁴ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**, p. 91. Sobre o tema, diz Ferraz Júnior: “[...] é pacífico para Aristóteles que a justiça leva o homem a agir justamente [...] é o poder de se tornar outro [...] fazer justiça, ser justo, não é uma questão de técnica [...] é, finalmente, uma virtude e, pois, um ‘habitus’, isto é, um modo de agir constante e deliberado [...] o ato dito justo é efetivamente um meio-termo [...] no ponto de equilíbrio que o homem prudente é capaz de determinar, evitando os excessos e as lacunas” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito**, p. 161-164/166).

³⁷⁵ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**, p. 93.

Para ele, porém, um elemento indissociável da Justiça é a vontade. O que determina se um ato é ou não é um ato de justiça é sua voluntariedade ou involuntariedade; quando ele é voluntário, a pessoa é censurada. É possível, para ele, que existam atos que são injustos, mas não chegam a ser atos de injustiça se a vontade não estiver presente³⁷⁶.

Ao distinguir a ignorância da ciência e a premeditação da ação não premeditada (ou seja, não deliberada anteriormente), Aristóteles distingue três situações de dano: (1) o infortúnio, não premeditado e sob ignorância; (2) injustiça, quando há a consciência, mas não a premeditação, como nos casos de cólera, e isso não significa que a pessoa seja injusta ou má, mas apenas que ato foi injusto; e (3) a ação deliberada, que implica que o ato é injusto e a pessoa é moralmente deficiente³⁷⁷. A vontade, como elemento indissociável da justiça, aparece também nos exemplos de Aristóteles sobre a ausência de injustiça nos casos em que uma pessoa recebe mais do que deveria receber por ato de quem doou mais do que deveria e no caso do juiz que julga mal por ignorância³⁷⁸.

A Justiça, portanto, em gênero, é, para Aristóteles, uma virtude moral que pode qualificar tanto atos em si quanto a pessoa que os praticou, se a ação foi decorrente da sua vontade³⁷⁹. Nas suas obras, porém, é possível identificar formas específicas de Justiça.

³⁷⁶ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**, p. 104. Por isso, por exemplo, Silveira dirá que “o ponto central no ato moral é a voluntariedade” (SILVEIRA, Denis Coitinho. **Os sentidos da Justiça em Aristóteles**, p. 41). Bittar afirma que o conceito de escolha deliberada (*proairesis*) tem grande importância na justiça aristotélica, pois está na base de cada tipo de ação e da sua racionalidade (BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **A Justiça em Aristóteles**, p. 134).

³⁷⁷ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**, p. 105.

³⁷⁸ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**, p. 107-108.

³⁷⁹ Bittar conclui que “A justiça, entendida como uma areté do espírito humano, não vem a ser outra coisa senão a própria realização da natureza racional humana. Destarte, admitindo-se ser inerente ao homem a sociabilidade, assim como a capacidade de organizar-se politicamente para a auto-suficiência e para a busca da felicidade (*eudaimonía*), releva-se o fato de que é no convívio social que se torna possível a prática da virtude, e, por consequência, a própria evolução das faculdades da alma (*psyché*) humana” (BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **A Justiça em Aristóteles**, p. 175).

3.3.3 Justiça Legal

Uma das primeiras formas de justiça apresentadas por Aristóteles é a Justiça legal, que se refere ao cumprimento da lei. Para ele, o termo “injusto” se aplica tanto às pessoas que infringem a lei quanto àqueles que desejam mais do que têm direito. Assim, Aristóteles identifica dois tipos de pessoas justas: as pessoas cumpridoras da lei e as pessoas corretas (que desejam apenas que é seu direito). O justo, então, é aquilo que é conforme à lei e o correto, e o injusto é o ilegal e o iníquo³⁸⁰.

Por isso, há mais de uma espécie de justiça. Uma que se refere ao ilegal e outro o iníquo. Para Aristóteles, o iníquo e o ilegal não são a mesma coisa, sendo diferentes da mesma forma que a parte é diferente do todo. Segundo ele, tudo que é iníquo é ilegal, mas nem tudo que é ilegal é iníquo. O injusto e a injustiça no sentido do iníquo não são os mesmos da primeira espécie, e sim diferentes dela, da mesma forma que a parte é diferente do todo³⁸¹.

A explicação dessa distinção é a de que a justiça no cumprimento das leis decorre do interesse comum presente nelas. Os preceitos legais das leis visam ao interesse comum da comunidade política, visando produção e a preservação da felicidade³⁸².

Aristóteles distingue o justo abstrato do ato concreto dizendo que existe diferença entre uma ação injusta e do injusto

³⁸⁰ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, p. 92.

³⁸¹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, p. 94.

³⁸² ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, p. 92.

propriamente dito. Segundo ele, a natureza do que é estabelecido por um dispositivo legal pode ser injusto; quando esta ação é praticada, há uma conduta injusta. Ou seja, até que ela seja praticada, ela é somente o injusto³⁸³. Ao discorrer sobre a Justiça Política, Aristóteles distingue uma parte natural e uma parte legal. São naturais as coisas que em todos os lugares têm a mesma força e não dependem da aceitação das pessoas. É legal aquilo que pode ser determinado indiferentemente de uma maneira ou de outra, mas que, depois de determinado, já não é mais indiferente³⁸⁴.

Ferraz Júnior, ao comentar a obra de Aristóteles, assinala que este dá um sentido universal ou de gênero para a Justiça: Justiça “lato sensu”. Para ele, Aristóteles pensava que a lei deveria regrad toda a vida humana, sancionando os atos conforme as virtudes. O amoral não tem sanção, sendo que a lei, ao contrário, possui o poder de coagir. A justiça universal e a virtude moral coincidiram tão-somente na medida em que a primeira indica o caráter social implicado pela segunda. A justiça universal coincidiria, então, com a totalidade das virtudes morais, por fazerem uma referência ao próximo por meio da lei. A lei sanciona a virtude, pois o Estado, para Aristóteles, seria um ente moral e não somente jurídico. O fim do Estado é prover uma vida feliz para o homem³⁸⁵.

³⁸³ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**, p. 104.

³⁸⁴ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**, p. 103. Para Silveira, esta distinção feita por Aristóteles reflete uma clara divisão entre justiça natural e justiça legal, gerando direitos e deveres universais que se sobrepõem aos direitos e deveres criados pelas leis dos Estados particulares (SILVEIRA, Denis Coitinho. **Os sentidos da Justiça em Aristóteles**, p. 86). Corroborando tal assertiva, é possível vislumbrar que a própria obra de Aristóteles fornece o elemento que produz essa correção da lei geral: a equidade (vide item específico a seguir). Em sentido diverso, porém não de todo contrário, Bittar afirma que a dicotomia Justo legal e Justo natural não é tão profunda. É que o sentido de natureza (*phýsis*) corresponde a um princípio e causa de tudo, uma atualização das potências existentes nas coisas. É algo que, independentemente da vontade das pessoas, decorre da essência e da estrutura das coisas. Ao atualizar a potência do justo legal, o justo natural atua como corretivo, participando da variabilidade das coisas. Por isso, não há oposição entre justo legal e justo natural, sendo ambos parte do justo político aristotélico (BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **A Justiça em Aristóteles**, p. 157-161).

³⁸⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito**, p. 178-179. Nesse sentido, afirma Silveira que “Em seu primeiro sentido – justiça universal (geral ou total) – a justiça é o respeito que se deve à lei do Estado; identifica a justiça com as leis positivas de cada Estado” (SILVEIRA, Denis Coitinho. **Os sentidos da Justiça em Aristóteles**, p. 69). Bittar

3.3.4 Justiça Distributiva

Além da Justiça Universal, há, em Aristóteles, Justiças Particulares, referentes à ação humana em que a justiça e injustiça são aplicadas particularmente. Correspondem à esfera da honra, do dinheiro, da segurança, onde a injustiça tem em vista o prazer proveniente do ganho ilícito e a justiça do ganho eqüitativo. Ligam-se, por isso, a uma disposição ou escolha que na esfera dos “bens exteriores” age para efetuar repartições³⁸⁶.

A primeira espécie deste tipo de Justiça identificada por Aristóteles é a Justiça Distributiva. Ela se manifesta na distribuição de funções ou honrarias pelo governo ou de dinheiro, isto é, distribuição das coisas que devem ser divididas entre os cidadãos que compartilham dos benefícios outorgados pela constituição da cidade. Nessa divisão, uma pessoa pode ter uma participação desigual ou igual à de outra pessoa³⁸⁷.

