

A Constitucionalização do Direito Previdenciário

Marcelo Leonardo Tavares

Juiz Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito Previdenciário e de Constitucional da EMERJ.

1. INTRODUÇÃO

A previdência social é um instituto jurídico mediante o qual as sociedades organizadas procuram evitar a miséria humana com ações planejadas de proteção dos indivíduos em situação de impossibilidade permanente ou temporária de sustento próprio.

O Estado brasileiro tem experiência na matéria há oitenta anos e adota um programa de previdência básica que se pretende universal, mas mantém praticamente metade de sua população ativa sem proteção securitária.

Sob aspecto jurídico, se há um ramo do Direito brasileiro em que os problemas jamais decorreram da omissão legislativa, este é o Previdenciário. Como se não bastassem as normas legais, há uma profusão inquestionável e muitas vezes incompreensível de princípios e regras constitucionais semânticas de seguro social.

Mas, ao lado delas, existe um papel fundamental na previsão constitucional positivada de alguns institutos previdenciários que proporcionaram ao Poder Judiciário brasileiro a solução criativa para questões relevantes de efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, a partir de 1988.

O estudo da constitucionalização do Direito Previdenciário brasileiro é uma ótima via para se tentar entender a construção de

nosso deficiente Estado Providência, e também para estabelecer discussão a respeito do conteúdo fundamental dos direitos sociais.

Se é verdade que o fenômeno da constitucionalização formal pode não resultar necessariamente em progresso institucional, se não for objeto de alinhamento com os fatores reais de poder¹, também é a afirmação da relevância do deslocamento do núcleo de proteção dos direitos para a Constituição, em especial dos de índole social, a fim de que o Direito cumpra sua tarefa transformadora da sociedade, através da cogência do dever-ser.

Em relação à Previdência, ao mesmo tempo em que o Brasil foi, na América Latina, um dos países pioneiros na estruturação do sistema de proteção social público e universal, a avaliação da caminhada de nossas instituições demonstra um percurso em parte tortuoso e acidentado, em que a adoção sucessiva de modelos de seguro prescindiu de uma clara determinação de aonde se queria chegar, pelo menos em relação à parte da população.

A proteção previdenciária, no Brasil, é um retrato de nossas desigualdades. Privilegiou parte da população, para quem as normas constitucionais e legais permitiam fruição de vantagens abusivas sem respaldo financeiro, e alijou a maioria da proteção, mesmo em configuração básica. A fartura aristocrática descontrolada sustentada com ingressos públicos minou reservas que deveriam ter sido formadas no período inicial de capitalização e deixou desprevenido o Estado garantidor, exigindo a repartição do custo entre todos no final do século XX e início do XXI.

Decisões políticas estruturais para o sistema já foram adotadas sem estudo de impacto financeiro ou foram impostas de forma desequilibrada só à parcela da população, enquanto se manteve, para determinadas categorias profissionais, modelos previdenciários fadados à inviabilidade.

Resultado: a crise. E a tentativa de correção de rumo e aproximação de critérios utilizados pelos diversos sistemas de seguro.

A compreensão do fenômeno exige um pouco de conhecimento histórico da Previdência Social no Brasil e de aspectos peculiares da

¹ LASSALE, Ferdinand. *Que és una Constitución?* Buenos Aires: Siglo Veinte, 1946.

constitucionalização da matéria, a fim de que se possa, ao final, enfrentar algumas questões que estão a merecer a devida atenção da comunidade jurídica.

2. HISTÓRICO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL

A Constituição brasileira adota hoje três regimes previdenciários: um sistema geral, público, institucional e compulsório destinado aos trabalhadores; outro, também com a mesma natureza, de filiação obrigatória para servidores públicos ocupantes de cargo efetivo (com previsão constitucional de complementação pública), e, por fim, um regime privado civil e contratual. Além disso, os dependentes dos militares são beneficiários de pensão prevista em lei específica.

A configuração do momento é fruto de evolução institucional quase secular.

A Constituição de 1824, de inspiração liberal, basicamente só se preocupou com direitos individuais e políticos (art. 179), enunciando-os como invioláveis e baseados na liberdade, na segurança individual e na propriedade. Em relação aos direitos sociais, previu a instrução primária e gratuita aos cidadãos, e garantiu os socorros públicos, referência inicial ao que viria a ser o sistema securitário. A Previdência Social, no Império, teve uma configuração embrionária, não se podendo afirmar que tivesse minimamente uma estrutura institucional, pois apenas algumas categorias profissionais foram premiadas com sistema de cobertura de riscos sociais, como, por exemplo, os militares. Os planos de auxílio social limitavam-se a atender a classes determinadas, de forma assistemática e integralmente às custas do Tesouro.

O sistema de proteção previdenciária brasileiro surgiu, em versão corporativa, durante a 1ª Constituição Republicana: para os trabalhadores urbanos, uma previdência de natureza privada vinculada a categorias profissionais e empresas, com tríplice quotização do custeio entre os trabalhadores, os empregadores e o Estado; para os servidores e militares, um sistema assistencial público privilegiado e, por definição, gratuito para os beneficiários. E isto precisa ser bem compreendido, pois não há, a rigor, proteção gratuita. Ou o sistema é sustentado pelos que dele se beneficiam ou é garantido

mediante a oneração de toda sociedade. Portanto, a referência à gratuidade significa tecnicamente a inexistência de contribuição específica do grupo segurado, ou seja, a dispersão do custeio entre a totalidade da população.

O movimento republicano da segunda metade do século XIX culminou com a proclamação da República. Com o Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889, instituiu-se o Governo Provisório, a Federação e foi determinada a realização de eleição para escolha de um congresso constituinte.

A Constituição de 1891, promulgada pela Assembléia Constituinte a partir do projeto de autoria de Rui Barbosa, foi a mais concisa das constituições brasileiras (com 91 artigos e mais oito nas Disposições Transitórias) e tratou "dos cidadãos brasileiros" no Título IV. No artigo 75, dispôs sobre a proteção de servidores: "A aposentadoria só pode ser dada aos funcionários públicos em caso de invalidez a serviço da nação", prescindindo de contribuição. Não houve alusão constitucional a um sistema de proteção dos trabalhadores.

No final do século XIX, o mundo sofreu grandes transformações, em meio a conquistas tecnológicas e ao questionamento da validade exclusiva dos valores liberais burgueses.

E o fato produziu reflexos no Brasil.

O primeiro modelo previdenciário brasileiro de proteção dos trabalhadores foi previsto por normas infraconstitucionais e derivou da experiência alemã baseada em regime gerenciado pelo Estado, com financiamento do poder público, dos empregadores e dos empregados, com o estabelecimento de um seguro-doença obrigatório, em 1883, por inspiração de Otto von Bismarck².

Na época, a originalidade do modelo *bismarckiano* foi grande. O projeto de seguro obrigatório fundou-se na técnica de garantir

² DUPEYROUX, Jean-Jacques *et alii*, na obra *Droit de la Sécurité Sociale...*, p. 26, esclarecem que o aparecimento das primeiras formas de seguro social na Alemanha do final do século XIX foi fruto da reunião de uma série de fatores particularmente favoráveis: no plano econômico, a passagem de uma economia agrária para industrial provocou o brutal aumento do proletariado urbano vivendo em condições miseráveis; no campo ideológico, houve ascensão do pensamento socialista; e, no político, Bismarck, a título de reprimir atentados contra o imperador, empreendeu uma política policial repressiva, ao mesmo tempo em que iniciou profundas reformas sociais para desarticular a influência dos políticos socialistas.

proteção somente aos que contribuíssem para a cotização e na medida desta, com estabelecimento de cálculo atuarial a partir do volume dessas contribuições. Os benefícios eram gerados por Caixas autônomas, vinculadas às categorias profissionais. Os contribuintes eram separados em cinco classes distintas, levando em conta o volume das contribuições, e as aposentadorias eram calculadas em uma porcentagem do salário do trabalhador quando em atividade.

O fim do século XIX, na Europa, foi marcado por uma intensa atividade intelectual de debate sobre o novo sistema por sindicalistas, médicos, juristas, políticos e filósofos, o que contribuiu para sua divulgação.

Dessa forma, os primeiros planos privados corporativistas de previdência foram implementados no Brasil. Em 1919, a Lei nº 3.724 instituiu o seguro obrigatório de acidente do trabalho e a Lei Eloy Chaves, Decreto Legislativo nº 4.682 de 24/1/1923, determinou a criação de Caixas de Aposentadoria e Pensão (de natureza privada) para os empregados das empresas ferroviárias. As Caixas de Aposentadoria e Pensão proliferaram na década de 20, sempre vinculadas às empresas e de natureza privada.

O Brasil institucionalizou a Previdência para os trabalhadores adotando o modelo de Bismarck.

Ocorre que, simultaneamente, na Europa, a Constituição alemã de Weimar acolheu os valores da social-democracia e a importância da intervenção do Estado na ordem econômica e social. Por consequência, as novas idéias aqui também tiveram eco.³

Seguindo esta orientação, a Constituição de 1934 caracterizou-se por ser a primeira forjada nos moldes do Estado intervencionista. Ao lado dos direitos individuais (Título VII), o Constituinte preocupou-se com a proteção da família, com a cultura e o ensino e destacou, em Título próprio (XII), a ordem econômica e

³ Rui Barbosa que, mesmo sendo um liberal clássico, criticou a falta de preocupação do Estado com os aspectos da questão social dos ex-escravos recém-libertos, sem emprego, moradia e educação, em 1919: "Dar liberdade ao negro, desinteressando-se como se desinteressara absolutamente da sua sorte, não vinha a ser mais do que alforriar os senhores... Nenhuma providência administrativa, econômica, ou moral se estudou, ou tentou, para salvar do total perdimento esses valores humanos, que soçobravam. Nem a instrução, nem a caridade nem a higiene intervieram de qualquer modo. O escravo emancipado, sua família, sua descendência, encharcaram putrescentes no desamparo, em que se achavam atascados." **A Questão Social e Política no Brasil**. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1998, p. 20.

social, com a exigência do cumprimento de função social pela propriedade, a socialização de empresas econômicas e a intervenção na administração de empresas quando exigido pelo interesse público. As aposentadorias dos funcionários públicos foram previstas no art. 170 e a proteção trabalhista-previdenciária do trabalhador foi objeto do art. 121, com o direito à licença-maternidade e com a forma tríplice de custeio, "mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado." Essa Constituição foi fundamental na implementação do sistema empregatício brasileiro, que permanece basicamente em vigor ainda no século XXI.

A Carta outorgada de 1937 utilizou a expressão "seguro social", com a proteção à gestante, velhice, invalidez e casos de acidente do trabalho. A cobertura dos funcionários públicos foi prevista no art. 156, com referência à aposentadoria compulsória e à aposentadoria por invalidez, integral ou proporcional, além de licença de três meses para a gestante.

Foi durante a vigência das Cartas de 1934 e de 1937 que a previdência social se estruturou como seguro de natureza pública no Brasil, com a criação dos Institutos de Aposentadoria e Pensões, divididos em categorias profissionais e mantidos em parte com contribuição do Estado. Essa profunda modificação na proteção social previdenciária, com a passagem do sistema privado para o público, foi realizada através de legislação infraconstitucional. Assim, surgiram o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos (IAPM), em 1933, o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciários (IAPC) e o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Bancários (IAPB), em 1934, o IAP dos Industriários (IAPI), em 1936 e o IAP dos Empregados em Transportes e Cargas (IAPTEC), em 1938; cada um com regras próprias de cobertura. Esse processo de criação de Institutos avançou até o início dos anos 50, quando praticamente toda a população urbana assalariada já se encontrava coberta pela previdência, exceto os trabalhadores domésticos e autônomos.

Na Constituição de 1946, o art. 191 cuidou da aposentadoria dos funcionários públicos por invalidez, compulsória aos setenta anos de idade, e voluntária aos trinta anos de serviço, sem qualquer alusão à participação dos servidores no custeio - o financiamento con-

tinuava a ser exclusivo do Estado. A previdência social (termo assim usado pela primeira vez, em substituição ao anterior "seguro social") mereceu atenção no artigo 157, ao lado dos direitos dos trabalhadores. A proteção à gestante, antes e depois do parto, foi prevista como direito, bem como a assistência aos desempregados. A Constituição garantiu "previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as consequências da doença, da velhice, da invalidez e da morte", além de obrigatoriedade da instituição do seguro pelo empregador contra acidentes do trabalho.

Praticamente ao mesmo tempo (1942), o inglês William Beveridge apresentou com sucesso seu relatório **Social Insurance and Allied Services** que modificou definitivamente alguns paradigmas anteriores dos regimes previdenciários europeus. O trabalho defendia a implantação de acesso universal e igualitário a um sistema público e básico mantido pelo Estado, com a desconsideração da estruturação de classes. Para ele, as aposentadorias deveriam garantir um mínimo vital (mínimo existencial), sem o necessário compromisso com a manutenção do poder de compra dos salários, e, para isto, propôs que o Estado garantisse um plano básico e limitado quanto ao valor das aposentadorias, com possibilidade de complementação individualizada não estatal. A universalidade fazia referência a três elementos: generalização total de acesso, administração integrada dos serviços públicos de previdência e saúde e prestações previdenciárias praticamente idênticas em valor. Segundo Beveridge, este arranjo liberal combinava um seguro básico, suficiente para viver em qualquer circunstância, com a liberdade do cidadão de organizar sua própria vida e de sua família, mediante a utilização do sistema de complementação. O grande mérito da revolução previdenciária inglesa foi tornar imperativa a universalidade da cobertura social e a unificação dos regimes de seguro já institucionalizados.⁴

Para acompanhar a mudança de paradigma, no período de vigência da Constituição de 1946, duas grandes alterações ocorre-

⁴ MERRIEN, François-Xavier *et alii*. *L'État Social - una perspective internationale*. Paris: Dalloz, 2005, p. 123-125.

ram mediante normas infraconstitucionais: a unificação dos critérios de cobertura pelos diversos institutos públicos securitários (Lei nº 3.807/60 - Lei Orgânica da Previdência Social - LOPS) e a criação de um instituto previdenciário único, a partir da reunião dos institutos das categorias profissionais (Decreto-Lei 72/66) - o Instituto Nacional de Previdência Social - INPS. O Brasil, então, passou a incorporar alguns princípios do modelo universal e uniforme idealizado por William Beveridge.

Por fim, a Constituição de 1988 foi responsável por importantes alterações: 1) reuniu as coberturas de previdência, assistência e saúde em um sistema de seguridade social, imantando-as com princípios e objetivos comuns, em especial, a universalidade, a igualdade, irreduzibilidade real do valor dos benefícios e caráter democrático e descentralizado da administração; 2) consolidou o sistema securitário dos trabalhadores e o de assistência social como prestações vinculadas aos princípios básicos fundadores do Estado Social e Democrático de Direito, em especial à dignidade da pessoa humana, e 3) incorporou ao sistema previdenciário milhões de trabalhadores rurais.

Posteriormente, a EC nº 3/93 tornou a contribuição obrigatória para os servidores nos regimes próprios.

A EC nº 20/98 alterou várias das características do Regime Geral de Previdência dos trabalhadores, modificando critérios de concessão de benefícios e as Emendas Constitucionais de nº 41/2003 e 47/2005 redefiniram o regime dos servidores, aproximando-o do sistema geral, possibilitando que as entidades federativas limitassem-se à cobertura de um plano básico, desde que oferecessem a opção de complementação pública, e vedando a adoção de critérios legais diferenciados por categoria profissional.