Por se tratar de uma virtude, a identificação dessa justiça se dá por ser um meio termo entre as duas iniquidades. Esse meio termo é identificado por Aristóteles com a igualdade. A partir disso, ele desenvolve a idéia de que o justo pressupõe no mínimo quatro elementos, pois as pessoas para as quais ele é de fato justo são duas, e as coisas nas quais ele se manifesta – os objetos distribuídos – são também duas. Assim, se as

chama essa Justiça – correspondente à observância da lei – por Justiça total (BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **A Justiça em Aristóteles**, p. 113).

³⁸⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito**, p. 180-181.

³⁸⁷ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**, p. 95. Em outras palavras: a Justiça Distributiva “*regula as ações da sociedade política em relação ao cidadão e tem por objetivo a justa distribuição dos bens públicos*” (SILVEIRA, Denis Coitinho. **Os sentidos da Justiça em Aristóteles**, p. 75).

peças não forem iguais, elas não terão uma participação igual nas coisas distribuídas. Essa divisão dos bens deve ser feita, portanto, conforme qualidades das pessoas a quem eles se destinam, isto é, 'de acordo com o mérito de cada uma'. A discussão, segundo Aristóteles, que resta será a de definir a espécie de mérito³⁸⁸.

Ele conclui que o justo, então, é uma das espécies do gênero 'proporcional' e que a proporcionalidade não é uma propriedade apenas das quantidades numéricas, e sim das quantidades em geral³⁸⁹.

3.3.5 Justiça Comutativa

Outra espécie de Justiça identificada expressamente por Aristóteles é a Justiça comutativa ou corretiva. Ela refere-se às relações entre particulares. Desempenha uma função corretiva nas relações entre as pessoas e se subdivide em duas, conforme sejam voluntárias ou involuntárias as ações. Nas relações voluntárias, a Justiça Comutativa se manifesta na venda e na compra de bens. Nas involuntárias, manifesta-se tanto naquelas que são sub-reptícias (como o furto, o adultério etc.) quanto nas violentas, como o assalto, o homicídio, a injúria etc³⁹⁰.

A Justiça Comutativa difere da Distributiva, pois embora também seja uma igualdade, a injustiça nestas relações é uma desigualdade aritmética, e não proporcional³⁹¹.

³⁸⁸ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, p. 95-96.

³⁸⁹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, p. 96.

³⁹⁰ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, p. 95.

³⁹¹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, p. 97.

Na Justiça Comutativa é irrelevante se uma pessoa boa lesa uma pessoa má, ou se uma pessoa má lesa uma pessoa boa. A lei trata as partes como iguais, perguntando somente se uma das partes cometeu e a outra sofreu injustiça. Ou seja, indaga somente se houve ou não o dano. Como esta injustiça decorre de uma desigualdade, o justo será restabelecer a igualdade entre as coisas por meio da penalidade. Essa sanção será a subtração do excesso do ganho (o dano causado). O justo, portanto, é equidistante que restabelece a igualdade de acordo com a proporção aritmética³⁹².

Aristóteles destaca que, para manter a igualdade na permuta de bens, é necessário compará-los com base no trabalho despendido para manufaturá-los; para fazer isso, o meio é o dinheiro³⁹³.

A Justiça Comutativa (ou corretiva) tem, portanto, a finalidade de restabelecer o equilíbrio de uma situação moral ou jurídica³⁹⁴.

3.3.6 Justiça Política

Embora não trate explicitamente sobre o conceito de Justiça Política³⁹⁵, Aristóteles traça parâmetros para este tipo de Justiça.

Ele aponta que a justiça pode ser tanto justiça política

³⁹² ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**, p. 97-98.

³⁹³ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**, p. 99-100. Ele deixa claro que “*Todos os bens devem ser mensuráveis por meio de algum padrão [...]. Este padrão é na verdade a demanda, fator que mantém a união da comunidade (com efeito, se as pessoas não necessitassem dos bens umas das outras, ou não necessitassem de todos eles igualmente, não haveria permuta, ou pelo menos não haveria a mesma espécie de permuta); mas o dinheiro se tornou por convenção uma espécie de representante da demanda*” (ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**, p. 100)

³⁹⁴ SILVEIRA, Denis Coitinho. **Os sentidos da Justiça em Aristóteles**, p. 75.

³⁹⁵ A Justiça Política consiste no questionamento das condições e critérios de uma soberania justa, ou seja, o problema da legitimidade do poder (FARAGO, France. **A Justiça**, p. 159).

quanto justiça em um sentido especial. Aquela, a justiça política, se apresenta entre as pessoas que vivem juntas com o objetivo de assegurar a auto-suficiência do grupo. Essas pessoas são livres e proporcionalmente ou aritmeticamente iguais³⁹⁶. Para ele, a justiça existe somente entre pessoas cujas relações mútuas são regidas pela lei. O governo não é dos homens, mas da lei, pois um homem pode governar em seu próprio interesse e tornar-se um tirano. Para Aristóteles, a função do governante é ser o guardião da justiça e, nessa qualidade, é guardião da igualdade³⁹⁷.

A felicidade é um bem a ser alcançado pela comunidade, pois, segundo Aristóteles, a cidade feliz é a melhor e mais próspera, sendo impossível ser próspero sem agir bem. Por isso, a coragem, a justiça e o bom senso quando presentes numa cidade geram o mesmo resultado que indivíduos têm quando possuem essas qualidades morais³⁹⁸.

Isso, para Aristóteles, é fundamental, pois, segundo ele, a formação da cidade³⁹⁹ é algo natural. E é natural porque “*o homem é por natureza um animal social, e um homem que por natureza, e não por mero acidente, não fizesse parte de cidade alguma seria desprezível*”⁴⁰⁰. Assim, a cidade tem precedência sobre a família e sobre cada um de seus habitantes, pois o todo deve necessariamente ter precedência sobre as partes e cada indivíduo isoladamente não é auto-suficiente⁴⁰¹.

³⁹⁶ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**, p. 102.

³⁹⁷ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**, p. 102.

³⁹⁸ ARISTÓTELES. **Política**, p. 220.

³⁹⁹ As primeiras uniões entre pessoas se deram em função da necessidade natural, seja para perpetuação da espécie, seja para preservação recíproca. Dessas uniões formaram-se as famílias e, posteriormente, as comunidades de várias famílias (povoados) que, em seguida, transformam-se em cidades ao atingirem certa auto-suficiência (ARISTÓTELES. **Política**, p. 13-15).

⁴⁰⁰ ARISTÓTELES. **Política**, p. 15.

⁴⁰¹ ARISTÓTELES. **Política**, p. 15.

Pelo fato de o homem pode ser o melhor ou o pior dos animais, conforme use a sua inteligência, a Justiça, para Aristóteles, é a base da Sociedade; sua aplicação assegura a ordem na comunidade⁴⁰². Para isso, “*a igualdade qualificada, e não a igualdade pura e simples, é a salvaguarda das cidades*”⁴⁰³.

Ao indagar se a cidade continua a mesma quando a população muda de lugar ou quando em função do tempo as pessoas mudam, Aristóteles afirma que “*uma cidade é a mesma principalmente por causa de sua constituição, e ela pode ser designada, ou não, pelo mesmo nome, quer seus habitantes sejam os mesmos homens ou sejam inteiramente diferentes*”⁴⁰⁴. O importante, para ele, é a Constituição, ou seja, o ordenamento de uma cidade quanto às suas diversas funções⁴⁰⁵.

O critério de aferição da correta estruturação da Constituição é, para Aristóteles, o fato de estar de conformidade, ou não, com os princípios de Justiça, visando o bem de todos, e não dos governantes⁴⁰⁶. O princípio de Justiça fundamental para a estruturação da Constituição é o da igualdade. Aristóteles afirma que, pelo princípio de justiça – a igualdade para os iguais e desigualdade para os desiguais – a participação dos cidadãos na comunidade deve ser proporcional à qualidade de seus cidadãos, buscando a qualidade destes. Para ele, se os homens se

⁴⁰² ARISTÓTELES. **Política**, p. 16.

⁴⁰³ ARISTÓTELES. **Política**, p. 36.

⁴⁰⁴ ARISTÓTELES. **Política**, p. 81.

⁴⁰⁵ ARISTÓTELES. **Política**, p. 89.