A evolução histórica demonstra que as duas primeiras constituições não cuidaram, a não ser episodicamente, da matéria econômica e social. Foi a partir da Carta de 1934 que se iniciou uma nova era no constitucionalismo brasileiro, com a incorporação, em Título próprio, das normas básicas dos direitos do trabalhador e de previdência e assistência social. Os eventos de incapacidade, maternidade, morte e idade passaram a receber proteção permanente a

partir da Carta Social de 1946. No Regime Geral, tivemos, inicialmente, uma proteção social através da atuação de várias Caixas privadas vinculadas a categorias profissionais, com posterior adoção de um sistema unificado de regras e institutos públicos. A aposentadoria do servidor público teve sua primeira previsão já na Carta de 1891 e, até a EC nº 1/69, sempre foi financiada exclusivamente pelo Estado.

O resultado é que, na época da promulgação da Constituição de 1988, no âmbito da Previdência pública, estava consolidado um Regime Geral que protegia os trabalhadores urbanos e rurais sob a inspiração do modelo contributivo *beveridgiano* universal, uniforme e básico; e um sistema ainda não completamente contributivo de natureza *bismarckiana* para os servidores, com seguro corporativo seletivo e de cobertura total.

A modificação da estrutura previdenciária brasileira após 1988, não somente a relativa aos sistema de servidores como também a protetiva dos trabalhadores, vem sendo realizada mediante um processo de reforma constitucional e legislativa no qual se destacam dois princípios inspiradores: a universalidade e a uniformidade. A universalidade importa o objetivo de abranger o maior número possível de brasileiros na proteção previdenciária, enquanto a uniformidade destina-se a fixar um sistema de seguro social básico e com regras, se não iguais, bastante aproximadas para toda população. Da universalidade resulta o aumento dos filiados à previdência, enquanto da uniformidade a aproximação dos regimes, inicialmente entre trabalhadores urbanos e rurais, e depois entre servidores e trabalhadores.

O que podemos verificar é que o Direito Previdenciário foi um dos primeiros ramos do Direito a ter *status* constitucional formal. E também que sua previsão na Carta de 1988 não encontra precedentes não somente em extensão, mas na efetivação dos direitos decorrentes da proteção securitária, em virtude da força normativa assumida.

A questão agora é saber o quanto há de fundamentalidade nesta previsão e quais as conseqüências do fenômeno de constitucionalização para o sistema.

3. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO NA CARTA DE 1988

A constitucionalização do Direito é um fenômeno decorrente da evolução do Estado de Direito^{5/6} na legitimação da ordem política, pois procura estabelecer um limite de proteção não somente em face do abuso do poder estatal representado pela expansão totalitária de um governante absolutista, mas também contra o absolutismo majoritário em uma democracia; isto é, a elevação de determinados valores à alçada constitucional positivada protege a existência da minoria contra investidas de coerção da maioria no sistema democrático.

O termo constitucionalização do Direito pode indicar a presença de dois fenômenos no Direito: 1) a incorporação à Constituição, de temas de alçada infraconstitucional, e 2) o efeito normativo do conteúdo material da Constituição influenciando o sistema jurídico infraconstitucional.⁷

⁵ TROPER, Michel. *La Théorie du Droit, le droit, l'État*. Paris: Léviathan, 2001, p. 267: "Comme la démocratie, le constitutionalisme et le droits de l'homme, l'État de droit fait aujourd'hui l'objet d'un consensus aussi general que soudain. Il s'agit en effet d'un phénomène fort récent."

⁶ BIN, Roberto. *Lo Stato di diritto - come impone regole al potere*. Bologna: Il Mulino, 2004, p. 25; "L'espressione Stato di diritto nasce in Germania all'inizio del XIX secolo: è infatti la traduzione letterale del termine tedesco Rechtsstaat." Mais adiante, na p. 36: "Che lo Stato di diritto e il costituzionalismo moderno siano due fenomeni contemporanei che si sono sviluppati sovrapponendosi a vicenda e intrecciandosi è indubbiamente vero: entrambi sono figli della stessa matrice culturale illuministica che si è evoluta attraverso la codificazione del diritto e l'affermazione dell'eguaglianza dei soggetti del diritto. La Costituzione scritta ha rappresentato la codificazione delle regole e dei principi che costituiscono il contenuto dello Stato di diritto. Ma, così come i contenuti dello Stato di diritto hanno subito un'evoluzione, altrettanto è avvenuto per la costituzione." E, ainda, na p. 58: "Insomma, la trasformazione dello Stato di diritto in uno Stato costituzionale non compromette affatto l'architettura del primo, anzi tutt'altro. Il principio di legalità viene esteso e grava ora anche sul legislatore. A contrarsi in misura corrispondente è il principio di maggioranza. La costituzione rigida, infatti, sottrae alla maggioranza politica che esce dalle elezioni, e che domina i lavori dell'assemblea legislativa, ambiti importanti di competenza, soprattutto per ciò che attiene all'equilibrio tra gli organi costituzionali e i diritti fondamentali dei cittadini. La politica perde terreno rispetto al diritto, il principio di maggioranza cede spazi al principio di legalità, i rappresentanti eletti subiscono maggiormente il controllo da parte dei giudici. Più governo delle leggi, meno governo degli uomini!"

⁷ BARROSO, Luís Roberto. "Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)." *Revista de Direito Administrativo* nº 240, p. 12, em que destaca a importância do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, sob a Lei Fundamental de Bonn, na verificação de que os direitos fundamentais representam uma ordem objetiva de valores. Sem embargo de concordarmos com a afirmação, verifica-se a existência de anterior discussão na Alemanha, travada quando da interpretação da Constituição de Weimar, principalmente na obra de Hermann Heller, defensor do Estado Democrático e da função social deste. Já na época, e diferentemente de Carl Schmitt, o autor defendia que a democracia era a única forma de legitimação do poder político e que o Estado deveria intervir, a partir da Constituição e utilizando a força normativa desta, para buscar a redução das desigualdades sociais. Heller acreditava na capacidade conformadora da Constituição de 1919 na defesa da democracia contra as investidas autoritárias de poder econômico da burguesia alemã, que apoiava o

No que se refere ao primeiro tema, uma excessiva posituação das relações sociais pela Constituição não somente acaba por restringir em excesso a liberdade dos indivíduos, como também reduz indevidamente o espaço da política, *locus* normal do debate no processo democrático em que deve prevalecer a vontade majoritária.⁸

O legislador constituinte originário brasileiro exagerou na inserção de questões pontuais do Direito Previdenciário, não merecedoras de destaque, na Constituição de 1988 como normas de supremacia superior. Tal fato decorreu, na Assembléia Nacional Constituinte, da desconfiança da atuação política futura da maioria governista no Congresso Nacional no atendimento aos argumentos econômicos em detrimento do respeito às condições mínimas de manutenção das aposentadorias e pensões.⁹

E o quadro só vem se agravando pela edição de emendas constitucionais reformadoras (em especial, pelas Emendas Constitucionais nº 20/98, 41/2003 e 47/2005), cada vez mais caudalosas e tratando de alguns institutos sem relevo constitucional.

Mas agora, pela razão contrária.

As emendas em matéria previdenciária foram, todas, de iniciativa da Presidência da República, e concretizam a desconfiança do Poder Executivo na atuação ordinária de eventual maioria legislativa.

A consequência, por um motivo ou por outro, é a existência de várias normas constitucionais dependentes de regulamentação legal, o que contribui para a perda de efetividade da Constituição e seu descrédito.

projeto do Estado forte de economia livre. Destacava que o essencial de uma Constituição é reforçar a normalidade através da normatividade de seu texto, rejeitando a proposta de Schmitt de Estado Total de exceção econômica permanente. O final desta história, todos já sabemos. De qualquer forma, foi imprescindível a postura do Tribunal Constitucional Alemão na defesa da normatividade da Lei Fundamental, após a Segunda Grande Guerra. Sobre o tema, BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de Exceção Permanente - atualidade de Weimar**. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004, p. 109-138.

⁸ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 389.