⁴⁰⁶ Ele diz, textualmente, que “[...] as constituições cujo objetivo é o bem comum são corretamente estruturadas, de conformidade com os princípios essenciais de justiça, enquanto as que visam apenas ao bem dos próprios governantes são todas defeituosas e constituem desvios das constituições corretas; de fato, elas passam a ser despóticas, enquanto a cidade deve ser uma comunidade de homens livres. [...] constituem desvios os casos em que o governo é exercido com vistas ao próprio interesse da única pessoa, ou das poucas pessoas, ou da maioria, pois ou se deve dizer que os cidadãos não participam do governo da cidade, ou é necessário que eles realmente participem” (ARISTÓTELES. **Política**, p. 90-91).

juntassem por causa da riqueza, então a participação na cidade seria proporcional à renda. Porém, as alianças que formam a comunidade são feitas para assegurar uma vida melhor, e não um simples ajuntamento de pessoas num determinado local. A reunião de pessoas para trocar produtos e evitar ofensas recíprocas é apenas um pré-requisito para a existência de uma cidade. Logo, para que haja uma cidade, essa união de famílias é fundada por obra da amizade, com vistas a uma vida perfeita e independente⁴⁰⁷.

Ao tratar da finalidade da Ciência Política, Aristóteles afirma que o bem em política é a justiça e que esta é o interesse comum⁴⁰⁸. A justiça também é a igualdade para pessoas iguais. Indaga, porém, igualdade em quê? Para ele, a desigualdade deve seguir um critério de finalidade com aquilo que pretende distinguir. Com relação à pretensão de exercer altas funções políticas, a distinção deve ser feita com base nas qualidades essenciais à existência da cidade⁴⁰⁹.

Retomando a distinção entre Justiça Distributiva e Justiça Corretiva, Aristóteles afirma que há duas igualdades. A primeira é a igualdade quantitativa, que é aritmética e relacionada à dimensão. A segunda é a igualdade qualitativa, que é proporcional⁴¹⁰. Na Justiça Política, o erro é ignorar esta distinção e tentar estruturar uma cidade a partir de um único tipo de igualdade. O correto, segundo Aristóteles, é usar a igualdade quantitativa para certos pontos e a qualitativa para outros. As revoluções são

⁴⁰⁷ ARISTÓTELES. **Política**, p. 91-94. Bittar afirma, por isso, que, segundo Aristóteles, “o Estado visa não só suprir as necessidades básicas por meio do inter-relacionamento dos indivíduos, necessidades estas fundadas na impossibilidade individual de suprimento de todas as carências básicas do ser, como também a consentir o alcance de um modo de vida racional e virtuoso a todos os membros da associação política. [...] O elemento aglutinador, e que pode ser tratado com o próprio fundamento da existência do Estado, é a amizade” (BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **A Justiça em Aristóteles**, p. 101).

⁴⁰⁸ ARISTÓTELES. **Política**, p. 101.

⁴⁰⁹ ARISTÓTELES. **Política**, p. 101-102.

⁴¹⁰ ARISTÓTELES. **Política**, p. 162.

causadas pela desigualdade em que as classes desiguais não participam proporcionalmente do poder, principalmente para a conquista de honras ou ganhos ou evitar que seus amigos as percam⁴¹¹.

Porém, o embate entre os princípios que regem a democracia (igualdade quantitativa e regra da maioria) e a oligarquia (igualdade proporcional aos méritos ou riqueza) deve ser resolvido por um sistema híbrido. Ambas as formas de governo são regidas por princípios próprios que podem levar a distorções. Uma delas, por exemplo, seria a de que, numa democracia, a maioria tentar confiscar bens da minoria. Embora sucinto e sem muitos detalhes, aparentemente Aristóteles sugere um modelo composto por assembleia representativa com membros da minoria e da maioria⁴¹². Em todas as formas de governo, porém, a cidade deve ser estruturada para evitar a corrupção dos seus funcionários e também para impedir a prosperidade isolada de um segmento (ou seja, a desigualdade). Para isso, é necessário dividir a administração dos negócios e da cidade para os segmentos opostos (isto é, ricos e pobres) e misturar a classe dos ricos com a dos pobres ou aumentar a classe média⁴¹³.

3.3.7 Eqüidade

Outra distinção importante feita por Aristóteles é a tornar diferentes a Justiça da Eqüidade. Para ele, a Justiça e a Eqüidade não são absolutamente as mesmas e nem são especificamente diferentes. Embora ele considere o eqüitativo melhor que uma simples espécie de Justiça, a Eqüidade também é em si uma espécie de justo. Para Aristóteles, a Justiça e a eqüidade são a mesma coisa, embora esta seja melhor. A solução desse

⁴¹¹ ARISTÓTELES. **Política**, p. 162-163/165.

⁴¹² ARISTÓTELES. **Política**, p. 206.

⁴¹³ ARISTÓTELES. **Política**, p. 185.

aparente problema é que o eqüitativo é uma espécie de justo, mas não o justo segundo a lei, e sim um corretivo da justiça legal⁴¹⁴.

A razão disso é que toda lei expressa ordens genéricas, mas seria impossível fazer uma afirmação universal que seja sempre correta para todos os casos particulares. Para Aristóteles a falha não está na lei e nem no legislador, mas sim em função da natureza do caso particular. Quando a lei estabelece uma regra geral e aparece um caso não previsto na sua aplicação, por omissão, falha ou simplificação do texto, é correto suprir esse erro. Para isso, o aplicador deverá dizer a regra que o próprio legislador teria dito se estivesse presente ou que teria incluído em sua lei se houvesse previsto o caso em questão. Logo, o eqüitativo é, por sua natureza, uma correção da lei quando esta for omissa devido à sua generalidade⁴¹⁵.

Para Bittar, isso significa que a aplicação da eqüidade é uma complementação da lei; o julgador, então, vira um legislador do caso concreto ao perceber que a subsunção mecânica do fato à norma produziria uma situação injusta⁴¹⁶.

3.3.8 Síntese dos critérios aristotélicos de Justiça

Vale apontar que, para Aristóteles, a virtude da Justiça decorre da convivência natural entre as pessoas que forma um Estado, sendo este visto como um ente moral.

Ela se manifesta sob diversas espécies, que podem ser sintetizadas da seguinte forma:

⁴¹⁴ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, p. 109.

⁴¹⁵ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, p. 109.

⁴¹⁶ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *A Justiça em Aristóteles*, p. 165-166.

(1) o Justo legal, referente ao cumprimento das leis a fim de atingir o interesse comum por elas protegido e que se refere a uma manifestação da potência do justo natural;

(2) a Justiça Distributiva, relativa à distribuição de coisas e benefícios auferidos pela coletividade, tendo por base critérios existentes nas pessoas mediante uma igualdade proporcional;

(3) a Justiça Comutativa decorrente da necessidade restabelecimento de um equilíbrio entre perdas e ganhos que observa critérios que estão nas coisas a serem distribuídas mediante uma igualdade aritmética;

(4) a Justiça Política, que visa manter uma convivência pacífica na comunidade pela adoção de estruturas políticas que sejam conformes os seus princípios de justiça; e

(5) Eqüidade, como elemento de correção da aplicação da lei genérica ao caso concreto.

A distinção entre essas concepções de justiça aristotélica encontradas nas obras “Ética a nicômaco” e “Política” pode ser feita a partir de alguns critérios, sistematizados na seguinte tabela:

	Justiça Legal	Justiça Comutativa	Justiça Distributiva	Justiça Política	Eqüidade
Função	Cumprir o bem comum visado pela lei	Manter o equilíbrio nas relações entre particulares	Distribuir bens e honrarias, compartilhando os benefícios da vida comunitária	Manutenção da convivência pacífica	Corrigir o rigor da lei decorrente de seu caráter genérico.
Localização do(s) Critério(s) de desigualdade	Caso particular e a lei.	Nos bens mensuráveis entre si	Na pessoa (mérito)	Estruturação do poder político (Constituição da cidade).	Caso particular e um erro na Lei (omissão, falha ou simplificação do texto)
Tipo de igualdade	<i>Não se aplica.</i>	Aritmética (quantitativa).	Proporcional (qualitativa)	Aritmética e Proporcional, conforme o princípio de justiça da comunidade	<i>Não se aplica</i>

Ao conjugar a idéia de Justiça legal, passível de correção pela eqüidade, com a perspectiva de que, enquanto virtude, a Justiça aristotélica visa estabelecer um vínculo do indivíduo com a comunidade,

conclui-se que a Justiça não é um fim em si mesma, mas sim um meio para a realização do homem⁴¹⁷.

⁴¹⁷ Nessa mesma conclusão, vide SILVEIRA, Denis Coitinho. **Os sentidos da Justiça em Aristóteles**, p. 13.