⁹ É justamente o sentimento de desconfiança em relação ao respeito do jogo político, a deterioração do padrão ético-social e a diminuição do nível educacional da população que conduz, de início, à normatização legislativa excessiva, e depois, à constitucionalização indevida dessas questões. Uma sociedade de elevado padrão educacional e de civilidade prescinde da posituação da maioria das regras garantidoras do bom convívio social. A afirmação é bastante adequada à realidade brasileira, cujas relações sociais encontram-se esgarçadas, principalmente nas grandes cidades, pela violência física e moral decorrentes da miséria, do baixíssimo nível de educação e cultura e da perda de referências éticas.

O fato é que os legisladores constituintes, originário e derivado, não confiam nos políticos. Seria simples de entender, se os órgãos não fossem os mesmos na última configuração constitucional.

Dentre os vários possíveis, basta um exemplo esclarecedor.

Qual é a relevância da previsão normativa do art. 201, parágrafo 6º, da Constituição ("A gratificação natalina dos aposentados e pensionistas terá por base o valor dos proventos do mês de dezembro de cada ano.")?

Nenhuma. Desde que não se considere que a legislação previdenciária da época (art. 151, da Lei nº 3.807/60) previa o pagamento do "abono anual", no mês de janeiro do ano seguinte, correspondente a 1/12 (um doze avos) do total recebido no ano, sem correção monetária, em uma época em que a inflação chegava aos dois dígitos mensais.

Portanto, a elevação do tema à estatura constitucional decorre da desconfiança mantida em relação à atuação ordinária do legislador, que não previa um valor da gratificação condigno para os aposentados e pensionistas mais carentes.

Quanto à influência da força normativa da constituição sobre os diversos ramos do Direito e a transformação desta no centro do ordenamento jurídico, verifica-se que isto somente foi possível quando o Estado de Direito, após a Segunda Grande Guerra, avançou sobre o positivismo jurídico estrito prevalecente até então e redescobriu o fundamento dos valores. O resultado, conceito material de Estado de Direito, caracteriza-se, pois, pelo fato de o poder do Estado ficar vinculado aos princípios e valores superiores do Direito, e a Constituição não mais somente fixar limites do exercício do Poder Público, mas também passar a proteger valores de ordem de vida comum entre os membros da sociedade.^{10/11}

¹⁰ BÖCKEFORD, Ernst Wolfgang. "Orígen e cambio del concepto de Estado de Derecho", in *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Madri: Simancas Ediciones, 2000, p. 40.

¹¹ Idem, p. 159: "La Constitución - entendida aquí y en lo sucesivo como Constitución jurídica - se concibe hoy como el orden jurídico fundamental del Estado o, más aun, como el orden jurídico fundamental de la comunidad, al que se atribuye un rango especial, frente a las leyes y al resto de las fuentes del derecho, y un efecto de irradiación sobre todas las ramas del ordenamiento jurídico".

Sob este prisma, pode-se afirmar que a constitucionalização dos direitos revela a fundamentalidade dos mesmos e reafirma sua positividade no sentido de serem posições juridicamente garantidas e não meras proclamações filosóficas, servindo ainda para legitimar a ordem jurídica. Assim é que a positivação constitucional contribui para a efetividade dos valores morais, em especial para tornar efetiva a fruição dos direitos fundamentais e, no que nos interessa como objeto deste trabalho, dos direitos previdenciários como direitos sociais.¹²

A questão é saber o quanto há de fundamentalidade nestes direitos.

O jurista alemão Ernst-Wolfgang Böckenförd, em texto classificatório de teorias de direitos fundamentais, afirma que os países adotam determinados modelos de fundamentação, tomando por base específicas concepções de Estado e de Teoria da Constituição, o que gera conseqüências tanto na interpretação sistemática das normas declaratórias e assecuratórias dos direitos, quanto na aplicação dos sistemas de efetividade.¹³

Esclarecendo que os modelos teóricos de direitos fundamentais podem apresentar-se nos Estados de maneira isolada ou combinada, Böckenförd classifica-os da seguinte forma: teoria liberal ou do Estado de Direito burguês, teoria institucional, teoria axiológica, teoria democrático-funcional e teoria do Estado Social.¹⁴ Como não há espaço, nos limites deste trabalho, para discorrer mais detida-

¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Lisboa: Editora Gradiva, 2001, p. 56.

¹³ "Teoría e Interpretación de los Derechos Fundamentales". **Escritos sobre Derechos Fundamentales**. Trad. Ignacio Villaverde Mendez. Baden-Baden: Verlagsgesellschaft, 1993, p. 41: "Semejante interpretación...se establece y se deriva - consciente o inconscientemente - de una determinada teoría de los derechos fundamentales, entendiéndose por tal teoría una concepción sistemáticamente orientada acerca del carácter general, finalidad normativa, y el alcance material de los derechos fundamentales. Esta teoría tiene su punto de referencia (la orientación sistemática) por regla general en una determinada concepción del Estado y/o en una determinada teoría de la Constitución. Su función consiste en no abandonar la interpretación de los singulares preceptos de derechos fundamentales únicamente a una técnica jurídica conformada a partir de detalladas regulaciones legales, sino en integrarla en el contexto general de una concepción del Estado/Teoría de la Constitución."

¹⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, Lisboa: Almedina, p. 54-74, adota os ensinamentos da doutrina alemã sobre a existência de teorias que buscam dar sentido ao conjunto dos direitos fundamentais. Aos cinco modelos, o autor adiciona o da teoria marxista-leninista, a única que não é fundada no valor da autonomia privada.

mente sobre todos os modelos, passemos a dar preferência ao estudo dos modelos liberal e social.¹⁵

A teoria liberal concebe os direitos fundamentais como direitos da liberdade do indivíduo em face do Estado. De acordo com ela, a esfera de liberdade é pré-estatal, cabendo ao Estado tão-somente reconhecê-la e criar mecanismos de proteção e garantia - a liberdade não é constituída pelo Estado, mas precede a este. A adoção desta teoria gera as seguintes conseqüências na interpretação dos direitos fundamentais: a liberdade é vista como uma liberdade "sem mais", ou seja, não integra as atribuições do Estado o exame da finalidade de seu exercício; o núcleo do direito da liberdade conserva o caráter preexistente em face da competência estatal legislativa - as leis concretizadoras da liberdade somente podem limitá-la observando o princípio da razoabilidade e desde que não atinja seu núcleo; e as instituições jurídicas de garantia do direito de liberdade não têm relação direta com o conteúdo do direito em si, que existirá mesmo sem a proteção formal da Administração. Por fim, há uma relativa "cegueira" quanto à capacidade fática do Estado em realizar a proteção da liberdade¹⁶ - o direito deve ser protegido sem que se cogite se o Estado tem condições materiais para tanto.

E a Teoria de Direitos Fundamentais do Estado Social pretende superar o conceito de liberdade meramente formal para alcançar a liberdade real e os direitos fundamentais deixam de ter caráter meramente negativo, para passarem a ser integrados por pretensões positivas a prestações. As conseqüências jurídicas da adoção do modelo acabam por depender da existência de meios financeiros garantidores das ações estatais. A impossibilidade econômica e a reserva do possível funcionam como limite da garantia prestacional

¹⁵ Em breves linhas sobre os demais modelos apresentados, os direitos fundamentais na teoria institucional não têm o caráter de direitos de defesa contra a atuação estatal, mas sim de direitos fruíveis a partir das instituições do Estado, mediante regulações normativas. A teoria axiológica apresenta os direitos fundamentais como fatores determinantes para o processo de integração do Estado: são elementos e meios de criação da entidade estatal, fixando valores da comunidade através dos quais os indivíduos alcançam um *status* social de integração ao povo. Para a teoria democrático-funcional, os direitos fundamentais são concebidos como função política, com destaque para as liberdades vinculadas para a garantia das instituições democráticas, as liberdades de opinião e reunião, que alcançam seu sentido como fator constitutivo do processo democrático.