3.4 TÓPICOS DESTACADOS DA CONCRETIZAÇÃO DA JUSTIÇA DE ARISTÓTELES E MODELOS DE BENEFÍCIOS

Com relação aos princípios constitucionais da Seguridade Social previstos pela Constituição de 1988, é possível destacar:

(1) **universalidade da cobertura e atendimento** liga-se aos critérios de Justiça Política, determinando ações ao Estado para que atenda mediante critérios de igualdade as pessoas que estejam sob situação de risco;

(2) **isonomia de tratamento urbano e rural**, ao determinar um tratamento igual aos trabalhadores urbanos e rurais, admitindo diferenciações em prol deste, esse princípio liga-se à idéia de Justiça Distributiva (observância de critérios que estão nas pessoas que receberão os bens);

(3) **seletividade na prestação** liga-se diretamente ao critério de Justiça Distributiva, afirmando que a legislação de Seguridade Social deverá atentar-se a algumas situações de mérito que justifiquem a distribuição de renda; liga-se, também, ainda que indiretamente, ao critério de Justiça Política, pois estipula a possibilidade de limitações à estruturação de Poder Político, cujos fins não se referem à proteção de toda e qualquer situação de risco social, mas somente àqueles fundamentais para a manutenção da comunidade;

(4) **distributividade**, representa concretização direta do princípio da Justiça Distributiva, permitindo a alocação de bens produzidos pela comunidade para aqueles que deles têm necessidade, conforme critérios localizados nestes;

(5) **irreducibilidade dos benefícios**, muito embora a ligação seja indireta e remota, é possível cogitar que a ordem de manutenção do valor do benefício previdenciário observa critério de Justiça Comutativa, pois não só tem como critério de localização o bem (benefício), e não a pessoa (segurado), como também ele determina a observância do valor de troca (moeda) ao qual foi convertido o benefício quando de sua concessão, evitando, assim, a perda e o desequilíbrio característicos da injustiça comutativa;

(6) **diversidade da base de financiamento**, este comando pode ser interpretado como a outra face das idéias de Justiça Distributiva e Justiça Política, pois ordena que a estruturação da comunidade seja feita de forma a que todos contribuam para a formação de bens que serão compartilhados conforme a necessidade; afasta-se, assim, da idéia de Justiça Comutativa, na qual somente seria aqueles que receberiam algo (ganho) poderiam ser objeto de exigência (perda) mediante uma troca forçada;

(7) **eqüidade na participação do custeio**, para este princípio podem ser aplicadas as mesmas considerações feitas ao anterior;

(8) **gestão democrática e descentralizada**, muito embora a concepção aristotélica de Justiça Política não seja diretamente conexa à idéia de Democracia, é possível vislumbrar que este princípio de gestão democrática liga-se àquela idéia, pois Aristóteles defendia a estruturação da representação política de forma a assegurar o interesse de todos, pertencentes ou não ao poder governante⁴¹⁸; assim, a participação proporcional de todas as classes no poder, como sustentado em “A Política”, implica, em certa medida, a necessidade de se colher suas opiniões e garantir sua participação na tomada das decisões mais importantes;

⁴¹⁸ ARISTÓTELES. **Política**, p. 204-206.

(9) **precedência da fonte de custeio**, numa visão ampla do conjunto de ingressos e saídas de renda, este comando assegura e concretiza a idéia de Justiça Comutativa, mantendo um equilíbrio entre os ganhos e as perdas, conforme critério a ser buscado e observado nas coisas trocadas (contribuições e prestações previdenciárias);

(10) **orçamento diferenciado**, a ordem dada ao Estado para que mantenha orçamentos diferenciados não guarda conexão direta com os princípios de Justiça aristotélica; porém, é possível dizer que o orçamento diferenciado é instrumental para a estruturação do sistema previdenciário, sendo, portanto, ligado à Justiça Política enquanto meio para alcançar o fim de assegurar a convivência harmoniosa da comunidade.

No campo específico da Previdência Social, à luz das considerações expostas anteriormente, cogita-se que:

(1) a **filiação obrigatória** tem um caráter instrumental, pois não reflete uma distribuição de bens e nem uma troca entre uma contribuição e uma prestação; ao revés, reflete, sim, a necessidade de manutenção da estrutura básica do sistema previdenciário; logo, não tem relação direta com as idéias de Justiça Distributiva ou Comutativa, mas apenas indireta com a Justiça Legal e com a Justiça Política (na medida em que determina o ingresso no sistema, ainda que involuntário, para viabilizar o interesse comum na manutenção deste);

(2) o **caráter contributivo** reflete diretamente a idéia de Justiça Comutativa, pois implica que o recebimento de benefícios previdenciários decorre da contribuição ao sistema, ou seja, o ganho a ser recebido no futuro depende da perda atual de parte da renda; não havendo essa troca, a pessoa não fará jus a benefícios previdenciários, apenas, se for

o caso, a benefícios de Seguridade Social (na qual prevalece a idéia de Justiça Distributiva);

(3) o **equilíbrio financeiro e atuarial** é outro princípio que reflete diretamente a idéia de Justiça Comutativa, pois sua observância visa manter a igualdade aritmética entre os ingressos de renda no sistema com relação às saídas;

(4) a **garantia de um valor mínimo de benefício**, porém, afasta-se da idéia de Justiça Comutativa, pois é possível que o total de contribuições de um segurado não seja suficiente para obter um benefício com este valor; por outro lado, não é possível dizer que ele decorra de Justiça Distributiva, pois o critério de fixação desta distribuição não está na pessoa que vai receber; no entanto, é possível dizer que essa garantia de um piso remuneratório reflete uma opção de Justiça Política na acepção aristotélica, pois assegura que os muito pobres que não puderam contribuir tenham um ganho maior, possibilitando uma redução na desigualdade;

(5) a **correção monetária dos salários de contribuição** reflete comando de Justiça Comutativa, visando manter o valor de troca entre as perdas do segurado (contribuições) e seu ganho posterior (benefício);

(6) **preservação do valor real dos benefícios**, este princípio constitucional previdenciário tem ligação direta com a Justiça Comutativa, pois a função do reajuste do valor do benefício assegura a manutenção do equivalente à renda substituída pela prestação auferida com as contribuições vertidas ao sistema; além disso, ao ter como objeto os bens, e não as pessoas, este princípio reflete preocupação com a Justiça Comutativa;

(7) **previdência complementar facultativa** reflete a preocupação de assegurar aos segurados e não-segurados a possibilidade de se abrigarem sob outras espécies de relação previdenciária que não sejam públicas; nestes casos, a Constituição está não só evitando o monopólio nesta área, mas também permitindo a potencialização da Justiça Comutativa nas relações particulares, que, por suas vontades, realizarão a operação de troca entre prestações e contribuições;

(8) **indisponibilidade dos direitos dos beneficiários** não foram identificadas ligações entre este princípio e os critérios de justiça aristotélica;

(9) **unicidade** este princípio tem ligação tanto com o critério de Justiça Comutativa quanto com o de Justiça Distributiva; este, por tratar de uma aproximação com base no (de)mérito da pessoa, impondo-lhe um limite; com aquele, Justiça Comutativa, a ligação é ainda mais direta, ainda que implícita, pois se a contribuição ao sistema é limitada, também será a contraprestação dela decorrente.

A partir desses princípios, a norma previdenciária concretiza benefícios mediante Hipóteses de Incidência, que detalharão a forma legal do sistema, sob a ótica das suas prestações.

Por isso, serão apresentadas, a seguir, algumas conexões possíveis entre os critérios de Justiça aristotélicos com aspectos das regras legais previdenciárias.

Com relação ao aspecto material dos fatos geradores de benefícios previdenciários, os cernes indicados pela Constituição refletem situações ligadas à pessoa, deixando de indicar o tempo de contribuição

como um elemento necessariamente a ser protegido. Ao revés, ao determinar que o sistema previdenciário deverá atender a determinados eventos e não prever o risco social correspondente ao tempo de serviço ou contribuição, a Constituição parece apontar que, no tocante aos riscos abrigados, não prevalece a lógica da Justiça Comutativa.

Tal raciocínio não se aplica à aposentadoria por tempo de contribuição, pois não está na relação prevista no art. 201, da Constituição da República⁴¹⁹. Ao contrário dos demais benefícios, o aspecto material da aposentadoria por tempo de serviço ou contribuição não tem relação com o sujeito que sofre um risco social. Em vez disso, o cerne desta HIP é justamente a contribuição feita ao sistema. Neste caso, parece haver uma prevalência do caráter de Justiça Comutativa, reafirmando a idéia de que este benefício estaria mais afeto à idéia de contrato de capitalização. Essa característica legitima a máxima de que nesta espécie de benefício previdenciário deve haver uma correlação entre o valor total de contribuições feitas ao sistema e a prestação decorrente. Justifica-se, de certa forma, a série de alterações legislativas que vem impondo restrições à concessão deste benefício, seja pela adoção do chamado Fator Previdenciário⁴²⁰, seja pelas propostas noticiadas de inclusão de uma idade mínima, tal como já

⁴¹⁹ É interessante notar que até a Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.02, havia a previsão constitucional da aposentadoria por tempo de serviço no inciso II do art. 202 do texto original da Constituição da República de 1988. A norma dizia: “Art. 202 - É assegurada aposentadoria, nos termos da lei, calculando-se o benefício sobre a média dos trinta e seis últimos salários de contribuição, corrigidos monetariamente mês a mês, e comprovada a regularidade dos reajustes dos salários de contribuição de modo a preservar seus valores reais e obedecidas as seguintes condições:[...] II - após trinta e cinco anos de trabalho, ao homem, e, após trinta, à mulher, ou em tempo inferior, se sujeitos a trabalho sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidas em lei”. Porém, tal dispositivo não só foi revogado pela citada Emenda Constitucional, como foi substituído por um artigo que regulamente a Previdência Privada Complementar, sendo este a nova redação do “caput” do art. 202: “O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar”.

⁴²⁰ O “Fator Previdenciário” foi introduzido pela Lei 9876, de 26 de novembro de 1999. Trata-se de uma alteração no cálculo do valor inicial de alguns dos benefícios previdenciários: a aposentadoria por tempo de contribuição e a aposentadoria por idade, sendo facultativa neste segundo caso. Nesta alteração, o valor inicial do benefício é multiplicado pelo fator previdenciário, consistente num número calculado a partir da idade do segurado, da expectativa de sobrevida e do tempo de contribuição.

realizado nos regimes de transição para aposentadorias dos servidores públicos.

Isso leva a crer que, como regra geral, o rol de benefícios não leva em conta uma relação de troca entre contribuição e prestação, mas sim a relação de necessidade da pessoa. Sugere, assim, ao menos neste ponto, a prevalência da Justiça Distributiva.

Por outro lado, em relação ao aspecto temporal, a lei de regência dos benefícios previdenciários prevê, como regra geral, a carência. Ao exigir um tempo mínimo e contínuo de contribuição, a legislação infraconstitucional restaura os princípios de equilíbrio atuarial e financeiro e o de caráter contributivo, contrabalançando a Justiça Comutativa à prevalência da Distributiva (presente no aspecto material).

Com relação ao aspecto pessoal, também chamado de qualidade de segurado, tem-se que ele traduz concretização de Justiça Comutativa. No primeiro, justifica-se a seleção a partir do caráter contributivo da Previdência Social, indicando que, se não há a contribuição do segurado, então não terá direito à contraprestação, numa lógica comutativa.

O aspecto quantitativo da prestação também guarda clara relação com o critério de Justiça Comutativa, referindo-se a um montante calculado a partir das contribuições feitas anteriormente. O valor do benefício aproxima-se do que foi pago, direta ou indiretamente⁴²¹, pelo segurado. Não há a exclusividade do caráter comutativo neste aspecto, pois a relação entre valores contribuídos e recebidos não é necessariamente

⁴²¹ Embora não seja tópico específico do presente trabalho, é importante assinalar que, pela legislação de custeio da Previdência Social (Lei 8212/1991), há espécies de segurados (como o segurado empregado) que não são os responsáveis diretos pelo recolhimento de sua contribuição. Neste caso, de acordo com o art. 30, da Lei 8212/1991, cabe ao seu empregador efetuar o pagamento à Previdência.

exata, seja para manter o equilíbrio entre receitas e despesas, seja para promover distribuição de renda. Pelo regime da LBPS⁴²², observa-se a predominância da Justiça Comutativa no que toca à fixação do valor do Salário-de-Benefício (SB), que se utiliza de critérios para calcular um montante econômico da renda sobre a qual incidiu a contribuição do segurado. Além de apontar o valor da renda do segurado (que será substituída pela prestação previdenciária), o SB serve de instrumento para aferir e mensurar o valor de troca ínsito à comutatividade da prestação. Ele traz, para o valor financeiro presente, a quantificação atualizada dos valores contribuídos anteriormente.

Sobre isso, valem duas ponderações: (1) para a predominância do critério de Justiça Comutativa, presume-se que as alíquotas fixadas na época da contribuição do segurado ao sistema já contenham e prevejam a dotação de renda necessária para a manutenção do equilíbrio atuarial do sistema; (2) como a renda mensal inicial do benefício depende da aplicação de um coeficiente ao valor do SB e, se for o caso, a elevação até o patamar de um salário-mínimo; haverá, então, a afetação pelo critério de Justiça Distributiva, sendo reduzido ou aumentado o valor do benefício conforme a necessidade ou mérito do segurado a partir das características do benefício.

⁴²² Lei 8.213, de 24.07.91, Lei de Benefícios da Previdência Social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluído o trabalho proposto, entende-se conveniente ressaltar alguns itens que correspondem às hipóteses que se formularam na introdução dessa Dissertação. Para formular as considerações finais, serão resgatadas algumas das ponderações feitas durante a pesquisa. Em seguida, a partir desses dados, serão apresentadas as conclusões do pesquisador sobre as indagações inicialmente levantadas.

O Direito é um produto social decorrente dos valores sócio-culturais da Sociedade. Constitui uma ordenação heterônoma, coercível e bilateral atributiva das relações de convivência, conforme uma integração normativa de fatos e valores. Compreendido como um conjunto de direitos e deveres que decorrem de decisões explícitas e de princípios de ordem moral, o Direito estrutura-se a partir de normas que podem ser dois tipos: princípios jurídicos e regras.

O Direito da Seguridade Social funda-se em dois princípios principais: o Princípio da Solidariedade e o da Proteção da Dignidade da Pessoa Humana. Pelo primeiro, os indivíduos, em Sociedade, ajudam-se, mutuamente, seja pela vontade livre, seja pela consciência coletiva formada a partir de uma divisão social do trabalho. A Dignidade de Pessoa Humana, por sua vez, é valor protegido pelos ordenamentos políticos-jurídicos a partir de uma evolução histórica da Sociedade. Consubstancia-se num direito fundamental e, como tal, a Dignidade da Pessoa Humana possui duas faces: uma destinada a proteger a autodeterminação pessoal, impedindo que um ser humano seja utilizado como objeto; a segunda, numa dimensão prestacional, gera deveres que assegurem benefícios e serviços.

A Previdência Social, como uma face da Seguridade Social, historicamente desenvolveu-se a partir de dois modelos principais: o alemão de Bismarck (segmentar por categorias ocupacionais sustentado por contribuições de seus integrantes) e o de Beveridge (universal com tratamento uniforme e com aspectos redistributivos). Esse desenvolvimento aportou numa configuração prestacional do Estado que, embora se manifeste por diversas formas, é denominado de Estado de Bem-Estar Social. No Brasil, o desenvolvimento do Sistema Previdenciário partiu do assistencialismo, passou para institutos segmentados sob a lógica Bismarckiana para chegar a um sistema baseado no modelo de Beveridge. Neste processo, incluiu trabalhadores urbanos e rurais num mesmo regime.

Sobre a Justiça e as Teorias sobre ela gravitam, a investigação revelou que, embora sua relevância seja algo reconhecido, sua configuração é disputada por diversas concepções que envolvem outros valores, tais como Ordem, Igualdade, Liberdade, Felicidade e Utilidade.

Essas concepções de Justiça aferem a Legitimidade do Estado e de suas normas. Uma delas é a de Aristóteles, que, embora formulada há vários séculos, continua a influenciar o pensamento contemporâneo. Para ele, a Justiça é o gênero de uma virtude que se manifesta sob diversas espécies, Ela se manifesta sob diversas espécies, que podem ser assim sintetizadas: (1) o Justo legal, referente ao cumprimento das leis a fim de atingir o interesse comum por elas protegido e que se refere a uma manifestação da potência do justo natural; (2) a Justiça Distributiva, relativa à distribuição de coisas e benefícios auferidos pela coletividade, tendo por base critérios existentes nas pessoas mediante uma igualdade proporcional; (3) a Justiça Comutativa decorrente da necessidade restabelecimento de um equilíbrio entre perdas e ganhos que observa critérios que estão nas coisas a serem distribuídas mediante uma igualdade aritmética; (4) a Justiça Política, que visa manter uma convivência pacífica

na comunidade pela adoção de estruturas políticas que sejam conformes os seus princípios de justiça; e (5) Eqüidade, como elemento de correção da aplicação da lei genérica ao caso concreto.