¹⁶ "Teoría e Interpretación de los Derechos Fundamentales"..., fl. 48.

desses direitos. Essa postura contraria a concepção liberal, para a qual os direitos fundamentais são direitos incondicionais por preexistirem ao Estado e exigirem dele uma postura negativa, de abstenção. Assim, como passa a haver exigibilidade da entrega de bens e serviços, desloca-se para o Judiciário a responsabilidade de tomar opções discricionárias envolvendo meios financeiros disponíveis, produzindo-se uma politização de decisões jurídicas.¹⁷

Como visto, a adoção de determinada teoria de direitos relaciona-se com as opções políticas fundamentais tomadas pelo Poder Constituinte no momento da elaboração do pacto social e terá consequência não só na forma de positivação dos valores, como também influência na linha interpretativa das normas e no sistema de proteção.

Para compreendermos a estrutura dos direitos fundamentais brasileiros, portanto, é necessário que encontremos resposta à seguinte pergunta: qual(is) teria(m) sido a(s) teoria(s) de direito(s) adotada(s) pela Constituição de 1988?

A Constituição da República qualifica o Estado brasileiro como Estado Democrático de Direito (art. 1º) e consagra os valores da liberdade, da igualdade e da fraternidade, no preâmbulo, como a base de construção do pacto social brasileiro e protege o homem, quer em sua dimensão liberal contra a atuação indevida do Estado (por exemplo, a liberdade de pensamento, locomoção e a intimidade e propriedade - art. 5º, IV, XV, X e XXII), quer na dimensão social, de igualdade de chances e de solidariedade (e. g., o atendimento à função social da propriedade, a reserva de vagas em cargos e empregos públicos para pessoas portadoras de deficiências, o ensino fundamental gratuito e a assistência social - art. 5º XXIII; 37, VIII; 208, I).

O Estado Social é uma nota característica das Constituições brasileiras desde 1934 e, na atual, decorre da invocação de "assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais(...) como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista" (Preâmbulo); tem como fundamentos "a dignidade da pessoa humana(...) e (...) os va-

¹⁷ Idem, p. 64/65.

lores sociais do trabalho (art. 1º III e IV, 1ª parte); e por objetivo "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais(...)" (art. 3º, III).

A Constituição, dessa forma, não adota uma teoria específica de direitos fundamentais, mas uma conjugação dos modelos liberal e social.

Os direitos individuais são concebidos na organização estatal brasileira em regra como direitos de proteção em face do Estado, na clássica concepção burguesa de liberdade "sem mais", como acontece com a liberdade de ir e vir. Excluindo as possibilidades de limitação razoável dessa liberdade para a boa regulação do convívio social, essa é tida como liberdade inerente ao homem, reconhecida e protegida pelo Estado, independentemente de ser útil ou não à determinada finalidade institucional. Alguns direitos sociais são concebidos também sob esse modelo, como é o caso do direito de greve, direito tipicamente vinculado ao valor da liberdade.

Os direitos sociais prestacionais são classicamente direitos que consolidam a teoria social de direitos fundamentais e se baseiam nos princípios do Estado Social de Direito. Sob essa óptica, os direitos passam a ser fruídos através do Estado, que se transforma de inimigo em aliado do homem na consolidação da liberdade e da igualdade de chances. Como exemplo, podemos utilizar o direito à educação fundamental, imprescindível para que as pessoas, libertadas da ignorância, tenham condições mínimas de exercício da autonomia de vontade e oportunidade de acesso a uma vida digna. Merecem esta leitura algumas garantias instrumentais dos direitos da liberdade, como o direito de acesso à justiça e a assistência jurídica integral e gratuita (art. 5, XXXV e LXXIV).

Essas são as concepções genéricas de direitos fundamentais configuradas pelo Estado brasileiro, o que não impede que as outras teorias mereçam acolhimento com abrangência mais pontual e referência a casos determinados.

A adoção das referidas teorias marca indelevelmente a escolha dos princípios norteadores dos fundamentos e objetivos da República pelo legislador constituinte originário e é responsável pela própria configuração dos direitos sociais, em especial para nosso tema, do direito à previdência social.

Apesar de reunidos no mesmo sistema de princípios fundamentais, existem duas ordens de valores alçadas como primordiais na elaboração do pacto social brasileiro: a primeira, imediatamente ligada aos valores da liberdade do indivíduo, da igualdade de chances e da solidariedade, reconhece internamente a preexistência dos direitos humanos; e a segunda, alinhada com os valores da justiça social, destina-se a proporcionar o maior bem-estar possível à sociedade. Sendo assim, pode-se afirmar que nem todos os princípios fundamentais relacionam-se com a consolidação dos direitos fundamentais, pois alguns determinam a atuação do Estado como condutor do desenvolvimento social.

O princípio da dignidade da pessoa humana é o grande valor vetor dos direitos fundamentais e, dentre eles, dos direitos sociais prestacionais, nos quais se encontram previstos os direitos previdenciários. Em relação aos direitos sociais, da dignidade humana resulta a obrigação de o Estado garantir um mínimo de recursos materiais suficientes para que, a partir daí, a pessoa possa exercer sua própria autonomia.¹⁸ A dignidade humana, ao servir de princípio fundamentador dos direitos prestacionais, consolida o conceito de "mínimo social" e gera, por conseqüência, a incorporação dos direitos prestacionais mínimos à concepção material de direitos fundamentais.¹⁹ Sendo assim, os direitos previdenciários passam a ter um núcleo material de direitos fundamentais.

Ora, isto cria duas categorias de proteção previdenciária: a primeira, composta pelos direitos sociais mínimos, vinculada à dignidade da pessoa humana e configurada como verdadeiros direitos fundamentais, que devem ser implementados pelos poderes públicos; e outra, ligada à justiça social e à capacidade jurídica e fática

¹⁸ NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. "O Direito Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana." *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, Trimestral, ano 37, janeiro-março, 2000, p. 192: "Doutro lado, o direito à existência digna não é assegurado apenas pela não-abstenção do estado em afetar a esfera patrimonial das pessoas sob a autoridade. Passa também pelo cumprimento de prestações positivas".

¹⁹ Este efeito também se mostra com toda força na Lei Fundamental Alemã de 1949 (art. 1.1), na Constituição Portuguesa de 1976 (art. 1º) e na Espanhola de 1978 (art. 10).

(leia-se, econômica) do Estado em proporcionar bem-estar a todas as pessoas (art. 3º, IV), na forma da lei.²⁰

Portanto, ao questionamento a respeito da existência de espaço constitucional para o direito previdenciário, responde-se: em nossa concepção de constituição de um Estado Democrático de Direito de um país de desenvolvimento tardio, há um núcleo de proteção previdenciária que merece proteção no estatuto do contrato social.

O que se deve verificar, então, é a extensão de seu conteúdo.

A previdência fundamental deve ser baseada nos princípios da universalidade, da uniformidade e da solidariedade na proteção dos segurados mais desvalidos, mediante a participação do Estado; na cobertura dos riscos sociais da morte, da idade avançada, da incapacidade, da maternidade e do desemprego involuntário; e no estabelecimento de patamares mínimo e máximo de pagamento dos benefícios, com a manutenção real do valor das prestações²¹.

São os requisitos mínimos para a configuração da previdência como direito fundamental e os principais alicerces sobre os quais deve ser estruturada. Com o atendimento desses pressupostos, a previdência torna-se um forte instrumento de concretização do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana e dos objetivos de erradicação da pobreza e de redução de desigualdades sociais, possibilitando o acesso às oportunidades e garantindo cidadania. Como previdência básica, pode ser comparada a um patamar mínimo abaixo do qual ninguém deve recuar, mas acima do qual podem surgir e florescer desigualdades sociais apoiadas na autonomia privada e no talento individual.

Assegurada essa configuração mínima, da qual o Estado não se pode furtar, a proteção perde o caráter de fundamentalidade e passa a ser merecedora de proteção na medida das possibilidades

²⁰ TORRES, Ricardo Lobo. "O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais" *Revista de Direito Administrativo* nº 177. Rio de Janeiro: Renovar, 1989, p. 30: "Mas a inclusão do mínimo existencial na liberdade real ou positiva será, em boa parte, a responsável pelas obscuridades do tema, eis que esses conceitos também são usados pelos escritores socialistas e marxistas, que os emburilham, com a idéia de justiça. De modo que se torna crucial insistir na distinção entre justiça e liberdade, para que a última possa fundamentar a luta contra a miséria e a pobreza absoluta e, afinal, fornecer condições iniciais para superação da própria injustiça social."