Aplicados tais critérios de Justiça às considerações sobre o Direito Previdenciário tal como configurado atualmente no Brasil, foi possível verificar que, ao contrário do se poderia cogitar inicialmente, há uma certa predominância da Justiça Distributiva em relação à Comutativa. Isso sugere que idéia da prestação previdenciária como uma simples contraprestação às contribuições feitas pelo Segurado cedem diante de uma função de Solidariedade que assegure prestações afins com a Dignidade da Pessoa Humana.

Com relação à ligação entre as Teorias da Justiça com os princípios e regras jurídicas, foi possível concluir que estas, como um dos arcabouços do Direito, demandam correspondência com aquelas, sob pena de não haver legitimidade do Estado. Significa que é possível avaliar criticamente um ordenamento posto a partir de critérios de Justiça. Como estes são muitos, uma possibilidade que se abre é a de aferir a legitimidade de um conjunto de normas a partir de visões específicas trazidas pelas doutrinas de pensadores.

Quanto à segunda hipótese, ao examinar uma Teoria da Justiça específica, a de Aristóteles, foi possível identificar um conjunto de critérios de avaliação das ações e das leis.

Por fim, com relação à ligação essa Teoria da Justiça e o Direito Previdenciário, verificou-se que a influência dos princípios fundamentais da Solidariedade e da Proteção da Dignidade da Pessoa Humana transformam a Previdência Social num instrumento de Justiça Distributiva, evitando que tenha apenas um caráter de Justiça Comutativa.

Esse conjunto de considerações permite ponderar que, no âmbito da Seguridade Social brasileira, em função do grau de concretização dos princípios fundamentais da Solidariedade e da proteção da Dignidade da Pessoa Humana, convivem três regimes diferenciados, classificáveis conforme o critério de Justiça prevalente: (1) a Assistência Social⁴²³, na qual prevalece a Justiça Distributiva, ou seja, a máxima concretização daqueles princípios implica reconhecer a necessidade de dividir recursos da Comunidade àqueles que deles necessitam, observando critérios nestes contidos; (2) a Previdência Privada⁴²⁴, regida pelo critério da Justiça Comutativa, isto é, a relação entre o segurado contratante do plano de benefícios com a entidade financeira rege-se, predominantemente, pela idéia de equivalência entre o total de contribuições vertidas e o benefício auferido; e (3) Previdência Pública cujo regime geral abriga tanto características de Justiça Distributiva quanto de Justiça Comutativa, inserindo-a num estágio intermediário entre a Previdência Privada e a Assistência Social.

Atualmente, o modelo de Estado de Bem-Estar Social está em discussão, fato que revela a relevância da ponderação sobre sua

⁴²³ Os Princípios gerais da Seguridade Social plasmam-se na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR) em diversos dispositivos e se concretizam em três grupos de direitos: Assistência Social, Saúde e Previdência Social (art. 196, da CR). Com relação à Assistência Social, a Constituição previu que ela se destina a quem dela dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social (art. 203, da CR). Objetiva proteger e amparar a família, a maternidade, a infância, a adolescência e a velhice. Assegura o pagamento um benefício mensal, no valor de um salário mínimo, 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 (art. 203, CR).

⁴²⁴ O exame detalhado deste instituto foge dos limites desta Dissertação, mas é possível informar que os delineamentos principais da Previdência Privada estão determinados pelo art. 202, da CR. Nele, é previsto que o regime de previdência privada terá um caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social. O ingresso será facultativo e o regime deverá ser baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado. Apesar da aparente liberdade contratual vinculada a este tipo de regime facultativo, em função da sua importância, a Constituição traçou contornos que, visando garantir a sobrevivência dos regimes e o cumprimento das obrigações contratadas, impõem o pleno acesso às informações relativas à gestão dos planos de previdência privada. Isso demonstra que, apesar da predominância do caráter privado da relação jurídica e do critério de Justiça Comutativa, há o influxo dos Direitos Sociais mesmo neste instituto.

configuração e legitimidade a partir dos critérios de Justiça. São apresentadas novas propostas, tais como a constituição de fundos de capitalização individual geridos por instituições públicas ou privadas. Representam, de certa forma, um retorno à concepção prussiana.

A percepção de que a Dignidade da Pessoa Humana informa a Seguridade Social como direito fundamental autônomo e valor que a legitima gera a conclusão de que o Direito Previdenciário não pode prescindir de princípios e regras que reflitam critérios de Justiça Distributiva. Do mesmo modo, se afigura necessária a observância da Solidariedade no moldar das normas previdenciárias, seja como laço de fraternidade, seja como reflexo de uma interdependência recíproca derivada da divisão social do trabalho. Assim, além de carente de ligação com os valores da Sociedade brasileira, restará flagrante a invalidade de normas que visem criar regimes de previdência pública regidos exclusivamente sob o critério de Justiça Comutativa. Daí a impossibilidade de adoção de sistemas de capitalização individual em que o segurado receba apenas e exclusivamente o reflexo daquilo que diretamente contribuiu.

Assim, diante da ligação entre o Direito e os valores Sócio-culturais de uma determinada Sociedade (revelada pela evolução histórica dos Sistemas de Seguridade), não se afigura conveniente a migração de institutos jurídicos ou normas estrangeiras de regimes de previdência sem a devida adaptação à realidade e à Constituição brasileira. A importação descontextualizada de sistemas estrangeiros implicará não apenas uma invalidade jurídica, mas também a sua ineficácia, pois desfigurada a base social que poderia ampará-la. Conforme explicitado na investigação da evolução histórica dos Sistemas de Previdência, o modelo chileno, usualmente citado como uma referência de possibilidade, não só se refere a um país com características geográficas claramente diferentes das brasileiras, como também já apresenta sinais de insuficiência. Por outro lado,

por exemplo, a importação de modelos europeus não pode ser feita sem a devida crítica dado que aquelas Sociedades são totalmente diferentes da brasileira, seja no que se refere à sua formação econômica e demografia, seja no que toca à sua Cultura e Valores.

Na praxe forense, acompanhada pelo mestrando na sua qualidade de magistrado atuante na área dos Juizados Especiais Federais e Previdência Social, é possível perceber que os órgãos incumbidos da prestação de benefícios previdenciários continuam insistindo na prevalência de orientações internas sobre o Direito Positivo, constitucional ou infraconstitucional. Apegam-se à idéia de aplicação exclusiva da Justiça Comutativa, fundando-se no princípio do caráter contributivo. Não consideram que, preservado o núcleo deste princípio, é possível ponderá-lo com os demais alicerces do Sistema de Previdência e os da Seguridade Social a fim de concretizar os ideais de Justiça Distributiva. Essa prática colide com os fins do Estado, especialmente quando sujeito às aspirações de legitimidade. Para isso, sugere-se que os órgãos administrativos acompanhem mais de perto as decisões do Judiciário, atendendo mais rapidamente às necessidades daqueles que buscam na Seguridade Social o amparo para a sua sobrevivência.

Isso, porém, não afasta a possibilidade modificação do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, cuja natureza se aproxima do critério de Justiça Comutativa, mas a sua regulamentação não a observa adequadamente. É que, olhado sob o prisma da Justiça aristotélica, este benefício tem critério de concessão aferido nos bens, mas a sua percepção não observa, necessariamente, a relação de igualdade aritmética. Com efeito, ao vincular a concessão apenas ao tempo de contribuição sem considerar o tempo de pagamento futuro, este benefício, quando concedido a pessoa de reduzida faixa etária, pode levar ao recebimento de valores por tempo em que o montante auferido seja muito superior ao contribuído.

Legitima-se, assim, a adoção de medidas que insiram o critério de idade⁴²⁵ na aposentadoria por tempo de contribuição, seja como requisito cumulativo à concessão⁴²⁶, seja como diferencial no cálculo do valor do benefício⁴²⁷.

Ao comparar com o critério de Justiça Comutativa, é possível perceber que o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição sofreu o influxo da Justiça Distributiva diante da concretização do princípio da isonomia de tratamento urbano e rural. A LBPS previu a possibilidade de o trabalhador contar tempo de serviço rural anterior ao novo regime sem efetuar contribuição⁴²⁸. Desse modo, ao somar este tempo de serviço rural sem contribuição com o tempo de serviço urbano, o segurado poderá se aposentar recebendo valor superior ao efetivamente contribuído. Nota-se, assim, o legislador, influenciado pelos parâmetros constitucionais e dirigido por Valores que percebeu existentes na Sociedade, entendeu necessária a incorporação do princípio distributivo como forma de reduzir as desigualdades sociais.

Outro exemplo da necessidade de utilização do critério de Justiça Material como elemento de compreensão do fenômeno jurídico previdenciário é a discussão judicial do divisor utilizado no cálculo do salário-base quando da concessão do benefício para segurados filiados ao sistema antes da promulgação da Lei 9876/1999. Antes dessa lei, o período básico de cálculo das aposentadorias por idade envolvia os últimos 36 salários-de-contribuição, buscados num período máximo de 48 meses. Com a nova disciplina, para os benefícios de aposentadoria por idade e aposentadoria

⁴²⁵ Observado na pessoa, ou seja, próprio ao critério de Justiça Distributiva.

⁴²⁶ É o caso das propostas que giram em torno da fórmula “90”, em que o requisito seria a soma da idade com o tempo de contribuição (exemplo: pessoa de 60 anos de idade com 30 anos de contribuição, ou 70 anos de idade com 20 anos de contribuição).

⁴²⁷ Tal como ocorreu com a adoção do chamado “Fator Previdenciário”.

⁴²⁸ Confira-se o §2º do artigo 55 da Lei 8213/91: “O tempo de serviço do segurado trabalhador rural, anterior à data de início de vigência desta Lei, será computado independentemente do recolhimento das contribuições a ele correspondentes, exceto para efeito de carência, conforme dispuser o Regulamento”.

por tempo de serviço, calcula-se a média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo. Como regime de transição, a Lei 9876/1999 previu que benefício será calculado utilizando a média aritmética simples na forma do novo regime, mas com período contado a partir de julho de 1994, aplicando-se um divisor que não poderá ser inferior a sessenta por cento do período.

Há casos em que o segurado tem poucas contribuições durante o período e pretende a revisão da sua renda inicial para dividir a soma dos seus salários-de-contribuição pelo número de meses em que efetivamente houve contribuição. Há corrente jurisprudencial acolhendo tal premissa⁴²⁹. Porém, além de não ser coerente com o texto literal da lei⁴³⁰, o resultado deste tipo de demanda leva a casos em que havia ofensa ao núcleo do princípio do caráter contributivo, especialmente para o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição. Nestes casos, é possível que um segurado sem nenhuma contribuição posterior ao ano de 1994, decidisse, às vésperas da sua aposentação, efetuar dois pagamentos pelo valor máximo (teto legal). Com a possibilidade de desconsideração da perda da qualidade de segurado (Lei 10666/2003), haveria a concessão de benefício em valor máximo, ainda que durante toda a vida do contribuinte ele tivesse percebido remuneração abaixo do salário-mínimo.

Os princípios, quando em colisão (no caso, a dos citados princípios com os da justiça social e da distributividade), cedem espaço entre si; porém, é certo, também, que qualquer que seja a relação de

⁴²⁹ Turma Recursal de Santa Catarina, em especial a conclusão nos autos n. 2002.72.08.005249-9, sessão de 12 de novembro de 2004.

⁴³⁰ A disposição legal manda aplicar um divisor determinado que independe do número de contribuições quando estas são insuficientes. Em outras palavras, se o número de contribuições for inferior a este limite mínimo, o total das contribuições será dividido por este, e não por aquele. Isso leva a uma redução do valor da renda mensal do benefício. Aparentemente tal medida, considerada num caso isolado, pode parecer injusto, necessitando de aplicação da Equidade. Porém, visualizada a norma no seu contexto, especialmente a partir dos critérios de Justiça Comutativa, percebe-se que ela evita que um segurado com poucas contribuições aufera benefício muito superior àquele que mais contribuiu.

preponderância estabelecida ela não pode afetar o cerne desses princípios, sob pena de total ofensa ao interesse juridicamente protegido. Neste caso, parece-me que realizar uma interpretação de um dispositivo que permita o enriquecimento sem causa de um segurado em detrimento da situação dos demais que contribuíram por todo o período de 1994 até os dias de hoje é algo desproporcional e desarrazoado. Comparando a situação hipotética citada com um segurado que tivesse pago 100 contribuições pelo teto legal e 50 de um salário mínimo, aquele, com apenas duas contribuições, teria uma aposentadoria muito superior à deste.

Disso se conclui que a ponderação de princípios constitucionais não pode ser alheia aos critérios de Justiça Material. Ao contrário, eles servem de guia, orientando a interpretação e aplicação do Direito Previdenciário. A identificação de qual critério está sendo afetado pela relação de precedência ditada auxilia na compreensão das razões de ser daquela solução.

São essas as principais e derradeiras considerações que se julga oportuno apresentar. Verifica-se, assim, que se trata de uma temática ligada ao campo da Política Jurídica, bastante amplo e fértil para um aprofundamento das investigações filosóficas e científicas a respeito, ensejando uma permanente reavaliação e reformulação de conceitos. Nesse sentido, cogita-se de temas para futuras pesquisas, tais como comparar os preceitos de Direito Previdenciário com outras Teorias da Justiça, como a de Rawls, por exemplo. Outra possibilidade é aplicar os critérios de Justiça de Aristóteles para outros ramos do Direito. Por fim, cogita-se, também, perquirir, no campo da Metaética, sobre os limites e possibilidades das Teorias de Justiça, quiçá investigando a sua ligação com os valores e a ideologia.

Encerra-se a pesquisa com a convicção de que o Direito,

como elemento social, submete-se a uma avaliação histórica e valorativa, pela qual seus fundamentos e sua forma positivada são aferidos conforme os ditames de Justiça como condição necessária à sua própria sobrevivência.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 1014 p.

ALEMANHA. CONSTITUCIÓN DEL IMPERIO (REICH) ALEMÁN, de 11 de agosto de 1919. Disponível em: <http://www.der.uva.es/constitucional/verdugo/Constitucion_Weimar.pdf>. Acesso em 12 julho 2006.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2002. 607 p.

ALLY, Raimundo Cerqueira. **Normas Previdenciárias no Direito do Trabalho**. 5ª edição. São Paulo: IOB, 2002.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Tradução de Mário da Gama Kury. 4ª ed. Brasília: UnB, 2001. 238 p.

_____. **Política**. Tradução de Mário da Gama Kury. 3ª ed. Brasília: UnB, 1997. 321 p.

AVELINO, Pedro Buck. Princípio da Solidariedade: imbricações históricas e sua inserção na Constituição de 1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 53, out./dez. 2005, pp. 227-269.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. Da definição à aplicação dos Princípios jurídicos. 3 ed. Malheiros: São Paulo, 2004. 138 p.

BALERA, Wagner. **Noções preliminares de Direito Previdenciário**. São

Paulo: Quartier Latin, 2004. 222 p.

BARNES, Jonathan. **Aristóteles**. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o Princípio da Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 327 p.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 3 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999. 320 p.

BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. **História da Filosofia do Direito**. Barueri: Manole, 2005. 480 p.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **A justiça em Aristóteles**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989. 184 p.

_____. **Estado, Governo, Sociedade**; para uma teoria geral da política. 2ª ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

_____. **Teoria Geral da Política**: a filosofia política e a lição dos clássicos. Tradução de Daniela Becaccia Versiane. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 216-265.

BERTI, Enrico. **As razões de Aristóteles**. São Paulo: Edições Loyola, 1998. 191 p.

BOLLMANN, Vilian. **Juizados Especiais Federais: Comentários à Legislação de Regência**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. 203 p.

_____. **Hipótese de Incidência Previdenciária e temas conexos**. São Paulo: LTr, 2005.

_____. **Novo Código Civil: Princípios, inovações na Parte Geral e Direito Intertemporal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11^a ed. São Paulo: Malheiros, 2001. 797 p.

BORGES, Alexandre Walmott. **A ordem econômica e financeira da Constituição e os monopólios: análise das alterações com as reformas de 1995 a 1999**. Curitiba: Juruá, 2001. 155 p.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988 (Atualizada até a Emenda Constitucional n.º 45, de 08 de dezembro de 2004 (D.O.U. de 31/12/2004)). Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/const/>>. Acesso em 10 março 2005.

_____. Lei n. 8029, de 12 de abril de 1990. Dispõe sobre a extinção e dissolução de entidades da administração Pública Federal, e dá outras providências. Disponível em: < <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/> >. Acesso em: 10 janeiro 2003.

_____. Lei n. 8213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: < <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/> >. Acesso em: 3 maio 2006.

_____. Lei n. 9032, de 28 de abril de 1995. Dispõe sobre o valor do salário mínimo, altera dispositivos das Leis nº 8.212 e nº 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Disponível em: < <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/> >. Acesso em: 10 março 2003.