²¹ É a conclusão a que chego na obra *Previdência e Assistência Social - Legitimação e Fundamentação Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 237.

orçamentárias e a partir de uma avaliação de conveniência e oportunidade da maioria do povo, mediante manifestação democrática.

Analisando a tradicional organização do seguro social público no Brasil, conclui-se que a configuração básica do Regime Geral de Previdência Social (mas sequer toda ela) é dotada das condições mínimas de preservação da dignidade humana como valor.

Essa, portanto, é a previdência fundamental. É o limite mínimo de proteção securitária pública, que tem natureza constitucional material e deve ser positivada na Constituição.

Como exemplo dessa configuração de mínimo social fundamental que incide sobre as duas formas de previdência social pública, cabe a análise da decisão adotada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento das medidas cautelares nas ADIs nº 3.105/DF e nº 3.128/DF.

Neste caso, em que o Tribunal apreciou a constitucionalidade da previsão de instituição de cobrança da contribuição dos servidores inativos e pensionistas do serviço público, foi declarada suspensa a eficácia das expressões "cinquenta por cento" e "sessenta por cento" constantes nos incisos I e II, do art. 4º, da EC nº 41/2003. É que o art. 195, II, da Constituição da República, instituiu imunidade tributária para cobrança dos inativos e pensionistas do Regime Geral de Previdência Social, diante da consideração de que, sendo a renda do benefício paga pelo referido Regime, de natureza fundamental e alimentar, a imunidade concretizaria o caráter de mínimo existencial da previdência básica. Ora, se não pode haver tributação dos inativos do Regime Geral até o limite máximo de pagamento dos benefícios, não se poderia tributar o que ultrapassasse cinquenta por cento ou sessenta por cento até cem por cento deste limite. Assim é que o STF somente considerou constitucional a cobrança de contribuição sobre a renda de aposentarias e pensões dos servidores inativos e pensionistas no que ultrapassasse cem por cento do limite máximo para recebimento de benefícios previdenciários do Regime Geral.

Estabelecido o conceito de previdência fundamental, resta saber se essa composição do mínimo merece proteção como cláusula pétrea (art. 60, parágrafo 4º, da CRFB).

A Constituição Brasileira protege os valores compreendidos como essenciais à formação de seu pacto social de uma erosão abolicionista e descaracterizadora do Estado, preservando os princípios básicos da estrutura de nossa democracia, a separação dos órgãos do Estado, a descentralização de poderes e os direitos e garantias individuais.

A Constituição não veda a reforma que busque o aperfeiçoamento desses princípios, mas sim uma alteração supressiva ou redutora de sua essência (art. 60, parágrafo 4º).

No caso do último inciso do dispositivo referido, o constituinte optou pela utilização da fórmula "direitos e garantias individuais", que tem gerado controvérsias na doutrina. Alguns autores têm defendido a inclusão dos direitos sociais à cláusula, por meio de interpretação com resultado extensivo, sob o argumento de que os direitos individuais, sem a complementação dos direitos sociais, não conseguem concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual não faz sentido limitar-se a proteção somente aos direitos de primeira geração, excluindo os de segunda²². Outros, sob uma leitura mais direta e literal da Carta, negam a possibilidade de extensão, principalmente sob o argumento de que os direitos sociais, por não protegerem a liberdade, não são direitos fundamentais²³.

Considerando que os direitos individuais encontram-se esteados nos fundamentos da República, principalmente na dignidade da pessoa humana, pode-se também, em princípio, concluir que existam

²² É o entendimento de Paulo Bonavides no livro **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 594: "Em obediência aos princípios fundamentais que emergem do Título I da Lei Maior, faz-se mister, em boa doutrina, interpretar a garantia dos direitos sociais como cláusula pétrea e matéria que requer, ao mesmo passo, um entendimento adequado dos direitos e garantias individuais do art. 60." No mesmo sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 1ª edição, p. 363: "Assim, uma interpretação restritiva da abrangência do art. 60, parágrafo 4º, inc. IV, da CF não nos parece a melhor solução, ainda mais quando os direitos fundamentais inequivocamente integram o cerne de nossa ordem constitucional." Ainda, GALVÃO, Paulo Braga. "Emenda e Revisão Constitucional na Constituição de 1988". **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro**. V. 1. Rio de Janeiro: UERJ, Anual, 1993-, nº 1, p. 259: "No que toca aos 'direitos e garantias individuais', tal como se refere o inciso IV, do parágrafo 4º, do art. 60, da Constituição, é de se ressaltar que a expressão deve ser entendida no contexto sistemático da nova Constituição, como alusiva aos direitos e garantias fundamentais, que compõem o Título II, e que englobam os direitos não apenas individuais, mas também coletivos e os sociais, cujas regras podem evidentemente ser alteradas, desde que para ampliá-los, e nunca para restringi-los, tendendo à sua eliminação."

²³ MENDES, Gilmar Ferreira. "Os Limites da Revisão Constitucional". **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, ano 5, nº 21. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro-dezembro, 1997, p. 69-91.

direitos sociais intimamente ligados à garantia da dignidade da pessoa aos quais poderia ser estendida a proteção.

Para tanto, é necessário o aprofundamento do conceito de dignidade e suas implicações.

A dignidade humana é um valor moral prévio à própria organização social, uma qualidade imanente dos seres humanos que os coloca como destinatários de respeito e merecedores de igual atenção por parte do Estado e de seus semelhantes, de tal forma que não percam a possibilidade de exercer autonomia.

A dignidade pressupõe consideração pela vida e pela integridade do ser humano, garantias de presença de condições básicas para uma existência na qual se possa exercer a liberdade e receber respeito como pessoa dotada de razão.

O respeito à dignidade não deve ser encarado somente como um dever de abstenção do Estado na invasão do espaço individual de autonomia. Isto é pouco. Cabe à organização estatal criar mecanismos de proteção do homem para que este não seja tratado como mero instrumento econômico ou político pelos órgãos do poder público ou por seus semelhantes.

A dignidade da pessoa humana ainda é um valor que serve como fundamento para a tríade componente da Revolução Francesa: a liberdade, a igualdade e a fraternidade (solidariedade). Através da tríade, legitima as ordens constitucionais e os direitos fundamentais, utilizando, como filtros de inserção dos três valores, os princípios fundamentais do Estado.

Em relação à liberdade, o Estado deve prover mecanismos contra a pobreza, a partir de prestações sociais mínimas, para permitir que as pessoas possam exercer a autonomia privada. A miséria, a doença e a ignorância aprisionam o homem a uma existência indigna e tiram dele a possibilidade de ser livre.

A igualdade como valor em uma República que tem por objetivo a erradicação da pobreza e a redução da desigualdade social²⁴ está relacionada à capacidade de se proporcionarem condições materiais mínimas de acesso aos mecanismos através dos quais as

²⁴ Art. 3º, III, da Constituição.

peças possam exercer sua autonomia. A igualdade vinculada à dignidade da pessoa não compromete o Estado a distribuir bens para tornar todos iguais, mas exige que este assegure as condições mínimas necessárias às pessoas contra uma existência degradante. Essa igualdade, a igualdade de oportunidades, pressupõe não a isonomia simétrica dos socialistas, mas a inexistência da desigualdade aviltante.

E como último desses valores, a solidariedade pressupõe que o Estado tenha a obrigação de organizar juridicamente a repartição básica de riqueza, fazendo surgir o conceito ora intitulado de solidariedade gerenciada - através de medidas de escoamento mínimo de bens do grupo mais abastado para o mais carente, para garantir a existência digna dos últimos.

Sendo assim, quando os direitos sociais são necessários para uma existência digna do homem, acabam por assumir uma função fundamental e passam a ser intitulados direitos sociais do mínimo existencial, enquanto para além deles há os direitos sociais formais. Com isso, está-se a afirmar que existem direitos sociais fundamentais, intimamente vinculados ao valor da dignidade, porquanto não pode haver liberdade e dignidade na miséria e na ignorância, e outros direitos sociais, não dotados de fundamentalidade, que devem ser providos pelo Estado na medida do possível.

Os direitos sociais materialmente fundamentais devem ser incluídos na leitura que resulta da interpretação do dispositivo constitucional, para que possam merecer proteção como cláusula pétrea ou de imutabilidade constitucional. Dessa forma, chega-se a uma solução intermediária, para aceitar a garantia do limite contra abolição somente para os direitos do mínimo social da Constituição da República.²⁵

²⁵ É a mesma conclusão a que chega Oscar Vilhena Vieira em obra de referência sobre o tema no Brasil, **A Constituição e sua Reserva de Justiça - um Ensaio sobre os Limites Materiais ao Poder de Reforma**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 246: "Os direitos sociais básicos, nesse sentido, podem ser defendidos como direitos individuais à dignidade e à igualdade ou como direitos políticos essenciais à realização da democracia. O Processo de autovinculação constitucional não se refere apenas à possibilidade de se retirar direitos de ordem liberal do processo de decisão majoritário mas, também, de vincular as gerações futuras à produção de condições dignas a todos os membros da comunidade." Gustavo Just da Costa e Silva, em **Os Limites da Reforma Constitucional**. São Paulo: Renovar, 2000, prefere colocar os direitos sociais como cláusulas materiais implícitas, limitadoras ao exercício de reforma constitucional.

Consolidada a importância da constitucionalização do direito previdenciário constitucional, pode-se então enfrentar duas questões relevantes a respeito da constitucionalização da matéria.

4. ESTUDO DE DOIS CASOS

4.1. Cassação de aposentadoria nos regimes previdenciários dos servidores por motivos funcionais

Uma questão interessante relacionada com os efeitos da constitucionalização do Direito Previdenciário envolve a discussão a respeito da possibilidade de ser cassada uma aposentadoria do Regime Próprio dos servidores públicos, em relação à qual tenha havido contribuição, em virtude de aplicação de sanção disciplinar administrativa ordinariamente prevista em norma legal.

Seria cabível, em um sistema contributivo de previdência, desconstituir a decisão de aposentação de um servidor público por cometimento de infração administrativa durante a vida laboral ativa?

A pena de cassação de aposentadoria é um instituto tradicional no Direito Administrativo brasileiro, mas é importante assinalar que sua criação data de uma época em que o servidor não vertia contribuições para o sistema de proteção social. E isto era bastante adequado à estrutura gratuita do benefício: o servidor público, ao preencher os requisitos previstos na legislação, em geral, idade ou tempo de serviço, caso não cometesse faltas disciplinares passíveis de sanção, tinha reconhecida pela sociedade a relevância de seu trabalho público e passava para a inatividade gozando de um favor estatal: a aposentadoria fruía a partir da arrecadação genérica dos ingressos públicos da sociedade, sem necessidade de contribuição específica do funcionário durante o período ativo.

Mas não seria outra a situação de uma aposentadoria para a qual o funcionário tivesse contribuído? Não haveria direito adquirido decorrente do pagamento e do preenchimento dos pressupostos de concessão?

À primeira vista, a configuração atual do sistema previdenciário dos servidores, de natureza contributiva, mediante cálculo do valor da aposentadoria a partir de média aritmética das remunerações que serviram de base para incidência das contribuições, e com pre-

visão de reajuste posterior à concessão sem paridade com a remuneração dos ativos, retira a qualidade de servidor da pessoa aposentada.

E, se o aposentado não mais é servidor, não seria cabível cassar-lhe a aposentadoria por motivo funcional.

Mas não tem sido esta a conclusão do Supremo Tribunal Federal. Em decisões recentes sobre o tema, o Tribunal tem apenas feito referência à possibilidade de cassação de aposentadoria com fundamento em julgado proferido por unanimidade do Plenário da Corte no Mandado de Segurança nº 21.948-3, em setembro de 1994, de relatoria do Ministro Néri da Silveira.

Seria, contudo, importante, que a Corte voltasse a enfrentar categoricamente a questão à vista das profundas modificações introduzidas pela Reforma da Previdência, em especial, pelas EC nº 41/2003 e nº 47/2005.

O fato sob apreciação no MS 21.948-3 envolvia demissão de procurador autárquico do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, por ato do Presidente da República datado de 2 de setembro de 1993, por valer-se do cargo "em detrimento da dignidade da função pública e desídia".

No que concerne ao mérito, o impetrante alegava ter preenchido os requisitos para o gozo de aposentadoria por tempo de serviço, pelo decurso de 37 anos, o que lhe garantia direito adquirido, tendo em vista ter pago contribuição para a mesma. Logo, não poderia ser demitido se sua situação encontrava-se consolidada anteriormente.

O ministro relator, cujo voto denegou a segurança e julgou improcedente o pedido, fundamentou sua decisão em dois pontos: 1) a Constituição de 1988, no art. 41, parágrafo 1º, prevê a perda de cargo mediante processo administrativo²⁶, 2) o mero decurso do tempo não confere ao servidor público imunidade quanto a sua demissão, porquanto, mesmo que se estivesse diante de uma aposentadoria consumada, poderia ser aplicada a sanção de cassação.

²⁶ Na época, a regra tinha a seguinte redação: "O servidor público estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa."

No julgamento, o ponto principal parece não ter sido abordado: o caráter contributivo da previdência dos servidores.

Ao contrário do que sustenta o relator, o servidor, no caso, não possuía apenas tempo de serviço. Houve pagamento de contribuição, de natureza tributária, que lhe colocava à disposição uma série de benefícios, dentre os quais, a aposentadoria por tempo de serviço, e, sendo seus requisitos preenchidos, ser-lhe-ia assegurado o direito.

A rigor, ainda, não seria possível, em um sistema como o atual, afirmar que a cassação da aposentadoria decorreria da previsão constitucional da perda do cargo, uma vez que o funcionário aposentado não o ocupa mais e tanto é assim que tradicionalmente as normas de Direito Administrativo relacionam a aposentadoria como uma das hipóteses de vacância de cargo público, ensejando mesmo a ocupação por outra pessoa.²⁷

Ora, ou bem o cargo está vago quando da aposentadoria e, portanto, o aposentado não é mais tecnicamente servidor, ou não está, e outra pessoa não pode ocupá-lo.

Daí porque não ser tão fácil como parece afirmar que a Constituição, no art. 41, parágrafo 1º, respalda a legislação que cuida da cassação de aposentadoria a partir da mera alusão à demissão do servidor ativo.

O ministro relator afirmou ainda em seu voto que o ato presidencial não dispôs sobre contagem de tempo de serviço, nem acerca das contribuições previdenciárias recolhidas ou a respeito dos efeitos previdenciários da cassação e sugere que o funcionário possa prosseguir vinculado ao Regime Geral de Previdência, mediante eventual contagem recíproca.²⁸

Mas não apontou solução para o fato de que o servidor pode ter contribuído com valores muito superiores aos que lhe seriam

²⁷ Por exemplo, como consta no art. 33, da Lei nº 8.112/90, Regime Jurídico Único dos Servidores Federais.

²⁸ A passagem do voto é a seguinte, na fl. 101: "Não dispôs o ato presidencial sobre tempo de serviço público do impetrante, nem acerca das contribuições previdenciárias que haja recolhido, ao longo do tempo, e dos efeitos deste na vida do impetrante, para eventuais conseqüências no campo estritamente de benefícios previdenciários. O ato presidencial afastou o impetrante do âmbito do serviço público como titular do cargo público que provia. Não dispôs, à evidência, o ato impugnado sobre outras atividades do impetrante passadas, com reflexo no campo previdenciário pertinente aos trabalhadores em geral, nem impede 'per se', o ato demissório venha o impetrante, eventualmente, a prosseguir vinculado à previdência social como segurado, no exercício de outras atividades, ou como autônomo, ou sujeito a vínculo empregatício novo, inclusive no domínio de empresa privada."

exigidos pelo INSS e, tratando-se de contribuições de natureza tributária, seria no mínimo questionável que os valores sobre os quais incidiram as contribuições mensais não fossem considerados na integralidade para o fim de cálculo de média aritmética apuratória do montante da aposentadoria do Regime Geral.