_____. Lei n. 9876, de 26 de dezembro de 1999. Dispõe sobre a contribuição previdenciária do contribuinte individual, o cálculo do benefício, altera dispositivos das Leis nos 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Disponível em: < <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/> >. Acesso em: 6 maio 2004.

_____. Lei n. 10666, de 8 de maio de 2003. Dispõe sobre a concessão da aposentadoria especial ao cooperado de cooperativa de trabalho ou de produção e dá outras providências. Disponível em: < <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/> >. Acesso em: 12 agosto 2003.

BRASIL. Turma Recursal da Seção Judiciária do Estado de Santa Catarina. Recurso contra Sentença. Processo nº 2002.72.08.005249-9. INSS e Alvim Eugenio. Relatora Juíza Eliana Paggiarin Marinho.

BRUGNERA, Neditso Lauro. **A escravidão em Aristóteles**. Porto Alegre: EDIPUCRS, Editora Grifos, 1998. 120 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 1999. 1.462 p.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**:

uma contribuição ao Estudo do Direito. 3ª ed. ver. Atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 294 p.

CASTRO, Carlos Alberto; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. São Paulo: LTr, 2001. 596 p.

CASTRO, Carlos Alberto. **A aposentadoria dos Agentes Públicos depois das Emendas Constitucionais**. Brasília: AMB, 2005.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, 1997. 440 p.

COIMBRA, Feijó. **Direito Previdenciário Brasileiro**. 7a ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1997. 526 p.

COMPARATO, Fábio Konder. Comentário ao art. 1º. In: CASTRO, Reginaldo Oscar de (Coord.). **Direitos Humanos: conquistas e desafios**. Brasília: Letraviva, 1999.

COMTE-SPONVILLE, André. **O Capitalismo é moral?** Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

COSTA, Eliane Romeiro. **Previdência Complementar na Seguridade Social: o risco velhice e a idade para a aposentadoria**. São Paulo: LTr, 2003. 183 p.

COSTA, José Ricardo Caetano da. **Previdência e neoliberalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 149 p.

CRUZ, Paulo Márcio. Fundamentos históricos, políticos e jurídicos da Seguridade Social. In: ROCHA, Daniel Machado; SAVARIS, José Antônio (Coord.). **Curso de Especialização em Direito Previdenciário – v. 1 –**

Direito Previdenciário Constitucional. Curitiba: Juruá, 2006.

COUTO, Berenice Rojas. **O Direito Social e a Assistência Social na Sociedade Brasileira**: uma equação possível ? São Paulo: Cortez, 2004.

DAVID, René. **O direito inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 1997. 120 p.

DUARTE, Marina Vasques. **Direito Previdenciário**. 3ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004. 256 p.

DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568 p.

_____. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 513 p.

_____. **Uma questão de princípio**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 593 p.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: RT, 1999. 274 p.

FARAGO, France. **A Justiça**. São Paulo: Manole, 2004.

FARIA, José Eduardo. **Poder e Legitimidade**: uma introdução à Política do Direito. São Paulo: Perspectiva, 1978. p. 10-84.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito**:

reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito. 2a. ed. São Paulo: Atlas, 2003. 286 p.

_____. Notas sobre Contribuições Sociais e Solidariedade no contexto do Estado Democrático de Direito. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra. **Solidariedade Social e Tributação.** São Paulo: Dialética, 2005.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio Eletrônico.** Versão 3.0-PC. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito.** São Paulo: Malheiros, 2002. 226 p.

GIDDENS, Anthony. **Para além da esquerda e da direita:** o futuro da política radical. Trad. Álvaro Hattner. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1996

GRECO, Marco Aurélio. Solidariedade Social e Tributação. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra. **Solidariedade Social e Tributação.** São Paulo: Dialética, 2005.

HESSSEN, Johannes. **Filosofia dos valores.** Coimbra: Almedina, 2001. 253 p.

HÖFFE, Otfried. **Justiça política:** fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado. Tradução de Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Valores, Processo e Sentença.** São Paulo: LTr, 2003. 187 p.

HORVATH, Miriam Vasconcelos Fiaux. **Auxílio-reclusão**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. 5ª ed. atual. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

JUNKES, Sérgio Luiz. **Defensoria Pública e o Princípio da Justiça Social**. Curitiba: Juruá, 2005. 152 p.

KOLM, Serge-Christophe. **Teorias Modernas da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 625 p.

KURY, Mário da Gama. Introdução. In: ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Tradução de Mário da Gama Kury. 4ª ed. Brasília: UnB, 2001. 238 p.

LEIRIA, Maria Lúcia Luz. **Direito Previdenciário e Estado Democrático de Direito: uma (re)discussão à luz da hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 192 p.

LUMIA, Giuseppe. **Elementos de Teoria e Ideologia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 186 p.

MAFFETTONE, Sebastiano; VECA, Salvatore. **A idéia de justiça de Platão a Rawls**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 451 p.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de Direito Previdenciário**. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2004. 576 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3 ed. Malheiros: São Paulo, 1995. 48 p.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico** : Plano da Existência. 7a ed. São Paulo: Saraiva, 1995. 233 p.

_____. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia – 1ª parte**. São Paulo: Saraiva, 2003.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. Florianópolis: OAB-SC, 2000. 100 p.

_____. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994

MÉXICO. Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos. Disponível em: < <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/cn16.pdf>>. Acesso em 12/07/2006.

NERY, Rosa Maria Barreto Borrielo de Andrade. Apontamentos sobre o princípio da Solidariedade no Sistema do Direito Privado. **Revista de Direito Privado**, v. 17, jan./mar. 2005, pp. 65-70.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista de Informação Legislativa**, n. 145, jan./mar. 2000, pp. 185-196.

OLIVEIRA, Nythamar de. **Rawls**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. 74 p.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica – idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito**. 8. ed. rev. atual. amp. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003. 243 p.

PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanziola. A Força normativa dos

Princípios Constitucionais Fundamentais: a Dignidade da Pessoa Humana. In: PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 2ª ed. rev. atual. São Paulo: Max Limonad, 2003. 448 p.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. 2ª ed. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 15a ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. **Experiência e cultura**: para a fundação de uma Teoria Geral da Experiência. Campinas: Bookseller, 2000.

ROCHA, Daniel Machado da. **O Direito Fundamental à Previdência Social**. Porto Alegre: Do Advogado, 2004. 227 p.

ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social**. 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, 2003. 420 p.

SANFELICE, Patrícia de Mello. **O princípio da Solidariedade** – origem, características e aplicação na Seguridade Social. Revista de Direito Social, n. 7, jul./set. 2002, p. 11-15.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 2ª ed. Revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002. 157 p.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. 220 p.

SAVARIS, José Antônio. Traços elementares do sistema constitucional de seguridade social. In: ROCHA, Daniel Machado; SAVARIS, José Antônio (Coord.). **Curso de Especialização em Direito Previdenciário** – v. 1 – Direito Previdenciário Constitucional. Curitiba: Juruá, 2006.

SHAPIRO, Ian. **Os fundamentos morais da política**. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SILVA, Moacyr Motta da. **Direito, Justiça, Virtude moral & Razão: reflexões**. Curitiba: Juruá, 2003. 199 p.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005. 191 p.

SILVEIRA, Denis Coitinho. **Os sentidos da Justiça em Aristóteles**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001. 141 p.

SIMM, Zeno. **Os direitos fundamentais e a Seguridade Social**. São Paulo: LTr, 2005. 128 p.

SINGER, Paul. A cidadania para todos. In: PINSKY, Jaime Pinski; PINSKY, Carla Bassanezi (Orgs.). **História da Cidadania**. São Paulo: Editora Contexto, 2003. p. 191-263.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Previdência e Assistência Social: Legitimação e Fundamentação Constitucional Brasileira**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003. 281 p.

TORRES, Ricardo Lobo. Existe um princípio estrutural da Solidariedade ? In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra. **Solidariedade Social**

e Tributação. São Paulo: Dialética, 2005.

VIANNA, Maria Lucia Teixeira Werneck. **A americanização (perversa) da seguridade social no Brasil:** Estratégias de bem-estar e políticas públicas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, UCAM, IUPERJ, 2000.

WALZER, Michael. **Esferas da Justiça:** uma defesa do pluralismo e da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 476 p.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 239 p.

_____. **Síntese de uma História das Idéias Jurídicas:** da Antigüidade Clássica à Modernidade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

YAMASHITA, Douglas. Princípio da Solidariedade em Direito Tributário. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra. **Solidariedade Social e Tributação.** São Paulo: Dialética, 2005.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)