Portanto, a conclusão a que se chega, após a promulgação das Emendas Constitucionais nº 41/2003 e nº 47/2005, é: 1) no atual sistema contributivo de Regime Próprio, o aposentado não mais é um servidor público. Ao se aposentar, há a vacância do cargo e não se poderia mais romper um vínculo funcional não mais existente, através da cassação da aposentadoria, em razão de mau serviço prestado. Preenchidos os requisitos de fruição do benefício em um sistema contributivo, a aposentadoria não pode ser cassada por motivo relacionado a atos de serviço (por exemplo, desídia), mas somente se houver vício no preenchimento dos pressupostos de aposentação, como é o caso de fraude em contagem de serviço. Da mesma forma com que, no regime do INSS, se um empregado preencher os pressupostos para aposentadoria, tem direito a ela e a má qualidade de seu trabalho na empresa não pode ser motivo para desconstituição do ato previdenciário, não se pode mais aplicar a sanção de cassação de aposentadoria nos Regimes Próprios, instituto que não teria sido recepcionado pelas emendas constitucionais; 2) a demissão do servidor público lhe dá o direito de contar, em outro regime público, o tempo de contribuição comprovado por certidão, com compensação financeira entre eles, e o direito à devolução da diferença das contribuições baseadas em valor que, diante de limitação prevista no sistema que o acolherá, não poderão integrar a média aritmética para o cálculo do benefício.

4.2. Aposentadoria como sanção disciplinar para magistrados

A constitucionalização da previdência social, principalmente após a aproximação dos sistemas de Regimes Próprios entre si e também com o Regime Geral, fez com que algumas previsões de aposentadorias especiais, contidas em legislação pretérita à promulgação da Emenda nº 20/98, não fossem mais recepcionadas pelo ordenamento constitucional.

É o exemplo da aposentadoria compulsória de magistrados vitalícios, decidida por ato administrativo dos tribunais.

A Lei Complementar nº 35/79, Lei Orgânica da Magistratura Federal, no art. 42, V, dispõe a respeito da possibilidade de aposentadoria compulsória com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço para o magistrado que cometer infração disciplinar.

Na época de sua edição, estava em vigor a Emenda Constitucional nº 1/69 à Constituição de 1967 que, no art. 113, aludia a duas modalidades de aposentadorias compulsórias: aos setenta anos de serviço ou por invalidez comprovada. Mas não vedava o tratamento extensivo da matéria por lei, motivo pelo qual os tribunais consideravam válida a previsão da LOMAN ao instituir mais uma hipótese de aposentadoria compulsória.

A promulgação da Constituição de 1988 não alterou a matéria, pois os magistrados continuaram a ter tratamento previdenciário especial, o que deu respaldo para a instituição de critérios legais diferenciados de aposentadoria.²⁹

Ocorre que a Emenda Constitucional nº 20/98 modificou o dispositivo do art. 93, VI, da Constituição, dando-lhe a seguinte redação:

"VI - a aposentadoria dos magistrados e a pensão de seus dependentes observarão o disposto no art. 40;"

Mediante essa alteração, foram unificados os critérios de aposentadorias no serviço público, entre ocupantes de cargos efetivos e vitalícios, vedando-se a discriminação entre eles.

E, por conseqüência, deixou de ser recepcionada a possibilidade de aplicação de sanção de aposentadoria compulsória aos magistrados, que passaram a ter todas as hipóteses de ingresso na inatividade previstas de forma exaustiva no art. 40, da Constituição, do mesmo modo que os servidores ocupantes de cargo efetivo.

A mudança foi realizada já em atraso, pois há muito não se tem como justificar perante a população a aplicação legal de uma

²⁹ O art. 93, VI, da Constituição da República, na redação original, somente aludia a duas modalidades de aposentadoria integrais, a compulsória por idade e por incapacidade, e à aposentadoria proporcional por tempo de serviço, mas não excluía outras possibilidades, inclusive mediante produção legislativa.

sanção da qual resulta a vantagem de permanecer inativo com percepção de rendimentos.

Aliás, pode-se afirmar que a instituição legal dessa modalidade de "punição" a magistrados não mantinha coerência com a própria previsão ordinária de cassação de aposentadoria no serviço público, uma vez que o mesmo Estado que institucionalizava a perda de proventos do funcionário indigno pelo cometimento de ato atentatório ao serviço público, concedia aposentadoria ao magistrado pelo mesmo motivo.

A imposição de contribuição tributária, a consolidação da natureza securitária da previdência dos agentes públicos e a padronização desse regime tornou incompatível com a Constituição a possibilidade de aposentadoria não respaldada em risco social (sinistro) individual.

Mas, contraditoriamente, já no ano de 2004, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 45 que, ao instituir o Conselho Nacional de Justiça, deu-lhe atribuição para determinar a aposentadoria com proventos proporcionais ao tempo de serviço a magistrados, no art. 103-B, parágrafo 4º, III.

A partir, então, desta nova previsão, foi reinstituída a possibilidade de aplicação de sanção disciplinar de aposentadoria aos magistrados, mediante aplicação da regra especial que contraria a alusão genérica de padronização de critérios de inatividade.

O resultado é que, a contar da vigência da EC nº 20/98 e até a véspera da entrada em vigor da EC nº 45/2004, não havia respaldo constitucional de validade para a aplicação de sanção administrativa de aposentadoria compulsória a magistrados.

À vista do exemplo, observa-se que a evolução normativa constitucional previdenciária no Brasil é história baseada em avanços e recuos institucionais sucessivos ditados pela carência de definição de objetivos estratégicos de longo prazo e pela ausência de estudo atuarial e de coerência do sistema. Além disso, é muito mais marcada por um voluntarismo governamental momentâneo do que pelo planejamento responsável com vista ao cumprimento dos princípios e objetivos fundamentais estabelecidos no pacto social.

5. CONCLUSÃO

A constitucionalização do Direito Previdenciário permite a identificação de dois fenômenos contraditórios: 1) em linhas gerais, há uma tendência para a uniformização dos sistemas públicos de seguro e os dispositivos constitucionais informadores dos regimes, sob visão global, têm conseguido delinear de forma satisfatória o rumo a seguir pela legislação, 2) mas a Constituição tem sido também palco de previsões de regras pontuais de aplicação de hipóteses especiais e excludentes da normatização geral, criadoras invariavelmente de vantagens corporativas anti-republicanas injustificáveis sob aspecto de seguro público e que acabam por onerar a parte majoritária mais pobre da sociedade, criando uma solidariedade invertida, na qual os mais carentes, através da carga geral de ingressos públicos, ajudam a manter benefícios para os mais ricos.

O presente trabalho pretendeu, assim, demonstrar, a partir do necessário estudo das instituições previdenciárias brasileiras, a importância da constitucionalização desse ramo do Direito, não somente com exemplos indicadores da positivação constitucional de temas que não mereceriam constar na lei fundamental e que, por isso, desorientam os aplicadores do Direito e os enredam em dificuldades normativas assistemáticas, criando uma sensação de se estar no labirinto de Minos à espera do monstro devorador de homens. Mas também a importância da positivação, por uma Constituição de um Estado Democrático (e Social) de Direito como o nosso, de normas materialmente integradoras do pacto social e orientadoras das regras infraconstitucionais que instituem os regimes de seguro público.

A exata medida da consciência constitucional do Direito Previdenciário contribuirá para a adoção de critérios universais, uniformes e mais justos, e proporcionará a correta exploração das potencialidades normativas constitucionais de orientação hermenêutica, de controle de validade e de instituição de direitos sociais negativos e prestacionais efetivos na garantia da proteção fundamental pelo Estado. 